

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO
ABAD DEL CUSCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

“ANÁLISIS DE LA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE
LEGALIDAD EN LOS DERECHOS REALES.”

¿Numerus Clausus o Numerus Apertus?

**PARA OPTAR EL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADO**

ASESOR: Dr. Dariberto Palma Barreda

PRESENTADO POR:

Bach. Lariza Cana Quispe

Bach. Juan Carlos Huallpayunca Baca

CUSCO - PERÚ

2021

I. DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

Este trabajo se lo dedicó a mis padres William y Elena, a mi hermana Araceli, quienes con su apoyo incondicional han hecho posible que hoy sea lo que soy, a ellos gracias.

Lariza

En homenaje a mi querido Papá Juan, quien desde el cielo guía mis pasos, así como a mi Mamá Modesta y mi hermana Sandra, con quienes estoy profundamente agradecido por todo su esfuerzo.

Juan Carlos

II. PRESENTACIÓN

**SEÑORA DECANA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL
CUSCO**

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO

Para cumplir las bases del actual Reglamento de Grados y Títulos de la escuela Profesional de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, colocamos a vuestra disposición el presente proyecto de investigación intitulado “ANALISIS DE LA INTERPRETACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS DERECHOS REALES (¿Numerus Clausus o Numerus Apertus?)”. con la intención de lograr optar el título profesional de Abogado.

Se realizo en presente trabajo de investigación de manera que entre en uso y aplicación los conocimientos obtenidos durante la formación profesional, este estudio se enfocó en la reconceptualización del principio referido a la legalidad como un intento de estabilizar los principios de la seguridad y el principio de autonomía de la voluntad, que rigen a los derechos reales y al derecho civil en general.

III. ABSTRACT

Through this research we seek to establish which system of real law is more productive, if the Numerus Clausus or Numerus Apertus, for which we have used books on civil material as well as jurisprudence applicable to the case, nationally and internationally, as instruments. Through all this data collection and its corresponding analysis, we can conclude that real rights and personal rights belong to the field of civil property law, but both categories regulate human interactions of different content. Understanding personal rights, regulated by the principle of autonomy of the will, have a wide field of application. While the Real Rights regulated by the principle of legal security have a field of trust, predictability and reduction of transaction costs, with which the legislator opted for the numerus clausus system. All this to understand that when we talk about real rights, the principle of legal security weighs more than the principle of autonomy of the will. It happens that in a real rights regime of numerus clausus the limits of private autonomy are greater than the intrinsic limits of legal security.

Nosotros a mediante la presente investigación buscamos identificar qué sistema del derecho real es más productivo, si el Numerus Clausus o Numerus Apertus, para lo cual hemos utilizado como instrumentos libros en materia civil, así como jurisprudencia aplicable al caso, aspectos nacionales como casos internacionales, y a través de toda esta recopilación de datos y su correspondiente análisis es que podemos concluir que si determinamos derechos en el ámbito de derecho civil, serían los reales y los personales, pero ambos tipos de derecho regulan interacciones humanas de diferente contenido. Entendiendo en los Derechos enfocados en de manera personal, regulados por el principio que refiere a la autonomía señalada a la voluntad, cuentan con un amplio campo de aplicación. Mientras los Derechos que son Reales son regulados por el principio de seguridad jurídica tienen un campo de disminución de costos de transacción, como

también un grado de confianza, llegando a la previsibilidad y, con lo cual el legislador se decantó por el sistema de *numerus clausus* es más importantes el principio de seguridad jurídica, frente al de la voluntad, si se trata de los Derechos Reales, frente al régimen de este último, que esté relacionado con *numerus clausus* se limita más en el aspecto de autonomía privada que en la seguridad jurídica.

IV. INTRODUCCION

Cuando nosotros logramos entender que, para lograr un proceso de análisis completo y detallado, se refiere al hecho de tomar puntos pequeños y empezar a estudiarlos para comprender el tema en general, esta técnica fue utilizada en el área de las matemáticas y también la lógica, alrededor del 384 al 322 a. c., a pesar que no se había tenido una definición formal del mismo término en esos momentos, ya que un concepto referido al análisis se fue formulando recientemente; de sus inicios provino del término griego ἀνάλυσις, que solía entenderse como Ana = arriba, a lo largo, lisis= aflojamiento, que conducía a entender que el análisis era una ruptura, así conceptualizando el término.

Una vez definido el camino por el cual recorre nuestra investigación podemos pasar a describir cómo se realizara nuestra investigación Iniciaremos el presente trabajo haciendo una descripción jurídica y doctrinaria de los Derechos Reales en el Sistema Jurídico, haciendo un énfasis en las teorías que este sistema contiene, para a continuación realizar un análisis constitucional sobre los derechos reales, una vez entendido este tema es importante realizar una comparación de nuestra legislación con otras de Europa y América Latina, respecto a los *Numerus clausus* y *Numerus apertus*, para finalmente centrarnos en el punto principal de nuestra investigación que es definir el principio de Legalidad en los Derechos Reales, y determinar si existen conflictos constitucionales entre la seguridad jurídica referido como un principio constitucional y el principio de autonomía de la voluntad, como actúa la teoría conflictivista y armonizadora para la resolución de este conflicto constitucional si lo hubiera.

Es importante analizar el núcleo de la presente investigación, el cual está compuesto por un principio de legalidad en cuanto a los Derechos Reales, tipificado en el Art. 881 del Código Civil, siendo esta la único respaldo legal para los derechos de orden legal, siendo este la base para un sistema jurídico que se adapta en la legislación *Numerus Clausus*.

Ahora bien, es bastante sabido que son escasas situaciones donde una realidad es tal cual, sin tener que ser discutida, esta solamente es referida como una ciencia argumentativa. Por otro lado, las ciencias que son claramente, el derecho no se enfoca en las realizadas absolutas que tienden siempre al cambio mediante la proposición de hipótesis y tratar de comprobar estas. Frente a lo cual es normal la coexistencia de otro sistema que podría ser alternativo, este último, se suele referirse como *numerus apertus*, es este régimen la voluntad tiene autonomía para la elaboración de derechos que no suelen ser típicos. Según algunos expertos esta flexibilidad puede traer muchas ventajas en cuanto a los beneficiados cuando se trata en casos particulares.

Según la doctrina, la autonomía que se fue señalando ha generado un poder de autogobernancia en particulares, dentro de un contexto particular, la cual solo puede ser parametrada por la ley, como también por la moral y hasta tiene que ver con el orden público, lo que se refiere como una cuasi omnipotencia en aspecto privado. Por ello el objeto de este trabajo es proponer un enfoque distinto a investigaciones pasadas sobre el fenómeno jurídico a tratar. Nuestro ímpetu por aportar al desarrollo jurídico nacional nos hace proponer un análisis civil y constitucional. Concretamente, ya que analizaremos desde criterios constitucionales y civiles el sistema de los derechos reales de *numerus clausus* en el Perú. Ya que la Constitución ha tomado en estas últimas décadas la nomenclatura de ser la máxima autoridad en cuanto al ordenamiento en aspecto jurídico, base de su labor principal es irradiar a toda nuestra realidad jurídica, esto aplica también a los derechos reales. Es así como, un estudio analizando la constitucionalidad en cuanto a los derechos reales, tiene suma relevancia en cuanto a que valorar de sobre manera incluso antes de los aspectos económicos que podría causar una legislación con respecto a otra, ya que este fenómeno jurídico tiene esta sobre el umbral de la unicidad y coherencia que presenta la constitución.

ÍNDICE

DEDICATORIA...	I
PRESENTACIÓN...	II
ABSTRAC.....	III
INTRODUCCIÓN.....	IV
CAPÍTULO I.....	1
1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
1.1. Descripción y planteamiento del problema de investigación	1
1.1.1. Aproximación al tema planteado	1
1.2. Formulación del problema de investigación.....	3
1.2.1. Problema general.....	3
1.2.2. Problemas específicos	3
1.2.3. Objetivos generales	3
1.2.4. Objetivos específicos.....	3
1.3. Importancia del problema de investigación.....	4
1.4. Antecedentes del estudio	5
1.5. Bases teóricas.....	9
1.6. Hipótesis, categorías y subcategorías.....	10
1.6.1. Hipótesis	10
1.6.1.1. Hipótesis general.....	10
1.6.1.2. Hipótesis específica.....	10
1.6.2. VARIABLES	10

1.7.	Definiciones conceptuales	11
1.8.	Tipo de investigación	13
1.8.1.	Tipo de estudio: INVESTIGACIÓN DOGMÁTICO-JURÍDICA.....	13
1.9.	Diseño de investigación.....	14
1.10.	El método de colecta de datos: técnicas, instrumentos	15
1.10.1.	Instrumentos de obtención de datos	15
1.10.2.	Técnicas de análisis de los datos colectados.....	16
CAPÍTULO II.....		17
2.	EL SISTEMA JURÍDICO: LOS DERECHOS REALES.....	17
2.1.	La Teoría Clásica	18
2.2.	La Teoría Personalista	21
2.3.	Posición de la Investigación	22
CAPÍTULO III		29
3.	LOS DERECHOS REALES Y SU ANALISIS CONSTITUCIONAL.....	29
3.1.	La Constitución como norma suprema.....	29
3.2.	La constitucionalización del derecho privado	32
3.3.	Un derecho de tipo real como uno constitucional.....	35
CAPÍTULO IV		39
4.	LOS DERECHOS REALES EN EL DERECHO COMPARADO	39
4.1.	Númerus clausus	39
4.2.	Númerus apertus	43
4.3.	En el derecho comparado	45

4.3.1.	En el derecho español.....	45
4.3.2.	Alemania: caso del Derecho	47
4.3.3.	Francia: un caso de derecho.....	49
4.3.4.	Argentina: El Derecho	50
4.3.5.	Caso: Alianza del Pacífico.....	51
CAPÍTULO V		59
5.	EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS DERECHO REALES Y SU VINCULACION CON LA TEORIA ARMONIZADORA.....	59
5.2.	La seguridad jurídica como principio constitucional	64
5.3.	La autonomía de la voluntad como parte del principio constitucional	69
5.4.	La teoría armonizadora.....	72
5.4.1.	Teoría armonizadora de los derechos fundamentales	73
5.4.1.1.	Posiciones conflictivistas de derechos fundamentales	73
5.4.1.2.	Crítica a las posiciones conflictivistas.....	74
5.5.	Interpretación armonizadora del derecho fundamental	75
5.5.1.	Coherencia y unidad de las personas como base para el entendimiento de derechos	75
5.5.2.	El principio de unidad de la constitución a favor de una interpretación armoniosa	77
5.5.3.	Delimitación constitucional sobre el contenido de derechos como solución de controversias	78
5.5.4.	Límites de los derechos fundamentales	80

5.6. ¿Existen los conflictos constitucionales?	82
5.6.1.1.1.1. Teoría conflictivista.....	82
5.7. Análisis de constitucionalidad del sistema peruano de derechos reales.....	84
5.7.1. Según la teoría armonizadora	86
5.7.1.1.1.1. Según la teoría conflictivista.....	91
6. CONCLUSIONES.....	101
7. RECOMENDACIONES.....	102
8. BIBLIOGRAFÍA.....	103

CAPÍTULO I

DISEÑO METODOLOGICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción y planteamiento del problema de investigación

1.1.1. Aproximación al tema planteado

A. Premisa

En materia civil, podemos observar que la intención suele ser siempre soberana; a base de esto parte el derecho como tal. Es en este sentido que el profesor (**Alessandri Rodriguez, 1998**) menciona que en caso particulares se está permitido dirigir sus derechos en cuanto a ellos trata, demostrando así el nivel de soberanía y autonomía. Estos suelen ser contratos, donde la autonomía de voluntad permite obligar a cumplir los términos.

Si se refiere al código civil del estado peruano, en el libro número V existe parámetros para este tipo de contratos, que los señala como típicos y nominados, (**Alessandri Rodriguez, 1998**) destaca que los contratos pueden ser novedosos en cuanto a su autonomía puede tratarse, siendo esta la fuente de defensa en cuanto la ley pueda querer decidir sobre estos contratos, donde la autónoma de voluntad se enfoca en los deseos que el caso particular amerite. Frente a materia de orden contractual, como derechos personales se pueden crear contratos cual fuese el tipo (atípicos o nominados), este viene siendo un sistema conocido como *numerus apertus* en enfoque de derechos personales. Claro que también, existen

expertos en el tema jurídico que señalan que dicha autonomía señalada puede alcanzar a los derechos subjetivos y los Reales, debido a que contempla una parte donde se puede incidir en materia de derechos personales, reales, enfocado en la propiedad como tal.

La libertad que *numerus apertus* brinda que se pueda crear incluso un derecho real en orden atípico, que referencia la imaginación del particular; se resalta la posibilidad de un sistema de derechos reales que le lleve la contra a este, al que se llama *numerus clausus* o también denominado Cerrado, donde la legalidad es respetada como tal. Este sistema *numerus clausus*, donde no está permitida la constitución, de derechos reales fuera de aquellas ya constituidas., es así que ya existe una limitación de derechos que en si son denominados típicos. Los autores Somarriva y Vodanovich, indican que la cantidad es limitada en caso de los tipos presentados por la ley, por lo tanto, la voluntad aplica sobre elegir el derecho real típico que sea necesarios y en la constitución según lo que se requiera, siempre contemplando la parte legal. En tanto, se presenta una grande contraposición, desde un lado el paternalismo del estado que regula estas relaciones de orden jurídico, por otro lado, el otro sen enfoca los requerimientos del particular, en este punto organizar estas partes no se visualiza sencillo. No se puede señalar cuan de los enfoques vendría a ser el correcto, si la autoridad reguladora es el estado o los mismos particulares respaldado por la autonomía de voluntad, siendo un tema muy ampliamente tratado. Por lo tanto la presente

investigación se dirigirá a analizar estos casos de sistemas para derechos reales, en medida de poner definir cuál de estos viene siendo el que más consistencia presenta, y también los argumentos de numerus clausus con el fin de estudiar, cuál de ellos respeta los principios de unidad y coherencia de la Constitución.

1.2. Formulación del problema de investigación

1.2.1. Problema general

¿Cómo interpretar y aplicar el principio de legalidad en los derechos reales en un contexto en que su contenido sea acorde al principio de unidad y coherencia de la Constitución?

1.2.2. Problemas específicos

¿El sistema de Numerus Clausus restringe el contenido esencial del Principio de Autonomía de la Voluntad?

¿El principio de legalidad en los derechos reales colisiona con los principios de autonomía de la voluntad y seguridad jurídica?

1.2.3. Objetivos generales

- Determinar cómo interpretar y aplicar el principio de legalidad en los derechos reales en un contexto en que su contenido sea acorde al principio de unidad y coherencia de la Constitución

1.2.4. Objetivos específicos

- Establecer si el sistema de Numerus Clausus restringe el contenido esencial del Principio de Autonomía de la Voluntad.
- El principio de legalidad en los derechos reales colisiona con los principios de autonomía de la voluntad y seguridad jurídica.

1.3. Importancia del problema de investigación

Se ha explicado cual han sido los temas de discusión, siendo estos los argumentos para la presente investigación tomando en base La seguridad jurídica que refiere al más indicado como *numerus clausus*, o poder delimitar los contratos sobre *el numerus apertus*, y designar a la autonomía de voluntad como la base correcta de estos procedimientos. A partir de esto surgen opiniones secundarias, que respalden estos enfoques, según el análisis ya presentado se redefine como como principios constitucionales a la seguridad jurídica tanto como a la autonomía de voluntad, para lograr el análisis de la presente constitucionalidad.

En nuestra opinión, la seguridad jurídica se puede enfocar en dos partes una puede ser objetiva, que básicamente señalaría ser un principio jurídico, de alcance constitucional siendo una definición arbitraria y un tanto indeterminado; ya que, el enfoque de resolución conflictos y aplicar el uso del derecho de manera que genere confianza, indica la dimensión subjetiva. En cuanto a la autonomía en el sector privado, se podría definir como el principio que logra la autorregulación y configuración de las relaciones jurídicas por la auto imposición de sus propios principios.

En referencia a la autonomía privada, se considera redefinir dicho concepto basado en un pilar constitucional la cual ofrece a particulares el poder de configurar y autorregular sus vínculos jurídicos por medio de la imposición propia de preceptos. Se hace mención a su vez a la teoría relacionada a conflictos iusfundamentales como más propia a la conflictivista, así como la teoría armonizadora respecto a conflictos iusfundamentales, que al parecer es más objetiva a comparación de la conflictivista, ya que dignidad del ser humano suele tener puntos conflictivos con definir los derechos fundamentales de manera libre, como también, porque se podría someter el derecho de un contra el otro, se cree también que, atentaría contra la unidad de la Constitución promoviendo la ruptura de la interpretación que debe ser integradora en todos sus aspectos. Por lo que se parte desde una teoría armonizadora, donde es permitido una contraposición de pretensiones, y que los derechos son los mismos para todos, por lo tanto, si no hay conflictos entre derechos no lo habrá entre principios, ya que, en caso contrario, los principios fundamentales competirían entre ellas, y esta no es el fin, y esto no encajaría en la teoría de que los principios son enfoques distintos sobre una misma realidad, que deberían a tender a coexistir, por lo cual nos formulamos las siguiente interrogante, ¿Es posible que el sistema actual para los derechos reales, denominado numerus clausus concilia con los principios constitucionales: autonomía privada y/o seguridad jurídica?.

1.4. Antecedentes del estudio

La presente investigación presenta una interpretación respecto a la legalidad como principio de los derechos reales, y esta presenta los siguientes antecedentes en orden doctrinal.

Los indicadores validos como seguridad jurídica equilibrio y no como autonomía de la voluntad; así, está la propuesta de Sergio Figueroa Cerdedo (2010), quien en su investigación “Resulta eficiente contar con un sistema de Derechos reales de numerus clausus” llega a las siguientes conclusiones (p.87):

1. El nuevo orden social en orden económico, jurídico como político hasta tecnológico, requiere de nuevas maneras que traten caso de la propiedad o el ejercicio propio de la situación, en caso de aeronaves, dentro de la clasificación de inmuebles según el código civil, se permite altear su naturaleza, para propósitos de garantía. Existe otro ejemplo, es el arrendamiento en protección de derechos reales, enfocado en la seguridad jurídica.

Se cree, que el Derecho por necesidad, en caso particulares a la propiedad encuentre una manera más efectiva de obtener ventajas de los derechos reales.

2. Se resalta como una posibilidad aceptable a la Numerus apertus, frente a la situación de contratar bienes; el contrato que se elabore se tiene que respetar un derecho real que ya este aceptado, usando la personalización necesaria, sin caer en una contradicción, denominada erga omnes; respetando posiblemente la inscripción registral del bien tratado.

3. Una vez confirmada la posibilidad de apertura los derechos reales, se puede señalar a la autonomía de voluntad como respaldo para esta acción.
(p.87)

Señalamos a esta autonomía de voluntad como una ventaja de cada particular, de manipular las relaciones jurídicas, así como la ventaja en cuanto a las facultades

y derechos subjetivos propios, en la investigación también se pudo observar la autonomía privada resulta siendo bastante amplia, citando al doctor Francisco Avendaño que señalaba que esta resulta siendo una situación donde *numerus apertus*, facilitaría la creación de derechos reales, siempre pajo los parámetros ya establecidos.

De ello inferimos que el profesor De Otto y Pardo (2005), sostiene que los derechos fundamentales no pueden colisionar entre ellos, y por tanto no puede existir jerarquización entre derechos fundamentales, es decir, no puede haber el caso en que un derecho fundamental sea más importante que otro, porque todos son fundamentales sin más, lo que significa que la ponderación perdería peso frente a la aceptación de esta postura. De manera que una salida válida a la encrucijada en que los constitucionalistas se encuentran en la teorización de la ponderación es la propuesta contenida en la investigación. (p.176).

En el ámbito nacional el profesor Luis Castillo Córdova (2012) asume la línea trazada por De Otto, y también reconoce que los derechos fundamentales no pueden colisionar, pero no plantea una respuesta contundente al problema de la ponderación como pesaje puesto que se sigue tratando el orden jerarquizado en casos específicos. (p.456)

A ello se le suma el aporte de Fernando Gamarra Alayza (2017) quien en su tesis. ¿Es constitucional el sistema de *numerus clausus* que rige a los derechos reales en el Perú? Nos propone lo siguiente:

En el ámbito derecho civil de orden patrimonial están también los derechos reales y personales, con sus diferencias respectivas, que tiene el fin de respaldas acciones de particulares. La autonomía es más amplia en

cuestión a derechos personales, en cuanto a los derechos reales todas las exigencias de costos de transacción generan más relevancia en cuanto a la seguridad ciudadana, por lo que se justifica en uso de números clausus. Esto no refiere a que, la autonomía privada tenga menos importancia que la seguridad jurídica, sino que ambos se aplican según sus límites respectivos, y estos viene siendo más limitantes para la autonomía privada frente a la seguridad ciudadana.

