

DERECHO CIVIL

Capítulo 1

Alfredo Bullard
Gastón Fernández
(Editores)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1997

FACULTAD DE DERECHO



Primera edición: octubre de 1997

Diseño de Cubierta: AVA diseños

Derecho Civil Patrimonial

Copyright © 1997 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18 San Miguel. Lima, Perú. Telfs. 460-0872 y 460-2291 - 460-2870 anexos 220 y 356.

Derechos reservados

ISBN 9972-42-029-9

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru

LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PRIVADO

Miguel Rodríguez Piñero

Señor Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, señor Decano del Colegio de Abogados, señoras y señores :

Para mi es una especial satisfacción intervenir en un acto que conmemora los 75 años de una aventura académica, la de la todavía joven Facultad de Derecho de la Católica de Lima y los diez años de uno de los Códigos civiles más modernos en lengua castellana y que, además, es fruto muy en parte de la labor de profesores de esta universidad Católica. No soy especialista en Derecho Civil, aunque pertenezco como laboralista al área del derecho privado, y tampoco soy constitucionalista de profesión sino por accidente, pero, quizá por ello, pueda tratar la temática con más objetividad que el propio especialista en Derecho Constitucional o en Derecho Civil y haciendo una labor un poco arbitral quiero reflexionar sobre las relaciones entre la Constitución y el Derecho privado.

Decía en 1967 Raíser en un artículo ya clásico, que para los civilistas formados en el espíritu del clima sociopolítico del siglo XIX y eso sucede incluso bien entrado en nuestro siglo, la relación entre Constitución y Derecho privado no había supuesto ningún problema. Las codificaciones que se suceden en nuestros países a lo largo del siglo XIX se realizaron sin ninguna referencia a las Constituciones; los Códigos pervivieron, incluso sin modificaciones, en el sucederse de regímenes democráticos y regímenes autoritarios.

Los civilistas clásicos no se plantearon el problema de respetar los

principios constitucionales; fundaron su elaboración dogmática en las tradiciones del Derecho común y utilizaron las categorías y los esquemas elaborados por la Ilustración en el Antiguo régimen y que suponían sobre todo la revitalización del viejo Derecho romano. Es cierto que las Revoluciones Liberales fueron la premisa necesaria para la Codificación, reconocieron libertades económicas sobre las que pudo establecerse luego el liberalismo jurídico, pero es evidente que la tradición del liberalismo jurídico no se hizo como un desarrollo de la Constitución. Se partía de una separación radical directa entre el Derecho privado y el Derecho público, entre el Estado y la sociedad.

Ya entrado el presente siglo comienza a corregirse la separación entre Derecho privado y Constitución; cuando se reconoce que las instituciones civiles más importantes : el matrimonio, la familia, la propiedad, la sucesión, la libertad contractual de trabajo y de empresa, etc. vienen garantizadas por la Constitución.

Estas garantías constitucionales de las instituciones básicas del Derecho privado se producen a través de la evolución de dos fenómenos que ambos van a llegar a reforzar la incidencia de la Constitución con el Derecho privado.

El primero de estos fenómenos es la *ampliación de los contenidos materiales de la Constitución*. Como todos sabemos las Constituciones contemporáneas no se limitan a una parte orgánica acompañada de un breve añadido de derechos y de libertades públicas pertenecientes a la relación ciudadano y Estado, sino que las Constituciones democráticas de la segunda parte de este siglo incluyen una parte dogmática muy extensa y muy amplia, que abarca por así decirlo, todas las facetas de la vida humana, de modo que la Constitución condiciona no solo el sistema político sino a la llamada sociedad civil, la vida diaria del ciudadano.

La Constitución peruana de 1979 y la que la ha seguido en esta materia, la actual de 1993, son un buen ejemplo de esta constitucionalización de este sector del Derecho privado. Muchos de los derechos reconocidos en el Artículo 2º de la actual Constitución son derechos civiles en el sentido material del término. Se refieren a la autonomía privada, a las situaciones patrimoniales, a libertades económicas, completado y especificado además con bastante detalle. ¿Puede un civilista peruano dar

hoy, para hablar de su propia disciplina, ignorar el artículo 82 de la Constitución, o el artículo 64 o el artículo 66 que se refieren a los recursos naturales como patrimonios de la nación pero al mismo tiempo figuran como derechos reales la constitución estatal o el artículo 76 y siguientes relativos a la propiedad, o el artículo 5 referente a la reunión de hecho, el artículo 4 referente a la separación y disolución del matrimonio la batalla civil será pues constitucional.

