



FACULTAD DE DERECHO  
SECCIÓN DE POSGRADO

**EL CONTROL DIFUSO REGISTRAL COMO GARANTÍA DEL  
DERECHO DE PROPIEDAD**

**PRESENTADA POR  
DIANA RUTH BECERRA DIAZ**

**ASESOR:**

**GERARDO ETO CRUZ**

**TESIS**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN DERECHO CIVIL**

**LIMA – PERÚ**

**2018**



**Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada  
CC BY-NC-ND**

La autora permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



**USMP**

UNIVERSIDAD DE SAN MARTIN DE PORRES

**FACULTAD DE DERECHO  
SECCIÓN DE POSTGRADO**

**“EL CONTROL DIFUSO REGISTRAL COMO GARANTÍA DEL  
DERECHO DE PROPIEDAD”**

**TESIS PARA OPTAR**

**EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO CIVIL**

**PRESENTADO POR:**

**DIANA RUTH BECERRA DIAZ**

**ASESOR:**

**DR. GERARDO ETO CRUZ**

**LIMA, PERÚ**

**2018**

Dios porque gracias a él y a su amor todo se logra, a mis padres, a mi hermanita, y a mi esposo porque le dan sentido a mi vida y gracias a su apoyo pude llevar a cabo la presente investigación.

Agradezco a mi Dios porque gracias a su infinita bondad pude llevar a cabo mis estudios y la presente investigación, a mis padres y hermana porque con su infinito cariño y apoyo hacia mi persona hicieron posible este logro. Agradezco también a mi asesor porque con sus sabios conocimientos y guía pude llevar a cabo la presente investigación.

# INDICE

RESUMEN .....	viii
ABSTRACT .....	ix
INTRODUCCION .....	x
CAPITULO I	
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	1
TEMA: .....	1
1.1 Descripción de la realidad problemática.....	1
1.2 Formulación del problema .....	3
1.2.1. Problema General: .....	3
1.2.2. Problemas Específicos:.....	3
1.3 Objetivos de la investigación .....	4
1.3.1 Objetivo General .....	4
1.3.2. Objetivos Específicos .....	4
1.4 Formulación de la hipótesis.....	4
1.4.1 Hipótesis General.....	4
1.4.2 Hipótesis Específicas .....	4
1.4.3 Identificación de variables .....	4
1.5 Justificación de la investigación .....	5
1.5.1 Importancia.....	5
1.5.2 Limitación .....	5
1.6 Delimitación de la investigación .....	5
1.6.1 Delimitación Espacial: .....	5
1.6.2 Delimitación Temporal:.....	5
1.6.3 Delimitación Social: .....	5
1.7 Viabilidad de la investigación .....	5
CAPITULO II	
MARCO TEORICO.....	7
2. 1 Antecedentes de la investigación .....	7
2.1.1 Antecedentes Internacionales .....	7
2.1.2 Antecedentes Nacionales.....	10
2.2 Definiciones de Términos Básicos .....	13
Control Difuso Registral .....	13
Calificación Registral.....	14
Principio de Legalidad .....	14
Precedente Registral.....	14

Garantía del Derecho de Propiedad.....	14
Inscripción Registral.....	14
Publicidad Registral.....	15
Seguridad Jurídica .....	15
Supremacía Constitucional.....	15
CAPITULO III	
GESTACION HISTORICA DEL CONTROL DIFUSO EN EL SISTEMA COMPARADO.....	16
3.1.- Origen del control difuso en la legislación Norteamericana.....	16
3.2.- La posición de Hamilton, Madison y Jay (El Federalista).....	21
3.3.- El modelo difuso en el Sistema Constitucional Peruano. ....	23
3.4.- Regulación histórica del Control Difuso en el Código Civil Peruano de 1936. .....	27
3.5.- El control difuso en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963.....	28
3.6.- El control difuso en la Ley 23506 (Ley de Habeas Corpus y Amparo) .....	30
3.7.- La incorporación del control difuso en nuestro ordenamiento constitucional. .....	32
3.7.1.- Constitución de 1979.....	33
3.7.2.- Constitución de 1993.....	35
3.8.- El control difuso en el Código Procesal Constitucional (artículo VI Código Procesal Constitucional).....	37
3.9.- Evolución jurisprudencial del control difuso en el control constitucional de las leyes.....	39
CAPITULO IV	
LOS GRANDES MODELOS Y PRINCIPIOS DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL.....	41
4.- Los presupuestos jurídicos y políticos de la jurisdicción constitucional ò la constitución como norma. ....	41
4.1.- El carácter fundamental de la constitución.....	41
4.2.- el carácter normativo de la constitución .....	42
4.3.- Sistemas, bases o modelos de jurisdicción constitucional .....	43
4.3.1.- Sistema difuso o americano (judicial review). Evolución y características. 43	
4.3.2.- Sistema concentrado o europeo. Evolución y características. ....	45
4.3.3.- Sistema político y/o socialista: Un modelo en franca retirada. Evolución y características. ....	46
4.4.- El control constitucional en América Latina. Evolución y características.....	47
4.4.1 México.....	47
4.4.2 Colombia.....	49
4.4.3 Argentina.....	50

4.5.- Principios constitucionales que rodean el control difuso como mecanismo de inaplicación de la norma.....	51
4.5.1.- Principio de jerarquía normativa.....	51
4.5.2.- Principio de supremacía constitucional .....	52
4.5.3.- Principio de legalidad .....	53
4.6.- Jurisprudencia relacionada a la materia.....	55
CAPITULO V	
EVOLUCION Y APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO EN PERU .....	60
5.1.- La administración pública y la aplicación del control difuso administrativo. .	60
5.2.- Análisis y regulación del control difuso en la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley 27444). .....	62
5.3.- Control difuso administrativo en la Constitución.....	63
5.4.- Evolución del control difuso en la administración pública:.....	65
5.5.- Jurisprudencia sobre la materia. ....	67
CAPITULO VI	
INTERPRETACION DE LA NORMA CONSTITUCIONAL EN EL PERU .....	70
6.1.- El significado de la interpretación norma constitucional y sus características. ....	71
6.2.- La interpretación jurídica en el código civil peruano.....	74
6.3.- Sistemas interpretativos de la constitución política peruana. ....	76
6.4.- Las reglas tradicionales de la interpretación jurídica (planteamiento de Savigny). ....	76
6.4.1.- La interpretación gramatical. ....	76
6.4.2.- La interpretación sistemática.....	77
6.4.3.- La interpretación teológica. ....	78
6.4.4.- La interpretación histórica. ....	79
6.5.- La teoría general de la interpretación (de acuerdo al operador intérprete de la norma). ....	79
6.5.1.- La interpretación auténtica. ....	79
6.5.2.- La interpretación judicial.....	81
6.5.3 La interpretación doctrinal. ....	83
6.5.4.- Interpretación política y el uso alternativo del derecho.....	83
6.5.5.- Interpretación evolutiva. ....	85
6.5.6.- Interpretación de la constitución y desde la constitución.....	85
6.5.7.- Interpretación textualista vs originalista.....	86
6.6.- Las reglas de la interpretación constitucional y principios de interpretación. 87	
6.7.- Inconstitucional por omisión. ....	92
CAPITULO VII	

DERECHO CIVIL Y CONSTITUCIONAL EN EL PERU APARTIR DEL REGIMEN DE PROPIEDAD .....	95
7.1.- Origen de la posesión y del derecho de propiedad. ....	95
7.2.- Naturaleza jurídica del derecho de propiedad. ....	98
7.3.- Modos de adquirir la propiedad en el Código Civil. ....	99
7.4.- Inscripción del derecho de propiedad según el código civil.....	105
7.5.- Derecho de propiedad pública y privada. ....	107
7.6.- Regulación civil y procesal civil de la propiedad. ....	110
7.7.- Prescripción adquisitiva contemplada en el código civil y su seguridad jurídica.....	115
7.8.- Declaración judicial de prescripción adquisitiva de dominio.....	117
7.9.- Evolución constitucional del derecho de propiedad en la historia. ....	118
7.10.- La propiedad en nuestro ordenamiento constitucional peruano.....	120
7.11.- El derecho de propiedad en la interpretación del Tribunal Constitucional.122	
7.11.1.- La propiedad como derecho y garantía institucional .....	122
7.11.2.-Titularidad de la propiedad.....	124
7.11.3.- Diferencias entre el concepto constitucional y el concepto civil de propiedad. ....	124
7.12.- Imprescriptibilidad de bienes inmuebles privados del estado.....	124
7.12.- Defensa constitucional del derecho de propiedad.....	127
7.13.- Limitaciones de la propiedad.....	129
7.14.- Expropiaciones.....	131
CAPITULO VIII	
EL REGISTRADOR PÚBLICO EN EL SISTEMA JURIDICO COMPARADO Y PERUANO.....	133
8.1.- Sistema registral en la historia. ....	133
8.2.- Los sistemas registrales su clasificación.....	133
8.3.- Sistema registral comparado.....	134
8.3.1.- Sistema Francés .....	134
8.3.2.- Sistema Español .....	137
8.3.3.- Sistema Italiano.....	138
8.3.4.- Sistema Torrens.....	139
8.3.5.- Sistema de Estados Unidos de Norteamérica.....	140
8.3.6.- Sistema Alemán .....	142
8.3.7.- Sistema Peruano.....	143
8.4.- Teoría del Órgano. ....	144
8.5.- Regulación constitucional de la función registral.....	146
8.6.- Fin del registrador publico .....	146

8.7.- Seguridad jurídica registral.....	148
8.8.- Calificación registral en el sistema peruano y en la legislación comparada	150
8.9.- Legalidad en el derecho registral .....	153
CAPITULO IX	
APLICACIÓN DE CONTROL DIFUSO EN LA FUNCIÓN REGISTRAL COMO GARANTIA DE LA SEGURIDAD JURIDICA DE LA PROPIEDAD.....	156
9.1.- Control difuso en sede registral.....	156
9.2.- Control difuso en sede registral como garantía de la seguridad jurídica registral .....	159
9.3.- Defensa del derecho de propiedad por la aplicación del control difuso registral .....	162
9.4.- Precedentes registrales que vulneran la defensa del derecho de propiedad garantizado en la constitución .....	164
9.5.- Calificación registral en casos de prescripción adquisitiva notarial de bienes inmuebles privados del estado .....	167
9.6.- Calificación de laudos arbitrales.....	169
9.7.- Calificación de actos administrativos .....	170
X METODOLOGIA .....	172
10. 1 Tipo de estudio .....	173
10.2. Diseño de investigación.....	174
10.3 Escenario de estudio .....	175
10.4. Caracterización de sujetos .....	175
10.5. Trayectoria metodológica .....	176
10.6 Técnica e instrumentos de recolección de datos.....	176
10.7 Tratamiento de la información .....	176
10.8 Aspectos éticos .....	176
XI RESULTADOS	
11.1. Análisis de fiabilidad .....	179
11.2. Frecuencias.....	180
Regla Teórica para Toma de Decisiones .....	183
Estadística de Prueba de Hipótesis.....	183
Correlaciones no paramétricas.....	185
Regla Teórica para Toma de Decisiones .....	185
Estadística de Prueba de Hipótesis.....	185
Correlaciones no paramétricas.....	186
Regla Teórica para Toma de Decisiones .....	186
Estadística de Prueba de Hipótesis.....	187
Correlaciones no paramétricas.....	188

Regla Teórica para Toma de Decisiones .....	188
Estadística de Prueba de Hipótesis.....	188
Correlaciones no paramétricas.....	190
Regla Teórica para Toma de Decisiones .....	190
Estadística de Prueba de Hipótesis.....	190
Fichas de análisis de resoluciones del Tribunal Registral .....	194
XII.DISCUSIÓN	
12.1. Primera discusión .....	198
12.2. Segunda discusión .....	199
12.3. Tercera discusión .....	199
XIII PROPUESTA.....	203
XIV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	205
XV FUENTES DE LA INFORMACIÓN.....	208
XVI ANEXOS.....	226
Matriz de consistencia .....	227
Cuestionarios de encuestas .....	228

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como título “El control difuso registral como garantía del derecho de propiedad”, tuvo como objetivo, demostrar mediante el empleo de instrumentos metodológicos que el control difuso debe extender su aplicación a los Registradores Públicos en la calificación registral para evitar la afectación al derecho de propiedad por el redimensionamiento del principio de legalidad

La investigación obedece a un enfoque cualitativo, de tipo básico, desarrollado bajo un diseño no experimental descriptivo, utilizando instrumentos cuantitativos, habiéndose utilizado la técnica de la encuesta, con una población comprendida por 300 Funcionarios de los Registros Públicos, tomándose una muestra por conveniencia por ser difícil el acceso a los funcionarios públicos y no poder establecer que su respuesta son sincera, por lo que se aplico a 59 funcionarios de los Registros Públicos entre Registradores Públicos, Asistentes Registrales y otros trabajadores.

Luego del procesamiento de los datos, el análisis e interpretación de los resultados en la contrastación de la hipótesis, se llegó a la siguiente conclusión: Se determinó que la falta de atribución de la facultad de Control Difuso Registral a los Registradores Públicos en la calificación registral afecta al derecho fundamental defendido en la Constitución la propiedad por redimensionamiento del principio de legalidad.

Palabras clave: Control difuso registral, garantía del derecho de propiedad.

## **ABSTRACT**

The present research work is entitled "The diffuse registration control as a guarantee of property rights", had as its objective, to demonstrate by using methodological instruments that the diffuse control should extend its application to the Public Registrars in the registry qualification to avoid the affectation to the property right by the resizing of the principle of legality

The research is based on a qualitative approach, of a basic nature, developed under a non-experimental descriptive design, using quantitative instruments, having used the survey technique, with a population comprised of 300 Officials of Public Registries, taking a sample for convenience by access to public officials is difficult and they can not establish that their response is sincere; therefore, it was applied to 59 Public Registry officials between Public Registrars, Registry Assistants and other workers.

After the processing of the data, the analysis and interpretation of the results in the test of the hypothesis, the following conclusion was reached: It was determined that the lack of attribution of the Faculty of Diffuse Registration Control to the Public Registrars in the registry qualification it affects the fundamental right defended in the Constitution by resizing the principle of legality.

Keywords: Diffuse registry control, guarantee of property rights.

.

# INTRODUCCION

En nuestro país existe una estructura jerárquica del ordenamiento jurídico que se encuentra normativamente afirmado en lo que la doctrina denominara en la expresión original del Rudolf Smend como la pirámide de Kelsen, que tiene como base o norma principal a la Constitución Política en mérito del principio de *supremacía constitucional*, lo cual lleva a que nuestra carta magna se encarga de la defensa de los derechos fundamentales existentes, y una manifestación de estos derechos fundamentales es el derecho de propiedad, en dónde se protege al titular de la propiedad.

Es por lo antes señalado que en un país se debe procurar la defensa de la referida norma y velar por su cumplimiento, es por ello que surge el control de constitucionalidad a través del cual se garantiza la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma de inferior rango como por ejemplo las normas registrales y sus precedentes.

Este medio de hacer cumplir lo regulado en la norma suprema de un país es una facultad que tiene sus orígenes norteamericanos en el caso *Marbury vs Madison* que fue caso líder para el desarrollo de esta facultad de cumplimiento constitucional.

La regulación del control difuso de la constitucionalidad como veremos luego tiene antecedentes previos a la actual constitución peruana, cuando se gestó este control difuso a partir del caso **Bonham** y luego en lo que sería los Estados Unidos de Norteamérica; ahí solo se concibió que dicho control debía ser reservado sólo a los Jueces excluyéndose dicha potestad ampliatoria a otros funcionarios. Este planteamiento que registra la historia ha sido inmoviblemente consagrado en diversos modelos de jurisdicción constitucional entre ellos el caso o modelo peruano.

En la actual Constitución Peruana de 1993 este control tiene su regulación a través de los artículos 51 y 138 que *in verbis* dispone:

"La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la

vigencia de toda norma del Estado" (Art. 51°, Constitución Política del Perú de 1993).

"La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes".

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior" (Art. 138°, Constitución Política del Perú de 1993).

Como se puede apreciar, el control difuso regulado en nuestra actual constitución, garantiza la prevalencia de ésta sobre cualquier otra norma, y de la ley, sobre cualquier otra norma de inferior jerarquía, atribuyéndoles esa facultad a los jueces en caso de incompatibilidad de la Constitución con una norma.

Es decir solo se considera que el juez es el funcionario idóneo para hacer prevalecer la Constitución, como lo esgrime la doctrina, en solo habilitar dicha potestad a los jueces que son los únicos funcionarios idóneos para hacer un análisis minucioso y correcto de los casos en los que se vulnera la constitución, y aplicar la defensa necesaria mediante el ejercicio del control constitucional difuso.

En esta perspectiva, los demás funcionarios públicos fueron excluidos del ejercicio de esta facultad en nuestra Constitución, debido a que como se ha señalado no se consideraba que ellos estaban habilitados por no tener una formación profesional idónea como la de los jueces.

Sin embargo en el 2006, al resolver el Caso Salazar Yarlenque (Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 03741-2004-AA/TC), el Tribunal Constitucional consolidó una nueva doctrina y, mediante precedente vinculante, estableció que los tribunales administrativos u órganos colegiados que imparten justicia administrativa con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados, tienen la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infra constitucional que la vulnere manifiestamente.

Es así que se reconocía vía precedente vinculante que la Administración debía no aplicar una norma de inferior jerarquía constitucional a un caso concreto, cuando contravenía la Constitución, e incluso de oficio si se apartaba de la interpretación y/o precedente del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional afirmó vía interpretación que “si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial”.

Posteriormente mediante Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 04293-2012-PA/TC, deja sin efecto la potestad de la Administración para realizar control difuso. Y lo hicieron bajo el argumento de que no existe un control judicial posterior, como sí está regulado para el caso del control difuso judicial y en que la administración no es idónea para decir sobre un tema de esa naturaleza.

Mediante el presente trabajo de investigación quiero demostrar que la aplicación del control difuso por los Registradores Públicos es muy importante debido a que a través de ella, se hará cumplir la normativa constitucional en el ámbito registral, y se logrará de esta manera, ser el último filtro en la inscripción registral y garantizar de esta forma la supremacía constitucional y la seguridad jurídica registral, brindada y protegida por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

Y evitar que *normas infra* constitucionales vulneren un derecho fundamental como la propiedad protegido en la Constitución o en otra norma y para tal efecto, ponemos como ejemplo una serie de precedentes que llevarían al referido funcionario público a ser un instrumento más de la contravención de la normativa constitucional, por no tener la facultad de ejercer control difuso constitucional en la calificación registral que realiza.

La motivación de la presente investigación se ubica en los marcos de la teoría de control jurídico que se ubica en los marcos del control constitucional es decir en los planteamientos esgrimidos en sus momentos Karl Howenstein.

Así, en los controles inter órganos una entidad del estado con ciertas potestades y atribuciones puede ser controlada por otra entidad del estado. El congreso por ejemplo puede controlar al ejecutivo, el Consejo Nacional de la Magistratura al poder judicial, la contraloría a todas las entidades del estado, el Tribunal Constitucional desde una perspectiva del control constitucional puede ejercer un control a todas las demás entidades del estado. En esta perspectiva, si en el sistema jurídico respecto a los registros de propiedad que debe tener personas jurídicas y personas naturales no se provee mecanismos inter institucionales que controlen excesos, abusos o graves afectaciones de la propiedad se está causando un daño jurídico-social, la idea es que determinados funcionarios ostenten una potestad que bien puede ser a través de una suerte de control difuso registral.

# CAPITULO I

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### **TEMA:**

Aplicación del control difuso por los registradores públicos en la calificación registral para evitar la afectación del derecho de propiedad por el redimensionamiento del principio de legalidad.

### **1.1 Descripción de la realidad problemática**

El control difuso constitucional nos remite a la defensa del *principio de supremacía constitucional*, el cual señala que en caso de que una ley u otra norma de inferior jerarquía atente contra el texto constitucional, el órgano que estuviera conociendo sobre la materia, debe declararlo inaplicable por inconstitucional.

Se debe tener en cuenta que en un primer momento se estableció que los jueces tenían la facultad de aplicar el control difuso debido a que se señalaba que solo este era quien estaba debidamente capacitado para discernir si existía una infracción de la constitución por una norma infra constitucional, y declarar así improcedente lo que se solicitó amparado en dicha norma.

Luego mediante STC 03741-2004-AA/TC (adoptado como precedente de observancia obligatoria por el Tribunal Constitucional), se autorizó a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infra constitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo.

El referido precedente señalaba que solo los tribunales u órganos colegiados podían aplicar control difuso, en caso que normas infra constitucionales vulneran la Constitución política. En ese sentido nos decía que en caso de los Registros Públicos, el único que podría aplicar control difuso era el Tribunal Registral, sin embargo el Registrador Público que es el funcionario encargado de la calificación registral para la inscripción de actos jurídico sobre

bienes fue excluido de aplicar tal atribución lo que generó una gran afectación a la Constitución y a la *seguridad jurídica* que brinda esa entidad.

Sin embargo el Tribunal Constitucional aplica la técnica del Overruling a través de la STC N° 04293-2012-PA/TC hoy los Tribunales administrativos ya no están facultados a ejercer el denominado “*Control Difuso de Constitucionalidad*”, debido a que se dejó sin efecto el precedente antes referido, por considerar que esta facultad para los tribunales administrativos no era relevante.

El Registrador Público no tiene facultad de ejercer control difuso porque el Tribunal Constitucional no reconoce esta atribución a los órganos administrativos; sin embargo tiene la responsabilidad de la calificación registral que llevara a la procedencia o improcedencia de la inscripción sobre un derecho de propiedad, a lo que cabe señalar que este funcionario público debe revisar si se cumple o no con los requisitos formales y de validez para la inscripción de propiedad sobre el bien, es necesario entonces preguntarnos ¿qué pasa si este advierte en su calificación que se está vulnerando el texto constitucional aun cuando se cumple con todo lo necesario para la inscripción? según lo antes señalado dicho funcionario no tiene facultades de control difuso y por tanto tendría que proceder a la inscripción del derecho de propiedad, generándose así un redimensionamiento del principio de legalidad y una infracción a la constitución en cuanto está en su capítulo III defiende la propiedad.

Uno de los casos relevantes se da cuando la Ley 29618 señala la imprescriptibilidad de bienes privados del estado; sin embargo en el Precedente Sunarp de observancia obligatoria adoptado en el LXXXIV Pleno, de Sesión Extraordinaria presencial los días 9 y 10 de febrero del 2012, se ha establecido que el Registrador Publico no ve la motivación o adecuación con la legislación de lo declarado por el Notario en la prescripción adquisitiva de dominio sobre bienes inmuebles privados del Estado, es decir no tiene que observar si advierte que un bien inmueble privado del Estado es prescrito durante la vigencia de la Ley que los declara imprescriptibles, primando de este modo un precedente que claramente transgrede una Ley y la Constitución que defiende el derecho de propiedad del Estado.

Ahora bien surge por otro lado la siguiente interrogante: y qué pasaría si se inscriben prescripciones sobre bienes inmuebles por ejemplo, amparados en que para poder prescribir se requiere cumplir el plazo de 5 años con justo título y de buena fe y 10 años sin justo título y de mala fe, es así que se prescribe un bien inmueble porque el posesionario tiene la posesión, continua, pacífica, pública durante 10 años, sin embargo entra en vigencia una ley que señala que para prescribir se requiere cumplir el plazo de 20 años, y que todas las prescripciones inscritas hasta ese momento menores a ese plazo se dejen sin efecto, el Registrador si ingresa una rogatoria señalando que cancele el asiento de prescripción en virtud a esa Ley, tendría que inscribir la cancelación aun cuando este advierta que la referida infringe la Constitución, en mérito a que no cuenta con la facultad de control difuso.

Es en el marco y contexto de esta problemática práctica en que estimamos pertinente en el presente trabajo de investigación plantear que se faculte al Registrador Público a ejercer el control difuso, debido a que la falta de esta atribución lleva a que se sobredimensione el principio de legalidad, lo que genera una afectación al derecho de propiedad, la seguridad jurídica que brinda registros públicos, y el principio de supremacía jerárquica normativa de la Constitución, esto último debido a que el texto fundamental es la base de nuestra normativa legislativa.

## **1.2 Formulación del problema**

### **1.2.1. Problema General:**

¿De qué manera la falta de atribución de control difuso a los registradores públicos en la calificación registral afecta el derecho de propiedad?

### **1.2.2. Problemas Específicos:**

- ¿Cómo la inaplicación del control difuso por los registradores públicos afecta la seguridad jurídica registral?
- ¿En qué forma la inaplicación del control difuso por los registradores públicos afecta el principio de supremacía constitucional?

### **1.3 Objetivos de la investigación**

#### **1.3.1 Objetivo General**

Demostrar mediante el empleo de instrumentos metodológicos que el control difuso debe extender su aplicación a los Registradores Públicos en la calificación registral para evitar la afectación al derecho de propiedad por el redimensionamiento del principio de legalidad.

#### **1.3.2. Objetivos Específicos**

- Precisar cómo la aplicación del control difuso por los Registradores Públicos garantiza la seguridad jurídica registral en la inscripción del derecho de propiedad.
- Establecer en qué forma la inaplicación del control difuso por los Registradores Públicos afecta el principio de Supremacía Constitucional.

### **1.4 Formulación de la hipótesis**

#### **1.4.1 Hipótesis General**

La falta de atribución de control difuso a los registradores públicos en la calificación registral vulnera el derecho de propiedad por el redimensionamiento del principio de legalidad.

#### **1.4.2 Hipótesis Específicas**

- La aplicación de la atribución del control difuso por los Registradores Públicos en la calificación registral garantiza la eficacia de la seguridad jurídica registral en la inscripción del derecho de propiedad al evitar la publicidad registral engañosa.
- El cumplimiento del principio de supremacía constitucional en la calificación registral es eficaz por la aplicación de la facultad de control difuso por el Registrador Público en garantía del derecho de propiedad.

#### **1.4.3 Identificación de variables**

**Variable independiente:** Control Difuso Registral

**Variable dependiente:** Derecho de Propiedad

## **1.5 Justificación de la investigación**

Se justifica porque el control difuso es un medio importante para el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y para el control de la legalidad; la exclusión de su aplicación por los registradores públicos ocasiona un perjuicio en la seguridad jurídica que brinda registros públicos y afecta el derecho de propiedad protegido por la Constitución en el redimensionamiento de normas infra constitucionales.

### **1.5.1 Importancia**

Es importante esta investigación y se justifica porque sirve para garantizar el cumplimiento del principio de supremacía constitucional y de seguridad jurídica registral mediante la atribución de control difuso al Registrador Público en la calificación registral del derecho de propiedad.

Además porque permitirá dar una solución a esta problemática que afecta la supremacía constitucional y seguridad jurídica en cuanto al contenido esencial del derecho de propiedad.

### **1.5.2 Limitación**

La principal es el caso de la limitada empatía que pueda existir con las personas a entrevistar y el nivel de sinceridad en las encuestas tomadas.

## **1.6 Delimitación de la investigación**

### **1.6.1 Delimitación Espacial:**

Tendrá como escenario el Distrito Registral de Lima, SUNARP

### **1.6.2 Delimitación Temporal:**

Comprende el año 2016

### **1.6.3 Delimitación Social:**

Registros Públicos, Tribunal Constitucional, entidades administrativas y abogados especializados.

## **1.7 Viabilidad de la investigación**

El trabajo de investigación que propongo realizar es viable debido a que mediante la atribución de la facultad del control difuso a los Registradores Públicos, se evitará la infracción de la normativa constitucional por el sobredimensionamiento

del principio de legalidad logrando de esta manera no afectar el derecho de propiedad, garantizando así el principio de supremacía constitucional.

Según consta en la pirámide de Kelsen, la primera norma (base) es la Constitución por lo que al constituirse esta en la norma fundamental y fundadora del sistema jurídico en el Perú, el Estado Constitucional tiene que hacerla respetada por todas las normas infra constitucionales, y el Registrador Público tiene que ser la primera instancia registral que vele por su cumplimiento.

Asimismo mediante esta facultad que se atribuya a los Registradores Públicos se garantiza la inalterabilidad de la seguridad jurídica que brinda los Registros Públicos, que es su principal fin, así como evitar la afectación de terceros de buena fe.

## **CAPITULO II**

### **MARCO TEORICO**

#### **2. 1 Antecedentes de la investigación**

##### **2.1.1 Antecedentes Internacionales**

Según lo manifestado por (Rodriguez, 2015), quien elaboro el artículo “La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad”, revista indexada de cuestiones constitucionales N° 1405-9193, 33-México, en donde nos indica que los nuevos paradigmas constitucionales en materia de derechos humanos elegidos desde la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 y de la jurisprudencia interamericana y nacional, le atribuyen a toda autoridad la obligación de tutelar y mantener la vigencia de los derechos humanos, los cuales constituirán la base del control de regularidad de la constitucionalidad. Señala este autor que en esto radica la necesidad y relevancia que las autoridades administrativas, conozcan la importancia de este deber, y como su función es esencial para garantizar la eficacia del sistema jurídico y que no sean solo los jueces quienes sean los privilegiados que lo apliquen. Cualquier prohibición o restricción a las autoridad administrativas para ejercer un control de constitucionalidad, evita la protección y ejercicio de los derechos humanos; en tal perspectiva señala el este autor, se puede concluir que con independencia de la materia y grado, toda autoridad sea administrativa o judicial está obligada a hacer valer la vigencia de los derechos humanos, por tanto sus actuaciones deben ajustarse a los lineamientos del control de regularidad constitucional como es conocido en México, ya que de no hacerlo sus actos serían inválidos, el reconocimiento y protección de los derechos humanos condicionan la validez de toda actuación estatal, por lo que ante cualquier aplicación de una norma jurídica que pueda poner en riesgo el ejercicio de un derecho humano, se debe hacer una interpretación conforme que optimice de mejor forma el derecho de la persona, respetando el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, así como los principios de certeza y seguridad jurídica, sin embargo, cuando no sea posible un ejercicio de conciliación y

armonización, debe imperar el principio y bien supremo, en este caso la persona, la cual debe encontrarse siempre posibilitada a ejercer de forma plena todos y cada uno de sus derechos humanos es así que se dice que prima bien superior tutelado por la norma suprema.

De Conformidad a lo indicado por (Streck, 2014), en su artículo “Bajo constitucionalidad como un obstáculo para el acceso a la justicia en Terrae Brasilis”, revista indexada de cuestiones constitucionales N° 2177-7055, 69-Brasil, en esta investigación se presenta el análisis de la constitucionalidad de Brasil y cómo este fenómeno ha sido un factor importante en la ineficacia de la Constitución y establecer un Estado democrático, señalando los mecanismos de acceso a la justicia, como el control difuso y la garantía contra la baja constitucional. Se resalta y analiza la necesidad de que exista una unidad de control concentrado de los poderes y lo fundamental de la norma constitucional; en tal sentido señala que se puede concluir que surge una posibilidad jurisprudencial que la Constitución sea entendida como todo un principio lógico. Es decir sustentada en el paradigma de la democracia constitucional, la ley, no debe ser socavada por los acontecimientos económicos, políticos y morales; sino que adquiere una autonomía que, en primer lugar, actúa como un escudo de las propias dimensiones generadas. Por lo que la Constitución (después de todo, cualquier hermenéutica constitucionales que se haga ya sea de Dworkin, Gadamer y Habermas sólo tiene sentido en el contexto de un paradigma del estado democrático de derecho), reforzando de esta manera su autonomía, por lo tanto, la Constitución no es un documento meramente "político" (declarativa, personal, partidista), que contienen una finalidad político-social, así como tampoco la ley sería un instrumento. Es un contenido jurídico propio que institucionaliza los campos con su contraparte, como la política, la economía y la moral. Pero esto no puede significar que la ley es lo que el tribunal dice que es. Si se admite, se corre el riesgo de supresión de la democracia, en sustitución de la ubicuidad de la voluntad general por el gobierno de los jueces.