La teorización sobre los derechos fundamentales, en la actualidad, es una de las más vastas, pero no constituyen un antecedente de estudio directo de la propuesta investigativa, puesto que no existe un estudio que se haya pronunciado sobre la ponderación de los contenidos fundamentales reformulando la tradicional percepción del pesaje de derechos y superándola por el entendimiento de la ponderación como equilibrio, es decir como delimitación de contenidos fundamentales.

Si bien es cierto la ponderación en la delimitación de los contenidos fundamentales ha sido materia de un considerable desarrollo, particularmente por la doctrina española (de Otto), ésta no tiene una proyección desde la ponderación misma sino un enfoque donde los derechos son fundamentales, y se logra esclarecer la distinción de la propuesta de la investigación pues acude a entender la delimitación de los contenidos fundamentales desde la ponderación misma a partir de su indagación semántica que no siempre implica pesaje y consecuente subordinación de un contenido frente a otro, sino que también implica equilibrio entre dos pesos y ese equilibrio es precisamente la delimitación de los contenidos constitucionales. (p. 12)

1.5. Bases teóricas

En cuanto a los derechos fundamentales, su tratamiento está altamente limitado por un tratamiento neoconstitucional, para de esta manera determinar la ruta de la oral dentro de un a aspecto normativo.

Dentro de los principales enfoques teóricos que se pueden hallar sobre los derechos en orden fundamentales, se puede presentar las siguientes:

- a) Una de ellas es la teoría liberal, que entiende a los derechos fundamentales como absolutos, que no tienen límites, con una actitud pasiva frente al estado, que son efectivos en cada fuerza social que no permite la existencia de vinculación de particulares, dentro de un estado.
- b) En cuanto, a una teoría institucional los derechos fundamentales incluyen un carácter institucional a los derechos fundamentales, la cual, se puede admitir por norma, iurfundamental, de manera tácita o expresa o mediante las normas que no siempre provienen de la constitución.
- c) Existe la teoría axiológica, donde la importancia es el diseño de los valores, donde cada derecho toma su valor propio, bajo esta perspectiva la comunidad estatal será la que determine la objetividad del del derecho fundamental.
- d) Según una teoría democrática, como funcional se enfoca en la propia construcción de orden democrática donde la libertad es fijada según cada grupo social, sin importar el fin de cada derecho como tal.

e) En cuanto a una teoría, de estado social se enfoca a los derechos fundamentales como la intención de obtener prestaciones sociales que, en sí, está en función al poder público.

1.6. Hipótesis, categorías y subcategorías

1.6.1. Hipótesis

1.6.1.1. Hipótesis general

Dado que se debe interpretar el principio de legalidad en los derechos reales, es probable que ello se logre respetando el principio de unidad y coherencia de la Constitución y, en consecuencia, sustituyendo la tesis conflictivista de derechos fundamentales por la tesis armonizadora de derechos fundamentales.

1.6.1.2. Hipótesis específica

Dado que se debe interpretar y aplicar el principio de legalidad en un contexto en el que sus contenidos no colisionan, es probable que ello se logre reconceptualizando el principio de legalidad como un equilibrio entre los principios de seguridad jurídica y el principio de autonomía de la voluntad, en aplicación de la teoría armonizadora

1.6.2. VARIABLES

CATEGORÍAS	SUBCATEGORÍAS
• Los Derechos Reales en el Sistema Jurídico	• Teoría Clásica • Teoría Personalista

<ul style="list-style-type: none"> • Análisis Constitucional de los Derechos Reales 	<ul style="list-style-type: none"> • La constitución como norma Suprema • La constitucionalización del derecho privado • ¿Los derechos Reales son Derechos Constitucionales?
<ul style="list-style-type: none"> • Los Derechos Reales en el derecho comparado 	<ul style="list-style-type: none"> • Números Clausus • Numerus Apertus
<ul style="list-style-type: none"> • Teoría armonizadora de los derechos fundamentales 	<ul style="list-style-type: none"> • Posiciones conflictivistas de derechos fundamentales • Crítica a las posiciones conflictivistas • Interpretación armonizadora de los derechos fundamentales
<ul style="list-style-type: none"> • El principio de legalidad en los Derechos Reales 	<ul style="list-style-type: none"> • Seguridad jurídica • Autonomía de la Voluntad

1.7. Definiciones conceptuales

Numerus Clausus. - «en una versión latina, refiere a cantidad de plazas dentro de un lugar o institución, referido sobre todo a una escuela o facultad de una universidad.».

Numerus Apertus. - «(...) en su versión latina, refiere a una lista abierta, donde una definición no solo enfoca en un punto sino en varios donde es posible la acumulación, o incluir muchas más unidades está permitido, como también admite nuevas particularidades»

Competencia. - «implica la aptitud o capacidad de ejecutar las funciones jurisdiccionales para conflictos específicos».

Derecho real de garantía. - «este suele incitar a que una obligación sea cumplida, mediante limitaciones a los que solicitan créditos o derechos

al mismo, estas pueden ser las hipotecas, también refiere a las prendas, y una reciente modalidad que es la anticresis» .

Derechos fundamentales. – se dice de aquellos que son de orden moral donde cada persona es beneficiaria del mismo, por el simple hecho de ser humano y pertenecer a una localidad.

Economía procesal. - «incita los gastos monetarios como de tiempo, siendo este un principio de orden judicial, se define también como un fin, donde la impulsión de oficios, oralidad y las acciones logran llegar a este fin.».

Instancia Plural. - «Dentro del ordenamiento jurídico, permite la revisión de decisiones realizadas por el poder judicial, enfocadas en su mayoría a decisiones de enfoque civil, donde es posible impugnación o la solución en dos instancias según que determine la ley».

Jurisdicción. - «refiere a la capacidad de que la justicia sea administrada».

Ponderación. - proviene de la palabra griega pondus, que refiere la habilidad de identificar situaciones que entran en contradicción, y definir cuál de estas es de mayor relevancia.

Proceso jurisdiccional. - «exigencia de orden constitucional, proceso que sostiene los intereses jurídicos que son relevantes, y la constitución guía a estos».

Recurso de casación. - «Según refiere Briseño Sierra viene a ser una manera de remediar de manera suprema y extraordinaria, cuando haya

casos de violación de leyes en un procedimiento, la misma palabra casación refiere de la labra en latín quebrantar, que no es más que anular».

1.8. Tipo de investigación

1.8.1. Tipo de estudio: INVESTIGACIÓN DOGMÁTICO-JURÍDICA

El ordenamiento jurídico proceso a determinar el derecho como una norma, que forma parte de un grupo de normas de aspecto jurídico, a este tipo de investigación, también se le denomina formal-Jurídica, o formalista, puede ser conceptual, teórica, incluso puede denominarse dogmática. Se dirige al estudio del derecho en enfoque objetivo, donde se refiere a las normas jurídicas, y las fuentes formales del derecho desde un enfoque objetivo. De un punto de vista dogmático, es lo que los humanos dicen y que usan u realizan con el derecho., eso según la norma jurídica es referido como dogma. Witker (1995)

Se hace necesario, entender que el presente estudio es más socio- jurídico, ya que se evaluará la realidad desde un aspecto, lo que nos induce a un estudio fuera de la abstracción por sí misma. A lo que una investigación dogmática no tiene que contemplar la jurisprudencia, tampoco referirse a la costumbre porque ambas son estudiadas como están en la realidad, como también, ya que la voluntad negocial, o contractual, haría entender que la investigación es ampliamente socio jurídica, por dos razones muy explícitas en las que habría dudas de estar hablando de derecho objetivo, o sería imposible definir si es dogmática. Aunque esta no sería óbice para que una investigación que cuenta con normativas, pueda ser nominada como dogmática, por lo tanto, esta investigación se basa en la legislación y la

doctrina, siendo estas las normas de respaldo, además de laborar con el ordenamiento jurídico, con el derecho objetivo no aplicado; es así, que el estudio solamente teórico. Se estudia también las abstracciones, que permite estudiar las normas jurídicas, en todos los casos y dar opiniones al respecto, lo que da ventaja a que se realicen métodos a proponer, según su situación específica. Dado que la investigación se enfocará en un estudio normativo, este se enfoca en el estudio global de las normas jurídicas, para lograr esto primero se tiene que conocer estas normas, se permite conceptos y análisis, y todos los medios, que ayuden al ordenamiento jurídico, puede aplicar, interpretar, analizar, crear acerca de las normas jurídicas, buscando que los comportamientos humanos estén mejor regulados. Es el estudio de las regulaciones, que funciona como el correctos de estos estudios, mediante practicas mecánicas, siendo esta investigación así en orden dogmática, es en carácter de clasificar estas normas, y visualizando todas las inconsistencias que pueda generar.

1.9. Diseño de investigación

El presente trabajo se desarrollará bajo el diseño Dogmatico- Jurídico, ya que el fenómeno jurídico estudiaría la validez de las normas, donde desea saber si el ordenamiento que tiene cuenta con la validez necesaria o le faltan algunas características para que llegue a ser eficaz, y genere legitimidad en cuanto a este punto. Existe una pandecista de origen alemán, donde realiza estudios de instituciones de orden jurídico enfocado en textos legales, este será la base del presente estudio, dado que este tipo de estudio es la dogmática jurídica.

La presente investigación estará realizada en un análisis sobre las normas jurídicas, y cuanto tenga que ver con ellas, desde un punto de vista abstracto, conocido también como derecho muerto, basado en el análisis de normas jurídicas de manera teórica; por lo que se contara con una orientación dogmática, estas normas jurídicas también pueden ser: legislativas, ju prudenciales, consuetudinarias, doctrinarias, negociable, principales que son de derecho, siendo estas fuentes formales. Es así que se estudiara la estructura del derecho objetivo, el ordenamiento jurídico, norma jurídica, y como el diseño es dogmático las fuentes para el derecho objetivo, serán la legislación como tal, y la doctrina.

1.10. El método de colecta de datos: técnicas, instrumentos.

De acuerdo a los objetivos la investigación estará basada en el método de la observación desde puntos específicos como son la sistemática, de modo asistemático, como también participante, para llegar a un análisis de todos los contenidos.

El estudio es de objeto cultural(jurídico), la información de primera fuente serán los documentos, que sean especializados en el tema, que podrían ser libros, revistas, etc., que sean de orden nacional o internacional o abarquen temas, civil o constitucional; por lo que la forma ira tomando en torno al análisis documental y el análisis de los mismos documentos.

1.10.1. Instrumentos de obtención de datos

En el estudio se utilizará como instrumentos de investigación

- La Recopilación Documental Bibliográfica.

1.10.2. Técnicas de análisis de los datos colectados

- Fichas Bibliográficas.
- Fichas Hemerográficas.

CAPÍTULO II

2. EL SISTEMA JURÍDICO: LOS DERECHOS REALES.

Para un análisis de una institución compleja como son los Derechos reales, se pretenda llegar a un punto concreto dentro del derecho civil, donde pueda ubicarse a los derechos reales que logre permitir el respectivo análisis, entre en Derecho Civil y Constitucional, del fenómeno jurídico llamado, régimen de Númerus clausus que esta además regido en el Libro de Derechos Reales de nuestro Código Civil, bajo una teoría supuesta lógica del lograr estudian los derechos reales.

Si se desea lograr, el objetivo propuesto se debe ir a los puntos importantes de modo que se analice la esencia del tema en estudio, como ver su naturaleza jurídica, para que así el estudio cuente con una orientación muy clara de a donde se desea llegar

Por lo tanto se procede en determinar maneras concretas y que sean manejables de temas de derecho civil, de origen académico, y se pueda ser capaz de responder las primeras interrogantes, que vendrían a ser la definición de los derechos reales, o si sería correcto sepáralos de los derechos personales, tendrá consecuencias imprevistas de algún tipo de naturaleza jurídica a otra.

Si referimos al profesor (**TORRES VASQUEZ, 2011**) menciona que el Derecho como tal, es una disciplina que se enfoca en argumentos, y la teoría que se basan sobre ella, siendo que estas evidencias no son tangibles, que toma de motor el intercambio de ideas como de propuestas para su desarrollo doctrinario (p. 120).

Para entender los derechos reales se debe tener en cuenta dos maneras de enfocar el tema, las cuales tienen más aceptación, como difusión, siendo estos las llamadas Teoría Clásica y que es la Personalista. A media que l capítulo avance se podrá observar, que el problema no solo es una contradicción teórica, si no que al momento de elegir una manera

u otra, también se está asumiendo los efectos que tienen cada una, y que están estipuladas en nuestro ordenamiento jurídico como instituciones pétreas del Derecho Civil.

2.1. La Teoría Clásica

Teoría que se caracteriza por entender que el derecho real tiene a ser posible relación que tiene el sujeto con las cosas, también conocida en la Doctrina como Teoría Tradicional o Teoría Dualista. Como **(Zegarra Mulanovich, 2009)** entiende que “Se imputa estos dos nombres son aquellos que causa mayor difusión, en la parte doctrinaria, y la última referencia, la clara distinción entre derecho real y el derecho personal (o también crédito)”. (p.31)

De la misma manera el profesor **(Vasquez Rios, 2011)** menciona que “el derecho civil patrimonial, se puede dividir en dos partes, por un lado, están los derechos reales siendo estos estáticos, la seguridad de la economía, y por el otro están los personales, porque estos son los dinámicos, donde la autonomía privada es la base de toda relación jurídica. (p. 40-41)

El anterior punto de vista tiene similitud con la versión romana, donde también se diferencian los reales y de los personales. Donde las personales se están observadas en un contrato, o delito, buscando contentamiento en accionar de hacer, dar, o prestar, por lo que el titular pueda aceptar acerca del bien, o acerca de los derechos que se correspondía. Por lo anterior, queda claro que el legislador es quien le da de ¡debidamente importancia ya sea a un derecho real o personal. Entonces, se podría decir que en una versión romana las acciones también eran de dos tipos, lo que declaraba dos conjuntos de derechos; un claro ejemplo en la institución de Gayo, si estos derechos tendrían el mismo trato.

En una versión civil francesa, se puede observar que vuelven a tomar en cuenta esta diferencia, según los profesores (**Mazeaud, 1959**) denomina a estos como derecho subjetivo, diferenciado en dos grupos importantes, uno que está enfocado en el trato con cosas, bienes, que denomina como reales, y el otro que se enfoca en un personal como tal, al que se denomina derecho personal. Esto está reflejado en el código de Napoleón, el libro segundo donde describen a más casos de bienes y propiedad, y el libro tercero, donde refiere de mayor manera los derechos personales, o de persona. Este código civil también contempla las distintas maneras de poder alcanzar a tener una propiedad. (p.246).

A partir de un punto de vista civil tradicional, el derecho real todavía divide en dos partes, según indica (**Borda, 2008**) que vendría a ser la cosa y el titular, mientras que un derecho personal se observa, un acreedor conocido también como sujeto activo, el sujeto pasivo que viene a ser como deudor, y por último enfocado en la prestación como tal, es como se define que no se ubica un sujeto pasivo en derechos reales. (p.5)

En este punto se puede señalar que el titular es quien tiene la potestad sobre el bien frente a cualquier otro que tenga el poder, en cambio en un derecho personal solamente se va contra un obligado, entonces ¿se podría definir al derecho real como un poder, de medida jurídica, donde se respeta al titular del derecho, sobre el objeto que está bajo la sombra del derecho real.

Entonces podemos hablar que la Teoría Clásica conforme lo menciona (**Serrano Alonso**) “existe una clara diferencia respecto a los derechos reales frente a los de crédito, ya que un derecho real en esencia significa poder sobre una cosa, siendo como un beneficio para el titular”. (pág. 25)

Se refiere entonces que, un derecho real da la factibilidad a una oposición total frente a cualquier persona, siendo esta una oponibilidad absoluta según la teoría dualista, como también según la misma teoría los derechos personales tienen una relatividad, ya que solamente son oponibles en cuanto al deudor que refiere la prestación.

Ahora desde un punto de vista clásico, un derecho real, se identifica los derechos reales con un señorío o poder jurídico, donde se reconoce al titular como un sujeto activo, el cual afecta a una propiedad, dentro de un contexto de comercio de los hombres, donde se niega la existencia de un sujeto pasivo, limitando a la realidad en una persona y en la definición de bien. Frente a esto, la teoría dualista, da posición este sujeto pasivo.

Como estipulamos al principio de la presente investigación, es menester recordar que la Ciencia Jurídica viene siendo parte de las ciencias sociales que enfoca tanto en la dialéctica, como en la argumentación de las realidades, y se toma en cuenta los debates académicos que son frecuentes.

Por estas razones es que la Teoría Dualista, por muy tradicional y aceptada sea, no es la única que propone estos puntos de vista en cuanto al sujeto pasivo, dentro de lo que es un derecho real.

De esta manera surge otra alternativa, la teoría personalista, la teoría del sujeto, teoría monista como una solución natural, donde realiza la aclaración que si hay un deber para alguien existe el derecho de alguien, donde es necesario también respetar al sujeto pasivo no de manera obligada sino como parte de colectividad de orden social. Por último, **(Figuroa Cercedo)** señala que refiere como teórica monista debido se elimina las barreras entre un derecho real y uno personal, donde

buscar clasificarlas no es necesario, e incluso puede llegar a ser erróneo.” (pág. 44). Por lo tanto, a continuación, se presenta la teoría personalista como tal.

2.2. La Teoría Personalista

A partir de lo que ha venido estableciendo, el profesor (**Figuroa Cercedo, 2010**) refiere que al momento de considerar esta teoría bajo la perceptiva de la existencia de relaciones jurídicas con personas y entre ellas, se pueda dar paso al punto de que los derechos reales no tenga excepciones.” (pág. 30).

Refiere (**González Barron, 2010**), que en un punto de vista kantiano presenta que es imposible establecer relaciones entre un objeto y una persona, y que esto solo es propio cuando ambas partes son personas por lo que el derecho real y el personal tiene el mismo objetivo, solo que el derecho real y trata de hacer respetar quien es el titulas de ambas partes” (pág. 9).

De ello tenemos entendido que, un derecho real en esencia es el poder designo a una de las partes, siendo estas personas, y resaltando que nunca existen relaciones de una cosa con una persona. Por lo que la teoría personalista, se basa en la abstención general sobre un bien determinado, y la teoría clásica en la vinculación del este bien con el titular.

La teoría personalista se pude comprender de mejor manera al exponer la estructura de derechos personales, con referencia a los derechos reales, donde el componente inicial es el sujeto activo(acreador) definido como el titular para el derecho, quien tiene permitido exigir el cumplimiento al sujeto pasivo (deudor), este último viene siendo el segundo componente básico, quien está obligado a responderle al acreedor. (**Lasarte**) indica que “la relación obligatoria de ambos está enfocada en dar, o hacer, o simplemente no hacer.” (pág. 440)

Según el punto de vista de los postulados a priori, establece únicamente la relación entre sujetos de derecho, por lo que la teoría personalista no puede ser tomada como único valor o supuesto, frente al postulado de la obligación universal, se debe establecer si la obligación jurídica.

Según (**Gonzáles Barron**) considera que la teoría personalista no puede señalar a los sujetos pasivos, siendo este un término de ilusión, y olvida que la satisfacción puede provenir de obrar, esto sin necesidad que del sujeto pasivo realice alguna acción. (pàg.10)

De igual manera el profesor (**Borda**) señala que la teoría no puede limitar que el orden jurídico, para definir como el vínculo de un sujeto y una cosa, ya que el derecho también protege a los bienes frente a otras personas, y no existe relación directa solo de persona a cosa, y cree que la teoría monista se enfoca en punto secundarios, donde la esencia solamente sería el poder que puede ejercer sobre el bien o cosa (pág.7).

A este punto ya se puede, diferencia estas teorías y lograr elegir entre ellas, además de poder generar las propias alternativas, por esto, la investigación presente, en base a la discusión que ha desarrollado hasta ahora, para poder seguir desarrollando las teorías siguientes.

2.3. Posición de la Investigación

En la doctrina, se suelen debatir planteamientos ortodoxos, además de definiciones personalistas en relación al origen jurídico de derechos Reales, en ambas teorías estudiadas se rige bajo un enfoque formal, donde cada argumento es presentado de manera impecable, más podemos determinas ciertos errores y a continuación presentamos las observaciones.

Se ha logrado determinar que la teoría clásica, como lo indica el autor (**González Barron**) donde la versión kantiana, donde al momento de establecer alteridad, debe haber de una relación jurídica donde se requiere que sea un único sujeto. (pág.9).

Pero se piensa que, el hecho que esta teoría defiende la separación de derecho real a derecho personal, es acertada ya que ambos derechos forman parte de derecho civil patrimonial, y esta separación hace más eficiente, desde un punto de vista pedagógico, para poder desarrollar primero que en un derecho real y después lo que sería un derecho personal; esta práctica ya se ha venido desarrollando de manera.

