



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

¿ES CONSTITUCIONAL EL SISTEMA DE NÚMERUS CLAUSUS QUE RIGE A LOS DERECHOS REALES EN EL PERÚ?

Fernando Gamarra-Alayza

Piura, marzo de 2017

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Gamarra, F. (2017). *¿Es constitucional el sistema de numerus clausus que rige a los derechos reales en el Perú?* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

Fernando Manuel Gamarra Alayza

¿Es constitucional el sistema de números clausus que rige
a los derechos reales en el Perú?



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el Título de Abogado

Marzo – 2017

Fernando Manuel Gamarra Alayza

¿Es constitucional el sistema de *númerus clausus* que rige
a los derechos reales en el Perú?



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el Título de Abogado

Asesor: Dr. Carlos Guillermo Hakansson Nieto

Marzo – 2017

APROBACIÓN

La tesis titulada “¿Es constitucional el sistema de *númerus clausus* que rige a los derechos reales en el Perú?”, presentada por el bachiller, **Fernando Manuel Gamarra Alayza**, en cumplimiento con los requisitos para optar el título de Abogado, fue aprobada por el Asesor de Tesis, Carlos Guillermo Hakansson Nieto.

Director de Tesis

DEDICATORIA

A mi mamá, por su amor incondicional; a mamá Nani, por su espíritu de lucha; a la memoria de papá Lalo, por sus lecciones de vida y al apoyo del Dr. José Sandoval Carbajal.

Índice

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1 UBICACIÓN DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS REALES	5
1.1. La Teoría Clásica	6
1.2. La Teoría Personalista.....	10
1.3. Nuestra posición.....	12
CAPÍTULO 2 ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PRIVADO	21
2.1. La Constitución como norma suprema	22
2.2. La constitucionalización del derecho privado.....	25
2.3. ¿Los derechos reales son derechos constitucionales?.....	29
CAPÍTULO 3 LOS SISTEMAS DE DERECHOS REALES	35
3.1. Númerus clausus	36
3.2. Númerus apertus	39
3.3. En el derecho comparado.....	41
3.3.1. En el derecho español.....	41

3.3.2. En el derecho alemán	43
3.3.3. En el derecho francés	45
3.3.4. En el derecho argentino	46
3.3.5. En los países miembros de la Alianza del Pacífico	47
3.3.5.1. En el derecho chileno	48
3.3.5.2. En el derecho colombiano	51
3.3.5.3. En el derecho mexicano.....	52
3.3.5.4. En el derecho peruano	54

CAPÍTULO 4 ¿SEGURIDAD JURÍDICA O AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD?.....57

4.1. La seguridad jurídica como principio constitucional	58
4.2. La autonomía de la voluntad como principio constitucional.....	63
4.3. ¿Existen los conflictos constitucionales?	67
4.3.1. Teoría conflictivista	69
4.3.2. Teoría armonizadora	74
4.4. Análisis de constitucionalidad del sistema peruano de derechos reales.....	77
4.4.1. Según la teoría armonizadora	79
4.4.2. Según la teoría conflictivista	84

CONCLUSIONES.....95

BIBLIOGRAFÍA.....99

INTRODUCCIÓN

El estudio de los derechos reales suele ser uno de los primeros contactos que un estudiante de Derecho tiene con el derecho civil patrimonial. Dentro de este panorama, la distinción entre derechos reales y personales se da por evidente. Además, se da por hecho que, en el Perú, por motivos de seguridad jurídica, el legislador nacional ha determinado, en nuestro Código Civil, que los derechos reales únicamente pueden ser tipificados a través de leyes, descartándose así la capacidad de la autonomía privada para configurar derechos reales atípicos. A esto último se le conoce como sistema de derechos reales de *númerus clausus*.

Ahora bien, en la Ciencia Jurídica pocas veces nos encontramos ante realidades que no puedan ser cuestionadas, ya que, en definitiva, se trata de una ciencia esencialmente argumentativa. A diferencia de las ciencias exactas encargadas del conocimiento tangible, el Derecho no se basa en la búsqueda de verdades absolutas susceptibles de ser verificadas mediante las comprobaciones de hipótesis. Por ende, no debe extrañarnos que exista otro sistema de derechos reales alternativo. Dicho segundo sistema es el conocido como de *númerus apertus*. En un régimen de *númerus apertus*, los particulares cuentan con la posibilidad de utilizar la autonomía de la voluntad para crear derechos reales atípicos. Los defensores de este sistema afirman que esta flexibilidad conlleva grandes ventajas respecto al grado de satisfacción de los intereses particulares.

Ahora bien ¿Cuál de los dos sistemas de derechos reales es el mejor? El tema ha sido muchas veces tratado por la Doctrina Civil,

incluso se han realizado estudios enfocados en el llamado análisis económico del Derecho que plantean resolver la cuestión de una forma pragmática. No obstante, creemos que ambas maneras de visualizar a los derechos reales son limitadas. Por un lado, un estudio meramente civilista suele apartarse del resto del ordenamiento jurídico, con lo cual los riesgos de conclusiones sesgadas son grandes. Por otro lado, consideramos que los llamados análisis económicos de los regímenes de derechos reales suelen ser análisis civiles encubiertos, en los cuáles no se llevan a cabo investigaciones económicas reales, sino que únicamente se emplea el lenguaje propio de ciencias como la Economía o la Contabilidad para aparentar una mayor exactitud en la evaluación.

Nuestra propuesta investigativa radica en ofrecer un enfoque distinto: un análisis constitucional. Concretamente, el juicio de constitucionalidad recaerá sobre el sistema de derechos reales de *númerus clausus* peruano. La Constitución es la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, y como piedra angular que es, irradia a toda nuestra realidad jurídica. A la influencia cada vez mayor que tiene el derecho constitucional sobre el resto del ordenamiento jurídico se le conoce como constitucionalización. Los derechos reales no son ajenos a este fenómeno. Por lo tanto, un análisis de constitucionalidad de nuestro sistema de derechos reales no sólo está justificado, sino que, además, tendría que ser el primer tipo de valoración que debería realizarse, pues antes que revisar supuestas ventajas económicas que tenga una opción legislativa sobre otra, se debería evaluar si dicha opción legislativa coexiste en armonía o no con la Constitución. A continuación, explicaremos brevemente cómo está diseñado nuestro plan de trabajo.

En el primer capítulo daremos un importante paso previo: veremos cuál es el lugar de los derechos reales dentro de los derechos civiles patrimoniales. Dentro del segundo capítulo nos ocuparemos de dar una explicación más detallada sobre la importancia actual del derecho constitucional en relación el resto del ordenamiento jurídico, y en concreto, en relación a los derechos reales. Esto con la finalidad de comprender la interacción entre el derecho constitucional y los derechos reales. En el capítulo tercero nos centraremos en exponer en qué consiste el sistema de derechos reales de *númerus clausus* y qué se entiende por *númerus apertus*. Posteriormente veremos cuál de los dos sistemas ha sido adoptado en nuestro país y en algunas legislaciones extranjeras. A lo

largo del capítulo cuarto desarrollaremos el análisis constitucional del régimen de derechos reales de *númerus clausus* peruano. Finalmente, en un apartado distinto, expondremos nuestras conclusiones.

CAPÍTULO 1

UBICACIÓN DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS REALES

Como punto de partida, intentaremos ubicar a los Derechos Reales dentro del Derecho Civil Patrimonial, puesto que, para efectuar un análisis constitucional del régimen *Númerus clausus* que rige al Libro de Derechos Reales de nuestro Código Civil, es un presupuesto lógico identificar primero qué es un derecho real.

Para lograr nuestro primer objetivo, no podemos centrarnos en aspectos secundarios, sino que, nuestro enfoque debe estar dirigido a la esencia de los derechos reales, esto es, descubrir su naturaleza jurídica para así poder continuar nuestra investigación con una clara dirección.

Resultaría poco serio no situarnos antes de estudiar nuestro tema de fondo. Es por ello que buscaremos tratar de manera concreta y breve uno de los temas más tocados y discutidos por los académicos del Derecho Civil, con lo cual estaremos listos para responder a interrogantes como las siguientes: ¿Qué son los derechos reales? ¿Es correcto diferenciarlos de los derechos personales? ¿Tiene alguna consecuencia el optar por una u otra naturaleza jurídica?

Recordemos que el Derecho es una Ciencia Social¹ que no trabaja con evidencias tangibles, como podría ser el caso de las Matemáticas y sus cálculos exactos; sino que por el contrario, la disciplina jurídica se mueve en el contexto de teorías basadas en argumentos². El intercambio de ideas y propuestas es la actividad motora en el desarrollo doctrinario del Derecho.

Resulta lógico, entonces, que exista más de una opinión respecto a qué debemos entender por Derechos Reales. Los dos puntos de vista que tienen una mayor aceptación y difusión son la llamada Teoría Clásica y la denominada Teoría Personalista. Como se irá demostrando a lo largo de este capítulo, la discusión propuesta no es una simple pelea teórica, pues el asumir una u otra postura implica asumir también una serie de consecuencias jurídicas radicalmente distintas.

1.1. La Teoría Clásica

La primera teoría que expondremos será la denominada Teoría Clásica, también llamada Teoría Tradicional o Teoría Dualista. Los dos primeros nombres los recibe por ser teoría que goza de una mayor aceptación y difusión doctrinaria, mientras que la última denominación refleja la distinción que hace esta postura entre los derechos reales y los derechos personales o de crédito.

El punto inicial de la Teoría Clásica es la división del Derecho Civil Patrimonial en dos: por un lado, tenemos a los derechos reales, la parte estática, la encargada de otorgar seguridad jurídica al tráfico económico; en la vereda del frente se encuentran los derechos personales, los cuales se identifican con la parte dinámica, en la que la autonomía privada es la regla general para la configuración de relaciones jurídicas³.

¹ TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Introducción al derecho: teoría general del derecho*. Lima: IDEMNSA, 2011, p.120.

² ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. *Descubrir el derecho: las nociones elementales del derecho privado y del derecho público explicadas en forma sistemática*. Lima: Palestra Ediotos, 2009, p.31.

³ VASQUEZ RÍOS, Alberto. *Los derechos reales*. Tomo I. Lima: San Marcos, 2011, pp.40-41.

La primera aproximación a esta teoría la encontramos en el Derecho Romano, concretamente en *Instituciones de Gayo*. En el Comentario Cuarto de dicho manual jurídico encontramos a las acciones⁴; de las cuales se dice que existen, propiamente hablando, dos clases: las personales y las reales⁵. A través de las acciones personales se demandaba al obligado en virtud de un contrato o un delito, buscando la satisfacción de un deber consistente en dar, hacer o prestar⁶, mientras que por medio de las acciones reales un titular afirmaba que un determinado bien o derecho sobre un bien le correspondía⁷. Con ello podemos ver lo antigua que es la idea de que los derechos reales y los derechos personales ameritan un trato diferencial por parte del legislador. Obviamente, el Derecho Romano contemplaba dos tipos de acciones porque admitía la existencia de dos conjuntos distintos de derechos. Dicho de otro modo, no tendría sentido que en las *Instituciones de Gayo* se hubiese hecho la distinción que acabamos de exponer si los derechos reales y los derechos personales hubiesen sido considerados como esencialmente iguales.

La diferencia entre los derechos reales y los derechos personales vuelve a tener un momento importante en la doctrina civil francesa. Según Mazeaud los derechos subjetivos se clasifican en derechos reales y derechos personales. Serán reales los derechos que recaen directamente sobre una cosa, mientras que estaremos frente a un derecho personal cuando el derecho en cuestión se ejerza contra una persona⁸. Esta distinción se manifiesta en el *Código Napoleón*, pues los derechos reales son materia regulada por su libro segundo que precisamente se encarga de los bienes y las diferentes modificaciones de la propiedad, mientras que los derechos personales se encuentran recogidos en el libro tercero del Código Civil Francés, el cual tiene por objeto a las diferentes maneras de adquirir la propiedad⁹.

⁴ GAYO. *Instituciones*. Madrid: Cívitas, 1985, p. 305.

⁵ *Ibid*, p. 305.

⁶ *Ibid*, p. 305.

⁷ *Ibid*, p. 305.

⁸ MAZEAUD, Henri. *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1959, p. 246.

⁹ Código civil francés.

Según la doctrina civil tradicional, los derechos reales se componen solamente de dos elementos: el titular y la cosa sobre la cual se ejerce el derecho; mientras tanto, en los derechos personales hay tres: el sujeto activo o acreedor, el sujeto pasivo o deudor y la prestación¹⁰. Se descarta así la existencia de un sujeto pasivo en los derechos reales.

Asimismo, el titular del derecho real puede perseguir el bien contra cualquiera que lo tenga en su poder, mientras que el derecho personal sólo puede ejercerse contra el obligado¹¹.

Para esta teoría, se considera derecho real al poder jurídico que ejerce un sujeto activo sobre una cosa. Lo que caracteriza a los derechos reales es la relación inmediata que existe entre sus dos elementos constitutivos: en primer lugar tenemos al titular del derecho y en un segundo plano tenemos al objeto sobre el cual recae ese derecho real¹².

La Teoría Clásica sostiene que el rasgo esencial del derecho real radica en la especial relación de poder en beneficio del titular del derecho con respecto a la cosa. El contenido de ese poder sobre la cosa es lo que diferencia a los derechos reales de los derechos de crédito.¹³

Se afirma que los derechos reales son oponibles frente a cualquier persona. Los derechos personales, en cambio, únicamente son oponibles frente al deudor de la prestación.¹⁴ En otras palabras, según la Teoría Dualista los derechos reales tienen una oponibilidad absoluta, mientras que los derechos personales cuentan con una eficacia relativa.

Ahora bien, hemos visto que, para la visión clásica de los derechos reales, los mismos se identifican con un señorío o poder jurídico que

¹⁰ BORDA, Guillermo. *Manual de derecho civil: reales*. Buenos Aires: La Ley, 2008, p.5.

¹¹ GONZALES BARRÓN, Gunther. *Los derechos reales y su inscripción registral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013 p. 19.

¹² GONZÁLEZ LINARES, Néiro. *Derecho civil patrimonial: derechos reales*. Lima: Palestra editores, 2007, pp. 53-54.

¹³ SERRANO ALONSO, Eduardo. *Manual de derechos reales*. Madrid: Edisofer, 2008, p. 25.

¹⁴ RIVERO VALDÉS, Orlando. *Temas de derechos reales*. La Habana: Félix Varela, 2002 p. 21.

ejerce un sujeto activo sobre un determinado bien, entendiendo por bien toda aquella realidad que se encuentre en el comercio de los hombres.

Por otro lado, resulta llamativo que esta postura ponga un énfasis bastante marcado en negar la existencia de cualquier sujeto pasivo, delimitando la realidad jurídica real a una relación entre una persona y un bien.

Aparece entonces las siguientes preguntas: ¿Es posible hablar de una verdadera relación jurídica entre una persona y un objeto? ¿Es factible negar la existencia de un sujeto pasivo cuando la razón de ser del Derecho es la alteridad¹⁵? Ante estas dudas surgen la respuesta afirma que sí es posible. De hecho, de esta premisa surge la Teoría Dualista.

Sin embargo, es menester recordar que, como dijimos al inicio de este capítulo, la Ciencia Jurídica es una Ciencia Social, en la cual la dialéctica, la argumentación y los debates académicos son habituales. Consecuencia lógica de esto es que la Teoría Dualista, por más aceptación que pueda tener por su tradicional enseñanza, no sea la única posición doctrinaria capacitada para dar respuesta al problema de la ausencia de un sujeto pasivo en la estructura de los derechos reales.

La alternativa natural a este problema recibe el nombre de Teoría Personalista, también conocida como Teoría del sujeto pasivo universal o Teoría Monista. La primera de estas denominaciones¹⁶ hace hincapié en la alteridad que debe poseer toda relación jurídica para ser considerada como tal, es decir, para hablar del derecho de alguien tenemos también que hablar del deber de alguien en favor del titular del derecho mencionado. El segundo nombre¹⁷ lo recibe en virtud de defender la necesidad de que el sujeto pasivo no es un obligado determinado, sino toda la colectividad social. Por último, se le llama Teoría Monista¹⁸ porque busca disolver las barreras que separan a los derechos reales de

¹⁵ ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. *Op, Cit.*, p. 28.

¹⁶ FIGUEROA CERCEDO, Sergio Moisés. *¿Es eficiente tener un Sistema de Derechos Reales "Numerus clausus"?*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 44.

¹⁷ RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales*. Tomo I. Lima: Rhodas, 2007, p. 36.

¹⁸ *Ibid*, p. 36.

los derechos personales y postula que ambos poseen una estructura similar, con lo cual distinguir entre ambas categorías jurídicas no sólo no es necesario, sino que es también una clasificación errónea. A continuación, desarrollaremos los postulados de la Teoría Personalista.

1.2. La Teoría Personalista

Siguiendo el razonamiento de esta segunda teoría, como sólo es posible la existencia de relaciones jurídicas entre personas, aceptar la excepción de los derechos reales no es una posibilidad lógica¹⁹.

Según González Barrón, la filosofía kantiana plantea la imposibilidad de relacionar a las personas con las cosas, por lo que únicamente son factibles las relaciones entre personas²⁰, por ende, los derechos reales y los derechos obligacionales cuentan con la misma estructura. Desde esta perspectiva, se entiende por derecho real una obligación que recae sobre todos los no titulares de respetar el derecho de quien es titular.

Para esta teoría, la esencia de los derechos reales no radica en el poder del titular sobre la cosa porque siempre las relaciones jurídicas son entre personas, nunca entre una persona y una cosa.²¹

Advertimos que mientras la Teoría Clásica destaca la vinculación del titular del derecho real con el objeto de ese mismo derecho, la Teoría Personalista se enfoca en el supuesto deber general de abstención que genera la existencia de un sujeto activo que ejerce un señorío o poder jurídico sobre un bien determinado.

Para entender de una mejor manera el postulado de la Teoría Monista corresponde exponer la estructura de los derechos personales, la cual busca expandirse hacia los derechos reales. El primero de los componentes es el sujeto activo, también conocido como acreedor, es el

¹⁹ CARRIÓN OLMOS, Salvador. *Curso básico de derechos reales*. Valencia: Práctica del Derecho, 2006, p. 30.

²⁰ GONZÁLES BARRÓN, Gunther Hernán. *Derechos reales*. Lima: Ediciones legales, 2010, p. 9.

²¹ SERRANO ALONSO, Eduardo. *Op, Cit.*, p. 24.

titular del derecho, y es, por tanto, quien puede exigir el cumplimiento de la obligación al sujeto pasivo o deudor. El segundo elemento constitutivo de los derechos personales es el sujeto pasivo o deudor, persona obligada a realizar la prestación en favor del acreedor. En el medio de ambos se encuentra la prestación, que no es otra cosa que el objeto de la relación obligatoria, el mismo que puede consistir en un dar, hacer o no hacer²².

Esta postura cuenta, a priori, con mucha lógica, pues consideramos que las relaciones jurídicas solo pueden darse entre sujetos de derecho. No obstante, no todo lo expuesto por la Teoría Personalista es irrefutable. De hecho, ante el postulado de la obligación universal que tienen todos los no titulares del derecho real respecto del señorío que ejerce sobre el bien quien si es titular cabe plantearse la siguiente cuestión: ¿Existe realmente esa obligación? En el supuesto de afirmarse la existencia de la misma ¿Estamos ante una verdadera obligación jurídica?

Según González Barrón²³ la Teoría Personalista no tiene sustento, pues considera ridícula la idea de que todos los hombres sean los sujetos pasivos del derecho real. Para este autor, el sujeto pasivo indeterminado no sería otra cosa que una mera ilusión. Además, esta segunda teoría parece olvidar que el titular puede satisfacer su interés de manera directa con su simple obrar, ello sin la necesidad de actuar alguno por parte de un sujeto pasivo.

Borda²⁴ critica esta teoría porque no ve razón alguna por la cual el ordenamiento jurídico se encuentre incapacitado para reconocer una relación directamente establecida entre una persona y una cosa. El hecho de que el Derecho regule relaciones entre personas no se opone a que también proteja los bienes que se encuentren en el comercio de los hombres. Por lo tanto, no resulta erróneo hablar de una relación directa entre una persona y un bien o cosa. Además, para este autor, la Teoría Monista parte del error de girar en torno a algo secundario, pues lo esencial en los derechos reales no sería la obligación pasiva que tiene el conglomerado social, sino el poder que el titular ejerce sobre la cosa.

²² LASARTE, Carlos. *Curso de derecho civil patrimonial: introducción al derecho*. Madrid: Tecnos, 2011, p. 440.

²³ GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos reales...*, *Op, Cit.*, pp. 10-11.

²⁴ BORDA, Guillermo. *Op, Cit.*, pp.7-8.

Ahora bien, para poder continuar con nuestro estudio, corresponde ponderar ambas teorías y decantarnos por una u otra, o en su defecto, formular una solución alternativa y satisfactoria. En el siguiente punto de nuestro trabajo buscaremos dejar en claro cuál es nuestra posición en el debate jurídico que hemos desarrollado hasta el momento, para así determinar la naturaleza jurídica de los derechos reales y explicar cuáles serían las consecuencias de adoptar uno u otro concepto.

1.3. Nuestra posición

Como hemos visto, tanto la Teoría Clásica como la Teoría Personalista exponen sus argumentos con una interesante lógica formal, esto es, en la manera de argumentar reflejan una aparente lógica impecable. Sin embargo, de un análisis más profundo advertimos errores en ambas. Pasemos a las observaciones de la Teoría Tradicional.

En primer lugar, la Teoría Clásica falla en su postulado inicial, pues como lo demuestra la filosofía kantiana, para que una relación pueda ser considerada tal, primero debe existir alteridad, lo cual significa que es imposible hablar seriamente de una relación jurídica en la que intervenga un único sujeto²⁵.

Sin embargo, creemos también que la Teoría Clásica acierta al momento de defender la necesidad de separar a los derechos reales de los derechos personales, pues ambos son dos caras de la misma moneda, los dos son aspectos distintos de un conjunto más grande llamado Derecho Civil Patrimonial. Consideramos como adecuado y saludable desde el punto de vista académico separar a uno de otros, puesto que resulta más eficiente, pedagógicamente hablando, estudiar en primer lugar a los derechos reales y posteriormente a los derechos personales. De hecho, la costumbre en las facultades de derecho pasa por seguir ese modelo de enseñanza.