Al revisar lo sustentado por (Collins, 2008), en su estudio titulado “Derecho de Propiedad, Limitaciones y Expropiación”, tesis en ciencias jurídicas y sociales, en la Universidad de Chile, en donde señala como problema general de la investigación la determinación de la verdadera protección que la Constitución

Política entrega al derecho de propiedad, su objetivo general es presentar al derecho de propiedad en su carácter de garantía fundamental, consagrado en el artículo 19 N° 24 de nuestra Constitución Política, su hipótesis general es verificar el texto constitucional con el desarrollo doctrinario; por otro lado plantea distintas situaciones donde los titulares de este derecho se encuentran ante una zona de indeterminación, teniendo como resultados que el mecanismo para revertir los efectos provocados, con el fin que la norma se ajuste a derecho, es el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política. Por último dicho autor señala que el propietario afectado tiene derecho a la correspondiente indemnización de perjuicios por el daño y menoscabo patrimonial efectivamente causado por esta situación. Teniendo como principales conclusiones que de conformidad a lo establecido en los incisos 24 y 26 del artículo 19 de nuestra Constitución Política, la esencia del derecho de propiedad, constituida por los caracteres y atribuciones que lo individualizan, constituye la frontera de las limitaciones al dominio, vale decir, éstas sólo podrán limitar o restringir la zona periférica o marginal de este derecho. Por lo tanto, en caso que una norma establezca una limitación que afecte la esencia del derecho de propiedad, vale decir, que impida su libre ejercicio, esa ley pasará a ser inconstitucional, pues vulnera la garantía constitucional funcional establecida en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política.

Según plantea (Santaella, 2010), en su estudio titulado “El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia”, tesis doctoral, en la Universidad Autónoma de Madrid, el problema general de la investigación es la negación de la condición de derecho fundamental que asiste a la propiedad y la disolución de la garantía que de la misma sancionada en la Constitución Colombiana. El objetivo general de dicho trabajo fue demostrar que la garantía constitucional de la propiedad demanda su identificación, tipificación y respeto, tesis desde la dogmática, análisis fundamentado en el estudio de la garantía de la propiedad privada en los ordenamientos constitucionales alemán y español, resultados y conclusiones el ensanchamiento del objeto de protección de esta garantía trae como consecuencia la inadecuación del concepto tradicional de propiedad. Ésta no puede seguir siendo vista como el derecho a gozar y disponer

de un bien no siendo contra ley o contra derecho ajeno (artículo 669 CCC). Es preciso articular una noción más abierta, formulada desde una mayor elevación conceptual, capaz de abarcar la entera realidad jurídico-patrimonial a la cual presta cobertura la garantía constitucional acuñada en torno suyo, se requiere en relación con la garantía del derecho y su sistema de protección, el protagonismo de la intervención del legislador en la definición de los distintos regímenes dominiales concretos y el correlativo riesgo que la propiedad acabe convertida en un derecho enteramente configurado por la ley hacen imperativo reivindicar su naturaleza de derecho fundamental. Su condición de figura constitucionalmente establecida presupone la existencia de una substancia previa a la configuración legal, una imagen que vincula al legislador, limitándole y orientando sus determinaciones. La garantía del contenido esencial atiende a esta realidad.

### **2.1.2 Antecedentes Nacionales**

Como ha señalado (Mendoza G. , 2012), en su estudio titulado “aplicación del control difuso por parte de los Registradores Públicos por vulneración del denominado contenido esencial del Derecho de Propiedad”, tesis para el grado de maestro, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, planteo en su investigación la problemática sobre la aplicación del control difuso por parte de los funcionarios públicos - registradores públicos. El objetivo general es demostrar que sí puede extenderse la legitimación de aplicación del control difuso a dicho funcionario público. La hipótesis general es el control difuso no sólo se encuentra habilitado para su aplicación por parte de los tribunales administrativos, sino que debe extenderse a cierto tipo de funcionarios como los registradores públicos, teniendo como resultados el sustento para una variación sustancial en la calificación registral, lo cual se traduce en la protección de la seguridad jurídica. Sus conclusiones son que no existen actualmente estudios sobre la materia especializados en los diferentes agentes del Estado sobre su labor y su vínculo con el ámbito constitucional, se pretende abarcar estos, pudiendo aplicar las conclusiones del mismo a otros funcionarios siempre y cuando se realicen las precisiones del caso y se tomen en cuenta las diferencias existentes entre las funciones de dichos agentes estatales.

En esta línea de precedentes investigación también encontramos lo que ha planteado (Meza, 2014), en su estudio titulado “control difuso administrativo en el

Perú”, tesis para el grado de maestro, Universidad Católica del Perú, teniendo como problema general el control difuso administrativo en el Perú, objetivo general es demostrar que al dejarse sin efecto el control difuso administrativo generara la judicialización de los procesos administrativos en los cuales se afecta los derechos fundamentales de los administrados. Plantea como hipótesis general La judicialización de los procesos administrativos en los cuales puedan afectarse derechos fundamentales de los administrados. Ello esgrime el autor genera un riesgo de sobrecarga procesal y se afecta a los ciudadanos con menores recursos, desarrollando el método de análisis de resoluciones administrativas. Los resultados de este trabajo son en la mayoría de resoluciones analizadas, que no se efectúa un control difuso de la Constitucionalidad de las leyes, sino un control de legalidad de normas, el esquema planteado por el Tribunal Constitucional para la aplicación del control difuso administrativo requiere del establecimiento de un control adicional a efectos de garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de los administrados, así como el principio de seguridad jurídica, En la mayoría de resoluciones analizadas, no se efectúa un control difuso de la constitucionalidad de las leyes, sino un control de legalidad de normas. Asimismo, se utiliza indiscriminadamente el término control difuso, sin haber cumplido con las condiciones establecidas por el Tribunal Constitucional para su aplicación, Mediante una reciente sentencia, el Tribunal Constitucional dejó sin efecto el precedente vinculante Salazar Yarlénque. Con esta medida se propende a la judicialización de los procesos administrativos en los cuales puedan afectarse derechos fundamentales de los administrados. De este modo, se genera un riesgo de sobrecarga procesal y se afecta a los ciudadanos con menores recursos; debiendo haberse efectuado previamente un balance del mismo, a fin de buscar optimizar dicho mecanismo, en lugar de anularlo.

Como manifiesta por otro lado (Amaro, 2011), en su investigación la “aplicación del control difuso en la administración pública, previa aplicación de la cuestión de Inconstitucionalidad”, tesis, Universidad San Marcos, Lima, señalando como problema general que ¿Puede la Entidad Administrativa aplicar una ley que considere inconstitucional?, su objetivo general es determinar cuáles son los alcances del derecho, respecto a la aplicación del control difuso en la Administración Pública, identificando sus aspectos problemáticos que

imposibilitan su real aplicación y los medios procesales para garantizarlo, la hipótesis general que planteo dicho autor es la de aplicarse una eventual extensión del Control Difuso a favor de la Administración Pública, siendo esto así se estaría tomando distancia del Control Constitucional de las leyes, propuesto por Kelsen, pues éste aboga por un órgano supremo y centralizado que permita que la declaratoria de inconstitucionalidad, se asemeje a un acto legislativo general, pero de signo negativo, la no aplicación de una norma inconstitucional en la Administración Pública, encuentra su fundamento en el Principio de Legalidad Administrativa y, la Seguridad Jurídica del administrado, la posible aplicación del Control Difuso por parte del juez se encuentra sujeta a parámetros, los mismos que no resultan aplicables a los Tribunales Administrativos. La recomendación que el citado autor estima es que el planteamiento del Tribunal Constitucional de reconocer la facultad de control difuso a los Tribunales Administrativos y órganos colegiados se inscribe en el deber de todos los órganos del Estado de velar por la supremacía de la Constitución, de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y de consolidar la democracia, del mismo modo actualiza y compatibiliza el sistema legal a la Constitución y compromete a los funcionarios públicos en tales tareas. Conclusiones de parte del autor, este estima que hay que esperar con prudencia y confiar en el buen juicio de los integrantes de los Tribunales Administrativos y órganos colegiados para el uso de la facultad reconocida por el Tribunal Constitucional y tener presente que ante la inacción estatal es bueno ensayar alternativas novedosas como la Cuestión de Inconstitucionalidad, cuando el tribunal administrativo considere que la norma con rango de Ley y de cuya validez dependa el fallo, deberán plantear la Cuestión ante el Tribunal Constitucional, fin de que exista un filtro a la aplicación del control difuso y se logre sistematizar la interpretación de la Constitución.

Cabe señalar que en la misma línea de investigación (Aliaga L., 2012), en su estudio titulado “La desnaturalización de la finalidad del registro de propiedad inmueble en el Perú”, tesis para maestro en derecho civil, en la Universidad Católica del Perú, Lima, plantea como problema general la desnaturalización del Registro de Propiedad Inmueble por afectación de seguridad jurídica registral, señalándose como objetivo general determinar que la desnaturalización del Registro de Propiedad Inmueble se genera por los altos costos generados por los

procedimientos registrales propiamente dichos, los altos costos generados por procedimientos ajenos al Registro, y los altos costos generados por requisitos excesivos, de hipótesis general la desnaturalización de la finalidad del Registro de Predios, debido a problemas, factores, costos y requisitos (indirectos y directos) que han ocasionado un desincentivo para la realización de trámites registrales. Teniendo como resultados de la investigación que se demostró que la desnaturalización de la finalidad del Registro de Predios se debe a los altos costos para la creación y calificación del título inscribible; a los altos montos cobrados por los aranceles registrales, a los altos costos generados por procedimientos ajenos al Registro, y altos costos generados por requisitos excesivos, por lo que se propone que se establezcan tasas registrales asequibles para los usuarios. Llegando el investigador a las conclusiones que la finalidad del Registro de Predios radica en la protección de los derechos de propiedad a través de la oponibilidad generada por la publicidad registral que esta institución otorga, que genera seguridad jurídica (predictibilidad) sobre los derechos publicitados, en la investigación hemos corroborado nuestra hipótesis principal demostrado que existen una progresiva desnaturalización de la finalidad del Registro de Predios, debido a problemas, factores, costos y requisitos (indirectos y directos) que han ocasionado un desincentivo para la realización de trámites registrales, las trabas para el acceso a la inscripción registral se presentan en tres aspectos: (i) Altos costos generados por procedimientos registrales propiamente dichos (conformados por altos costos para la creación y calificación del título inscribible; y altos montos cobrados por los aranceles registrales), (ii) altos costos generados por procedimientos ajenos al Registro, y (iii) altos costos generados por requisitos excesivos, los altos costos para la creación y calificación del título inscribible.

## **2.2 Definiciones de Términos Básicos**

### **Control Difuso Registral**

Como indica (Cossio, 2012, pág. 41), en su artículo “Primeras Implicaciones del Caso Radilla”, el control de la constitucional implica el dejar de aplicar una norma infra constitucional por vulnerar esta una norma constitucional, parte del supuesto que los juzgadores se enfrentan a casos que deben ser decididos a través de la

única decisión correcta que, de la mejor manera, zanje el conflicto subyacente, pero cuidando que sea en armonía con el orden constitucional.

### **Calificación Registral**

Según indica (Molinario A. , 1971, pág. 183), en su libro “Curso de Derecho Registral Inmobiliario”, la calificación registral es la evaluación integral de los títulos presentados al registro que tiene por objeto determinar la procedencia de su inscripción, está a cargo del Registrador y Tribunal Registral, en primera y en segunda instancia respectivamente, quienes actúan de manera independiente, personal e indelegable, en los términos y con los límites establecidos en sus reglamentos y directivas registrales.

### **Principio de Legalidad**

Como (Zagrebelsky, El Derecho Dúctil: ley, derecho, justicia, 2008, pág. 24), indica en su libro “El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia”, el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión o, por lo menos, la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho.

### **Precedente Registral**

Como manifiesta (Torres, La Jurisprudencia Como Fuente del Derecho, 2009, pág. 1 y 2), en su artículo “La Jurisprudencia Como Fuente del Derecho” el precedente o *stare decises* una posición asumida por un órgano colegiado que debe ser publicada para generar transparencia y consolidar la seguridad jurídica como el conjunto de fallos firmes y uniformes de los tribunales.

### **Garantía del Derecho de Propiedad**

Señala (Ortiz, 2014, pág. 15) que la propiedad es el poder jurídico más amplio que existe sobre un bien y el señorío más pleno sobre una cosa al inscribirse esta en registros públicos le da a su titular registral oponibilidad frente a terceros de su propiedad.

### **Inscripción Registral**

Según se señala en la web ([www.infoderechocivil](http://www.infoderechocivil), 2014), revisada con fecha 30 de mayo del 2017, La inscripción registral se caracteriza por ser un asiento principal, tiene una duración indefinida estando obligado a dar publicidad a la constitución, transmisión o modificación de un derecho real inmobiliario. La

inscripción es por regla general declarativa, salvo la inscripción de la hipoteca que tiene carácter constitutivo.

### **Publicidad Registral**

Como lo señala (Moisset L. , 1992, pág. 116), en su libro “Publicidad Registral”, la publicidad registral es una actividad dirigida a hacer notorio un hecho, una situación o una relación jurídica.

### **Seguridad Jurídica**

Según lo manifestado por (Chico, 2015, pág. 799), en su artículo “Proyecciones de la Seguridad Jurídica”, la seguridad jurídica es un valor que constituye un medio del que se vale el ordenamiento para obtener el valor principal (garantía del derecho de propiedad), teniendo en cuenta que el derecho registral se encuentra al servicio del valor seguridad.

### **Supremacía Constitucional**

Como manifiesta (Acosta, 2005, pág. 447), en el libro “Teoría de la Constitución” la supremacía constitucional implica que la Constitución es la norma que denominamos fundamental, que está en la cúspide o por encima de las demás normas jurídicas. Es aludir a que esta norma es la norma primaria, que va ser el primer elemento de referencia en todo ordenamiento jurídico del Estado de que se trate, va a ser el primer punto de referencia de todo ordenamiento existente. Va a ser la fuente de creación de todo el sistema jurídico.

## CAPITULO III

### GESTACION HISTORICA DEL CONTROL DIFUSO EN EL SISTEMA COMPARADO

#### 3.1.- Origen del control difuso en la legislación Norteamericana.

La sentencia dictada el 24 de febrero de 1803 por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Marbury vs. Madison*, puede ser considerada también como el hecho histórico más importante que ha marcado una ruta vital en la protección jurisdiccional de la Constitución, conclusión a la que llegó el *Chief justice*, John Marshall en donde faculta a los jueces a examinar la constitucionalidad de las leyes.

Pero la posición creadora de Marshall, no tuvo un efecto inmediato. La doctrina de la *judicial review* por él expuesta en el famoso fallo, no sería aplicada sino hasta muchos años después por la Corte Suprema estadounidense en el otro no menos famoso caso *Dred Scott vs. Sanford*, en 1857; sin embargo la huella de Marshall ha sido determinante en la asunción de dicha facultad por los jueces norteamericanos y, por ende, en la evolución misma de su derecho constitucional.

Según lo manifestado por (Eto, Constitución y Procesos Constitucionales, tomo I y tomo II, 2013, pág. 732), en su libro "*Constitución y Procesos Constitucionales*" en la actualidad Marshall es considerado uno de los mejores jueces de la historia norteamericana básicamente a través a través del Ledín Case *Marbury vs. Madison* como uno de los más emblemáticos fallos de la Corte Suprema.

Es por lo antes señalado que es necesario realizar un breve análisis del referido caso *Marbury contra Madison*, el cual es un proceso judicial abordado ante la Corte Suprema de los Estados Unidos y resuelto el 24 de febrero de 1803. Se considera el caso más importante de la jurisprudencia estadounidense, no por el asunto específico tratado, que no era menor, sino por los principios que allí se establecieron. La sentencia afirma la capacidad de los tribunales de realizar control de constitucionalidad, es decir juzgar la conformidad de una ley con la Constitución y para declararlas nulas, dejándolas inaplicables,

aquellas que pudieran contravenirla. Este principio instituye la atribución más importante del poder judicial estadounidense, y hace de ellos los primeros tribunales constitucionales de la historia.

El caso surgió como resultado de una querrela política a raíz de las elecciones presidenciales de 1800, en las que Thomas Jefferson, republicano demócrata, derrotó al entonces presidente John Adams, federalista. En los últimos días del gobierno saliente de Adams, el Congreso dominado por los federalistas, estableció una serie de cargos judiciales, entre ellos 42 jueces de paz para el Distrito de Columbia. El Senado confirmó los nombramientos, el Presidente los firmó y el Secretario de Estado estaba encargado de sellar y entregar las actas de nombramiento. En el ajetreo de última hora, el Secretario de Estado saliente no entregó las actas de nombramiento a cuatro jueces de paz, entre los que se contaba William Marbury.

El nuevo secretario de Estado del gobierno del presidente Jefferson, James Madison, se negó a entregar las actas de nombramiento porque el nuevo gobierno estaba irritado por la maniobra de los federalistas de tratar de asegurarse el control de la judicatura con el nombramiento de miembros de su partido justo antes de cesar en el gobierno. Sin embargo Marbury recurrió al Tribunal Supremo para que ordenara a Madison entregarle su acta.

Si el Tribunal fallaba a favor de Marbury, Madison todavía podría negarse a entregar el acta y el Tribunal no tendría manera de hacer cumplir la orden. Si el Tribunal se pronunciaba contra Marbury, se arriesgaba a someter el poder judicial a los Jeffersonianos al permitirles negar a Marbury el cargo que podía reclamar legalmente. El presidente del Tribunal Supremo John Marshall resolvió este dilema al decidir que el Tribunal Supremo no estaba facultado para dirimir este caso. Marshall dictaminó que la Sección 13 de la Ley Judicial, que otorgaba al Tribunal estas facultades, era inconstitucional porque ampliaba la jurisdicción original del Tribunal de la jurisdicción definida por la Constitución misma. Al decidir no intervenir en este caso, el Tribunal Supremo aseguró su posición como árbitro final de la ley.

Como manifiesta (García Belaunde, 2008, págs. 84-85) en su libro “El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva”, la defensa de los derechos en el

sistema judicial norteamericano se hace difusamente a través de cualquier proceso judicial, donde una vez detectada la afectación de algún derecho o, lo que es lo mismo, la vulneración de algún precepto constitucional, los justiciables pueden acudir al Tribunal Supremo con el fin de que este revise la constitucionalidad de la ley o acto que ha dado lugar a la afectación de la Constitución.

Se puede señalar entonces que el caso *Marbury versus Madison* es quien establece la protección de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución, debido a que inauguró el modelo difuso de control de constitucionalidad de las leyes o lo que es lo mismo la *judicial review*. Y se puede afirmar por tanto que el control constitucional de las leyes se extendió en todo el mundo.

Cabe señalar en este punto que (Sánchez, 1956, pág. 93) , en su libro “Manual de Derecho Constitucional”, indica que la Constitución es una ley suprema y soberana, no susceptible de ser modificada por medios ordinarios, o bien está al nivel de las leyes ordinarias, y como todas las otras leyes, pudo ser modificada cuando a la legislatura plazca modificarla. Si la primer parte de la alternativa es cierta, una ley contraria a la Constitución no es una ley; si la última parte es la verdadera, las constituciones escritas son tentativas absurdas por parte del pueblo de limitar un poder que, por su naturaleza misma, no puede ser limitado [...] Ciertamente, todos aquellos que han elaborado las constituciones escritas, las contemplaron como formando la ley fundamental y suprema de la nación, y consecuente, la teoría de cada uno en tal gobierno de ser que una ley de la Legislatura repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría acompaña esencialmente a una Constitución escrita, y debe ser considerada en consecuencia por las Cortes, como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad.

En *Marbury versus Madison* y en los diversos fallos del chief justice Marshall, se logró infundir los más grandes principios constitucionales de Norteamérica, y se tiene en cuenta que sus fallos tienen una serie de característica como que tienen una profunda convicción de que una constitución viva es el fundamento esencial para una nación fuerte, constata su liderazgo judicial, la forma como llevaba a sus colegas a sentenciar los grandes casos que

se le presentaban, es decir su don persuasivo y el dominio de las circunstancias hacían a este un líder ejemplar, es el mejor juez de la historia del derecho norteamericano debido a la calidad de sus sentencias.

De acuerdo (Cueva, 2011, pág. 346 y ss), en su libro *De los Niveladores a Marbury Versus Madison la Génesis de la Democracia Constitucional*, el control judicial de la constitucionalidad normativa se estableció por vez primera en relación a las leyes federales, la posibilidad de que los jueces pudieran invalidar leyes incompatibles con la Constitución, los Tratados o normas de los Estados Unidos.

La cuestión que en el fondo surgió era si una ley votada por el Congreso, pero no compatible con la Constitución, podía seguir siendo aplicada y conservar su vigencia una vez comprobada tal anomalía. Ello ocurrió así por cuanto la citada sección decimotercera de la Ley Judicial de 1789 parecía ser incompatible con la sección segunda del artículo 3° de la Constitución de 1787.

Marshall pudo haber rehuido la cuestión en el caso antes señalado, pero en lugar de ello declaró la inconstitucionalidad de la sección decimotercera de la Ley Judicial de 1789.

En efecto, el Chief Justice Marshall, buscando verificar si de conformidad con la Constitución, la Corte Suprema podía ejercer la autoridad que le había sido conferida por la Ley Judicial de 1789, de dictar writs of mandamus a los empleados públicos, y teniendo en cuenta que ello “no estaba previsto en la Constitución”, decidió “investigar la posibilidad de que una jurisdicción así conferida pudiera ejercerse”. Para ello se basó en la doctrina de la supremacía de la Constitución y se preguntó si un acto incompatible con la Constitución podía o no llegar a convertirse en ley de la Nación.

Para responder a esta pregunta, el juez Marshall partió de la idea de que el pueblo es titular de un “*derecho original*” a fijar los principios “*fundamentales*” y “*permanentes*” que han de regir su futuro gobierno, y sobre cuya base “se ha erigido todo el sistema norteamericano”. En su opinión, adoptar tales principios, mediante la voluntad del pueblo, representa una tarea considerable, de manera tal que no debe repetirse frecuentemente.

Esta voluntad original y suprema expresaba Marsall organiza el gobierno, confiere a diferentes órganos sus poderes respectivos y fija ciertas limitaciones

que éstos no pueden sobrepasar. “El Gobierno de los Estados Unidos agregaba es del tipo en el que los poderes de la Legislatura están definidos y limitados y fue precisamente para que estas limitaciones no puedan ser mal interpretadas u olvidadas”, que se adoptó una Constitución escrita con aquellos principios fundamentales y permanentes. Luego el juez Marshall se preguntó:

¿Para qué fin están limitados los poderes, y para qué fin tal limitación se pone por escrito si dichos límites pudieran ser transgredidos, en cualquier momento, por aquellos a quienes se busca restringir? La distinción entre un gobierno con poderes limitados y otro con poderes ilimitados desaparece, si esos límites no obligan a los individuos sobre quienes se imponen, y si los actos prohibidos y aquellos permitidos tienen la misma obligatoriedad?

Frente a la referida pregunta, Marshall consideró que sólo hay dos alternativas posibles. O aceptamos que la Constitución controla cualquier acto legislativo incompatible con ella; o que el poder legislativo puede modificar la Constitución mediante un acto ordinario.

En esta alternativa la Constitución es una ley suprema soberana, que no puede ser modificada por medios ordinarios, o que está en el mismo nivel que los actos legislativos ordinarios y, al igual que éstos, puede ser modificada cuando le plazca a la legislatura.

Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; si la última parte es cierta, entonces las constituciones escritas no son sino intentos absurdos por parte del pueblo de limitar un poder por naturaleza ilimitable.

A la respuesta que arriba Marshall fue que la Constitución es la ley de leyes, que tiene carácter de suprema y soberana de la Nación y que cualquier acto de legislatura incompatible con ella es nulo; que el competente para determinar las normas que rigen el caso, cuando una ley está en oposición a la Constitución es el judicial. Por tanto la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura; la Constitución y no tales actos ordinarios, debe regir el caso al que ambos se aplican.

Como lo manifiesta (Fernández F. , 1997, pág. 57) en su libro “Evolución Histórica y Modelos de Control de Constitucional”, en caso de otorgar a la legislatura una omnipotencia real y práctica; significaría lo mismo que prescribir

limitaciones y declarar que estas pueden ser transgredidas a voluntad lo que, en conjunto, socavaría el fundamento mismo de todas las Constituciones escritas.

En conclusión para Marshall, el principio de supremacía de la Constitución es la base de un ordenamiento jurídico y por tanto el respeto de la voluntad de un país plasmada a través de su norma suprema, que tiene su vocación de prevalecer sobre cualquier otra norma incompatible con ella, se convirtió en el control de la jurisdiccional constitucional normativa.

### **3.2.- La posición de Hamilton, Madison y Jay (El Federalista).**

Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, para efectos conseguir apoyo para la ratificación de una constitución en Estados Unidos elaboraron un libro utilizando el seudónimo de Publius, la obra se llama *El federalista* y fue publicado en 1788, en esta escribieron sobre la necesidad de la defensa y aceptación de la nueva constitución, estos artículos defendían la Constitución Federal propuesta un año antes en una convención convocada tras las constantes crisis que tuvieron lugar desde la declaración de independencia de las trece colonias británicas. Para tener efecto, la Constitución estadounidense necesitaba ser ratificada por una mayoría de 9 de los 13 Estados de la Confederación, y contemplaba una inmensa expansión del poder nacional por medio de dos cláusulas constitucionales que harían posible que un gobierno nacional legislase y ejecutase todo lo necesario y apropiado para cumplir con los cometidos del país, haciendo que la constitución tuviere supremacía sobre las leyes estatales en ciertas áreas. Este nuevo poder se vería limitado por una serie de frenos federales y constitucionales que mantendrían intacta la integridad competencial de los Estados de la Unión en todos los ámbitos no nacionales la relación debía ser de complementariedad entre gobierno federal y gobierno estatal.

Según lo señalado por (Hamilton, 1974, pág. 336), en su libro “El Federalista. Artículo LXXVIII”, quien tiene la idea de la supremacía de la Constitución, como norma fundamental y suprema, en El Federalista (1788), cuando al referirse al papel de los jueces como intérpretes de la ley, afirmó: La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es, de hecho, una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si

ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

Es más, completando la Constitución federal, y haciendo expreso lo que en ella era una posibilidad latente sobre la revisión judicial de las leyes, Hamilton consideró que existía un derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura contrarios a la Constitución, que se desprendía de su naturaleza fundamental y suprema.

Como lo indico (Hamilton, 1974, pág. 330), en su libro “El Federalista. Artículo LXXVIII”, La afirmación, según la cual los Tribunales deben preferir la Constitución a las leyes, no implica de ninguna manera una superioridad del Poder Judicial sobre el cuerpo legislativo. Sólo supone que el poder del pueblo está por encima de ambos; y que cuando la voluntad de la legislatura declarada en sus Leyes, esté en oposición con la del pueblo declarada en la Constitución, los jueces deben regirse por la última más que por la primera. Ellos deben basar sus decisiones en las leyes fundamentales, antes que en aquellas que no son fundamentales. Por lo que se puede decir que ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido, si negáramos esto significaría afirmar que el adjunto es más importante que su principal; que el sirviente está por encima de su patrón; que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo; que los hombres que actúan en virtud de poderes, puedan hacer no sólo lo que sus poderes no les autorizan sino también lo que les prohíben.

Como podemos analizar (Brewer-Carias, 1995, pág. 128), en su artículo “La justicia Constitucional” manifiesta que el federalista no sólo desarrolló la doctrina de la supremacía constitucional, sino también la de los jueces como guardianes de la Constitución y la posibilidad de que estos puedan invalidar leyes incompatibles con la Constitución, los Tratados o normas de los Estados Unidos, fue contemplada por el Primer Congreso en la primera Ley Judicial de 1780. Ello llevó a un Tribunal Federal de Circuito en 1795 y en 1800 a declarar nulas leyes de los Estados federados por ser incompatibles con la Constitución Federal y con la de los Estados.

En cuanto a (Madinson, 1974, pág. 400) en su libro “El Federalista. Artículo LXXVIII” indica que es importante nombrar a líderes preparados en la materia que

puedan llevar favorablemente un país capaces de hacer crecer a este y velar por el cumplimiento de la normativa vigente como la constitución, esté apuesta por un sistema de equilibrio de poderes, es decir una presencia unificada al exterior pero dentro del país se ha de estructurar un equilibrio entre el poder de los estados miembros y del gobierno federal.

Viendo la perspectiva el Juez Madison expresa una tesis prudente pues considera desactivar las tendencias del sistema que existía bajo la confederación. Debemos tener en cuenta que Hamilton, por otro lado considera la cláusula que establece la supremacía del gobierno nacional como algo declaratorio o evidente, una vez que se ratificara la constitución, mientras que Madison sería un poder que se otorga en ocasiones si el gobierno nacional excede sus límites.

Es decir la defensa constitucional a consideración de Madison es la defensa natural de una *review* amparada en la separación de poderes, es decir en la judicial y legislativa.

Como bien lo manifiesta (Cappelletti, 1984, pág. 20) traducido en el artículo “Control Difuso y Administración”, la Constitución no es concebida sólo “(...) como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico” (sin que eso signifique restarle importancia a tales aspectos), “(...) sino como una ley verdadera, positiva y obligante, con un carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria”

Por todo lo señalado coincido con lo indicado por (Brewer-Carias, 1995, pág. 121), en su artículo la “Justicia Constitucional” en donde manifiesta que en los sistemas jurídicos contemporáneos, las Constituciones no son simples buenas intenciones, ni adagios trillados; al contrario, su contenido tiene un carácter normativo directamente aplicable o vinculante tanto respecto de los órganos del Estado como de los individuos o particulares.

Por lo que el control difuso constitucional es de importante aplicación por los funcionarios públicos que desarrollan una función pública.

### **3.3.- El modelo difuso en el Sistema Constitucional Peruano.**

En Perú existe un modelo dual o paralelo de jurisdicción constitucional cuya génesis arranca desde la Constitución de 1979, donde se sentaron las bases del

sistema difuso de justicia constitucional. Es así que (García D. , 1980, pág. 16), en su artículo “La Nueva Constitución Peruana” afirma en un comienzo que enjuició el modelo peruano como mixto, porque habían los elementos del sistema “americano” y “austriaco”, luego ha sostenido que, en realidad nos encontramos ante un modelo dual o sistema paralelo. Su tesis, la resume en los siguientes términos: “ Por un lado, tenemos el control al estilo americano, y por otro el sistema europeo a cargo de un Tribunal especializado, llamado de Garantías Constitucionales, que funciona en forma paralela, y sin interferencias, cada cual dentro de los suyo”.

Lo antes señalado se sustenta en el hecho de que un caso resuelto puede subir en casación a un Tribunal de Garantías para su revisión lo que lo hará democrático debido a que permite su revisión, y se da así una justicia paralela.

Los Inicios normativos de este modelo llamado difuso se establecieron en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 que disponía que en caso de incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiera la primera.

En el artículo 8° de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 se recoge el principio antes enunciado para los jueces, y dispone que las sentencias que se dicten en primera o segunda instancia, si no son impugnadas, se eleven en consulta a la Corte Suprema de la República, agregando esta norma el control de la legalidad de las normas jurídicas de inferior jerarquía respecto a la ley en el mismo sentido anteriormente indicado.

En el marco de la gestación y evolución del modelo difuso se ubica luego en la Constitución de 1979 la que establece el control difuso en forma genérica en el artículo 87° y en forma específica para el Poder Judicial en el artículo 236°.