Por otro lado, (**Gallegos Alcántara**) a partir de la teoría personalista, se presenta ciertas incoherencias dado que esta señala que una obligación es la que somete a todos en general, que no presente titularidad de derecho, según ese punto de vista no se respetaría la teoría de los activos y pasivos de una persona, donde este tipo de relación es distinta según sea el caso. (pág. 2)

No se puede terminar, cuáles son los activos de un sujeto de manera exacta, ya que cada derecho real le ofrecería beneficios, lo mismo sucedería si existe un pasivo bajo las mismas características dentro de una comunidad, al momento de aceptar la teoría monista se caería en el error no solo de un aspecto contable sino jurídico, ya que los estados financieros no se lograrían establecer con claridad.

Esta situación fue prevista por el autor (**González Barron**), que considero que una relación a base de relaciones múltiples con sujetos

indeterminados, como refiere un derecho real viene siendo difícil de establecer características, y el fundamental es la de protección al que se denomina titular o sujeto activo. (pág. 28). Mediante este autor estable relación de un titular con diferentes personas, realizando actividades, y otros procesos sobre un bien.

Asimismo, se rescata que diferencia de manera sustancial el derecho real frente al personal, de que el real origina múltiples relaciones y de manera indeterminando en personas, el personal es con personas determinadas.

De manera simple puede ser visto coherente esta posición, por presentar una efectividad didáctica más relevante que las otras teorías, en resumen, es una clara combinación de esos puntos de vista, sin embargo, se rescata que el profesor Gonzales Barrón, no presenta un aporte real. Existe una clara similitud a la teoría clásica y, por otro lado, destaca las diferencias que presenta en una versión tradicional.

También en un punto de vista ecléctica del profesor Gonzáles Barrón, realiza una aceptación en la relación con personas indeterminadas, lo que significa aceptar la obligación universal pasiva, lo que resulta de un parafraseo de las opiniones anteriores.

El reconocido autor (**De Trazegnies**) sostiene que “ la obligación pasiva universal es la misma teoría personalista, donde no se establece claras diferencia esta obligación estándar desde un punto de vista familiar, ya que cada situación es para actuar de manera coherente, por lo mismo, no existe una manera de definir claramente la naturaleza jurídica de un

derecho real, que reside claramente en las obligaciones ficticias que puede promover esta situación, donde no existe claramente un deudor y tampoco un acreedor. (pág. 50)

Existe también, un punto importante acerca del al autor Gonzales Barrón, ya que no existe consistencia practica para aferrarse a una teoría u otra, ya que ambas teorías presentas sus propias diferencias de manera sustancial, y también el código civil acepta del algún modo estas diferencias, no existen implicancias prácticas que afecten realmente al código civil patrimonial.

Ahora, la teoría clásica presenta varios cuestionamientos, considerando así a la doctrina como la mejor limitadora del derecho real frente a los personales, que tiene de relación única de que el titular ejerce el poder. A diferencia de una versión kantiana, que respalda la definición de relación desde un enfoque jurídico, donde se respeta la relación posible de personas y cosas.

En cualquier situación, una negación desde un punto de vista filosófico se puede presentar que no exista relación de personas y cosas, esto no necesariamente aplique en el aspecto jurídico, esto a partir de la Filosofía y el Derecho lograr ser dos ciencias distintas.

La Antropología Filosófica comparte algo con el Derecho, y esto viene a ser la conducta humana, aunque ambas estudien el mismo caso desde enfoques distintos, mientras que la antropología filosófica se enfoca es definir al hombre, el Derecho en cual debería ser su conducta, según el autor (**Melendo**), indica que al Derecho le importa el actual de hombre

dirigido a la justicia, cada cosa a quien corresponda; por lo que se define que, una relación definida desde un punto de vista jurídico sea también de parte filosófica, o viceversa. (pág.11)

Es así que se, según la discusión que se ha venía desarrollando se puede solicitar también una interrogante, Partiendo desde el punto de vista teórica, si ¿Habría la posibilidad de determinar diferencias prácticas, entre u derecho real y uno personal?, siendo la respuesta afirmativa, ya que las diferencias en la legislación son claras, según el código Civil vigente, donde cualquier posición, según una teoría no causa ningún tipo de importancia, a partir del punto exployado se presentan las consecuencias: primero el: erga omnes, que defina a los derechos reales como oponibles, que quiere referirse al respeto que sobresale frente a la sociedad, en cado de los personal es aplicado frente al deudor determinado con beneficio al acreedor ya determinado con anterioridad. La siguiente es en cuanto a la estabilidad: los derechos reales son estables, sobre el poder de un bien; el derecho personal no presenta estabilidad por la temporalidad, hasta la extinción de los mismos. En un tercer tema, es la prescripción, que es definido por **(González Barron, 2010)** como una entidad jurídica enfocada en el derecho real.

Por otra parte, la prescripción extintiva según **(Ternera Barrios)** que señala el fin de la obligación después, un tiempo previsto; frente a que, si el acreedor no cobre lo que merece durante este periodo, la obligación de convierte natural.

Se puede pensar que la legislación tiene la máxima razón, ya que viene siendo prudente y razonable, al punto de tratar cada tema en dos libros

distintos, como ya figura en el Código Civil, respaldado por los cambios que ya ha venido teniendo el presente código civil durante la historia.

El Código Civil de 1852 se dividió en tres libros. El primero

Al analizar el código civil que fue diseñado en el 1852, se presentó es tres libros, donde un primer libro se realizado enfocado en las personas y cuáles eran sus derechos, una según parte se analiza sobre las cosas, entre ellas modos de como adquirir, y en el libro tercero refiere al punto de la obligaciones y los contratos; de estos puntos, se puede deducir que la legislación de esos años ya podría diferenciar la condición de derecho real, personal como dos tipos de realidades que se presentan, por lo que estos debían ser tratados como dos temas de estudio.

Si nos basamos en un punto del segundo libro, donde solamente se trata sobre los derechos reales, el libro siguiente trata de explicar la realidad de los derechos personales, que en el año de 1936 aún se mantuvieron en esencia, aunque esta vez se trataban de cinco libros, tratando temas específicos como sigue a continuación: primer libro de personas, segundo libro de temas familiares, tercer libro aborda las causas de muerte, cuarto libro acerca de derechos, quinto libro de obligaciones. Manteniendo la esencia inicial de derecho real y personal, manteniendo así la legislación de varios años, como señala

(Basadre Ayulo) que no se debe ver extraño, que el Código civil que está vigente en la actualidad, ya se clasifique los derechos reales en su libro quinto, y los personales estén tratados en el sexto. **(pág. 37)**.

A este punto del estudio, tratamos de referir puntos importantes por las que la teoría clásica nos parece la más adecuada, en cuanto a los derechos reales, son aquellos que permiten generar poder al titular frente a un bien definido, y que esta situación sea respetada sin la necesidad de identificar al sujeto pasivo o puede generarse una obligación de nivel omnipresente que afecte a todos los demás individuos.

Claro está, que si se analiza si el legislador tiene la decisión más correcta o no, viene siendo otro punto de estudio, lo que produce ciertas interrogantes, como son si ¿La normativa actual tiene el numerus clausus adecuado correctamente? ¿no hay ningún problema entre el numerus apertus o clausus? ¿el sistema numerus apertus tiene trato constitucional?, para lo cual se continuará con la investigación y lograr responder estas interrogantes.

CAPÍTULO III

3. LOS DERECHOS REALES Y SU ANALISIS CONSTITUCIONAL

Siempre se requiere limitar el marco teórico de una investigación, enfocarse en un tema específico por lo cual se procede a la elaboración de este segundo capítulo, para determinar el tema principal dentro del mundo del Derecho patrimonial.

Continuando con el ordenamiento de ideas, para entender el concepto de derecho desde un enfoque Legal hacia un enfoque constitucional; se procederá un estudio enfocado en el orden constitucional, definiendo puntos importantes del mismo, una vez comprendido este punto, y definir los derechos reales de manera constitucional, ya se lograría realizar estudios en programas de derecho real a partir de un enfoque constitucional.

Llegado a este punto, se estudiará primero a la Constitución, como máxima regla de un Estado; por lo tanto, iniciaremos explicando bases fundamentales de la Constitución, para luego entrar de lleno al tema del derecho privado y así poder realizar el análisis del tema importante, derechos reales. Luego es estudio se enfocará es estudiar este estado constitucional del derecho, la presente investigación intentare lograr el entendimiento complejo de los mismos.

3.1. La Constitución como norma suprema

Empezamos por la parte principal, que es la constitución y su realidad en la dimensión jurídica, como refiere el autor (**Guastini**), “procesos que se pueden graduar y las cuales permiten reconocer siete características, las cuales no actúan simultáneamente en algunos casos, por la presencia específica de i) constitución precisa y ii) garantía jurisdiccional, además de iii) la fuerza vinculante de la constitución iv) respecto a la interpretación de la constitución v) ejecución directa de las normas constitucionales v) la

interpretación acorde a las leyes y vii) el impacto de la constitución sobre las vínculos políticos” (pág.49).

De este complejo proceso planteado por el profesor (**Guastini**) existen varias otras definiciones en orden doctrinario, frente a esto en la presente investigación no profundizar mucho en las distintas definiciones que se presentan, por el hecho de que no es realmente el tema a tratar. Esto a pesar de que, una investigación se ve más adecuada al desarrollarse paso a paso, pero es estudio solo es un análisis de enfoque institucional del tema de investigación, por lo anterior, trataremos temas relevantes que logre definir a la constitución como tal.

Para estudiar la constitución se tomará bajo dos enfoques, una política y otra jurídica. La naturaleza jurídica por el hecho de que la constitución en una norma jurídica, que trata sobre las relaciones del Estado con las personas, para esto definiremos las nociones de carácter jurídico de la actual Constitución Política Del Estado Peruano, que está vigente desde el año 1993.

La palabra constitución se originó a partir de un vocablo latín “constitue” que refiere como fundar, instruir, el profesor (**García Toma**) , “a partir del concepto anterior, se puede señalar a la constitución como un origen para algo, que puede hacer posible entender una realidad compleja” (pág. 434).

Del mismo modo el docente (**Castillo Córdoba**) Es conocida como Ley fundamental a la presente constitución, siendo esta la base de las demás normas jurídicas para definir el orden en el enfoque jurídico constitucional. (pág. 191) se basa en supremacía constitucional, que hace la Constitución sea el documento más importante que cualquier norma legal, que se fundamenta en base al Art. 51 de la presente Carta Magna del Estado.

El profesor (**Hakansson Nieto**), señala que la supremacía constitucional que mantenga una continuidad de la aceptación de la teoría dada por Kelsen, la constitución está en la cúspide (pág. 198). Kelsen aporta que el ordenamiento está basado en una jerarquía, donde una superior da sustento a las inferiores, por lo cual esta norma que regule todo el ordenamiento en el Estado peruano de la Flamante Constitución Política; respetando así, el principio de supremacía que sustenta, por lo tanto, si existe algún conflicto entre las normas en su aplicación y que pertenezcan al mismo ordenamiento, las que están en un rango superior las que sean más respetadas; el caso de las infraconstitucionales, como las de derecho civil, suelen presentar naturalezas más distintas.

Está claro que, si una norma entra en contradicción con la Constitución, esa norma no puede figurar en el ordenamiento, ni tampoco coexistir entre ellas, por lo cual se procede a la nulidad por razón de inconstitucionalidad realizado por Tribunal constitucional, de este modo para que la primacía de constitución siempre quede restaurada. (**Exp.012-2006-PI/TC, 2006, pág. 56**).

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional se manifestó mediante (**Exp.1333-2006-PA/TC, 2006, pág. 28**). Refiriendo que la Constitución es la base de las disposiciones legales, como también de orden administrativas precisada en el artículo 51 que está señalada en la Constitución, en cuanto a su jurisprudencia mediante el Constitucional (**Exp.1333-2006-PA/TC, 2006**) se considera la Constitución, como una fuente suprema que general el ordenamiento jurídico, para que sea la más importante de todas las demás, y también ser la condicionante para definir la invalidez, que de algún modo u otro estén en contra de la Constitución. En cuanto a que si la Constitución, toma con mayor importancia, a las normas del derecho sobre las que son de orden civil, conduce a que se puede decir que el derecho civil patrimonial esta sobre los derechos reales.

Por lo tanto se presentan las siguientes dudas, que es posible que la relación entre la Constitución con los derechos reales, la relación jerárquica solo actuaría en los casos conflictivos, y como es del derecho privado en cuanto a la Constitución.

3.2. La constitucionalización del derecho privado

Es común encontrar en los textos doctrinales diferentes directrices de los fenómenos jurídicos, para esto es necesario enfocarnos en el momento del siglo XVIII, y tratando el tema sobre el iusracionalismo, donde surge la afinidad por dar realismo a las propuestas de una filosofía iluminista a través de la derogación que se generó de la reforma legislativa, donde las fuentes antiguas para un único reglas de reglas abstractas, también el (**Corral Tarciani**), a este punto que se genera el Código, pasa a ser fuente única del derecho siendo esta la voluntad del

pueblo, lo que se considera como realidad democrática, siendo el juez el aplicado de esta voluntad que el legislador cuenta. (pág.25).

En un cierto punto, derecho y ley pasan a ser dos temas del mismo punto, el Código, por lo tanto, la constitución deja de tener cierta relevancia en cuanto al área civil del derecho, considerando a la constitución como un documento político. El derecho civil viene siendo autónomo o suficiente ya que no se relaciona en materia con la Constitución.

Existe un momento después la segunda guerra mundial donde el enfoque positivismo, cambia la posición del juez, de algo pasivo: donde la ley debe ser aplicada de manera más correcta posible, se utilice una interpretación judicial frente a la legislación que se esté utilizando. El código deja de ser un único origen de derecho, presentando a un derecho privado fragmentado por leyes especiales.

En esa misma temporada, se intentaba detener la violación de derechos fundamentales, que era defendido por los regímenes totalitarios, que tiene coherencia con la autora (**García Toma**), La constitución es una póliza que asegura a los derechos fundamentales. (pág.444) al mismo tiempo (**Suarez Manrique**) que los derechos defienden a la dignidad humana, y el latente vínculo que tiene el derecho con la moral, como la interpretación adecuada viene siendo la constitucionalización del derecho como tal.

Se puede establecer muchas relaciones con en cuanto al derecho y Constitución, esta investigación enfocara en la constitucionalización del derecho privado, analizando realmente como se desarrolla este fenómeno que toca explicar desde lo que es la misma constitución hacia todas las normas siendo la estructura completa necesaria para el estudio; como señala también (**Calderon Villegas**)

señala que el proceso donde las categorías constitucionales influyen en el derecho privado, cada uno a su manera que ayuden a resolver los conflictos que se presenten, donde las relaciones jurídicas de los derechos privado no son un proceso dependiente. (pág.28)

En la misma forma que las normas infraconstitucionales estén más relacionadas con la constitución, el ordenamiento jurídico también elevara su influencia constitucional; como señala también (**Landa Arroyo, 2013**) que no es suficiente analizarlo desde un modo positivo, sino también desde un enfoque de unidad jurídica, que respete la supremacía de la Constitución como el respeto al derecho fundamental. (p.15).

Continuando con el estudio, se llega estar de acuerdo con (**Gamarra Alayza**), que el proceso donde la creación interpretación y aplicación de derecho, en el ordenamiento jurídico este guiado por el derecho constitucional, es lo que se denomina como constitucionalización, o constitucionalización del derecho privado referido al cómo se realiza, lo que también es la regulación del derecho civil. Tema no logra ser pasado de largo, por los expertos en tema civil ni constitucional, siendo esta una realidad más compleja. (pág.27).

El estudio del derecho civil, resulta siendo necesario desde un punto de vista constitucional, dado que este enfoque resulta siendo importante siendo un tema de investigación de orden jurídico, ya que la Constitución es la máxima autoridad en cuanto a defensa de la dignidad humana.

Los poderes del estado deben tener participación, entre ellos los que más implicancia vienen al estudio son los jueces y el legislador; ya que es importante su presencia dentro de este proceso de constitucionalización. Diferenciando sus

roles en medio del mismo, a decir que el legislador debe expedir leyes, que sean coherentes con la realidad y las leyes, además que mantengan el contenido deóntico de la misma Constitución. Mientras que el desarrollo de enfoque legislativo cuenta con un abarque amplio hasta donde le permita los tratados del Estado, y la norma constitucional. Por otra parte, los jueces, utilizan de manera obligatoria la constitución de esta manera asegurar el uso de los principios de manera correcta, y tener una interpretación más correcta.

A este punto ya se puede lograr identificar claramente la constitucionalidad del derecho privado, seguimos con la interrogante de que si existía otro vínculo entre el derecho civil y su similar con el derecho constitucional, y este último, es lo mismo que el derecho real.

3.3. Un derecho de tipo real como uno constitucional

Resulta necesario definir un derecho constitucional, como señala **(Castillo Córdova)**, desde un punto de vista didáctico, los derechos del hombre son de dos tipos, los derechos humanos y los fundamentales, aquellos que fundamentales se encuentran en un determinado ordenamiento jurídico, mientras que los derechos humanos provienen de tratados que se presentan de manera internacional.

En un punto de vista material, se denominan criterios morales que no cuentan con vincular per se, o de enfoque jurídico, se llama derecho subjetivo cuando el ordenamiento jurídico los reconozca, lo cual se realiza cuando son incorporadas para denominarse recién derechos fundamentales

Por lo anterior, en la instigación denominamos como aquellos que le pertenecen a un humano a los derechos fundamentales, de acuerdo a aristas morales que hayan sido acogidos según un visto bueno por el ordenamiento

jurídico correspondiente. En cuanto a los derechos constitucionales, se refiere a aquellos que están previsto dentro de la Constitución. Visto por Según (**Castillo Córdova**), en caso del Perú, tanto un derecho fundamental resulta siendo uno constitucional o viceversa, según el art 3 donde se fundamenta una lista abierta del artículo 2; dentro del capítulo I, en su artículo 1 se provenga el nombre de Derechos fundamentales de la persona, y esto no indica que solamente estos sean los fundamentales, lo que resalta la diferencia de un derecho fundamental a un derecho constitucional.

A este punto del estudio, queda dudas de la relación que tenga los derechos reales o constitucionales, según el inciso 16 que se halla en el artículo 2, donde el derecho a la propiedad, que se denomina un derecho por excelencia, también (**Gonzales Barrón**) indica que la propiedad moderna es distinta a la antigua, la cual no puede ser indicada como derecho social o algo prestacional o exigible; ya que no cuenta con el sentido, como también refiere que la propiedad no se puede limitar a individual como tal, sino una propiedad siempre existe alguien con el poderío acerca de un bien, que es señalada como propiedad respaldada por el actuar de la Administración Pública. La armonía del derecho sobre el bien común, que es regulado por el Art. 70 de la Carta Magna, el Art. 923 del código civil, donde se fundamenta al interés social que ambas comparten con el derecho civil patrimonial.

Por lo que la respuesta más adecuada a nuestra interrogante inicial es que la propiedad de derecho es constitucional, siendo este subjetivo y de manera individual que tiene que ver mucho con la sociedad, según la naturaleza, también se tiene que aclarar la diferencia entre protección civil y constitucional, que pertenece al ordenamiento jurídico, frente a las dos naturaleza del derecho de la

propiedad, se requieren determinadas esas diferencias, en una jurisdicción constitucional sobre la vulnerabilidad del derecho de la propiedad, si es otro caso estaría en una jurisdicción civil.

Se debe limitar desde un punto de vista constitucional, donde se define al derecho de la propiedad como tal como caso principal, punto que ha sido tratado por el TC, como también refiere, (**García Chavarri**) excluye reconocer la titularidad de un bien, por lo que dificulta el entendimiento de la esencia del derecho a la propiedad en un orden abstracto, lo cual solo será posible en un aspecto práctico.

Si enfocamos en un entendimiento de orden abstracto en lo que dice la constitución y otro en lo que refiere el área civil en cuanto a su definición, al ser concebido como unidad, a pesar de las distinciones es posible definir ciertas relaciones entre estas dos ramas.

Por lo que si lo vemos desde un aspecto civil, sería el conjunto de facultades que se enfocan sobre un bien, y en un punto de vista de constitución, este se maneja en dos aristas, él es aspecto subjetivo sigue siendo el conjunto de facultades y por el otro como una proyección a la sociedad, para los cual se procede según la investigación, a un punto de vista constitucional, siendo la siguiente meta de estudio la vulneración al derecho de propiedad.

Existen a este punto del estudio, algunas nuevas dudas para proceder la investigación, que será de los demás derechos reales, serán estos denominados también constitucionales, definiendo al derecho a la propiedad un derecho real, considerado como un cúmulo de beneficios que se puede tener frente a un bien, mientras que otros con menores facultades también sean derechos

constitucionales. También quedamos en que el derecho, al no ser una ciencia exacta, se puede referir a teorías de una ciencia exacta como es la matemática, para definir que, si una propiedad simboliza un conjunto de facultades varias, el cual está incluido en lo derechos constitucionales, entonces el derecho de la propiedad que tiene las facultades de usar y disfruta, está incluida también el universo constitucional.