No obstante, la Teoría Personalista tampoco es perfecta, mucho menos si le damos vuelta a la tesis de la obligación pasiva universal. Nosotros entendemos que el patrimonio de una persona está conformado

²⁵ GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos reales...*, *Op. Cit.*, p. 9.

por sus activos y pasivos²⁶. Dentro de sus activos se encuentran los derechos de crédito a su favor, mientras que en sus pasivos se encuentran las deudas a las que se encuentra obligado. Por lo tanto, nos parece absurda la idea de afirmar que existe una obligación a la que está sometida toda aquella persona que no sea titular de un derecho real. Afirmar esto implicaría que todas esas obligaciones posibles figuren en el patrimonio de las personas de una comunidad, lo cual no tiene sentido alguno, pues de un lado sería imposible determinar con exactitud cuáles son los activos de un sujeto porque por cada derecho real que ostente tendrá un sinnúmero de créditos a su favor. De la misma forma, sería incalculable el pasivo de una persona porque no se sabría con exactitud a cuántas y a qué prestaciones se encuentra obligado. Como vemos, en el supuesto de aceptar sin más la Teoría Monista, caeríamos en un absurdo no sólo jurídico, sino también contable, pues sería prácticamente imposible graficar de manera detallada los estados financieros que correspondan.

Ante este panorama, resulta llamativo el concepto de derecho real propuesto por González Barrón,²⁷ quien considera al mismo como una relación jurídica que a su vez se constituye sobre la base de múltiples relaciones con sujetos indeterminados. Para el citado autor, un derecho real es una situación jurídica compleja, en la que existe un título de protección jurídica en favor de una persona que no es otra que el sujeto activo. El referido titular se relaciona con personas indeterminadas, pudiendo realizar actividades, celebrar actos o conservar su posición respecto a un bien.

Asimismo, para el autor citado, existe una notoria y sustancial diferencia entre los derechos reales y los derechos personales. Mientras los primeros se forman a raíz de múltiples relaciones que mantiene el titular del derecho con personas indeterminadas; los segundos nacen de relaciones jurídicas que vinculan a personas determinadas.

En un primer momento esta teoría se nos muestra como seductora y podríamos caer en el error de aceptarla en base a su aparente coherencia

²⁶ GALLEGOS ALCÁNTARA, Eridani. *Bienes y derechos reales*. México: IURE, 2004, p.2.

²⁷ GONZALES BARRÓN, Gunther, *Los derechos reales y su inscripción...*, *Op. Cit.*, pp. 28-29.

lógica. Si bien es cierto parece que esta tercera vía presenta una efectividad didáctica más fuerte que la Teoría Clásica y la Teoría Personalista, lo cierto es que no se trata de otra cosa que una mezcla confusa de las dos teorías que hemos venido explicando a lo largo de este primer capítulo. Sin embargo, no vemos un aporte real en el planteamiento presentado por Gonzáles Barrón. Por un lado, se asemeja muchísimo a la Teoría Clásica, al punto de recoger la división entre derechos reales y derechos personales, distinción que tiene su origen en la doctrina tradicional.

Por otro lado, la teoría ecléctica de Gonzáles Barrón acepta la existencia de relaciones jurídicas con personas indeterminadas, lo que no es otra cosa que admitir la obligación pasiva universal que nos presenta la Teoría Personalista, con lo cual se puede concluir que estamos ante un mero parafraseo.

Aceptar la Teoría Personalista implicaría también aceptar la obligación pasiva universal. Al respecto, debemos agregar que no vemos cómo diferenciar dicha “obligación” del estándar de actuación presente en la responsabilidad extracontractual²⁸, según el cual el modelo a seguir es el del “hombre razonable” o “buen padre de familia”, por lo que siempre se debe proceder a actuar razonablemente dentro de cada contexto social. Por lo tanto, no sería correcto, por parte nuestra, señalar que la naturaleza jurídica de los derechos reales, esto es, aquello por lo cual los derechos reales son tales y no otro tipo de derechos, reside en la existencia de múltiples obligaciones ficticias que no vinculan a ningún acreedor con ningún deudor.

Además existe otro aspecto muy importante que parece pasar inadvertida la propuesta de González Barrón: no existen diferencias prácticas entre afiliarnos a su propuesta o aceptar la Teoría Clásica, pues si por un lado ambas teorías plantean diferencias sustanciales entre los derechos reales y los personales, y por otro la legislación actual recoge esta división en nuestro Código Civil, no vemos un aporte real que pueda afectar en algo el día a día del Derechos Civil Patrimonial.

²⁸ DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, p. 50.

Ahora bien, pese a los múltiples cuestionamientos que podrían hacerse a la Teoría Clásica, pensamos que es la postura doctrinaria que mejor delimita a los derechos reales, toda vez que centra a los mismos en el poder inmediato o señorío que el titular ejerce sobre la cosa o bien. A diferencia de la filosofía kantiana, no vemos ningún problema en afirmar la existencia y autenticidad de relaciones entre personas y cosas, más aún cuando dichas relaciones devienen en efectos jurídicos oponibles a la comunidad en general.

En cualquier caso, la negación filosófica que pueda hacerse a las relaciones entre personas y cosas no tiene porqué conllevar inexorablemente a la negación jurídica de las mismas; toda vez que la Filosofía y el Derecho, pese a tener puntos de conexión comunes, no dejan de ser dos ciencias distintas.

Parte de la Filosofía, en concreto la Antropología Filosófica y el Derecho comparten el objeto de estudio, la conducta humana, sin embargo, ambas ciencias difieren del punto de vista en el que analizan dicho objeto de estudio. Mientras la Antropología Filosófica se centra en determinar qué es el hombre y cuál debería ser su conducta para alcanzar su fin último²⁹, al Derecho le preocupa el actuar humano en relación a la justicia, esto es, dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde a cada sujeto³⁰. Por ende, no es erróneo hablar de relaciones filosóficas que no necesariamente se consideren a su vez relaciones en sentido jurídico y viceversa.

Por ejemplo, no existiría inconveniente alguno en indicar que Juan, propietario de un inmueble, se relaciona jurídicamente con dicho bien mientras que tal relación no es sostenible desde un punto de vista filosófico.

Llegados a este punto, y dejando en claro nuestra adhesión a la división del Derecho Civil Patrimonial en dos grandes grupos elementales: los derechos reales y los derechos personales; la reacción natural sería plantearse, por lo menos, la siguiente interrogante: más allá

²⁹ MELENDO, Tomás. *Introducción a la antropología: la persona*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2005, p. 11.

³⁰ ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. *Op. Cit.*, pp. 25-26.

del basto debate académico cuya exposición hemos intentado resumir a lo largo de este primer capítulo ¿Existen diferencias prácticas entre los derechos reales y los derechos personales?

La respuesta es afirmativa: existen algunas diferencias que nuestra legislación, con prudente criterio, ha reconocido, concretamente, en nuestro Código Civil vigente. No da lo mismo, por tanto, adoptar la postura clásica o la personalista. A continuación, expondremos las consecuencias más resaltantes.

La primera consecuencia práctica pasa por la oponibilidad: los derechos reales son oponibles erga omnes, lo cual significa que el ejercicio de un derecho real debe ser respetado por el conglomerado social. Por otro lado, los derechos personales son oponibles frente a un deudor determinado en beneficio de un acreedor determinado³¹.

Por ejemplo, si Antonio es propietario de un vehículo motorizado, podrá en principio, ejercer las facultades que tal titularidad otorga, mientras cuenta a su vez con la razonable expectativa de que su señorío sea respetado por sujetos externos a esa vinculación. La situación cambia radicalmente cuando vemos que Rolando le debe una cantidad de dinero a Antonio, Antonio únicamente podrá exigir la entrega de la suma monetaria a Rolando y no a un tercero que no tenga vinculación alguna con la prestación.

Como segunda diferenciación práctica entre los derechos reales y los derechos personales tenemos la estabilidad³², o mejor dicho, la tendencia a perdurar. Mientras los derechos reales configuran una relación estable de poder sobre un bien, los derechos personales tienden a la temporalidad, siendo el pago la forma natural de extinción de los mismos.

Volviendo al ejemplo de Antonio, cuando se dice que es propietario de un inmueble, la imagen mental es la de una relación que, en principio, se mantendrá hasta que Antonio decida enajenar la

³¹ VASQUEZ RÍOS, Alberto. *Los derechos reales...*, Op. Cit., p. 41.

³² GONZALES BARRÓN, Gunther, *Los derechos reales y su inscripción...*, Op. Cit., p. 19.

propiedad del bien. Mientras eso no suceda, Antonio seguirá siendo el propietario y podrá seguir ejerciendo su señorío sobre la cosa.

Recordemos también que Rolando le debe dinero a Antonio. Si Rolando lleva a cabo la prestación, si le paga lo debido a Antonio, la consecuencia inmediata será la extinción de la obligación, pues desaparecería la relación entre un determinado acreedor con un determinado deudor. El curso normal de las cosas es que las deudas se paguen y, por ende, se extingan.

Como tercer punto, tenemos que tanto los derechos reales como los derechos personales cuentan con prescripciones distintas³³. La usucapión o prescripción adquisitiva de dominio es una institución jurídica que se entiende en el contexto de los derechos reales, pues trata de regularizar jurídicamente una situación de hecho. Antonio será propietario de un inmueble que ha venido poseyendo de manera pacífica, continua y pública por el periodo de tiempo exigido por ley. Sin embargo, sería absurdo pensar que Antonio pueda quedar obligado por prescripción adquisitiva. El paso del tiempo no genera, per se, obligaciones jurídicas.

La contraparte obligacional de la prescripción adquisitiva de dominio la encontramos en la prescripción extintiva³⁴ la cual, consiste en que la obligación dejará de ser exigible cuando transcurra el tiempo previsto por el ordenamiento jurídico. Si el acreedor no cobra su crédito durante dicho periodo, la obligación subsistirá como una mera obligación natural.

Pensamos que la división entre derechos reales y personales que nos presenta nuestra legislación es adecuada. Es prudente y razonable tratar a cada una de estas partes en libros distintos, tal y como aparecen en nuestro Código Civil. Esta afirmación se ve reforzada cuando observamos el desarrollo histórico de nuestra codificación civil.

El Código Civil de 1852 estuvo dividido en tres libros. El primero regulaba a las personas y sus derechos; el segundo se encargaba de las

³³ Ibid, p. 19.

³⁴ TERNERA BARRIOS, Francisco. *La realidad de los derechos reales*. Bogotá: Univesidad del Rosario, 2001, p. 35.

cosas, de los modos de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas; mientras que en el tercero se recogían las disposiciones relacionadas a las obligaciones y a los contratos³⁵. De esta división podemos concluir que el legislador peruano de aquella época tenía claro que los derechos reales y los derechos personales eran realidades distintas, y como tales, debían ser regulados en libros distintos. Mientras los derechos reales se encontraban en el libro segundo, los derechos personales eran tratados en el libro tercero.

La tendencia de regular en libros distintos a los derechos reales y a los derechos personales se mantuvo en el Código Civil de 1936. Los tres libros del Código de 1852 pasaron a ser cinco: el libro primero trataría sobre las personas; el segundo se encargaría de las relaciones familiares; el tercero de las sucesiones por causa de muerte; el cuarto sobre los derechos de las personas con las cosas; mientras que en el quinto libro se reguló los aspectos concernientes a las obligaciones³⁶. Como puede observarse, derechos reales y derechos personales siguieron con la tradición de su trato diferenciado. Los derechos reales fueron competencia del libro cuarto, mientras que los derechos personales estuvieron a cargo del libro quinto. Por lo tanto, que en nuestro Código Civil actual derechos reales y derechos personales sean materias correspondientes a dos libros distintos no se relaciona a su simple capricho legislativo, sino que es consecuencia de seguir apostando por una técnica legislativa a lo largo del tiempo. Por ende, no debe extrañarnos que al momento de observar el Código Civil vigente los derechos reales hayan sido tipificados a lo largo del libro quinto y los derechos personales se encuentren regulados en el libro sexto³⁷.

Con lo expuesto a lo largo de este capítulo hemos intentado explicar las diversas razones con las que contamos para adherirnos a la Teoría Clásica de los derechos reales. Consecuencia lógica de esta aceptación teórica será nuestra posición respecto a la naturaleza jurídica del derecho real, al que entendemos como una relación de poder inmediato que ejerce un titular sobre un bien determinado, debiendo esta relación ser respetada por la comunidad, no siendo necesario para ello

³⁵ BASADRE AYULO, Jorge. *La historia de las codificaciones en el Perú*. Lima: Cultural Cuzco, 2003, p. 37.

³⁶ *Ibid*, p. 176.

³⁷ Código civil peruano de 1984.

determinar a sujeto pasivo alguno o inventar una obligación omnipresente que vincule a todo el mundo.

Cosa distinta será analizar si el legislador ha acertado o no al momento de regular el sistema el libro de Derechos Reales de la mencionada norma sustantiva. En otras palabras: ¿Es correcto el sistema *númerus clausus* que se recoge en nuestra normativa? ¿Daría lo mismo adoptar un sistema *númerus apertus*? ¿Es constitucional nuestro sistema de derechos reales? Esas serán sólo alguna de las interrogantes que buscaremos responder a lo largo de este trabajo.

CAPÍTULO 2

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PRIVADO

En toda investigación resulta necesario clarificar el marco teórico del problema que busca solucionarse. Ello es, precisamente, lo que hemos realizado en el capítulo anterior al intentar dar una definición de los derechos reales, puesto que nuestro tema principal se mueve dentro del universo de los derechos reales.

A continuación, daremos nuestro segundo paso, para lo cual pasaremos a explicar la metodología de investigación por la que hemos optado. Cabe resaltar que una metodología investigativa no es otra cosa que el enfoque concreto bajo el que se analiza una problemática determinada.

Siguiendo esa línea de razonamiento, nos inclinamos por realizar un análisis constitucional a los sistemas de derechos reales, pero para efectuarlo resultará menester primero tener claro qué es el análisis constitucional, cuál es su importancia y porqué ha sido el método o enfoque elegido.

Una vez que hayamos comprendido lo que implica un análisis constitucional de los derechos reales, estaremos en capacidad de estudiar los sistemas de derechos reales existentes, y en específico, la constitucionalidad de uno u otro.

Como primer punto de este capítulo hablaremos de la Constitución como norma suprema, pues para poder desarrollar el tema del análisis constitucional, un requisito previo será explicar qué es la Constitución y cuál es su importancia jurídica.

En segundo lugar, expondremos la importancia que tiene el proceso de la constitucionalización del derecho privado, y en concreto, la de los derechos reales.

Finalmente, como punto tercero, intentaremos resolver la siguiente pregunta: ¿Los derechos reales son derechos constitucionales?

2.1. La Constitución como norma suprema

Para entender al fenómeno de la constitucionalización del derecho privado a cabalidad, primero será necesario saber qué debemos entender por Constitución y cuál es la verdadera dimensión jurídica de la misma.

El debate doctrinario sobre el concepto de Constitución lleva mucho tiempo generando diversas posturas, por lo que somos de la opinión de que profundizar demasiado en las mismas no sería lo más adecuado para nuestro trabajo, toda vez que podría llevarnos demasiado lejos de nuestro objeto de estudio, directo hacia tangentes que no nos corresponden desarrollar.

No obstante, tampoco es menos cierto que, al menos, resulta académicamente correcto ir paso por paso cuando uno desarrolla un tema de investigación, y el hecho de dejar en claro qué entendemos por Constitución no nos parece un tema menor, más aún cuando lo que buscamos en este capítulo es justificar nuestra metodología, esto es, el análisis constitucional. Por ende, no analizaremos estériles discusiones teóricas, sino que destacaremos los rasgos más importantes presentes en una Constitución para entender su relevancia jurídica.

Para comenzar, diremos que la Constitución presenta dos naturalezas, la primera, sería una naturaleza política (no en vano la llamamos “Constitución Política del Perú”) la segunda vendría a ser (la

que nos interesa) una naturaleza jurídica, es decir, estamos ante una norma jurídica, un texto que no es una mera exposición de buenas intenciones, sino que vincula tanto a la administración pública como a los administrados. Pasaremos ahora a exponer unas nociones importantes sobre el carácter jurídico de la Carta Magna.

Etimológicamente hablando, el término Constitución proviene del latín *constitire* que significa fundar o instituir.³⁸ A partir de este origen lingüístico, tenemos que nuestra primera aproximación hacia un concepto de constitución radica en destacar el hecho de que una Constitución sirve para originar algo, es decir, se trata de una especie de cimiento de una realidad compleja.

¿Cuál es esa compleja realidad que encuentra su sustento en una Carta Magna? No es otra cosa que un determinado sistema jurídico. Consecuentemente, afirmamos, siguiendo a García Toma, que la Constitución es el orden configurador y supraordinante del sistema jurídico³⁹. Asimismo, para el profesor Castillo Córdova⁴⁰, la Constitución es la norma fundamental, primera, que opera como base del resto de las normas jurídicas de un ordenamiento jurídico.

Esta identificación del texto constitucional como norma primigenia encuentra su aplicación práctica en el denominado principio de supremacía constitucional⁴¹, en virtud del cual la Carta Magna prevalece sobre cualquier otra norma legal. Dicho principio ha sido recogido de manera expresa en el artículo 51 de nuestra Norma Fundamental. Es justamente este principio jerárquico el que nos interesa.

Según el profesor Hakansson Nieto⁴², la aplicación del principio de supremacía constitucional es una consecuencia lógica de la aceptación de

³⁸ GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del estado y derecho constitucional*. Lima: Adrus, 2014, p. 434.

³⁹ *Ibid*, p. 445.

⁴⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*. Lima: Palestra Editores, 2005, p. 191.

⁴¹ *Ibid*, p. 192.

⁴² HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de derecho constitucional*. Lima: Palestra, 2009, p. 198.

la teoría de Kelsen, en la cual la Constitución se encuentra ubicada en la cúspide de una determinada pirámide normativa.

Como bien se sabe, pasa el jurista Kelsen, el ordenamiento jurídico es un cuerpo normativo jerarquizado, en el cual la norma superior da validez y sustento a la norma inferior. En el caso peruano, por lo tanto, será la Constitución Política del Perú la norma fundamental y ordenadora de nuestro engranaje jurídico.

Si la Carta Magna está en la cima del ordenamiento jurídico y gracias al principio de supremacía constitucional, de existir un conflicto entre una norma constitucional y cualquier otra norma del mismo ordenamiento interno, prevalecerá la aplicación de la norma de rango constitucional; lógicamente estas normas infraconstitucionales presentarán naturalezas distintas, por ejemplo, algunas serán laborales, comerciales, penales, administrativas, etc. Dentro de estas normas encontramos también a las correspondientes al derecho civil.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que “como ésta (la Constitución) es la norma suprema, la ley de leyes, ninguna otra norma puede ser contraria a ella y coexistir con ellas. Si lo es, si no es posible interpretarla de algún modo que la haga compatible con la Constitución, debe desaparecer del ordenamiento, y el órgano constitucional competente para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las normas es el Tribunal Constitucional: él, y sólo él, cuando se trate de normas posconstitucionales. De este modo, la coherencia del ordenamiento jurídico se restablece y la primacía de la Constitución queda restaurada”⁴³.

Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución ha manifestado que “la Constitución es la norma suprema de la cual dimanar las demás disposiciones legales y administrativas. La jerarquía de las normas está, de manera gráfica, precisada en el artículo 51° de la actual Constitución”⁴⁴.

⁴³ Exp. 012-2006-PI/TC, del 15 de diciembre de 2006, f. j. 56.

⁴⁴ Exp. 1333-2006-PA/TC, del 08 de enero de 2006, fundamento 28.

Además, para el Tribunal Constitucional “la Constitución es la fuente suprema dentro del ordenamiento, que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad. En cuanto norma suprema del ordenamiento, la Constitución prevalece sobre todas las demás y en ese sentido condiciona el resto de las normas, por cuanto determina la invalidez de aquellas que formal o materialmente contradigan las prescripciones constitucionales”⁴⁵.

Si la Constitución tiene preferencia jerárquica sobre las normas de derecho, del civil en particular, también ha de tener una relación con el derecho civil patrimonial, concretamente, con los derechos reales.

Es en ese orden de ideas que surge la siguiente pregunta: ¿Qué tipo de relación o nexo existe entre la Constitución y los derechos reales? ¿Se trata de una mera relación jerárquica formal que actúa únicamente en casos conflictivos? Surge así la cuestión de la llamada constitucionalización del derecho privado.

2.2. La constitucionalización del derecho privado

Para comprender mejor este hito de nuestro trabajo, nos ubicaremos dentro del contexto histórico correspondiente. Concretamente debemos ubicarnos en el siglo XVIII: el iusracionalismo ha madurado lo suficiente como para dar origen a un movimiento de reforma legislativa que tendrá como finalidad plasmar en la realidad las propuestas de la filosofía iluminista por medio de la derogación de las fuentes antiguas del derecho a través de la creación de un cuerpo único de reglas abstractas. Nace así el Código⁴⁶. El Código, revestido con autoridad por ser ley, pasa a ser la fuente única del derecho, ya que se entiende que la ley es la norma que proviene de la voluntad del pueblo, y por lo tanto, es una realidad democrática⁴⁷. El juez pasa a ser un mero aplicador de la voluntad del legislador, su discrecionalidad está mal vista.

⁴⁵ Exp. 047-2004-AI/TC, del 24 de abril de 2006, fundamento 10.

⁴⁶ CORRAL TARCANI, Hernán, “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado” <<https://corraltarciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizaciond-privado.pdf>>. [Fecha de consulta: 06-JUN-2016].

⁴⁷ Ibid.

Si la única fuente del derecho es la ley, derecho y ley pasan a ser una misma cosa. En otras palabras, se reduce el derecho a la ley, concretamente al Código⁴⁸. Bajo este panorama la Constitución no presenta una relevancia jurídica en el derecho civil, viéndose reducida la Carta Magna a un mero documento político, no vinculante⁴⁹.

Tenemos, entonces, un primer momento en el que el derecho civil, por decirlo de alguna forma, era autosuficiente y no se relacionaba materialmente con la Constitución, la misma que veía su naturaleza reducida a un texto más programático que vinculante.