Como señala (García D. , 1989, pág. 30), en su libro “El Control de la Constitucional de las Leyes en el Perú”, que Tribunal de Garantías Constitucionales es un órgano del Estado, con la misma prestancia e investidura que el Poder Judicial o Poder Legislativo. Visto así las cosas, es fácil deducir que más que ante un sistema mixto- no existe en realidad la mixtura ni el producto síntesis o mixto- estamos ante un sistema dual o paralelo, que podría dar origen o

calificar al nuestro como “sistema dual” o “sistema paralelo” o “control jurisdiccional paralelo”, o algún otro concepto similar”.

A raíz del autogolpe de estado perpetrado el 5 de abril de 1923 se convoca a un congreso constituyente creándose la actual constitución de 1993. Este texto trajo importantes novedades en nuestro actual modelo de jurisdicción constitucional con todo mantuvo en términos idénticos el control difuso igual que la constitución de 1979; ello se aprecia en los artículos 51 y 138 que norman que: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior" (Art. 138°, Constitución Política del Perú de 1993).

Cabe indicar que como sostiene (García D. , 984, pág. 423), en su libro “La Jurisdicción Constitucional en el Perú”, la eficacia del control constitucional de las leyes delegado al Parlamento no funcionó, en todo caso sí ocurrió, fue” en forma silenciosa, mediante simple mecanismo legislativo”, por tanto se debe tener en claro la supremacía de la norma constitucional.

En efecto como manifiesta (Eto, 2013, pág. 576), en su libro Treinta Años de Jurisdicción Constitucional en el Perú, otros países de la región (Ecuador, Chile, Bolivia, entre otros) detentan un singular modelo conformado por un poder judicial investido, como ya se ha visto de potestad para ejercer un control constitucional difuso; pero junto a él, coexiste otro órgano jurisdiccional: Un Tribunal Constitucional así, se presenta una ruta por doble: Una adjudicación ordinaria que tutela *prima fácil* los derechos fundamentales y desaplicar leyes contrarias a la constitución y por otro lado un Tribunal Constitucional que resuelve

en última instancia la tutela de los derechos fundamentales cuando la judicatura ordinaria no ha estimado fundada su tutela por algún proceso constitucional.

Pero igualmente; este Tribunal Constitucional ejerce control constitucional pero ya no difuso sino “erga omnes”

Complemento de este diseño luego fue desarrollado en el Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS de 28 de mayo de 1993, en el artículo 14° establece la forma de proceder de los jueces, al aplicar el control difuso, disponiendo que las sentencias de primera y segunda instancia, si no son impugnadas, se elevarán en consulta a la Corte Suprema de la República.

Se cree que el Control Difuso es la facultad exclusiva de los jueces que integran el Poder Judicial; y, que no es competencia de otros organismos constitucionales que también ejercen jurisdicción, como por ejemplo el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones; y, por supuesto, de la Administración Pública en general. Este criterio se fundamenta, en el origen de este sistema de control que lo ejercita por primera vez el Poder Judicial de Inglaterra y el de los Estados Unidos de Norteamérica.

Cabe señalar que (Fernández F. , 2006, págs. 301-352), en su libro “Del Control Político Al Control Jurisdiccional” indica que para poder ver normativizado al máximo nivel el control difuso de constitucionalidad - y el control abstracto- se tuvo que esperar a la Constitución de 1979.

En nuestro ordenamiento jurídico, desde la Constitución de 1979 y la vigente, no existe la menor duda de que el control difuso debe ser aplicado por cualquier autoridad que debe resolver un caso concreto, porque los artículos 87° y 51° de las Constituciones de 1979 y 1993, respectivamente, contienen un mandato que debe ser acatado por todas las autoridades, sin distinción alguna. Estos artículos habrían sido suficientes para que el Poder Judicial ejercitara esta facultad, pero los constituyentes, atendiendo la tradición histórica del Poder Judicial, han hecho muy bien en consignar norma expresa a cumplirse por los jueces.

En conclusión la existencia del artículo 51° de la Constitución, implica que el control difuso no es función exclusiva del Poder Judicial sino que debe aplicarse por cada uno de los funcionarios públicos que realizan una función para el estado.

### **3.4.- Regulación histórica del Control Difuso en el Código Civil Peruano de 1936.**

En el código Civil de 1936, artículo XXII del Título Preliminar se establecido por primera vez, el control difuso, señalándose que en caso de incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se debe preferir la primera.

Es así que después de Ochenta años el Código Civil de 1936, disponía que se plasmara en una norma de rango legal y no constitucional el control de la constitucionalidad, es por esto que hubo quienes restringieron sus alcances solo al ámbito del Derecho Civil lo que obró en contra de sus alcances.

Como se puede interpretar de lo señalado por (Kelsen H. , 1995, pág. 146 y ss.), en su libro “Teoría General del Derecho y del Estado”, se puede constatar que el Código Civil recoge su validez de la súper legalidad constitucional, por lo que se puede decir que el código civil y la constitución se retroalimentan mutuamente y por tanto en caso de transgresión de una norma infra constitucional se preferirá a la constitución.

Se debe tener en cuenta también que el control difuso supone, pues, la inaplicación de una norma legal o infra legal, por parte de todo juez en cualquier proceso, al estimarla inconstitucional.

Por tanto como indica (Eto, 2000, págs. 58-59), en su libro “Introducción al Derecho Civil Constitucional”, el control difuso en el derecho civil se trata simplemente de que cada vez que haya que aplicar algún aspecto relacionado al Derecho Civil, sea integrado con la Constitución, y luego, apreciar el contenido superior de esta norma fundante, para luego ir a lo infra constitucional.

Por tanto en el Código Civil de 1936 ya se contempló lo importante de la aplicación de una norma teniendo en cuenta el principio de supremacía constitucional sobre cualquier otra norma.

Sin embargo a pesar de que el Código Civil fue el punto de partida del control de la constitucionalidad, se reconoce que su reconocimiento constitucional se dio tiempo después con la Carta de 1979 (art. 236). La Constitución de 1993 recoge dicha previsión en el art. 138, segundo párrafo.

Es importante lo manifestado por (Rubio, 1996, pág. 59), en su libro El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho, pues nos indica que el Código Civil se nutre de los valores de superiores y supremos de una Constitución. Se nos podrá recusar que ello es obvio y que esto también ocurre o debe ocurrir en todos los demás sectores que integran el sistema jurídico.

Nuestro modelo prevé, además, la figura de la consulta para el ejercicio de control difuso de normas legales (no es necesario para el caso de la inaplicación de normas infra legales). Las sentencias de primer grado no impugnadas como las de segundo grado donde se haya ejercido dicha potestad jurisdiccional son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de conformidad al artículo 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta disposición alcanza a todos los procesos, como por ejemplo a los casos de amparo contra normas autoaplicativas, art. 3 del Código Procesal Constitucional.

En conclusión, la norma civil a través del Código Civil fue la pionera en la aplicación del control difuso, sin embargo al ser esta una norma de tipo civil fue limitada y no en forma amplia su aplicación.

### **3.5.- El control difuso en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963.**

La Ley Orgánica del Poder Judicial, de fecha 25 de julio de 1963, comienza a regular el control difuso constitucional procesalmente, en su artículo 8 disponiendo que “cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera”.

Esta norma establecía la necesidad de elevar en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema las sentencias de primera instancia en las que se aplicare lo previsto de incompatibilidad con la norma constitucional, esto es, aquellas sentencias en que se verificare el control de constitucionalidad; sólo cuando la sentencia en cuestión fuere apelada se haría innecesaria la elevación de la

referida consulta a la Sala de la Suprema; la necesaria elevación, también en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, de las sentencias de segunda instancia en las que se llevare a cabo el mismo control, salvo que se interpusiere recurso de nulidad; y, la inaplicación por los Jueces y Tribunales de aquellos decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad que se entendieren contrarios a la Constitución o a las leyes, lo establecido complementaba en lo que respecta a la acción popular.

Debemos tener en cuenta lo señalado (Cappelletti, Control Judicial de la Constitucionalidad de la Ley en el Derecho Comparado II, 1979, pág. 49 y ss) en su libro "Control Judicial de la Constitucionalidad de la Ley en el Derecho Comparado II" el control "difuso" o "disperso", es la competencia para efectuar el control judicial de la constitucionalidad que radica en todos los jueces que integran el Poder Judicial, independientemente de la jerarquía que ocupen. Precisamente se afirma que es difuso o disperso, porque no se encuentra concentrada la facultad del control en un órgano ad hoc, como puede ser el caso del Tribunal Constitucional.

Se tiene que en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, el control de la constitucionalidad en el Perú se establecía como un control de las leyes que se materializaba a través de la vía abierta por el artículo XXII del Código Civil y procesalmente desarrollada por intermedio del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, control que se produce siempre a instancia de parte interesada y en vía de excepción, un control de la constitucionalidad y legalidad de las disposiciones infra legales que se lleva a cabo a través de la acción popular prevista por la Constitución de 1933 y reglamentada por el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siempre a instancia de parte y en vía de acción, un control de la constitucionalidad y legalidad de las normas infra legales de oficio por parte del Juez, a tenor de lo previsto por el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así se ve interrumpido al poco tiempo, por el golpe de Estado del 3 de octubre de 1968, que condujo a las Fuerzas Armadas al poder, bajo la jefatura del general Velasco Alvarado primero y del general Morales Bermúdez más tarde, acabará con todo vestigio del control de la constitucionalidad, es así que habrá que esperar a la entrada en vigor de la obra diseñada por la Asamblea Constituyente formalmente instalada el 28 de julio de 1978, bajo la presidencia de

Víctor Raúl Haya de la Torre, esto es, a la vigencia de la Constitución de 1979, para ver nuevamente restablecido dicho control.

Revisada la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, se establece en su artículo 14 (que hace alusión a la constitución de 1979), la supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución, es decir de haber una incompatibilidad entre la norma que correspondería aplicar y la constitución se prefiere y se hace primar esta última, resaltándose de esta manera la importancia de la protección de la norma constitucional debido a que esta constituye una garantía de los derechos fundamentales como el derecho de propiedad.

### **3.6.- El control difuso en la Ley 23506 (Ley de Habeas Corpus y Amparo)**

En este punto es necesario señalar lo que indica (Fix H. , 2004, pág. 73), en su investigación sobre “La Protección Procesal de las Garantías Constitucionales en América Latina”, donde manifiesta que los juristas italianos han desarrollado admirablemente la teoría de las garantías constitucionales en sentido estricto es decir, entendidos como instrumentos procesales para lograr la efectividad de las normas constitucionales, hasta el extremo de incorporarlas al mismo texto de la carta fundamental de 1947 bajo el título de garantías constitucionales.

En tal sentido, las garantías son remedios procesales que pretenden resguardar la parte sustantiva de la constitución; la ley a la que se hace referencia en este punto busca que las acciones de garantías repongan las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de afectación de un derecho constitucional, es decir que un derecho protegido por nuestro ordenamiento constitucional y que ha sido transgredido o alterado por una ley infra constitucional regrese a como originariamente a como se encontraba antes de ser afectado.

Las acciones de garantía establecidas en la referida ley proceden en los casos en que se violen o amenacen los derechos constitucionales por acción, o por omisión, de actos de cumplimiento obligatorio y proceden en el caso que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento.

También será pertinente si una autoridad judicial, fuera de un procedimiento que es de su competencia, emite una resolución o cualquier disposición que lesione un derecho constitucional.

Como señala (Eto, 2013, pág. 643), en su libro “Constitución y Procesos Constitucionales”, dentro de los marcos constitucionales que ha previsto la Carta Política, al amparo resulta ser en el Perú, un valioso instrumento de control de la constitucionalidad a disposición de las personas (incluyendo las jurídicas) que sufren un menoscabo o amenaza a un derecho personal de rango constitucional distinto a la libertad individual que se protege a través del Habeas Corpus.

Por tanto en los procedimientos de Habeas Corpus y Amparo, se ha identificado al responsable de la agresión, se mandará abrir la instrucción correspondiente, si se tratara de alguna autoridad o funcionario público, además de la pena que corresponda, se le impondrá la de destitución en el cargo y no podrá ejercer función pública hasta pasados dos años de cumplida la condena principal, se condenará asimismo al responsable al pago de las costas del juicio y a una indemnización por el daño causado. El haber procedido por orden superior no libera al ejecutor de los hechos de la responsabilidad y de la pena a que haya lugar. Si el responsable inmediato de la violación fuera una de las personas comprendidas en el artículo 183º de la Constitución se dará cuenta de inmediato a la Cámara de Diputados.

Se debe tener en cuenta que en la ley 23506 que regula el habeas corpus y el amparo consta expresamente en el artículo 24 inciso 12 que uno de los derechos defendidos por el amparo es el derecho de propiedad, lo que sustenta aún más la posición de la presente tesis debido a que al ser esta materia de una ley como la de comentario debe promoverse su protección y cumplimiento tanto por los órganos judiciales como los administrativos, incluidos en este último los registrales.

Asimismo se debe tener en cuenta que cada uno de estos procesos defiende la aplicación de los derechos constitucionales garantizados en la carta fundamental de nuestro país y que por tanto al reconocer en esta Ley la defensa de los referidos derechos debe asegurar garantía de los mismos.

### **3.7.- La incorporación del control difuso en nuestro ordenamiento constitucional.**

Cabe indicar que (Landa, 2003, pág. 91 ) cita en su libro “El Tribunal Constitucional y Estado Democrático” a García Pelayo refiriendo que este señala que cuando se refiere a la evolución del constitucionalismo en el Perú y su incidencia en el denominado principio de legalidad “cabe advertir que no es un simple cambio de la tradicional prevalencia, en la práctica, de la ley sobre la Constitución. Más bien se trata de una profunda transformación del principio de legalidad que incluso afecta a la propia noción de derecho y de política”.

En nuestro país existe un sistema dual constituido por un control constitucional de las leyes y un sistema concentrado, el primero está relacionado a que en caso de haber una incompatibilidad de normas se prefiere a la de orden constitucional, es decir la revisión por parte de los jueces ordinarios, bajo el control último del Tribunal Supremo, de la constitucionalidad de las leyes; se dice que este tiene su origen en los Estados Unidos de Norteamérica donde se lo denomina control difuso, el segundo está referido a atribuir a un “Tribunal Constitucional” la facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes, en este el único competente para conocer de la constitucionalidad de las leyes es el referido órgano, se dice que tiene origen austriaco.

Es necesario manifestar que (Calamadre, 1999, pág. 378), en su libro “*La Illegittimità Costituzionale Delle Leggi* en el Proceso Civile”, traducido por Fernández Segado, Francisco en su artículo “El Control Normativo de la Constitucionalidad en el Perú”; indica claramente la diferencia de los sistemas antes referidos, señalando que el difuso era incidental, especial y declarativo; en cambio el, concentrado, era principal, general y constitutivo.

En el Perú no se regulaba nada en las primeras constituciones, pero si hubo por parte de congreso intentos de tener el control de la constitución, sin ningún procedimiento específico de control, recién en la Carta de 1856, en el artículo 10 se señalaba que toda ley era nula si era contraria a la Constitución y esta norma fue también incluida por una comisión ad hoc de la Convención Nacional de 1855-1856, pero sin debate, era sólo un principio inconcluso que no

significaba la institución de ningún control constitucional, pero esa Carta fue derogada y dejada sin efecto por la Constitución de 1920.

Se debe tener en cuenta que actualmente nuestra Constitución ha recogido el modelo concentrado, en el artículo 201 que establece al Tribunal Constitucional como órgano encargado del control de la Constitución; y en el artículo 138 se faculta a los jueces a inaplicar una ley cuando va en contra de la Constitución o llamado control difuso.

La constitución Política de 1920, mediante comisión a cargo de Javier Prado en 1919, proponía la introducción en la Constitución del control judicial de constitucionalidad que estaría a cargo de la Corte Suprema, pero este proyecto fue rechazado y no fue ni debatido en el pleno en 1920 se desechó, pero se debe tener en cuenta que esta Constitución fue base de una dictadura.

En 1922, en la Comisión Reformadora del Código Civil se acogió una norma para el futuro Código donde se establecía un Principio de Inaplicación, es decir, que en caso de conflicto entre una norma constitucional y una legal, los jueces debían preferir la primera, este Código fue recién promulgado en 1936, en su artículo XII del título preliminar este señalaba que cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera y se generalizó en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, siendo el primer acto material que mecanizó el control constitucional control difuso.

Se puede inferir entonces que el control difuso en nuestro país tuvo una regulación más plena en la constitución de 1979, como veremos a continuación.

### **3.7.1.- Constitución de 1979**

Se vuelve a regular el control difuso luego de que el golpe de estado militar del 03 de octubre de 1968, acabara con el control constitucional, mediante la constitución política de 1979 que se encontraba vigente desde el 28 de julio de 1980.

De esta forma se amplió el ámbito de aplicación de las Garantías Constitucionales, aunándose el hábeas corpus, la acción de amparo, para la defensa de los derechos constitucionales; y a la acción popular, la acción de

inconstitucional, contra las leyes y normas de rango legal que vulneren la constitución, se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Debemos entender conforme indica (Fix H. , 1976-1977, pág. 20), en su libro “Las Garantías Constitucionales en el Derecho Mexicano” garantía constitucional se entiende como la defensa de la Constitución, es decir, englobando tanto a los medios preventivos como a los represivos, siendo que, se debería referir exclusivamente a estos últimos. A través de esta se defienden los derechos humanos fundamentales reconocidos o garantizados por la Constitución.

Es así que al tener el Poder judicial a su cargo el análisis, conocimiento y resolución de la acción de habeas corpus y de amparo, en caso no se ampara ante la Corte Suprema la protección de los derechos vulnerados se puede acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Por tanto el Tribunal de Garantías Constitucionales era el único que conocía y resolvía sobre la inconstitucionalidad de una norma. Se consagra constitucionalmente, por primera vez en el artículo 236 de la constitución, que cualquier juez, en todo tipo de procesos, debía preferir la constitución e inaplicar las normas contrarias a esta es decir ejercer el control difuso; observándose el procedimiento establecido en la ley orgánica del Poder Judicial, que debía concluir necesariamente con una decisión de la Corte Suprema, cuyos efectos solo alcanzaban al caso concreto, sin derogar la norma inconstitucional.

En esta constitución, tanto el Poder Judicial y Tribunal de Garantías Constitucionales, compartían determinadas competencias en un mismo proceso, tales como el habeas corpus, acción de amparo, ya que el Poder Judicial actuaba como instancia y el Tribunal de Garantías como casación, en otro momento de forma separada como es el caso de acción popular por el Poder Judicial y la Acción de inconstitucionalidad por el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Como indica (Garcia de Enterría y Fernández, 1999, pág. 50), la discusión de si la Constitución contiene normas jurídicas en sentido estricto de alguna manera ha sido superada por la doctrina comparada en función del tipo de Estado en el que nos encontramos, por el cual se afirma que “la constitución no sólo es una norma,

sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*".

En esta norma el conocimiento del control difuso lo ejercía el Poder Judicial completamente, no pasaba a conocimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales.

El Tribunal de Garantías Constitucionales, se creó para mayor seguridad del control constitucional de las leyes, este poder estuvo subordinado al poder político que los constituyentes objetaron la conducta del Poder Judicial, lo cierto es que tuvo reducidas competencias, sin embargo estas fueron insuficientes para alcanzar los objetivos establecidos.

En la Constitución de 1979, se implementaron dos sistemas de control constitucional, control difuso a cargo del Poder Judicial y el control concentrado a cargo del Tribunal de Garantías Constitucionales, hoy Tribunal Constitucional.

### **3.7.2.- Constitución de 1993**

En esta constitución se incorporó el término de Tribunal Constitucional, se ampliaron las garantías constitucionales, sumándose el habeas corpus, amparo, acción popular y de inconstitucional, las nuevas acciones de habeas data y de cumplimiento.

Se precisó también que el ejercicio del habeas corpus y el amparo no se suspenden en relación a los derechos restringidos durante la vigencia de los regímenes de excepción, siendo procedente que los tribunales efectúen en el caso concreto el control judicial de la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas.

Indica (Monroy, 2005, pág. 40), en su "Concepto de Constitución", la constitución es una norma suprema; los poderes públicos están sometidos a ella y la infracción es antijurídica y es declarada inconstitucional por los tribunales constitucionales. La norma constitucional tiene superioridad sobre la legislación, es fuente de toda creación normativa y de todos los actos de su aplicación "La constitución es la norma jurídica fundamental y fundamento de todo el ordenamiento jurídico.

Se estableció en esta Constitución la existencia de un Tribunal Constitucional, no obstante que las diversas propuestas iniciales del oficialismo sustentaban su desaparición y reemplazo por una sala Constitucional. El Tribunal Constitucional sigue siendo definido como “órgano de control de constitución”; está integrado por siete magistrados elegidos por el congreso, con el voto conforme de dos tercios del número legal de sus miembros. Para ser designado miembro deben cumplir los requisitos aplicables a los vocales de la Corte Suprema, cuya edad es de 45 años; su mandato tiene una duración de 5 años, sin posibilidad de reelección inmediata.

Las competencias del Tribunal Constitucional, también fueron aplicadas, correspondiéndole (artículo 202º), conocer en instancia única, la acción de inconstitucionalidad, contra normas de rango legal: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos de congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales; cuando en la forma o el fondo vulneran la constitución, conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones judiciales denegatorias de las acciones de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento. Con ello el Tribunal Constitucional se convierte en instancia final del fallo en estos procesos y suprime el inconveniente (y dilatorio) y reenvió a la Corte Suprema anteriormente existente, conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignada por la constitución conforme a ley.

La sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una ley, se publicará directamente en el diario oficial, produciendo al día siguiente de su publicación, la derogación inmediata de una norma cuestionada. La declaración de inconstitucionalidad no tendrá efecto retroactivo.

La acción popular prosigue bajo la competencia exclusiva del Poder Judicial, siendo procedente la infracción de la constitución o de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general; cual quiera que sea la autoridad de que emanen.

El Poder Judicial a través de cualquier juez y en todo tipo de procesos, debe preferir la norma constitucional e inaplicar al caso concreto la norma inferior que la vulnere, es decir control difuso; el mismo criterio se sigue con respecto a la

primacía de la ley frente a normas de inferior jerarquía la que se encuentra normado en el artículo 138 de la constitución, segundo párrafo.

Cabe destacar lo que señala (Otto, 1999, pág. 22), en su libro “Derecho Constitucional” Al ser ley superior, la cual está positivizada, la Constitución gobierna las fuentes formales del derecho haciendo depender el sistema entero como una norma fundacional, así como tenía el Derecho Natural las funciones establecidas en un ordenamiento no positivizado.

Por lo antes señalado es importante su defensa y protección, asimismo se debe tener en cuenta que la constitución 1993 mantiene el modelo dual en el control constitucional, que hasta la fecha por el exceso de atribuciones que se le otorgó al Tribunal Constitucional y este mismo ha ido creando en sus sentencias pluralidad de jurisprudencia, hasta incluso contradictoria emitida por el mismo Tribunal Constitucional, pero por miembros diferentes del mismo tribunal; por otro lado ha ido desgastando las atribuciones del Poder Judicial, siendo que en la práctica se ha vuelto una tercera instancia, desconociendo la autoridad del Poder Judicial, originado un problema en el sistema jurídico.

### **3.8.- El control difuso en el Código Procesal Constitucional (artículo VI Código Procesal Constitucional).**

Se debe entender como señala (González-Deleito, 1980), en su libro “Tribunales Constitucionales Organización y Funcionamiento”, que el Derecho Procesal Constitucional ha de entenderse como la rama del Derecho Procesal que estudia y regula las cuestiones derivadas de la inconstitucional de las leyes, de las violaciones de derechos y libertades proclamadas en los textos constitucionales y de los conflictos propiamente constitucionales entre altos poderes del estado, entre éste y las Comunidades autónomas o de éstas entre sí

Teniendo en cuenta la importancia que tiene el derecho procesal en nuestro ordenamiento jurídico cabe señalar que el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional se ocupa del control de la supremacía de la Constitución y de los efectos del denominado control de la constitucionalidad o control difuso, que tiene como base los artículos 51° y 138°, segundo párrafo, de la Constitución peruana, que obligan a todo juez, en cualquier tipo de proceso judicial, a preferir la norma constitucional a disposiciones legales o de inferior jerarquía, en

caso de existir conflicto entre éstas, ordenando la inaplicación en el caso específico de la norma considerada inconstitucional. El Código precisa que esta prevalencia en la aplicación del precepto constitucional, se hará siempre que ello sea relevante para la decisión del caso, y que no haya forma de interpretar la norma cuestionada de conformidad con la Constitución.

Los jueces interpretarán las leyes y normas legales, conforme a la interpretación que hagan de ellas las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional. Por tanto es necesario tener presente que ni la Constitución ni la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional le atribuyen a este órgano el carácter de supremo intérprete de la Constitución, refiriéndose a él como órgano de control de la Constitución, sino que se controla la constitucionalidad y no la Constitución, es decir lo que se quiere controlar es la vulneración de la constitución por una norma infra constitucional.

El Tribunal Constitucional en muchas de sus sentencias sobre inconstitucionalidad, ha establecido que asume este rol de último y supremo intérprete de la Constitución, lo que se ve fortalecido con la norma del Código que comentamos, en este se dispone que los jueces no puedan inaplicar, por disposición del control difuso, una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional, en un proceso de inconstitucionalidad, o por el Poder Judicial, en un proceso de Acción Popular, es así que estamos ante un claro límite a la aplicación del control difuso en sede judicial, este apunta a afianzar el papel rector que debe corresponder al Tribunal Constitucional en este campo, y con el fin de dar coherencia y unidad de criterio a la decisión sobre la vigencia de las normas dentro del ordenamiento jurídico.

Es importante recordar que nuestro sistema es dual y por tanto es necesario señalar lo manifestado por (García E. , 1981, pág. 186), en su libro “La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional”, en donde indica que una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por siempre prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene. La

constitución pasa a ser instrumentalizada políticamente por unos grupos o partidos frente a otros.

Es decir se debe reconocer el importante rol del Tribunal Constitucional, pero a la vez el del control de la constitucionalidad por los jueces y funcionarios públicos con el fin de velar por la protección y aplicación de los derechos fundamentales defendidos en la Constitución.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, entró en vigencia conjuntamente con el Código Procesal Constitucional y regula que el control difuso no constituye un proceso constitucional es por eso que se ha omitido su regulación expresa y solo se considera una técnica al alcance del juez, para que pueda emitir un control de constitucionalidad al interior de un proceso, sea constitucional, o de cualquier otra naturaleza como civil y administrativo.

### **3.9.- Evolución jurisprudencial del control difuso en el control constitucional de las leyes.**

En este punto cabe señalar como antecedente que el doctor Bonham, fue sancionado por una norma que aprueba el Parlamento Británico en donde se confirma lo dispuesto por el Estatuto del Real Colegio de Médicos que otorgaba a esta institución la facultad de juzgar las infracciones a los deberes profesionales e establecer las multas a los profesionales que faltaran a sus reglas. El referido doctor no cumplió con el pago y la multa fue convertida en arresto. En tal situación, y tiempo anterior a que se aprobara el Habeas Corpus viene de 1679, planteó una demanda por prisión injusta. El Tribunal de Causas Comunes Británico presidido por Edward Come resolvió que no resulta admisible que una institución sea juez para dictar sentencia, ministro para hacer convocatorias y parte interesada para recibir la mitad de la multa.

Otro antecedente se da en los Estados Unidos donde se plasmó esta jurisprudencia de control de la constitucional en diversos casos en donde se hacía primar la constitución como en el caso Commonwealth Versus Catón, resuelto por la Corte de Apelación de Virginia en 1782 donde decidió la inconstitucionalidad local que eliminaba la facultad del poder ejecutivo para conceder indultos que se encontraba prevista en la Constitución del Estado de

una ley local que eliminaba la facultad del poder ejecutivo para conceder indultos que se encontraba prevista en la Constitución del Estado.

Cabe señalar que luego en la Constitución de Filadelfia no logró plasmarse expresamente el mecanismo de control de constitucionalidad pero sin perjuicio de ello se incluyó escuetamente en la sección segunda del artículo VI de la referida norma constitucional, que señalaba “esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

Sin embargo el punto clave para el control de la constitucionalidad es el Caso Marbury versus Madison, donde el conflicto entre normas está claro, por un lado la Constitución fija la competencia originaria de la Corte Suprema con una enumeración de casos y por el otro lado la ley incorpora un supuesto no previsto en la norma fundamental.

Es de esa manera que jurisprudencialmente es rico este control difuso en el control constitucional de las leyes.

## **CAPITULO IV**

### **LOS GRANDES MODELOS Y PRINCIPIOS DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL**

#### **4.- Los presupuestos jurídicos y políticos de la jurisdicción constitucional ò la constitución como norma.**

##### **4.1.- El carácter fundamental de la constitución**

La Constitución Peruana es aquella norma suprema a través de la cual se protegen y garantizan los derechos fundamentales de la sociedad tiene un carácter de norma supra legal el cual no puede ser modificado o reformado mediante un procedimiento ordinario aplicado a las normas con rango de ley, es decir esta norma solo se puede modificar por un procedimiento específico, más agravado a través de procedimiento de reforma constitucional.

Es importante tener en cuenta lo señalado por (Prieto, 2007, pág. 76 y 77) en su libro “Apuntes de Teoría del Derecho” en cuanto a que la Constitución es formal al ser una ley que, a diferencia de otras, fundamenta y ordena la validez de todo un sistema jurídico, estableciendo un procedimiento dificultoso para su reforma, así como los criterios para la creación de otras normas.

Por lo tanto los preceptos constitucionales no pueden ser alterados, contradichos o ignorados por la acción u omisión de los poderes públicos, es decir si se advierte una contravención a la misma se debe hacer prevalecer esta sobre la norma infra constitucional.

El carácter fundamental de la Constitución es que sus mandatos quedan fuera de la disponibilidad de las fuerzas políticas, es decir, no son alterables o modificables por los poderes públicos en su actuación ordinaria, toda norma que quiera llamarse constitución, debe ser concebida como un instrumento jurídico dirigido a limitar efectivamente el ejercicio del poder, en particular del poder político.

Según lo manifestado por (Zagrebelsky, 2002, págs. 114-116), en su libro “El Derecho Dúctil” en sentido material, en la Constitución se concentran los

valores y principios fundamentales que rigen a una organización político-social, los cuales solventan las necesidades vitales de justicia de sus integrantes.

La defensa de los derechos establecidos en nuestra norma suprema se lograra a través de dos medios, en primer lugar evitando la concentración del poder político en un solo detentador y dotando de facultades a órganos constitucionales distintos, como pueden ser el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, lo que es conocido como división de poderes, establecido en nuestra norma constitucional, así como reconociendo y garantizando a través de una lista cerrada o abierta, los derechos de la persona en cuanto a esta.

Como señala (Castillo L. , 2005-2006, pág. 4) en su libro “El Carácter Normativo Fundamental de la Constitución Peruana”, la Constitución debe ser considerada como norma fundamental, como la primera norma del país, que funciona como una base sobre la cual descansa todo el ordenamiento jurídico, de modo que inspire el concreto contenido de éste, a la vez que define su validez jurídica en tanto se ajuste o no a todas las disposiciones de la norma constitucional.

Por lo señalado la Constitución es la norma más importante de un país, no puede ser vulnerada por ningún órgano gubernamental sea administrativo o registral, debido a que esto generaría que los derechos fundamentales defendidos por esta se vean desprotegidos y que nuestro ordenamiento jurídico se vea debilitado.

#### **4.2.- el carácter normativo de la constitución**

Se debe tener en cuenta que la Constitución es considerada como la norma suprema de nuestro país y por tanto de nuestro ordenamiento jurídico, esta se encarga de la defensa de los derechos fundamentales, y se encuentra conformada por normas jurídicas.