Un segundo fenómeno de igual trascendencia es *el reconocimiento del valor normativo de la parte dogmática de la Constitución*. Según Kelsen, una Constitución que no tenga mecanismos para hacerla respetar no merece el nombre de Constitución. Este es el punto de partida en Europa del característico sistema de justicia Constitucional concentrada a través de Corte o Tribunal Constitucional; la existencia de este órgano no es sino una garantía para asegurar la primacía de la Constitución. La Constitución se impone a todos los poderes, incluido el legislador, ello se deduce del Título V de la Constitución peruana que es una de las innovaciones más importantes frente a la Constitución de 1979. Frente al positivismo legal aparece un positivismo constitucional, en el que la Constitución actúa no como generadora de fuentes, sino que ella misma es fuente regulador y además una fuente regulador suprema.

Fiel reflejo de ello es el Artículo 59° de la Constitución peruana, cuando establece que la Constitución prevalece sobre toda norma legal. El imperio de la ley es el imperio de la Constitución.

La relevancia normativa de los principios de los derechos constitucionales deviene ahora en el fundamento de la unidad del sistema jurídico. Ello implica superar la vieja contraposición de la norma jurídica contenida en los Códigos y en las declaraciones de principios contenidas en la Constitución. No solo los poderes públicos, también el ciudadano está sometido a la Constitución, como declara la vigente Constitución española.

De la ampliación del contenido por un lado y del valor jurídico contenido por el otro se deriva necesariamente *la constitucionalización del Derecho civil*. Los principios generales del ordenamiento ha dicho Demarino no se deducen sólo de los Códigos como individualización de los valores de los mismos sino también y sobre todo de la Constitución

dada la necesaria prevalencia que tiene sobre el resto, del ordenamiento, incluidos los principios generales del derecho infraconstitucionales.

La influencia de la Constitución sobre el Derecho privado se ha realizado sobre todo a través de la configuración como derechos fundamentales de muchas instituciones básicas del Derecho civil. La Constitución al identificar determinados derechos del hombre y del ciudadano como derechos fundamentales está otorgando al Código y a sus aplicadores una labor de desarrollo y de garantía de esos derechos. Los principios, los valores y los derechos constitucionales sirven de base al sistema político pero también a la estructuración y contenido del Derecho privado que ahora ha de ser modelado por la Constitución para asegurar que el desarrollo de la sociedad democrática no encuentre una barrera infranqueable en el ámbito jurídico privado. El Derecho privado se transforma, pero no se desnaturaliza. La Constitución le da una nueva dimensión y le exige nuevos planteamientos para superar una situación meramente economicista y patrimonial imperante en la época de la Codificación. Con ello el derecho privado ha recobrado su auténtico papel de garantía de autodeterminación y autoorganización del individuo.

Además, la moderna teoría de los derechos fundamentales ha sido influida bastante por los valores y los principios del Derecho privado. Muchos de los actuales derechos constitucionales han sufrido un ascenso de rango; son viejos principios de códigos civiles elevados hoy a principios de derechos constitucionales. Pensemos por ejemplo en el derecho a la propia imagen, (fruto de la acción de la jurisprudencia civil), o toda la temática de la libertad de no sufrir intromisiones en la esfera privada, o el derecho a la privacidad, y los derechos de la personalidad.

Estos derechos se han constitucionalizado provocando una nueva relación entre la Constitución y el Derecho privado, en la cual ha tenido una enorme trascendencia los avances de la teoría de los derechos fundamentales.

El respeto y servicio de los derechos fundamentales se ha convertido en el interés público primario, al mismo tiempo, el poder configurador y conformador de dichos derechos se ha diversificado y se ha extendido más allá de las relaciones del poder político por los ciudadanos.