El dominante positivismo de siglo XIX e inicios del XX atraviesa por una profunda crisis después de la Segunda Guerra Mundial⁵⁰. Cambia el paradigma hermenéutico y al juez deja de considerársele como un simple aplicador de la voluntad legislativa: para que una ley se aplique, será necesario una interpretación judicial de la norma⁵¹.

Por otro lado, comienza a fragmentarse el sistema de derecho privado a través de leyes especiales, con lo cual la difusión normativa llega a cuestionar la función del Código como fuente única del derecho⁵².

Asimismo, y como hito de mayor relevancia, después de la Segunda Guerra Mundial las constituciones europeas buscaban evitar las violaciones de los derechos fundamentales por parte de los regímenes totalitarios⁵³. Es aquí donde empieza a tener sentido hablar de la acepción material de Constitución señalada por García Toma, entendiéndose por la misma una verdadera norma jurídica, esto es, vinculante, que tiene como finalidad ser una póliza de salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona⁵⁴. Para Suárez-Manrique⁵⁵, justamente esta nueva forma de entender el derecho conjuntamente a aspectos como la preocupación por

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ GARCÍA TOMA, Víctor. Op, Cit., p. 444.

⁵⁵ SUÁREZ-MANRIQUE, Wilson, “La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano”, < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33832.pdf>>. [Fecha de consulta: 07-JUN-2016].

la defensa de la dignidad humana, la materialización de los valores constitucionales, la creciente relación entre derecho y moral así como la importancia de la interpretación jurídica es lo que la doctrina ha denominado constitucionalización del derecho.

Actualmente, la relación existente entre la Constitución y el derecho privado es muy rica y lo suficientemente extensa como para ser vista desde un sin número de prismas. A pesar de esta realidad, lo que interesa para este trabajo es explicar qué es la constitucionalización del derecho privado y cuál es la verdadera dimensión de dicho fenómeno. Como puede deducirse, la constitucionalización tiene su punto de partida en la Constitución y termina expandiéndose por toda la estructura normativa⁵⁶.

Calderón Villegas⁵⁷ señala que a groso modo, la constitucionalización del derecho privado consiste en un proceso por el cual las categorías constitucionales y la jurisprudencia constitucional penetran, en grados diferentes, en la forma en que se resuelven los conflictos del derecho privado. Para los defensores de este proceso, el derecho privado no debe configurar en solitario sus relaciones jurídicas⁵⁸.

En ese sentido, un ordenamiento jurídico contará con un grado de constitucionalización mayor en la medida en que la validez de las normas infraconstitucionales dependen de manera cada vez más intensa de lo dispuesto en la Carta Magna⁵⁹.

Tal como indica Landa Arroyo⁶⁰, esta relación no se puede entender desde una simple óptica positivista, sino que debe ser visualizada a través del nuevo paradigma constitucional de los valores y

⁵⁶ ORTEGA GARCÍA, Ramón, “La constitucionalización del derecho en México”, <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/137/art/art6.pdf>>. [Fecha de consulta: 06-JUN-2016].

⁵⁷ CALDERÓN VILLEGAS, Juan. *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá: Temis, 2011, p.28.

⁵⁸ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 59.

⁵⁹ CALDERÓN VILLEGAS, Juan. *Op. Cit.*, p. 36.

⁶⁰ LANDA ARROYO, César. *La constitucionalización del derecho peruano*. Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. 2013, núm 71, p. 15.

principios que dan sentido de unidad al orden jurídico, tanto para proteger los derechos fundamentales como para garantizar la supremacía constitucional.

Para nosotros, se llama constitucionalización al proceso histórico por el cual el derecho constitucional tiene una influencia cada vez mayor en el resto del ordenamiento jurídico, tanto en la creación, interpretación y aplicación del derecho. Del mismo modo, hablamos de la constitucionalización del derecho privado para referirnos a este fenómeno, pero enfocado en cómo se produce el mismo en relación con una parte determinada del ordenamiento jurídico, esto es, la regulación del derecho civil. Por ende, estamos ante una realidad más compleja que la simple aplicación de primacía constitucional en caso de un conflicto normativo, hablamos de un vínculo que no puede pasar desapercibido por civilistas ni constitucionalistas.

La relevancia actual de la Constitución es tal que el análisis constitucional de una problemática propia del derecho civil se encuentra no sólo justificado, sino que además resulta necesario, toda vez que el punto de vista constitucional no puede pasar desapercibido por el resto de enfoques que pueda dársele a un tema de investigación jurídica, pues hablar de la Constitución es hablar del fin supremo de la sociedad y del Estado: la defensa de la dignidad humana⁶¹.

Según el Tribunal Constitucional “los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de Derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales”⁶².

Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución reconoce que “precisamente, el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico exige la participación, en diferentes roles, de los poderes del Estado u órganos constitucionales, en particular, del legislador y los jueces. En el caso del legislador, este se encuentra llamado no sólo a

⁶¹ Artículo 1 de la Constitución Política del Perú.

⁶² Exp. 03574-2007-PA/TC, del 01 de octubre de 2007, fundamento 39.

expedir leyes que no sean incompatibles con los principios y reglas constitucionales, sino también a expedir leyes que desarrollen el contenido deóntico de la Constitución. El desarrollo legislativo tiene determinados límites en la Norma Fundamental y en los tratados celebrados por el Estado que forman parte del derecho nacional, es decir, legisla con amplia discrecionalidad hasta donde existen tales límites. En el caso de los jueces – incluidos los constitucionales–. Estos tienen la tarea de utilizar el material normativo estructurado a partir de la Constitución para así individualizar reglas conformes con los principios constitucionales y de adecuar la interpretación de las leyes en la dirección en la cual tales principios pueden realizarse en la mayor medida posible”⁶³.

Una vez entendido el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado, nos planteamos si es que acaso existe alguna otra conexión similar entre el derecho constitucional y el derecho civil. Surge la duda de si al hablar de derechos reales estamos también hablando de derechos constitucionales.

2.3. ¿Los derechos reales son derechos constitucionales?

Antes de estar de capacidad de dar respuesta a esta pregunta debemos tener claro qué entendemos como derechos constitucionales. Al respecto, seguiremos la propuesta del profesor Castillo Córdova, por considerarla lo suficientemente didáctica como para no dejar cabida a duda alguna. Para el mencionado jurista, existe una primera clasificación dentro de los denominados derechos del hombre a tener en cuenta: por un lado se encuentran los llamados derechos humanos y por el otro aparecen los derechos fundamentales⁶⁴.

Básicamente, dentro de los derechos que le corresponden al ser humano por su condición de tal existen dos planos de diferenciación. El primero, un punto de vista meramente formal, nos indica que los derechos fundamentales son los derechos del hombre que se encuentran reconocidos por un determinado ordenamiento jurídico, mientras que los

⁶³ Exp. 05-2007-PI/TC, del 26 de agosto de 2008, fundamento 33.

⁶⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Op. Cit.*, p. 39.

derechos humanos hacen alusión a los derechos del hombre recogidos en tratados internacionales⁶⁵.

A diferencia del primero, el segundo plano de diferenciación se corresponde con un punto de vista material, en ese sentido, mientras los derechos humanos serían meros criterios morales carentes de toda juridicidad, sin capacidad de vincular *per se*⁶⁶. Estas pautas morales se convertirán en verdaderos derechos subjetivos cuando un determinado ordenamiento jurídico los incorpore a su normativa, pasando así a llamarse derechos fundamentales⁶⁷.

Para nosotros, los derechos fundamentales, por tanto, quedan definidos como aquellos derechos que le corresponden al ser humano por su condición de tal, por lo que presentan diversas aristas morales que un ordenamiento jurídico ha considerado necesario acoger.

En lo que respecta al concepto de derechos constitucionales, creemos que no corresponde llevarse a cabo un análisis demasiado profundo: serán derechos constitucionales los derechos que se encuentre recogidos en la Constitución.

Según Castillo Córdova, en el ordenamiento jurídico peruano, resulta indiferente hablar de derechos fundamentales o de derechos constitucionales, pues ambas denominaciones aluden a la misma realidad⁶⁸. Ello debido a que la cláusula presente en el artículo 3 de la Constitución Política del Perú extiende la fundamentalidad de los derechos regulados en la lista abierta del artículo 2 del citado texto normativo, por lo cual el hecho de que el Capítulo I del Título I de nuestra Carta Magna lleve por título “Derechos fundamentales de la persona”, no significa que el resto de derechos recogidos por la Constitución se conviertan automáticamente en no fundamentales. Es indistinto, por tanto, para nuestros fines hablar de derechos fundamentales o de derechos constitucionales.

⁶⁵ Ibid, p. 40.

⁶⁶ Ibid, p. 41.

⁶⁷ Ibid, p. 44.

⁶⁸ Ibid, p. 66.

Entonces ¿Los derechos reales son también derechos constitucionales? Una primera aproximación la encontramos en el inciso 16 del artículo 2 de la Constitución misma, en el que se contempla expresamente que toda persona tiene derecho a la propiedad, el derecho real por excelencia.

Al respecto, Gonzáles Barrón manifiesta que la propiedad refleja la libertad del individuo en relación con los bienes⁶⁹, según este autor la propiedad moderna es una consecuencia de la caída del antiguo régimen⁷⁰. Asimismo, la propiedad no debe ser entendida como un derecho social ni mucho menos como un derecho prestacional exigible⁷¹, pues ello no pasa de ser mera demagogia vacía y carente de todo sentido jurídico.

Sin embargo, Gonzáles Barrón señala los peligros de asumir una concepción radicalmente individualista de la propiedad, en el sentido de que si bien es cierto que estamos ante un derecho subjetivo de carácter individual, no se debe dejar de lado la función social del mismo, pues el propietario no vive solo, ni su riqueza se origina únicamente por su esfuerzo, sino que el titular del derecho de propiedad llega a disfrutar de su señorío sobre un determinado bien gracias a la unión de factores ajenos a él como la protección estatal, la actuación reguladora y controladora de la Administración Pública, entre otras⁷².

La función social a la que hacemos mención no es otra que la que se corresponde con el ejercicio del mismo derecho de propiedad en armonía con el bien común⁷³. Tal y como se encuentra regulado en el artículo 70 de nuestra norma fundamental. Asimismo, este artículo debe concordarse con el artículo 923 de nuestro Código Civil, según el cual la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social. Ante esto, debe concluirse que el bien común de nuestra carta magna es el equivalente constitucional al interés social de nuestro derecho civil patrimonial.

⁶⁹ GONZÁLES BARRÓN, Gunther. *El derecho civil patrimonial en la Constitución*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 14.

⁷⁰ Ibid, p. 15.

⁷¹ Ibid, p. 20.

⁷² Ibid, p. 21.

⁷³ Ibid, p. 31.

Por ende, la respuesta a la interrogante planteada en este apartado, al menos con el derecho de propiedad queda bastante clara: el derecho de propiedad sí es un derecho constitucional, se trata de un derecho subjetivo individual con proyección social.

En esa línea de pensamiento, corresponde ahora diferenciar entre la protección civil y la protección constitucional que recibe el derecho de propiedad dentro del ordenamiento jurídico peruano, pues si bien es cierto que el derecho de propiedad presenta una doble naturaleza: una real y una constitucional, alguna diferencia debe existir entre una y otra naturaleza. La jurisdicción constitucional se encargará de aquellos supuestos en los que el contenido esencial del derecho de propiedad se vea vulnerado, mientras que si en el caso concreto la afectación no se relaciona directamente con ese contenido esencial estaremos ante un supuesto de competencia de la jurisdicción civil.

Para realizar una distinción eficaz, consideramos necesario definir el contenido esencial del derecho constitucional a la propiedad, esto es, aquello que configura al derecho de propiedad como tal y no cómo otro derecho, y que además se corresponde con la jurisdicción constitucional. Dicho contenido se va desarrollando y delimitando progresivamente por el Tribunal Constitucional, caso por caso⁷⁴. García Chavarri indica que el intérprete máximo, excluye del contenido esencial del derecho de propiedad, por ejemplo, el reconocimiento de la titularidad de un bien⁷⁵. Por lo tanto, no podemos determinar plenamente el contenido esencial del derecho de propiedad de manera abstracta, sino que ha de verse el mismo casuísticamente.

No obstante, ello, creemos que sí existe una diferencia abstracta entre el aspecto constitucional y el carácter civil del derecho de propiedad, pues si bien es cierto el ordenamiento jurídico debe ser concebido como una unidad, tanto el derecho constitucional como el derecho civil son ramas jurídicas distintas, ello sin perjuicio del fenómeno de la constitucionalización del derecho privado. Afirmar que

⁷⁴ GARCÍA CHAVARRI, Abraham. *Estudios sobre la propiedad*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, editado por Priori Posada, Giovanni, 2013, p. 318.

⁷⁵ *Ibid*, p. 321.

dos ramas jurídicas sean distintas no significa que no se encuentren estrechas relaciones entre las mismas.

Siguiendo este razonamiento, la propiedad, desde un punto de vista civil, no es otra cosa que un señorío o conjunto de facultades que se ejercen directa e inmediatamente sobre un bien, mientras que desde el punto de vista constitucional, es correcto señalar que el derecho real pleno posee dos aristas: por un lado es un derecho subjetivo que consiste en el señorío mencionado, mientras que por otro se trata de un derecho que presenta una fuerte proyección social, pues interesa no sólo al propietario, sino a la comunidad misma. Por lo tanto, para poder delimitar de manera acertada el contenido constitucional del derecho de propiedad, primero debemos partir desde la óptica constitucional del mismo para en un segundo lugar plantearnos la siguiente pregunta: ¿En este caso en concreto estamos ante una vulneración directa del derecho de propiedad en su vertiente de derecho subjetivo de proyección social?

Ahora bien ¿Qué sucede con los demás derechos reales? ¿También son derechos constitucionales? Teniendo en cuenta que el derecho de propiedad es el derecho real por excelencia, pues se entiende que es el cúmulo de atribuciones más complejo que un titular de un derecho real puede ejercer sobre un determinado bien, consideramos que es lógico que el resto de derechos reales, al ser manifestaciones menores de dichas facultades, también han de ser considerados como derechos constitucionales y, en principio, han de seguir la suerte de este. El Derecho no es una ciencia exacta, sin embargo, hay ocasiones como esta en la que la lógica matemática puede resultar útil para nuestros fines: si un conjunto pertenece a determinado universo, los subconjuntos de dicho conjunto pertenecerán también al mencionado universo. Por ejemplo, si la propiedad es un conjunto que agrupa las facultades de usar, gozar, disfrutar y enajenar un bien, y dicho conjunto se encuentra en el universo de los derechos constitucionales; entonces también se encontrará en ese universo el derecho de usufructo, pues se trata del subconjunto formado por las facultades de usar y disfrutar.

Lo expuesto a lo largo de este segundo capítulo ha buscado justificar el porqué de nuestro enfoque constitucional a un conflicto clásico en los derechos reales. A la típica discusión sobre si los derechos reales deben regirse por un sistema *númerus clausus* o *númerus apertus*

le daremos una perspectiva distinta, un análisis constitucional. Ya hemos visto hasta acá qué son los derechos reales y cuál es la influencia de la Constitución en los mismos; a continuación, pasaremos a analizar los dos sistemas de derechos reales y veremos cuál es el que presenta un grado de armonía mayor con nuestra Carta Magna.

CAPÍTULO 3

LOS SISTEMAS DE DERECHOS REALES

Quizá la clasificación más difundida dentro de la enseñanza de los derechos reales es la correspondiente a los sistemas de generación de los mismos. Al respecto, la doctrina suele aceptar, sin mayores inconvenientes, una natural dicotomía. Por un lado, tenemos a los defensores de la seguridad que brinda el sistema *númerus clausus*; mientras que en el otro extremo aparecen aquellos que pregonan las bondades para la libertad individual que significa inclinarse por el sistema *númerus apertus*.

Ambos sistemas de derechos reales son diametralmente opuestos, y no resulta indiferente para el día a día del derecho civil patrimonial la elección de uno u otro por parte de un determinado ordenamiento jurídico; aún más si tenemos en cuenta la importancia que los derechos reales presentan en el tráfico jurídico. Por lo tanto, en este capítulo nos encargaremos de explicar en qué consiste cada uno de estos sistemas, así como de exponer las ventajas y desventajas que acarrear tanto el *númerus apertus* como el *númerus clausus*.

Asimismo, veremos cómo ha sido resuelta esta discusión doctrinal en algunas legislaciones extranjeras para posteriormente estudiar cuál ha sido la posición por la que ha optado el legislador peruano al momento de regular la creación de derechos reales.

Si bien es cierto, estamos ante uno de los temas más tratados en derecho civil, cabe resaltar que la mayoría de análisis que se han hecho al respecto se basan en una metodología dialéctica en la que se intercambian opiniones que sólo interesan al derecho civil. Otros autores optan por realizar un análisis económico de la cuestión, que, para fines didácticos y prácticos, no distan mucho del clásico enfoque civil. Buscaremos, por tanto, darle un giro a la comparación entre los dos sistemas de derechos reales existentes desde un enfoque constitucional, debido a que, en el derecho actual, para que una postura legislativa tenga una legitimidad verdadera en su origen, es necesario que antes se trate de una posición acorde a la Constitución.

3.1. *Numerus clausus*

Para el sistema *numerus clausus*, la vía más adecuada para la generación de tipos de derechos reales es la pública⁷⁶, esto significa que serán derechos reales únicamente aquellos que el legislador haya previsto de manera expresa, viéndose negada la iniciativa privada en la configuración de los mismos. En este supuesto, todos los derechos reales son típicos. Este régimen no implica necesariamente que el derecho deba describirse con el nombre de “derecho real”, sino que el derecho se encuentre regulado por ley y no provenga de la creación privada⁷⁷.

Es importante señalar que el *numerus clausus* no limita al Estado en la generación de nuevos tipos de derechos reales, dicha prohibición corresponde únicamente a los particulares. Por lo tanto será el Poder Legislativo el encargado de aumentar o disminuir la lista cerrada de derechos reales⁷⁸.

Un argumento muy usado por los defensores de esta postura legislativa pasa por la defensa del orden público que otorga este sistema. Al estar frente a derechos que poseen una eficacia erga omnes, es lógico

⁷⁶ PERALTA MARISCAL, Leopoldo. *Análisis crítico del sistema español de numerus apertus en materia de derechos reales*. Revista crítica de derecho inmobiliario. 2015, núm 751, p. 2669.

⁷⁷ MEJORADA CHAUCA, Martín. *Derechos sobre bienes y el numerus clausus*. Themis. 2014, núm 66, p. 180.

⁷⁸ PERALTA MARISCAL, Leopoldo. *Op. Cit.*, p. 2670.

que el Estado y no los privados sean quienes tengan el poder de tipificarlos⁷⁹.

Como es evidente, el *númerus clausus* tiene su fundamento lógico anterior en la teoría clásica de los derechos reales, pues el simple hecho de aceptar una división natural entre derechos reales y derechos personales refleja que para la teoría dualista ambos tipos de derechos cumplen funciones diferentes. En ese contexto, el sistema cerrado de derechos reales sostiene que los derechos reales tienen una mayor importancia que los personales⁸⁰, en el sentido que los primeros cuentan con una vinculación más notoria con el interés general.

Ahora bien, en el primer capítulo de este trabajo hemos analizado las diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica de los derechos reales y nos suscribimos a la teoría clásica ¿Esto significa que damos por correcto al *númerus clausus*? La respuesta, de momento, sería prematura, pues, aunque el lector piense que la respuesta es obviamente afirmativa, aún falta que estudiemos el sistema *númerus apertus*.

Volviendo al presente apartado, es menester indicar que según Peralta Mariscal, quienes promueven el *númerus clausus* resaltan el hecho de que bajo este sistema los derechos reales están estandarizados y por lo tanto son fácilmente cognoscibles en cuanto a su contenido, lo cual promueve el tráfico jurídico de los bienes en una mayor medida que en el sistema *númerus apertus*⁸¹. Al encontrarse estandarizados, la tipificación estatal de los derechos reales ayuda considerablemente al sistema registral, pues la calificación registral es mucho más sencilla que en el *númerus apertus*⁸², evitándose un sinnúmero de complicaciones que podrían derivarse, como por ejemplo el hecho de discutir si una determinada creación privada es inscribible o no, así como también la dificultad de conocer cabalmente cuáles son todos los derechos reales que recaen sobre un bien, y lo más importante, lo complicado que sería para un ciudadano de a pie conocer el contenido de dichos derechos.

⁷⁹ Ibid, p. 2680.

⁸⁰ Ibid, p. 2682.

⁸¹ Ibid, p. 2681.

⁸² Ibid, p. 2681.

Los simpatizantes del *númerus clausus* también resaltan que la rigidez propia de este régimen puede verse disminuida por medio de tipos flexibles derechos reales⁸³, esto significa que en vez de darle la espalda totalmente a la posibilidad de que la autonomía privada juegue un rol importante al momento de configurar el contenido de los derechos reales lo que se hace realmente es delimitar la libertad particular, dándole una gama de opciones bajo las cuales moverse de manera tal que no resulte afectado el orden público. Arbulú Celi⁸⁴, señala que para Lacruz Berdejo el reconocer a un derecho real como tal implica una serie de consecuencias para terceros y para la economía nacional, con lo cual no sería lo más acertado que el Estado dejase esta labor a los particulares.

Peralta Mariscal opina que la configuración de los derechos reales no puede quedar en manos de los particulares porque ellos actúan con la única finalidad de satisfacer sus propios intereses⁸⁵, con lo cual pasaría a un segundo plano la relevancia social que poseen. Agrega el citado jurista que, en todo caso, los particulares siempre contarán con la posibilidad de alcanzar dichos intereses a través de los derechos personales⁸⁶.

La producción irrestricta de derechos reales aumentaría los costos de transacción considerablemente, pues es mayor la investigación que tendría que hacerse para conocer el contenido de cada derecho real creado⁸⁷.

En resumen, para esta teoría lo realmente importante es la seguridad jurídica, lo cual no es poca cosa, sobre todo porque estamos frente a un valor jurídico que tanto en la teoría como en la práctica constituye uno de los pilares más importantes no sólo dentro de los derechos reales, sino dentro de todo el ordenamiento.