Como señala (Kelsen H. , 2005, pág. 332), en su libro “Teoría general del Estado”, la Constitución es la norma jurídica suprema, es la cualidad que se debe a que las constituciones son detentadoras de las reglas que dotan de competencia a los órganos de poder para actuar, así como del proceso que debe agotarse para la creación de las leyes ordinarias.

Esta norma se encarga de organizar el poder del estado, al cual todas las instituciones que la conforman tienen que respetar y aplicar, así se debe entender que al ser esta una norma, es una regla que tiene como objetivo el ordenar el comportamiento de una sociedad en cuanto al respeto de los derechos fundamentales garantizados en esta, como el materia de la presente tesis referido, a la propiedad, sobre todo a la propiedad estatal sea público o privado del estado.

Podemos interpretar que (Prieto, 2007, pág. 119), en su libro de “Teoría del Derecho” nos manifiesta que la adecuación de los actos a la Constitución, dependerá únicamente del cumplimiento de los procesos formales de creación normativa, pero no de la observancia de contener y respetar principios y derechos fundamentales, o de cualquier otro tipo de contenido material. La unidad y coherencia del sistema se integra a partir de las normas externas que son reconocidas como válidas al ser aplicadas por las autoridades.

Como ley fundamental de nuestro país, de la constitución vienen todas las leyes, por tanto es suprema, por ser inviolable para todos los ciudadanos que forman parte de nuestra sociedad y que habitan el territorio sobre el que tiene imperio.

Por lo que los órganos del estado deben hacerla cumplir y respetarla por constituir la norma de normas, y por qué dentro de la pirámide de Kelsen esta se encuentra en la cúspide debido a que se encarga de la defensa de los derechos fundamentales.

#### **4.3.- Sistemas, bases o modelos de jurisdicción constitucional**

##### **4.3.1.- Sistema difuso o americano (judicial review). Evolución y características.**

Según indica (Castillo M. , 2013, pág. 6), en su artículo “Los Modelos de Control de Constitucionalidad en el Sistema Peruano de Justicia Constitucional” el nacimiento de la justicia constitucional, se produce en 1803 con la famosa sentencia en el caso “Marbury vs. Madison” dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, cuyo ponente fue el Magistrado John Marshall, en la cual

inaplico una ley del Congreso (sección décima tercera de la Ley de 1789) que organizaba el Poder Judicial.

El control difuso de la constitucionalidad, es uno que se caracteriza por la aplicación del control de la constitucionalidad de las leyes por los órganos judiciales, ejercida por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos.

Se debe considerar que (Hamilton, 1974, pág. 203), en su libro el “El Federalista”, señala que una Constitución debe ser aplicada al caso concreto, y así debe mirarse por los jueces, como una ley fundamental. A ellos pertenece por lo tanto interpretar su significado, como el sentido de cualquier norma particular que proceda del cuerpo legislativo y, en caso de diferencia irreconciliable entre las dos, preferir el deseo del pueblo declarado en la Constitución al de la legislatura expresado en el estatuto legal.

Recordemos que el caso “Marbury vs. Madison”, es una acción de cumplimiento entre un grupo de designados jueces de paz, dentro de los que se encuentra William Marbury Versus James Madison, bajo la Presidencia del Chief Justice John Marshall.

William Marbury, junto con otros colegas habían sido nombrados jueces de paz, Marbury debía ser el Juez de Paz del condado de Washington, distrito de Columbia, al no haber recibido su designación junto a sus colegas interponen acción ante la Corte Suprema en el mismo año de 1801; a efectos que el Secretario de Estado del Presidente Jefferson, James Madison, expidiera los respectivos nombramientos. Reabierto el periodo de reuniones del Tribunal Supremo, el Juez Marshall, no obstante el interés personal que tenía en esa causa, no se inhibió, sino que usó la controversia para plantear la Teoría de la "Supremacía Constitucional".

Como lo manifiesta (Furnish, 1990, pág. 91), en su libro “La Revisión Judicial” El denominado control difuso o judicial review legislation de la constitucionalidad de las leyes cimienta su esencia y calidad en dos aspectos fundamentales que le dan la denominación y principales características, una funcional y otra especial; siendo que la primera se halla sistemáticamente ubicada como atributo constitucional innominado de toda Constitución escrita.

Por tanto en este sistema la Constitución es una norma suprema inmodificable por normas ordinarias, o su nivel es el de una norma legal legislativa y, como otras leyes, es modificable cuando la legislatura lo quiera hacer.

En la sentencia *Marbury Versus Madison*, se hace valer el principio de supremacía constitucional, defendiendo la postura en el hecho de la protección de los derechos fundamentales establecidos en la constitución, buscándose que el constitucionalismo encuentre los límites, cuando el ordenamiento jurídico se contrapone a ella, teniendo en cuenta que la Constitución es la ley Suprema, la carta magna de una país, por lo que un acto legislativo contrario a la constitución no es una ley aplicable y por tanto es inconstitucional.

Es decir los jueces tienen la facultad y el deber de la protección y aplicación de la Constitución.

En conclusión este sistema se caracteriza principalmente por la supremacía constitucional sobre cualquier normas infra constitucional que la vulnere, la declaración de inconstitucionalidad en el control difuso es principal, y se discute dentro de cualquier proceso judicial que resuelva un caso específico, y se debe tener en cuenta que la referida acción no es independiente del proceso judicial, la jurisprudencia de la Suprema Corte rige los procesos de esta clase.

#### **4.3.2.- Sistema concentrado o europeo. Evolución y características.**

Este modelo se inició en las ideas de Hans Kelsen que verso sobre la Justicia Constitucional y así se crea un Tribunal especial para la defensa de lo establecido en la norma suprema del país, es un Control Europeo; este sistema de control encarga al órgano que se creó el velar por la defensa de lo establecido en la constitución, el que al conocer un caso concreto se encarga de interpretar y hacer aplicar correctamente la norma constitucional, este tribunal es el único a nivel de un estado que podrá ordenar la inaplicación de una ley por considerarla inconstitucional, el cual tendrá efectos erga omnes.

Es importante en este punto tener en cuenta lo señalado por (Highton, 2010, pág. 109), en su investigación “Sistema Concentrado y Difuso de Control” en donde indica que la diferencia entre un tribunal constitucional y uno ordinario consiste en que, si bien ambos generan y aplican derecho, el segundo sólo

origina actos individuales, mientras que el primero, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de la norma constitucional, no elabora sino que anula una norma general, realiza un acto contrario a la producción jurídica.

Este control concentrado luego de las ideas de Kelsen, se materializa en una ley especial el año 1919 y se constitucionaliza en la carta magna de 1920.

Señala (Kelsen H. , 1988, pág. 22) en su libro “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución”, señala que la organización constitucional deberá adecuarse a las particularidades de un control concentrado, cumpliendo con una interpretación y aplicación de la constitución.

Es así que se puede señalar que el referido sistema lo que busca es que se declare la inconstitucionalidad de una norma a través de un tribunal especial.

La Constitución Austríaca concibió el primer Tribunal Constitucional con una composición de un presidente, un vicepresidente y un adicional de titulares suplentes con cargo a establecerse reglamentariamente.

Caracterizándose este sistema en que tiene un tribunal colegiado especializado y autónomo que se encarga de resolver temas de control de la inconstitucional, la decisión que ordena la inconstitucionalidad de una ley deja fuera la ley del ordenamiento jurídico, quedando sin efecto, y teniendo una forma de legislación negativa, la inconstitucionalidad es planteada vía acción directa, y resuelto en forma genérica, por ello se dice que es erga omnes.

#### **4.3.3.- Sistema político y/o socialista: Un modelo en franca retirada.**

##### **Evolución y características.**

Este sistema defiende la posición de que el encargado de control de la constitucionalidad es un órgano político que al ser representante de la sociedad es el idóneo para defender la aplicación de la constitución, es creado por la Revolución Francesa, en donde vio sus orígenes desde un punto socialista.

Es importante indicar que (García V. , 2010, pág. 176), en su libro “Teoría del Estado y Derecho Constitucional” manifiesta que el estado Social de Derecho, alude a una comunidad política donde sobre las bases de las exigencias

establecidas para el Estado de Derecho, se busca “acomodar” la convivencia dentro de un orden social con vocación de plasmar la justicia social.

Punto que es tomado en cuenta parcialmente por este sistema debido a que esta era la forma favorita de aplicación del control difuso por los demócratas marxistas, y de los socialistas rígidos, lo que señala que el bienestar social está en la defensa de carta magna, pues esta vela por la protección de los derechos fundamentales, llamados también sus defensores como popularistas. Consiste en atribuirle a un órgano político que generalmente es el parlamento la aplicación del control difuso, en el caso del socialismo a la aplicación del control difuso a través de los organismos sociales.

Los socialistas rígidos, creían que el bienestar social está en la defensa de carta magna, pues esta vela por la protección de los derechos fundamentales, llamados también sus defensores como popularistas.

En 1960 comenzó a ceder su lugar y compartirlo con otros órganos de control constitucional, su fortaleza disminuye y se reduce la influencia respecto al control difuso constitucional de este sistema, esto a raíz de la disolución del bloque socialista.

Por lo que se puede decir que este sistema tiene como principal característica que es uno de tipo dual debido a que se constituye con ideas de control difuso constitucional en el modelo político o aplicado por los órganos políticos y por los grupos socialistas.

#### **4.4.- El control constitucional en América Latina. Evolución y características.**

##### **4.4.1 México**

Este sistema se rige con un sistema de control constitucional mixto, esto se debe a la modificatoria del juicio de amparo, que tuvo lugar en el año 2011, instaurándose mediante esta reforma en el referido país el control difuso.

Se debe tener en cuenta que en el sistema constitucional de la magistratura de México, se asimilo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a un Tribunal Constitucional, dándole a esta la facultad de conocer y decidir sobre la inconstitucionalidad de una norma, aunado a todo lo señalado las facultades ya

otorgadas para resolver en materia de controversias constitucionales, género que en materia de control difuso se emitiera resoluciones con efectos generales a futuro.

Es así que se permite a la Corte que cualquier juez de la República que la integre, al conocer de un asunto de su competencia, pueda inaplicar una norma cuando considere que esta vulnera o es contraria a la Constitución, es decir aplicar control difuso o a los tratados internacionales firmados por México o llamado control convencionalidad, pero sin que por ello se elimine esta del orden jurídico Mexicano.

Cabe señalar que (Valdès, 1998, pág. 423 y ss), en su libro “El Control del Poder” indica que la preocupación más urgente del constitucionalismo mexicano en la época actual sea la de perfeccionar el papel de la Constitución como instrumento de control y por eso el estudio de los diferentes medios o instrumentos para limitar y controlar al poder se ha tornado primordial para la transición democrática que venimos experimentando.

Fue a través de una resolución de la Corte que interpretando el artículo 133 de la Constitución de manera distinta a como lo venía haciendo se estableció el control difuso.

El artículo antes referido establece la obligación de llevar a cabo tal control por parte de todos los jueces del país Mexicano, es así que la instauración del control difuso puede tener beneficios tales como acercar la Constitución a los ciudadanos, permitiéndole debatir la constitucionalidad desde la primera instancia, u obligar a los jueces de todo el país a interpretar la Constitución y argumentar en sus términos.

Es necesario indicar que (Highton, 2010, pág. 133) en su libro “Sistema Concentrado y Difuso de Control”, manifiesta que actualmente la Suprema Corte de Justicia aparte de otras competencias cuenta con los siguientes medios para mantener el orden constitucional: a) acción abstracta de inconstitucionalidad, b) controversia constitucional, y c) juicio de amparo.

#### 4.4.2 Colombia

En este país se manifiesta el control difuso constitucional desde la década de los noventa, en la constitución de 1991 con la creación de la Corte Constitucional, a la cual se le atribuye la facultad de velar por la aplicación y el respeto de la supremacía constitucional.

En este país su modelo se puede considerarse uno de tipo mixto, sin embargo la Corte Constitucional es parte de la denominada “rama judicial” es así que al ser este ejercido por los jueces de diferentes materias (contencioso administrativo) se puede calificar como que se instaura un control difuso funcional, en Colombia también se reconoce que puede ser aplicado el control difuso por cualquier autoridad administrativa, cuando se genera un control constitucional por la inaplicabilidad de la norma infra constitucional que vulnera la norma suprema del referido país.

Como se señala en el párrafo anterior en este sistema comparado existen dos modelos de control constitucional, el primero que recae sobre la Corte Constitucional, que ejerce el control concentrado, debido a que es este órgano es el que se encarga de ver y decidir sobre la inconstitucionalidad de una norma a solicitud de los ciudadanos afectados en los derechos fundamentales defendidos en su Constitución.

El segundo es el control difuso, debido a que en este país se aplica la excepción de inconstitucionalidad, a través de la cual una norma infra constitucional que vulnera los derechos constitucionales defendidos, no es aplicada.

Asimismo como dice (Highton, 2010, pág. 124) en su investigación “Sistema Concentrado y Difuso del Control de la Constitucionalidad” se debe tener en cuenta que las decisiones de la Corte Constitucional tienen carácter erga omnes y producen efecto de cosa juzgada constitucional.

Este sistema de control constitucional sustenta su modelo en uno de tipo democrático debido a que se puede ejercer una acción ciudadana para solicitar que se declare la inconstitucionalidad de una norma ante un órgano jurisdiccional

y lograr así que este resuelva sobre la validez de una determinada disposición legal que vulnera lo establecido en la Constitución de Colombia. En este el control difuso se extiende a todo su poder público, y todos estos a través de esta atribución de facultades vela por el respeto a lo establecido en la Constitución y su cumplimiento.

Por lo que se puede concluir que el modelo colombiano de control difuso recoge casi todos los modelos clásicos, esto aunado a todas las reformas por mejorar la aplicabilidad de la constitución Colombiana y cumplimiento y protección de esta, lo hace un modelo de control de la constitucionalidad óptimo.

#### **4.4.3 Argentina**

Debemos señalar que en Argentina el control de la constitucionalidad no está expresamente regulado, sin embargo teniendo en cuenta que la constitución en ese país es de tipo positivo, se puede decir que se deriva implícitamente de lo establecido en los artículos 31 y 75 de la misma, y que se ha optado en esta legislación por un sistema difuso de control de constitucionalidad, basándose en el régimen de la Corte Suprema de Argentina.

Es así que el artículo 116 que norma las atribuciones del Poder Judicial, señala que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación.

De lo antes señalado se puede deducir que el control constitucional le corresponde a la Corte Suprema y también a tribunales inferiores.

Según manifiesta (Bidart, 2001, pág. 333 y 334), en su libro el “Manual de la Constitución Reformada” el sentido con que el constitucionalismo utiliza la noción de supremacía constitucional es otro. Apunta a la noción de constitución formal, revestida de supra legalidad, obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella. Ello envuelve una formulación del deber-ser; todo el orden jurídico político del estado debe ser congruente o compatible con la constitución formal.

Se puede decir que en Argentina el órgano de control, es uno de tipo judicialista difuso, por lo que los jueces pueden conocer en cuestiones de inconstitucionalidad durante el ejercicio de su función.

El proceso se ejerce solo una vez que haya entrado en vigencia una y cuando lesione un derecho fundamental individual o colectivo, esto le da derecho a accionar para la defensa de sus derechos que se encuentran afectados por la norma inconstitucional.

En esta legislación se utiliza por tanto un sistema judicial federal, que constituye un recurso extraordinario federal, que lleva a cabo en la Corte Suprema, y teniendo en cuenta que existen regímenes provinciales que protegen su constitución.

#### **4.5.- Principios constitucionales que rodean el control difuso como mecanismo de inaplicación de la norma**

##### **4.5.1.- Principio de jerarquía normativa**

De la Supremacía de la Constitución nace el principio de la jerarquía de las normas jurídicas, tal como lo afirma el maestro alemán (Kelsen H. , 1995, pág. 40), en su libro “Teoría General del Derecho y del Estado” quien basa la Supremacía de la Constitución en dos conceptos de orden jurídico, el de supra-ordenación y el de la subordinación de las normas, cuando afirma que “La norma que determina la creación de otra, es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera.

El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles.

Como ha recordado (Zagrebelsky, 2008, pág. 40) en su libro “El Derecho dúctil: ley, derecho, justicia”, los actuales tiempos contemporáneos han dejado hoy de concebirse a la ley como el señor del derecho; esto en razón a que existe el fenómeno del “legislador motorizado” que se configura a través de la hiper producción legislativa, generando con ello dicha infracción legislativa. Ante tal situación precisamente hoy plantea el pensador italiano que el juez es el señor

del derecho, teniendo potestad para declarar inconstitucional las leyes (en los modelos concentrados); o para ejercer el control difuso de constitucional.

Es así que la creación de una norma de grado infra más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta, como la constitución. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regreso termina en la norma del grado más alto, o básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico

De esta forma la jerarquía suprema de la constitucional se convierte en un principio que rige nuestros ordenamientos jurídicos, al establecerse que la norma fundamental se encuentra por encima de cualquier otra y que su contravención está sujeta a mecanismos de control de la constitucionalidad o mejor llamado control difuso.

Este principio graficado en la pirámide kelseniana cuya estructura y orden jurídico se define en función de sus órganos emisores, de su importancia y de su sentido funcional, de tal manera que la Constitución es considerada una norma fundamental, prevalente y suprema, vale decir, principio y fundamento de las normas jurídicas. Porque la norma que crea a otra es superior, esto se configura por el hecho de que la creación de una norma se encuentra determinada a su vez por otra más alta, y la más alta y suprema es la Constitución, configurándose así la regla de superioridad y por ende, el de la subordinación normativa. Surge el respeto a la norma constitucional por parte de las normas inferiores, vale decir, la inviolabilidad y protección de la Constitución.

#### **4.5.2.- Principio de supremacía constitucional**

El principio de la Supremacía Constitucional está vinculado con el Estado de Derecho, o mejor dicho Estado Social y Democrático de Derecho para sociedades políticas en vías de desarrollo, donde la cuestión social es un tema de ineludible e impostergable por que incluye los derechos humanos

La Supremacía Constitucional sólo es válida en un régimen político cuya Constitución consagra los derechos fundamentales de la persona, como la constitución política peruana, los instrumentos jurídicos de su protección y

defensa, un sistema de control constitucional de las leyes, la separación y autonomía de poderes y los mecanismos de participación ciudadana.

Señala (Espinoza-Saldaña, 2005, pág. 32) que existen conceptos que por lo menos a nivel de discurso ya son consensualmente aceptados por todos en el Perú, siendo uno de ellos el de que ninguna normativa o quehacer estatal, e incluso privada entre particulares, puede ser contraria a lo constitucionalmente dispuesto, en línea de lo que actualmente se denomina “Constitucionalización” del derecho.

Es correcto señalar que la Constitución ocupa la cúspide del orden jurídico, reviste de carácter de ley suprema, ley de leyes, alrededor del cual graviten las demás leyes. Por tanto se puede decir que es la fuente de las fuentes, es la norma de normas, norma de producción, porque de ella se derivan todas las leyes y demás disposiciones que reglan las competencias, funcionamiento, atribuciones de las instituciones y conducta de los ciudadanos que forman parte del Estado.

Garantiza el equilibrio en el ejercicio del poder político, protege y desarrolla los derechos fundamentales de la persona, legaliza y legitima el sistema político.

Es acertado lo que afirma (Duverger, 1967, pág. 274), en su libro “Instituciones Políticas y Derecho Constitucional”, la supremacía de la Constitución escrita es, en el hecho el instrumento jurídico de la limitación de los gobernantes. Ella significa, en efecto, que todos deben obedecer a sus disposiciones sin poderlas modificar.

Se puede concluir que ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido, de lo contrario equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el representante del pueblo es superior al pueblo mismo, debido a que una Constitución es de hecho una norma fundamental y así debe ser considerada por los jueces.

#### **4.5.3.- Principio de legalidad**

O como también suele ser llamado de primacía de la norma legal, se dice que este es un principio fundamental, que señala que todos los órganos del estado están sometidos al imperio de la Ley vigente, teniendo en cuenta que esta es sinónimo de norma jurídica dictada por el legislador, es decir es un orden jurídico

establecido por la autoridad competente en un caso específico, en el que se ordena o prohíbe una situación, cuyo incumplimiento de lo establecido lleva una sanción.

Debemos tener en cuenta que (Zagrebelsky, 2008, pág. 24) indica en su libro “El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia” que el Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión o, por lo menos, la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho.

Este principio es uno de tipo fundamental, conforme al cual todo ejercicio de un órgano de poder público debería realizarse acorde a la ley vigente y teniendo en cuenta el caso concreto y no tanto a la voluntad de las personas.

Este principio es fundamental en nuestra estructura estatal, en cuanto a que está relacionado a la problemática materia del presente trabajo de investigación referido a una institución del estado como Registros Públicos, se debe señalar que esta se debería regir de acuerdo a lo establecido en el artículo IV, 1.1 del Título Preliminar de la Ley 27444 Ley de Procedimiento Administrativo General, que nos dice “ Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”.

Sin embargo se señala que esta entidad al tener normas especiales que las rigen, debe llevar su procedimiento de acuerdo a lo establecido en ellas es por eso que se hace primar las referidas normas especiales constituidas por reglamentos, precedentes, directivas, hasta leyes, pero al no tener facultades de control difuso constitucional no hace primar la carta magna fundamental en caso de su vulneración esta por las antes referidas norma especiales.

Como manifiesta (Morales F. , 2007, pág. 117), en su libro “Tribunales Administrativos y Control Constitucional. Comentarios a la posición del Tribunal Constitucional del Perú”, en el ámbito del accionar del Poder Ejecutivo, también denominado Administración Pública o simplemente Administración, el Principio de Legalidad se manifiesta de manera mucho más restrictiva que para la ciudadanía en general; así, “la Administración sólo puede actuar previa habilitación legislativa,

lo que significa que para ella rige el principio “todo lo que no está permitido está prohibido.

Se debe considerar que la seguridad jurídica necesita que las actuaciones de los poderes públicos estén sometidas al principio de legalidad, muchas veces se considera que este principio es una regla esencial del derecho público, necesaria para afirmar que un administración pública es un Estado de Derecho, pues en el poder estatal tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas.

Se puede concluir que existe una relación entre el principio de legalidad y el de reserva de la ley esto se establece en una democracia en el ordenamiento jurídico, teniéndose en cuenta que la Ley no debe transgredir lo establecido en nuestra norma constitucional suprema.

#### **4.6.- Jurisprudencia relacionada a la materia**

El Tribunal constitucional a lo largo de sus ya casi 35 años ha venido estableciendo los presupuestos en los que se debe aplicar el control constitucional de las leyes, esto es el control difuso. Así respecto a los supuestos para la validez de su aplicación a ha señalado lo siguiente:

“En su (STC 06730-2006-PA/TC, 2006, pág. 16), se indica que su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

- a) Que en el proceso constitucional el objeto de impugnación sea un acto que constituye la aplicación en cada caso de los siguientes presupuestos;
- b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.
- c) Que la norma a inaplicarse resulte evidente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con ésta, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301”

Igualmente el Tribunal Constitucional ha sentado las pautas ya no solo en cuanto a los límites sino también respecto a las excepciones en torno al control difuso. Así precisa los siguientes supuestos:

Por otro lado el propio Tribunal ha establecido en torno al control difuso existen ciertos límites a su aplicación y son, entre otros lo que ha establecido el citado colegiado constitucional, en la (STC 01680-2006-PA, 2006, pág. 2 y 4), manifiesta que por un lado, el control de constitucionalidad se realiza en el seno de un caso judicial, esto es, luego del planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se halla sometido al juez para su dirimencia. El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes.

En segundo lugar, que el control de constitucionalidad sólo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido, el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende, incluso, a las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la ley.

El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no sólo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también de erigirse como un límite a su ejercicio mismo, puesto que, como antes se ha recordado, en los procesos de la libertad está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes (*nemo iúdex sine actor*).

Directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo,

pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio.

A su vez, para que un planteamiento de esta naturaleza pueda realizarse en el seno del proceso constitucional de amparo contra resoluciones judiciales, es preciso, por un lado, que su aplicación (real o futura) repercuta en el ámbito constitucional de algún derecho protegido por este proceso, y, por otro, que el afectado lo haya cuestionado oportunamente en el proceso ordinario, ya que de otro modo no sería posible atribuir al juez la lesión de alguno de los contenidos del derecho a la tutela procesal, en los términos del artículo 4.º del Código Procesal Constitucional.

El ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que si bien este Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su "cuidado" es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia "especializada".

Igualmente el Tribunal Constitucional ha sentado las pautas ya no solo a los límites sino también respecto a las excepciones en torno al control difuso así precisa los siguientes supuesto expuesto en la (STC 01680-2006-PA, 2006, pág. 9): la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos, por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa.

Ese es el caso que señala en la referida sentencia y que pone como ejemplo (STC 0275-2005-PH/TC, 2005), de las Leyes de Amnistía N° 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Caso Barrios Altos, del 18 de septiembre de 2003.

Nos indica también que el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, sin embargo advirtiese que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional.

Así se sostuvo en las STC N° 0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC, 0004-2004-AI/TC, entre otras, donde si bien no se invalidó en abstracto una ley, este Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el balancing, precisando que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos.

Finalmente cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución debe tener en cuenta el respeto a los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley señala la referida sentencia.

El Tribunal Constitucional se manifestó también en la (Sentencia N° 4677-2004-AA/TC, 2005, pág. 12), señalando que el principio democrático, reconoce la **supremacía constitucional**; que implica que se proyecte como una realidad constante, lo que es importante para que se maximice el respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales.

Cabe señalar que la referida jurisprudencia reafirma el principio de supremacía constitucional, reconociendo la importancia de la norma suprema como garantía de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho de propiedad materia del presente trabajo de investigación, teniendo en cuenta que este garantiza el bienestar de la sociedad.

Mediante (Sentencia 006242-2013, 2014), se manifiesta que los alcances generales y vinculantes que poseen dentro de nuestro sistema jurídico las sentencias dictadas en los procesos de control abstracto de la constitucionalidad no derivan de algún orden de primacía en el órgano que las dicta o algún tipo de predominio en el aparato jurisdiccional, sino del hecho que lo declarado en ellas

se sustenta específicamente en el principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 51 de la Constitución Política del Estado.

Mediante lo señalado se puede establecer que los órganos jurisdiccionales reconocen en todas actuaciones y decisiones judiciales la supremacía constitucional por lo que no habría razón para que los órganos administrativos no hicieran lo propio en sus procedimientos y en sus decisiones.

Lo que se reafirma aún más cuando la (Sentencia N° 2502-2005-HC/TC, 2005, pág. 14), indica que el control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138º de la Constitución habilita como mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional.

Recordemos que (Tirado, 2008, pág. 26), afirma que “El Control Difuso de la Constitucionalidad de las leyes por parte de la Administración Pública en la Jurisprudencia del Tribunal el Tribunal Constitucional” no había tenido una postura única, clara y definida sobre el tema, sino que más bien había experimentado una línea jurisprudencial contradictoria, poco clara en sus alcances y ciertamente había establecido límites severos a la aplicación del control difuso por parte de la Administración para luego, sin solución de continuidad, dar un salto cualitativo en la sentencia Salazar Yarlenque y consagrar, aunque limitado a ciertos órganos del Poder Ejecutivo, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en sede administrativa.

Se debe tener en cuenta necesariamente lo señalado por (Castillo L. , 2007, pág. 76), en su libro “Administración Pública Y Control de la Constitucional de las Leyes” Con la finalidad de asegurar el límite (orgánico y dogmático) del poder político a la Constitución, el Poder constituyente ha decidido que debido a que él no siempre estará presente en dicha línea a través de determinados procedimientos (administrativos) y en ejercicio de determinadas potestades estos órganos serán los encargados de velar por el cumplimiento efectivo de la Constitución. Tales órganos, se pondrían en funcionamiento una vez que el Poder constituyente se replegase, actuarían como Comisionados de éste en la preservación de su obra: la Constitución.

## **CAPITULO V**

### **EVOLUCION Y APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO**

#### **ADMINISTRATIVO EN PERU**

##### **5.1.- La administración pública y la aplicación del control difuso administrativo.**

Desde la Revolución Francesa se delineó la existencia de tres poderes del Estado, el legislativo o llamado a ser el representante del pueblo, el judicial o llamado a ejercer la administración de justicia, y el ejecutivo que se encargará de la administración del país.

Se puede decir que la administración pública es un organismo que realiza una actividad del Estado y que se encuentra dentro de uno de los poderes públicos conocido como poder ejecutivo.

Es necesario señalar que como manifiesta (Morales J. , 2007, pág. 117), en su Control Difuso por parte de los tribunales administrativos, el ámbito del accionar del Poder Ejecutivo, también denominado Administración Pública o simplemente Administración, el Principio de Legalidad se manifiesta de manera mucho más restrictiva que para la ciudadanía en general; así, “la Administración sólo puede actuar previa habilitación legislativa, lo que significa que para ella rige el principio “todo lo que no está permitido está prohibido”.

Es decir que todo accionar de la administración pública está supeditado a la existencia de una norma que regule el caso específico para que pueda actuar, de lo contrario esta se encuentra atada de manos simplemente tiene que hacer una omisión a actuar en el caso no normado.

Es desde tiempos remotos que existe la dependencia de la administración a la norma que los regule, por lo que con la atribución de aplicación control difuso a los órganos colegiados de la administración pública se tuvo un avance significativo, hito que marco el caso Salazar Yarlenque.

Como indica (Real Academia Española, 2014, pág. 2), en su “Diccionario de la Real Academia Española”, la administración pública debe ser entendida como la acción del gobierno al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y fomento de los intereses públicos, y al resolver las reclamaciones a que dé lugar lo mandado; es el conjunto de organismos encargado de cumplir esta función; por tanto es importante que cuente con los instrumentos necesarios para su cumplimiento.

La responsabilidad de la administración, sea por acto, hecho u omisión, es lo que responsabiliza al Estado, debido a que la administración pública actúa en su representación, y por lo que se le atribuye los procesos contenciosos administrativos después de agotar la vía administrativa respectiva.

Así debemos entender que cada uno de los organismos administrativos, expiden actos administrativos que como bien lo señala el artículo 1 de la Ley 27444 Ley de Procedimiento Administrativo General que regula los procedimientos administrativos del Sector Público, debe ser considerado como declaración de las entidades que en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

Como señala (Díaz E. , 1981, pág. 36) en su libro “Estado de Derecho y Sociedad Democrática”, que una manifestación del principio de legalidad de la Administración es el control jurisdiccional que puede ejercerse sobre su accionar; así se garantiza la seguridad jurídica de los particulares, mediante un sistema al que denomina de “justicia administrativa”.

Por tanto estos organismos administrativos desempeñan su labor amparados en las leyes que los regulan, pero también con respeto de la constitución como norma suprema de nuestro país, tal y como se señala en el artículo IV del Título Preliminar, sobre Principio de Legalidad, de la norma antes referida. Al señalarse que estos organismos actúan con respeto de la constitución, deben velar por la protección de los derechos fundamentales entre estos el derecho de propiedad.

Es así que se les atribuyo a sus órganos colegiados en cierto momento la facultad de aplicar control difuso constitucional es decir a inaplicar una ley o norma que vulnere lo establecido en la constitución, en defensa de esta última y teniendo en cuenta que esta es la norma suprema de un país.

Sin embargo en la actualidad la administración pública no se encuentra investida de la referida facultad, debido a que se consideró que el control difuso constitucional solo les correspondía a los jueces que eran los idóneos para aplicarlos debido a su preparación jurisdiccional.

## **5.2.- Análisis y regulación del control difuso en la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley 27444).**

La ley 27444 tiene como finalidad establecer el régimen jurídico que regula el desempeño de la Administración Pública a efecto de que esta brinde la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico general.