Los derechos fundamentales se interiorizan en todo ordenamiento y ello a consecuencia de su positivización al máximo nivel normativos, es decir, por su Constitucionalización. Ello les dota de lo que se ha llamado la irresistible supremacía del derecho fundamental. Con ello el término fundamental adquiere la auténtica dimensión que le corresponde según su nombre, ser cabecera del ordenamiento jurídico en primer lugar, y en segundo lugar (y no de orden, sino al mismo tiempo o al mismo nivel) ser componente esencial en la teoría de la justicia, al suministrar al ordenamiento los necesarios valores axiológicos.

En efecto, los derechos fundamentales operan desde luego en un plano positivo, pueden explicarse como tales en cuanto encuentran reconocimiento en las Constituciones y, en la medida en que de ese reconocimiento se derive alguna consecuencia jurídica. Como ha dicho el profesor Cruz, los derechos fundamentales nacen y se acaban con la Constitución. Lo son en cuanto categoría jurídica. Pero al mismo tiempo los derechos fundamentales no son una creación de la Constitución.

El largo debate entre ius naturalismo y positivismo ha llegado a un cierto grado de entendimiento sobre el carácter dual de su reglamentación como síntesis en la que se admite la positividad de estos derechos pero al mismo tiempo el carácter metapositivo de esta relación, porque la Constitución al consagrar los derechos fundamentales se coloca concientemente en una determinada civilidad, como punto de especificación de confluencia de valores. Los derechos fundamentales son la suprema expresión del orden axiológico, el orden ético, el orden trascendente, constitucionalizado por las modernas sociedades organizadas en Estado de Derecho.

De ello es buen reflejo el Artículo 1° de la Constitución peruana cuando se refiere a la esencia de la persona humana y el respeto a su individualidad como fin supremo de la sociedad y del Estado. El fundamento último de los derechos fundamentales, según la Constitución peruana, es la dignidad de la persona y la libertad como valor indispensable para asegurar el logro de aquello. El origen y fundamento de los derechos fundamentales, como derechos humanos que son, es el propio ser humano, su intrínseca dignidad, núcleo y raíz de los derechos que le son propios y que por ello son inviolables, irrenunciales e indisponibles como asegura el Artículo 5° del Código Civil peruano.

Esa dignidad humana, y la libertad a su servicio, aseguran el carácter unitario de los diversos derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. En última instancia todos ellos pretenden, utilizando técnicas jurídicas diversas, facilitar y hacer posible el desarrollo integral de la persona el ejercicio real y efectivo de su libertad. Hacen posible la conversión y potenciación de la libertad genérica en auto determinación y autorealización que se expresa en derechos concretos jurídicamente incoherentes. La dignidad humana, en suma, implica derechos inviolables del hombre; una y otros son fundamentos de la sociedad y del orden político en que aquella se organiza, pero esto es un logro que como reconocimiento ha costado siglos a la humanidad.

Para mantener la coherencia interna del ordenamiento, esos derechos basados en la dignidad humana han de informar a todo el ordenamiento en su totalidad, asegurando que los valores éticos y los principios democráticos queridos por el constituyente se irradian e informen hasta el último ámbito social y frente a toda persona o frente a todo grupo que les pueda oponer.

Porque cuando la persona ha conseguido frente al Estado y frente a los poderes públicos libertad y seguridad (como ocurre en la mayor parte de las sociedades avanzadas), sus preocupaciones escapan al terreno de las relaciones privadas en las que puede haber también amenazas contra su dignidad, sus derechos, su libertad. En efecto, junto a la tradicional amenaza potencial contra las libertades, que son y han sido los poderes públicos, surgen también hoy derechos económicos y sociales fácticos que pueden ser más *implacables* que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales. Por tanto, proteger los derechos fundamentales, quedaría reducido o sería incompleto si se protegiera sólo frente a los poderes públicos; hay también poderes sociales tan peligrosos o más que el propio Estado, en cuanto, a la puesta en peligro de los derechos fundamentales. Los problemas aparecen tanto en la materia económica, como en nuestra privacidad.