Ante lo expuesto, durante todo el presente capítulo, porque un punto de vista constitucional viene siendo importante, en este conflicto, de cuál de los sistemas (clausus o numerus) es más adecuado regirse, ya se vino estudiando a los derechos reales y sus implicancias dentro de la constitución. para continuar con al análisis detallado de estos sistemas de derechos reales en un enfoque del derecho comparado.

CAPÍTULO IV

4. LOS DERECHOS REALES EN EL DERECHO COMPARADO

Respecto a Derechos Reales o Derecho Patrimonial la clasificación más difundida dentro de la enseñanza, se trata también en cuanto a su generación y datos importantes de los mismos. En cuanto a la doctrina, en cuanto a defender la seguridad se trata acepta el sistema *numerus clausus*, y en cuanto a los que se pueda hacer de manera independiente e individual existe apega al sistema *numerus apertus*.

Ambos sistemas, son dos puntos de vista opuestos frente a los cual del derecho civil patrimonial debe elegir, para definir su ordenamiento jurídico, frente a los cual se pretenderá explicar base de ambos sistemas, para esto también se hará señalamiento a doctrinas a nivel internación que han visto este tema, para luego poder defender la posición de la legislación peruana, frente a esta situación.

El tema a tratar, ha sido uno de los más concurrentes, en del derecho civil, todos los análisis se han guiado en un enfoque de orden dialectico, y dentro del alcance civil de manera exclusiva, para el presente estudio se permitirá un análisis más profundo donde el enfoque no será solamente dialectico como se ha venido desarrollando, sino ir a un enfoque práctico, de modo que se respalde la legitimidad de la postura legislativa.

4.1. *Numerus clausus*

Este tipo de régimen es adaptado de modelos de tipo románicos brindando un monopolio al Estado de manera legal, es así que el legislador es el único capaz de generar derechos reales que puedan ser añadidos a la lista presentada por el Código Civil, donde el cap. v de tal libro, genera

una valla de autonomía para privados estableciendo una lista limitada de derechos reales los cuales pueden constituirse bajo un bien en específico.

Bajo dicha suposición todo derecho real es considerado típico. Ello no implica que es necesario que dicho derecho sea descrito bajo la denominación de “derecho real”, más bien implica que dicho derecho esté bien regulado en base a leyes y sin origen privado.

Resulta fundamental recalcar que un *numerus clausus* no se encuentra limitado por el Estado al generar nuevos derechos reales, esta prohibición se da netamente a particulares. Es así que el Poder Legislativo requiere de disminuir o incrementar la lista limitada del derecho real.

El sustento frecuentemente usado por defensores de dicha postura va mediante la defensa de un orden público otorgado por el sistema. Tomar en cuenta estos derechos hacen eficaz al *erga omnes*, pues corresponde al Estado y no a privados tipificarlos.

Evidentemente, un *numerus clausus* posee una lógica anterior a la teoría clásica de derechos reales, pues dar cabida a la tipificación natural de derechos reales con derechos personales representa para la propuesta dualista en la cual estos dos derechos poseen distintas funciones. A partir de lo mencionado, el limitado sistema para el derecho real se basa en que este posee mayor relevancia en comparación de los personales, pues el primero tiene un vínculo más estrecho con los intereses sociales.

En dicha investigación, se ha analizado diversas teorías respecto al origen jurídico del derecho real y lo relacionamos la teoría clásica ¿Ello implica que se afirma como correcto este *numerus clausus*? Esta respuesta

en sí sería muy prematura, puesto que a pesar que se piense que ello es afirmativo, todavía falta estudiar un *numerus apertus*.

En este apartado, es oportuno señalar que el profesor (**Peralta Mariscal**), menciona que “aquellos que promuevan los *numerus clausus* ponen en relevancia de que en este sistema los derechos reales se encuentran estandarizados y de fácil entendimiento cognoscible respecto a al contenido que tiene, ello desarrolla los tráficos jurídicos de bienes, gran parte en los procesos *numerus apertus*. Estando éstos estandarizados, los tipos estatales referidos a derechos reales beneficia en gran medida el sistema de registros, la evaluación registral resultan un tanto más sencilla comparada con el *numerus apertus*, de esta forma se evita diversas complicaciones derivadas de ello, tal es el caso de las discusiones respecto a si las creaciones privadas sean aptas a inscribirse, del mismo modo si hay la complicación de conocer cuáles son aquellos derechos reales implican un bien, siendo lo más relevante, lo complicado que resulta para un ciudadano conocer de qué va estos derechos” (pág. 2669).

Los doctrinarios que están a favor de la teoría *numerus clausus* resaltan las limitaciones que implica el régimen, que disminuirse por medios flexibles en cuanto a derechos reales, ello quiere decir que dejar de lado las posibilidades para que la acción privada tenga un rol relevante para configurar los contenidos respecto a estos derechos, lo en sí se realizó es limitar las libertades particulares, otorgando una serie de opciones en las que se deben desarrollarse a forma que el ordenamiento público no quede afectado. Por lo antes mencionado para (**Arbulú Celi**) “tomar al derecho real tal cual es, conlleva a un grupo de consecuencias en terceros

incluyendo la economía del país, es por este motivo que no es adecuado atribuir a particulares estas funciones” (pág.61).

De la misma forma opina el profesor (**Peralta Mariscal**) quien da su opinión al respecto “configurar derechos reales no debe de estar a cargo de particulares, pues solo tienen el propósito actuar a favor de sus intereses, y de darse el caso, los fines sociales se realizarían en segundo lugar, a ello se agrega que estos particulares tienen la posibilidad de alcanzar sus intereses por medio del derecho personal”.

La elaboración de los derechos reales de forma incontrolada, elevaría algunos costes en las transacciones de manera considerable, dado que los estudios que tendrían que realizarse para tener conocimiento por cada derecho real creado aumentarían.

Finalmente, esta teoría requiere fundamentalmente de la seguridad de tipo jurídica, ello no resulta sencillo, pues se está ante un valor de tipo jurídico que así como en teoría como en práctica resulta la base principal en los derechos reales, además del ordenamiento general.

Por ende, podemos inferir que para la teoría de los *numerus clausus*, adquiere gran importancia para la seguridad de tipo jurídica además de la autonomía de voluntad, que requiere ser adoptada en base a un ordenamiento jurídico determinado.

Advirtamos que lo más característico de esta primera teoría, son que la seguridad siempre se ubicará antes de la libertad, los intereses públicos antes de los privados, la homogeneidad antes de la adaptabilidad, y por

último obtener un sistema previsible antes de la innovación de los particularidades.

4.2. Númerus apertus

Este sistema considera que los privados creen derechos reales diferentes a los que se estableció por ley. Ello busca dar privilegio y libertad absoluta a particulares modificar sus vínculos jurídicos, pues en caso de estar en régimen númerus apertus se brinda la autonomía de voluntad. Un particular se beneficia de la capacidad de tipo jurídica para configurar y generar derechos reales que nos son nominados adaptados a lo que requieran. Son las personas, quienes al identificar claramente sus intereses, están en una buena posición diseñar derechos reales los cuales sean adaptados a sus propósitos.

A partir de lo mencionado se infiere que este tipo de modelo no está centrado en una exorbitante libertad en ciudadanos, pues ello resultaría no sólo insostenible, sino también conllevaría una serie de complicaciones negativas en la sociedad general, es por ello que para garantizar el funcionamiento de dicho sistema es necesario fijar delimitaciones en la autonomía del privado y adecuados procesos publicitarios.

(Figueroa Cercedo), menciona que “los procesos abiertos en derechos reales, es la autonomía basada en la voluntad la que toma un carácter jurídico, dado que las partes poseen de una libertad amplia para generar derechos reales a conveniencia. Sin embargo, implementar sistemas númerus apertus implica respetar continuamente toda restricción de normas exigentes y correspondientes al orden en general. Para este jurista, en caso

se centre en una evaluación económica para el derecho, debería de admitirse el incremento del *numerus apertus* eficientemente a diferencia del *numerus clausus* pues minimiza costes de transacción, pues en caso que el coste de elegir un abogado y formalizar un contrato sin nombre de principio son el propósito de satisfacer los intereses de particulares se dejarían fuera, dado que se elaboraría un derecho real para que se haga cargo de dicha función”.

Según el *numerus apertus* se ve como una solución adecuada a la voluntad personal, además de ello se pretende desacreditar los motivos en beneficio al *numerus clausus*, donde se precisa que aquellos costos de transacción resultan un sistema limitado en derechos reales.

Los doctrinarios que están a favor del sistema de *numerus apertus*, es notorio que ante la existencia de un ordenamiento de tipo jurídico, lo que impera más es el *numerus clausus*, el camino exclusivo por el que los particulares llegan a satisfacer sus intereses claramente es por medio del uso de derechos personales basados en contratos, pues al ser detallados en gran medida en su contenido necesitan de asesoría legal con calidad, ello incrementa considerablemente una serie de costos, lo que podría evitarse en un *numerus apertus*. La resolución más práctica implica incluir en la ley encargada de controlar derechos reales, partes generales, tal cual se dan en los contratos.

A comparación de quienes luchan por el *numerus clausus* parten de la idea de adoptar una teoría dualista donde se distinga los orígenes jurídicos de los derechos personales y reales, estos impulsores a favor de este sistema pueden encontrarse acorde de una teoría dualista, monista u otra de tipo ecléctica, dado que además de enfocarse en lo que implica el derecho real

en el *numerus apertus* está enfocada en poner a discusión los procesos legislativos para tipificar derechos reales, dando una serie de críticas de la configuración y origen de derechos reales sean negados a particulares tajantemente.

Resumiendo: el sistema para el derecho real de *numerus apertus* está basado en la autonomía basad en la voluntad, de modo que se logre satisfacer los intereses de particulares de los mejor forma posible.

Tomando en consideración la implicancia del sistema *numerus clausus* y del *numerus apertus*, trataremos de dilucidar en nuestra investigación como se ha resuelto este debate de compleja solución en el derecho comparado.

4.3. En el derecho comparado

Los debates a favor de estos sistemas no son inútiles, en relación a lo que se da en la realidad al tratar de llegar a una conciliación para el *numerus clausus* y el *apertus*, por medio de la elaboración de limitantes que implica la modificación y creación de derechos reales. Objetivamente, ambas posturas resultan antitéticas, pues están basados en idea distinta subyacente: primeramente en derechos objetivos, la segunda, la forma como son subjetivados, ello señala la defensa en voluntad, a pesar de producir incertidumbres graves y para analizar los beneficios y las deficiencias de ambos sistemas, a partir de ello se procedió a describir los derechos reales escogidos por varios ordenamientos de tipo jurídico.

4.3.1. En el derecho español

Como antecedente doctrinario tenemos la fuerte incidencia del derecho español en los modelos de derecho civil del Perú, de este

modo se logra observar cómo se resolvió la polémica existente de varios regímenes en derechos reales del país español.

Respecto a ello, (**Peralta Mariscal**) indica que “la ley española no es expresamente analizado el *númerus clausus* o el *númerus apertus*, incluso el Código Civil del país se mantiene en reserva la discusión del tema” (p.2670).

Pese a la inexistencia de alguna declaración por parte de los encargados de la legislación española, para (**Figuroa Cercedo**), “España se encuentra regido en el sistema *númerus apertus* real, pues su ordenamiento de tipo jurídico en este país otorga una serie de facultades a particulares en casos se pacten aspectos que se adapten a sus necesidades”.

Se arriba a esta conclusión de lo mencionado luego de cita el Art. 1255 proveniente del Código Civil del país español, donde queda estipulado que el contratante tiene la facultad de establecer pactos, condiciones y cláusulas que considere convenientes, solo si éstos no contradicen la ley, ni el orden público o la moral.

Se considera que el Código Civil se mantiene en silencio, además se considera que se está ante una norma que debido a su naturaleza en sí, está llamada a seleccionar alguno de sus sistemas existentes para sus derechos reales por lo que es necesario indicar que el punto dos del Art. 2 de la Ley Hipotecaria, es el legislador quien señala si son sensibles a inscripción “Aquellos títulos contruidos, reconocidos,

transmitido, extintos o modificados de usufructo, habitación, uso, enfiteusis, hipoteca, servidumbres y demás considerados reales”.

Ello puede indicar que en este país español no hay un sistema limitado de derechos reales, a su vez que el artículo aprecia notoriamente una lista no taxativa y enunciativa. A parte de ello. Si se concuerda este artículo con lo citado en el Art. 1255 del Código Civil, resulta evidente que no se prohíben que algunos particulares realicen derechos reales sin denominación para poder satisfacer lo que necesita.

(Figuroa Cercedo) menciona que “la poca claridad de alguna e inexistencia de la declaración demostrada ha originado una serie de controversias en este país, donde especialistas como Álvarez defienden este sistema limitado en derechos reales, y por otro lado, catedráticos como Albaladejo están a favor y se inclinan al *numerus apertus*”. (pág. 36)

Para el propósito del estudio, se concluye que los investigadores, a pesar del silencio de tipo legislativo en el país español y su legislador, posee sentido al hablar de que en este país insular lo que domina al sistema *numerus apertus*, implica una interpretación del Art. 1255 del Código Civil y del Art 2 de la Ley Hipotecaria, con ello se concluye que al no prohibirse expresamente la autonomía en privados al generar derechos atípicos reales, estos particulares poseen la facultad de realizar derechos innominados reales.

4.3.2. Alemania: caso del Derecho

Antes de entrar al tema de los derechos reales, como un caso de tratar en Alemania, se establecerá las diferencias que se hayan entre transferir un bien mueble, y que en un bien mueble como tal. Estos bienes muebles se transfieren mediante tres tipos de procesos, un negocio casual donde las obligaciones se presentan para ambas partes del negocio, el siguiente modo es la que presenta un negocio de disposición, para finalizar con la entrega real del bien.

Caso aparte en cuando, son bienes inmuebles los cuales en un negocio de manera casual siendo este obligatorio, continuando con el proceso de disposición, y, por último, a la etapa de inscripción en registros públicos, o inscripción registral. Un caso particular, ocurre en el país germano, es proceso de inscripción registral debe estar en el folio real para así ser constitutivo, lo cual lo consolida como un derecho real como tal. Para los bienes muebles, esto ocurre con la entrega del bien. Según refiere (**Fernández Salas**) en caso de Alemania un derecho está en un enfoque de numerus clausus, esto debido a que la tipicidad es un principio desde un punto de vista de derechos reales.

Según el análisis ya realizado, se apoya al profesor Fernández, ya que las razones para que numerus clausus sea el enfoque que utilizan, por lo que la seguridad jurídica es la más importantes en el sistema registral que utilizan, por lo tanto darle paso abierto a los particulares de generar derechos reales atípicos, que podría ocasionar efectos negativos contra la celeridad del sistema registral de Alemania, incluso afectando contra su eficiencia; se realizarán evaluaciones

necesarias, para que un derecho atípico se vuelva en uno real, para lo cual se utilizan los requisitos ya establecidos, el cual se denomina sui generis creado de parte particulares, así convertirse en un derecho real. En cambio, si es generado desde la autonomía de voluntad de particulares resulta necesario calificar varias veces para calificar este derecho y que pueda ser un derecho real, aunque esto implique demasiados recursos para un fin particular.

Cuando existe mayor seguridad es posible que haya mayor estandarización, por la previsibilidad de lo que la administración pública este realizando. En Alemania, ya se tiene un sistema de derechos establecido lo cual, no sucede en España, ya que cuando refiere sistema es el registral alemán, lo cual no es otra cosa que referirse a seguridad jurídica, el cual sea uno de los mejores ejemplos de que la seguridad está sobre la autonomía, en cuanto un sistema jurídico.

4.3.3. Francia: un caso de derecho

En cuanto a los sistemas de derecho reales según el autor salas Fernández, Francia es uno de los países, se fundamenta en el artículo 544 de su Código Civil, para definir al derecho sobre la propiedad como un principio. Este texto, indica que la propiedad es la disposición, o la facilidad de gozar una cosa, siempre y cuando esto no sea infringiendo leyes o algún tipo de reglamentos.

En cuanto a derechos reales se trata, existen los que son las servidumbres, usufructo, uso, habitación, superficie, que son de orden

limitados. A lo que Fernández refiere a este una lista taxativa, frente a lo cual se deslinda que numerus clausus, aunque no esclarezca su juridificación para tal uso. **(Fernández Salas, 2014)**

Dentro del código Napoleón ya existe una lista que lleva los derechos reales, los cuales pueden ser usados sobre propiedad, disfrute, un bien, servicios rústicos; frente a esta lista no es definida aun como taxativa o enunciativa, frente a lo cual no existen opiniones en aspectos legislativo que defiendan alguna u otra posición.

A partir de este punto, el autor Mazeaud aclara que numerus clausus es el sistema respetado en Francia, porque los derechos reales son ilimitados al ser creados bajo la ley, cosa que no sucede con los derechos personales **(Mazeaud, 1959)**. Aunque en la investigación se cree la existencia de un motivo más fuerte para que numerus clausus sea el sistema correcto, o adecuado; frente a que el Código de Napoleón fue la fuente de todos los demás derechos, hecho frente al actual el numerus apertus no tendría ninguna razón para existir, en cuanto a opiniones legislativas, las pretensiones de crear nuevos derechos, ya que si esto sucediera el Código carecería de validez, como fuente de derecho civil, o la autonomía privada tomaría el lugar de la ley, lo cual iría en contra de los que originalmente se quiso realizar.

4.3.4. Argentina: El Derecho

En Argentina, la postura civil tiene otro orden en cuanto al Art. 1884 del Código civil vigente además la Nación, tipifica los derechos

según la regulación en aspectos contenido, constitución, adquisición, modificación o la trasmisión, extinción y entre otra que permita la ley, todo aspecto fuera del mismo no está previsto.

A partir del enfoque de los autores, según indica **(Causse, 2016)**, existe una razón fundamental por la cual, el estado pretende limitar toda manipulación de los derechos reales, frente a intereses que se presenten de la sociedad, ya que consideran que el orden público está encima de la autonomía de voluntad que se dé.

El Art. 2502 del Código Civil pasado, que resulta siendo el antecedente que defiende la posición de que la ley es la única que puede crear nuevos derechos reales, cualquier otro indicio de creación de derecho por medio de contratos se validará únicamente como derecho personal, si se puede denominar como tal. El código derogado fue quien dio origen al derecho romano en cuanto a que los derechos reales no puedan ser realizados por particulares según **(Gatti, Edmundo y Alterni, Jorge)**.

4.3.5. Caso: Alianza del Pacífico

En cuanto a la integración del pacífico, en uno de los proyectos más grandes que se lleva a cabo en América latina, refiere **(Blanco Esteves)** que tiene el reto de avanzar y llegar a profundizar la economía de los países que la componen como son el Perú, México, Chile, Colombia, esta integración también abarca los puntos de comercio la unión monetaria la libertad de trabajadores y la unión aduanera.

A partir del punto de vista anterior, se puede referir a la regulación del derecho como otro tema distinto a estudiar, desde un enfoque de la Alianza del Pacífico, ya que en la economía los derechos vienen siendo uno de los pilares más grandes para un ordenamiento jurídico. Tratar de entender cada punto de vista de cada legislador, o el enfoque que se esté tomando de base ya sea este *numerus clausus* o *numerus apertus*. cuando este enfoque se unifique podría darse una unificación en cuanto a los derechos civiles patrimoniales, entre estos países de la Alianza, para enfocar de manera particular se procede a analizar a los países vecinos del Perú, que son parte de la alianza del Pacífico.

4.3.5.1. En Chile: El Derecho

Es importante referir al Código Andrés Bello, para poder analizar el caso chileno, que está vigente desde el 14 de diciembre al año 1855, dos años más tarde entra en vigencia el actual Código; analizamos exactamente el segundo libro que tiene por tema de estudio a los derechos reales, este libro estudia los bienes su dominio la posesión el uso y goce, esta parte no ha sufrido usuales modificaciones de sustancia, según (**Guzman Brito**) logra referir que el Código Civil del 1855 ha permanecido durante varios años de base, lo cual significa que Chile ha venido adecuándose a estas reglas, por lo que no se vio la necesidad recurrente de hacer cambios bruscos al Código.