Es por tanto que al señalar la ley de procedimiento administrativo general en su artículo IV inciso 1.1 de su Título Preliminar que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas, nos señala que éstas también deben tener en cuenta la relevancia que tiene cada una de las normas en nuestro sistema jurídico.

Es decir que la propia ley administrativa reconoce el respeto a la constitución de los organismos estatales, y por tanto admite la supremacía de esta sobre cualquier otra norma administrativa, sin embargo si un órgano administrativo en un procedimiento percibe que una ley especial que lo regula aplicada, contraviene la constitución por la afectación de un derecho fundamental, no puede hacer nada debido a que no es competente para la aplicación del control difuso constitucional.

Es decir se tiene solo como parámetro del procedimiento administrativo el tener en cuenta el respeto a la constitución, sin embargo no regula los mecanismos para que en caso de que la transgresión de una norma constitucional

por un procedimiento administrativo se inaplique la norma administrativa por contravenir y vulnerar la defensa de un derecho constitucional protegido.

Cabe indicar que (Bielsa R. , 1966, págs. 122-123), en su libro “Derecho Administrativo” señala que la autoridad administrativa debe tener cierto poder de prever sus propias decisiones, precisamente en virtud del principio señalado; atribuir la competencia de rever estas decisiones exclusivamente al Poder Judicial sería lo mismo que establecer un sistema de revisión de un poder respecto de otro que debe ser considerado separado.

Sin embargo lo antes señalado en nuestro sistema jurídico no es aplicado debido a que la administración pública es mero aplicador de su ley especial, pero no es capaz de ser un protector de la norma suprema.

Un claro ejemplo se da en el procedimiento registral en el que al regularse por normas especiales, es decir reglamentos, directivas, precedentes de observancia obligatoria se aplican estos, y al no contar con la facultad de aplicación de control difuso constitucional, no puede hacer primar este sobre cualquiera de sus leyes especiales, un caso característico es que no se cuestiona el procedimiento notarial, y solo se califica en caso de instrumentos notariales la capacidad de los otorgantes, la identificación del bien y la formalidad del mismo.

Siendo que la aplicación del control difuso en la vía administrativa desde la derogación del precedente constitucional que le atribuía a los órganos administrativos colegiados la referida facultad, no se considera que sean competentes para resolver un problema de tal magnitud.

### **5.3.- Control difuso administrativo en la Constitución.**

La constitución política de 1993 no regula de manera expresa el control difuso administrativo, como si lo hace con el control difuso judicial, sin embargo debemos tener en cuenta que el artículo 51 de nuestra carta magna señala que la constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Es decir todas las personas dentro de estas los funcionarios de la administración pública tienen que hacer respetar esta disposición constitucional,

teniendo en cuenta que todos los funcionarios y trabajadores están al servicio de nuestra nación y conforme esta disposición constitucional regula su ingreso a la carrera pública; por lo que debe ser quien vele por el cumplimiento de la normativa constitucional en nuestro país.

Según manifiesta (Garrido, 1994, pág. 177) en su libro “Tratado de Derecho Administrativo”, el principio de legalidad constituye la consagración política del Estado de derecho, es una de las más importantes columnas sobre la cual se asienta el Derecho administrativo: “No solamente supone la sumisión de la actuación administrativa a las prescripciones del poder legislativo (...) sino asimismo el respeto absoluto en la producción de las normas administrativas al orden escalonado exigido por la jerarquía de las fuentes, y, finalmente, la sumisión de los actos concretos de una autoridad administrativa a las disposiciones de carácter general previamente dictadas por esa misma autoridad, o, incluso, por autoridad de grado inferior siempre que actúe en el ámbito de su competencia.

El autor antes citado hace referencia a que el principio de legalidad rige a la administración pública, debido a que esta norma su actuar, sin embargo algo que rescato, es que dicho autor señala que la administración pública debe respetar el orden escalonado que exige la jerarquía normativa; por tanto debe velar por el cumplimiento de la norma suprema del Perú, la Constitución y esto lo hará no solo aplicando la interpretación implícita de atribuciones, sino teniendo la facultad expresa que le atribuya el ejercicio del control difuso constitucional.

Es así que teniendo en cuenta que la presente investigación trata sobre la atribución de la facultad de control difuso en la calificación al registrador público y considerando que este es un funcionario público, encargado de la seguridad jurídico registral que brinda registros públicos, y por constituir el último filtro para la procedencia de la inscripción registral, se encuentra dentro de la regulación constitucional del artículo 51 teniendo en cuenta su calidad dentro de la administración pública.

Cabe indicar lo señalado por (Kelsen H. , 1988, pág. 16), en su ensayo “ La Garantía Jurisdiccional de la Constitución” donde afirma que la anulación de una norma general permanece limitada al caso concreto cuando las autoridades -

tribunales o autoridades administrativas— que deberían aplicar la norma, pueden o deben rechazar su aplicación en un caso concreto si la juzgan irregular y decidir en consecuencia como si esa norma no estuviera en vigor; pero, por lo demás, esa norma sigue estando en vigor y debe ser aplicada en otros casos por otras autoridades, si estas últimas no tienen la facultad de examinar su regularidad y de decidir sobre ella o si, teniendo dicha facultad, la juzgan regular.

Como se desprende de lo señalado por el referido autor este reconoce que la administración cumple un papel significativo y por tanto debe aplicar el control constitucional de las leyes al momento de desarrollar su función.

#### **5.4.- Evolución del control difuso en la administración pública: El Precedente del Tribunal Constitucional que otorga facultades a la administración pública para ejercer control difuso. Aclaración, la sentencia que lo deja sin efecto y su posterior overruling.**

Como se señaló las constituciones desde tiempos muy remotos regulan la aplicación del control difuso sólo por los órganos jurisdiccionales y no existía ni existe pronunciamiento expreso alguno en cuanto a que esta facultad también sea aplicada por los órganos administrativos, sin embargo sobre la base del deber de protección de los derechos fundamentales el Tribunal Constitucional resuelve mediante (Exp. N° 03741-2004-AA/TC, Control Difuso Administrativo, 2006), que dado que los tribunales administrativos y órganos colegiados están vinculados por el deber de protección, ellos han de ejercer el control difuso cuando el caso lo demande.

De esta forma se dejó abierta la posibilidad de que los tribunales administrativos que tienen carácter de colegiados pudieran realizar control difuso, convirtiéndose este en precedente constitucional, luego este fue aclarado estableciéndose nuevas reglas para la aplicación del control difuso administrativo.

Entre las nuevas reglas establecidas con las aclaraciones se señaló que el tribunal administrativo es de alcance nacional, debe estar adscrito al poder ejecutivo, la finalidad de la declaración de derechos fundamentales del administrado, el trámite es a pedido de parte y excepcionalmente es de oficio.

A nuestro entender, la distinción entre que debe ser aplicado por un órgano colegiado de alcance nacional dejándose de lado los de alcance local es una diferenciación que poco va a beneficiar a la protección de los derechos

fundamentales defendidos constitucionalmente, como el derecho de propiedad, cuando este sea vulnerado por una norma de inferior jerarquía normativa.

Como indica (Castillo L. , 2007, pág. 94), en su libro “Administración Pública y Control de la Constitucional de las Leyes”, el Tribunal Constitucional modifica su criterio jurisprudencial al redefinir los entes de la Administración que a su entender podrán realizar control difuso de la constitucionalidad, lo que no resulta del todo adecuado.

Mediante la (ST. N° 00014-2009-PI/TC, 2009), los magistrados del Tribunal Constitucional se confirmó los criterios vertidos por la sentencia Salazar Yarleque y agregaron que, si bien la inaplicación de una disposición a un caso concreto en sede administrativa carece de un mecanismo de consulta a un órgano administrativo jerárquicamente superior, no quiere ello decir que sus decisiones no puedan cuestionarse. La posibilidad de que el administrado pueda recurrir a la vía judicial correspondiente para impugnar las decisiones de los tribunales administrativos está siempre abierta, de acuerdo con el artículo 148 de la Constitución.

Sin embargo mediante (ST. N° 04293-2012-PA/TC, 2012), el Tribunal Constitucional deja sin efecto la atribución de control difuso de los órganos administrativos, debido a que considera que conceder facultades a los tribunales administrativos para que ejerzan en el desarrollo de su función el control difuso vulnera el equilibrio entre la democracia y constitucionalismo, al permitir que por la supremacía de la constitucional no posee legitimidad directa y expresa puede dejar de cumplir las normas vigentes.

En la referida sentencia se señalan que para adopción del precedente que se deja sin efecto, no se respetaron las reglas formales que se deben tener en cuenta para un precedente vinculante de tal magnitud, además que consideraron que no existía vacío legislativo, ni interpretaciones contradictorias, respecto de a quién le correspondía ejercer control difuso que hubiese justificado un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional.

También se manifiesta que la potestad de ejercer control difuso solo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales (como el judicial), ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para

los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas los cuales podemos entender que tiene competencia cuasi jurisdiccional.

#### **5.5.- Jurisprudencia sobre la materia.**

Lo que sigue a continuación son algunos planteamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre la materia y que aquí glosamos, *in extenso vemos*.

En la (Inaplicación de Resolución que Declara la Duplicidad (STC 649-2202-AA/TC), 2002), el Tribunal Constitucional considera que el artículo 171° del Reglamento de los Registros Públicos al establecer que, ante supuestos de duplicidad de inscripciones, el registrador se encuentra autorizado para cerrar la partida correspondiente, por ser la menos antigua, resulta incompatible con la Constitución Política del Estado, pues del examen del mismo no se advierte ninguna razón que justifique un trato desigual, ni que los motivos que se alegan para justificarla sean razonables, sino que, por el contrario, ese trato genera consecuencias diferentes entre la recurrente y Enace, entidad con la que precisamente se genera la duplicidad de inscripciones materia de la demanda. A juicio de este Tribunal, dicha disposición es incompatible con la Constitución, pues el término de distinción establecido por el referido artículo 171° cierre de la partida menos antigua y prevalencia de la mayor, no tiene una causa objetiva y razonable que fundamente la desigualdad, ni tampoco una debida justificación respecto del porqué de la misma, toda vez que se generan consecuencias distintas entre las partes. En efecto, la Oficina Registral, con tal decisión, esto es, la de cerrar sólo una de las partidas y no afectar la otra—, por el hecho que una sea de mayor antigüedad, privilegia a una de las partes con respecto a la otra, pues la que no ha sido objeto de cierre, al disponer de su inmueble y para efectos registrales, podrá lograr su inscripción, lo que no puede hacer la actora, tanto más, cuando entre ellas podría estar dilucidándose, en vía ordinaria, la controversia respecto del mejor derecho de propiedad. Resuelve declarar FUNDADA la acción de amparo e inaplicable el artículo 171° del Reglamento de los Registros Públicos aprobado mediante Oficio N.° 1053-68, su fecha 16 de mayo de 1968; en consecuencia, inaplicable al demandante la Resolución de Gerencia de Propiedad Inmueble N.° 250-2000-ORLC-GPI, de fecha 22 de marzo de 2000

Como se manifiesta en la jurisprudencia (Facultad de Control Difuso (STC N.º 1124-2001-AA/TC), 2001) Tribunal Constitucional en la sentencia caso – "Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel"–, la facultad de controlar la constitucionalidad de las normas con motivo de la resolución de un proceso de amparo constituye un poder-deber de los jueces, por imperativo de lo establecido en el artículo 138º, segundo párrafo, de la Constitución Política del Estado, en cuanto se trata de un mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas enunciado en el artículo 51º de nuestra Norma Fundamental. "El control difuso es un acto complejo en la medida que significa preterir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado

Como se señala en la jurisprudencia (Inconstitucionalidad de Laudos Arbitrales (STC 189-1999-AA/TC), 1999), motivo del proceso de amparo promovido por Pesquera Rodga S.A. contra los miembros de un Tribunal Arbitral y el Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial (CEARCO PERU) en esta se dejó claramente establecido que "la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un Tribunal Arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar (...) no existe razón alguna (tampoco y mucho menos legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral

Como señala la jurisprudencia (STC 3741-2004-AA/TC, 2004), el arbitraje al ser una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138º no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; "por el contrario, la susodicha disposición constitucional

debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.º (...), más aún si ella misma (artículo 38.º) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla”.

Se tiene en cuenta que lo señalado en la jurisprudencia (STC 6167-2005-PHC/TC, 2005), conforme ya ha destacado este Tribunal, “el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia”. Puede decirse por tanto que al presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deben preferir la primera.

# **CAPITULO VI**

## **INTERPRETACION DE LA NORMA CONSTITUCIONAL EN EL PERU**

La interpretación jurídica se desarrolló desde tiempos antiguos, se dice que el problema de la interpretación surge con la codificación en el siglo XIX, debido a que si bien existían antes enfoques filosóficos y dogmáticos estos no le daban a la norma el sentido más razonable e idóneo para su aplicación.

Es por eso que se comienza a aplicar la interpretación jurídica a la codificación civil, haciéndose una extensión a las demás materias, una de ellas a la constitucional.

Como señala (García D. , 2005, pág. 595), en su libro *La Interpretación Como Problema*, se acostumbra citar para interpretación de la norma constitucional, como caso emblemático la realizada por el Juez John Marshall, en el conocido caso de 1803 (Marbury vs. Madison), que es un aporte extraordinario. Pero ha habido exageración al apreciar la labor de Marshall, que aquí no se trata de cuestionar. Pero la Corte Suprema de los Estados Unidos, a través de las dos cortes que llenaron prácticamente el siglo XIX, la presidida por Marshall (1801-1835) y luego por Tanney (1836-1864), fue muy cuidadosa en su accionar y en su labor de interpretación, que puede considerarse restrictiva y conservadora.

En nuestro país la interpretación desde un punto de vista filosófico tiene como principal representante a Mariano Ibérico, en su Introducción a la Ciencia del Derecho; otro resaltante trabajo fue el ensayo de José León Barandiarán, en interpretación de la ley, donde se resalta que es necesario dar un sentido a la norma que se adecue a la realidad y que este dentro de la racionalidad.

Estos casos de interpretación son importantes, para poder entender que debido a la supremacía de la constitución sobre cualquier otra norma, la interpretación en ese sentido es primordial, porque en ella se garantizan los derechos fundamentales como el de propiedad.

Es así que el presente capítulo lo que busca es poder demostrar la importancia de una correcta interpretación y aplicación de la norma constitucional, al tener esta el carácter de supremacía sobre una norma de inferior jerarquía, por garantizar derechos fundamentales, como el de propiedad.

Es decir que prime sobre cualquier precedente o norma registral, cuando se realice la calificación en el procedimiento registral para la inscripción de un derecho de propiedad garantizado en la constitución.

### **6.1.- El significado de la interpretación norma constitucional y sus características.**

Se debe tener en cuenta que la Constitución es el documento en el que se materializan las normas fundamentales de un país, expedido por un poder constituyente y que se encarga de regular la organización del estado, asimismo en esta también se establecen los procedimientos de creación de las leyes.

Por lo que cuando cada uno de nosotros leemos la norma constitucional, lo que hacemos es intentar darle un sentido a lo que se encuentra regulado en ella, es por eso que se señala que la interpretación jurídica también trata de darle a esta norma un significado lingüístico, pero teniendo en cuenta que al ser esta una norma jurídica trae inmersa un deber y una prohibición que se debe encontrar con la interpretación.

Según lo expresado por (Pérez, 2014, pág. 888), en su libro "*Curso de Derecho Constitucional*", la constitución no es una norma destinada a ser interpretada por los ciudadanos y a dicha interpretación "verificada" por jueces. Al contrario. La constitución es el marco dentro del cual los ciudadanos se mueven para interpretar la ley. Es su interpretación de la Ley la que controlan eventualmente los jueces. La interpretación de la constitución camina por otros derroteros, el primer intérprete es el del legislador, el segundo es el Tribunal Constitucional.

Teniendo en cuenta que la interpretación jurídica constitucional es una actividad que se configura cuando se da un significado o alcance a la norma jurídica constitucional, debemos señalar que se da un sentido adecuado para la defensa de los derechos fundamentales protegidos en la referida carta magna es el caso del derecho de propiedad el cual como se señala es una garantía constitucional.

En ese sentido la aplicación de la norma constitucional debe ser entendida como una garantía que se otorga al referido derecho absoluto.

Por tanto hablar de interpretación del derecho constitucional es referirse a una actividad que comprende a todas las normas jurídicas constitucional, y no únicamente a las normas legales que produce el órgano legislativo. De ahí que la interpretación de la constitución sea una especie de interpretación jurídica constitucional. Es decir como señala (García D. , 2005, pág. 611), en su libro "*La Interpretación Como Problema*", la interpretación tiene que partir de un texto en este caso de la norma constitucional, que decididamente no es la norma la civil, y por tanto, hay que precisarla, pues el tipo de norma condiciona la interpretación, y la norma constitucional es sin lugar a dudas, un lenguaje especial, distinto a los otros lenguajes o expresiones jurídicas.

Por todo lo antes señalado es necesario revisar las características de la norma constitucional para poder entender mejor su interpretación:

En primer lugar diremos que es la norma suprema del Estado, es decir que no existe ninguna norma sobre ella, se puede advertir esto en lo que doctrinariamente se denomina como la pirámide de Kelsen, y por tanto al tener esta connotación tiene un tratamiento diferente a las demás normas, por ser esta superior a las demás.

Como señala (Monroy, 2005, pág. 176), en su libro "*La Interpretación Constitucional*", el principio de supremacía de la constitución es consecuencia del cambio del estado de derecho que le daba preponderancia al valor de la ley al estado de derecho constitucional.

En segundo lugar, es una norma cuyo procedimiento de elaboración es distinto a todas las demás y obedece a una lógica propia, debido a que las demás normas son creadas por un legislador mientras que esta es hecha por el acto constituyente.

En tercer lugar la norma constitucional es política, porque tiene un primordial fin político debido a que se dirige a disciplinar, ordenar y regular el ejercicio del poder en un determinado contorno social, fijando límites necesarios.

En cuarto lugar, establece determinadas opciones valorativas o axiológicas; preferencias que las personas o los conjuntos humanos adoptan con relación a la manera de ordenarse para alcanzar sus fines.

En quinto lugar la constitución es un conjunto articulado, y por tanto se considera como un eje central que ordena o intenta ordenar el resto del ordenamiento jurídico, el cual es una unidad, es decir es la norma que rige a las demás; sin embargo se debe tener en cuenta que la norma constitucional es incompleta y desigual entre sí debido a que no cubren los aspectos básicos deseados y llevan a que se directriz de normas.

Por lo tanto la interpretación es un proceso que está basado en una serie de pasos concatenados que, como hemos apreciado, están constituidos por los métodos constitucional de interpretación, que vendría a quebrantar la apreciación individual que clásicamente les hemos otorgado, en la misión de dotar a la interpretación de todos los mecanismos, a una concepción más amplia en el entendimiento en normas jurídicas constitucional.

En este proceso interpretativo se debe tener en cuenta que existe un análisis diferente para cada caso concreto, de acuerdo a la realidad en la que la norma es aplicada, para determinar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, para esta ultima de tipo inconstitucional el Tribunal debe establecer previamente parámetros de control es decir se debe definir el sentido de la norma constitucional al caso concreto o cual es el contenido constitucional que está siendo infringido por una ley o norma de interior jerarquía.

Respecto a la interpretación constitucional entendida como comprensión del (Eto, 2013, pág. 229), en su libro *“Constitución y Procesos Constitucionales”*, señala que el Tribunal Constitucional peruano ha sido enfático en señalar que la interpretación no puede ser entendida como una operación formal que se desenvuelva solo en el plano de las normas, sino que su carácter de “concretización”, es entendida como una actividad de intermediación entre el momento constituyente y el momento de aplicación de las disposiciones constitucionales, le asigna una forma de actividad histórico en que se lleva a cabo.

De todo lo señalado podemos decir que la interpretación constitucional, es el instrumento a través del cual se le da el sentido más adecuado a la norma constitucional a efectos de la defensa de los derechos fundamentales como el de propiedad, y la inconstitucionalidad de la ley que transgrede la norma fundamental.

## **6.2.- La interpretación jurídica en el código civil peruano.**

El Código Civil Peruano regula la interpretación del acto jurídico del artículo 168 al 170, donde se señala que se interpretara un acto jurídico de acuerdo a lo expresado en este y al principio de buena fe.

Por lo que podemos entender la interpretación civil como la actividad por excelencia del operador jurídico, es decir indagar por el sentido de la ley o del acto jurídico

Como señala (Gutierrez, 2014, pág. 716), en el *“Código Civil Comentado Por Los 100 Mejores Especialista”*, el codificador ha incluido en el Código Civil normas sobre interpretación del acto jurídico, es ésta una decisión acertada pero no exenta de crítica, pues adolece de serias deficiencias. La primera de ellas es la ausencia de una real sistemática en el articulado, esto es, una relación armoniosa entre estas normas interpretativas, de suerte que el intérprete pueda saber la relación de estas normas entre sí, jerarquización y con el resto del código. La segunda objeción tiene que ver con la insuficiencia de los criterios interpretativos recogidos por el código, al haberse omitido otras normas de similar valor jurídico.

En ese sentido la regulación que hace el Código civil a la Interpretación es insuficiente debido a que no se logra el resultado deseado, el cual es la correcta aplicación de la ley al caso concreto; respetando los derechos fundamentales y la norma suprema de nuestro país.

Se debe entender por tanto que la interpretación es un paso inevitable para la ejecución del acto o para la aplicación de la norma determinación del significado de los textos legales y de los actos jurídicos, resultando decisiva para su calificación y para la aplicación de las reglas legales o convencionales.

Es así que teniendo en cuenta que para nuestro ordenamiento jurídico civil interpretar es dar un sentido o encontrar el verdadero significado de la manifestación de voluntad, contenida en determinada parte del acto jurídico que resulta poco claro, se debe entender esta como una cuestión de hecho debido a que se busca establecer la situación en que fue celebrado el acto jurídico, y por tanto debe hacerse en concordancia con lo normado en la norma suprema de nuestro país que es la constitución.

Con la interpretación del acto jurídico se persigue reconstruir la voluntad real es decir que se reconozca lo exteriorizado y no cada una de las intenciones individuales; estableciéndose la buena fe, por lo que la persona que recibe una declaración debe considerar que la misma corresponde a la real voluntad de quien lo hace y, en caso de que ello suceda estará protegido con el amparo que otorga la buena fe; es decir tiene relación con la declaración, por lo que se puede decir que en el código recoge la Teoría de la declaración y la teoría de la confianza o buena fe.

(WRÓBLEWSKI, 2001, pág. 717), afirma en su libro “Constitución y Teoría General de la Interpretación”, la interpretación es un paso inevitable para la ejecución del acto o para la aplicación de la norma determinación del significado de los textos legales y de los actos jurídicos, resultando decisiva para su calificación y para la aplicación de las reglas legales o convencionales.

La normativa civil en su artículo 169 señala que en caso de ambigüedad de las cláusulas de acto jurídico estas se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas; es decir al existir ambigüedad con respecto a acuerdo arribado en el acto jurídico se debe entender este con la interpretación en conjunto con las demás estipulaciones.

Un ejemplo es que no procede, vía de interpretación conceder derechos distintos a los claramente señalados en el título, siendo necesario otorgar el instrumento aclaratorio o rectificatorio correspondiente.

Se regula también en esta norma que los actos jurídicos debe ser interpretados si tienen varios sentidos en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto, es decir de acuerdo a la realidad y al caso específico, se busca darle el sentido más adecuado y que beneficie a las partes.

Para concluir este punto es necesario señalar lo afirmado por (Vidal, 2002, pág. 719), en su libro “*El Acto Jurídico*”, donde dice que la interpretación en el código civil se trata en realidad de un precepto de seguridad jurídica, donde se pone en cuestión la sintonía entre lo expresado y lo realmente querido por los intervinientes en un acto, la investigación de cuál fue la verdadera voluntad deberá abrirse paso solo una vez comprobada tal falta de coincidencia. Para

llevar a cabo esta investigación se deberá seguir un conjunto de criterios, recogidos por el código, dentro de los cuales el contenido en el artículo 168 deberá tomarse como norma general. Sobre el carácter general del referido artículo, la doctrina nacional ha sido unánime.

### **6.3.- Sistemas interpretativos de la constitución política peruana.**

Son sistemas interpretativos el conjunto de reglas y métodos que gozan de una organización y que permiten darle un sentido eficiente y eficaz y que se adecue a lo expresado en nuestra constitución.

Y que a través de ellos se brinde la seguridad jurídica constitucional a los derechos fundamentales que se garantiza en nuestra constitución política.

Tenemos así el desarrollo de los sistemas a través de las reglas y principios que procederé a señalar a efectos de establecer que la correcta interpretación de la constitución conlleva a garantizar la protección de los derechos que se defienden.

### **6.4.- Las reglas tradicionales de la interpretación jurídica (planteamiento de Savigny).**

Como señala (Pèrez, 2014, pág. 893), en su libro *Curso de Derecho Constitucional, La Interpretación de la Constitución*, se debe tener en cuenta que las reglas tradicionales de la interpretación jurídica también son utilizadas en la interpretación de la constitución. La diferencia entre la interpretación de la constitución y la de la ley no reside en que las reglas de interpretación de esta última no valen para la primera, sino en que tales reglas son condición necesaria y suficiente para la interpretación de la constitución, es decir son condición necesaria, en cuanto dichas reglas tienen que ser tomadas en consideración.

Las reglas son las siguientes formuladas por Savigny:

#### **6.4.1.- La interpretación gramatical.**

En esta interpretación se tiene por objeto las palabras literales de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento; es decir, el lenguaje de las leyes.

Siempre el proceso interpretativo va a comenzar con el análisis literal o gramatical de la norma, dándole una importancia primordial a ella en desmedro de los demás elementos.

Dentro de esta se va a privilegiar el significado usual de ella, y excepcionalmente recurrir a su sentido técnico, muy diferente a lo que señala nuestra doctrina nacional, que prefiere el significado legal de nuestras palabras antes que el usual de las mismas.

(Ramirez A. , 1967, pág. 133), en su libro *Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*, que esta doctrina relaciona el sentido de la ley con la significación literal de la ley. Para descubrir el verdadero sentido de la ley, es preciso atender al significado literal de las palabras empleadas en la misma.

El problema que se produce es que en un texto legal pueden encontrarse palabras que tengan un significado diverso, incluso aquellas utilizadas en un lenguaje jurídico, en cuyo caso, la interpretación gramatical no nos va a determinar el verdadero sentido de la norma, sino sólo un abanico de soluciones posibles.

El sentido literal de las palabras, no basta por lo tanto, en ocasiones, para conocer el sentido de la norma, y salvo que su sentido vulgar resulte más conforme con el espíritu de esta última, las palabras deben entenderse en su sentido técnico, según lo haya establecido la tradición, la doctrina, y la legislación misma. Puede ocurrir que haya conflicto en la aplicación del elemento gramatical y el elemento lógico, en relación a cuál de estos debe prevalecer. Según esta doctrina habría que acudir en primer lugar al elemento de interpretación gramatical, por cuanto debe presumirse que el legislador utilizó con propiedad el lenguaje. Ahora bien, si aplicando la interpretación gramatical se contradice lo obtenido del sentido de la ley, debe acudirse al elemento lógico de interpretación.

#### **6.4.2.- La interpretación sistemática.**

(Hallivis, 2012, pág. 3), en su libro *Teoría General de la Interpretación*, señala que la interpretación sistemática, según Bobbio, es aquella que basa sus argumentos en el presupuesto de que las normas de un ordenamiento o, más exactamente, de

una parte del ordenamiento (como el derecho penal) constituyen una totalidad ordenada y que, por tanto, es lícito aclarar una norma oscura o integrar una norma deficiente, recurriendo al llamado “espíritu del sistema” yendo aun en contra de lo que resultaría de una interpretación meramente literal.

Por tanto esta interpretación tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquella ocupa en este sistema.

La idea de que en un sistema jurídico no pueden coexistir en su seno normas incompatibles, es decir, no cabe la posibilidad de antinomias es un ideal que resultaría muy conveniente pero que no deja de ser precisamente una situación ideal.

La interpretación sistemática intenta comprender, como un todo coherente, la totalidad de las normas jurídicas y de los institutos jurídicos que le sirven de base.

Se interpreta sistemáticamente en la práctica, cuando no se atiende a una norma aislada, sino al contexto en que está situada.

Las normas no pueden analizarse en forma aislada de los demás preceptos que integran una ley de la que forman parte.

Cada norma es parte integrante de un sistema jurídico, al que pertenece desde el momento de su creación, y entre todas las normas de un sistema se generan acciones y reacciones.

En conclusión como señala nuestro ordenamiento jurídico en la interpretación sistemática las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndoles a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

#### **6.4.3.- La interpretación teológica.**

Para (Pèrez, 2014, pág. 893), en su libro “Interpretación de la constitución”, la interpretación teológica atiende a la finalidad perseguida por la norma.

Es decir busca determinar el sentido finalista de la norma, atribuyéndole un significado que tiene en cuenta los fines o propósitos del legislador.

Por tanto se busca la correcta aplicación de la norma al caso concreto.

#### **6.4.4.- La interpretación histórica.**

Tiene por objeto el estado de derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer.

Considera los pasos objetivos que dieron origen a una norma: hechos sociales, culturales, políticos, etc. Consiste en la búsqueda de los orígenes de la norma de derecho. Se debe remontar al pasado para ver si las normas evolucionan o involucionan en su búsqueda para cumplir los fines que el Derecho persigue.

Por lo que debemos considerar, que todas las reglas tradicionales de la interpretación jurídica han sido y son utilizadas en la interpretación de la constitución, esto debe tenerse en cuenta, debido a que el derecho constitucional es un derecho "peculiar", pero es derecho, y no puede quedar, por tanto, al margen por completo de lo que es la manera de proceder usual en el resto del mundo del derecho.

#### **6.5.- La teoría general de la interpretación (de acuerdo al operador intérprete de la norma).**

##### **6.5.1.- La interpretación auténtica.**

Se debe considerar interpretación auténtica de la ley, cuando esta es realizada por el mismo órgano que dio existencia a la norma jurídica que se remedia por ambigua.

En las normas italianas, esta interpretación de la ley, es importante debido a que es aprobada por la legislatura correspondiente para elegir cuál de las interpretaciones posibles de una o más disposiciones deben considerarse como la expresión de la voluntad legislatora.

Esta interpretación es un medio nuevo a través del cual un acto aclara con efecto retroactivo el sentido del acto originario interpretado, es decir produce sus

efectos desde el momento en que interpretaron la ley que entró en vigor, por lo que los mismos no deben ser innovadores, ya que no se puede enmascarar como interpretación auténtica la creación de una nueva ley.

Se debe tener en cuenta lo señalado por, (Fernandez, 1942, pág. 105) en su libro *“Normas Legales Interpretativas (Hermenéutica e Interpretación Constitución)”* que dice que la interpretación auténtica es la proporcionada por las normas aclaratorias emanadas del mismo órgano que estableció las normas originarias, La voz autentica cuadra bien con el pensamiento que se quiere expresar, pues evoca la idea de lo original, en cuanto la norma aclaratoria se propone reconstruir algo prístinamente contenido en la disposición aclarada. Esta interpretación no consiste en otra cosa que en una nueva norma destinada a precisar el significado de otra anterior, con el fin de remediar sus ambigüedades.

Esta interpretación es hecha por el legislativo, pero no es considerado un acto jurisdiccional, es decir la norma interpretada nada crea; solo aclara; pero al aclarar, tal interpretación lógica hace retrotraer al momento de su sanción los efectos jurídicos que esa ley ha generado, es decir la ley interpretativa puede modificar situaciones jurídicas generadas, pero la ley no lo hace entonces con el propósito de innovar, sino de salvar el error de aplicación. No debe acudir a los alcances parlamentarios de la discusión de una ley para fijar el alcance de sus disposiciones cuando éstas son claras.