Precisamente por ello, se ha defendido la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Uno de los primeros fundadores de esta teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales fue Nipperdey, para el que existían normas sobre derechos fundamentales que hacen referencia no sólo a una serie de libertades protegidas frente al Estado, sino

que garantizan a cada ciudadano un estatus social en sus relaciones jurídicas con los demás y en especial frente a los formidables poderes sociales, grupos y organizaciones cuyo descomunal poder amenaza al individuo de dejarlo impotente. Frente a aquellos poderes sociales, los derechos fundamentales constituyen garantía y defensa. Esta afirmación de 1948, conserva toda actualidad en 1994. Las doctrinas del efecto horizontal de los derechos fundamentales entienden que nada hay en la esencia de los derechos fundamentales, porque estos están basados en la dignidad y libertad del hombre, que obliga a considerar que tales derechos sirvan sólo frente a los poderes públicos y que sólo frente a ellos suponga limitaciones. No existe ninguna dificultad ontológica para que los derechos fundamentales desarrollen también su eficacia en la esfera privada. La dignidad, la libertad, el pleno o libre desarrollo de la personalidad ha de cuidarse no sólo frente al Estado, frente a los poderes públicos, sino también frente a los poderes privados.

Esta *horizontalización de los derechos fundamentales* se conecta también con la moderna idea de Estado social de Derecho, que se deduce implícitamente de los artículos 9º, 11º, 13º, 16º, 23º y 58º de la Constitución peruana. Según ha dicho el Tribunal Constitucional español en su sentencia 18/1984, la configuración del Estado como social de Derecho viene a culminar una evolución que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-sociedad y difumina la dicotomía derecho público: derecho privado, determinando la impenetración de lo público y lo privado.

Esta ampliación de la eficacia de los derechos fundamentales en el ente privado no es una absoluta novedad respecto de algunos de ellos que desde su origen ha nacido para operar sobre todo en la esfera de las relaciones privadas. Así ha ocurrido por ejemplo con el derecho de huelga, cuyo reconocimiento a la postre implica una inmunidad a favor del huelguista frente a las eventuales represalias de su empleador o con la tutela antidiscriminatoria, puesto que los actos discriminatorios han predominado sobre todo en el campo de las relaciones privadas y es la sociedad y no el Estado generalmente el que discrimina.

Pero también en otras materias, como toda la materia de la privacidad o el derecho a la propia imagen que se planteó fundamentalmente

en el ámbito privado. El derecho a la propia imagen, que es un derecho civil puro en el sentido estricto del término, tiene su operatividad fundamental en las relaciones entre los particulares y por eso sus elaboraciones iniciales forman parte de la doctrina civil.

Sin embargo, ahora hay una nueva amenaza frente a esos derechos que descubren su primer y lejano sentido, tema que está planteando hoy y que se plantea también en la nueva Constitución peruana: el derecho a la información, no solo como derecho de exclusión, sino como derecho de control que está indicando una nueva visión de un viejo derecho en relación con una nueva tecnología que supone en nuevos peligros frente a este derecho.

Además de ese efecto horizontal se ha ampliado a otros derechos fundamentales, por ejemplo el derecho a la libertad ideológica, o libertad religiosa, que ha tenido efectos también en las relaciones privadas, en donde no se pensaba iba a tener repercusión toda la temática que hoy se plantea en relación con el llamado acoso sexual no es sino una nueva implicación de derechos fundamentales en la esfera de relaciones privadas.

En todo caso, sea nuevo, sea la renovación de un viejo problema o sea un nuevo planteamiento del problema, se supera la concepción que circunscribió los derechos fundamentales a la problemática de la colisión entre la libertad privada y actividad pública se supera. ¿Cuál es la consecuencia de que se acepte la vocación de reglas constitucionales para regir las relaciones privadas? Eso supone la irrupción de la Constitución en la relación entre particulares y supone que ya nada escape a la misma.

La eficacia de los derechos fundamentales de la esfera privada no implica un cambio de naturaleza, el derecho a la libertad no cambia de naturaleza por desarrollarse o realizarse frente a un particular o frente a un poder público. Pero sin embargo, su contenido no tiene porqué ser el mismo, ni coincidir según opere frente a un poder público o frente a un particular. El Tribunal Constitucional de España así lo ha reconocido cuando en la sentencia 177/1988 ha dicho que los derechos fundamentales han de aplicarse matizadamente en el derecho de los contratos. Pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad y que se

manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual.