⁸³ Ibid, p. 2682.

⁸⁴ ARBULÚ CELI, Juan Antonio. *¿Númerus clausus o númerus apertus? Respeto al principio de legalidad o libre desarrollo de la autonomía de la voluntad*. Actualidad Jurídica. 2010, núm 165, p. 61.

⁸⁵ PERALTA MARISCAL, Leopoldo. *Op. Cit.*, p. 2685.

⁸⁶ Ibid, p. 2686.

⁸⁷ ARBULÚ CELI, Juan Antonio. *Op. Cit.*, p. 61.

¿Es cierto esto? ¿Tiene realmente una mayor importancia la seguridad jurídica que la autonomía de la voluntad? Para esta teoría la respuesta es afirmativa, al menos en lo que se refiere al sistema de derechos reales que debe adoptar un determinado ordenamiento jurídico.

Esperamos haber sintetizado las características más resaltantes de este primer régimen real: seguridad antes que libertad, interés público antes que el interés privado, estandarización antes que adaptabilidad, la previsibilidad del sistema por encima de la innovación privada.

3.2. *Numerus apertus*

El sistema de derechos reales llamado *numerus apertus* consiste precisamente, en un modelo diametralmente opuesto al *numerus clausus*, puesto que el régimen *numerus apertus* se otorga a la autonomía de la voluntad de una fuerza mayor. Los particulares gozan de la capacidad jurídica de generar y configurar derechos reales innominados que se adecuen a sus necesidades. Son los ciudadanos, quienes al tener plenamente identificados sus intereses, se encuentran en una posición privilegiada al momento de diseñar los derechos reales que mejor se adapten a sus fines.

Como puede inferirse, un modelo de este tipo no puede basarse en una mera libertad exorbitante de los ciudadanos, ello no sólo sería insostenible sino que además acarrearía consecuencias negativas para la sociedad en su conjunto, con lo cual para que este sistema funcione se necesita una previa delimitación de la autonomía privada y la existencia de un adecuado sistema de publicidad⁸⁸.

Para Figueroa Cercedo, en un sistema abierto de derechos reales la autonomía de la voluntad adquiere el carácter de principio jurídico, debido a que las partes cuentan con una amplia libertad para crear los derechos reales que les resulten convenientes⁸⁹. No obstante, el autor agrega que la implementación de un sistema *numerus apertus* debe respetar en todo momento las restricciones de las normas imperativas y

⁸⁸ PERALTA MARISCAL, Leopoldo. *Op. Cit.*, p. 2671.

⁸⁹ FIGUEROA CERCEDO, Sergio Moisés. *Op. Cit.*, p. 28.

las que se correspondan con el orden público⁹⁰. Según este jurista, si nos basamos en un análisis económico del derecho, tendría que admitirse una mayor eficiencia del *númerus apertus* en comparación del *númerus clausus* porque reduce los costos de transacción⁹¹, porque, por ejemplo; los costos de buscar un abogado y redactar un contrato innominado de principio a fin que satisfaga los intereses de los particulares serían dejados de lados, pues se podría generar un derecho real que cumpla con esta función⁹².

Como puede verse, el sistema *númerus apertus* es visto como una solución más acorde con la voluntad individual y no sólo eso, también se busca desacreditar el argumento a favor del *númerus clausus* el cual precisamente indica que los costos de transacción son menores en un sistema cerrado de derechos reales.

Para los simpatizantes del *númerus apertus*, es evidente que, si estamos ante un ordenamiento jurídico en el que impera el *númerus clausus*, la única vía por la cual los particulares pueden satisfacer cabalmente sus intereses es la utilización de derechos personales por medio de contratos, los cuales al ser potencialmente minuciosos en su contenido requieren una asesoría jurídica de calidad, lo cual aumenta considerablemente los costos que un sistema *númerus apertus* podría evitar tranquilamente. La solución práctica pasa por incluir, dentro de la legislación encargada de regular a los derechos reales, una parte general, tal y como sucede en los contratos⁹³

A diferencia de aquellos que pugnan a favor del *númerus clausus* que necesariamente parten de la adopción de la teoría dualista que diferencia las naturalezas jurídicas de derechos reales y derechos personales, los impulsores del sistema *númerus apertus* pueden estar de acuerdo con la teoría dualista, con la teoría monista o con cualquier otra teoría ecléctica, pues más que enfocarse en la esencia de lo que significa los derechos reales el *númerus apertus* se enfoca en discutir la técnica legislativa de la tipificación de los derechos reales, criticando que el

⁹⁰ Ibid, p. 83.

⁹¹ Ibid, p. 86.

⁹² Ibid, p. 82.

⁹³ Ibid, p. 70.

nacimiento y configuración de los derechos reales sean aspectos negados tajantemente a los particulares.

En resumen, un sistema de derechos reales de *númerus apertus* se centra en la autonomía de la voluntad, a partir de la cual se busca satisfacer de la mejor manera posible a los intereses de los particulares.

Teniendo en cuenta lo que implican tanto el sistema *númerus clausus* como el *númerus apertus*, procederemos a aterrizar nuestra investigación cuando veamos cómo ha sido resuelta esta cuestión en el derecho comparado.

3.3. En el derecho comparado

A continuación, veremos cuál ha sido el sistema de derechos reales elegido por diversos ordenamientos jurídicos.

3.3.1. En el derecho español

Es sabido la gran influencia que siempre ha tenido el derecho español en el derecho civil peruano, por lo que resulta importante ver cómo ha sido resuelta la polémica de los regímenes de derechos reales en el país peninsular.

Al respecto, Peralta Mariscal nos dice que en la legislación española no ha sido expresamente recogido ni el *númerus clausus* ni el *númerus apertus*, agrega que incluso el Código Civil de ese país guarda silencio sobre este tema⁹⁴.

A pesar de la ausencia de una declaración expresa por parte del legislador español, para Figueroa Cercedo, en España rige el sistema real de *númerus apertus*, pues en el ordenamiento jurídico del país ibérico se otorgan amplias facultades a los particulares para

⁹⁴ PERALTA MARISCAL, Leopoldo. *Op. Cit.*, p. 2670.

que pacten sobre cualquier aspecto que les resulte conveniente según sus necesidades⁹⁵.

Figuroa Cercedo llega a esta conclusión expuesta en el párrafo anterior después de citar textualmente el artículo 1255 del Código Civil español, en el cual se estipula lo siguiente: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre y cuando no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”⁹⁶.

El Código Civil guarda silencio y se supone que estamos ante la norma que por su naturaleza se encuentra llamada a elegir a alguno de los sistemas de derechos reales existentes ¿Alguna otra norma se ocupa de este problema? Al respecto, corresponde señalar que en el segundo punto del artículo 2 de la Ley Hipotecaria española, el legislador indica que son susceptibles de inscripción “Los títulos que se constituyan, reconozcan, transmiten, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y **otros cualesquiera reales**” (la negrita es nuestra). Esto parece acercarse a la idea de que en España no existe un sistema cerrado de derechos reales, toda vez que en este artículo podemos apreciar una notoria lista enunciativa y no taxativa. Además, si concordamos este artículo de la Ley Hipotecaria con el citado artículo 1255 del Código Civil, es evidente que en principio no estaría prohibido que los particulares creen derechos reales innominados para satisfacer sus intereses.

Figuroa Cacedo nos dice que esta aparente falta de claridad a causa de una inexistente declaración expresa ha creado una controversia en España, en donde autores como Álvarez Caperochipi defienden al sistema cerrado de derechos reales, mientras que catedráticos de la talla de Manuel Albaladejo se inclinan a favor del *númerus apertus*⁹⁷.

⁹⁵ FIGUROA CERCEDO, Sergio Moisés. *Op. Cit.*, p. 36.

⁹⁶ *Ibid*, p. 36.

⁹⁷ *Ibid*, p. 38.

Para los fines de este trabajo, hemos de decir que para nosotros, pese al silencio legislativo del legislador español, tiene más sentido hablar de que en el país insular el sistema imperante es el *númerus apertus*, pues una interpretación sistemática del artículo 1255 del Código Civil y del artículo 2 de la Ley Hipotecaria nos lleva a concluir que al no estar prohibida de manera expresa la participación de la autonomía privada en la generación de derechos reales atípicos, los particulares cuentan con la facultad de crear derechos reales innominados.

3.3.2. En el derecho alemán

Para entender el régimen de derechos reales existente en Alemania, primero debemos tener presente la diferencia que existe al momento de perfeccionar la transferencia del dominio de bienes muebles y bienes inmuebles.

Los bienes muebles se transfieren por medio de tres actos: primero tenemos un negocio causal que genera efectos obligatorios para las partes, en un segundo momento se encuentra un negocio de disposición que tiene efectos reales, finalmente la transferencia queda perfeccionada a través del acto real de entrega del bien⁹⁸.

Los bienes inmuebles en cambio, se transfieren de la siguiente manera: en un primer momento se da un negocio causal con efectos obligatorios, como segunda fase tenemos un negocio de disposición que tiene efectos reales (hasta aquí el procedimiento es idéntico al que ocurre en la transferencia de bienes muebles); y como tercera y última etapa: la inscripción registral⁹⁹.

Aparece aquí un dato muy importante: en el país germano la inscripción registral tiene carácter constitutivo, esto significa que para que un derecho real quede perfeccionado es un requisito

⁹⁸ FERNÁNDEZ SALAS, José Carlos. *Los derechos reales en Europa*. Themis. 2014, núm 65, p. 291.

⁹⁹ *Ibid*, p. 291.

anterior que se encuentre inscrito en el folio real. Antes de ello no estaremos frente a un verdadero derecho real.

Cabe resaltar que lo dicho en el párrafo anterior aplica únicamente para los bienes inmuebles, pues en el caso de los bienes muebles, estos quedan perfeccionados con un acto real que consiste en la entrega del bien¹⁰⁰.

Fernández Salas afirma que en el derecho alemán rige el *númerus clausus*, debido a que en Alemania la tipicidad adquiere el rango de principio dentro de los derechos reales¹⁰¹.

Nosotros hemos llegado a la misma conclusión que Fernández porque es un requisito lógico que en Alemania el sistema imperante sea el *númerus clausus*. Si los alemanes han llegado a darle una importancia tan elevada a la seguridad jurídica al momento de diseñar un sistema registral con efectos constitutivos no tendría sentido alguno que a su vez diera carta abierta a los particulares para configurar derechos reales atípicos a diestra y siniestra porque la calificación registral de todos y cada uno de estos derechos reales no establecidos por ley atentaría contra la celeridad y eficiencia del sistema registral alemán porque para inscribir un derecho real como tal, primero debe hacerse una evaluación respectiva. Entendemos que si los requisitos necesarios para dicha inscripción se refieren a derechos previamente establecidos por el legislador germano la calificación será mucho más rápida y precisa que si estuviésemos en el caso de una calificación de un derecho real *sui generis* creado por particulares. En el caso de los derechos reales típicos, la evaluación cuenta con un grado alto de estandarización; en cambio si hablamos de calificar la inscripción de derechos reales atípicos originados en la autonomía de la voluntad de sujetos privados, la Administración Pública alemana debería realizar exámenes exhaustivos caso por caso antes de proceder a perfeccionar un derecho real a través de su registro, lo cual en nuestra opinión es un derroche de recursos.

¹⁰⁰ Ibid, p. 291.

¹⁰¹ Ibid, p. 291.

Creemos que un mayor grado de estandarización corresponde a un mayor grado de seguridad jurídica porque se brinda una previsibilidad mayor a los ciudadanos respecto al obrar de la Administración Pública.

En Alemania no pasa lo que sucede en España: no existe duda alguna de cuál es el sistema de derechos reales que rige. Como hemos dicho, creemos que es porque hablar de bienes inmuebles en Alemania es hablar del sistema registral alemán. A su vez hablar sobre el sistema registral alemán es sinónimo de seguridad jurídica. Quizá sea uno de los ejemplos más notorios en los que una sociedad ha preferido la seguridad jurídica por encima de la autonomía privada.

3.3.3. En el derecho francés

Según Fernández Salas, en Francia el derecho de propiedad tiene el carácter de ser un derecho en principio absoluto¹⁰². Tal afirmación encuentra su fundamento en el artículo 544 del Código Civil francés, texto en cual el legislador galo ha regulado expresamente lo siguiente: “**La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta**, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos” (la negrita es nuestra).

También existen los siguientes derechos reales limitados: superficie, servidumbres, usufructo, uso y habitación y la hipoteca¹⁰³. Fernández Salas agrega que esta lista de derechos reales limitados es una lista taxativa, por lo que el régimen de *numerus clausus* es el sistema de derechos reales presente en la legislación francesa¹⁰⁴, sin embargo este autor no da razones para defender tal afirmación.

¹⁰² Ibid, p. 287.

¹⁰³ Ibid p. 288.

¹⁰⁴ Ibid p. 288.

En el artículo 543 del Código Napoleón se encuentra el listado de derechos reales, el mismo indica lo siguiente: “Se puede tener sobre los bienes, o bien un derecho de propiedad, o un simple derecho de disfrute, o solamente los servicios rústicos que se pretendan”. Como puede observarse, existe un silencio legislativo respecto a si esta lista es taxativa o enunciativa.

Para Mazeaud, en Francia rige el *numerus clausus*, pues a diferencia de los derechos personales, los derechos reales, al haber sido creados por ley son esencialmente limitados¹⁰⁵. Sin perjuicio de ello, somos de la opinión que existe una razón más fuerte para defender el *numerus clausus* en el derecho civil francés: si el Código Napoleón tuvo como misión original convertirse en la única fuente creadora de derecho¹⁰⁶, podemos deducir que adoptar el sistema *numerus apertus* dentro de los derechos reales es una opción legislativa radicalmente opuesta a las pretensiones del proceso de codificación, ya que si los particulares disponen de la capacidad de crear derechos reales innominados el Código perdería fuerza como fuente del derecho civil, a la vez que la autonomía privada se convertiría en una fuente creadora de igual validez a la ley, lo cual diversificaría lo que el proceso histórico de codificación pretendió unificar.

3.3.4. En el derecho argentino

En el caso del derecho civil argentino, la postura es clara en favor del *numerus clausus*. En el artículo 1884 del Código Civil y Comercial de la Nación el legislador argentino ha tipificado lo siguiente: “La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. **Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura**” (la negrita es nuestra).

¹⁰⁵ MAZEAUD, Henri. *Op. Cit.*, pp. 247-248.

¹⁰⁶ CORRAL TARCIANI, Hernán, “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, *Op. Cit.* [Fecha de consulta: 07-SET-2016].

Según Causse, la razón por la cual la ley se reserva la reglamentación de los elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación y transmisión, duración y extinción de los derechos reales se encuentra en los intereses superiores de la comunidad. El legislador rioplatense antepuso el orden público a la autonomía de la voluntad¹⁰⁷.

El antecedente directo del artículo 1884 del Código Civil y Comercial de la Nación lo encontramos en lo que se estipulaba en el artículo 2502 del derogado Código Civil de la República Argentina: “**los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley**. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”. Según Gatti y Alterni, Vélez Sarsfield, autor del código derogado, se inspiró en el derecho romano a la hora de prohibir la creación particular de derechos reales¹⁰⁸.

3.3.5. En los países miembros de la Alianza del Pacífico

Según Blanco Estévez el proceso de integración regional de la Alianza de Pacífico constituye uno de los proyectos supranacionales con mayor proyección y capacidad de crecimiento en América Latina. Asimismo, para este analista uno de los principales retos de la Alianza del Pacífico es avanzar y profundizar en la integración económica entre sus cuatro países miembros: Chile, Colombia, México y Perú. Dicha integración económica que engloba aspectos como el comercio, la unión aduanera, la unión monetaria, el libre tránsito de trabajadores, entre otros¹⁰⁹.

¹⁰⁷ CAUSSE, Federico. “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”. Tomo V. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. 2016, p. 3.

¹⁰⁸ GATTI, Edmundo y ALTERNI, Jorge. “El derecho real, elementos para una teoría general”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1998, p. 77.

¹⁰⁹ BLANCO ESTÉVEZ, Adrián, “La Alianza del Pacífico: un largo camino por recorrer hacia la integración” <https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/La_Alianza_del_Pacifico_Blanco_0.pdf>. [Fecha de consulta: 07-SET-2016].

Siguiendo con lo expuesto por Blanco Estévez, consideramos que la regulación de los derechos reales es otro ámbito que debe ser tomado en cuenta a la hora de hablar de integración entre los países miembros de la Alianza del Pacífico, pues los derechos reales constituyen uno de los pilares del tráfico económico de cualquier ordenamiento jurídico. Comprender la realidad de los distintos regímenes de derechos reales y saber si los legisladores han optado por el sistema de *númerus clausus* o de *númerus apertus* podría ser un primer paso hacia la posterior unificación del tratamiento de los derechos civiles patrimoniales de los países miembros. En este punto hablaremos de cuáles han sido los sistemas de derechos reales adoptados por el derecho chileno, el colombiano y el mexicano.

3.3.5.1. En el derecho chileno

Hablar del derecho civil chileno es hablar del Código Andrés Bello. El proyecto de ley definitivo se aprobó el 14 de diciembre de 1855, posteriormente el código entró en vigencia el 1 de enero de 1857¹¹⁰. Del contenido del código civil chileno nos interesa el libro segundo, en el cual se desarrolla la materia de los derechos reales. Tal libro recibe por nombre: “De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce”. Cabe resaltar que esta sección de la obra de Andrés Bello no ha sufrido modificaciones sustanciales desde su entrada en vigor¹¹¹. Es más, Guzmán Brito nos dice que nunca ha habido en Chile algún intento eficaz por sustituir el código de 1855¹¹². Ello es evidencia de que el régimen de derechos reales en Chile se ha ido adaptando al desarrollo histórico de la sociedad chilena, la cual no se ha visto en necesidad de realizar cambios radicales.

¹¹⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Código Civil chileno, estudio preliminar y notas de Alejandro Guzmán Brito*. Navarra: Thomson Aranzadi. 2006, p. 42.

¹¹¹ Ibid, p. 54.

¹¹² Ibid, p. 54.

En el artículo 557 del Código Civil chileno se regula lo siguiente: “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales”. Aparentemente nos encontramos ante otro caso de silencio legislativo, sin embargo, ello no es del todo cierto. Barrientos Grandon señala que en el primer proyecto del libro sobre bienes se había previsto que originalmente para este artículo se agregaría un inciso en el cual se establecía lo siguiente: “**No hay más derechos reales que el de dominio, el de servidumbre el de censo y el de prenda o hipoteca.** De estos derechos nacen las acciones reales” (la negrita es nuestra).¹¹³ Así tenemos que en un primer momento el proyecto de ley se inclinaba por un claro sistema de *númerus clausus* en materia de derechos reales, pues al señalar que “no hay más derechos reales” es obvio que no se preveía la posibilidad para que los particulares creen sus propios derechos reales empleando la autonomía privada. Somos de la opinión que en la redacción final del artículo 557 se omitió la parte que hemos resaltado no porque se haya terminado optando por asumir un régimen de *númerus apertus*, sino porque configurar una lista enunciativa de derechos reales de brinda al legislador la posibilidad futura de tipificar los derechos reales nuevos que reclame un hipotético y nuevo contexto social. Estamos ante una puerta abierta, no a la autonomía privada, sino al futuro accionar legislativo.

El rasgo esencial del sistema de *númerus clausus* es que la tipificación de los derechos reales se encuentra limitada a la ley, siendo imposible que los ciudadanos configuren derechos reales atípicos. Esta característica se puede apreciar tanto en una lista enunciativa que permita la tipificación de derechos reales nuevos como en una lista

¹¹³ BARRIENTOS GRANDON, Javier. *Código Civil*. Tomo I. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2014, pp. 575-576.

expresamente cerrada, la cual, en caso de necesidad futura de tipificar un nuevo derecho real distinto, exige el requisito previo de una modificación de la ley para posibilitar la nueva tipificación.

No haber modificado el citado artículo del proyecto de ley implicaría que si posterior a la promulgación de la norma la realidad chilena hubiese reclamado la necesidad de tipificar derechos reales nuevos y distintos a los de dominio, servidumbre, censo, prenda o hipoteca; tendría que haberse dado una modificación expresa del Código Civil chileno, pues la lista mencionada de derechos reales se hubiese encontrado totalmente cerrada respecto a la posibilidad de tipificar derechos reales nuevos.

Con la redacción actual del artículo 577 el legislador chileno cuenta con la facultad de tipificar nuevos derechos reales que no se limiten a los expresamente mencionados en el mismo, ya sea agregando nuevos artículos en el Código Bello o a través de alguna ley especial. Un ejemplo de esta capacidad legislativa lo encontramos en el derecho real de conservación medioambiental, el cual fue aprobado mediante Ley 20930, promulgada el 10 de junio de 2016 y publicada el 25 de dicho mes¹¹⁴.

Teniendo en cuenta que en la primera versión del proyecto de ley el legislador transandino fue contundente con su adhesión al sistema de *numerus clausus* de derechos reales y, que, además, en la redacción final del artículo 577 del Código Civil chileno no se evidencia cambio alguno en favor del *numerus apertus*, pues no se le da carta abierta a los particulares para que generen derechos reales atípicos. Es lógico, por ende, afirmar que el texto originario del proyecto es el antecedente histórico

¹¹⁴ En el artículo 2 de dicha norma se define al derecho de conservación medioambiental como: “el derecho consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de éste. Este derecho se constituye en forma libre y voluntaria por el propietario del predio en beneficio de una persona natural o jurídica determinada”.

inmediato de la disposición final¹¹⁵. Concluimos, por lo tanto, en que los derechos reales en Chile se encuentran dentro de un sistema de *númerus clausus*.

3.3.5.2. En el derecho colombiano

Durante el periodo de la Federación, comprendido entre los años 1858 y 1886 el territorio colombiano se encontraba dividido en nueve Estados Soberanos¹¹⁶. Cada uno de estos estados contó con sus respectivos códigos civiles, los cuales a su vez fueron, esencialmente, una copia del Código Civil chileno¹¹⁷. Una de las razones por las cuales Colombia hizo suyo el Código Andrés Bello las encontramos en las palabras de Uribe Misas, según quien la obra de Andrés Bello es “un monumento insuperable, tanto en lo jurídico como en lo gramatical”¹¹⁸, llega tal punto la admiración de este jurista colombiano que incluso considera que el trabajo de Andrés Bello llegó incluso a superar a los redactores del Código Civil francés¹¹⁹.