(Bielsa R. , 1942, pág. 354), en su libro *La Protección (Hermenéutica e interpretación constitucional)*, llega a la conclusión a la conclusión de que: “para interpretar una ley con motivo de su aplicación, el juez no tiene por qué recurrir a la discusión legislativa de esa ley y las opiniones de los miembros informantes, salvo en los casos en que esa ley y las opiniones de los miembros informantes, salvo en los casos en que se trate de una ley de emergencia cuyo dominio de aplicación sea inmediato a la sanción, en punto al tiempo y a la extensión. Y aun entonces el juez debe examinar la ley con referencia, como se comprende, al sistema general y, sobre todo, a la constitución. Particularmente debe considerarse esto cuando se trata leyes que si bien no son de emergencia constituyen un jus singulare, es decir, un derecho de excepción, por tanto de interpretación restrictiva, o sea, no aplicables por analogía.

Así se debe tener presente la interpretación auténtica de una ley solo puede hacerse por otra ley, la de un decreto por otro decreto, no puede admitirse que la opinión de un miembro ni de varios de una cámara legislativa constituya interpretación auténtica.

De todo lo antes señalado debemos concluir que esta interpretación lo que busca es la aclaración de una norma por otra, generándose efectos retroactivos.

### **6.5.2.- La interpretación judicial.**

Esta interpretación es la que realiza el poder judicial, en ejercicio de la función, consiste en determinar el sentido y alcance de las normas jurídicas y puntos de relevancia jurídica como los principios que deben aplicar al caso concreto que están conociendo.

La tarea de extraer de la ley la sentencia justa es esencialmente la misma que crear dentro del marco de la constitución las leyes justas. Así como de la constitución no pueden extraerse leyes justas por la interpretación, tampoco pueden sustraerse de la ley, por interpretación, sentencias justas según (Kelsen H. , págs. 135-136), en su *“Teoría de la Interpretación”*, el juez también es creador del derecho, y es también relativamente libre en esta función.

La diferencia sustancial entre la interpretación legal, aquella realizada por el órgano legislativo, y la interpretación judicial es que la primera tiene obligatoriedad general, como quiera que se lleve a cabo mediante una ley, mientras que la segunda tiene obligatoriedad sólo respecto al caso de que se trate, es decir estrechamente ligada a la eficacia relativa de los fallos.

La interpretación judicial constitucional se realiza por juristas especializados en materia constitucional, con motivo de los procesos de que conocen, y además de manera imparcial”, no es igual la interpretación que se hace de la Constitución que la que pueda hacerse de cualquier otra norma

Los encargados de realizar esta interpretación son los Tribunales Constitucionales, quienes al interpretar y aplicar la Constitución, se convierten en orientadores de los demás órganos del Estado debido a que aportan, a jueces, funcionarios, abogados y legisladores, estándares de decisiones referidos a cómo

interpretar y aplicar, no solo la Constitución, sino el resto del ordenamiento jurídico, en concordancia con esta norma suprema.

Para que exista una verdadera interpretación constitucional se tienen que tenerse en cuenta los siguientes supuestos: “1) Que haya una constitución rígida, 2) que la Constitución se cumpla, 3) que el intérprete goce de libertad para manifestar sus opiniones, 4) que exista un Poder Legislativo democráticamente electo, y 5) que los jueces sean independientes”. Estos supuestos son factores que contribuyen a que todo el proceso, de creación, interpretación y aplicación del Derecho, sea más justo y eficiente.

La mayoría de los países han ido asumiendo la creación de órganos constitucionales especializados, la interpretación de la constitución se plasma en sentencias que por lo general en virtud de su reiteración, se convierten en criterios de obligatorio cumplimiento para los órganos judiciales, es decir, se convierten en precedente de observancia obligatoria.

La interpretación de la constitución sin dudas juega un papel trascendental, pues es uno de los medios idóneos para hacer cumplir el referido texto supremo, jugando de esta manera un papel trascendental el funcionario que lo realice, la persona idónea es el juez, pues goza de autonomía en su actuación y conoce mejor que nadie los problemas que pueden presentarse en el orden jurídico, ya que es el encargado de solucionar las controversias que se susciten; siendo el especialista en materia constitucional, pues sería lo ideal, ya que solo estas personas cuentan con la preparación necesaria para enfrentar tan importante labor.

Las vías por la que el Tribunal realiza la labor interpretativa son: la vía del recurso a las sentencias expresamente interpretativas, en este caso el fallo, que es la parte dispositiva de la sentencia, establece cuál debe ser la interpretación correcta de determinada ley para que esté acorde con el texto constitucional, la vía que es aquella que tiene lugar a través de las consideraciones interpretativas que se realizan en la fundamentación de todo tipo de sentencias, estas consideraciones están dirigidas a establecer cuál, entre varios posibles, es el sentido correcto de un mandato constitucional, y la vía representada por las

sentencias que recaen en casos de defensa de los derechos individuales, ya que estas corrigen o confirman la interpretación que de las leyes o la Constitución han hecho los demás poderes públicos.

Se debe tener en cuenta lo afirmado por (García D. , 2005, pág. 615), en su libro *“La Interpretación Constitucional Como Problema”*, en cuanto a si tomamos dos normas en pie de igualdad y apreciamos que los valores que ellas encierran se encuentran en aparente contradicción, no hay más alternativa que, con independencia a la ponderación de valores, salvemos el principio formal de la unidad de la Constitución y de la coherencia consigo misma (en tanto y en cuanto no sea modificada).

### **6.5.3 La interpretación doctrinal.**

Se entiende esta como una visión técnica que se funda en ciertos criterios y que la realizan los juristas. En la actualidad no existe doctrina obligatoria, sin embargo, los Tribunales suelen fundar sus resoluciones en las opiniones vertidas doctrinalmente.

Es la interpretación lógica refinada con resultados de sutiles razonamientos, de argumentos agudos, e prudentes analogías, de diligentes investigaciones históricas, y desvinculadas de preocupaciones contingentes y de elementos pasionales.

Según (Legaz Y Lacambra, 2011) “más que una forma de interpretación doctrinal, es la científica o doctrinal, la cual puede ser efectuada tanto por los jueces como por los jurisconsultos, tratadistas, etcétera”

Un ejemplo de esta interpretación es señalada en la web (cgservicios.df.gob.mx, 2016) se presenta cuando un abogado o un particular cualquiera interpretan una disposición normativa, su interpretación correcta o incorrecta, tiene un simple valor doctrinal y a nadie obliga su observancia.

### **6.5.4.- Interpretación política y el uso alternativo del derecho.**

Se debe entender que la política es el área en el que se producen decisiones racionales orientadas a promover la participación de la sociedad para su propio beneficio, así como la promoción de las relaciones de ésta con otras sociedades o colectividades de rango similar, y cuyo rasgos específicos son el uso de la

coacción legítima y el consenso como medios específicos, para producir dichas decisiones y orientar la participación de la sociedad.

En el campo de la política se considera al Derecho no sólo como un medio de control social traducido en reglas de carácter obligatorio impuestas por el Estado y cuya efectividad requiere del empleo de la coerción legítima, sino, además, se considera como un sistema de prácticas jurídicas, entre las que destacan la aplicación e interpretación de dichas reglas.

Es así que la interpretación política, busca con el uso alternativo del derecho dar un sentido a la norma que promueva la participación de la sociedad y que genere un beneficio a la misma.

Como señala (Bonifaz, L. Valle, F. Romero, R., 2004, pág. 8), en su libro *“Interpretación Político-Jurídica”*, el vínculo entre lo Jurídico y lo Político al interior del área modular adquiere mayor significación en la idea de que la legitimación moderna del poder político, en su doble dimensión (por un lado, en cuanto a la forma de obtenerlo; y, por el otro, por la manera de ejercerlo) está basada en la legalidad; esto es, la idea de que el fundamento racional del ejercicio del poder político descansa en el Estado de Derecho expresado en la legalidad y el consentimiento ciudadano.

Es así que se debe entender que la referida interpretación política realizada por los gobernantes e instituciones públicas, no debería ser inconstitucional es decir transgredir la norma fundamental de nuestro país, y que los órganos público más allá de hacer prevalecer sus normas especiales e internas, debe hacer primar los derechos fundamentales amparados en la constitución.

Un ejemplo de los antes dicho es que Registros Públicos en lugar hacer primar el precedente de observancia obligatoria referido a la no calificación de actos declarados por el Notario en la prescripción adquisitiva de dominio de bienes inmuebles privados del estado, debe velar por el cumplimiento de la normativa constitucional que defiende el derecho de propiedad, más aun el derecho de propiedad estatal debido a que esta es propiedad de tipo social.

#### **6.5.5.- Interpretación evolutiva.**

Esta interpretación sostiene que existen cláusulas abiertas que dan al juez un margen de discrecionalidad legítima para optar entre varias interpretaciones posibles de una determinada norma.

Puede recurrirse a valores o fuentes no explícitas en el texto constitucional como valoraciones sociales, culturales, políticas; se trata de una jurisprudencia de valores, de una interpretación axiológica receptiva, de una interpretación progresista.

El juez constitucional en esta estructura, no puede jugar un rol de espectador pasivo. Por vía de una interpretación dinámica inteligente, el juez puede extender el mandato constitucional a hipótesis no previstas originalmente por el constituyente.

Un ejemplo de que esta interpretación es citado en la web ([www.nuevatribuna.es](http://www.nuevatribuna.es), 2016), cuando señala que el Tribunal Constitucional entiende que en la actualidad es preciso hacer una interpretación evolutiva del artículo 32 de la Constitución que, a su entender, recoge tanto la garantía de que la institución del matrimonio sea mantenida por el legislador en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, como el derecho constitucional a contraer matrimonio.

#### **6.5.6.- Interpretación de la constitución y desde la constitución.**

En los procesos que llegan al Tribunal Constitucional que es el encargo de aplicación de la norma constitucional, sea cual sea el tipo de proceso constitucional, la principal función del Tribunal es establecer lo que dice una norma constitucional; es decir, para la definición de la inconstitucionalidad de una norma o acto, este debe determinar en que descansa el control, es decir establecer que es lo que la constitución exigía en el caso específico o cual es el contenido constitucional que está siendo infringido por una norma o ley de infra constitucional.

Todo lo señalado es lo que se puede entender como el primer momento interpretativo de la interpretación constitucional o la interpretación de la constitución.

Los principios de interpretación constitucional son la base para realizar una correcta interpretación de la norma constitucional, y establecer así que leyes y normas que la infrinjan son inconstitucionales.

Como lo afirma (Eto, 2013, pág. 229), en su libro "*Constitución y Procesos Constitucionales*", esta interpretación puede ser definida como la comprensión del texto constitucional, el Tribunal Constitucional señala que la interpretación no puede ser entendida como una operación formal que se desenvuelva solo en el plano de las normas, sino que su carácter de "concretización", entendida como una actividad de intermediación entre el momento constituyente y el momento de aplicación de las disposiciones constitucionales, le asigna una forma de actividad histórica concreta, indesligable del tiempo histórico en que se lleva a cabo.

Se puede entender de esta manera que mediante la interpretación constitucional se le da un sentido de acuerdo a lo establecido en la norma fundamental y al caso concreto a un enunciado normativo.

En la interpretación desde la constitución debemos tener en cuenta que la ley debe ir de acuerdo con lo establecido en la constitución para que no se tenga por inconstitucional.

Se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucional, a efecto que ella guarde relación con lo establecido en la norma constitucional.

Sin embargo se debe buscar armonizar la ley con los preceptos constitucionales a efectos que la inconstitucionalidad sea declarada solo en casos necesarios.

Asimismo en el presente trabajo de investigación se advierte que la norma registral transgrede los preceptos constitucionales, si hacemos un interpretación constitucional de la misma, pues vulnera el derecho de propiedad que es un derecho fundamental, defendido y garantizado en la constitución.

#### **6.5.7.- Interpretación textualista vs originalista.**

Este desarrollo doctrinario se ha venido planteando desde hace muchas décadas en el pensamiento jurídico norteamericano y el planteamiento en líneas generales es el siguiente:

La posición “originalista” llamada también “no interpretativista” sostiene que la constitución no es objeto de interpretación pues lo que tiene que hacer el juez es aplicar el testamento histórico del legislador constituyente. En realidad esta postura bien puede ser asimilada, como interpretación estática por sobre la dinámica.

En el otro extremo se encuentra la postura “textualista” llamada también interpretativista quien sostiene que el texto constitucional debe ser interpretado de acuerdo al momento presente. Esgrime esta corriente que una cosa es la voluntad del legislador y otra la voluntad de la ley o de la norma. La primera no admitiría presuntamente una interpretación pues simplemente hay que obscurtar lo que quiso el autor. Pero luego la norma tiene vida propia y entonces *mutatis mutanti*.

La norma tiene una autonomía propia y en el transcurso del tiempo adquiere autonomía propia desligándose del momento histórico en el que se gestó su elaboración.

La interpretación textualista e interpretacionista ha cuestionado a la originalista sosteniendo que los muertos no deben enseñar cómo deben vivir la generación de los vivos.

#### **6.6.- Las reglas de la interpretación constitucional y principios de interpretación.**

Las reglas de interpretación son la condición necesaria pero no suficiente para la interpretación de la Constitucional, estas dotan de racionalidad, razonabilidad y ejercen control sobre esta interpretación.

Como señala (Monroy, 2005, pág. 175) , en su libro “*La Interpretación Constitucional*”, se debe escoger racional y de manera responsable en cada caso los criterios que debe utilizar en la interpretación constitucional, es por eso que Kelsen señala que todos los criterios de interpretación son igualmente válidos, y la identificación del criterio es una cuestión ideológica.

Por lo que debemos entender que para realizar una correcta interpretación constitucional se deben aplicar las siguientes reglas que son las directrices de la labor interpretativa:

La **supremacía constitucional** es característica del modelo de estado constitucional de derecho, es decir aquí se tiene que tener en cuenta que se debe preferir a la constitución sobre cualquier ley o norma, y esto se basa en el estado constitucional de derecho, el que se refiere a que todos los poderes públicos están vinculados por los derechos y libertades, la ley puede regular su ejercicio pero con respeto al contenido esencial del derecho reconocido en la constitución, es por eso que se dice que es un modelo garantista de la democracia constitucional.

La **efectividad constitucional**, es decir se dará el sentido más eficaz y eficiente para la norma constitucional, y aún más en el caso de las normas dogmáticas, es decir de las reguladoras de derechos y libertades. Porque podemos decir que se elige la alternativa en la que la norma constitucional genere un efecto útil.

Se debe realizar una **interpretación sistemática o unidad constitucional**, teniendo en cuenta que en esta se debe interrelacionar y compatibilizar los tres elementos que coexisten en un texto constitucional, los cuales son los valores, los principios y las opciones constitucionales de acuerdo al contexto político, social y cultural.

Para (Eto, 2013, pág. 231), en su libro *“Constitución y Procesos Constitucionales”*, a través de esta interpretación se considera como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

La **interpretación debe tener en cuenta e sistema político** adoptado en la constitución, es decir debe respetar la regla de corrección funcional, según la cual el intérprete deberá respetar el marco de distribución de las funciones estatales establecido en la constitución.

La interpretación de la **Ley debe ser conforme con la constitución**, y por ende tener en cuenta los principios y valores constitucionales protegidos en esta.

La interpretación debe atender a las **consecuencias sociales** que se pueden derivar de la misma, es la labor de previsión que considera las desventajas que puedan traer al resto de la sociedad.

Se debe **integrar** los elementos **gramaticales, lógicos, históricos y sistemáticos, así como los criterios sociológicos y teológicos.**

La interpretación **debe respetar el precedente** que se establece sobre la materia constitucional.

La interpretación exige **la motivación suficiente y adecuada** de la decisión, es decir tiene que tener una justificación razonada, que se apoyen en los hechos, las normas, los valores, o la lógica.

La interpretación debe **tener en cuenta los tratados internacionales vigentes para el Estado respectivo, los principios de derecho internacional, y el derecho comunitario**

Para (Monroy, 2005, pág. 184), en su libro *“La Interpretación Constitucional”*, la interpretación debe basarse en las regla del razonamiento jurídico, es decir debe tener una posición intermedia entre el originalísimo y el libre interpretativismo, tomando como criterios la finalidad objetiva de la norma, la solución más justa dentro del contexto regulador de la misma, y dentro del orden político, económico, y social adoptado en la constitución.

Se debe tener en cuenta en la interpretación constitucional el conservacionista, teniéndose en cuenta que existe la presunción de adecuación constitucional de las normas por el hecho de proceder de un poder público.

El principio favor de la constitución, que señala que el juez constitucional tiene el deber de encontrar el sentido de la ley que más se ajuste a la constitución, si es que lo hubiera.

El tribunal constitucional debe siempre juzgar mediante criterios estrictamente dogmáticos y jurídicos.

Al interpretar las normas sobre derechos fundamentales rige el principio de la máxima expansión de tales derechos (Principio *“Pro Liberate”*)

Principio de la máxima funcionalidad de la forma de estado según la constitución respectiva.

Principio de respeto a la función propia de los poderes públicos.

La interpretación debe respetar el pluralismo metodológico, tomando en cuenta que la interpretación histórica del derecho, sociológica y justicia racional que corresponde a la escuela de derecho natural.

La interpretación constitucional debe respetar la libertad del proceso político y la más amplia participación en el mismo, busca el compromiso sobre la misma.

La interpretación debe reconocer la máxima eficacia posible a los derechos fundamentales que han sido objeto de conformación legislativa, debe buscar la máxima eficacia de los derechos fundamentales.

La interpretación debe tomar en cuenta la realidad constitucional debe tener en cuenta la realidad constitucional para comprender, adecuadamente, las normas e instituciones que la configuran.

La prevalencia del derecho sustancial o derechos fundamentales.

La interpretación debe tomar en consideración las características del derecho constitucional actual: que son la transformación de la soberanía, la soberanía de la constitución, la ductibilidad constitucional, la aspiración a la convivencia de los principios, una dogmática fluida propia del estado constitucional que sustituyo al estado legislado.

Señala (Monroy, 2005, pág. 190), en su libro *“La Interpretación Constitucional”*, como última regla para interpretación constitucional tenemos la presunción de validez y constitucionalidad de las normas jurídicas objeto del control de constitucional, mediante este se proporciona fundamento a la ejecutoriedad de los actos administrativos, y obliga guardar prudencia en materia de control de constitucionalidad. La inconstitucionalidad solo debe declararse en los casos en que resulta imposible hacer compatible una norma o un acto con las normas de la constitución.

Para (Bernal, 2013, pág. 87), en su libro *“La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”*, los principios son normas, pero no normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción determinados. Los principios son mandatos de optimización de los derechos fundamentales son el ejemplo más claro de principios que tenemos en el ordenamiento jurídico.

Se debe tener en cuenta que estos se distinguen de los métodos en cuanto al acceso de la interpretación de los contenidos de la Constitución, debido a que aquellos representan contenidos aunque en ocasiones con aspectos formales.

**El principio de unidad de la Constitución:** En mérito de este la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

Es decir se tiene una visión integral de los principios constitucionales en lo individual.

**El principio de concordancia práctica:** En este punto cabe señalar lo leído en la web en (edwinfigueroag.wordpress.com, 2004), que nos manifiesta que virtud del presente principio toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).

Señala (Mac-Gregor, 2005, pág. 696), en su libro *“Interpretación Constitucional”*, que este principio se trata de una compensación menos desventajosa para las partes, en caso de conflicto entre normas de derechos fundamentales y la

funcionalidad de relaciones de estatus especial, debe otorgarse una vigencia óptima a ambos valores constitucionales; ambos bienes tienen que ser limitados.

**El principio de corrección funcional:** En este se exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado. En este una ley no debe ser declarada nula cuando puede ser interpretada en armonía con la norma suprema.

**El principio de función integradora:** El resultado de la interpretación sólo podrá ser considerado válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad. Es decir que se armoniza la norma con la separación de poderes establecida.

**El principio de fuerza normativa de la Constitución:** Esta interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante en todo y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público, desde el Tribunal hasta la sociedad en su conjunto.

#### **6.7.- Inconstitucional por omisión.**

Como indica (Eto, 2004, pág. 4), en su ensayo “La Inconstitucionalidad Por Omisión”, este fenómeno se presenta cuando las cláusulas programáticas de un texto constitucional requieren del desarrollo legislativo para que la norma pueda tener vigencia y facticidad. Sin embargo ocurre muchas veces que el legislador es contumaz, omisivo y renuente en no editar o desarrollar determinadas normas legislativa que exige el testamento histórico de poder constituyente.

Este fenómeno se le conoce como inconstitucionalidad por omisión en los últimos tiempos como ilegalidad por omisión.

Omisión legislativa es la inobservancia de la Constitución, es decir es la no aplicación del precepto constitucional, los cuales son fundamentales debido a que a través de ellos se rigen un país.

Por tanto la Inconstitucionalidad por omisión se produce cuando un órgano del Estado no cumple un deber constitucional, sea expreso o tácito, esto se fundamenta en el principio de la supremacía constitucional, establecido por la Constitución para los poderes públicos

Un supuesto de los señalados, es el regular por ley una determinada materia, no pueden dichos poderes eludir sus obligaciones dilatando indefinidamente su cumplimiento, se debe tener en cuenta que la Constitución no es un mero documento subordinado a la voluntad política de los gobernantes sino que tiene fuerza normativa obligatoria y vinculante para todo el ordenamiento jurídico, es decir, las normas infra constitucionales y los hechos, actos u omisiones, tanto de autoridades como de particulares, se encuentran compelidos bajo la supremacía constitucional.

Como señala (Eto, 2013, pág. 301), en su libro *“Constitución y Procesos Constitucionales”*, Kelsen, fue quien previó la omisión en que incurría el órgano de poder cuando la Carta Constitucional mandaba que se cumpla algo y este evadía dicho compromiso, situándose en lo que actualmente se denomina como el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión. El padre de la escuela vienesa descubrió una forma de manifestación inconstitucional por omisión del obligado a implementarla; en su Teoría Pura del Derecho, en rigor, estableció y planteó solo los grandes lineamientos generales, pero no planteó en forma concreta como conjurar este tipo de manifestación inconstitucional.

La Inconstitucionalidad por Omisión se manifiesta cuando un órgano del Estado (Sunarp en nuestro caso) no ejecuta un deber constitucional (garantía del derecho de propiedad), ya sea éste expreso o tácito esto se fundamenta en el principio de la supremacía constitucional.

(Birdar, 1997, pág. 9), en su libro *“La Justicia Constitucional y la Inconstitucionalidad por Omisión”*, figura latinoamericana señala:

1. Cuando la constitución ordena a un órgano de poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento.
2. Cuando omite ejercerla, viola la constitución por omisión, en forma equivalente o como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido.
3. Cuando la abstención de órgano de poder implica o involucra un daño o gravamen para alguien este alguien debe ser sujeto legitimado para

impulsar a la justicia constitucional a concretar al órgano renuente en hacer lo que debe;

4. El mecanismo de control tiene que funcionar debidamente, sea para obligar al órgano remiso a cumplir la actividad debida, sea para que el órgano de la justicia constitucional supla la actividad omitida en beneficio del sujeto agraviado que provoca el control

Es así que ante una omisión legislativa se da un instrumento de control de la constitucionalidad, a través del cual se controla los ordenamientos jurídicos ante las omisiones generen; es una solución para la no transgresión de la norma constitucional, generada por el franco incumplimiento de mandatos constitucionales y que por tanto, no permite que la norma fundamental despliegue correctamente su efectividad jurídica.

Se debe tener en cuenta como afirma (Eto, 2013, pág. 303), en su libro *“Constitución Y Procesos Constitucionales”* que la inconstitucionalidad por omisión, es la que resulta por el silencio o la inercia de cualquier órgano de poder, el cual deja de hacer o practicar un mandamiento expreso por la constitución en un cierto tiempo razonable, ocasionando con ello perjuicio, expandiendo un efecto dañino a todas las personas que podrían invocar en su favor la norma constitucional aun no reglamentada por el legislador conocida como inconstitucionalidad negativa.

En el presente trabajo de investigación se demuestra que el órgano gubernamental constituido por Registros Públicos realiza una omisión constitucional debido a que afecta un derecho fundamental garantizado por esta que es el derecho de propiedad, con precedentes y jurisprudencia registral, que causa un perjuicio al derecho antes señalado es por eso que se plantea como solución a esto que se aplique un control de la constitucionalidad, a través de la herramienta del control difuso constitucional que va llevar a la defensa de la constitución y hacer respetar el principio de supremacía constitucional.

## CAPITULO VII

### DERECHO CIVIL Y CONSTITUCIONAL EN EL PERU APARTIR DEL REGIMEN DE PROPIEDAD

#### 7.1.- Origen de la posesión y del derecho de propiedad.

La posesión tiene sus orígenes en el derecho romano ya que se hablaba de la *posidere* o el poder que tenía un hombre sobre la cosa.

Según lo manifestado por (Ortega, 1999, pág. 221), en su artículo “La Posesión y los Derechos Reales” es difícil poder tener una terminología romana unitaria al respecto a la posesión, debido a lo ambiguo que resulta, presentando significados que es necesario aclarar. Y a partir de tal enunciado distingue entre *possessio naturalis* y *possessio civilis*, para concluir que en derecho Justiniano el término *possessio naturalis* continúa indicando las relaciones que implican mera tenencia, y la dicotomía *possessio* y *possessio civilis* tiende a confundirse bajo el término *possessio civilis* con los dos efectos jurídicos ya mencionados de protección interdictal y adquisición de la propiedad mediante la usucapión siempre que concurren buena fe y justo título.

La posesión se regula en nuestro Código Civil Peruano de 1984 en el artículo 896 este señala que es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad es el uso, disfrute y reivindicación.

Como es indicado por (Mejorada, La Posesión en el Código Civil Peruano, 2015, pág. 2), en su artículo “*La posesión en el código Civil Peruano*”, La posesión es un derecho real autónomo, el primero del Libro de Reales, que nace por la sola conducta que despliega una persona respecto a una cosa, sin importar si tiene derecho o no sobre ella. La posesión es el derecho que surge del propio comportamiento y del impacto de éste sobre los terceros ajenos a la situación posesoria. El actuar del poseedor genera la apariencia de que estamos ante una persona con derecho a poseer. Así, es poseedor quien actúa sobre el bien de la forma como lo haría el propietario, el copropietario, el usufructuario, el usuario, el titular de una servidumbre, el superficiario, el arrendatario, el comodatario o cualquier titular de derecho patrimonial sobre el bien, sea éste real o no.

El derecho posesorio es un derecho privado que tiene una función pública, debido a que se considera salvo que se pruebe que no es así que quien posee es propietario, es decir se considera en muchos casos como prueba de la propiedad y puede llevar a quien posee a ser declarado propietario; asimismo se debe tener en cuenta que para ser protegido como propietario basta demostrar la posesión, la protección aprovecha lo mismo al propietario que al no propietario; la protección posesoria, establecida para el propietario, beneficia de este modo a una persona para quien no se ha instituida .

Es así que se puede entender que la posesión desde sus orígenes es importante como medio de prueba de la propiedad.

En nuestro código civil se regula la posesión inmediata como la posesión mediata, definiendo a la primera como aquella en donde quien la ejerce hace uso y disfrute directamente del bien, y la segunda lo hace indirectamente del mismo.

En el Perú se ha regulado la posesión desde el Código Civil de 1852 hasta la actualidad, en cada regulación el legislador peruano ha realizado una definición del derecho posesorio, sin embargo cabe señalar que cada una de las definiciones esta relacionadas a la teoría de Ihering, por lo que es necesario hacer referencia a esta.

Indica (Ihering, 1960, pág. 114 y 116), en su libro *“Tres Estudios Jurídicos”*, que la protección posesoria en Derecho Romano (...) ha sido instituida a fin de aliviar y facilitar la protección de la propiedad. En vez de la prueba de propiedad que el propietario debe ofrecer cuando reclama la cosa en manos de tercero (reivindicatorio), le basta la prueba de la posesión (...). ¿Puede según esto la posesión representar la propiedad? Sí, porque es la propiedad en su estado normal. La posesión es la propiedad en su estado normal. La posesión es exterioridad, la visibilidad de la propiedad. Estadísticamente hablando, esta exterioridad coincide con la propiedad real en la infinita mayoría de los casos. Por lo regular el poseedor es al mismo tiempo el propietario (...). Podemos pues designar al poseedor como el propietario presunto (...).

Por lo que se puede decir que la posesión es el primer paso para la propiedad o que a través de esta se logra ser declarado propietario.

En cuanto a la propiedad como señala (Lewis, 1980, pág. 523), en su libro la *“La Sociedad Primitiva”*, los primeros conceptos de esta estuvieron ligados íntimamente a la obtención de la subsistencia, que era la necesidad primordial.

Se dice que se inició como una propiedad colectiva que incidía en la necesidad de los miembros de una familia, luego con la llegada de la esclavitud y la actividad comercial se comenzó a hablar de propiedad privada.

En babilonia se regula esta con el código de Hamurabi, en Grecia con el poderío ejercido por el faraón que era el dueño y señor de las tierras, se desarrolla ampliamente también en el derecho romano donde tiene diversas formas de concebirse ya sea como propiedad colectiva; copropiedad familiar o la propiedad individual. En esta se desarrollan las facultades del *ius utendi, fruendi et abutendi* que son las facultades que se otorgan al titular la potestad sobre el bien que expresan la privación de la producción social.

Cabe señalar que como manifiesta (Morgan, 1980, pág. 99), en su libro "*La Sociedad Primitiva*", en la época primitiva, el *ager romanus*, se dividía en tres partes: la parte consagrada al culto divino, la distribuida entre particulares (*ager privatus*) y la reserva a la ciudad (*ager publicus*).

De esta forma se va descubriendo el valor fundamental de la propiedad como un derecho social e individual. Pero no solo se fue desarrollando en Roma sino también en otras culturas.

Es así que como es indicado por (Cuadros, Derechos Reales, 1995, pág. 57), en su libro "*Derechos Reales*", en la India, la filosofía sobre el derecho de propiedad, se expresa en los Vedas, en la epopeya Mahabarata y sobre todo en las recopilaciones jurídicas, como el Código de Manú que data del siglo III a. de C. este código predica la desigualdad social y presenta como creación divina la división de la sociedad en casta hereditarias. Exalta al Brahama considerándolo "señor de toda la creación", "Primero entre los Hombres", el Brahama es omnipotente. La propiedad del Brahama, es inviolable y ni siquiera el estado tiene derecho a quitarle sus bienes". El "sudra no puede tener propiedad". "El Brahama, puede con toda confianza apoderarse de los bienes de un sudra (esclavo)".

Ya en la época pre liberal o feudal se dividió el dominio directo del señor feudal y dominio útil del que cultiva, es así que se dio origen a diversas afectaciones a la propiedad, seguidamente Posteriormente, en vigencia de la escuela del derecho natural, se reconoce a la propiedad como un derecho natural del hombre, por lo que debía protegerse de las afectaciones de los poderes políticos o de terceros interesados. Los límites de la misma se encontraban en el respeto a los derechos de los demás.

El código de Napoleón regulo la propiedad de manera muy liberal debido a que se señalaba que la propiedad o dominio es el derecho de gozar y disponer de las cosas. Influenciando este en el Código Civil Peruano, esta liberalidad en Francia tenía sus límites en la Ley.

En el Perú ya se hablaba de propiedad desde el ayllu que se entendía como una forma de propiedad colectiva, pero además de esta propiedad existían otras formas de propiedad: como las tierras del Inca y las tierras del culto (la huacas), existía además derecho de propiedad del ganado que podía estar asignado al Inca o al culto.