Al referirnos al Código civil de Chile, se define derecho real como derecho sobre una cosa, que pueden ser llamados, de dominio, herencia, usufructo, hipoteca, prenda, servidumbres, uso o habitación. Según el artículo 557 del presente código. A

partir de esos derechos se originan las acciones reales, frente a lo cual tampoco se determinan pocas opiniones, como señala **(Barrientos Grandon)**, que es posible haberse previsto un inciso específico, que refiera que el derecho real eran únicamente el dominio, la servidumbre, censo, prenda e hipoteca, que produzcan las acciones reales. A partir de lo anterior se resalta la intención inicial, *numerus clausus* era el enfoque a seguir al momento de declarar que no había la posibilidad de más derechos reales, donde ya se preveía el uso de la autonomía para pretender crear nuevos derechos reales, en la investigación actual, creemos que el artículo 557, no tomó en consideración este punto, al elegir *numerus apertus* como el sistema a adoptarse; en función a que ya tipificaba los derechos reales en base a la lista única que presentaba, casos que se darían en un nuevo contexto social. Donde la apertura a un futuro de acciones legislativas es inminente, y no tanto a una autonomía privada. (pág.575).

En esencia el *numerus clausus*, tiene como rango la tipificación en cuanto a los derechos reales. Tanto si se trata de una lista enunciativa donde se aprecia claramente la tipificación de los mismos y los nuevos en una lista cerrada. Donde los casos de derechos nuevos, para tipificarse, exigirán la modificación de la ley para habilitar este proceso de tipificarlos en la lista.

Frente a la vigencia del artículo discutido con anterioridad, al reclamar la necesidad de que los derechos reales nuevos, o que

no tengan que ver con el dominio, servidumbre, censo, prenda, o hipoteca; realizarían un práctico del Código Civil Chileno ya que en un alista cerrada, no habría permitido el ingreso de nuevos derechos reales.

En la legislación actual mediante el artículo 577, ya permite la tipificación de los derechos reales, lo cual permite el ingreso de nuevos artículos al Código Bello, o que posibilita una nueva ley de tipo especial. Por decir del derecho real a la conservación medioambiental, en cual fue promulgado de manera especial publicada el 25 de junio, y haber sido promulgada 15 días antes mediante la ley 20930.

Hasta el momento se ha visto, como en un primer momento el *numerus clausus* venía siendo sistema al que se acoplaba, más después se realiza referencia un proceso de aceptación, pero en ningún momento existe la posibilidad de *numerus apertus*, ya que en ningún tipo de aspecto los particulares tiene la ventaja de crear derechos atípicos. Frente a lo cual, el texto viene siendo un antecedente importante, de la presente legislación. Por lo cual se concluye, el texto originario el proyecto viene siendo en cuanto a lo histórico, el antecedente de la disposición final, entonces Chile estaría bajo el sistema de *numerus clausus* en su ordenamiento jurídico.

4.3.5.2. En Colombia: situación del derecho

Hubo una temporada, que Colombia estaba en la temporada de Federación (1858 - 1886) donde se dividía en 9 estados, y cada estado podía contar con su código civil respectivo, que se podían decir que eran similares al caso de Chile, por lo cual Colombia tomó como base a este Código Civil; según palabras del jurista colombiano (**Uribe Misas**), quien lo considera como un monumento jurídico y gramatical, alagando el trabajo de Andrés Bello, que según su opinión supero incluso Código civil Francés.

Después de esto se ingresó a una fase, de Guerra civil en promedio en año de 1885, donde desaparecen estos estados soberanos, finalizando con la promulgación de la Constitución de 1886, cuando inicia a Colombia como una República unitaria, un año después adopta el Código civil de Chile, por lo cual el artículo 665 es la misma lista del Código Civil, donde un derecho real viene siendo sobre un bien, sin determinar una persona extra, justificando el uso de los derechos reales y acciones reales que comparte con Chile, porque nos referimos a los mismos artículos en cuanto a ambos países, y aplicadas bajo en numerus clausus.

4.3.5.3. En México: el derecho

México en un país conformado por 32 entidades federativas, lo que ocasiona una inmensa diversidad en cuanto a normas ya que cada federación puede tener su propia normativa interna, las cuales incluso pueden ser contrarias a

otra federación, para centrarse en la legislación mexicana se enfocara en la capital, de modo que el trabajo sea más conciso.

La constitución, el régimen y tanto extinción en cuanto procede los derechos reales sobre inmuebles, tanto como contratos, o arrendamientos, uso temporal; y tanto los bienes muebles, estas precisados en el inciso dos del Art. 13 del Código Civil Federal. Estarán regidos, según la ubicación que presenten, por lo cual el tema de los derechos reales está determinada por cada entidad federativa, las cuales tiene la libertad de elegir un sistema *numerus clausus* o uno *apertus*.

Muy distinto en cuando estamos frente a un distrito federal y su Código Civil, en un nivel federal, estos no definen ni contradicen ningún tema, por lo cual se deduce que no es aplicable que los particulares, lograr habilitar una manera donde todos estos obligados frente a una situación, que referiría al sujeto pasivo universal; por lo que el derecho privado se rige en la teoría monista. Queda claro que el sistema que tiene mayor aceptación el *numerus clausus* por la seguridad que puede ofrecer. Además, que, dentro de un distrito federal la propiedad, usufructo, habitación, hipoteca, uso, servidumbre, también la prenda viene siendo los únicos derechos reales, como el condominio definidas como formas del derecho real.

4.3.5.4. En el Perú: el derecho

En caso de Perú, se enfoca en una *numerus clausus* para regular los derechos reales, según el Art. 881 del presente Código civil, indica son derechos reales los referidos al libro quinto, que lleva por nombre “Derechos reales”, y como refiere también a otras leyes estas vienen a ser la posible forma de tipificar, frente a los nuevos derechos reales propuestos, sea del mismo código o proveniente de otras legislaciones.

El artículo referido pudo tener incidencia en el Art. 852, del código civil que estuvo vigente en 1936, ya que este último indicaba que los actos jurídicos solo eran posibles bajo los derechos reales, anteriormente reconocidos en el Código Civil, la prohibición en cuanto a la enajenación solo es establecida por la ley, es como refiere (**Arbulú Celi**). Frente al punto de vista anterior, identificamos ambigüedad, en cuanto a que no prohíbe que particulares puedan admitir nuevos derechos reales.

También (**Mejorada Chauca M.**) quien es uno de los defensores del *numerus apertus*, indica claramente que la legislación del país, está regido por el *numerus clausus* en cuanto a los derechos reales. En la investigación también se refiere, que frente a que no exista límites a tipificar lo derechos reales dentro del ámbito civil, se abre la posibilidad de tener que regularlos con leyes especiales. Entonces, sería extraño que un derecho real no se reconozca como tal por estar tipificado en otra norma, y no en el Código Civil. Ya que no es lo mismo,

utilizar un numerus clausus en la creación de los derechos reales que hacerlo en la legislación de los mismos.

Tal como lo dice Mejorada Chauca, los derechos reales admitidos por otras leyes está permitido en el Perú, ya que en un sistema de numerus clausus solo importa que este defendido y tenga las características bajo una ley. Por decir, la Garantía inmobiliaria que está bajo la ley 28677, la cual es un derecho real a pesar de solo estar respaldada por una ley especial.

Por último, (**Gonzales Linares**) refiere también que el sistema actual está en base al numerus clausus, aunque presenta ciertas disposiciones libres donde la autonomía de particulares está referida, además que puedan dar un cierto giro a su contenido. Dentro del artículo 999, señala sobre el usufructo que permite facultades de usar y disfrutar en un tiempo determinado de un bien que no es propio, donde resalta que no se permite determinados utilidades o provechos; por lo cual, brinda cierta libertad a los privados y habilitar ciertas facultades a la autonomía privada.

CAPÍTULO V

5. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS DERECHO REALES Y SU VINCULACION CON LA TEORIA ARMONIZADORA

5.1. El sistema *numerus clausus* del Código Civil.

Conforme lo establece el Art. 881 del código civil “un derecho real se encuentra regulado dentro del libro así como en otras leyes”. El citado artículo tiene su antecedente inmediato en el Art. 852 del libro del Código Civil de 1936, donde se puso a disposición “Mediante actos de tipo jurídicos se establecen los derechos reales que están reconocidos en el código presente”.

Nuestro código mantiene la tradición jurídica de considerar al *numerus clausus* los derechos reales, vale decir, los derechos reales son aquellos previamente tipificados en la norma civil u otras leyes, distintas del Código Civil.

Al respecto (**Torres Vasquez**) sostiene que “por medio del acto jurídico no es posible dar sentido al derecho real, en todo caso, actuando una de las figuras tipificadas en la ley”. (pág. 778)

Nuestro ordenamiento civil reconoce a los siguientes derechos reales, conforme al siguiente orden: posesión; usufructo, propiedad, habitación, uso, superficie, hipoteca, servidumbre, anticresis y retención. Del mismo modo se tiene leyes especiales que reconocen derechos reales, tales como ley para garantías mobiliarias N° 28677, el TÚO de la Ley General de Minería D.S. N° 014-92-EM, cuyo Art. 10 confiere al titular de la concesión un derecho real, lo mismo ocurre con la Ley Orgánica de recursos geotérmicos, en cuyo artículo IV de su título preliminar establece que “el acto de concesionar recursos de tipo geotérmicos

implica un bien considerado inmueble la cual brinda al titular algún derecho real que se sujeta a esta Ley”(lo subrayado es nuestro).

En relación a nuestro sistema numerus clausus, la doctrina ha tenido múltiples posiciones, algunas a favor y otras en contra, tal es así que, (**Gonzales Barron**) asume una postura en favor a continuar con el sistema numerus clausus, pues “la gran diversidad de derechos limitados respecto a un bien en específico, suele desmotivar la inversión (¿Quién podría arriesgar montos de dinero si se obtiene un retorno el cual deba ser compartido con los demás titulares incluso si alguno de ello no colaboró con nada?) (...) Tener libertad al crear lazos al dominio conlleva a que no se encuentren configuradas de forma clara, todo ello suele depender del arbitrio a nivel individual por parte de los contratantes, del mismo modo de como la interpretación respecto a lo que referían en el contrato. En el fondo, la poca seguridad jurídica de derechos respecto a algunos bienes desarrolla controversias y litigiosidad, lo que conlleva a una ineficiencia en el ámbito económico” (**pág. 116**)(lo subrayado es nuestro). El profesor Gunther Gonzales Barrón es sumamente crítico en torno al sistema numerus apertus dado que este traería consigo la inseguridad jurídica de no saber quién sería el verdadero titular de un derecho real, lo que generaría un clima de constante litigio, generando una ineficiente asignación de los recursos económicos escasos.

Por otro lado (**Gonzales Barron**) también sostiene que “*el sistema para el registro podría ser eficaz en caso la cantidad de derechos que han sido registrados sean limitados y que cuenten con un contenido fijo basado en ley*”. (**pág. 117**) En este punto se resalta la importancia del registro, tomando en cuenta que al ser un ente que dota de seguridad jurídica a los actos y derechos materia

de inscripción, estos deben estar previamente establecidos en la ley, dado que ello facilita su trabajo y lo hace eficaz.

(**Mejorada Chauca M.**), es de opinión favorable al sistema *numerus clausus*, refiriendo que “la cantidad de costes generados por la acción estatal son motivo constante de debate, sin embargo, impedir el desarrollo de derechos oponibles no disponibles en el libro V u otra ley resulta más costoso que aquellos gasto que quiere evitar. Dicho de otro modo, la el tipo de economía manejada, es decir, libre, resulta perjudicial la prohibición de la creación de derechos que sean oponibles que los altos gastos para dar capacitación a actores estatales que son llamado al presentarse algún reclamo por parte de los usuarios”. El profesor Mejorada hace especial hincapié en el grado de profesionalismo que deben mostrar los agentes estatales al momento de dilucidar supuestos en los que se cuestione la oponibilidad o titularidad de derechos reales.

Del mismo modo (**Mejorada Chauca M.**) indica que “dentro de la normativa constitucional se dio luego del código civil de 1984. La legalidad del código en razón a cuestiones económicas se realizó para complementar un sistema de tipo intervencionista, con grandes limitaciones hacia la libertad del patrimonio”. En este punto se cuestiona el sistema *numerus clausus* que fue aplicado en nuestro país por parte del código civil dado que no responde al espíritu de libertad y emprendimiento pregonado por nuestra actual constitución.

Por su parte (**Gherzi Silva**) sostuvo que “en muchas ocasiones los profesionales abogados requieren de realizar contratos regidos por el *numerus apertus* dado que no es posible acudir a ciertos derechos reales los cuales están regidos por la normativa *numerus clausus*, en vez de ello se debería proceder a crear un derecho real en caso no sea *numerus clausus*, de ser *numerus apertus*, tal como el

commonlaw, se realizaría en vez de un contrato la creación de un derecho real y poner solución al problema, dado que se podría realizar un derecho real que se acople a la convivencia y las realidades de las partes implicadas y puedan armonizar algunos intereses implicados en la disputa. En este punto Ghersi simpatiza con la propuesta del sistema numerus apertus, dado que considera al sistema numerus clausus incapaz de satisfacer el interés de los particulares, acota además que existe un gran diferencia entre el estado de cosas del siglo XIX y el siglo XX puesto que los costos de transacción se han reducido drásticamente, en razón al desarrollo de las TIC, sumado a ello la labor que cumple registros públicos, al otorgar publicidad y oponibilidad a los actos y derechos inscritos, genera una mayor certidumbre en cuanto a la titularidad del bien, por lo tanto considera factible adoptar el sistema numerus apertus.

Una de las cosas que más llamativas, es el carácter no absoluto del sistema numerus clausus de nuestro ordenamiento civil, dado que se permite acceder a los registros de la propiedad a derechos distintos al de los reales, y por ende, también se hacen oponibles, esta afirmación está sustentada en el Art. 2019 del código civil, que dice:

“Pueden ser inscritos dentro del registro departamental o provincial acorde a la ubicación del inmueble:

- 1.- Contratos y actos que declaren, modifiquen, constituyen, transmitan, limiten o extingan derechos reales respecto al inmuebles.*
- 2.- Contratos opcionales.*
- 3.- Pactos para reservar la retroventa y propiedad.*
- 4.- El cumplimiento parcial o total de aquellas condiciones procedentes de los contratos o actos registrados.*
- 5.- Las restricciones dispuestas por parte del titular según sus facultades por el derecho registrado.*
- 6.- Contratos de arrendamiento.*
- 7.- Demandas o embargos acreditados verosímilmente.*
- 8.- Toda sentencias y demás resoluciones puestas por criterio del juez referidas a contratos o actos inscribibles.*
- 9.- Los permisos judiciales que posibiliten actos registrables respecto al inmuebles”.*

Es preciso indicar que el inciso 5 del citado artículo dota de una fórmula la cual permite abiertamente inscribir y por ende dar oposición de las restricciones por parte de la facultad de propiedad, es decir todo negocio jurídico que genere derecho sobre bienes, que en puridad supone una restricción del dominio, puede ser materia de inscripción.

Con esto podemos advertir la naturaleza mixta de nuestro ordenamiento civil, puesto que no se circunscribe estrictamente a lo estipulado por el Art. 881, sino otorga herramientas, haciendo posible acceder al registro público de derechos distintos al de los reales reconocidos taxativamente por el código civil.

Ahondando en este punto la Resolución N° (1180-2010-SUNARP-TR-L), por el Tribunal Registral, en su considerando 5 ha establecido que “es posible constituir algunos derechos encima de derechos, ello es totalmente admisible al constituir derechos que presentan más elevación de un edificio perteneciente a una persona con superficiaria propiedad. Este tipo de derecho es denominado como derecho de superficie en segundo grado”. En el presente caso se pretendió inscribir la titularidad del sub superficiario, sin embargo en primera instancia el título fue observado en merito a que la figura de sub superficie o superficie de segundo grado no está reconocida taxativamente, por ello en aplicación al Art 881 se observó el título, dicha decisión fue apelada al tribunal registral, órgano que revoco la observación y dispuso la inscripción del título, tomando en cuenta, entre otras cosas, que la figura de sub superficie es una extensión respecto al derecho de superficie real, y siendo que el superficiario adquiere un derecho pleno y absoluto de tener y mantener en suelo ajeno una edificación, otorgándosele todos los derechos inherentes a todo propietario, podría perfectamente constituir un derecho se superficie de segundo grado en favor de tercera persona.

5.2. La seguridad jurídica como principio constitucional

Desde la antigüedad hasta nuestros tiempos se ha considerado al Estado como el ente protector máximo de los derechos que poseen todos los ciudadanos reconocidos constitucionalmente, dicho poder protector ha sido otorgado por los propios ciudadanos incluyendo las limitaciones que el Estado tiene para ejercer dicho poder, como lo señala **(García Toma)** “El poder de limita por derechos naturales al hombre. La legislación no debe ser ejercida arbitraria o absolutamente en las fortunas o la forma de vida en un pueblo, dado que al ser un poder que es compartido por los miembros que son parte de la sociedad y otorgarlo a la asamblea o persona legislativa no debe ser mayor que lo obtenido por las personas naturalmente”.

La seguridad de tipo jurídica para un Estado de derecho implica la garantía que se brinda a los sujetos de que tanto sus bienes o derechos no resulten en acciones violentas, y de darse estaría asegurados por los demás miembros de la sociedad, ayudando con la reparación y protección. **(Lopez)**.

Como bien lo señala **(CERVANTES)** “La seguridad de tipo jurídica posee el fin esencial de la predictibilidad, ello quiere decir, que es necesario conocer de antemano toda complicación jurídica y su vínculo al Estado y sus singularidad, Esta seguridad es una de las expectativas dadas razonablemente bajo el cual el individuo sepa sobre cuál debe ser la actuación al momento de aplicación algún derecho.” **(pág. 2)**

De este concepto se puede entender dicho principio implica lo que normalmente es conocido como lo prohibido, permitido y mandado por parte del poder público sobre sí mismo y para los otros, es decir que se presupone que todos los ciudadanos tenemos la obligación de conocer aquello que la ley regula.

Varios países hispanos poseen fija su Constitución de seguridad jurídica como: Brasil (Art. 5); Chile, (Art. 7); Ecuador, (Art. 23); E.E.U.U, (Art. 39) y, la Quinta Enmienda dada en 1789; España (Art. 9); y México, (Art. 14 y 15). Para el país – Perú -, la seguridad jurídica no se encuentra legislada. En el Art. 139 que hace referencia al Poder Judicial no resulta suficiente. El Art. 62 referida a la contratación con libertad; por medio de contrato-ley es el Estado quien establece las seguridades y demás garantías en inversión nacional o extranjera, además de desavenencias sugeridas que concluyen en la vía judicial o arbitral.

Para lograr que una seguridad en el ámbito jurídico bien legislado como una entidad de gran importancia en CPP de 1993, es necesario añadir la expresión “seguridad jurídica” al Art. 2, dado que el Art. 62 presente en la Carta Magna se refiere a empresas que contratan especialmente con el Estado, al normar los modelos contractuales conocidos contratos-ley, donde el Estado fija seguridad y demás garantías, no permite realizar modificaciones administrativas, políticas o tributarias, para generar la garantía y confianza por parte de quienes contratan para aquellos que buscan invertir. Implementar el término seguridad jurídica correspondería a los todos los derechos fundamentales para las personas.

Conforme se ha detallado, este principio que se basa en seguridad jurídica no posee un reconocimiento expreso en la Constitución Política, sin embargo, es conveniente hacer especial hincapié en el desarrollo jurisprudencial que ha tenido este principio a través de los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Como primer caso se tiene que en el **(EXP. N° 00010-2014-PI/TC, 2016)**, proceso en él se cuestionó la constitucionalidad de la ley N° 29947, sosteniendo entre otras cosas la violación a la seguridad jurídica, se sostuvo que “el TC

considera que la seguridad jurídica implica ser un principio un tanto consustancial al tipo de Estado manejado, es decir, de derecho que da a conocer sus efectos en el ordenamiento jurídico. A pesar de no haber reconocimientos netamente expresos, el Tribunal suele destacar su rango constitucional derivado de sus diversas disposiciones constitucionales”. En este punto el TC reconoce la falta de reconocimiento taxativo constitucional del principio de Seguridad Jurídica, empero reconoce su reconocimiento implícito contenido en los distintos artículos de la constitución, como lo indica el inciso 24 del Art 2° de la constitución [“No se está obligado a realizar lo que manda la ley, tampoco a impedirlo a realizar lo que prohíbe”]; el inciso 24 del mismo artículo [“No se puede procesar o condenar a nadie por omisión o acto que al momento de darse no se encuentre calificado claramente por ley, de forma inequívoca o expresa, tal como una punible infracción, tampoco sancionado de pena no prevista dado en ley”]; o el inciso 3 del Art. 139° que está en la carta fundamental [“No hay persona que debe quedar fuera de la jurisdicción ya determinada en ley, tampoco puede someterse a procesos diferentes de los que ya estuvieron establecidos, tampoco juzgada por algún ente jurisdiccional de excepción, tampoco por comisiones creadas especialmente para dicho, sea cual sea su denominación”].