Aunque sean distintos, los problemas de la aplicabilidad y de la defensa jurídica fundamental ambos están muy interrelacionados. Los derechos fundamentales serían meras declaraciones, y así lo fueron durante mucho tiempo, si no vienen acompañados como auténticos derechos subjetivos de garantías adecuadas para asegurar su real eficacia jurídica con posibilidad de su protección judicial.

En el tema de la garantía constitucional que conocen de acciones directas de los ciudadanos, como el caso de Alemania o España, en las acciones directas estaban legalmente limitadas a actos de los poderes públicos y los Tribunales Constitucionales no podían intervenir en principio en las relaciones entre particulares. Sin embargo la jurisprudencia constitucional, primero en Alemania y luego en España, hizo lo que se ha calificado de "finta" jurídica. Para poder conocer de violaciones de derechos fundamentales de origen privado entendió que si un particular se dirige a un órgano judicial ordinario y le solicita la protección de un derecho fundamental propio frente al particular, y aquél Tribunal no lo hace satisfactoriamente, ese órgano judicial que no ha dado protección a ese derecho ha incurrido en la violación de ese derecho fundamental y su sentencia puede ser revisada en sede constitucional.

Pero la revisión de esa sentencia en sede constitucional no significa otra cosa que el conocimiento directo del pleito entre privados y la afirmación por último del Tribunal de si se ha violado o no ese derecho fundamental y a la postre la condena o no condena del particular por el propio Tribunal Constitucional. Esta doctrina ha permitido al Tribunal Constitucional proteger directamente esta violación, pero sobre todo ha producido un fenómeno mucho más importante : crear una dinámica de aplicación efectiva y directa de la Constitución de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios. Si no lo hacen sus decisiones pueden ser revisadas por lo que los tribunales ordinarios aplican la Constitución y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

No parece que en el caso peruano sea necesario esta finta pues si nos atenemos a la letra de su Constitución, la Acción de Amparo procede contra la violación de cualquier derecho fundamental por parte de

cualquier autoridad, funcionario o persona. Por tanto también frente a un particular. Si es importante esta eficacia subjetiva de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares de la misma o mayor importancia, es la trascendencia de los derechos fundamentales de la esfera individual, lo que se ha llamado la *dimensión objetiva de los derechos fundamentales*. Esta dimensión objetiva de los derechos fundamentales también incide en el Derecho privado y difumina los límites entre lo público y lo privado. Los derechos fundamentales no son sólo categorías de derechos subjetivos, sino que son y forman globalmente a todo el ordenamiento jurídico.

Una dimensión objetiva de los derechos fundamentales ha existido siempre, pero ha sido más bien de *carácter negativo*. De la supremacía de la Constitución se deriva no sólo su aplicación preferente de la norma legal, sino la nulidad de la norma legal que la contradice, también lo dice la Constitución peruana y se producirá una vez que a través del ejercicio de la Acción de Inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional así lo declare.

Para la dogmática jurídica este efecto negativo es muy trascendente, porque junto a la esfera de la legalidad legal permite establecer una esfera infranqueable para el legislador, llamada legalidad constitucional. El concepto del contenido esencial del Derecho, sirve para fijar el dominio de los derechos infranqueables para el legislador. El legislador al legislar no puede ir contra el contenido esencial de los derechos fundamentales. Pero la propia noción de contenido esencial implica la existencia de un espacio disponible para el legislador en desarrollo de ese derecho fundamental, que es una tarea del legislador también.

Aquí nos encontramos con una nueva dimensión, un nuevo elemento de esa dimensión objetiva. El espacio disponible implica que el legislador tiene un papel y cometido positivo en el plano de los derechos fundamentales, que es de alguna manera, un ejecutor de la Constitución para la puesta en práctica de los derechos fundamentales. De este modo, los artículos 14°, 15° y 16° del Código Civil no sólo están enmarcados negativamente por el Artículo 27° de la Constitución peruana, que es el modelo clásico de la visión de la Constitución como límite al legislador, sino que además, el Artículo 27° de la Constitución peruana sólo puede desarrollarse y realizarse a través de aquellos preceptos; los derechos

fundamentales suponen así para el Estado y para el legislador *deberes positivos*. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional de España cuando afirma en su sentencia 53/1985 que los derechos fundamentales son los componentes tutelares básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo, como de cada una de las ramas que lo integran en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar al conjunto del ordenamiento.

La garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, y así lo dice el Tribunal Constitucional Español, de la obligación, de la sujeción de todos los valores públicos a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado, de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de cada derecho y los valores que representan aún cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.

Es decir, *los derechos fundamentales obligan positivamente al legislador*. El legislador recibe de los derechos fundamentales los impulsos y las directivas, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho constitucional quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa. Se ha superado así la visión de los derechos fundamentales como medio o escudo, y se integran ahora como piezas indispensables de un sistema normativo objetivo en que el Estado ha de hacer posible que los derechos fundamentales sean realidades efectivas. Estos requieren así un hacer estatal que ha de contribuir a contrarrestar el déficit de los derechos fundamentales que la propia sociedad genera.

De este modo los derechos fundamentales desarrollan en el ordenamiento jurídico una *función innovadora*, ampliadora, y un papel trascendental en la creación del derecho positivo; son los necesarios puntos de apoyo para una reconstrucción permanente de los derechos humanos en todo el ordenamiento jurídico, incluido el Derecho privado.

Pero esta fuerza expansiva de los derechos fundamentales transforma el papel del legislador, porque de alguna manera ahora la Constitución y el Código Civil operan sobre un objeto : el derecho fundamental

en los términos de una verdadera y auténtica colaboración internormativa en la que cada uno de los legisladores : el constituyente y el constituido tienen asignada su propia función. Porque la Constitución muchas veces lo que hace es solamente perfilar el Derecho y es el legislador el que lo constituye.

Si son importantes estas dos funciones : la función negativa y esta función de promoción y desarrollo, hay una tercera función de los derechos fundamentales que es especialmente trascendente para el jurista : el papel que tiene el derecho fundamental en *el momento de la interpretación de las normas legales*, especialmente de aquellas que desarrollan derechos fundamentales.

Hoy se habla de una *interpretación constitucional del Derecho*, la cual tiene su origen en una operación que deben realizar los Tribunales Constitucionales al controlar la constitucionalidad de las normas. Al controlar la constitucionalidad de las normas, los Tribunales constitucionales realizarán una operación hermenéutica para con trazar el mandato de la Constitución y el mandato de la ley, examinarán la compatibilidad de esta con aquella. Siendo, como es, tan grave la decisión de dejar nula la ley, dejar fuera del ordenamiento una decisión del poder legislativo, los Tribunales Constitucionales hicieron una simulación jurídica a través de la llamada sentencia interpretativa, mal llamada por algunos sentencia manipulativa. Los tribunales, de la post-guerra tanto de Italia como de Alemania, afirmaron que no era inconstitucional la norma la cual se interpreta así o que es inconstitucional si vista de esta manera venía a decir, interpretada la norma a la luz de la Constitución, si puede considerarse constitucional. Estaban creando así un nuevo método de interpretación, una lectura de la norma a través del mandato constitucional. Esta operación inicial para salvar la constitucional de algunas leyes, se convirtió luego en una exigencia hermenéutica general, sobre todo por parte de aquellos tribunales, como el alemán o español, que conocen acciones directas, en el caso específico del español, a través del recurso de amparo.

El Tribunal Constitucional no solamente controla la norma misma, sino que también su interpretación judicial, el llamado derecho vivo, impone una reinterpretación de la ley a la luz de los principios constitucionales.

El jurista ha de adoptar actitudes hermenéuticas más abiertas y dinámicas que el angosto dogmatismo propio del positivismo formalista. Los derechos constitucionales no solo deben ser respetados por las leyes sino que deben inspirar la interpretación de la norma en su desarrollo, aplicación e interpretación.