Lo cierto es que nuestro Código Civil regulo este derecho en toda su evolución adoptando en parte la influencia Romana y la influencia Francesa en esta en cuanto a su liberalidad; sin embargo hasta la actualidad nuestro ordenamiento no ha adoptado una definición, sino que ha descrito facultades y poderes en el Art. 923 del Código Civil donde nos señala que la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien y que debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

El derecho de propiedad por tanto es aquel derecho fundamental que se encuentra garantizado por la norma suprema de nuestro país que es la constitución y por tanto debe ser protegido por todo el ordenamiento jurídico evitándose su vulneración por normas infra constitucionales.

## **7.2.- Naturaleza jurídica del derecho de propiedad.**

Como ya se dijo el derecho de propiedad es un derecho fundamental reconocido en la Constitución Política del Perú en su artículo 70, el cual señala que es inviolable y que se ejerce en armonía con el bien común de la sociedad y dentro de los límites de la ley, es decir se puede entender que este es un derecho natural y jurídicamente de connotación constitucional.

Como manifiesta (Avendaño J. , 2009, pág. 953 y ss.), en su libro "*La Propiedad en la Constitución*", la inviolabilidad de la propiedad supone que el Estado lo garantiza, es decir, que respetará la propiedad y que la hará respetar. En otros términos por la inviolabilidad el propietario no puede ser privado de su derecho, salvo decisión judicial en contrario o caso de expropiación.

El derecho de propiedad tiene una naturaleza constitucional y está contenido además, en los tratados internacionales que reconocen derechos fundamentales como son La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos.

Por lo que el derecho propiedad es una institución garantizada constitucionalmente, es así que se puede recurrir a la vía de acción de amparo para su protección si considera que se está afectando.

Se debe tener en cuenta que el derecho de propiedad es el más completo que se puede tener sobre una cosa. La cosa se halla sometida a la voluntad, exclusividad y a la acción de su propietario. El derecho es exclusivo pues solamente una persona puede tener el dominio absoluto sobre la cosa.

El derecho de propiedad reconoce a su propietario el derecho de uso sobre el bien, es decir el propietario tiene derecho a servirse la cosa para su interés siempre que este derecho no cause lesiones a otros propietarios.

También reconoce el derecho de goce sobre la cosa, es decir el propietario tiene derecho de aprovechar y disponer los frutos y productos que generen un bien.

Así como el derecho de poder disponer del bien, es por eso que se puede afirmar que este derecho tiene el contenido esencial o la naturaleza jurídica de derecho fundamental reconocido constitucionalmente y garantizado por la referida norma suprema.

### **7.3.- Modos de adquirir la propiedad en el Código Civil.**

El código civil peruano regula los modos de adquirir la propiedad en el capítulo segundo, de Adquisición de la propiedad, en el que se señala que las formas de adquirir el derecho de propiedad son la apropiación, especificación y mezcla, accesión, transmisión de la propiedad y la prescripción adquisitiva respectivamente.

Se debe tener en cuenta que para la legislación civil la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien y se debe

ejercer en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley, por lo que importante establecer cómo se adquirió esta.

Como refiere (Cuadros, 1995, pág. 35) en su libro “Derechos Reales” cuando cita a Colín y Capitán, quienes definen la propiedad como: “El poder de usar una cosa y de aprovechar toda la utilidad que es susceptible de procurar de un modo exclusivo y perpetuo”.

Es preciso señalar que en la teoría clásica se establecía el poder jurídico solo sobre cosas corporales en cambio, en la teoría moderna del derecho de propiedad, habla ya de la propiedad sobre cosas incorpóreas, además de que ya no postula la perpetuidad del derecho, pues considera que esta se extinguió, como cualquier otro derecho, esto también se señala en códigos que introducen en la normativa la consunción del derecho de propiedad por el no uso, como consecuencia del principio del uso de la propiedad en armonía con el interés social, que lleva a ejercitarlo.

Como se señala en la doctrina la adquisición de la propiedad se da de forma originaria cuando el derecho de propiedad se obtiene por una persona sin relación jurídica alguna con titular anterior, bien porque la cosa carezca de dueño, la ocupación, o porque aun existiendo titular la adquisición trae causa en la misma usucapión o en la adquisición en forma derivativa se produce cuando la adquisición de la propiedad trae causa en un titular anterior, derivada de una relación jurídica con él.

Según manifiesta (Lafaille, 1943, pág. 351), en su libro “*Tratado de Derechos Reales*”, el no habla de modos ni medios de adquirir el dominio; para evitar la confusión que se produce con el vocablo “modo”, utilizado también para la forma de perfeccionar del título. Legítimamente el modo o el medio de adquirir la propiedad, no es sino el título del cual nace el derecho de propiedad, estimado el vocablo título, como causa del derecho. Serán entonces formas modos de adquirir la propiedad, los diferentes títulos de cuales nace ese derecho.

Empecemos a desarrollar cada uno para tener en claro a lo que se refiere; la ***apropiación***, esta figura da origen o nacimiento al derecho de propiedad cuando se trata de bienes muebles sin dueño se encuentra regulado en el art. 929

y 930 del C.C. En este caso la apropiación recibe el nombre específico o técnico de aprehensión.

En materia de inmuebles la apropiación se denomina ocupación, la libre ocupación de la tierra sin dueño es en realidad la forma más antigua de adquirir la propiedad sobre las fincas o predios. En el momento actual, este derecho de libre ocupación sobre las tierras, existente en el derecho romano, ha sido suprimido.

Como señala (Wolff, 1951, pág. 358) en su libro "*Derecho de Cosas*", la apropiación no es un negocio jurídico y que consiguientemente no es necesaria una capacidad absoluta.

Por lo que la ocupación nos da entonces origen al derecho de propiedad, pues para ello se necesita que las cosas que se aprehenden sean sin dueño o *res nullius* y en nuestra legislación no hay bienes inmuebles sin dueño, aquellos que no son de propiedad particular, son del Estado.

La aprehensión realizada en la apropiación es la toma de posesión de un bien mueble de nadie, por medio de un "acto propio unilateral", de un bien mueble sin dueño y teniendo en cuenta que el bien no está en el comercio jurídico.

Es una forma originaria de adquirir la propiedad de bienes muebles sin dueño a través de un acto unilateral, propiedad que adquiere por la mera toma de posesión de un bien sin dueño siendo estos los requisitos para que opere la aprehensión.

En la doctrina clásica se consideraba que requiere de dos elementos para que se configure la aprehensión uno material el inicio de la posesión y otro subjetivo que es la intención de tener el bien como propio, de retener para sí la posesión.

Son susceptibles de aprehensión los animales y peces pasibles de caza o de pesca, respectivamente. La caza y la pesca están tipificadas como derechos subjetivamente reales, tan igual como la accesión natural, las minas o las aguas.

Se debe tener en cuenta que no son apropiables los bienes abandonados, debido que para que proceda la aprehensión, como hemos dicho, debe tratarse de bienes muebles de nadie, al no carecer de dueño, no pueden ser adquiridos por apropiación los bienes perdidos, como los animales domésticos y amansados.

En materia de inmuebles, el Código prescribe que los predios abandonados durante el lapso de veinte años pasan al dominio del Estado por lo que no se pueden considerar bienes sin dueño.

Las formas de aprehender son la pesca, la caza y el descubrimiento de tesoros se excluye como se dijo anteriormente los bienes perdidos.

En cuanto a la **especificación y mezcla**, la primera es el modo originario de adquirir del dominio, se configura cuando una persona utiliza una materia prima ajena y, sin autorización del dueño de ésta, produce un nuevo objeto, por medio de su arte y trabajo; el objeto de esta según el artículo 937 cuando se hace de buena fe con materia ajena pertenece al artífice, pagando el valor de la cosa empleada.

Como es indicado por (Albaladejo, 2008, pág. 85), en su libro "*Derechos Reales, La Propiedad II*" La naturaleza jurídica como señalan los juristas que siguen la tradición de la legislación francesa, de la especificación es que esta constituye una modalidad de accesión de bien mueble a bien mueble. Sin embargo, Raymundo Salvat rechaza esta posición, puesto que la accesión implica la agregación o adición de un bien a otro, en tanto que en la especificación no se agrega nada sino que se crea un nuevo producto.

La **accesión**, es otro modo originario de adquirir la propiedad, tanto mueble como inmueble, a través del cual el propietario de un bien adquiere lo que se une, adhiere o incorpora materialmente a él, naturalmente o artificialmente. Es decir es un modo de adquirir el dominio basada en la adherencia o incorporación de elementos extraños a los bienes de nuestra propiedad constituyendo esta un incremento o ampliación del bien.

De conformidad a lo señalado por (Valverde, 1925, pág. 87) en su libro "*Tratado de Derecho Civil Español*", para quien la accesión no es un modo de adquirir sino simplemente la extensión del dominio sobre el bien principal.

Dentro de la clase de accesión se encuentra el aluvión o inundación, este consiste en el incremento o acrecentamiento de tierras que se forman sucesivos, paulatinos e imperceptiblemente en los fundos y predios ribereños, o sea confinantes con la ribera o margen de los ríos por efectos de la corriente de las aguas. Para que se dé este es necesario que confluyan los incrementos o acrecentamientos de tierra deben formarse sucesiva e imperceptible o los fundos

deben confinar con la ribera o estar a lo largo de los ríos o torrentes o corrientes de agua, no el mar porque la zona ribereña de éste pertenece al Estado.

Otra clase de accesión es la avulsión, este es el incremento, mejor dicho es la agregación violenta por acción de una corriente de agua, cuando un río parte una heredad (pesado de tierra) y lleva parte de ella a otra, debe formarse espontáneamente; es decir, ser obra de la naturaleza, ya que se trata de un caso de accesión natural, es decir que la violencia o fuerza de un río arranca una porción de un terreno o campo ribereño y la adhiere a otro también ribereño.

Para que exista avulsión es necesario que la porción (tierras, arena o plantas) haya sido llevada por una fuerza súbita, es decir, por la acción violenta y repentina de las aguas de un momento dado. Si falta esta condición, es decir si la agregación se ha formado sucesiva e imperceptiblemente, no estaríamos ya frente a la avulsión, sino aluvión.

La **transmisión de la propiedad**, como indica (Cuadros, 1995, pág. 381), en su libro "*Derechos Reales*", es la transmisión de la cosa mueble por parte de quien no teniendo derecho de propiedad sobre ella, la entrega a título oneroso en favor de quien la recibe creyendo en la legitimidad del título del *tradente*. La legislación peruana considera un sistema mixto en cuanto a la transmisión o enajenación de la propiedad, en materia de bienes muebles, la transferencia se efectúa por la tradición; y en los bienes inmuebles, por la sola convención o contrato.

Trasmisión de la propiedad de un bien mueble, de conformidad al art. 947 la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición diferente.

Para (Albaladejo, 2008, pág. 115), en su libro "*Derechos Reales, La Propiedad II*", la tradición consiste en la entrega de la posesión de la cosa con ánimo del que da (*tradens*) y del que recibe (*accipiens*) de transmitir y adquirir, respectivamente, el derecho (propiedad, usufructo, u otro que sea) sobre ella.

La tradición supone entrega, se verifica por cualquier persona (no sólo por el propietario), puede hacerla el propietario (Art. 947<sup>o</sup>), tradición a domino; o cualquier otra persona que se crea con derecho (Art. 948<sup>o</sup>), tradición a non

domino. La entrega es con estricta finalidad traslativa. En efecto, debe tratarse de un acto traslativo. Hay un ánimo del transferente (tradens) de transmitir y del que recibe (accipiens) de adquirir el derecho; derecho que no siempre es el de propiedad.

Transferencia de propiedad de bienes inmuebles, se regula en el Código Civil es el art. 949° del CC: "La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario".

En los sistemas de transferencia dominial que impera en el derecho comparado es el sistema de la tradición casualizada o al de la tradición abstracta (o a sus análogos de la inscripción causal o de la inscripción abstracta), por cuanto el Art. 949° no establece ningún requisito adicional para la transferencia de la propiedad, operando este efecto de manera automática. Por lo que el sistema jurídico Peruano opta claramente por el principio consensualismo.

Esta transmisión consensualista, tiene su origen en el influyente Código Civil francés de 1804, el cual llevó a cabo una modificación revolucionaria con respecto al Derecho romano, y marcó el triunfo de la voluntad sobre el formalismo jurídico; se protegió fundamentalmente a los adquirentes convertidos de manera inmediata en propietarios, mientras el transmitente sólo podía ejercer las acciones personales o de impugnación del contrato. Este Código consagró el solo consentimiento entre las partes contratantes como único requisito necesario para el desplazamiento de la propiedad a favor del comprador. No se necesitaba la tradición de la cosa, ni el pago del precio, ni formalidad externa alguna. Fue el triunfo de los prácticos del derecho y también de los iusnaturalistas.

La **prescripción adquisitiva de dominio** es un medio de adquisición de la propiedad a través de la posesión de un bien determinado, bajo ciertas condiciones y por el tiempo que precise la ley, regulando ésta posesiones "cortas" y "largas" para cualquier clase de bien a prescribir, pero efectuando una diferencia para el período "corto" 2 y 5 años dependiendo si el bien es mueble o inmueble, siempre que se pretenda adquirir bienes inmuebles, constituida por la necesidad de contar con un "justo título". Para los bienes muebles, el período corto exige buena fe (y no "justo título"), la que como regla general en actos de materia civil se presume existente. Y la prescripción larga de 4 y 10 años que no requiere mayor requisito que la posesión.

La prescripción adquisitiva o también llamada usucapión de dominio como indica (Gonzales G. , 2010, pág. 27), en su libro *“La Usucapión”*, la usucapión o prescripción adquisitiva de dominio puede catalogarse como hecho jurídico preclusivo, esto es que pone fin a los debates interminables sobre la legalidad de las adquisiciones, pues dentro de un razonable tiempo transcurrido, el derecho legítimamente deduce que el pasado remoto no sobrevive ningún interés jurídico que solicite su garantía ( el del antiguo dueño); y más bien se manifiesta como preferente el interés encarnado por la situación de hecho presente (el del poseedor).

Esta se encuentra regulada en el art. 950 al 953 del Código Civil Peruano, esta norma parece indicarnos (en el Artículo 952° del Código Civil) que tal modo de adquisición de la propiedad no requiere la preexistencia de una declaración judicial expresa, cuando regula que quien adquiere un bien por prescripción (sin duda como consecuencia de una posesión continua, pacífica y pública) puede (y no debe) entablar un juicio para que se le declare propietario.

Como manifiesta (Albaladejo, 2004, pág. 14), en su libro *“La Usucapión”*, el fundamento de la usucapión se halla en la idea (acertada o no, pero acogida por nuestra ley) de que, en aras de la seguridad del tráfico, es, en principio, aconsejable que, al cabo de determinado tiempo, se convierta en titular de ciertos derechos quien, aunque no le pertenezcan, los ostenta como suyos, sin contradicción del interesado, todo lo demás que se diga sobre la usucapión, son música.

Por lo que la presente es una figura importante para la adquisición del derecho de propiedad.

#### **7.4.- Inscripción del derecho de propiedad según el código civil.**

El Código Civil señala que la propiedad es un poder jurídico que le reconoce a su titular el poder usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien (art. 923), pero también señala que la transferencia de la propiedad de los bienes inmuebles es consensual y que para los bienes muebles se perfeccionara con la tradición.

Se debe tener en cuenta que (Gonzales, 2013, pág. 55) manifiesta en su libro *“Los Derechos Reales y su Inscripción Registral”*, que se debe tener en cuenta que la incidencia de la Constitución y la universalización de los derechos humanos, con la consiguiente primacía del hombre en el fenómeno jurídico, debe manifestarse en la teoría general del Derecho Civil. No es posible construir un nuevo modo de ser del Derecho, personalista, cuando las bases teóricas siguen siendo el positivismo, la neutralidad ética y la defensa exclusiva del patrimonio. Se hace necesario, por tanto, que la dogmática civilista revise sus conceptos y definiciones para lograr la adecuación con la constitución.

Es decir la regulación del derecho civil tomando en cuenta lo regulado por la constitución es un punto muy importante para la regulación de la inscripción del derecho de propiedad.

La inscripción de este derecho de propiedad está regulada en el Libro IX del Código Civil sobre Registros Públicos así como también es regulado por norma especial sea en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Propiedad Inmueble, Reglamento del Registro Vehicular y otros.

Nos señala el código civil que la inscripción se inicia con la solicitud de realizada por el interesado, regulada a través del principio de rogación, y que luego de la calificación registral (Procedimiento Registral) accederá al registro.

En el Título II del Libro IX del Código Civil se señala los actos que son materia de acceso a Registros Públicos, regula la calificación y la inscripción de los mismo sobre bienes inmuebles, estableciéndose desde el acceso a una inmatriculación de un bien inmueble, hasta un contrato preparatorio de opción.

En cuanto a los bienes muebles su inscripción se regula en el Título VIII del Libro IX sobre el Registro de Bienes Muebles y señala los requisitos que se debe revisar en la calificación registral.

Asimismo en esta norma se señala que el acceso de los referidos actos sobre bienes muebles e inmuebles a Registros Públicos les otorga la seguridad jurídica frente a terceros y garantiza la defensa del derecho de propiedad al ser el medio final para la defensa jurídica del titular registral de la propiedad.

Recordemos que (Lacruz & Sancho , 1984, pág. 11), señala en su libro “Derecho Inmobiliario Registral”, que la finalidad primaria del registro es la protección del tráfico y la agilización de las transacciones inmobiliarias, al suplir con una consulta las difíciles indagaciones sobre la titularidad de los bienes.

#### **7.5.- Derecho de propiedad pública y privada.**

Como ya se señaló el derecho de propiedad es un derecho fundamental, defendido en la constitución, que tiene carácter absoluto pero con las limitaciones establecidas en la ley.

El derecho de propiedad pública es la titularidad del Estado sobre bienes de dominio público del estado o de bienes de dominio privado del estado, es por eso que es necesario establecer a que se refieren cada uno de ellos.

Los bienes de dominio público del estado comprende las cosas o bienes susceptibles de apropiación, que el Estado destina a la satisfacción de las necesidades públicas y a las particulares del mismo, bajo la clasificación y régimen jurídico que la Constitución y las leyes establecen y garantizan.

Como señala (Torres, 2006, pág. 180), en su Libro “*Derechos Reales*” los bienes de dominio público, son los destinados al uso público y a los servicios públicos, por los fines que satisfacen están sometidos al régimen de derecho público. Los bienes de dominio público tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles y sobre ellos el Estado ejerce su potestad reglamentaria, administrativa y de tutela conforme a ley.

Los bienes de dominio privado del estado como manifiesta (Torres, 2006, pág. 187) en su libro “*Derechos Reales*”, son los denominados patrimoniales o fiscales, son los que no han sido afectados al uso público. Integran este los bienes muebles e inmuebles que por disposición de la ley o por cualquier título adquiera el Estado. Sobre estos bienes, el estado ejerce su derecho de propiedad como cualquier particular, están sometidos a un régimen jurídico de Derecho mixto de público y privado.

Por tanto los bienes de dominio privado podrán ser identificados siempre que no tengan ninguno de los elementos constitutivos propios de los bienes dominio público que son uso público y servicio público. Los bienes de dominio

privado o bienes patrimoniales, como también se les conoce en la teoría administrativa, no cuentan con un régimen especial.

Estos bienes se regulan por un régimen general, el cual es aplicable a todos los bienes que tengan tal condición jurídica. Por su parte, los bienes de dominio privado, a diferencia de los bienes de dominio público, no están contenido en la Constitución Política, pero la garantía de la protección del derecho de propiedad la alcanza, se regula en leyes y reglamentos especiales o sectoriales.

Se debe tener en cuenta que los bienes de dominio público y privado del estado son un conjunto de bienes, recursos, inversiones y demás derechos sobre las cosas que integran el dominio público y privado, que se valoran pecuniariamente; y que se encuentran afectados a una finalidad pública, interés general o utilidad pública, que se traduce en la prestación de servicios a cargo del Estado y de la cual este es titular.

Como indica (Martinez, 1998, pág. 18), en su libro “Reflexiones Sobre la Naturaleza Jurídica del Dominio Público, en Propiedad Estatal”, para Duguit, los bienes de dominio público, no son de propiedad del Estado, ya que éste no tiene la facultad de disposición, sino la de garante, es decir la de tutelar y proteger estos bienes y utilizarlos en beneficio del interés público al que se encuentran afectados.

En estos bienes las entidades propietarias son consideradas como “titulares” de los bienes estatales, lo que debe entenderse como un “propietario” de los bienes de dominio privado, sin embargo no debe confundirse con la “titularidad” que deriva de las potestades que se ejerce sobre los bienes de dominio público. Pues bien, conforme a la Ley del Sistema de Bienes Nacionales y su Reglamento, todas las entidades públicas comprendidas en el ámbito del Sistema Nacional de Bienes Estatales, pueden ser propietarias de bienes de dominio privado estatal, inclusive las empresas estatales de derecho público y de derecho privado, cuyos bienes pueden estar destinados a la realización de sus actividades empresariales o para la satisfacción de necesidades administrativas.

Como indica (Bielsa R. , 1996, pág. 183), en su libro “Derecho Administrativo”, el dominio público no es propiedad del estado. Él no puede hipotecarlo, ni constituir derechos reales ni personales incompatibles con el uso colectivo. Esos bienes son de

uso gratuito, por lo mismo que pertenece a la colectividad. Son inembargables y no pueden ser adquiridos por usucapión.

Cuando aludimos al derecho de propiedad, hay que distinguirlo preliminarmente del derecho de propiedad civil, debe entenderse “dominio” que ejercen las entidades públicas o el Estado, en su oportunidad, en el contexto del derecho administrativo, no tiene “derechos”, sino potestades y atribuciones, por lo que el término inicialmente indicado, debe entenderse más a las cualidades jurídicas del bien, que al derecho que puedan tener las respectivas entidades públicas en sus esferas patrimoniales.

En ese contexto (Martinez, 1998, pág. 18) en su “Reflexiones Sobre la Naturaleza Jurídica del Dominio Público, en Propiedad Estatal” señala que para Duguit, los bienes de dominio público no son de propiedad del Estado, ya que éste no tiene la facultad de disposición, sino la de garante, es decir la tutelar y proteger éstos bienes y utilizarlos en beneficio del interés público al que se encuentran afectados.

Por lo que el dominio, nos debe guiar a construir un criterio subjetivo de pertenencia a favor de una entidad pública, a partir del cual se activan todas las obligaciones y prerrogativas establecidas en las normas legales de la materia.

La Administración Pública constituye una organización que está destinada al servicio de los intereses generales, por lo que en este sentido, los bienes de dominio privado, aun cuando sean “de su propiedad”, no pueden ser usados y dispuestos como cualquier propietario particular.

Los bienes de dominio privado, sin que estén destinados al uso público o al servicio público, se encuentran bajo su pertenencia para que sirvan a la realización de sus objetivos ordinarios y extraordinarios, por lo que, el ordenamiento jurídico establece procedimientos particulares de adquisición, uso, registro y transferencia de dichos bienes es así que los bienes de dominio privado cuenten con un régimen jurídico general, que se materializa principalmente al interior de la Administración Pública.

La inscripción registral en nuestro ordenamiento jurídico general no es obligatorio ni constitutivo para oponer un derecho de propiedad. Sin embargo, es

recomendable tanto para el ámbito de las relaciones jurídicas del derecho privado como para las entidades públicas. La inscripción de los actos de administración y disposición de los bienes estatales otorga seguridad jurídica y, por lo tanto, sus efectos se podrán advertir en el registro oportuno y actualizado a nivel interno, así como también al que se debe remitir al SINABIP a cargo de la SBN. Por lo demás, ante la hipótesis de un proceso judicial, relacionado con el derecho de propiedad, por ejemplo una reivindicación, la oposición del título o documento sustentatorio que presente la entidad pública propietaria será de mayor eficacia y brevedad en la argumentación de la defensa de los intereses públicos, que la de sustentar toda la secuencia de actos traslativos entre diversas entidades públicas, finalmente no inscritas.

Por lo que se debe entender que el derecho de propiedad estatal es muy importante para la sociedad, debido a que los verdaderos propietarios de estos bienes somos cada uno de nosotros que integramos la sociedad peruana, por lo que toda la entidad entre ellas los Registros Públicos debe velar por cumplir con garantizar el referido derecho.

#### **7.6.- Regulación civil y procesal civil de la propiedad.**

El derecho de propiedad en el Código Civil Peruano se encuentra regulado en el libro V de Derechos Reales, sección tercera, sobre derechos reales principales, y se define a este derecho como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien y que se debe ejercer en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

Es decir a través de este derecho se puede usar el bien materia de derecho de propiedad para la producción de frutos que beneficien a quien goza de este derecho.

Derecho de disfrute con el que se busca brindar a su titular un beneficio inmediatamente extraído de la cosa o alguna parcial utilidad

Como señala (Priori, 2012, pág. 113), en su libro *“Estudios Sobre La Propiedad”*, el poder de la propiedad es uno que nace del derecho, recae sobre un bien o sobre un conjunto de bienes, ya sean corporales (cosas) o incorporales (derechos).

Disponer que implica que el propietario puede vender, donar, o darle el destino que él considere necesario a la cosa.

Es decir se debe tener en cuenta que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por la ley. El propietario tiene acción contra el poseedor de la cosa para reivindicarla. Hay que mencionar un aspecto muy importante aquí y es que nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por graves motivos de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización.

Como manifiesta (Avendaño J. , 2009, pág. 114), en su libro *“La Propiedad en la Constitución”*, el Código Civil señala que el ejercicio de la propiedad debe armonizar con el interés social y cumplirse dentro de los límites de la ley, la Constitución de 1933 y 1979 dijeron expresamente que el interés social era el referente obligatorio para el ejercicio del derecho de propiedad. Por esa razón el Código Civil, que se dictó durante la vigencia de la Constitución de 1979, aludió al interés social. Sin embargo, la actual Constitución suprimió toda referencia al interés social y la reemplazó por la noción de bien común que apareció en el artículo 70.

Otro aspecto importante, es que debemos tener presente, que cuando nos referimos al derecho de propiedad, este abarca no solo ciertos aspectos como lo son: una casa, un terreno, inclusive la propia vida, sino que este va más allá y ampara varios derechos pero cada uno con su propio criterio y formación legal independiente uno del otro.

La propiedad es un derecho real; La propiedad es lo primordial y fundamental de los Derechos Reales, ya que los demás parten de ella.

La propiedad es un derecho autónomo; ya que es oponible (erga omnes) los demás están obligado a respetar el dominio del propietario.

El derecho de propiedad es perpetuo; la propiedad no se extingue, no tiene limitación temporal, es un derecho perpetuo.

Es un derecho exclusivo; La propiedad es exclusiva porque solo le concede al propietario la facultad de usar, gozar y disponer un bien con exclusión de los demás.

Como indica (Valencia, 1976, pág. 207 y ss.), en su libro *“Derecho Civil II, Derechos Reales”*, que a pesar de ser la propiedad un derecho tan completo tiene

limitaciones que constan en normas legales como: Los reglamentos relativos a la construcción de edificaciones, los reglamentos expedidos por razones de tranquilidad pública. Por ejemplo la prohibición del establecimiento de fábricas en zonas de vivienda. Los reglamentos que prohíben industrias peligrosas y regulan las condiciones mínimas de la salubridad, Otras restricciones modernas. Finalmente, la expropiación por razones de utilidad o interés social, que constituye la limitación más importante de la propiedad.

Es un derecho inviolable; Lo garantiza la Constitución cuando dice que; el derecho de propiedad es inviolable, el estado la garantiza, se ejerce en armonía del bien común y dentro de los límites de la ley.

Es un derecho elástico; La propiedad es pura y se encuentra al margen de toda carga o gravamen, sin alterarse su unidad esencial.

Es un derecho autónomo; No depende de ningún otro derecho, es un derecho principal e independiente.

El **Código Procesal Civil** regula los diversos procedimientos para la defensa del derecho de propiedad, entre ellos tenemos la acción reivindicatoria, tercería de dominio, título supletorio, prescripción adquisitiva de dominio, y de esta forma garantiza la seguridad jurídica creada por el derecho reconocido en la norma civil y en la norma constitucional como derecho fundamental.

Mediante las acciones reales se hace valer los derechos sobre los bienes; pero más genéricamente manifiesta (Ramirez, 1999, pág. 4), en su libro "Propiedad - Copropiedad" citando a Bonfante que denota toda acción constituida para la defensa de un derecho absoluto que cualquier tercero puede estar en condiciones de violar, como son, además de los derechos reales, los derechos de estado o de capacidad y los derechos de familia».

La acción reivindicación es una acción real debido a que nace de un derecho que tiene este carácter, el dominio, el cual le permite exigir el reconocimiento de ese derecho, y consecuentemente la restitución de la cosa por el tercero que la posea; se fundamenta en un derecho real, queda subordinada a la acción personal de nulidad, es necesario que se deriven de un mismo hecho, es decir que primero haya nacido una acción personal entre el demandante y el causante del actual poseedor, que los vincule contractualmente, para que luego

nazca de esa obligación, la acción real de parte del demandante, contra el tercero que está en posesión del inmueble.

Como indica (Vasquez, 1996, pág. 127) en su libro "Derechos Reales, La Propiedad ", la acción real por excelencia es la Reivindicación; Castañeda decía que al no extinguirse la propiedad por el no uso, la acción reivindicatoria es imprescriptible. Ello no impide, sin embargo, que a la reivindicación pueda oponérsele con éxito la usucapión. Cuando ésta se hubiera cumplido.

A efectos de establecer los elementos de la acción reivindicatoria, lo que se requiere es que se pruebe quien es el actual poseedor del bien, pues contra él se dirige la acción, no importa cuánto tiempo lo ha tenido en su poder, sino que en el momento de solicitarla la tiene.

Son tres los principales puntos que deben de establecerse o probarse por la persona que ejerce la acción de dominio o reivindicación en el proceso respectivo: el dominio de la cosa por parte del actor; la posesión de la cosa por el demandado; y, la identificación o singularización de la cosa reivindicada.

Se debe tener en cuenta que la acción reivindicatoria es una acción real, pues nace del derecho de dominio que tiene este carácter; está dirigida a obtener el reconocimiento del citado derecho y la restitución de la cosa a su dueño.

El carácter real de la acción reivindicatoria, se distingue de otras acciones de restitución, nacidas de relaciones contractuales obligatorias, las cuales son de naturaleza personal, como las acciones del arrendador, del comodatario, etc. que pueden interponerse por el que está ligado contractualmente con el demandado, sea o no dueño de la cosa cuya restitución se persigue.

Como sostiene (Cuadros,1995, pág. 559) esta acción real destinada a conseguir la restitución del bien de la que ha sido privada el propietario, se basa y fundamenta en el derecho de propiedad, pero sus efectos recaen en la posesión de bien, el reivindicante invoca su condición de dueño para recuperar la posesión del bien que le corresponde o de que ha sido privada. Por eso es importante establecer que el reivindicante funda la acción en su derecho de propiedad, pero lo que reclama no es la propiedad, sino la posesión del bien. Es pues una pretensión del bien de posesión basada en el derecho de propiedad.

La tercería de propiedad es la acción que corresponde al propietario de un bien que resulta afectado por una medida cautelar o de ejecución dictada para hacer efectiva una obligación ajena y, tiene como finalidad la desafectación del bien.

A través de la tercería de propiedad el legislador faculta al *verus dominus* de un bien para que pueda desafectarlo y así evitar que su bien responda por una obligación de la cual él no es el titular, como consecuencia de un proceso del cual tampoco es parte.

Con arreglo al artículo 534º del Código Procesal Civil, la tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien; es decir, el verdadero propietario del bien puede interponer la demanda de tercería de propiedad, aun cuando el bien afectado haya sido convocado a remate, pero no adjudicado, logrando de esta forma la suspensión del remate y la correspondiente desafectación del bien.