En el **(EXP. N° 00010-2014-PI/TC, 2016)** se sostuvo además que mediante la seguridad jurídica “se garantiza a todas las personas una razonable expectativa fundada respecto al actuar de los poderes en el ámbito públicos además de los sujetos interactuar y desarrollarse en la vida en sociedad”. El Tribunal Constitucional reconoce a este principio como un garante de la previsibilidad que tienen las personas en el actuar del Estado, así como de los individuos. Ahora bien, centrando en análisis en lo relacionado a los derechos reales, el 881 del

código civil al disponer que son derechos reales aquellos reconocidos taxativamente en el código civil o en otra ley, materializa el principio constitucional de seguridad jurídica.

Siguiendo la línea argumentativa del Tribunal Constitucional, es pertinente resaltar que “la garantía de predictibilidad y certeza sobre cómo se comportan los poderes en ámbito público así como de los ciudadanos no resulta de la misma manera que la petrificación o inmutabilidad del orden jurídico. Este principio no debe constitucionalizar el régimen social. El estilo de vida en grupos sociales se encuentra en transformación continua, y junto a ella, la normativa que quieren disciplinarla” (**EXP. N° 00010-2014-PI/TC, 2016**). Por tanto, el legislador no se encuentra impedido a efectuar las modificaciones que sean necesarias, a efectos de estar a la par con la dinámica social, claro está, que estas modificaciones deberán tener un sentido de razonabilidad.

En el (**EXP. N° 0016-2002-AI/TC, 2003**), del Colegio de Notarios de Junín cuestionó la constitucionalidad de la ley N° 27755, indicando entre otras cosas que se afectaba la seguridad jurídica como principio, puesto que se facultaba a los ciudadanos a hacer uso de un formulario legalizado a efectos de inscribir su derecho de propiedad en el registro público, lo demandantes sostuvieron que un formulario registral no puede equipararse a una escritura pública, y que su uso afectaba el principio. Sobre ello el TC desarrollando el contenido de la seguridad jurídica indico que “la predictibilidad de las conductas a causa de supuestos determinados con anterioridad por el derecho, implica una garantía que da a conocer el orden jurídico y que basa la interdicción de arbitrariedad (...) Incomento el principio supone la pasividad absoluta de los poderes, mientras no se den supuestos donde logren incidir dentro de la realidad jurídica de la población,

sino más bien exige una intervención inmediata de las perturbaciones ilegales de acontecimientos jurídicos, por medio de una reacción predecible, que garantice la continuidad del statu quo, de este modo el derecho lo tenía ya preestablecido, o de ser el caso, realizar las modificaciones pertinentes, si ese fuese el sentido en las previsiones legales”. Respecto a ello el TC hace una reflexión con respecto al contenido del principio de Seguridad Jurídica.

Si el derecho respecto a la propiedad (el cual es un derecho real por excelencia) está íntimamente ligado con la seguridad jurídica, en el sentido de que es necesario garantizar la continuidad del statu quo, es decir, la ley debe garantizar la permanencia de la situación jurídica del titular del bien, hasta que haya el cumplimiento de una condición que determine la mutabilidad de dicha situación jurídica. Garantizar la titularidad, a través de la oponibilidad del derecho frente a terceros, es una forma de materializar el principio de seguridad jurídica, constituyendo además un medio para el desarrollo de los pueblos.

En el (**EXP. N° 0016-2002-AI/TC, 2003**), el TC, reconoce a la seguridad jurídica como principio constitucional subyacente a todo el ordenamiento jurídico, haciendo especial hincapié en los derechos reales, en el entendido de que no basta saberse de la titularidad del derecho para materializar este principio, sino que este derecho debe ser oponible frente a terceros.

En el (**EXP. 00017-2019-PI/TC, 2020**), asimismo el TC elabora el contenido referente al principio constitucional para la seguridad jurídica, donde precisa “este principio protege que el poder público, al actuar no logre defraudar toda expectativa objetiva del pueblo. Basados en las configuraciones normativas, ello quiere decir que requieren ser realizados en base a su orden jurídico – y que sea vigente constitucionalmente, ello para no vulnerar la constitución”. En el

presente proceso el Colegio de Notarios de Lima cuestionó la constitucionalidad de los decretos legislativos números 1400 y 1409, estos regulan todo lo referido a la garantía mobiliaria (derecho real), así como la constitución de las Sociedades de Acciones Cerradas Simplificadas, en ambos casos se faculta a los ciudadanos a prescindir de la expedición de escritura pública por Notario Público, precisando que para el registro público será suficiente la presentación de dichos actos contenidos en documentos con firmas legalizadas o autenticadas por funcionario del registro público, estas disposiciones fueron cuestionadas por el Colegio de Notarios quienes sostuvieron que contravienen el principio dado que se prescinde de Notario Público, siendo que este último dota de seguridad jurídica a los diversos actos. Al respecto el Tribunal Constitucional desestimó la demanda, indicando que no se vulneró dicho principio, puesto que se respetó los límites legales y constitucionales conferidas al poder ejecutivo, además de precisar que el principio no supone garantizar el statu quo de la legislación, por el contrario, garantiza que el ordenamiento jurídico este acorde a la dinámica social.

5.3. La autonomía de la voluntad como parte del principio constitucional

Debemos entender que toda sociedad es como una institución constantemente en desarrollo que posee el propósito de su propia regulación en el ámbito jurídico, y estar en armonía a su realidad, es así que una entidad jurídicas es la forma de ver cómo va desarrollándose en la medida que influyen ciertas modalidades externas, las cuales son pieza clave en la constitución psicológica de un pueblo. Es por ello que entrar en el mundo de la autonomía que parte de la voluntad implica retroceder en el tiempo para poder conocer el desarrollo que ha ido sufriendo el concepto en el derecho, además de la serie de inconvenientes presentadas a lo largo de la

historia sobre el tema, para así obtener una visión clara respecto al principio, el cual ha continuado en el sistema jurídico vigente durante décadas.

Es por esta razón que no resulta nada extraño observar que la autonomía basada en la voluntad era el requisito principal a lo largo del tiempo que regulo todo vínculo contractual a partir de la Edad Media incluso al final del siglo XVIII pues para dar validez sólo eran requeridos las cuestiones de forma, dado que el requerimiento básico era solo que haya el consentimiento libre, Kant es quien da validez a la autonomía de la voluntad, pues indica que las actividades de los hombres tienden a estar en función a emociones externas, de mismo modo Rousseau, señala que la concepción en su contrato social por parte del Estado, para luego en el Código de Napoleón fija que el contrato representa una ley dictada para aquellos que quieran contratar siempre no vulnere el orden público, concepto que incluso es recogido dentro de nuestra Carta Magna vigente .

Según **(Ballesteros)** “el concepto tradicional de la autonomía de la voluntad cuenta con sus raíces en la filosofía de tipo individualista que estuvo desarrollada a partir del siglo XVII influenciado por el cristianismo al mismo tiempo, el cual considera a las personas libres y sólo puede ser obligado a voluntad, de modo que la fuente autónoma y única de la ley era la misma. De este modo el término autonomía brinda la capacidad para dar una serie de normas, dicho de otro modo, posee autoridad normativa. Dentro del orden jurídico esta forma de ver dicha norma se ha ido modificando en el tiempo, pues es dependiente de los contextos políticos que están vigentes en cada lugar, a pesar que el principio de dicha autonomía implica que los individuos den normas que son asumidas como suyas por el Estado al dar un vigor semejante al de la ley”. **(pág. 68)**

Es así que la autonomía de voluntad, ha tomado a través de los años la categoría de principio fundamental, quedando como principio, el cual es reconocido en varias legislaciones del año y que representa de mejor manera lo que se conoce como participación ciudadana, ello se fijó como el principal cambio a nivel sociales incorporadas en la Revolución Inglesa de 1688, norteamericana de 1776 y francesa de 1789. Además se incorporó dado que la voluntad a nivel individual posee un poder real al crear derechos y obligaciones, ello hace que la autonomía de voluntad sea eficaz en términos jurídicos y a su vez se considere como la ley dada entre las partes, la cual se demuestra en el desarrollo de actividades jurídicas y se fijan sus efectos resultante de tal autonomía.

De la misma forma, la parte jurídica es el reconocimiento dado por orden jurídica del principio y la manera en que un legislador permite permear la fundamentación de la administración de la justicia; de modo que la legislación otorga tal principio (Art. 62° de la CPP) señalando que “Las libertades al momento de realizar alguna contrata asegura que las partes involucradas pacten de forma válida acorde a la legislación normas que sean vigentes en el periodo en que se dio el contrato. No es posible modificar el término contractual por ley o alguna disposición”, pues, a pesar de tener un reconocimiento expreso, es requerido que el Estado enmarque su ejercicio. Este es el motivo por la que la autonomía de voluntad hace posible que las personas sean capaces legalmente de obligarse. Mediante un camino alternativo correcto (acorde a la capacidad de disposición que la ley le otorga), mediante la celebración de contratos en los cuales se den cláusulas que atenten con las limitaciones anteriormente mencionadas.

Es así que frente a la libertad de contratar, se debe considerar que el principio basado en la autonomía de voluntad es considerada importante al formar contratos de ámbito

privado, a su vez posee gran relevancia en lo que se conoce como crisis de contrato, siendo un tema bastante polemizado como controvertido por iusprivatistas que parten desde mitad del siglo XX hasta estos días, que de alguna manera fueron asimilados o vinculados con el resquebrajamiento de la autonomía, sin embargo, como es muchos temas de derecho, la crisis de contrato resulta polémico al contar con detractores, quienes rechazan plenamente su existencia, así como defensores acatan su vigencia.

A partir de ello, para quienes defienden cabalmente la autonomía de voluntad no hay una mínima posibilidad de tan solo mencionar tal crisis, contrariamente se está del lado del auge del contrato, siendo más de ellos diariamente; algunos podrían estar a favor de tal escuela respecto a la existencia de crisis enunciando su inexistencia, por el contrario hay quienes enuncian una crisis, pero de forma general correspondiente al mundo contemporáneo, la cual origina una crisis manifestada en los vínculos de sociedad que van más allá del ámbito jurídico; otros considerados más radicales, al considerar la crisis, mencionan una despersonalización del individuo de forma completa, donde el aceptante que es parte del vínculo contractual, representan un adherente simple sometido a ciertas condiciones que ya fueron predispuestas, sacando de esta forma las posibilidades de obtener autonomía privada al tener un contrato, ello se acerca a una representación de las características que posee los contratos estatales, que deja de lado su regulación a nivel jurídico, la autonomía de la voluntad dado que se considera como aquel principio rector de lazos entre particulares y la cual no está contemplado dentro de los vínculos jurídicos con organizaciones públicas o incluso peor que sea un postulado decadente acompañado de la crisis del contrato.

5.4. La teoría armonizadora

5.4.1. Teoría armonizadora de los derechos fundamentales

5.4.1.1. Posiciones conflictivistas de derechos fundamentales

Actualmente es bastante conocida la idea conflictivista que parte de los derechos fundamentales, esta es concebida como dos realidades que pueden oponerse entre ellas, conforme lo indica **(CASTILLO CORDOVA)** “acorde a la teoría conflictivista, estos derechos considerados fundamentales se dan a partir de realidades con base jurídica naturalmente y que suelen colisionar, ello conlleva a demostrar que tales conflictos sean inevitables”, su resolución del conflicto debe ser prefiriendo a un derecho respecto a otro, para tal propósito en la doctrina se plantea dos mecanismos, la primera tiene que ver con la jerarquía, en tanto que la segunda está referida a la ponderación de derechos.

En cuanto al mecanismo de la jerarquía la preeminencia de un derecho respecto de otro, estará en función al baremo empleado que fije la relevancia de los derechos al estar en conflicto, muchas veces este baremo tiene consigo una fuerte influencia ideológica. Por ejemplo, en cuanto a las libertades, el tribunal Constitucional Español ha determinado poner en prevalencia los derechos de libertad a obtener información referente al derecho de intimidad, el honor y la imagen, ello en razón a que dentro de un Estado considerado democrático se otorga un mayor valor a determinadas libertades para el manejo de información, dado que ello permite gozar de una opinión pública libre.

Con respecto al mecanismo de ponderación, conforme lo indica **(CASTILLO CORDOVA)** “implica considerar los derechos jurídicos que estén en

conflicto en circunstancias especiales que definan lo que se propone resolver, con el propósito de determinar los derecho que poseen mayor peso en dicho caso el cual debe ser desplazado”. En la ponderación se hace análisis del caso concreto, se evalúa cuál de los derechos tiene mayor peso, buscando evitar que el derecho fundamental sea sacrificado, o que exista desequilibrio.

5.4.1.2. Crítica a las posiciones conflictivistas

Tomar en cuenta al derecho fundamental como parte de una realidad que entra en conflicto, la que es resuelta mediante los mecanismos de jerarquización o ponderación, trae una afirmación indirecta, esto es, la existencia de derechos de primera y segunda categoría, trayendo como resultado el desplazamiento de los derechos de segunda categoría por la de primera categoría.

Cuando prevalece un derecho iusfundamental, respecto a otro, se suele vulnerar los principios en los que se basa la norma constitucional, es decir, se favorece la normatividad de un dispositivo de nivel constitucional – donde se obtiene un derecho fundamental – en detrimento de otro dispositivo constitucional donde se reconoce algún otro derecho fundamental, lo que en la práctica se traduce en la no efectividad del dispositivo constitucional, dejando de ser normativo, el problema se agrava cuando la norma constitucional que se vulnera, trae consigo el reconocimiento de un derecho iusfundamental.

Por otro lado, conviene precisar que la aplicación de la teoría conflictivista vulnera el principio de coherencia y unidad que dicta la constitución, es decir, dejar de lado el goce de un derecho fundamental, supone una grave afectación a algún derecho fundamental vigente.

5.5. Interpretación armonizadora del derecho fundamental

5.5.1. Coherencia y unidad de las personas como base para el entendimiento de derechos

Se requiere formular interpretaciones innovadoras de derechos donde se posibilite una efectividad plena y armonía de los derechos fundamentales, en tal sentido, es importante lo manifestado por **(CASTILLO CORDOVA)**, quien indicó que “la base fundamental de cada uno de los derechos es la naturaleza de los humanos, y su propósito final es beneficiar de la manera más completa y plena el desarrollo de su persona en cada una de sus dimensiones”. A partir de este enunciado una persona es la razón de la cual se constituyen todo derecho humano, esto es una realidad coherente y unitaria que pone fuera cualquier contradicción interna, es necesario saber que, no es admisible una contradicción entre derechos fundamentales, dado que estos nacen de la naturaleza humana, entendida como una unidad y coherencia. Por esta razón no hay modo que en el plano teórico y práctico se admita contradicción entre derechos humanos, más aun no hay la posibilidad de que el contenido de estos derechos fundamentales tenga un contenido contradictorio entre sí o que sean incompatibles.

Si los derechos fundamentales tienen como origen la naturaleza humana, entendida como unidad y coherencia, la única manera de existencia y ejercicio de estos derechos, es a través de una compatibilidad armoniosa y coherente entre sí.

Como primera conclusión, afirmamos que, siendo los derechos fundamentales, realidades sin contradicción alguna, los denominados conflictos aparentes en los derechos fundamentales no se dan, como lo afirma **(CASTILLO CORDOVA)**, son aparentes. Ningún derecho fundamental que tenga contenido constitucional puede legitimar una conducta opuesta con el contenido de algún derecho fundamental. Ello

quiere decir que ningún derecho fundamental es capaz de legitimar sacrificios o intromisiones del contenido de algún otro derecho fundamental, por el contrario cada derecho fundamental tiene un contenido compatible que armoniza con los otros contenidos, de tal forma que en la práctica este conjunto de derechos fundamentales convive pacífica y unitariamente.

Ahora bien, habiendo establecido que el origen de los derechos fundamentales está en la naturaleza humana, y por ende, su tendencia a la armonización y coherencia de estos derechos, ante conflictos que involucren derechos fundamentales, se debe tomar en consideración su establecimiento jurídico de estos.

Habiendo explicado la primera dimensión de la naturaleza humana, esto es, la persona concebida como ser individual, ahora corresponde desarrollar la segunda dimensión, la que considera al hombre en su ámbito relacional. La forma jurídica de derechos fundamentales debe recoger ambas dimensiones, tal es así, que no puede haber un derecho fundamental cuyo contenido colisiones con la convivencia social, que perjudique el bien social, y en general, el bien común.

Por tanto, el conflicto que intentara resolver el Juez, no versa sobre algún conflicto de derechos fundamentales, sino más bien, versa entre intereses o pretensiones en específico de dos partes que se basan en la relación procesal jurídica donde se invoca algún derecho fundamental. Es decir lo que ingresa en conflicto son dos pretensiones invocadas por ambas partes invocando un derecho fundamental. A modo de conclusión, afirmamos que, el supuesto conflicto entre derechos fundamentales se da de modo aparente en el plano abstracto, en tanto que en el plano concreto, nos encontramos ante un conflicto de pretensiones.

5.5.2. El principio de unidad de la constitución a favor de una interpretación armoniosa

Si bien el hombre es concebido como parte de una realidad coherente y unitaria, los derechos que de dicha naturaleza nacen, se positivizan en una norma jurídica, es por ello que conforme a la hermenéutica constitucional se confirma las diversas disposiciones de la constitución partes del sistema, de la unidad, vale decir, el conjunto normativo constitucional debe ser interpretado de manera armoniosa y no contradictoria, se debe evitar una interpretación que pudiera connotar una contradicción a otra norma constitucional.

Si bien la normativa constitucional es producto de consensos de diversas fuerzas de tipo políticas que confluyen en la Asamblea Constituyente, esto podría conducir a que la normativa constitucional no sea plenamente armónica, es decir, una porcentaje normativo contradiga a la restante normativa constitucional, sin embargo, tomando en cuenta los principios de coherencia y unidad constitucional, es necesario interpretar la normativa constitucional entre sí, para favorecer la interpretación armoniosa y unitaria.

El principio de unidad que parte de la naturaleza humana, así como la normativa constitucional se vería negada cuando se interprete la normativa constitucional de modo jerarquizante o ponderante, es decir se trate de aplicar e interpretar la normativa constitucional tal cual fuesen contradictorios entre sí, o solucionar las controversias de modo que unos de los derechos fundamentales prevalezca sobre otro, si esto llegase a pasar, aparte de afectar los principios de unidad, normatividad y sistematicidad de la constitución, también se estaría ignorando la unidad provenientes de la naturaleza humana.

5.5.3. Delimitación constitucional sobre el contenido de derechos como solución de controversias

Hasta aquí sostenemos que los conflictos presentes entre derechos fundamentales solo son aparentes, en vista de que estos derechos no puede ser contradictorios dado la naturaleza unitaria de la persona humana, que es de donde surgen los derechos fundamentales, por otro lado, no es admisible interpretar la normativa constitucional de manera contradictoria, dado que ello vulnera el principio de coherencia y unidad de la constitución, por tanto, de darse algún conflicto en el que se encuentren derechos fundamentales, su solución pasa por delimitar el contenido de estos derechos.

Cada derecho protege y significa algo, ello implica que poseen un contenido, en ese sentido un derecho fundamental también posee un contenido, que no puede ser contradictorio con otro derecho fundamental por las razones ya esbozadas. Ante un caso concreto en el que se involucre derechos fundamentales conforme lo indica **(CASTILLO CORDOVA)** “se debe examinar es si el acto o la conducta la que debe ser enjuiciada con el propósito de negar o protección constitucional, ello recae fuera o dentro del contenido de tipo jurídico respecto al derecho invocado como fundamento de la conducta o acto”.

A modo de ejemplo, imaginemos que un canal de noticias ha revelado información respecto a una persona en específico, este a su vez afirma que lo enunciado y su contenido de tal noticia lesiona su derecho de honor, es en este caso donde no se puede ser planteado como un conflicto del derecho de honor e información, y por lo tanto no habría criterios que actúen a favor de algún derecho respecto del otro. Lo que en realidad corresponde es determinar si la información vertida recae en el contenido protegido del derecho a la libertad para la información, esto no implica que el derecho a esta libertad haya sobresalido respecto al de honor, sino pasan por determinar si la

información se encuentra protegida por parte del contenido constitucional de la libertad de información.

Implica determinar si un determinado acto se encuentra protegida por dicho contenido constitucional de derecho fundamental, ello implica se debe definir en cada caso y a su vez tomar en cuenta contextos especiales, quien de las partes ejerció su derecho acorde al alcance jurídico protegido y quién no. Todo lo expuesto supone que el proceder adecuado frente a un conflicto aparente del derecho fundamental, atraviesa la correcta delimitación del contenido de los derechos fundamentales aducidos por las partes, para así determinar, a aquel que está bajo la protección del derecho invocado.