Posteriormente, en el año de 1885 se inició en el hermano país cafetero una dolorosa guerra civil que finalizó con la desaparición de los nueve Estados Soberanos y con la promulgación de la Constitución de 1886 con la cual Colombia pasó a ser una República unitaria¹²⁰. Seguidamente, en 1887 la nueva República unitaria adoptó el mismo Código Civil chileno que había regido durante la época de la Federación¹²¹.

¹¹⁵ Si bien es cierto en España también existe una lista enunciativa de derechos reales, en el caso del derecho civil español no existe un antecedente histórico similar. Por tal motivo las conclusiones respecto a cuál es el sistema de derechos reales suscrito por estos derechos extranjero son distintas.

¹¹⁶ URIBE MISAS, Alfonso. *Código Civil de Colombia*. Madrid: Instituto de cultura hispánica, 1963. pp.17-18.

¹¹⁷ Ibid, p. 17.

¹¹⁸ Ibid, p. 18.

¹¹⁹ Ibid, p. 19.

¹²⁰ Ibid, p. 18.

¹²¹ Ibid, p. 18.

El artículo 665 del Código Civil colombiano es una copia absoluta de la lista de derechos reales que regula el Código Civil chileno: “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales”. Consideramos aplicable el mismo razonamiento mediante el cual justificamos la presencia del *númerus clausus* en Chile. En otras palabras, tanto en Chile como en Colombia nos encontramos frente al mismo código y frente al mismo artículo, por lo que la conclusión es la misma: ambas legislaciones son partidarias de la doctrina del *númerus clausus*.

3.3.5.3. En el derecho mexicano

El caso de México es particular debido a que no estamos frente a un Estado unitario, sino frente a un Estado federado conformado por 32 entidades federativas, de las cuales 31 son Estados y la restante es la capital del país norteamericano, la cual tiene calidad de entidad federativa singular¹²². La estructura del Estado mexicano implica la existencia de una amplia diversificación normativa, pues cada uno de las 32 entidades federativas tendrá sus propias normas internas. Es evidente que las leyes de una determinada entidad federativa pueden ser opuestas a la de otra entidad federativa. Ante esta dificultad, nos vemos en la necesidad de centrarnos en la legislación federal y en la correspondiente a la capital mexicana, pues de lo contrario este trabajo se extendería demasiado.

El inciso II del artículo 13 del Código Civil Federal literalmente señala que: “**La constitución, régimen y**

¹²² Artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

extinción de los derechos reales sobre inmueble, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, **se registrarán por el derecho del lugar de su ubicación**, aunque sus titulares sean extranjeros"(la negrita es nuestra). Consecuentemente, el Código Civil Federal deja abierta la cuestión del sistema de derechos reales, materia que deberá ser definida por cada una de las entidades federativas, las cuales, en principio, podrían inclinarse bien por el *númerus clausus*, bien por el *númerus apertus*.

A diferencia de lo que ocurre a nivel federal, el Código Civil para el Distrito Federal guarda silencio respecto al sistema de derechos reales aplicable a su jurisdicción. Espíndola Bustillos, Notario Público del Distrito Federal, nos dice que a pesar de ello no es posible que los particulares puedan crear una figura mediante la cual logren obligar a todo el mundo¹²³. Al parecer el Notario mexicano es partidario de la teoría monista de los derechos reales, ya que la posibilidad “obligar a todo el mundo” alude a la doctrina del sujeto pasivo universal. Asimismo, afirma que la mayor parte de la doctrina se inclina por un sistema *númerus clausus* porque la seguridad jurídica que brinda es considerablemente mayor a la otorgada por un régimen de *númerus apertus*¹²⁴. Para finalizar, el autor considera que, de un estudio por la legislación aplicable, los únicos derechos reales que existen en Distrito Federal son: la propiedad, el usufructo, el uso, la habitación, la hipoteca, la servidumbre y la prenda. Tanto la copropiedad y el condominio vendrían a ser modalidades del derecho real de propiedad¹²⁵.

¹²³ ESPÍNDOLA BUSTILLOS, Miguel Ángel. *La propiedad inmobiliaria en México: su esencia y extensión*. Revista mexicana de Derecho. 2009, núm 11, p. 98.

¹²⁴ Ibid, p. 98.

¹²⁵ Ibid, p. 98.

3.3.5.4. En el derecho peruano

El legislador nacional, al igual que el argentino, se ha decantado expresamente en favor del sistema de *númerus clausus* al momento de regular los derechos reales. Así, tenemos que, a diferencia del silencio legislativo del Código Civil de 1852, en el artículo 881 de nuestro Código Civil actual, ha quedado manifestado lo siguiente: “**Son derechos reales los regulados en este libro y otras leyes**” (la negrita es nuestra). Cuando este artículo habla de “este libro” se refiere al libro quinto de nuestra norma civil sustantiva, el cual lleva por nombre “Derechos Reales” y al indicar “otras leyes” abre la posibilidad legislativa para la tipificación de nuevos derechos reales, ya sea en el mismo código o en leyes especiales.

Arbulú Celi nos dice que la redacción del artículo 881 del Código Civil tiene su fuente de inspiración en el artículo 852 del Código Civil de 1936¹²⁶, el mismo en el que se recogía lo siguiente: “Por los actos jurídicos **sólo pueden establecerse los derechos reales reconocidos en este código**. No se puede establecer la prohibición de enajenar, salvo en los casos permitidos por ley” (la negrita es nuestra). Es por este fundamento histórico que no podemos estar de acuerdo con Arbulú Celi cuando habla de cierta ambigüedad de nuestro Código Civil al no prohibir de manera expresa en ninguno de sus artículos que los particulares puedan crear derechos reales innominados¹²⁷. Incluso, Mejorada Chauca, defensor del *númerus apertus*, no tiene inconvenientes en admitir que en nuestra legislación existe un sistema de derechos reales basado en el *númerus clausus*¹²⁸.

¹²⁶ ARBULÚ CELI, Juan Antonio. *Op, Cit.*, p. 62.

¹²⁷ *Ibid*, p. 62.

¹²⁸ MEJORADA CHAUCA, Martín. *Derechos sobre bienes y el númerus clausus*. Themis. 2014, núm 66, p. 181.

Consideramos como un gran acierto de la legislación actual el hecho de no haber limitado la tipificación de derechos reales únicamente al ámbito del Código Civil, pues el perfectamente posible que surja la necesidad de regular diferentes derechos reales en leyes especiales. En otras palabras, sería absurdo que un derecho real no se considere como tal simplemente por encontrarse tipificado en una norma distinta a la del Código Civil. Una cosa es adoptar el sistema de *númerus clausus* en la creación de derechos reales y otra muy distinta es legislar mediante un formalismo excesivo y limitante. Como bien dice Mejorada Chauca, nuestro ordenamiento jurídico acepta la presencia de derechos reales en leyes distintas del Código Civil, pues lo que interesa al sistema de *númerus clausus* es que el derecho en cuestión se encuentre regulado en una ley y tenga las características de los derechos reales (oponibilidad, persecutoriedad y que recaigan sobre un bien)¹²⁹. Así, por ejemplo, el derecho que regula la Ley 28677 que regula la Garantía Mobiliaria no deja de ser tener la naturaleza jurídica de derecho real por el mero hecho de ubicarse en una ley especial¹³⁰.

Gonzalez Barrón nos dice que el ordenamiento jurídico nacional reconoce expresamente el sistema de *númerus clausus* pero con alguna flexibilidad, pues algunos derechos reales típicos conceden una cierta autonomía a los particulares para modificar su contenido¹³¹. Posteriormente, nos da el ejemplo del artículo 999 del Código Civil en el cual además de definirse al usufructo como el derecho que confiere las facultades de usar y disfrutar temporalmente un bien ajeno, se agrega que “pueden excluirse del usufructo determinados provechos y utilidades”, lo cual significa que el contenido legal del usufructo es susceptible de una cierta variación por la autonomía privada¹³².

¹²⁹ Ibid, p. 181.

¹³⁰ Ibid, p. 181.

¹³¹ GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos reales...*, Op, Cit., p. 36.

¹³² Ibid, p. 36.

CAPÍTULO 4

¿SEGURIDAD JURÍDICA O AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD?

Como hemos visto a lo largo del capítulo anterior, los defensores del *númerus clausus* y del *númerus apertus* se basan en una serie de argumentos para defender sus respectivas posturas doctrinales. Consideramos que si bien es cierto existe variedad en cuanto a dichos argumentos se refiere, existen unos que podemos catalogar de imprescindibles o esenciales, pues a partir de ellos se van acomodando los demás. Tales argumentos principales no son otros que los derivados de la importancia que determinado ordenamiento jurídico le otorga a la seguridad jurídica y a la autonomía privada.

Así tenemos que, si un determinado ordenamiento jurídico es partidario del *númerus clausus* en lo que respecta a su sistema de derechos reales, lo normal será que dicha postura se sustente en la mayor importancia que presente la seguridad jurídica dentro de ese ordenamiento jurídico en detrimento de la autonomía de la voluntad.

Por el contrario, los defensores del *númerus apertus* parten de una concepción diametralmente opuesta: la autonomía de la voluntad, la que cuenta con una importancia mayor a la seguridad jurídica, por lo que un sistema de *númerus apertus* sería más adecuado al momento de elegir un régimen para los derechos reales de un ordenamiento jurídico.

A partir de la elección de uno o de otro razonamiento es que los demás argumentos empiezan a tener sentido y real consistencia, pues dependiendo de cuál de los dos principios pese más se empezará a argumentar en uno u otro sentido, en favor de una u otra postura.

Ahora bien, si nuestro objetivo es averiguar si el sistema de derechos reales de *númerus clausus* existente en nuestro país es constitucional o no, un paso previo será estudiar a los principios de seguridad jurídica y de autonomía privada para comprender cuál es el papel que juegan ambos dentro de nuestro régimen de derechos reales.

Posteriormente responderemos a la siguiente pregunta: ¿Realmente existe un conflicto entre ambos principios? De ser así ¿Cuál ha de imponerse? En caso contrario ¿Cuál ha de ser la solución ante este antagonismo aparente?

Una vez resuelta las interrogantes expuestas podremos estar en capacidad de realizar un análisis de constitucionalidad del sistema de derechos reales vigente en el ordenamiento jurídico peruano.

4.1. La seguridad jurídica como principio constitucional

La búsqueda de seguridad no es un objetivo exclusivo de la ciencia jurídica. Antes de hablar de la seguridad jurídica como tal, debemos tener presente que el anhelo de seguridad es una constante que se repite a lo largo del desarrollo histórico del hombre¹³³. Pérez Luño señala que durante la Edad Antigua y el Medioevo reinaba la inseguridad en casi cualquier ámbito de la vida, pues las posibilidades de supervivencia de las personas que vivieron durante estos periodos históricos se encontraban constantemente amenazadas por males como el hambre, la peste, las plagas, los bandidos, entre otros¹³⁴.

No es hasta el Renacimiento que se observa una primera reacción histórica relevante frente al problema de la inseguridad. Uno de los

¹³³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p.19.

¹³⁴ *Ibid*, p. 20.

principales logros del hombre renacentista es justamente el hecho de tomar conciencia sobre la relación existente entre conocimiento y seguridad¹³⁵. Así, a mayor nivel de conocimiento, mayor será el nivel de seguridad. Un claro ejemplo de esta última afirmación lo encontramos en los descubrimientos geográficos que probaron que la tierra no era plana, sino redonda¹³⁶, con lo cual se dejaron de lado muchos mitos propios de la época.

Posteriormente, durante la Ilustración se exaltan los ideales de paz, certidumbre, claridad y racionalidad¹³⁷. Como consecuencia lógica el anhelo de seguridad es mayor que en etapas anteriores¹³⁸. Sin embargo, posteriormente este auge se ve opacado por el movimiento romántico, el cual trajo consigo una infravaloración del ideal de seguridad¹³⁹.

Después de la segunda guerra mundial inicia un periodo de recuperación y rehabilitación de la seguridad. El Derecho no es ajeno a ello, puesto que se entiende que un compromiso en favor de la seguridad y la certeza es el mejor camino para resolver conflictos jurídicos¹⁴⁰.

Ahora bien ¿Qué significa estar jurídicamente seguros? Para poder dar una respuesta, antes es necesario saber a qué nos referimos cuando hablamos de seguridad jurídica. Respecto a su naturaleza jurídica, la seguridad jurídica se encuentra catalogada como un principio jurídico¹⁴¹. Un principio jurídico es un mandato de optimización que se caracteriza en el hecho de que su cumplimiento se puede dar en diferentes grados, pues se trata de un concepto abierto que requiere de una previa interpretación para su posterior aplicación¹⁴². Precisamente por encontrarnos frente a un principio jurídico es que una definición estable y válida para siempre y para todos los casos se vuelve una utopía académica, pues la indeterminación del concepto es un rasgo

¹³⁵ Ibid, p. 20.

¹³⁶ Ibid,p. 20.

¹³⁷ Ibid, p. 20.

¹³⁸ Ibid, p. 20.

¹³⁹ Ibid, p. 20.

¹⁴⁰ Ibid, pp. 21-23.

¹⁴¹ PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 37.

¹⁴² GARCÍA MERINO, Fabiola. *Proceso de inconstitucionalidad*. Lima: Grijley, 2009, pp. 43-44.

característico de cualquier principio jurídico¹⁴³. Sin embargo, consideramos que, si bien es imposible dar una definición precisa como en el caso de las tangibles conceptualizaciones propias de las ciencias exactas, ello no significa que estemos ante una realidad indefinible, sino que, por el contrario, estamos ante un concepto que es esencialmente argumentable, por lo tanto, buscaremos dentro de las características que se le otorgan a la seguridad jurídica para estar en condiciones de proponer un concepto que enriquezca el debate académico.

En ese contexto, Palma Fernández señala que entre las características de la seguridad jurídica en relación a la producción de normas encontramos los siguientes rasgos: certeza de la norma vigente, la claridad del texto de la norma y la capacidad reguladora autosuficiente en su ámbito¹⁴⁴. A continuación, veremos a qué se refiere el autor cuando habla de cada una de estas peculiaridades.

La certeza de la norma vigente alude a la obligación de los poderes públicos de asegurar que la producción normativa se ajuste a las pautas preestablecidas por la cultura jurídica del país¹⁴⁵.

En cuanto a la claridad del texto de la norma, Palma Fernández cita a Bentham¹⁴⁶, quien recuerda que el fin de las leyes no es otro que dirigir la conducta del ciudadano, y para que esto se verifique es necesario que la ley sea clara, lo que significa que la norma debe ofrecer al entendimiento una idea que represente exactamente la voluntad del legislador y que además se fije fácilmente en la memoria de los administrados¹⁴⁷.

Respecto a la capacidad reguladora autosuficiente en su ámbito, Palma Fernández indica que la finalidad de dictar normas es regular conductas dentro de un determinado campo de la realidad social, por lo tanto, una consecuencia lógica será que la norma jurídica tiene que ser

¹⁴³ PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. *Op, Cit.*, p. 37.

¹⁴⁴ *Ibid*, pp. 46-49.

¹⁴⁵ *Ibid*, p. 45.

¹⁴⁶ *Ibid*, p. 46.

¹⁴⁷ *Ibid*, p. 46.

completa en su propia formulación y encontrarse especializada para el campo de actividad sobre el que se vierte¹⁴⁸.

Por su parte, Pérez Luño nos dice que la seguridad jurídica tiene dos acepciones: la objetiva y la subjetiva¹⁴⁹. La seguridad jurídica objetiva, a la que el autor denomina seguridad jurídica en sentido estricto, vendría a ser la manifestación de la exigencia de regularidad estructural y funcional de un sistema jurídico por medio de sus normas e instituciones¹⁵⁰. Mientras tanto, la seguridad jurídica subjetiva se refiere a la certeza del Derecho, para lo cual se requiere de los medios de publicidad necesario, pues para cumplir con dicho objetivo se debe optimizar la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios, esto es, por los ciudadanos¹⁵¹.

Según Bermejo Vera, la seguridad jurídica es la confianza que el hombre pone en las reglas conocidas, justamente con la finalidad de dar alivio a la desconfianza en sus semejantes y superiores, por lo que la posibilidad de confiar en un ordenamiento jurídico vendría a ser una condición para hablar de auténtica libertad¹⁵². El autor agrega que la seguridad jurídica es uno de los valores esenciales para el correcto funcionamiento del Estado de Derecho y para la estabilidad económica¹⁵³. Incluso, llega al punto de manifestar que la seguridad jurídica se encuentra dentro de la propia esencia del Derecho¹⁵⁴.

Es interesante ver cómo el tema de la seguridad jurídica ha sido desarrollado en España. Según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional español (como puede observarse en las sentencias 27/1981, 99/1987, 227/1988 y 150/1990), la seguridad jurídica queda definida como: “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad

¹⁴⁸ Ibid, p. 49.

¹⁴⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Op, Cit.*, pp. 29-30.

¹⁵⁰ Ibid, p. 29.

¹⁵¹ Ibid, p. 30.

¹⁵² BERMEJO VERA, José. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Navarra: Thomson-Civitas, 2005. p. 42.

¹⁵³ Ibid, p. 42.

¹⁵⁴ Ibid, p. 43.

normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad”¹⁵⁵.

Bermejo Vera nos dice que para la Constitución española la seguridad jurídica cuenta con las categorías de valor, principio y derecho fundamental¹⁵⁶. El legislador ibérico le ha dado tal nivel de importancia a la seguridad jurídica que en el inciso 3 del artículo 9 de la Constitución española ha recogido lo siguiente: “**La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos**” (la negrita es nuestra).

A diferencia del planteamiento español, el legislador peruano guarda silencio al momento de regular la seguridad jurídica. En nuestra Constitución se habla de seguridad nacional¹⁵⁷, seguridad social¹⁵⁸, seguridad ciudadana¹⁵⁹, pero no de seguridad jurídica. Por este motivo, el Tribunal Constitucional peruano ha dejado en claro lo siguiente: “**El principio de seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho.** La predictibilidad de las conductas (en especial de los poderes públicos) frente a supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad” (la negrita es nuestra)¹⁶⁰. Sobre esto, somos de la opinión que, si el mismo Tribunal Constitucional indica que el principio de seguridad jurídica es un pilar del Estado Constitucional de Derecho, es evidente que se le está dando, al mismo tiempo, el rango de principio constitucional.

Por otro lado, el máximo intérprete de la Carta Magna nacional indica que “la seguridad jurídica es un principio que transita todo el

¹⁵⁵ Ibid, pp. 42-43.

¹⁵⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Op, Cit.*, p 37.

¹⁵⁷ Artículo 72 de la Constitución Política del Perú.

¹⁵⁸ Artículo 10 de la Constitución Política del Perú.

¹⁵⁹ Artículo 197 de la Constitución Política del Perú.

¹⁶⁰ Exp. 16-2002-AI/TC, del 30 de abril de 2003, fundamento 3.

ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución”¹⁶¹.

Después de haber explicado brevemente algunas nociones elementales sobre seguridad jurídica, procedemos a darle nuestro matiz al tema: para nosotros la seguridad jurídica es una moneda que tiene dos caras, es un concepto que tiene dos dimensiones. Por un lado, tenemos a la dimensión objetiva, la cual se trata de un principio jurídico de rango constitucional cuya finalidad es la de brindar confianza a los ciudadanos respecto a la actuación pública tanto al momento de producir normas como al momento de aplicar el derecho en la resolución de controversias. Es precisamente esa confianza que produce en los ciudadanos lo que nosotros calificamos como la dimensión subjetiva de la seguridad jurídica. Dicho de otro modo, tenemos un principio constitucional llamado seguridad jurídica (dimensión objetiva) encargado de otorgar seguridad jurídica (dimensión subjetiva) a los ciudadanos respecto del obrar de los poderes públicos. Al ser un principio su concepto es susceptible de variantes históricas y de modificaciones accidentales, sin embargo, creemos que la esencia del principio de seguridad jurídica es precisamente la finalidad que persigue: otorgar confianza a los administrados. En la medida que esto se cumpla estaremos jurídicamente seguros.

En el caso de los sistemas de derechos reales, parece lógico afirmar que el régimen de *numerus clausus* es el más respetuoso con el principio de la seguridad jurídica que el *numerus apertus*, puesto que una lista taxativa de los derechos reales existentes brinda una expectativa limitada a los ciudadanos respecto a los tipos de derechos reales que pueden coincidir en un determinado bien. Posteriormente analizaremos si esta afirmación es correcta, o si, por el contrario, está errada.

4.2. La autonomía de la voluntad como principio constitucional

La revolución francesa significó la eliminación de las relaciones usureras y parasitarias propias del feudalismo y el nacimiento del sistema

¹⁶¹ Ibid, fundamento 4.

capitalista, en el cual todo tiende a transformarse en mercancía¹⁶². Sierra Gutiérrez nos dice que en el ámbito del Derecho, el triunfo de la revolución francesa ha quedado manifestado en el Código Napoleón, en el cual se reguló la facultad de los ciudadanos de otorgarse normas a sí mismos en relación a la satisfacción de sus fines¹⁶³. Estamos en presencia de la primera aproximación histórica relacionada a lo que actualmente se conoce como autonomía privada.

Después de la segunda guerra mundial comenzó a gestarse el desarrollo de los derechos humanos, la Constitución dejó de ser considerada un mero texto político y pasó a ser tratado como norma jurídica vinculante, con lo cual inicia el proceso de constitucionalización¹⁶⁴. Ello implica que actualmente la autonomía privada no sea un concepto restringido al área del Derecho Civil, sino que ha de entenderse como una parte dentro del todo que es el Ordenamiento Jurídico.

Según Díez-Picazo, la autonomía implica autorregulación y autorreglamentación, lo cual significa contar con el poder de dictarse una ley o precepto a uno mismo, además de gozar de la capacidad de autogobernarse¹⁶⁵. Cuando ese concepto genérico se refiere a una persona recibe el nombre de autonomía privada¹⁶⁶. Díez-Picazo agrega lo siguiente: “la autonomía privada puede también definirse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte”¹⁶⁷. Para hablar de verdadera autonomía el individuo no ha de ser sólo libre, sino que además deberá tener soberanía para gobernar su propia esfera jurídica¹⁶⁸.