La Constitución debe ser guía de interpretación de las normas jurídicas a ellas subordinadas, incluido el Código Civil. En el caso español, además esto es muy claro. El Artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. Por un lado los principios constitucionales y por otro lado, la jurisprudencia constitucional, son criterios que han de tenerse en cuenta en la aplicación de las leyes, de los ordenamientos.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español reiteradamente ha señalado que los principios y derechos constitucionales han de informar la aplicación de las leyes y demás normas jurídicas; incluso ha defendido la llamada interpretación favorable del derecho fundamental, *in dubio pro libertate*, ese principio implica que en caso de duda ha de optarse por la interpretación de la norma legal que mejor proteja el derecho fundamental. Esto supone, de alguna manera, concebir el proceso hermenéutico como una labor tendente a maximizar y utilizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto.

Este nuevo criterio hermenéutico supone una renovación del Derecho civil. Según Mengoni, la actividad interpretativa del Código Civil, de los estudiosos y de los tribunales han de utilizar como elemento imprescindible los preceptos constitucionales, y cuando haya jurisprudencia constitucional, la jurisprudencia constitucional. Ello implica una nueva visión de las fuentes del Derecho civil porque entre ellas se incluye, por sobre todas, a la Constitución misma. Muchos de los conceptos civiles asumen ahora funciones diversas. En ello juega un papel relevante las cláusulas o conceptos abiertos, como el abuso del derecho del Artículo 2° del Título preliminar del Código Civil peruano, o la buena fe a que alude el artículo 1362 del mismo código, o el interés social, público y ético que legitima lesionar a la libertad con tractual

A la postre el Derecho Civil sigue siendo el mismo, el relativo a situaciones patrimoniales, pero su centro de atención se ha desplazado de los puros valores patrimoniales, es decir el mero *homo-economicus*, a la persona humana, a su dignidad, a sus valores y a sus libertades. Así el derecho a la disposición del cuerpo o el derecho a la propia imagen no son meramente un derecho patrimonial que se patrimonializa o traduce en moneda, sino que se inserta en el derecho al respeto de la propia identidad y de la privacidad. El derecho a la privacidad deviene un medio necesario para la plena realización de la naturaleza humana, ello implica la actual tendencia doctrinal y jurisprudencial a dilatar el ámbito de la protección de la personalidad o la utilización de la Constitución para crear nuevos derechos como el de la propia identidad.

También se supera la concepción inicial del derecho de privacidad de mero derecho de exclusión del mismo vinculada a las nuevas tecnologías y que se conecta a la posibilidad de conocer, controlar y evitar los flujos de información que a uno le concierne como el *Habeas Data* que reconoce la Constitución peruana. Esto implica que la privacidad, junto a su contenido tradicional de poder de exclusión, se ha convertido en un poder de control y para la protección de la esfera privada de la persona. Pero todo ello sirve de ejemplo de la revitalización y del reconocimiento de que el Derecho Civil ha sufrido a consecuencias de su constitucionalización. La protección de los derechos fundamentales pesa hoy mucho el respeto de las instituciones civiles más que y no a través de intervenciones públicas o intervenciones administrativas.

A través de su relativa despatrimonialización existe un redescubrimiento del individuo, de sus posibilidades de realización a través de su autodeterminación, sirviéndose para ello de los instrumentos que le ofrece el Derecho Privado. Se trata a la postre, de conseguir en el plano material lo que los codificadores habrían querido en el plano formal, el que los hombres sean libres, sean iguales y sean responsables. En suma, las fronteras entre el Derecho Privado y la Constitución se han abierto, hay libertad de circulación entre uno y otro. Cabe contemplar la Constitución desde el Derecho Privado pero también puede y debe examinarse el Derecho Privado a la luz de la Constitución.

La Constitución ha dejado de ser sólo el orden jurídico del Estado y por ello el dominio exclusivo de los especialistas del Derecho Público

del Estado y es el punto de partida necesario de toda labor de elaboración e interpretación jurídica, también para el especialista del Derecho Privado, para el civilista. Por eso la cultura constitucional madura y flexible debe ser hoy un elemento indispensable, una herramienta en la formación y práctica del especialista del Derecho Privado. Estoy seguro que este Congreso que celebra 75 años de una institución que sigue siendo joven en un marco de valores éticos muy vinculados a la persona y con preocupaciones de futuro se sabrá valorar la contribución necesaria que corresponde hoy al Derecho Civil para conseguir el bienestar de las personas, su dignidad y su libertad.