Delimitar correctamente el contenido constitucional de los derechos fundamentales pasa por interpretar el texto constitucional que posee el derecho, quien interpreta debe cuestionarse respecto al propósito del derecho a tratar (realizar una interpretación de tipo teleológica), tomando en consideración la norma constitucional recogida, así como también toda la demás normativa constitucional (interpretación sistemática), sin embargo la labor de interpretación no queda allí, dado que se deberá tomar en cuenta la normatividad de la evolución constitucional del derecho fundamental así como los fallos emitidos por el máximo intérprete de la constitución, es nuestro caso, las decisiones adoptadas por el TC.

Es así que, el contenido constitucional de cada derecho fundamental no debe formularse abstractamente, al límite de las circunstancias específicas del caso concreto, no se trata de formular un contenido general e invariable, se trata de definir por caso los alcances que presenta el derecho fundamental. Los parámetros de interpretación constitucional están comprendidos por la normatividad constitucional que posee el derecho fundamental, su naturaleza jurídica, la finalidad que persiga y la jurisprudencia constitucional aplicable al caso concreto.

A modo de reflexión (**CASTILLO CORDOVA**), refiere que “en estos casos son útiles las técnicas y procedimientos interpretativos tal como la ponderación (además del principio de proporcionalidad consecuentemente), que se utilizarán para emplear y no para ponderar derechos, sino ponderar circunstancias concretas que definan el conflicto a resolver”. Esta ponderación conforme se ha sostenido no tiene la finalidad de hacer prevalecer un derecho fundamental respecto a otro, sino busca definir en el caso los alcances que da el derecho fundamental al que se recurre, de tal forma se podrá determinar si la conducta enjuiciada posee alguna protección en la constitución acorde al contenido jurídico del derecho fundamental elegido, de forma tal que se pueda determinar si una acción concreta se encuentra premunido de protección constitucional, es decir, la acción ha sido ejercitada de forma legítima.

Conviene precisar que es fundamental la adecuada delimitación del contenido del derecho fundamental, solo a través de esta es posible la continuidad complementaria y armoniosa del derecho fundamental, esta debe tener en cuenta mínimamente la compleja y unitaria naturaleza de la persona humana, la consideración del contenido constitucional en su conjunto, y las circunstancias específicas del caso.

5.5.4. Límites de los derechos fundamentales

Para definir el contenido constitucional del derecho fundamental, es preciso abordar los límites de tales derechos, para ello es preciso puntualizar que la persona no es un ser exclusivamente individual, si ello fuese así, no habría problema en considerar que los derechos fundamentales no tienen límite alguno, y por ende serían ilimitados y absolutos, por el contrario la persona se desenvuelve en sociedad, es decir tiene una vertiente social, de ahí que los derechos de la persona tienen un contenido limitado, debiendo coexistir con los demás derechos de quienes son parte de la comunidad, así

como también con los valores bienes que son considerados de forma constitucional como principios para el ordenamiento social.

(CASTILLO CORDOVA) Sostiene que “aquellas actividades en las cuales recae el derechos no es una actividad que limita su contenido, sino refiere a una actividad que delimita los términos jurídicos que, naturalmente si es requerido, posee todo derecho respecto al contenido. Tomando en cuenta que delimitar es diferente a limitar. De este modo si el contenido de tal derecho es limitado, este contenido no podrá ser limitable por nadie bajo ninguna circunstancia – incluso por el poder político ni algún particular, en todo caso se permitirá acciones delimitadoras para el contenido”. Bajo esta concepción limitar al contenido constitucional del derecho fundamental, dejan de ser por intervenciones del poder político o particulares, es decir por situaciones que provienen fuera del derecho mismo, por el contrario, los límites son inmanentes a cada derecho, conforme a su propia naturaleza.

Bajo una óptica conflictivista de derechos fundamentales, la colisión entre derecho fundamentales debe ser solucionado mediante límites que provienen desde fuera de cada derecho. Caso contrario, a partir de un enfoque armonizador, el derecho debe ser interpretado como una realidad limitada por su propia naturaleza, sin embargo, sus límites se definen por la finalidad y naturaleza del mismo derecho.

Por el contrario, considerar al derecho fundamental como una realidad ilimitada, conllevaría a que dichos derechos terminen enfrentándose, de tal forma que el contenido de uno de los derechos se vea sacrificada por otra, es decir un derecho fundamental termina prevaleciendo, generando una ilegítima intromisión y sacrificio de uno de los derechos alegados.

Es necesario considerar que el derecho fundamental obtenido por la normatividad constitucional posee un limitado contenido, donde sus márgenes son definidos en base a dos componentes: los intrínsecos, derivados de la función o sentido del derecho, y extrínsecos, derivados por la propia sociedad.

5.6. ¿Existen los conflictos constitucionales?

En el plano jurídico hay dos marcadas posiciones respecto a los conflictos constitucionales, la primera está referida a la afirmación de la existencia de conflictos constitucionales, también llamado conflictos de derechos fundamentales, en tanto la segunda teoría niega la existencia de conflictos constitucionales.

Al respecto el profesor (**Maldonado Muñoz**) indica que “los debates dados entre anti conflictivistas y conflictivistas (“problema del conflictivismo”) están referidos a las discusiones de quienes sostienen que existen conflictos reales entre derechos fundamentales y quienes niegan esto” (**pág. 32**). Ambas teorías serán desarrolladas a continuación.

5.6.1.1.1.1. Teoría conflictivista

El profesor (**CASTILLO CORDOVA**) sostiene que “acorde a las posturas de tipo conflictivistas, el derecho fundamental es una realidad que podría entrar en conflicto de forma eventual. Esta doctrina basa su lógica en que el contenido constitucional del derecho fundamental ampara ciertas pretensiones mientras se exige ser rechazado por el contenido de otro derecho fundamental. Como no es dable la vigencia en conjunto de ambos derechos debido a que ampararían realidades contradictorias, el conflicto entre derechos fundamentales deviene en inevitable. Frente a esta lógica conflictual, la solución de los casos concretos

pasa por dar preferencia a un derecho y dejar de lado otro, ello implica poner algún derecho que está en conflicto por encima de otro”. (pág. 125)

Según esta teoría conflictivista, se parte del supuesto en que los derechos fundamentales representan realidades jurídicas que colisionarán en algún momento. Es por ello que la solución está relacionada a dar preferencia a uno de ellos y dejar de lado a otro. Para este cometido se emplea mecanismos de solución que la preferencia elegida de un derecho esté justificada respecto de otro. Los mecanismos principales para solucionar ello son la ponderación de derechos y la jerarquía.

Respecto al mecanismo de ponderación de derechos el docente (**CASTILLO CORDOVA**) sustenta que dicho mecanismo “implica sopesar bienes o derechos jurídicos que se encuentran en conflicto con ocasiones específicas que determina el caso a tratar, con el propósito de determinar cuál es el derecho que "pesa más", y este se requiere dejar de lado. No consiste una jerarquización abstracta y general, sino una jerarquización en concreto”. (pág. 104)

Un sustento vinculado al mecanismo de ponderación es el principio de proporcionalidad. Y conforme lo refiere el profesor (**CASTILLO CORDOVA**) “su entendimiento es sencillo: si se quiere conocer cuál derecho que posee más peso, pondera derechos; no es dable definir una relación correcta de ponderación dejando de lado una relación de proporcionalidad entre los derechos implicados. De esta forma es posible que aun presuponiendo que ninguno de los derechos ceda completamente hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad no permite que sea sacrificado inútilmente, innecesariamente, o de manera desequilibrada de algún derecho a favor de otro. Esta

proporcionalidad estará del lado del derecho que está siendo restringido, del que lleva la peor parte". (pág. 65)

5.7. Análisis de constitucionalidad del sistema peruano de derechos reales

La presente investigación sobre derechos reales que se encuentra vigente en el Perú. Comparada con la normatividad extranjera, es el legislador del país quien ha dejado en claro que el Perú está regido por un sistema *numerus clausus*, evitando así toda posibilidad de distintas interpretaciones. Es por ello que se lleva un análisis respecto a la constitucionalidad del sistema de derechos reales.

Este capítulo quiso explicar los sustentos básicos al discutir respecto a cuál de los sistemas de derechos reales resulta es el más apropiado con la gran relevancia que posee el principio de seguridad jurídica (para el sistema *numerus clausus*) y el valor supremo otorgado al principio de autonomía de voluntad (para el sistema *numerus apertus*). Es en base a dichos argumentos los defensores de estas doctrinas comienzan a engranar cada argumento secundario y desarrollar su postura.

Luego de estudiar los principios de autonomía de seguridad jurídica y voluntad, estos se redefinirán y serán tomado como principio constitucional, rasgo que es necesario de tener en cuenta si lo que se busca es realizar un análisis a nivel constitucional.

Anteriormente se mencionó que la seguridad jurídica implica una realidad basada en dos dimensiones: la objetiva, referida a principios jurídicos constitucionales, cuyo concepto a pesar de estar indeterminado, no implica ser una definición arbitraria. Correspondiendo a un principio donde el propósito es brindar confianza a las personas sobre su actuar público al momento de generar la normativa y al momento donde se aplica el derecho al resolver controversias. La confianza generada en el ciudadano determina la dimensión subjetiva de una seguridad jurídica.

Con referencia a la autonomía privada, procedemos a redefinir el concepto como un principio constitucional que ofrece a particulares la posibilidad configurar y autorregular sus vínculos jurídicos privados por medio de la autoimposición de preceptos.

A su vez se ha visto cómo la teoría armonizadora de conflictos iusfundamentales parecen más razonables a la teoría conflictivista, por la razón que afirmar de manera abierta que el derecho fundamental en una realidad que podría colisionar atenta a la dignidad del ser humano, dado que se daría preferencia al derecho fundamental de un sujeto que daña el derecho fundamental de otro sujeto. Asimismo, se considera que dentro de enfoque conflictivista el derecho fundamental afecta en gran medida al principio de unidad, pues no promueve un análisis integral de la normatividad constitucional sino todo lo contrario. A su vez se observó que asegurar estos aspectos implica que la teoría armonizadora mencione que lo que realmente se da es una situación de pretensiones en conflicto, mas no de los derechos.

Continuando con dicha lógica se considera que de no haber conflictos entre los derechos de la Constitución, de la misma manera no habrá conflictos entre los principios constitucionales. Fundamentalmente porque si se admite lo contrario ello implicaría suponer dejar sin algún contenido al principio de unidad constitucional, dado que se consideraría al principios constitucional como organizaciones que compiten una con otra.

Se cree que, así como el caso del derecho constitucional, cada principio constitucional representa realidades netamente limitadas que van coexistiendo en armonía.

De este modo, se requiere cambiar dicho enfoque y plantearse la cuestión: ¿En el sistema de derechos reales de *númerus clausus* vigente en el derecho peruano se

encuentran armonizados los principios constitucionales de seguridad jurídica y autonomía privada?

5.7.1. Según la teoría armonizadora

Luego de observar cómo según la teoría armonizadora se afirma que existen conflictos entre derechos fundamentales lo que es un imposible en el ámbito jurídico. A partir de esta idea, el conflicto real es debido a las pretensiones. Si se da el caso de presentarse un conflicto aparente entre dos derechos fundamentales, ello se solucionará mediante la determinación de cuál es el sujeto que posee la razón, para posteriormente salvaguardar ambos derechos íntegramente.

Según (**CASTILLO CORDOVA**), ya que el ser humano es el fundamento de los derechos humanos, que representa algo coherente a la realidad y a su vez unitaria, donde su íntegra realización rechaza todo tipo de contradicciones internas, la única forma de que los derechos humanos coexistan será mediante la armonía. Se cree que si se proyecta tal razonamiento en el contexto de los principios constitucionales, resultaría que negar los conflictos entre derechos constitucionales serían incompatibles en razón a la existencia de conflictos entre principios constitucionales, de ser el caso se deberá trasladar el conflicto al grado de pretensiones. Se consideramos necesario que un principio constitucional esté obligado a interpretarse de manera armonizadora así como el derecho constitucional por ello es necesario recalcar como el principio de la unidad constitucional requiere de una normatividad constitucional y que se interpreten como una unidad y no desconectados entre sí. No se lograría dicha interpretación si se sacrificara a algún principio constitucional que beneficie a otro. Como se mencionó, el principio jurídico implica conceptos jurídicos que

están indeterminados y que también constituyen una serie de mandatos para su optimización, así que de mantener una visión conflictivista sería atentar contra los conceptos de los principios jurídicos. No se puede dar una jerarquización que sea abstracta entre principios constitucionales pues no se trata de realidades que puedan medirse. No es cuestión de poner en equilibrio una determinada cantidad de seguridad jurídica con poner una cantidad de autonomía privada para ver cuál de estas posee más peso. Este razonamiento resulta contradictorio a la esencia del Derecho, la que ya ha sido explicada y que corresponde a una ciencia netamente argumentativa, de modo que no está basado en las precisiones matemáticas, sino a la dialéctica utilizada, al intercambiar opiniones y fundamentos.

A su vez, no se puede aplicar el principio de proporcionalidad, el cual se aferra a una visión conflictivista del derecho fundamental, ya que jerarquizar los principios jurídicos en determinados casos, como los derechos fundamentales, implicaría implícitamente comparar a los dos sujetos y seleccionar a uno de ellos. Si se aplica la teoría armonizadora, se niega totalmente alguna probabilidad de presentarse un conflicto entre principios constitucionales así también se afirmarían la coexistencia armónica dichos principios. Lo que se puede dar es que de darse dos pretensiones que estén en conflicto señalen encontrarse amparadas en principios constitucionales, dicho supuesto no implica determinar que principios tiene más peso, sino se debe determinar quién posee la razón, pues sólo una pretensión es la cuenta con el potencial de sustentarse en base a un verdadero principio constitucional. Para casos del sistema de derechos reales que están vigentes en el país, se tiene que por medio del Art. 881 del Código Civil es el legislador del Perú quien ha decantado de

manera expresa el *númerus clausus*, ello implica que los únicos derechos reales que circulan dentro de la economía nacional serán los que ya están tipificados dentro de la ley. De tal manera se manifiesta la voluntad legislativa de brindar relevancia a la seguridad jurídica.

Además, el *númerus clausus* no limita al legislador la posibilidad de generar más derechos reales en caso se requiera. Así mismo, determinados derechos reales ya tipificados presentan posibilidades de modificación por particulares, tal cual se dio cuando en el Art. 999 del Código Civil se contemplaba la posibilidad de que algunas utilidades y derechos se excluyan en el derecho real de usufructo. De este modo no se puede decir que el legislador ha puesto fuera a la autonomía privada absolutamente del régimen de derechos reales. Pues es fácil caer en el error asumir que el Estado estableció que en el régimen de derechos reales se debe poner en prevalencia la seguridad jurídica y se sacrifica la autonomía privada, pero no es de esta manera, lo que realmente pasa es que de existir dos pretensiones que se encuentren enfrentadas. La primera pretensión sería parte del Estado, el cual mediante su poder legislativo ha modificado derechos reales bajo el *númerus clausus* pues una lista de los mismos de forma taxativa hace fácil la cognoscibilidad por parte de los particulares concerniente los diversos derechos reales que lleguen a converger respecto a un bien determinado. El principio constitucional que garantiza la seguridad jurídica demanda un determinado nivel de previsibilidad en el régimen de derechos reales. Esta previsibilidad brinda la confianza plena en las personas, y también, elabora lo ya dado como seguridad jurídica subjetiva. Del mismo modo, un principio constitucional de seguridad jurídica en el sistema de derechos reales del país, causa una disminución de ciertos costos de transacción de bienes.

Ello es causa de si los administrados poseen una lista estándar de derechos reales, no incurriría en gastos adicionales para configurar algún derecho real que sea atípico y de este modo satisfacer sus intereses.

Respecto a la segunda pretensión, ello correspondería a los ciudadanos, quienes poseen un entorno jurídico propio del cual son autónomos.

Esta situación fundamenta en que el principio constitucional de autonomía privada, que está fuertemente relacionado al tema de contratos. Esa autonomía privada no presenta mismo accionar de los derechos personales que en los derechos reales. Dado que en los primeros existen innumerables probabilidades de modificación, ya que no hay inconvenientes de que un contrato considerado atípico se conforme de ciertas obligaciones atípicas. Por el contrario, en caso de los derechos reales la potestad modificadora estaría limitada a las configuraciones anteriormente reguladas por el legislador. Esta diferencia se requiere de erradicar por parte de las pretensiones de los particulares, quienes darían por entendido que sus intereses serían mejor satisfechos si tendrían la potestad de diseñar y modificar sus propios derechos reales.

Es así que, se logra observar cómo es que la pretensión estatal para dar un sistema de derechos reales jurídicos y seguros a los particulares entran en un conflicto con las pretensiones de tales particulares al autoimponerse determinados preceptos en razón al derechos reales pues ven a su autonomía privada limitada, por ello, no tienen posibilidad de elaborar derechos reales sui generis.

Estando claro que el conflicto presente es de determinadas pretensiones y no de principios constitucionales, se procederá a analizar qué pretensión es la que

posee la razón, luego se verificará si estos principios constitucionales tienden a coexistir en armonía en el marco del régimen de derechos reales del país. Continuando con el razonamiento anteriormente expuesto, se cree que lo referente al régimen del derecho real, la pretensión por parte del Estado de brindar seguridad jurídica posee un mejor razonamiento que la pretensión de un particular al ampararse de la autonomía privada donde se autoimpone preceptos. Ello se da porque en el Perú el derecho real y el personal representa a dos modalidades totalmente distintas al de los derechos civiles patrimoniales; y como tales, se entiende que ambas reciban tratos diferenciados por el legislador.

Tal como se había mencionado, los derechos reales poseen más relevancia en el ámbito económico a diferencia de los derechos personales, por esta razón se exige un sistema donde el Estado cumpla el rol de controlador espectador, así como también tipifique cuáles son y cómo deben de ser estos derechos reales.

Primeramente el Estado necesita garantizar la seguridad jurídica dentro del régimen del derecho real, en segundo lugar, se enmarcará los límites donde funcionará la autonomía privada.

Llevando la teoría del contenido fundamental del derecho fundamental al contexto de los principios constitucionales, es necesario entender que para el país los derechos reales se deben de respetar cada contenido esencial del principio de seguridad jurídica y autonomía privada ya que ambos funcionan dentro de sus límites. El principio de seguridad jurídica funciona dentro de sus límites naturales ya que tiene la función de ofrecer confianza y previsibilidad a las personas sobre cuántos, cuáles son los derechos reales, sin olvidarse de la libertad individual, caso contrario; el principio de autonomía privada función en su contenido esencial ya que brinda a los particulares la potestad de hacer

cambios que sean accesibles como el usufructo, donde hay probabilidad de que las partes elaboren un derecho real de usufructo donde se aparten determinadas utilidades o provechos. En el país el sistema de derechos reales hace respetar a los dos principios constitucionales. En caso de que los particulares quieran satisfacer alguno de sus intereses y para ello resultaría suficiente ningún derecho real que requiera una lista de derechos reales taxativa, ello no implica que no posean opciones. Si optan por intereses jurídicamente amparados por ley, posteriormente se podrá satisfacer por medio de derechos personales, entorno jurídico donde el contenido principal del principio constitucional de autonomía privada posee un campo de acción amplio. Como se sabe dicha solución no es óptima totalmente, pues cabe recalcar que, si el contexto nacional requeriría de obtener nuevos derechos reales fuera de los ya tipificados, hay una posibilidad abierta que el legislador pueda modificar nuevos derechos reales. Sin embargo se puede no considerar que aparte de la gran coherencia lógica que representa la armonía propuesta, el TC es fiel partidario de la teoría conflictivista del derecho fundamental, de modo que se realiza la siguiente cuestión: ¿Qué pasaría si el análisis de constitucionalidad del régimen de derechos reales del país se daría bajo la lupa esta teoría?

5.7.1.1.1.1. Según la teoría conflictivista

A partir del estudio realizado, esta teoría conflictivista los enfrentamientos iusfundamentales, pueden ser de dos maneras unos en sentido estricto, que son las clásicas disputas entre derechos ambos fundamentales y otros en sentido amplio, son las que se presentan entre principios con derechos, de derechos con garantías, o derechos con bienes todos ellos fundamentales; omitiendo en cierto punto, un conflicto entre principios constitucionales, la

interrogativa ¿ la teoría conflictivista no puede comparar principios, para ver cual tiene mayor relevancia dentro del régimen de derechos?, se establece que más que un estudio de los conflictos iusfundamentales de manera detallada, es mejor enfocar el estudio en el régimen de derechos reales en un enfoque conflictivista. Esto no significa que, realicemos un análisis expansionista, para no determinar un conflicto de principios constitucionales, como uno que pertenece al conflicto iusfundamental. Por el simple hecho, de que se referiría de manera incorrecta a este tipo de conflictos, ya que ningún lado es fundamental.

En síntesis, un derecho fundamental, se puede definir como las manifestaciones o expresión de un principio también de orden constitucional. Por otro lado, la libertad contractual es el derecho que sirve de manifiesto para la autonomía de voluntad.