Otro punto muy interesante que señala el reconocido jurista español que hemos citado en el párrafo anterior tiene que ver con la observación

¹⁶² SIERRA GUTIÉRREZ, Abdón. *La autonomía privada en el Estado Social de Derecho, concepto y evolución vista desde el sistema jurídico colombiano y venezolano*. Advocatus. 2012, núm 18, p.74.

¹⁶³ Ibid, p. 74.

¹⁶⁴ Ibid, p. 74.

¹⁶⁵ DÍEZ-PICASO, Luis. *Sistema de derecho civil*. Volumen I. Madrid: Tecnos, 2006, p. 387.

¹⁶⁶ Ibid, p. 387.

¹⁶⁷ Ibid, p. 387.

¹⁶⁸ Ibid, p. 387.

que realiza respecto al concepto de la autonomía privada, en el sentido de aclarar que autonomía y voluntad son dos cosas distintas. Así, la autonomía, a diferencia de la voluntad, no se ejerce queriendo, sino estableciendo, disponiendo y gobernando¹⁶⁹, por lo tanto la expresión “autonomía de la voluntad” no es ningún tipo de equívoco¹⁷⁰.

Ferri diferencia entre la autonomía privada y los otros poderes jurídicos, en el sentido que los poderes públicos son heterónomos¹⁷¹ porque la ejerce la Administración Pública respecto al ciudadano, mientras que la autonomía privada es autónoma, pues se ejercita entre iguales¹⁷².

Diéz-Picazo también nos dice que a pesar de que tanto el legislador cuando dicta una ley como las partes cuando celebran un contrato establecen una regla de conducta obligatoria, la diferencia entre uno y otro precepto no es meramente jerárquica, sino sustancial debido a que la ley tiene una eficacia primaria en la organización social, lo cual le da el rango de norma jurídica; mientras que los preceptos derivados de la autonomía privada se limitan a la generación de conductas exigibles únicamente dentro de la relación particular en concreto, careciendo así de la categoría de norma jurídica¹⁷³.

Desde un punto de vista institucional, Diéz-Picazo manifiesta que la autonomía privada es un principio general del Derecho porque se trata de una idea inspiradora de toda la organización del Derecho privado¹⁷⁴.

Nuestro ordenamiento jurídico no es ajeno al tema de la autonomía privada. Es llamativo el hecho que la Constitución nacional habla de autonomía de los diferentes poderes del Estado y de ciertas instituciones como el Banco Central de Reserva¹⁷⁵, la Superintendencia de Banco y Seguros¹⁷⁶ y la Contraloría General de la República¹⁷⁷, mientras que al

¹⁶⁹ Ibid, p. 387.

¹⁷⁰ Ibid, p. 387.

¹⁷¹ Debemos recordar que la heteronomía es la potestad de imponer a otros una norma.

¹⁷² FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Granada: Comares, 2001, p. 276.

¹⁷³ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op, Cit.*, p 389.

¹⁷⁴ Ibid, p. 390.

¹⁷⁵ Artículo 84 de la Constitución Política del Perú.

¹⁷⁶ Artículo 87 de la Constitución Política del Perú.

hablar directamente de la autonomía privada, guarda silencio. A pesar de no contar con una definición legal sobre lo qué debemos entender por autonomía de la voluntad el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido a la misma como principio jurídico cuando destaca que: “Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de destacar que **el derecho a la libre contratación, reconocido en los artículos 2°, inciso 14), y 62° de la Constitución, se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad**, el que, a su vez, tiene un doble contenido: “a. Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b. Libertad contractual – que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la constitución (cfr. STC 01405-2010-PA/TC, fundamento 12)–, también conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato” [SSTC 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acumulados), fundamento 52; STC 2185-2002-AA/TC, fundamento 2]. Desde esta perspectiva, según este Tribunal, “el derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público” (STC 7339-2006-PA/TC, fundamento 47)”¹⁷⁸ (la negrita es nuestra). En este punto, hemos de hacer la siguiente observación: si la autonomía de la voluntad constituye el fundamento del derecho constitucional de la libre contratación, debemos entender que la autonomía de la voluntad es, al igual que la seguridad jurídica, un principio de rango constitucional, pues no tendría sentido alguno que un derecho constitucional obtuviese su razón de ser en un principio que no tenga nada que ver con el orden constitucional.

Al igual que hicimos con el principio de la seguridad jurídica, consideramos necesario redondear el breve estudio que le hemos hecho a la autonomía de la voluntad a través de un concepto propuesto. Así, para nosotros, la autonomía de la voluntad es un principio constitucional que

¹⁷⁷ Artículo 82 de la Constitución Política del Perú.

¹⁷⁸ Exp. 2175-2011-AA/TC, del 20 de marzo de 2012, fundamento 7.

brinda a los particulares la capacidad de autorregular y configurar sus relaciones jurídicas privadas mediante la autoimposición de preceptos.

En lo que se refiere a los sistemas de derechos reales, un primer vistazo nos muestra como evidente el hecho de que al optar por un sistema de *númerus apertus* el legislador coloca en un pedestal al principio de la autonomía privada, otorgando a los ciudadanos el poder de generar derechos reales no previstos expresamente por la norma, dejando así a la seguridad jurídica (propia de la previsibilidad del *númerus clausus*) en un segundo lugar. Planteadas, así las cosas, la comparación entre un sistema de *númerus clausus* y un sistema de *númerus apertus* termina asimilándose a un conflicto constitucional entre los principios jurídicos de seguridad jurídica y de la autonomía privada. Precisamente, el siguiente apartado se encargará de explicar la teoría de los conflictos constitucionales.

4.3. ¿Existen los conflictos constitucionales?

Para poder determinar la existencia real o no del conflicto constitucional entre los principios de seguridad jurídica y el de autonomía de la voluntad, antes habrá que analizar la problemática de los conflictos iusfundamentales. Al respecto, nos interesa evaluar la validez argumentativa de dos posturas: por un lado tenemos a la teoría conflictivista, la cual como su nombre indica se basa en la aceptación de la existencia de los conflictos iusfundamentales¹⁷⁹. Por otro lado, existe la teoría armonizadora, cuya tesis niega la razonabilidad de la teoría conflictivista, redireccionando la problemática a conflictos de pretensiones, mas no de derechos¹⁸⁰.

Mendoza Escalante diferencia entre los conflictos iusfundamentales abstractos y los conflictos iusfundamentales concretos¹⁸¹. En los primeros se busca determinar si una norma cuya finalidad es proteger un derecho fundamental termina vulnerando el ámbito de protección de otro derecho

¹⁷⁹ MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Conflictos entre derechos fundamentales: expresión, información y honor*. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 35.

¹⁸⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Op. Cit.*, p. 393.

¹⁸¹ MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Op. Cit.*, p. 44.

fundamental¹⁸²; mientras que en el caso de los segundos lo que se evalúa es si un acto particular en el ejercicio de un derecho fundamental lesiona a otro derecho fundamental de otro particular¹⁸³.

Por otro lado, Mendoza Escalante también clasifica a los conflictos iusfundamentales en dos grupos: pueden ser conflictos iusfundamentales en sentido estricto o conflictos iusfundamentales en sentido amplio¹⁸⁴. Serán conflictos iusfundamentales en sentido estricto los que se refieran a las controversias que se den entre un derecho fundamental y otro derecho fundamental¹⁸⁵. Asimismo, este jurista nos indica que los conflictos iusfundamentales en sentido amplio serán los que se presenten entre derechos fundamentales y principios fundamentales; entre derechos fundamentales y garantías institucionales, y entre derechos fundamentales y bienes constitucionales¹⁸⁶.

Resulta llamativo que Mendoza Escalante no haya considerado al posible enfrentamiento entre dos principios constitucionales como una de las categorías inmersas en los conflictos constitucionales en sentido amplio, con lo cual la primera impresión que podría generarse en el lector es la imposibilidad de utilizar la teoría de los conflictos iusfundamentales en la resolución del conflicto entre los principios constitucionales de seguridad jurídica y autonomía privada respecto a cuál de los dos ha de imponerse en la configuración y regulación de un régimen de derechos reales.

No obstante, hay un aspecto previo muy importante que aún no hemos terminado de evaluar: ¿Existen realmente los conflictos constitucionales? En ese sentido, la observación planteada en el párrafo precedente únicamente tendrá validez si la respuesta a la pregunta que acabamos de formular es afirmativa, puesto que si los conflictos constitucionales son sólo aparentes no tendría sentido favorecer a un principio jurídico en detrimento de otro.

¹⁸² Ibid, p. 44.

¹⁸³ Ibid, pp. 44-45.

¹⁸⁴ Ibid, p. 40.

¹⁸⁵ Ibid, p. 42.

¹⁸⁶ Ibid, p. 42.

4.3.1. Teoría conflictivista

La teoría conflictivista acepta sin problemas la existencia de conflictos iusfundamentales, es más, ni siquiera se plantea la posibilidad argumentativa de que este punto de partida sea erróneo. Castillo Córdova señala que una visión conflictivista de los derechos fundamentales se basa en entender a los mismos como realidades jurídicas que en un determinado momento pueden colisionar¹⁸⁷.

Ante ese panorama, existen dos vías diferentes para la solución de un eventual enfrentamiento iusfundamental: una jerarquización abstracta de derechos fundamentales o ponderar a los derechos fundamentales en el caso en concreto¹⁸⁸.

Respecto a la jerarquización abstracta de derechos fundamentales, Mendoza Escalante cita a Bläsing, para quien se ha de dar preferencia al derecho que cuente con una proximidad mayor a la dignidad del hombre¹⁸⁹. Sin embargo, no podemos pasar por alto este grave error argumentativo: no existe una verdadera jerarquía abstracta entre derechos fundamentales¹⁹⁰. Mendoza Escalante explica que el principio de unidad de la Constitución excluye la posibilidad de resolver los conflictos constitucionales utilizando una jerarquía abstracta de derechos constitucionales porque ello implicaría una vulneración a la interpretación sistemática del texto constitucional, la cual a su vez obliga una interpretación óptima de todas las normas constitucionales¹⁹¹. En este punto, estamos de acuerdo con Mendoza Escalante, pues si la Carta Magna debe ser interpretada sistemáticamente como un todo, luego sería un sinsentido aceptar la jerarquización abstracta de derechos fundamentales como un canal de solución para eventuales conflictos constitucionales.

¹⁸⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Op. Cit.*, p. 371.

¹⁸⁸ *Ibid*, p. 374-377.

¹⁸⁹ MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Op. Cit.*, p. 85.

¹⁹⁰ *Ibid*, p. 83.

¹⁹¹ *Ibid*, pp. 83-84.

El otro camino que le queda a la teoría conflictivista es utilizar la ponderación de derechos fundamentales en el caso concreto. Mendoza Escalante desmenuza el proceso de ponderación en tres pasos: primero, se determina el grado de no satisfacción de un derecho; en segundo lugar se determina la importancia de satisfacer el derecho contrapuesto a ese primer derecho; y en como tercera fase, se ha de establecer si la importancia de la satisfacción del derecho contrapuesto justifica la no satisfacción del otro¹⁹².

Portocarrero Quispe afirma que el juicio de ponderación es parte del llamado principio o test de proporcionalidad en sentido amplio¹⁹³. A su vez, este principio de proporcionalidad en sentido amplio se encuentra integrado por tres subprincipios: el principio de adecuación o idoneidad, el principio de necesidad y el principio de ponderación o de proporcionalidad en sentido estricto¹⁹⁴.

El subprincipio de adecuación o idoneidad alude a un análisis de medio-fin de la medida limitativa que se piensa aplicar a uno de los derechos fundamentales que se encuentran en un determinado conflicto¹⁹⁵.

Por otro lado, el subprincipio de necesidad se refiere a que las medidas limitativas que vayan a aplicarse al derecho fundamental sacrificado sean medidas idóneas o adecuadas para alcanzar el fin que se busca¹⁹⁶.

En cuanto al subprincipio de ponderación o de proporcionalidad en sentido estricto, el mismo atañe a la relación existente entre el nivel de afectación de uno de los derechos fundamentales que se encuentran en conflicto y el grado de

¹⁹² Ibid, p. 96.

¹⁹³ PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. *La ponderación y la autoridad en el derecho, el rol de los principios formales en la interpretación constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 75.

¹⁹⁴ Ibid, p. 75.

¹⁹⁵ Ibid, p. 76.

¹⁹⁶ Ibid, p. 76.

importancia de la satisfacción del otro derecho fundamental que se le opone¹⁹⁷.

A modo de aclaración, vale destacar que, para los fines de este trabajo investigativo, cuando utilicemos el término “proporcionalidad” nos referiremos al principio de proporcionalidad y cuando hablemos de “ponderación” estaremos tocando al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, por lo cual en este punto nos suscribimos a la terminología empleada por Portocarrero Quispe.

El Tribunal Constitucional peruano ha catalogado al principio de proporcionalidad con el rango de principio general del Derecho, que además cuenta con el reconocimiento expreso del legislador nacional, pues dicho cuerpo colegiado expresamente ha reconocido lo siguiente: **“El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona”** (el resaltado es nuestro)¹⁹⁸. Al respecto, procedemos a citar lo que el legislador ha regulado en el mencionado párrafo final del artículo 200 de nuestra Norma Fundamental, artículo que versa sobre las garantías constitucionales: **“Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo.** No corresponde al juez

¹⁹⁷ Ibid, p. 76.

¹⁹⁸ Exp. 10-2002-AI/TC, del 03 de enero de 2003, fundamento 195.

cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio" (el resaltado es nuestro).

Como se puede apreciar, al aceptar el principio de proporcionalidad como técnica de restricción de derechos, el máximo intérprete de la Constitución aparece como partidario de la teoría conflictivista. No obstante, no se limita a la mera aceptación del principio de proporcionalidad, sino que va más allá y hace suyos también los tres subprincipios que lo conforman: de idoneidad del medio, necesidad y ponderación¹⁹⁹.

El Tribunal Constitucional considera que el subprincipio de idoneidad es el primer paso que debe realizarse dentro del llamado principio de proporcionalidad cuando, por ejemplo, dice lo siguiente: “**En primer lugar, se debe efectuar el análisis a la luz del principio de idoneidad.** Este subprincipio exige que la ley penal, dado que interviene en el derecho a la libertad personal y otros derechos fundamentales, tiene que ser idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo; lo cual exige, de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante”²⁰⁰ (la negrita es nuestra).

Asimismo, el Tribunal Constitucional define claramente al subprincipio de idoneidad cuando manifiesta que “la idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin”²⁰¹.

Respecto al segundo subprincipio integrante del principio de proporcionalidad, esto es, el subprincipio de necesidad, hemos de afirmar su reconocimiento y aplicación por parte del Tribunal Constitucional. Un claro ejemplo lo tenemos cuando el citado

¹⁹⁹ BURGA CORONEL, Angélica María. *El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Gaceta Constitucional. 2011, núm 47, p.258.

²⁰⁰ Exp. 003-2005-PI/TC, del 09 de agosto de 2006, fundamento 69.

²⁰¹ Exp. 45-2004-PI/TC, del 29 de octubre de 2005, fundamento 38.

Tribunal expresa: “**si bien persigue un fin constitucionalmente válido** (proteger el Centro Histórico como patrimonio cultural) **y utiliza un medio idóneo para ello** (prohibir las reuniones en el área que lo configura), **sin embargo**, al proscribir en abstracto toda reunión en el Centro Histórico de Lima (con la salvedad hecha de los eventos tradicionales), **incurre en una medida absolutamente innecesaria, puesto que el mismo objetivo podría alcanzarse evaluando, caso por caso, las razones objetivas, suficientes y fundadas que puedan justificar la adopción de medidas restrictivas** del ejercicio del derecho de reunión, siendo la prohibición la última *ratio* a la que debe acudir la autoridad administrativa”²⁰² (el resaltado es nuestro). Es evidente que calificar una medida de necesaria o innecesaria lleva consigo, de manera tácita, la aceptación del subprincipio de necesidad, pues dicho proceso intelectual no es otra cosa que la aplicación práctica de este subprincipio. Hemos de comentar también que el subprincipio de necesidad es asumido por el Tribunal Constitucional como la segunda fase a realizar al momento de aplicar el principio de proporcionalidad, pues en el ejemplo que acabamos de citar primero se evalúa la idoneidad del medio y acto seguido se procede a efectuar el juicio de necesidad. Del mismo modo, vemos cómo el máximo intérprete constitucional destaca que una medida que sea necesaria debe ser lo menos restrictiva posible.

Sobre el tercer subprincipio, el de la ponderación, el Tribunal Constitucional ha dicho que el mismo consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental sacrificado²⁰³. El Tribunal manifiesta una vez más su simpatía por la teoría conflictivista de los derechos fundamentales cuando indica que cuando mayor es la intensidad de la intervención o afectación del derecho que se busca sacrificar, mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional²⁰⁴.

²⁰² Exp. 4677-2004-PA/TC, del 07 de diciembre de 2005, fundamento 27.

²⁰³ Exp. 45-2004-PI/TC, del 29 de octubre de 2005, fundamento 40.

²⁰⁴ *Ibid*, fundamento 40.

De lo que hemos visto hasta este punto, queda claro que, si optásemos por aceptar la teoría conflictivista de los derechos fundamentales, el siguiente paso sería justificar la aplicación del principio de proporcionalidad para la resolución del conflicto entre seguridad jurídica y autonomía privada al momento de referirnos al régimen de derechos reales vigente en nuestro país. Sin embargo, aún es pronto para determinar si esta teoría es correcta.

4.3.2. Teoría armonizadora

No obstante, la lógica de la teoría conflictivista, y dejando a un lado la simpatía que el Tribunal Constitucional ha demostrado tener hacia la mencionada teoría, existe otra visión respecto al teoría de los conflictos iusfundamentales, la cual se basa en negar la existencia real de los mismos. Surge así la teoría armonizadora²⁰⁵.

Dos de los defensores más representativos de la teoría armonizadora son Serna Bermúdez y Toller. Para ellos, la naturaleza humana no se puede contradecir a sí misma y por lo tanto perseguir un determinado bien humano hasta el punto de lesionar otros no será realmente un bien, sino que estaremos frente a un bien aparente²⁰⁶, pues los bienes humanos son compatibles entre sí²⁰⁷. Partiendo de este presupuesto, ambos juristas nos dicen que la dignidad humana exige el equilibrio de derechos²⁰⁸. También opinan que el derecho de un sujeto no puede ser ejercido a costa del derecho de otra persona, pues cada ser humano constituye un ser jurídicamente igual a otro ser humano²⁰⁹.

²⁰⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Op, Cit.*, p. 385.

²⁰⁶ SERNA BERMÚDEZ, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2000, pp. 92-93.

²⁰⁷ *Ibid*, p. 53.

²⁰⁸ *Ibid*, p. 94.

²⁰⁹ *Ibid*, p. 95.

Según los coautores citados en el párrafo anterior, no toda aspiración es un derecho²¹⁰. Para que una pretensión sea un derecho deben concurrir dos condiciones, en primer lugar ha de ser posible su universalización, ello para evitar la absurda situación en la cual a determinados individuos se les exija respetar un derecho ajeno del que ellos mismos no gozarían en las mismas situaciones y circunstancias²¹¹. La segunda condición para que una pretensión sea considerada como derecho es que se pueda armonizar con otras pretensiones igualmente dignas de respeto²¹².

Para Serna Bemúdez y Toller, el punto de partida no es otro que la interpretación armonizadora y no contradictoria de los derechos constitucionales²¹³, puesto que de lo contrario, estaríamos ante el peligro de desconocer el derecho fundamental de una persona²¹⁴. En ese contexto, los conflictos entre derechos no sólo serían evitables, sino que además serían imposibles²¹⁵. Estos autores proponen una interpretación teleológica y sistemática, mediante la cual se determinen los contenidos esenciales de los derechos que se encuentren en un conflicto aparente, para posteriormente buscar maneras de compatibilizar tales contenidos esenciales²¹⁶. Para determinar el contenido esencial se tiene que observar dentro de los límites internos de cada derecho, pues ningún derecho es ilimitado²¹⁷.

Cabe destacar que para la teoría armonizadora, para la correcta determinación del contenido esencial de un derecho, se ha de tener en cuenta la relación de ese derecho con el resto de bienes constitucionales²¹⁸. Por lo tanto, la interpretación del contenido esencial del derecho no ha de hacerse de manera abstracta, sino de manera casuística²¹⁹.

²¹⁰ Ibid, p. 96.

²¹¹ Ibid, p. 97.

²¹² Ibid, p. 97.

²¹³ Ibid, p. 39.

²¹⁴ Ibid, p. 40.

²¹⁵ Ibid, p. 41.

²¹⁶ Ibid, p. 41.

²¹⁷ Ibid, p. 41.

²¹⁸ Ibid, p. 71.

²¹⁹ Ibid, p. 56.

En ese contexto, Serna Bermúdez y Toller afirman que los derechos no necesitan límites externos, pues son determinables: en un primer momento por la labor legislativa y en un segundo instante por la decisión judicial²²⁰.

Otro exponente de la teoría armonizadora es Castillo Córdova, quien afirma que no hay conflicto de derechos, sino de pretensiones²²¹. Para este jurista, en caso de conflicto sólo uno de los derechos involucrados podrá ser un verdadero derecho, pues el otro será un caso de ejercicio extralimitado de un derecho²²².

Castillo Córdova sostiene que el principio de unidad de la Constitución favorece a una interpretación armoniosa de los derechos fundamentales, pues dicho principio hermenéutico implica la negación de toda contradicción constitucional²²³. A esto, Castillo Córdova le suma el hecho que no existe una razón para sacrificar ni postergar a los derechos fundamentales, pues los mismos constituyen fines protegidos por el Estado²²⁴.

Ahora bien, una crítica que se podría hacer a la teoría armonizadora es que niega un conflicto y afirma otro, pues refuta la contradicción entre derechos y defiende la disputa entre pretensiones, pudiendo ello hacer que el lector crea que se trata de un mero cambio lingüístico que no tiene relevancia práctica alguna. Sobre ello, los defensores de esta postura doctrinal sostienen que aunque los resultados pueden ser los mismos en muchas ocasiones, el fundamento teórico distinto de la teoría armonizadora no puede ser considerado como un tema menor²²⁵.

Una vez que hemos analizado ambas teorías sobre los conflictos iusfundamentales, creemos que la teoría armonizadora presenta un mayor grado de razonabilidad a la hora de resolver

²²⁰ Ibid, p. 66.

²²¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Op, Cit.*, p. 391.

²²² Ibid, p. 393.

²²³ Ibid, p. 393.

²²⁴ Ibid, p. 458.

²²⁵ SERNA BERMÚDEZ, Pedro y TOLLER, Fernando. *Op, Cit.*, p. 43.

conflictos, pues respeta los principios de dignidad de la persona y de unidad de la Constitución de una manera coherente. En cambio, la teoría conflictivista se enfoca tanto en el pragmatismo que pasa por alto lo peligroso que resulta sacrificar el derecho de una persona en beneficio del derecho de otro, ya que realizar esto es lo mismo que dar preferencia a una persona sobre otra, lo cual vulnera terriblemente al principio de igualdad. Creemos también que el aplicar el principio de proporcionalidad en el caso de los derechos fundamentales es un error porque se busca dar una especie de esquema cuadrangular a algo que es esencialmente argumentativo, pues lo que se debe determinar en todo caso, no es qué derecho pesa más, sino cuál de las pretensiones cumple realmente con las condiciones de ser un derecho en el caso concreto.

4.4. Análisis de constitucionalidad del sistema peruano de derechos reales

En el capítulo anterior de este trabajo hemos analizado el sistema de derechos reales vigente en nuestro país. A diferencia de lo que sucede en normas extranjeras, el legislador peruano se ha preocupado por dejar en claro que en nuestro país rige el sistema de *númerus clausus*, cerrando así cualquier posibilidad interpretativa distinta. A partir de este momento llevaremos a cabo un análisis sobre la constitucionalidad de nuestro sistema de derechos reales.

En este capítulo hemos explicado que los argumentos centrales en la discusión sobre cuál de los sistemas de derechos reales es el más adecuado son la importancia que tiene el principio de seguridad jurídica (en el caso del sistema de *númerus clausus*) y el valor supremo que se le otorga al principio de autonomía de la voluntad (en el caso del sistema de *númerus apertus*). Es a raíz de estos argumentos primarios que luego los defensores de una u otra doctrina empiezan a engranar sus argumentos secundarios y a darle forma a su postura.

Después de haber estudiado a los principios de seguridad jurídica y autonomía de la voluntad, los redefinimos como principios constitucionales, matiz que no puede pasar desapercibido si lo que buscamos es precisamente llevar a cabo un análisis de constitucionalidad.

Dijimos que, para nosotros, la seguridad jurídica es una realidad que presenta dos dimensiones: por un lado tenemos a la dimensión objetiva, la cual se trata de un principio jurídico de rango constitucional, cuyo concepto pese a ser esencialmente indeterminado, tampoco es una definición arbitraria. Siendo un principio cuya finalidad es la de proporcionar confianza a los ciudadanos respecto a la actuación pública tanto al momento de la generación normativa como momento de aplicar el derecho en la resolución de controversias. Dicha confianza que se genera en los ciudadanos constituye la dimensión subjetiva de la seguridad jurídica.

Respecto a la autonomía privada, redefinimos este concepto como un principio constitucional que brinda a los particulares la capacidad de autorregular y configurar sus relaciones jurídicas privadas mediante la autoimposición de preceptos.

Hemos visto también cómo la teoría armonizadora de los conflictos iusfundamentales nos parece más razonable que la teoría conflictivista, sobretodo porque afirmar abiertamente que los derechos fundamentales son realidades que pueden entrar en colisión atenta contra la dignidad del hombre, pues se estaría dando preferencia al derecho fundamental de un sujeto en perjuicio del derecho fundamental de otro individuo. Del mismo modo, creemos que una visión conflictivista de los derechos fundamentales vulnera escandalosamente al principio de unidad de la Constitución, pues en vez de promover una interpretación integradora de las normas constitucionales se motiva a realizar todo lo contrario. Hemos visto también que, para salvaguardar estos aspectos, la teoría armonizadora nos dice que lo que realmente existe es un conflicto de pretensiones, mas no de derechos.

Siguiendo esa lógica, consideramos que, si no existen conflictos entre derechos constitucionales, de igual forma no existirán conflictos entre principios constitucionales. Principalmente porque admitir lo contrario supone dejar sin contenido al principio de unidad de la Constitución, pues se estaría considerando a los principios constitucionales como entidades que competirían las unas con las otras. Creemos que, al igual que en el caso de los derechos constitucionales, los

principios constitucionales son realidades esencialmente limitadas llamadas a coexistir en armonía.

Por lo tanto, se deberá cambiar el enfoque y formular la siguiente pregunta: ¿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?

4.4.1. Según la teoría armonizadora

Ya vimos cómo para la teoría armonizadora afirmar la existencia de conflictos entre derechos fundamentales es un imposible jurídico. Según esta visión de los derechos fundamentales, el conflicto real se da a nivel de pretensiones. Para Serna y Toller, en el caso de encontrarnos frente a un aparente conflicto entre dos derechos fundamentales, la solución indicada será determinar cuál de los sujetos cuyas pretensiones está enfrentadas tiene la razón, para seguidamente salvaguardar la integridad de ambos derechos²²⁶.

Para Castillo Córdova, como el fundamento de los derechos humanos es la persona humana, la cual es una realidad coherente y unitaria cuya realización plena rechaza cualquier clase de contradicción interna, la única manera que tienen de coexistir los derechos humanos será en armonía²²⁷. Creemos que, si proyectamos ese mismo razonamiento al ámbito de los principios constitucionales, tendríamos que la negación de los conflictos de derechos constitucionales sería incompatible con la afirmación de la existencia de conflictos entre principios constitucionales, por lo que deberá en todo caso, trasladarse el conflicto al nivel de pretensiones.

Consideramos que los principios constitucionales están obligados a ser interpretados de forma armonizadora al igual que los derechos constitucionales porque debemos tener en cuenta que

²²⁶ SERNA BERMÚDEZ, Pedro y TOLLER, Fernando. *Op. Cit.*, p. 80.

²²⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Op. Cit.*, pp. 386-387.

el principio de la unidad de la Constitución exige que las normas constitucionales sean interpretadas como una unidad y no como entes desconectados entre sí. Dicho tipo de interpretación no podría ser alcanzada si tuviéramos que sacrificar a un principio constitucional para beneficiar a otro.

Como ya dijimos en este trabajo, los principios jurídicos son conceptos jurídicos indeterminados que a su vez constituyen mandatos de optimización, por lo que tener una visión conflictivista de los mismos sería ir en contra del concepto de los principios jurídicos. No podemos aplicar una jerarquización abstracta entre principios constitucionales porque no son realidades medibles. No se trata de poner en una balanza una determinada cantidad de seguridad jurídica en un lado y en el otro extremo colocar una cantidad de autonomía privada para ver cuál de las dos pesa más. Este tipo de razonamientos son contrarios a la esencia del Derecho, la cual ya hemos explicado que es una ciencia eminentemente argumentativa y que por lo tanto no se basa en la exactitud matemática, sino más bien en la dialéctica, en el intercambio de opiniones y de fundamentos.

Tampoco podemos aplicar el principio de proporcionalidad que propone la visión conflictivista de los derechos fundamentales porque jerarquizar a los principios jurídicos en casos concretos, al igual que en el caso de los derechos fundamentales, significaría en el fondo, comparar a dos sujetos y elegir a uno.

Aplicando la teoría armonizadora, negamos rotundamente la posibilidad del conflicto entre dos principios constitucionales y al mismo tiempo afirmamos la coexistencia armónica entre los mismos. Lo que sí puede ocurrir es que dos pretensiones en conflicto aleguen estar amparadas en sendos principios constitucionales. En ese supuesto no se tendrá que determinar cuál de los principios pesa más, sino que se deberá determinar quién tiene razón, pues sólo una de las pretensiones cuenta con el potencial de estar sustentada por un verdadero principio constitucional.

En el caso del sistema de derechos reales vigente en nuestro país, tenemos que a través del artículo 881 del Código Civil el legislador peruano se ha decantado expresamente por el *númerus clausus*, lo cual significa que los únicos derechos reales que pueden circular en la economía nacional serán los tipificados en ley. De esta forma queda manifestada la voluntad legislativa de darle protagonismo a la seguridad jurídica.

Por otro lado, el *númerus clausus* no cierra la posibilidad al legislador de crear nuevos derechos reales si lo considera pertinente. Del mismo modo, algunos derechos reales tipificados presentan una cierta esfera de modificación por parte de los particulares, tal y como sucede cuando en el artículo 999 del Código Civil se contempla la posibilidad de que determinados provechos y utilidades sean excluidas en el derecho real de usufructo. Por lo tanto, no podemos decir que el legislador haya desterrado a la autonomía privada de manera absoluta del régimen de derechos reales.

A simple vista, podríamos caer en el error de concluir que el Estado ha decidido que en el caso del régimen de los derechos reales debe prevalecer la seguridad jurídica mientras se sacrifica la autonomía privada. Sin embargo, esto no es así, lo que en realidad sucede es que existen dos pretensiones enfrentadas. La primera pretensión correspondería al Estado, el cual a través de su potestad legislativa ha configurado a los derechos reales bajo el régimen de *númerus clausus* porque una lista taxativa de los mismos facilita la cognoscibilidad por parte de los particulares respecto a los diferentes derechos reales que puedan converger sobre determinado bien. El principio constitucional de seguridad jurídica exige cierto nivel de previsibilidad en el sistema de derechos reales. La previsibilidad genera confianza en los ciudadanos, y ésta a su vez, constituye lo que ya hemos definido como la seguridad jurídica subjetiva.

Asimismo, el principio constitucional de seguridad jurídica aplicado al sistema de derechos reales peruano, tiene como consecuencia una reducción en los costos de transacción de bienes. Ello se debe a que, si los administrados cuentan con una lista

estandarizada de derechos reales, no tendrán que incurrir en gastos extras para la configuración de algún derecho real atípico para la satisfacción de sus propios intereses.

La segunda pretensión correspondería a los ciudadanos, los cuales poseen una esfera jurídica propia en la cual son autónomos. Este campo de acción se encuentra fundamentado en el principio constitucional de autonomía privada, el cual se encuentra estrechamente vinculado al mundo de los contratos. Dicha autonomía privada no tiene el mismo rango de acción en los derechos personales que en los derechos reales. En los primeros las posibilidades de configuración son prácticamente innumerables, pues no existe mayor inconveniente en que un contrato atípico esté conformado por obligaciones atípicas. En cambio, en el caso de los derechos reales tal potestad particular configuradora se encuentra limitada a las modificaciones que previamente hayan sido reguladas por el legislador. Es precisamente esta diferencia la que buscaría ser erradicada por parte de la pretensión de los particulares, quienes entenderían que sus intereses podrían satisfacerse de una mejor manera si contaran con el poder de configurar y diseñar sus propios derechos reales.

De este modo, observamos cómo la pretensión estatal de brindar un sistema de derechos reales jurídicamente seguro a los particulares entra en conflicto con la pretensión de dichos particulares de autoimponerse preceptos en materia de derechos reales porque ven limitada su autonomía privada, por lo tanto, amputadas sus posibilidades de crear derechos reales sui generis.

Teniendo en claro que el conflicto es de pretensiones y no de principios constitucionales, el siguiente paso será analizar cuál de las dos pretensiones tendría razón, posteriormente verificaremos si ambos principios constitucionales coexisten en armonía dentro del régimen nacional de derechos reales.

Siguiendo la línea de razonamiento expuesta, creemos que en lo que respecta al régimen de derechos reales, la pretensión estatal de dar seguridad jurídica cuenta con una razonabilidad mayor que la pretensión de los particulares de ampararse en la autonomía

privada para autoimponerse preceptos a sí mismos. Ello es así porque, en primer término, en el Perú los derechos reales y los derechos personales son dos modalidades distintas de derechos civiles patrimoniales; y como tales, es entendible que ambas categorías reciban un trato diferenciado por parte del legislador.

Como ya se ha dicho antes en este trabajo, los derechos reales tienen una relevancia económica mayor a los derechos personales, por tal motivo exigen un sistema legal donde el Estado no sólo cumpla el papel de espectador y controlador, sino que, además, deberá tipificar cuáles son y cómo han de ser los derechos reales. En primer lugar, el Estado deberá garantizar seguridad jurídica en su régimen de derechos reales, en segundo lugar, podrá encuadrar los márgenes bajo los cuales operará la autonomía privada.

Trasladando la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales al campo de los principios constitucionales, debemos entender que en el caso del sistema peruano de derechos reales se respetan los contenidos esenciales de los principios de seguridad jurídica y autonomía privada porque ambos actúan dentro de sus límites internos. El principio de seguridad jurídica opera dentro de sus límites naturales porque se encarga de brindar previsibilidad y confianza a los ciudadanos respecto a cuáles, cuántos y cómo son los derechos reales, pero no llega al extremo de olvidarse totalmente de la libertad individual, por el contrario; el principio de autonomía privada actúa dentro de su contenido esencial porque otorga a los particulares la posibilidad de realizar modificaciones accesorias como en el caso del usufructo, en el cual existe la posibilidad de que las partes diseñen un derecho real de usufructo que excluya ciertos provechos o utilidades. En el Perú, por lo tanto, el sistema de derechos reales respeta a ambos principios constitucionales.

Si los particulares quisieran satisfacer sus intereses y para ello no fuera suficiente ninguno de los derechos reales que prevé nuestra lista taxativa de derechos reales, ello no quiere decir que no tengan ninguna opción. Si sus intereses son jurídicamente amparables, luego podrán satisfacerse mediante los derechos personales, ámbito jurídico en el cual el contenido esencial del

principio constitucional de autonomía privada cuenta con un campo de acción más amplio. Si bien es cierto la solución podría no ser totalmente óptima, recordemos que, si la realidad nacional exigiese la creación de derechos reales distintos a los tipificados, siempre existe la posibilidad que el legislador pueda configurar derechos reales nuevos.

No obstante, no podemos dejar de lado que en más allá de la gran coherencia lógica de la armonía propuesta, nuestro Tribunal Constitucional es un fiel simpatizante de la teoría conflictivista de los derechos fundamentales, por lo que el lector podría plantearse la siguiente pregunta: ¿Qué pasaría si el análisis de constitucionalidad del régimen de derechos reales en el Perú se llevara a cabo bajo la lupa esta teoría?

4.4.2. Según la teoría conflictivista

Como ya hemos visto, según una visión conflictivista de los derechos constitucionales, los enfrentamientos iusfundamentales pueden ser de dos tipos: los conflictos iusfundamentales en sentido estricto y los conflictos iusfundamentales en sentido amplio. Mientras los primeros son las clásicas disputas entre derechos fundamentales, los segundos son entendidos como conflictos entre derechos fundamentales y principios fundamentales; entre derechos fundamentales y garantías institucionales, y entre derechos fundamentales y bienes constitucionales.

Podemos observar cómo al momento de indiciar cuáles son los supuestos de conflictos iusfundamentales en sentido amplio se omite abiertamente la posibilidad de un conflicto entre dos principios constitucionales ¿Ello significa que no podemos utilizar la teoría conflictivista para comparar a los principios constitucionales de seguridad jurídica y de autonomía de la voluntad para ver cuál tiene una relevancia mayor en el marco de nuestro régimen de derecho reales? Creemos que más allá de realizar una interpretación extensiva de los supuestos de conflictos iusfundamentales en sentido amplio, la solución más práctica pasa por otro lado.

Opinamos que es perfectamente posible realizar un análisis constitucional del régimen peruano de derechos reales bajo la perspectiva conflictivista de derechos fundamentales. Sin embargo, no recurriremos a una analogía expansionista en miras de que los conflictos entre principios constitucionales pasen a ser vistos como un nuevo tipo de conflictos iusfundamentales en sentido amplio. Para empezar, dicha interpretación sería errónea porque no resultaría apropiado hablar de conflicto iusfundamental cuando ninguna de las realidades en disputa es un derecho fundamental²²⁸.

Por lo tanto, la solución pasa por entender que un derecho constitucional puede ser la manifestación de un principio constitucional. Dicho de otro modo, un derecho puede ser la expresión de un principio. En ese sentido, tenemos que la autonomía de la voluntad cuenta con una manifestación en forma de derecho: la libertad contractual²²⁹.

Para Vázquez de Castro, la relación entre los conceptos de autonomía privada, autonomía de la voluntad y libertad contractual es muy similar a una interacción de género a especie²³⁰. En el primer nivel, el más abstracto y genérico corresponde a la autonomía privada, la cual sería el eje a partir del cual se origina la actividad humana y sus manifestaciones en el patrimonio, el negocio jurídico y el derecho subjetivo²³¹.

En el nivel intermedio encontramos a la autonomía de la voluntad, la cual hace referencia a la formación del negocio jurídico, por lo cual también se le llama autonomía negocial²³².

²²⁸ La diferencia entre los derechos fundamentales y los principios constitucionales radica en que mientras los primeros son derechos que le corresponden al ser humano por su condición de tal, con lo cual pueden respetarse o vulnerarse; mientras que los segundos son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en mayor o menor grado.

²²⁹ VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo. *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 15.

²³⁰ *Ibid*, p. 18.

²³¹ *Ibid*, p. 17.

²³² *Ibid*, p. 18.

En el nivel más concreto de los tres nos encontramos a la libertad de contratación, la cual no es otra cosa que la manifestación del principio de autonomía de la voluntad circunscrita al ámbito de los contratos²³³. No obstante esta distinción, muchas son las ocasiones en las que se suelen utilizar estos tres términos como sinónimos²³⁴. Sin embargo, para los fines de este apartado nos afiliamos a la diferencia expuesta por Vásquez Castro.

Al respecto, Rezzónico nos dice que la libertad contractual es una realidad compleja conformada por los siguientes elementos: la libertad extrínseca u objetiva para contratar o no contratar; la libertad subjetiva para contratar o no contratar; la libertad para elegir el objeto del contrato y configurarlo internamente derogando el derecho dispositivo; la libertad para crear nuevos tipos o combinar los existentes, la libertad para usar las formas que las partes estimen convenientes y la libertad para modificar el contrato o dejarlo sin efecto²³⁵. A continuación, explicaremos brevemente en que consiste cada una de estas sublibertades.

En primer lugar está la libertad extrínseca u objetiva para contratar o no contratar, la cual se refiere a que en principio, a ningún sujeto de derecho se le puede impedir contratar y nadie puede ser forzado a hacerlo²³⁶.

En un segundo momento tenemos a la libertad subjetiva para contratar, la misma que consiste en la facultad para celebrar el contrato con la persona que se desee, con lo cual se hace alusión directa al elemento personal del contrato²³⁷.

²³³ Ibid, p. 18.

²³⁴ Ibid, p. 18.

²³⁵ REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos: autodeterminación, autonomía privada, libertad contractual, fuerza obligatoria, forma, consensualismo, equidad, justicia y equivalencia de las prestaciones, confianza, seguridad, buena fe*. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 215.

²³⁶ Ibid, p. 216.

²³⁷ Ibid, p. 217.

La libertad de elección del objeto contractual y configuración interna del contrato se vincula al hecho de que en el mundo de los contratos es el ámbito de la realidad encargado de la autorregulación de los intereses particulares²³⁸.

Un efecto de la libertad contractual es que las partes pueden generar un contrato completamente nuevo con referencia a las líneas marcadas en la ley, pudiendo incluso ensamblarse partes de contratos típicos con contratos atípicos²³⁹. Esta facultad de crear nuevos tipos o combinar los existentes es lo que se conoce como libertad tipológica²⁴⁰.

La libertad que tienen las partes para utilizar las formas que consideren más adecuada en la búsqueda de satisfacer sus intereses, es en principio, plena. Esta sublibertad de la libertad contractual encuentra un matiz importante que no debe dejarse de lado: existen actos jurídicos formales en los cuales la ausencia de la forma lleva consigo la nulidad del acto, tal y como sucede en el caso de la donación de un inmueble que no cumpla con el requisito de la escritura pública²⁴¹.

Nuestro Tribunal Constitucional manifiesta que: **“El derecho a la libre contratación, reconocido en los artículos 2, inciso 14, y 62 de la Constitución, se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad, el que, a su vez, tiene un doble contenido: “a. Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b. Libertad contractual—que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la constitución—, también conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato”**²⁴² (la negrita es nuestra). En este punto observamos cómo el intérprete supremo de nuestra Constitución dice que el derecho constitucional de libre

²³⁸ Ibid, p. 219.

²³⁹ Ibid, p. 220.

²⁴⁰ Ibid, p. 220.

²⁴¹ Ibid, p. 221.

²⁴² Exp. 2175-2011-PA/TC, del 20 de marzo de 2012, fundamento 7.

contratación se encuentra inspirado en el principio de autonomía de la voluntad, y a su vez, vendría a ser un derecho conformado por la libertad de contratar y por la libertad contractual. Al respecto, expresamos nuestro desacuerdo terminológico, puesto que el concepto de libertad contractual queda diezmado a la configuración interna, dejando fuera de la definición, entre otras cosas, la libertad subjetiva de contratar.

Ahora bien, si observamos con mayor detenimiento, podemos darnos cuenta que el concepto de libre contratación que da el Tribunal Constitucional es muy similar al concepto de libertad contractual que hemos venido desarrollando. En ese sentido, creemos que sólo se trataría de una discrepancia lingüística, más no de fondo. Por lo tanto, creemos que en nuestro ordenamiento jurídico sí se reconoce la existencia de un derecho constitucional que vendría a ser una manifestación del principio constitucional de autonomía privada. Dicho derecho ha sido nombrado por nuestro Tribunal como libre contratación. No obstante, el término más adecuado para este derecho, por ser el más amigable pedagógicamente hablando, sería el de libertad contractual. Para los fines de este trabajo, cuando hablemos de libertad contractual nos referiremos a la realidad que el Tribunal Constitucional ha catalogado como libre contratación.