Según Vásquez Castro, se podrá estar refiriendo a lo mismo cuando se habla de autonomía privada, o autonomía de voluntad, como también libertad contractual; en un primer nivel, la autonomía privada desde un enfoque abstracto, genérico. Dado que es allí, donde el patrimonio, negocio jurídico, derecho subjetivo son los efectos principales de la actividad humana. En un siguiente nivel, se podría ubicar a la autonomía de voluntad, donde ya se enfoca en los negocios de orden jurídico, también denominado autonomía negocial. En un nivel más concreto, que viene a ser el tercero, ubicamos a la libertad de contratación, que proviene de la autonomía de voluntad, dentro del enfoque de contratos. Para la presente investigación, tomaremos como base estas diferenciaciones, a pesar que en muchas ocasiones se entiendan como sinónimos.

En cuanto a la opinión de **(Rezzonico)** la complejidad de la libertad contractual se ve mejor definida con la libertad extrínseca, hasta objetiva de la decisión de contratar o no contratar. Todas las libertades que un contrato pueda aplicar, el modo, el tipo, el objeto, modificar, dejarlo sin efecto, etc., que seguidamente se explicara con mayor claridad.

Se tiene la libertad extrínseca, que puede ser objetiva que permite definir la decisión de contratar algo a alguien, o de no hacerlo; que hacer respetar el hecho de que nadie está prohibido, de realizar acciones de contratación o nadie está obligado a hacerlo. En un segundo punto, de la libertad subjetiva, que permite realizar el contrato con la persona de elección, el objeto y la configuración del contrato, posición que se enfoca en que la realidad es la que regula los intereses que presenten los particulares en el contrato.

La libertad contractual, señala que el contrato como tal tiene la libertad de ser ampliamente nuevo, con que no salga del enfoque de la ley, logrando incluir parte de contrato típicos con contratos atípicos, situación conocida como libertad tipológica. Esta facultad, es la que permite decir por parte del contrato, que llene de manera plena a los intereses de los particulares, esta parte específica de la libertad contractual, es relevante, ya que la forma del contrato debe ser aceptada por ambas partes del acto jurídico, sino podría caer en nulidad, por ejemplo, en los puntos de donación de un inmueble que no cumple con el requisito de una escritura pública.

Frente a los puntos tratados, el TC también refiere la existencia del derecho a la contratación los cual están reconocidos en ciertos artículos, nos referimos al inciso 14 y 62 del artículo 2 de la vigente Constitución, la cual defiende la autonomía de la voluntad, aunque en esencia en contenido pueda entenderse

de dos maneras, ya que refiere a que hay libertad de contratar o conocida como libertad a la conclusión, mediante la cual existe la libertad de decidir todo acerca del contratante, el cuándo, el quien y el cómo. Y también indica, acerca de la libertad contractual, que trata el enfoque económica que se encuentra en la constitución, o libertades económicas, o libertad de configuración en enfoque interno, que permite decidir frente al acuerdo como tal o el contenido que este debe contener.

El intérprete supremo de la legislación, indica que la autonomía de la voluntad es la base del derecho fundamental, y este derecho puede ser una combinación entre la libertad contratar y la contractual. Frente a este punto de vista en la presente investigación deslindamos que, estamos en desacuerdo con esa terminología, ya que, en un enfoque interno, donde la libertad subjetiva de contratar no logra establecer su definición adecuada.

En un cierto punto, la libertad contractual tiene mucho que ver con la definición de libre contratación del tribunal constitucional, la cual se cree que en un aspecto lingüístico llevan sus discrepancias aún, más en estudio de fondo refieren a los mismo. Entonces la existencia de un derecho constitucional, si estaría reconocido en el ordenamiento jurídico del Perú, como una manifestación latente del principio de autonomía privada reconocido por la constitución, al que el Tribunal Constitucional refiere como libre contratación, aunque en un enfoque pedagógico se denominaría libertad contractual; en la presente investigación se utilizara el termino de libertad contractual cuando se quiera señalar a la libre contratación, término que utiliza el Tribunal constitucional.

En nuevo enfoque a estudiar tendrá que ver con el derecho constitucional que se basa en la libertad contractual, frente a la seguridad jurídica específicamente el principio constitucional, donde cabe la posibilidad de un conflicto iusfundamental entre un derecho y un principio. Aunque, el estudio se basa en analizar desde un punto de vista abstracta, el momento de comparar principios. De esta manera la teoría conflictivista, es la que nos permitirá a estudiar de manera la situación.

Basados en la teoría, se muestran dos soluciones, una que enfoca la jerarquización abstracta en cuanto a los derechos fundamentales, la cual no ayuda al estudio, ya que iría en contra de la unidad que tiene u ostenta la constitución.

En otro modo estaría el uso de una jerarquización concreta, de aquellos derechos que fueron invocados, frente a la teoría conflictivista que pretende afectar a una de las partes, es mejor una aplicación del principio de proporcionalidad, que sería la manera menos agresiva que utilizar una jerarquización abstracta, ya que la proporcionalidad se concentra en la parte concreta, por lo tanto, incide en un aspecto concreto al momento de realizar el estudio. Caso opuesto a lo que sucede con una jerarquización abstracta, la cual solamente utiliza un enfoque universal para todos los casos, que abre la posibilidad de dar respuestas que no sean las correcta o adecuadas.

Cabe resaltar también, que para el Tribunal constitucional la jerarquización concreta es la que más defiende, frente a los casos conflictivos. Por lo cual que el intérprete supremo, utiliza el principio de la proporcionalidad está formado por otros tres principios, que viene a ser la adecuación o referidos a la idoneidad, necesidad, y la ponderación.

Siguiendo el análisis, en caso de los derechos reales, el principio de la constitucionalidad inicia desde un punto de vista, que la seguridad en un principio constitucional que estará sobre la libertad contractual, este último no cuenta con muchas posibilidades, efecto del *numerus apertus* que convierte a la libertad contractual como un derecho sacrificado. Queda claro, que estamos frente a un conflicto de un derecho y un principio fundamental, por lo tanto, no hay motivos ontológicos para invalidar en presente estudio. Para entender de mejor manera, al enfocar desde una óptica de proporcionalidad se analiza los derechos reales en cuanto a la constitución refiere. A partir de aquí el principio de proporcionalidad, viene siendo lo mismo que utilizar la adecuación o idoneidad, la necesidad y ponderación para evaluar esta disputa de orden jurídico. La adecuación se enfoca en realizar una evaluación que analiza los medio y los fines donde está el derecho fundamental que fue sacrificado, en caso de un derecho real los sacrificados son la libertad contractual, que permite un mejor uso del principio de seguridad jurídica. Para ese punto, la tipificación cerrada resulta siendo una técnica de la legislación que busca una mayor seguridad jurídica, frente a la confianza y previsibilidad del *numerus clausus*. Es así como los derechos reales en el Perú, está promoviendo el tráfico jurídico, por lo cual se considera que se está en la mejor vía.

En cuando al subprincipio de la necesidad, implica las limitantes que se colocara al derecho fundamental sacrificado, siendo esta consideradas como maneras adecuadas, para lograr lo que busca hacer. Lo cual se enfoca que el derecho sacrificado no tenga tantas limitaciones y logre cumplir con lo que busca. Cuando se aplica, este subprincipio se enfoca en determinar una

solución que tenga los menos efectos posibles, en cuanto al Caso de Perú se ha enfocado en lograr una seguridad jurídica alta que resulte en un tráfico jurídico tenga mayor certeza y previsibilidad mientras se sacrifica al derecho constitucional. En el conflicto de los derechos fundamentales, las limitaciones resultan necesarias para enfocarse en un buen sistema de derechos reales, que logre guiar al legislador. El sistema *numerus clausus* para los derechos reales peruano, que existe en el Perú, es necesario para cumplir los objetivos, al momento de limitar el grado al derecho constitucional que se especializa en libertad contractual.

Se podría generar dar la siguiente duda: ¿Un hipotético sistema de *numerus apertus* no restringe en menor grado la libertad contractual que nuestro instalado *numerus clausus*? Respecto a ello, a partir de la visión conflictivista, esta situación resultaría afirmativa. En el régimen de derechos reales de *numerus apertus* una libertad de tipo contractual no es muy afectada, además pasa a ser el eje principal de la tipificación de los derechos reales, estos pueden ser modificados por particulares sin ningún problema, pero no se debe llegar a la conclusión que por ser poco lesivo a la libertad de tipo contractual un régimen *numerus clausus*, hablando ponderativamente sería el requerido. Esto se da ya que a pesar de que ambos regímenes del derecho real buscan poner normativas a la tipificación, regulación y modificación de los derechos reales, los propósitos de ambos sistemas son diferentes. El *numerus clausus* posee el propósito de fortalecer la certeza y previsibilidad del tráfico jurídico, y por otro lado, el *numerus apertus* posee en fin de brindar más posibilidades de configuración a los particulares. De darse el primer caso este requerirá de hacer resaltar la seguridad jurídica, y

de darse el segundo caso, se pondría en relevancia la libertad contractual. Un *númerus apertus* resulta menos lesivo en la libertad contractual, pero no es un sistema de derechos reales adecuado a momento de ofrecer previsibilidad y certeza a los ciudadanos dentro del marco jurídico. Respecto al subprincipio de ponderación, hace referencia al vínculo dado entre el nivel en que es afectado el derecho fundamental que está en conflicto y el nivel de relevancia de la satisfacción por parte del otro derecho fundamental oponente. Llevando ello al régimen del derechos real del país, y tomando en cuenta que se está en un caso de conflicto *iusfundamental* de amplio sentido, nos ubicamos en el panorama siguiente: El derecho constitucional para la libertad contractual está restringido pues el legislador considera que el principio constitucional para la seguridad jurídica requiere de poseer un alto nivel de satisfacción al tipificar los derechos reales.

Se cree que el subprincipio de ponderación se cumple, dado que más allá de las limitantes del derecho constitucional respecto a la libertad contractual esta se encuentra en el grado de relevancia otorgada al principio constitucional de seguridad jurídica dentro de un régimen de derecho real con un diseño *númerus clausus*. Es decir, la satisfacción por parte del principio constitucional de seguridad jurídica resulta inversamente proporcional al nivel de daño que sufrió el derecho fundamental de libertad contractual dado que así es posible consolidar un sistema de derecho real de *númerus clausus*, donde la confianza y la previsibilidad son más importantes que tener la libertad modificadora que poseen los ciudadanos.

A partir de lo mencionado si se llega a analizar el régimen de derecho real del país desde un punto de vista conflictivista, se llegaría a la conclusión que

al afectar la libertad contractual se justificaría el *numerus clausus* como constitucional. Es necesario recalcar que no hay absoluta restricción dado se observan espacios que dan cabida a la autonomía privada, tal es el caso del usufructo que es un derecho real donde es posible excluir ciertas utilidades y provechos.

Pese a que las conclusiones para hacer uso de la teoría armonizadora y la conflictivista resultarían similares, ello no implica que la teoría se igualmente empleada, pues es cuestión de otorgar mayor coherencia al contenido constitucional, tratando de evitar cualquier contradicción y haciendo respetar el principio de unidad constitucional. Resulta más sano jurídicamente dar una opinión de constitucionalidad por medio de aquellos ojos que buscan la coherencia constitucional. Si bien la Constitución que norma el ordenamiento jurídico, es considerada como una órgano ontológico, posteriormente resultará más fácil entender al ordenamiento jurídico como una unidad en su conjunto y como tal, debe promoverse toda interpretación que sea armonizadora y evitar las conflictivistas, ello sería lo más adecuado para lograr el propósito del derecho, ello implica la justicia, en vez de poner en competencia a los principios o derechos en la tribuna.

¿Qué pasaría si se desea modificar el régimen de derechos reales del país a un sistema *numerus apertus*? ¿Continuaría siendo constitucional? Aquí se considera que dar una respuesta negativa o positiva no resultaría muy objetivo, incluso no sería posible realizar un análisis correcto de esta posibilidad si no se parte una gran cantidad de afirmaciones hipotéticas.

El derecho se acopla a un régimen de derecho real *numerus clausus*, pero ello no implica que el *numerus clausus* del Perú sea similar al de algún país que

esté a favor de este sistema, pues cada una posee sus propias particularidades. De este modo, no estaría correcto decir, que ya que el Perú posee un sistema de derecho real *numerus clausus* constitucional, posterior a las regulaciones del extranjero adheridas al sistema estas sean constitucionales, pues el análisis de constitucionalidad requiere desarrollarse caso por caso. Asimismo se propone dos regímenes de derecho real de *numerus apertus* así como el análisis de constitucionalidad deben ser realizados individualmente, llegando incluso a conclusiones o resultados opuestos unos con otros.

El sistema de derecho real *numerus apertus*, que se entiende de forma abstracta, da cabida a varios matices, lo cuales no deben analizarse constitucionalmente a ciegas.

6. CONCLUSIONES

1. En nuestra legislación hablar de los derechos reales supone una prevalencia del principio de seguridad jurídica respecto del principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo esta afirmación resulta ser relativa.
2. Los principios de Seguridad Jurídica y autonomía de la voluntad son parte del principio de legalidad, por tanto se concluye que sus contenidos no pueden colisionar.
3. La interpretación del principio de legalidad en los Derechos Reales, se logra respetando el principio de unidad y coherencia de la Constitución y, en consecuencia, sustituyendo la tesis conflictivista de derechos fundamentales por la tesis armonizadora de los contenidos fundamentales.
4. De lo investigado se puede concluir que la reconceptualización del principio de legalidad será útil para evitar que su contenido colisione todo ello a través de un equilibrio en su contenido.
5. En consecuencia, proponemos la adición del siguiente contenido al artículo N° 881 del Código Civil. Son derechos reales los que se encuentren regulados en este Libro y demás leyes, así como los derechos conexos a los taxativamente reconocidos.

7. RECOMENDACIONES

1. La Seguridad Jurídica es un factor elemental del concepto de derecho fundamental además de ser garante del pacífico ejercicio de los derechos humanos, sean estas de representación inmaterial o material, y por ende debe ser considerada como tal.
2. La autonomía de la voluntad debe ser interpretada conforme la teoría armonizadora de los derechos fundamentales, no existiendo conflicto alguno con el principio de seguridad jurídica.
3. Los principios de unidad y coherencia de la constitución deben ser respetados, para lograr una correcta interpretación del principio de legalidad en los derechos reales y, en consecuencia, se debe sustituir la tesis conflictivista de derechos fundamentales por la tesis armonizadora de los contenidos fundamentales.
4. Se debe reconceptualizar el principio de legalidad, definiéndolo como un equilibrio entre los principios de seguridad jurídica y autonomía de la voluntad, para de esa forma lograr una armonía entre los contenidos del principio de legalidad.

8. BIBLIOGRAFÍA

1180-2010-SUNARP-TR-L, Resolucion (Tribunal Registral 13 de Agosto de 2010).

Exp. 2209-2002-AA/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO 12 de Mayo de 2003).

Alessandri Rodriguez, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil*. Santiago-Chile: Editorial Juridica de Chile.

Arbulú Celi, J. A. (2010). *¿Numerus clausus o numerus apertus? Respecto al principio de legalidad o libre desarrollo de la autonomia de la voluntad*. Lima: Actualidad Juridica.

Ballesteros, J. A. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.

Barrientos Grandon, J. (2014). *Codigo Civil. Tomo I*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Basadre Ayulo, J. (2003). *La historia de las codificaciones en el Perú*. Lima: Cultural Cuzco.

Blanco Esteves, A. (2016). *La Alianza del Pacífico: un largo camino por recorrer hacia la integración*. Lima: Alianza del pacifico.

Borda, G. (2008). *Manual de Derecho civil: reales*. Buenos Aires: La Ley.

Calderon Villegas, J. (2011). *La constitucionalizacion del derecho privado: La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogota: Temis.

CASTILLO CORDOVA, L. (2005). *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?* Mexico: PIRHUA.

CASTILLO CORDOVA, L. (2005). *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?* PIRHUA, 25.

Castillo Córdova, L. (2005). *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general.* Lima: Palestra Editores.

CASTILLO CORDOVA, L. (2007). *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general.* Lima: Palestra.

Cause, F. (2016). *Código civil y comercial de la nación comentado. Tomo V.* Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la nación.

CERVANTES, F. R. (2018). LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA CONSTITUCIÓN PERUANA. *Suplemento del diario oficial El Peruano*, 1-3.

Corral Tarciani, H. (2016). *Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado.* Lima: Wordpress.

De Trazegnies, F. (1995). *La Responsabilidad Extracontractual.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

EXP. 00017-2019-PI/TC, EXP. 00017-2019-PI/TC (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 16 de OCTUBRE de 2020).

Exp. 2209-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional 12 de Mayo de 2003).

EXP. N° 00010-2014-PI/TC, EXP. N° 00010-2014-PI/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 29 de ENERO de 2016).

EXP. N° 0016-2002-AI/TC, EXP. N° 0016-2002-AI/TC (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 30 de ABRIL de 2003).

Exp.012-2006-PI/TC (Tribunal Constitucional 15 de Diciembre de 2006).

Exp.1333-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 08 de Enero de 2006).

Fernández Salas, J. C. (2014). *Los derechos reales en Europa*. Lima: Themis.

Figuroa Cercedo, S. M. (2010). *¿Es eficiente tener un Sistema de Derechos Reales "Numerus clausus"?* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Gallegos Alcántara, E. (2004). *Bienes y derechos reales*. Mexico: IURE.

Gamarra Alayza, F. (2016). *Es constitucional el Sistema de Numerus Clausus que rige a los derechos reales en el Perú*. Piura: Universidad de Piura .

García Chavarri, A. (2013). *Estudios sobre la propiedad*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

García Toma, V. (2016). *Teoría del estado y derecho constitucional*. Adrus: Lima.

Gatti, Edmundo y Alterni, Jorge. (1998). *El derecho real, elementos para una teoría general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

GAYO. (1985). *Instituciones*. Madrid: Civitas.

Ghersi Silva, E. (2008). *Del numerus clausus al numerus apertus*. *Universidad Francisco Marroquin*, 11.

Gonzales Barron, G. (2005). *Derechos Reales*. Lima: Jurista.

Gonzales Barrón, G. (2009). *Los derechos reales y su inscripción registral*. Lima: Gaceta Jurídica.

- González Barron, G. H. (2010).** *Derechos Reales*. Lima: Editorial Legales.
- Gonzales Linares, N. (2014).** *Derecho civil patrimonial*. Lima : Palestra Editores.
- Guastini, R. (1999).** *Estudios de teoria y metateoria del derecho*. Uruguay: Editorial Gedisa.
- Guzman Brito, A. (2006).** *Código Civil chileno, estudio preliminar y notas de Alejandro Guzmán Brito*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- Hakansson Nieto, C. (2009).** *Curso de derecho constitucional* . Lima: Palestra Editores.
- Heidegger, m. (2000).** *Los problemas fundamentales de la fenomenologia* . Trotta.
- Landa Arroyo, C. (2013).** *La constitucionalizacion del derecho peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Catolica del Peru.
- Lasarte, C. (2011).** *Curso de derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos.
- LOCKE, J. (1689).** *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Alianza Editorial.
- Lopez, O. C. (2002).** Estado, Soberania y Derechos Humanos. *La Ley*, 959- Sup.
- Maldonado Muñoz, M. (2007).** *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoria general*. Lima: Palestra Editores.
- MALDONADO MUÑOZ, M. (2016).** *Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales*. Italia: Palermo.
- Mazeaud, H. (1959).** *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Mejorada Chauca, M. (2014).** *Derechos sobre bienes y el numerus clausus*. Lima: Themis.

- Mejorada Chauca, M. (2014). *Derechos sobre bienes y el numerus clausus*. *Themis*, 6.
- Melendo, T. (2005). *Introduccion a la antropologia: la persona*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias.
- Peralta Mariscal, L. (2015). *Análisis critico del sistema español de numerus apertus en materia de derechos reales*. Madrid: Revista critica de derecho inmobiliario.
- Rezzonico, J. C. (1999). *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: 1999.
- Serrano Alonso, E. (2008). *Manual de derechos reales*. Madrid: Edisofer.
- Suarez Manrique, W. Y. (2014). *La constitucionalizacion del derecho en el ordenamiento juridico*. Bogota: Vniversitas.
- Terner Barrios, F. (2001). *La realidad de los derechos reales*. Bogota: Universidad del Rosario.
- Torres Vasquez, A. (2011). *Código Civil comentado (Vol. I)*. Lima, Peru: INKARI.
- Uribe Misas, A. (1963). *Codigo Civil de Colombia*. Madrid: Instituto de Cultura Hispana.
- Vasquez Rios, A. (2011). *Los derechos reales. Tomo I*. Lima: San Marcos.
- Zegarra Mulanovich, A. (2009). *Descubrir el derecho: Las nociones elementales del derecho privado y el derecho publico explicadas en forma sistematica*. Lima: Palestra Editores.