La nueva fórmula consistirá en enfrentar al derecho constitucional de libertad contractual con el principio constitucional de seguridad jurídica, por lo que estaremos ante el supuesto de conflicto iusfundamental en sentido amplio que admite la posibilidad de enfrentar un derecho fundamental con un principio fundamental. Una vez que hemos aterrizado la discusión a un nivel más concreto que el de buscar comparar a dos principios de manera abstracta, estamos en capacidad de aplicar la teoría conflictivista.

También hemos estudiado las dos vías de solución propuestas por la teoría conflictivista al momento de encontrarnos frente a conflictos iusfundamentales. Una primera solución es la jerarquización abstracta de los derechos constitucionales, la cual es una posibilidad que ya hemos descartado porque adoptar como

válida una jerarquía abstracta de derechos fundamentales es contradictoria con el principio de unidad de la Constitución. La jerarquización abstracta de derechos constitucionales se opone a la interpretación sistemática de la Carta Magna.

El otro camino pasa por realizar una jerarquización concreta de los derechos constitucionales invocados. Más allá de lo jurídicamente lesivo que consideramos aplicar la teoría conflictivista, hemos de decir que creemos que la aplicación del principio de proporcionalidad es un método menos lesivo que la jerarquización abstracta, pues al menos la proporcionalidad, al ser una jerarquización concreta, siempre tiene en cuenta al caso concreto a la hora de resolver un conflicto. En cambio, la jerarquización abstracta le da la espalda a la casuística e intenta dar soluciones universales para todas y cada una de las hipotéticas circunstancias, aumentándose así, considerablemente, la posibilidad de llegar a soluciones injustas.

Recordemos que nuestro Tribunal Constitucional es un fiel seguidor de la jerarquización concreta de los derechos constitucionales el caso de los conflictos iusfundamentales. En ese sentido, el máximo intérprete de la Constitución aplica el principio de proporcionalidad para determinar a cuál de los derechos enfrentados dar preferencia. Ya vimos cómo este principio de proporcionalidad se encuentra conformado por tres subprincipios: el principio de adecuación o idoneidad, el principio de necesidad y el principio de ponderación.

Siguiendo este razonamiento, para aplicar el principio de proporcionalidad al caso de nuestro régimen de derechos reales, tendríamos que partir de la idea de que en el régimen de derechos reales peruano la seguridad jurídica es un principio constitucional que ha opacado al derecho constitucional de la libertad contractual, el cual se ha visto recortado en sus posibilidades, pues el *númerus clausus* se ha encargado de limitar a la mencionada libertad, la cual ha pasado a ser un derecho sacrificado. Claramente nos encontramos en un caso de conflictos de derechos iusfundamentales en sentido amplio en el cual se confrontan un principio fundamental y un derecho fundamental. Por lo tanto, no

puede avalarse la falta de identidad ontológica de los elementos en disputa para argumentar la invalidez de este análisis.

Continuando con esta lógica, procederemos a aplicar el principio de proporcionalidad para analizar la constitucionalidad del sistema de derechos reales peruano. Utilizar el principio de proporcionalidad es sinónimo de evaluar una disputa jurídica empleando los subprincipios de adecuación o idoneidad, de necesidad y el de ponderación.

Respecto al supprincipio de adecuación, el mismo consiste en una evaluación de medio-fin de la medida limitativa que se aplica al derecho fundamental sacrificado. En el caso de nuestro régimen de derechos reales, el derecho fundamental sacrificado es la libertad contractual (manifestación de la autonomía de la voluntad) con la finalidad de privilegiar al principio constitucional de seguridad jurídica. En este primer punto, consideramos que la tipificación cerrada de derechos reales peruana es una técnica legislativa que cumple con la finalidad de brindar una mayor seguridad jurídica a los particulares, pues el *númerus clausus* otorga previsibilidad y confianza. Al mismo tiempo, el día a día ha venido demostrando que el régimen de derechos reales nacional promueve de manera acertada el tráfico jurídico. Por ende, consideramos que estamos ante una medida adecuada para el fin que persigue el legislador peruano.

El subprincipio de necesidad se refiere a que las medidas limitativas que vayan a aplicarse al derecho fundamental sacrificado sean medidas idóneas o adecuadas para alcanzar el fin que se busca. Concretamente, se busca que la limitación al derecho sacrificado sea lo menos restrictiva posible para cumplir con la finalidad deseada. La aplicación de este subprincipio exige evaluar si existe o no una solución diferente u otro medio menos lesivo. En el caso del régimen de derechos reales peruano, el legislador ha empoderado al principio constitucional de seguridad jurídica en miras de lograr una mayor previsibilidad y certeza en el tráfico jurídico, sacrificándose en el camino al derecho constitucional de libertad contractual. Siguiendo con este análisis constitucional direccionado por la teoría conflictivista de derechos fundamentales,

hemos de decir que la medida limitativa es efectivamente necesaria porque para configurar un sistema de derechos reales determinado es imprescindible el obrar del legislador. Nuestro sistema de derechos reales de *númerus clausus* es una medida necesaria porque no puede llegarse a cumplir con sus objetivos de otra manera que restrinja en menor grado al derecho constitucional de libertad contractual.

Ahora bien, podría generarse la siguiente duda en el lector: ¿Un hipotético sistema de *númerus apertus* no restringiría en menor medida a la libertad contractual que nuestro instalado *númerus clausus*? Opinamos que la respuesta, dentro de una visión conflictivista, es afirmativa. Es más, en el sistema de derechos reales de *númerus apertus* la libertad contractual no sólo se vería menos afectada, sino que pasaría a ser el eje central de la tipificación de los derechos reales, los cuales podrían ser configurados por los particulares sin mayores problemas. Sin embargo, no deberíamos concluir que al ser menos lesivo para la libertad contractual un sistema de *númerus clausus* sería, ponderativamente hablando, sea el necesario. Esto es así porque aunque ambos regímenes de derechos reales busquen normar sobre la tipificación, configuración y regulación de los derechos reales, las finalidades de uno y otro sistema son distintas. El *númerus clausus* tiene como finalidad fortalecer la previsibilidad y certeza del tráfico jurídico, mientras que el *númerus apertus* tiene como objetivo otorgar la mayor posibilidad configuradora posible a los particulares. En el primer caso deberá prevalecer la seguridad jurídica, mientras que, en el segundo, la libertad contractual. El *númerus apertus* es menos lesivo para la libertad contractual, pero no es el sistema de derechos reales diseñado para brindar certeza y previsibilidad a los ciudadanos en el marco del tráfico jurídico.

En cuanto al subprincipio de ponderación, alude a la relación existente entre el nivel de afectación de uno de los derechos fundamentales que se encuentran en conflicto y el grado de importancia de la satisfacción del otro derecho fundamental que se le opone. Traslado esto al régimen de derechos reales nacional, y recordando una vez más que estamos ante un caso de conflicto iusfundamental en sentido amplio, nos encontramos ante el

siguiente panorama: el derecho constitucional de libertad contractual se encuentra restringido porque el legislador ha considerado que el principio constitucional de seguridad jurídica debe tener un grado de satisfacción mayor al momento de la tipificación de derechos reales. Creemos que se cumple con el subprincipio de ponderación, pues detrás de la limitación que ha sufrido el derecho constitucional de libertad contractual se encuentra el nivel de importancia que se le ha otorgado al principio constitucional de seguridad jurídica en un régimen de derechos reales de estilo *númerus clausus*. En otras palabras, el nivel de satisfacción del principio constitucional de seguridad jurídica es inversamente proporcional al grado de afectación sufrida por el derecho fundamental de libertad contractual porque de esta manera se consigue consolidar un régimen de derechos reales de *númerus clausus*, en el cual la previsibilidad y confianza del sistema importan más que la libertad configuradora que tengan los ciudadanos.

Por todo ello, si analizamos nuestro régimen de derechos reales desde un enfoque conflictivista, hemos de concluir que la afectación de la libertad contractual está justificada y por lo tanto el *númerus clausus* es constitucional. Cabe recordar que la restricción no es absoluta porque se contemplan espacios donde cabe la autonomía privada, como en el caso del usufructo, derecho real en el que se permite excluir determinados provechos o utilidades.

Si bien es cierto las conclusiones de emplear la teoría armonizadora y la teoría conflictivista son muy similares, esto no significa que la teoría se emplee de lo mismo, pues se trata de dar una coherencia mayor al contenido constitucional, buscando evitar cualquier tipo de contradicción interna y respetando el i de unidad de la constitucional. Es jurídicamente más sano realizar un juicio de constitucionalidad a través de ojos que busquen la cohesión constitucional. Si la Constitución, norma suprema del ordenamiento jurídico, es vista como una unidad ontológica, luego será más sencillo entender que todo el ordenamiento jurídico en su conjunto es una unidad y como tal, ha de promoverse las interpretaciones armonizadoras y no las conflictivistas, lo cual resulta mucho más adecuado para conseguir el fin del derecho, esto

es, es la justicia, que poner a competir derechos o principios en una tribuna.

¿Qué pasaría si quisiera modificarse el régimen de derechos reales peruano a un sistema de *númerus apertus*? ¿Seguiría siendo constitucional? Consideramos que, en este punto, dar una respuesta positiva o negativa sería poco serio. Es más, ni siquiera podría hacerse un análisis responsable de esta posibilidad si primero no se parte de un sin número de afirmaciones hipotéticas.

Nuestro derecho adopta un régimen de derechos reales de *númerus clausus*, sin embargo, esto no quiere decir que nuestro *númerus clausus* sea idéntico al de otros países partidarios de este sistema, pues al fin y al cabo cada legislación nacional tiene sus peculiaridades. No sería correcto afirmar, por ejemplo, que como en Perú el sistema de derechos reales de *númerus clausus* es constitucional, luego todas las regulaciones extranjeras que se adhieran a este sistema serán constitucionales, pues los análisis de constitucionalidad deberán llevarse a cabo caso por caso. Del mismo modo podríamos proponer dos tipos de regímenes de derechos reales de *númerus apertus* y el análisis de constitucionalidad ha de realizarse a cada uno por separado, pudiendo llegarse a conclusiones opuestas entre uno y otro. Un sistema de derechos reales de *númerus apertus*, entendido en abstracto, acepta tantos matices que no puede analizarse constitucionalmente a ciegas.

CONCLUSIONES

Si bien los derechos reales y los derechos personales pertenecen al ámbito del derecho civil patrimonial, ambos son categorías distintas que se encargan de resguardar intereses diferentes de los particulares. Mientras que en los derechos personales la autonomía privada cuenta con un amplio campo de actuación; en el caso de los derechos reales, las exigencias de confianza, previsibilidad y reducción de los costos de transacción ocasionan que la seguridad jurídica asuma un rol protagónico, por lo tanto, es lógico que el legislador peruano haya optado por un sistema de *númerus clausus*. Todo esto no significa que cuando hablamos de los derechos reales la seguridad jurídica pese más que la autonomía privada, sino que ambos principios constitucionales coexisten en armonía, cada uno dentro de sus límites. Sucede que en un régimen de derechos reales de *númerus clausus* los límites de la autonomía privada son mayores a los límites intrínsecos de la seguridad jurídica

Para estar en capacidad de realizar un análisis de constitucionalidad del sistema peruano de derechos reales, nuestro paso previo consistirá en tener presente que el fenómeno conocido como constitucionalización abarca a todas las áreas del derecho, lo cual implica que los derechos reales no son ajenos a la influencia actual que el Derecho Constitucional tiene sobre el resto del ordenamiento jurídico. En ese contexto, debemos entender que los derechos reales no sólo competen al Derecho Civil, sino que también son verdaderos derechos constitucionales. Del mismo modo, los principios jurídicos de autonomía privada y de seguridad jurídica

dejan de lado una restringida visión civilista para ser reinterpretados como principios constitucionales.

Hablar de sistemas de derechos reales es hablar del gran debate que existe entre los simpatizantes del *númerus clausus* y los defensores del *númerus apertus*. A pesar de que los argumentos a favor de una postura u otra son diversos, ambas teorías se basan en principios constitucionales. Por parte del *númerus clausus*, el principio constitucional que sirve como pilar argumentativo es la seguridad jurídica; en el caso del *númerus apertus*, es la autonomía de la voluntad.

Respecto al derecho comparado, podemos observar un mayor número de ordenamientos jurídicos que respaldan al *númerus clausus*. Países como Alemania, Francia y Argentina son claros ejemplos. El *númerus clausus* también ha recibido la aceptación de los países que conforman la Alianza del Pacífico; esto es, de Chile, Colombia, México y Perú. La situación es distinta en España, pues el ordenamiento jurídico del país peninsular ha optado por un régimen de derechos reales basado en el *númerus apertus*, dando así una mayor libertad configuradora a la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, la forma más indicada de llevar a cabo el análisis de constitucionalidad del sistema de derechos reales peruano es la aplicación de una visión armonizadora tanto de los derechos como de los principios constitucionales. La dignidad de la persona y la unidad de la Constitución exigen interpretaciones basadas en la coexistencia pacífica de principios y derechos. En ese sentido, afirmamos que nuestro régimen de derechos reales de *númerus apertus* es constitucional, pues en él se respetan las finalidades y límites naturales de los principios constitucionales de seguridad jurídica y autonomía de la voluntad. Ello no significa que la autonomía de la voluntad se encuentre sacrificada, al contrario, la misma es respetada porque se desplaza dentro de los límites que le corresponden.

Por otro lado, somos conscientes de que la visión mayoritaria de los derechos constitucionales es la conflictivista. Es más, nuestro Tribunal Constitucional utiliza la teoría conflictivista para resolver disputas constitucionales, para lo cual utiliza el principio de proporcionalidad, el cual a su vez está conformado por los siguientes subprincipios: de

adecuación o idoneidad, de necesidad y de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. Si quisiéramos aplicar la teoría conflictivista al análisis de constitucionalidad de nuestro sistema de derechos reales, tendríamos que reformular el conflicto desde un supuesto enfrentamiento de los principios constitucionales de autonomía de la voluntad y de seguridad jurídica a una disputa entre el derecho constitucional de libertad contractual y el principio constitucional de seguridad jurídica. Ello es consecuencia de entender que la libertad contractual, al ser una manifestación de la autonomía de la voluntad, es una realidad mucho más concreta, lo cual facilita el análisis de un enfoque conflictivista. Siguiendo con la lógica conflictivista, en el *númerus clausus* presente en el derecho peruano la seguridad jurídica tiene una relevancia mayor a la libertad contractual. Por lo tanto, es normal que este derecho fundamental se encuentre parcialmente sacrificado. La conclusión sería que nuestro sistema de derechos reales es constitucional.

A pesar de que tanto aplicando una visión armonizadora como un enfoque conflictivista los resultados finales del análisis son similares, no debemos entender que esto significa que optar por una u otra teoría sea un acto irrelevante. Por el contrario, sólo la teoría armonizadora salvaguarda adecuadamente los principios y derechos constitucionales, los cuales coexisten pacíficamente dentro de sus límites esenciales. Elegir la teoría conflictivista trae como consecuencia una vulneración hacia la dignidad de las persona, porque, en definitiva, dar preferencia al derecho de uno y sacrificar el de otro es dar preferencia a una persona sobre otra. Asimismo, la teoría conflictivista desnaturaliza al principio de unidad de la Constitución, porque entender a los derechos como entidades ilimitadas que eventualmente pueden colisionar entre sí va en contra de una interpretación sistemática y óptima de la Carta Magna.

Finalmente, hemos de decir que, si se quisiera realizar un análisis de constitucionalidad de una eventual implementación de un sistema de *númerus apertus* en el Perú, no sería posible realizarlo porque hablar de una regulación de sistema de derechos reales en abstracto difiere del carácter concreto que todo análisis constitucional debe poseer. El hecho de que hayamos concluido que el régimen de derechos reales de *númerus clausus* peruano es constitucional no conlleva a que todos los sistemas de derechos reales de *númerus clausus* del mundo se conviertan

automáticamente en constitucionales. Cada juicio de constitucionalidad debe hacerse por separado. De igual forma, si el *númerus clausus* peruano es constitucional, esto no quiere decir que implementar un sistema de *númerus apertus* en nuestro país sea inexorablemente un acto inconstitucional, pues el mismo admite tantas variables hipotéticas que lo que tendría que hacerse, en todo caso, sería analizar el proyecto de ley concreto que busque modificar nuestro sistema.

BIBLIOGRAFÍA

- ARBULÚ CELI, Juan Antonio. *¿Númerus clausus o númerus apertus? Respeto al principio de legalidad o libre desarrollo de la autonomía de la voluntad*. Actualidad Jurídica. 2010, núm 165.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier. *Código Civil*. Tomo I. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2014.
- BASADRE AYULO, Jorge. *La historia de las codificaciones en el Perú*. Lima: Cultural Cuzco, 2003.
- BERMEJO VERA, José. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Navarra: Thomson-Civitas, 2005.
- BLANCO ESTÉVEZ, Adrián, “La Alianza del Pacífico: un largo camino por recorrer hacia la integración” <https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/La_Alianza_del_Pacifico_Blanco_0.pdf>. [Fecha de consulta: 07-SET-2016].
- BORDA, Guillermo. *Manual de derecho civil: reales*. Buenos Aires: La Ley, 2008.
- BURGA CORONEL, Angélica María. *El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Gaceta Constitucional. 2011, núm 47.

- CALDERÓN VILLEGAS, Juan. *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá: Temis, 2011.
- CARRIÓN OLMOS, Salvador. *Curso básico de derechos reales*. Valencia: Práctica del Derecho, 2006.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*. Lima: Palestra Editores, 2005.
- CAUSSE, Federico. “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”. Tomo V. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la nación. 2016.
- CORRAL TARCIANI, Hernán, “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado” <<https://corraltarciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizacion-privado.pdf>>. [Fecha de consulta: 06-JUN-2016].
- DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995.
- DÍEZ-PICASO, Luis. *Sistema de derecho civil*. Volumen I. Madrid: Tecnos, 2006.
- ESPÍNDOLA BUSTILLOS, Miguel Ángel. *La propiedad inmobiliaria en México: su esencia y extensión*. Revista mexicana de Derecho. 2009, núm 11.
- FERNÁNDEZ SALAS, José Carlos. *Los derechos reales en Europa*. Themis. 2014, núm 65.
- FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Granada: Comares, 2001.
- FIGUEROA CERCEDO, Sergio Moisés. *¿Es eficiente tener un Sistema de Derechos Reales “Númerus clausus”?*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.

- GALLEGOS ALCÁNTARA, Eridani. *Bienes y derechos reales*. México: IURE, 2004.
- GARCÍA CHAVARRI, Abraham. *Estudios sobre la propiedad*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, editado por Priori Posada, Giovanni, 2013.
- GARCÍA MERINO, Fabiola. *Proceso de inconstitucionalidad*. Lima: Grijley, 2009.
- GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del estado y derecho constitucional*. Lima: Adrus, 2014.
- GATTI, Edmundo y ALTERNI, Jorge. “El derecho real, elementos para una teoría general”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1998.
- GAYO. *Instituciones*. Madrid: Cívitas, 1985.
- GONZÁLES BARRÓN, Gunther Hernán. *Derechos reales*. Lima: Ediciones legales, 2010.
- GONZÁLES BARRÓN, Gunther. *El derecho civil patrimonial en la Constitución*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009.
- GONZALES BARRÓN, Gunther. *Los derechos reales y su inscripción registral*. Lima: Gaceta Jurídica.
- GONZÁLEZ LINARES, Neiro. *Derecho civil patrimonial: derechos reales*. Lima: Palestra editores.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Código Civil chileno, estudio preliminar y notas de Alejandro Guzmán Brito*. Navarra: Thomson Aranzadi. 2006.
- HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de derecho constitucional*. Lima: Palestra, 2009.

- HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.
- LANDA ARROYO, César. *La constitucionalización del derecho peruano*. Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. 2013, núm 71.
- LASARTE, Carlos. *Curso de derecho civil patrimonial: introducción al derecho*. Madrid: Tecnos, 2011.
- MAZEAUD, Henri. *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1959.
- MEJORADA CHAUCA, Martín. *Derechos sobre bienes y el numerus clausus*. Themis. 2014, núm 66.
- MELENDO, Tomás. *Introducción a la antropología: la persona*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2005.
- MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Conflictos entre derechos fundamentales: expresión, información y honor*. Lima: Palestra Editores, 2007.
- ORTEGA GARCÍA, Ramón, “La constitucionalización del derecho en México”, <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/137/art/art6.pdf>>. [Fecha de consulta: 06-JUN-2016].
- PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- PERALTA MARISCAL, Leopoldo. *Análisis crítico del sistema español de numerus apertus en materia de derechos reales*. Revista crítica de derecho inmobiliario. 2015, núm 751.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

- PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. *La ponderación y la autoridad en el derecho, el rol de los principios formales en la interpretación constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales*. Tomo I. Lima: Rhodas, 2007.
- RIVERO VALDÉS, Orlando. *Temas de derechos reales*. La Habana: Félix Varela, 2002.
- REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos: autodeterminación, autonomía privada, libertad contractual, fuerza obligatoria, forma, consensualismo, equidad, justicia y equivalencia de las prestaciones, confianza, seguridad, buena fe*. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- SERRANO ALONSO, Eduardo. *Manual de derechos reales*. Madrid: Edisofer, 2008.
- SERNA BERMÚDEZ, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2000.
- SIERRA GUTIÉRREZ, Abdón. *La autonomía privada en el Estado Social de Derecho, concepto y evolución vista desde el sistema jurídico colombiano y venezolano*. Advocatus. 2012, núm 18.
- SUÁREZ-MANRIQUE, Wilson, “La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano”, < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33832.pdf>>. [Fecha de consulta: 07-JUN-2016].
- TERNERA BARRIOS, Francsico. *La realidad de los derechos reales*. Bogotá: Univesidad del Rosario, 2001.
- TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Introducción al derecho: teoría general del derecho*. Lima: IDEMNSA, 2011.
- URIBE MISAS, Alfonso. *Código Civil de Colombia*. Madrid: Instituto de cultura hispánica, 1963.

VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo. *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.

VASQUEZ RÍOS, Alberto. *Los derechos reales*. Tomo I. Lima: San Marcos, 2011.

ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. *Descubrir el derecho: las nociones elementales del derecho privado y del derecho público explicadas en forma sistemática*. Lima: Palestra Ediotas, 2009.