Título supletorio es la institución jurídica que permite al propietario que carece de título de dominio, ser acreditado en la posesión mediante la debida inscripción en el Registro Público de la Propiedad, probando previamente su posesión ante el Juez competente, constituyendo de esa manera la garantía de su posesión en calidad de propietario sin perjuicio de tercero de mejor derecho.

Por lo que como indica (Avendaño, 1965, pág. 3) en su libro *“Los títulos Supletorios y La Acción Declarativa de Prescripción”* podemos definir como títulos supletorios (supletivos o sustitutorios) a aquellos que coadyuvan a la acreditación de la titularidad de las personas cuando no se cuenta con los títulos originales. Es decir, en caso existan títulos a favor del titular o título a favor de titular distinto, no se aplica la figura de los títulos supletorios

El Proceso no contencioso de Título Supletorio se tramita tal como lo estipula el art 504 que señala que el propietario de un bien que carece de documentos que acrediten su derecho, contra inmediato transferente o los anteriores a este, o sus respectivos sucesores para obtener el otorgamiento del título de propiedad correspondiente, regido por los requisitos especiales del artículo 555 del Código Procesal Civil. El proceso no contencioso de título

supletorio tiene como finalidad de que el propietario de un bien que carece de documentos que acredite su derecho contra su inmediato transferente o los anteriores a este obtenga legalidad al obtener el título de propiedad que por ley le corresponde.

La adquisición por prescripción de un bien requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario en caso de bienes inmuebles durante 5 años de buena fe y justo título y 10 años y de mala fe, en caso de bienes muebles dos años si hay buena fe, y por cuatro años si no lo hay de conformidad a los arts. 950 y 951 del Código Civil.

Se tramita como procesos no contenciosos de título supletorio y de prescripción adquisitiva solo se impulsan a pedido de parte.

Por todo lo antes señalado estos son importantes como garantía de la protección y defensa del derecho de propiedad.

### **7.7.- Prescripción adquisitiva contemplada en el código civil y su seguridad jurídica.**

La prescripción adquisitiva de dominio es una de las formas de adquirir la propiedad, contemplada en el libro de reales, del Código Civil Peruano, regulado por los artículos del 950 al 953, tratando que el transcurso del tiempo deriva en las relaciones jurídicas que convierten al poseedor como propietario.

Como manifiesta (Gonzales, 2010, pág. 21) en su libro *“Usucapiòn”*, el ordenamiento jurídico establece como un mecanismo dogmático de prueba de la propiedad: La usucapiòn o prescripciòn adquisitiva de dominio.

Por tanto la prescripción conlleva a la pérdida del derecho de propiedad, teniendo en cuenta que , esta consiste en la consolidación de una situación jurídica por el transcurso del tiempo, convirtiendo un hechos en derecho, como la posesión en propiedad, siendo considerada también, la pérdida del derecho para poder accionar.

Señala (Vàsquez, 2011, pág. 402), en su libro *“Derecho Reales”* que la prescripción adquisitiva denota un hacer por parte del poseedor, una relación

directa con el bien y denota una inacción por parte del propietario en ejercer la acción a la que tiene derecho su razón de ser.

La prescripción consiste en la consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo 5 años en caso de bienes inmuebles cuando medie justo título y buena fe y 10 años que es la prescripción larga, y en caso de bienes muebles 2 años con buena fe y justo título y 4 años en caso de la prescripción larga, también necesita el poseedor tener una posesión continua y pacífica y como propietario, debido a que se convirtió un hechos en derecho, como la posesión en propiedad, ya que perpetua una abandono, desidia, inactividad o facultad no ejercida durante largo tiempo por el propietario.

Po lo tanto la posesión, será el poder que una persona ejerce efectiva e independientemente sobre una cosa, con la finalidad de utilizarla económicamente.

Constituye un modo de adquirir el dominio y demás derechos reales poseyendo una cosa mueble o inmueble durante un lapso y otras condiciones fijadas por la Ley, es decir, la conversión de la posesión continua, en propiedad es decir funciona sobre los derechos reales, otorgando la propiedad al poseedor que haya cumplido con los requisitos de Ley.

Es importante indicar en este punto que (Westermann, 2007, pág. 698), en su libro *“Derechos Reales”*, señala que la finalidad de la usucapión es dificultar situaciones duraderas de contradicción entre las situación posesoria de propiedad y, con ello simplificar la situación jurídica y pacificarla y, a la vez, completar la protección del tráfico.

Por lo que al ser esta figura importante debido a que a través de ella se declara propietario a un poseedor se debe brindar toda la protección legal necesaria para evitar que un usurpador acceda a esta, es por eso que registros públicos debe ser un medio para evitar que quien no se lo merece tenga la propiedad plena y legítima sobre el bien.

Se debe tener en cuenta que como indica (Garazatua, 2011, pág. 170), en su artículo *“La Seguridad Jurídica en el Sistema Registral”*, la seguridad jurídica alude, a aquel ingrediente fundamental que se debe reconocerse en todo

ordenamiento jurídico para que exista una indispensable previsibilidad de las consecuencias de las decisiones y actuaciones de las personas o de los hechos con relevancia jurídica.

Por lo que esta debe velar en el caso de la prescripción adquisitiva por que sean las personas que fueron diligentes en su posesión las que accedan a la propiedad y a la legitimidad y publicidad que otorga registros públicos.

El Tribunal Constitucional en su (Tribunal Constitucional, 2003) ha establecido que la noción de seguridad jurídica, aun cuando no está contenida en una norma constitucional escrita, constituye un indiscutible principio jurídico de rango constitucional, afirmándose que “forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad”.

Por lo antes expuesto se puede se entender que la seguridad jurídica busca la defensa de quien tiene los derechos sobre la cosa que obtuvo por la diligencia sobre la posesión y cuidado sobre la cosa.

Por lo que a efectos de otorgar garantías al derecho de propiedad es necesaria la correcta aplicación de la seguridad jurídica registral, lo que se lograra con una adecuada calificación registral con la facultad de aplicación de control difuso registral.

#### **7.8.- Declaración judicial de prescripción adquisitiva de dominio.**

La prescripción adquisitiva de dominio o usucapión, como es sabido, nace como un medio o mecanismo de prueba de la propiedad. Esta es la razón por la que se inicia este proceso.

Como es indicado por (Mejorada, 2015, pág. 18), en su artículo “Prescripción Adquisitiva de Dominio”, la prescripción es un instrumento para probar la propiedad de quien ostenta un derecho adquirido por vías regulares (compraventa, herencia, etc.) pero que presenta algunas dificultades documentarias o genera sospecha de vicio. En termino estadísticos se estima que los poseedores casi siempre son propietarios, por ello atribuir el dominio a quien

posee no es una ofensa a la inviolabilidad de la propiedad privada, sino la confirmación de la misma. Este es el fundamento de la prescripción. Sin embargo, puede suceder que ciertos poseedores claramente ilegítimos, incluyendo usurpadores, invoquen esta vía para hacerse de la propiedad ajena sin pagar un centavo”.

De conformidad al art. 950 del C.C. la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años

Esta acción para reconocimiento del poseedor como propietario por prescripción adquisitiva se solicita a través de procedimiento abreviado y según lo normado en los artículos 504 al 508 del Código Procesal Civil y el Código Civil en sus artículos 950 al 953 donde regula "el transcurso del tiempo" el cual conlleva a la pérdida del derecho de propiedad a favor de un tercero

La resolución que declara la prescripción adquisitiva es título suficiente para inscribir la propiedad y cancelar la titularidad del anterior propietario.

Recordemos que la usucapión es un modo de adquirir la propiedad, de un bien ajeno mediante la posesión ejercida sobre dicho bien durante un plazo previamente fijado por la Ley, de tal manera que la sentencia que acceda a esta petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro y para la inscripción de la propiedad en el registro y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño.

Se puede decir que este proceso busca declarar propietario por prescripción al poseedor diligente que se preocupó por el cuidado y protección del bien y el castigo al propietario que no se ocupó y no tubo diligencia sobre cuidado de su propiedad, sin embargo esta puede llevar a declarar propietario un usurpador de la propiedad.

### **7.9.- Evolución constitucional del derecho de propiedad en la historia.**

El derecho de propiedad en nuestra legislación no se ha mantenido igual en el tiempo sin cambio alguno por el contrario, como indica (Cabanillas, 1996, pág. 15), en su libro “La Propiedad” que este derecho llamado de propiedad es introductoriamente un concepto en gran medida formal, que por sí solo indica titularidad o atribución, por lo que su contenido es históricamente variable. En este sentido, concebir a la propiedad de manera abstracta e intemporal es una ficción.

Se debe entender que si bien cada una de las constituciones ha regulado la defensa de la propiedad, este es acogido con mayor detalle y hasta se puede decir que más beneficiosamente con la calidad de derecho fundamental en las dos últimas constituciones la del 1979 y la que en la actualidad se encuentra vigente la constitución de 1993 donde nos señala en su artículo 2 inciso 14 que toda persona tiene derecho a la propiedad y a la herencia, dentro de la Constitución y las leyes.

Teniendo en cuenta lo antes señalado el derecho de propiedad es un derecho de tipo fundamental defendido y garantizado por la constitución política debido a que tiene una connotación de tipo social, pues constituye un interés común para todos los miembros de la sociedad peruana.

Por lo dicho que la propiedad se vincula a una función económica de fuente generadora de riqueza estatal es así que como nos señala la actual constitución que nos rige el Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal (artículo 60 de la constitución).

Es así que la propiedad se convierte en un mecanismo generador de riqueza con una defensa constitucional debido a que es considerado constitucionalmente social y económico, y que se genera sobre un tráfico comercial.

Como manifiesta (Lehmann, 1956, pág. 203), en su libro "Tratado de Derecho Civil" no señala que en el tráfico no le es siempre posible al individuo investigar en la esencia de las cosas, debiendo atenerse normalmente a su apariencia externa y confiar en ella. La seguridad del tráfico quedaría muy perjudicada si esta confianza no encontrase protección. Ello debe tenerlo en consideración el ordenamiento jurídico y, en determinadas circunstancias, hará prevalecer la apariencia sobre la existencia. La cuestión reside en saber en qué medida ha de protegerse la confianza en estos supuestos de hecho externos.

Se debe tener en cuenta que este derecho no es, ni ha sido absoluta, sino que tiene restricciones es de esta manera que en el artículo 40 de la constitución

la ley, por razones de interés nacional, puede establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, ya sea por la naturaleza de ellas o por su condición o situación en el territorio, de conformidad a la Constitución de 1920 y 1933 la propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan.

Por la importancia del derecho de propiedad es que en la actual constitución se le atribuye la calidad de derecho fundamental y garantiza su defensa y protección, siendo necesario asegurar su seguridad en todos los ámbitos del derecho y sociales es así que en nuestra investigación es necesario señalar que en el ámbito registral la seguridad jurídica registral nace para solucionar la falta del crédito, lo cual puede advertirse como se señala (Gaceta Jurídica, 1891), en su "Jurisprudencia" la ley del 02 de Enero de 1888, que mandó a establecer en la República el Registro de la Propiedad Inmueble, resolvió en el Perú el doble problema que desde largo tiempo preocupaba la opinión pública y que estaba ya resuelto en todos los países progresistas: "adquirir sin temor de perder lo adquirido y prestar con seguridad sobre la propiedad raíz". Y luego añadían "Es de advertir, que el objeto de la ley del Registro es solo favorecer a los terceros interesados que dan de buena fe su dinero, y no afecta los derechos existentes entre los contrayentes; por lo que los efectos de la falta de inscripción se limitan a los primeros".

Es por todo lo antes dicho que el derecho de propiedad en nuestra historia constitucional ha tenido una gran importancia y progresivos avances en su defensa y garantía, y en lo cual se sustenta la presente investigación porque a través de la correcta seguridad jurídica registral se protegerá y se garantizará el derecho de propiedad.

#### **7.10.- La propiedad en nuestro ordenamiento constitucional peruano.**

En el ordenamiento constitucional peruano la propiedad es considerada como un derecho fundamental digno de protección, y garantizado por nuestra carta magna, se reconoció antiguamente y en la actualidad, tiene una connotación de tipo social, debido a su grado de importancia y a su interés colectivo como consecuencia de su utilidad social.

Cabe señalar que en la sentencia ( Tribunal Constitucional 0008-2003-AI, 2003) se indica que la propiedad no sólo es un derecho subjetivo o derecho individual, sino también como una garantía institucional, reconociendo su función social, y su efecto de un “instituto” constitucionalmente garantizado. De modo que no puede aceptarse la tesis que concibe a los derechos fundamentales como derechos exclusivamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son sólo una nueva categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en la Francia revolucionaria.

Es decir la necesidad de defensa y protección del derecho de propiedad hace que la constitución lo considere como digno de ser garantizado institucionalmente para el desarrollo económico.

Se debe tener en cuenta que este derecho de propiedad no es absoluto sino que tiene límites legales que encuentra su justificación en el orden público y el bien común, esta limitación se encuentra establecida en lo que se denomina como la función social.

Como manifiesta (Merk, 1934, pág. 15) en su libro “La Propiedad a través de las edades” indica que a su consideración las manifestaciones (limitaciones) de la función social del derecho de propiedad se verifican tanto externamente, como internamente (obligaciones) y las mismas no se encontrarían dentro del denominado contenido esencial del derecho de propiedad.

Es así que al ver la gran importancia de este derecho en el ámbito constitucional se busca brindar su protección y garantizar el cumplimiento de sus deberes y obligaciones vinculados a este derecho.

Por tanto como señala (Hesse, 1983, pág. 73) en su libro “Escrito de Derecho Constitucional” el constitucionalismo es un orden jurídico fundamental, que fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Determina los principios del orden jurídico en su conjunto. No se limita a la ordenación de la vida estatal. Sus normas abarcan también la ordenación básica de la vida no estatal (en particular, garantías tales como las del matrimonio y la familia, la propiedad, la salud, la educación, la libertad, el arte y la cultura).

El Tribunal Constitucional Peruano no ha definido claramente cuál es el contenido esencial de la propiedad, pero señala que la posesión no forma parte del contenido esencial de este derecho“.

Por todo lo antes señalado podemos entender que el derecho de propiedad es uno de tipo esencial y que tiene una connotación social, por tanto debe garantizarse su protección y cumplimiento en el ordenamiento base de nuestro país la constitución y que los demás ordenamientos deben brindar su protección mediante la seguridad jurídica que brindan.

### **7.11.- El derecho de propiedad en la interpretación del Tribunal Constitucional.**

Si se quisiera hacer un breve recorrido de los principales fallos que ha emitido el Colegiado Constitucional respecto a este derecho fundamental podemos apreciar un importante marco hermenéutico que a continuación vamos a glosar.

Como se manifiesta en la (STC Exp. N° 0008- 2003-AI/TC, 2003, pág. 26) Y (STC Exp. N° 0005- 2006-PI/TC, 2006, pág. 40), El derecho de propiedad es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno.

#### **7.11.1.- La propiedad como derecho y garantía institucional**

Conforme podemos advertir de lo señalado en las (STC Exp. N° 0048-2004-AI/TC, 2004, pág. 76) Y (STC Exp. N° 0005-2006-PI/TC, 2006, pág. 40), nuestra Constitución reconoce a la propiedad no solo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8 y 16 del artículo 2 de la Constitución, sino como una garantía institucional, a tenor del artículo 70, según el cual el estado garantiza la inviolabilidad de la propiedad, la cual debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley.

La garantía institucional consiste en una fórmula constitucional destinada a asegurar una especial protección a una institución jurídica. A pesar de no tratarse de un derecho fundamental en sentido auténtico, obtiene una protección calificada y superior frente a la ley. La Constitución puede instituir una garantía institucional para que, de manera efectiva, el Estado concrete a través de la ley un mandato de defensa resguardado.

Según lo indicado por (Parejo, 2000, pág. 12), en su libro “Constitución Municipio y Garantía Constitucional”, la doctrina de las garantías institucionales “(...) continúa teniendo una utilidad actual para las decisiones básicas del orden constitucional que no comportan para el titular de la institución de que se trate un derecho fundamental (...) pero incluso allí donde esa categoría opera en unión con un derecho fundamental cabe reconocer a la misma una significación propia, pues las regulaciones protectoras de contenidos ordinamentales objetivos no pueden ser excluidas por el reconocimiento de posiciones activas individuales, cualquiera que sea la conformación de estas”. De este modo, la eficacia de las garantías institucionales en aquellos casos en que la Constitución establece un nexo entre estas y los derechos fundamentales, resulta de vital importancia, toda vez que garantizan determinados contenidos objetivos de la Norma Fundamental, manteniéndolos intangibles respecto del legislador así como de los poderes públicos. Es evidente que las garantías institucionales establecidas en la Constitución, no otorgan a estos órganos un ámbito de autosuficiencia que esté desconectado del resto de disposiciones constitucionales.

Como garantía institucional, el derecho de propiedad en el ámbito procesal se encuentra muy ligado al ejercicio del derecho de acción, del derecho de defensa y del derecho de prueba y sobre todo a la protección jurídica de nuestro ordenamiento legal, pues para demostrar su titularidad respecto de un bien inmueble o mueble, debe hacerse uso de cada uno de los medios procesales que otorga la legislación para demostrar en juicio la titularidad de los bienes objeto de controversia. En otros términos, el juez de acuerdo a la forma del proceso donde se encuentre dilucidando este derecho fundamental, se encuentra en la capacidad de determinar, de acuerdo con los medios de prueba la certeza que obtenga de ellos, la titularidad sobre los mismos.

Como se manifiesta en la STC Exp. N° 005-2006-PI/TC (STC Exp. N° 0005-2006-PI/TC, 2006, págs. 41 - 43), en el ámbito civil el derecho de propiedad confiere a su titular cuatro atributos respecto del bien: usar, disfrutar, disponer y reivindicar, cada uno de los cuales permite un ejercicio pleno de este derecho. Asimismo la doctrina civil analiza los caracteres de la propiedad, en tanto que es un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Así, es un derecho real por excelencia, porque establece una relación directa entre el titular y el bien,

ejercitado el propietario sus atributos sin intervención de otra persona. Además, la propiedad es erga omnes, esto es, se ejercita contra todos, cualidad denominada “oponibilidad”. Es un derecho absoluto porque confiere al titular todas las facultades sobre el bien: usa, disfruta y dispone. Es exclusivo, porque descarta todo otro derecho sobre el bien, salvo que el propietario lo autorice. Y es perpetuo, pues no se extingue por el solo uso.

#### **7.11.2.-Titularidad de la propiedad.**

Según se indica en la ( (STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 2003)pág. 26.a.)Dicho derecho (de propiedad) corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos, quedando estos habilitados para usar y disponer auto determinativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitiendo los por donación o herencia. Como tal, deviene en el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa.

#### **7.11.3.- Diferencias entre el concepto constitucional y el concepto civil de propiedad.**

El concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil.

Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda “enclaustrada” en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica.

Según la ( (STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 2003)pág. 26.a.), en lo esencial se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana, que impulsa al individuo a ubicar bajo “su” ámbito de acción y auto consentimiento, el proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial.

#### **7.12.- Imprescriptibilidad de bienes inmuebles privados del estado.**

Se publicó en el diario oficial el peruano el 24 de noviembre de 2010 la Ley 29618, la que ha pasado desapercibida para los juristas y doctrinarios peruanos,

esta ley establece la presunción de que el Estado es poseedor de los inmuebles de su propiedad y declara la imprescriptibilidad de los bienes inmuebles de dominio privado estatal.

Es importante tener en cuenta que (Dufau, 1977, pág. 128), manifiesta en su libro “El Dominio Público” Luego de la Revolución Francesa los bienes de dominio público (uso público) son inalienables e imprescriptibles, con lo cual retoma el concepto romano, sobre los cuales el Estado no tiene la propiedad porque son bienes extra *comercium*, que no pertenecen a nadie, pero sí un control y vigilancia sujeto a sus potestades. Por el contrario, el Estado es titular de la propiedad de otra serie de bienes sobre los cuales tiene pleno uso y disposición, incluso hasta llegar a su enajenación, los cuales están catalogados como bienes privados del Estado. Hoy en día subsisten respecto a los de dominio público las características clásicas de la titularidad pública (que excluyen la apropiación privada) y la afectación a ciertos fines.

El artículo 1° de la Ley 29618 establece que se presume que el Estado es poseedor de todos los inmuebles de su propiedad. En este sentido, se parte de la lógica inversa, se presume que eres poseedor porque eres propietario. Primero se acredita la propiedad para que luego se presuma que eres poseedor, aunque la utilidad es poco práctica pues vale más la propiedad que la posesión, lo que se busca con este artículo sería prevenir la usurpación de los predios estatales de dominio privado por parte de particulares.

Como se recordará no se puede adquirir por prescripción bienes estatales de dominio público del estado por establecerlo el artículo 73° de la Constitución Política del Perú. Sin embargo en esta norma suprema no se establecido regulación en cuanto a los bienes de dominio privado del estado es por eso que para complementar la inalienabilidad e imprescriptibilidad de estos bienes se da la ley antes referida.

En el artículo 2° declara la imprescriptibilidad de los bienes inmuebles de dominio privado estatal, este artículo es consecuencia del primero, si eres propietario y se presume tu posesión, no cabría la posibilidad de adquirir por prescripción dichos predios, en consecuencia se genera la imprescriptibilidad de los bienes inmuebles de dominio privado estatal.

La Ley no es de aplicación a los predios en propiedad, en posesión o en uso tradicional de las comunidades campesinas y nativas, los cuales se rigen por las leyes de la materia (norma especial). Esto debido a que existe un principio de especialidad, donde la norma especial prima sobre la norma general.

La norma establece también en su única disposición complementaria que las personas que se encuentren ocupando bienes de propiedad estatal, deberán adecuarse a lo dispuesto por esta Ley, salvo los bienes municipales. Acogiéndose a los mecanismos de compraventa establecidos en la Ley 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, y su reglamento, ello para que dichas personas adquieran la propiedad de manera legal y eviten los posibles desahucios o desalojos.

Cabe recordar en este punto que (Sàinz, 1985, pág. 130), indica en su libro “Dominio Público” que para Hans Jürgen Papier, el estatus público se construye a partir de las nociones de poder jurídico absoluto, es decir, tiene que ser respetado por todo el mundo, y de derechos relativos, los cuales establecen el deber de conducta de los terceros frente al titular del derecho. La calificación pública proviene del legislador que llena su contenido del conjunto de derechos y obligaciones del propietario y los terceros. Sin embargo, se presenta excepcionalmente la dualidad o doble estatus cuando se enfrentan los conceptos de propiedad y señorío (potestades del Estado) sobre un mismo bien, aunque bajo una sola titularidad pública.

Es así que esta ley es muy importante para el estado Peruano debido a que constituye la defensa de los bienes inmuebles de dominio privado del estado y la prohibición de que la posesión de alguien sobre el bien le da la posibilidad de ser declarado propietario de este, el problema se presente cuando una norma de inferior jerarquía vulnera y afecta este derecho, es el problema que se plantea, debido a que con esto se ira contra la garantía que da la constitución para la protección del derecho de propiedad.

Es por eso que planteamos la necesidad de la aplicación del control difuso en sede registral para la correcta protección de la Garantía constitucional del derecho de propiedad.

### **7.12.- Defensa constitucional del derecho de propiedad.**

Como se señala en el (Expediente N° 0016-2002-AI/TC, 2003) el derecho a la propiedad no sólo adquiere la categoría constitucional de derecho fundamental, sino que su defensa y promoción se constituyen en garantía institucional para el desarrollo económico.

La defensa e impulso del derecho de propiedad no se debe a que se trata de un instituto constitucional al cual haya que reconocerle una garantía institucional, sino que se trata de un derecho fundamental que objetivamente obliga al poder político a promover y garantizar su pleno cumplimiento.

Como es indicado por (García D. , 1996, pág. 20), en su libro *“La Constitución en el Péndulo”* el desarrollo constitucional en lo relativo a la limitación del ejercicio del poder político ha sido pendular, y que los recaudos a su exceso han aparecido progresivamente. Así tras una rápida revisión histórica, se ha pasado de un esquema en el cual el poder político se encontraba personalizado en la figura del soberano o monarca absoluto (con antecedentes que remontan al caso egipcio), a otro modelo, el actual, donde dicho ejercicio de poder político se halla institucionalizado, es decir, llevado a cabo por un conjunto de instituciones sujetas al principio de legalidad (o de juridicidad).

Se debe tener en cuenta que en la dimensión objetiva de la que es parte el derecho de propiedad, el poder político se vincula a los derechos fundamentales comprometiéndose a garantizar y favorecer su plena vigencia, adquiriendo con ello una serie de obligaciones, no sólo negativas de no acción, sino especialmente positivas de acción, esta dimensión genera así deberes para el poder político, y todos estos deberes de acción y de no actuación promueven la plena vigencia de un contenido constitucional que viene bastante afectado por la función social que constitucionalmente se ha atribuido al ejercicio del derecho de propiedad.

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional termina confundiendo lo que es la garantía institucional con la dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales para el desarrollo económico. Se debe tener en cuenta que el derecho de propiedad es un derecho fundamental cuya dimensión objetiva precisamente obliga al poder político a promover y garantizar su pleno cumplimiento.

Por lo que el estado al ser este derecho uno fundamental y que necesita su institucionalización como garantía establece la procedencia de un proceso de amparo en caso de su vulneración.

Según lo indicado (Avendaño J. , 2009, pág. 957 y ss.), en su libro *“La propiedad en la Constitución”*, la inviolabilidad de la propiedad supone que el Estado la garantiza, es decir, que respetará la propiedad y que la hará respetar. En otros términos, por la inviolabilidad, el propietario no puede ser privado de su derecho, salvo decisión judicial en contrario o caso de expropiación.

Toda contravención manifiesta a ese contenido del derecho de propiedad abrirá una defensa al agraviado en un proceso de amparo. Así, en lo que se refiere a la protección constitucional de la dimensión subjetiva (libertad) y objetiva (deber) del contenido constitucional del derecho de propiedad, con carácter general se puede admitir la validez de la declaración del Tribunal Constitucional.

Se garantiza que el poder estatal o corporativo no invada los ámbitos de la propiedad fuera de lo permisiblemente aceptado por la Norma Fundamental y que la propiedad pueda responder a los supuestos mínimos de uso, usufructo y disposición.

Como muestra (EXP. 0008–2003–AI/TC, 2003), El Tribunal es del parecer que el derecho de propiedad constituye además de un derecho, una garantía institucional. Ha dicho el Supremo intérprete de la Constitución que “nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional. Se trata, en efecto, de un ‘instituto’ constitucionalmente garantizado”.

Figura que nace en y para el concreto sistema jurídico alemán caracterizado por considerar las normas constitucionales sin contenido vinculante para el legislador, y que tiene por finalidad contrarrestar una actividad legislativa arbitraria desarrollada al margen de la norma constitucional, y que se materializa como una garantía constitucional.

Según lo indicado por (Gallego, 1994, pág. 86), en su libro *“Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales”*, en lo que respecta a los derechos fundamentales, se planteó que éstos, al igual que las instituciones reconocidas

constitucionalmente, tienen una relevancia jurídico, política de primer orden, y que, como tales, cuentan con un contenido constitucional que es el que define y caracteriza la esencia de cada uno de ellos, y es sobre todo al que el legislador debe acomodar su actividad de desarrollo normativo. En definitiva se trataba de otorgar una mayor protección a los derechos fundamentales.

Como bien se ha advertido, la doctrina de las garantías institucionales fue “formulada en momentos anteriores de la evolución del constitucionalismo con el propósito de fortalecer determinados contenidos constitucionales frente al legislador, lo que hoy ya no es en absoluto necesario, toda vez que el carácter normativo de la Constitución se encuentra fuera de toda duda, en el ámbito de los derechos fundamentales, reforzado por la exigencia de respeto a su contenido esencial. En el caso peruano, esta figura del contenido constitucional o contenido esencial de los derechos fundamentales, no se encuentra recogida en el texto constitucional, sino que ha sido reconocida jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional.

La garantía institucional no debe ser trasladada para explicar la vinculación de los derechos fundamentales a sus destinatarios, en particular, al poder político, porque ese mismo resultado se obtiene de predicar de los derechos fundamentales la vinculación y respeto al contenido esencial o contenido constitucional de los derechos fundamentales, se debe entender más como una defensa del referido derecho de propiedad.

Doctrinariamente las garantías institucionales son instituciones de orden jurídico, político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales del ordenamiento jurídico y político establecido por la Constitución y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales.

### **7.13.- Limitaciones de la propiedad.**

La propiedad es un derecho fundamental que defiende y garantiza la constitución, esta norma suprema la señala como inviolable, y hasta se puede decir que la concibe como absoluta sin embargo el verdadero contenido de esta tiene sus límites que pueden nacer de la Ley o de la voluntad de las personas.

Como es indicado por (Avendaño F. , 2012, pág. 123), en su artículo *“Límites Convencionales de la Propiedad”*, los límites legales se explican en razón de la función social que cumple la propiedad. La fuente de los mismos está en la Constitución, debido a que según señala el artículo 70 de la Constitución, la propiedad es un derecho inviolable que se debe ejercer en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. Por su lado, el artículo 925 del Código Civil dispone que las restricciones legales de la propiedad no puedan modificarse o suprimirse por acto jurídico.

Se debe tener en cuenta que la propiedad tiene límites en razón de su propio ejercicio también, cuando este es abusivo debido a que la ley no ampara ejercicio abusivo del mismo, por lo que si alguien sufre o está amenazado de un daño porque otro ejerce abusivamente su derecho de propiedad, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios que se genere.

También existen límites que ponen convencionalmente las partes, que por acuerdo llegan a esta, mediante el establecimiento de cláusulas.

La importancia del derecho de propiedad hace que se tenga un cuidado extremo para evitar que se vulnere o prive indebidamente de esta, por lo que se establecen límites.

En ese sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional que el derecho de propiedad si bien es un derecho fundamental de toda persona no faculta a ninguna a desconocer las atribuciones que la Ley de Municipalidades y otras leyes que reconocen a los municipios como personas jurídicas de derecho público llamadas a ordenar la vida social dentro de su respectivo territorio.

Otra limitación la encontramos cuando se solicitó el traslado de dominio por sucesión intestada de una causante de un predio que se encuentra dentro de los 50 Km de frontera. Dado que el heredero era de nacionalidad extranjera, la jurisprudencia Registral declaró no inscribible dicha transferencia.

Por lo que se puede decir que el derecho de propiedad puede ser limitado solo por causas admitidas en la constitución.

#### **7.14.- Expropiaciones.**

Así como cualquier otro derecho fundamental, el derecho de propiedad no es absoluto, toda vez que se encuentra limitado por disposiciones constitucionales expresas o tácitas. Sin embargo, la privación de la propiedad, consecuencia de la potestad expropiatoria del Estado, tiene que cumplir ciertos requisitos, como su condicionamiento al pago previo en efectivo. Si bien nadie puede ser privado de su propiedad, se podrá sacrificar a su titular de la propiedad cuando media causa de seguridad nacional o necesidad pública.

Como señala (Soto, 1996, pág. 88) en su artículo "*La Noción de Acto Administrativo en el Derecho Chileno*" el acto expropiatorio es un acto administrativo, se define como una ordenación racional unilateral dictada por un órgano estatal en ejercicio de función administrativa, que destinada a satisfacer una necesidad pública concreta, produce efectos jurídicos diversos.

La expropiación de conformidad al artículo 2º de la Ley General de Expropiación, Ley Nº 27117, ha sido definida como la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

De conformidad a lo manifestado en (Expropiación STC 5614-2007-PA/TC, 2009) respecto a este procedimiento encontramos que el Estado se encuentra obligado a pagar previamente una indemnización justipreciada que incluya el precio del bien expropiado y la compensación por el eventual perjuicio, que, a su vez, debe ser establecida en el procedimiento expropiatorio. Sólo a través del mencionado desembolso, la expropiación podrá considerarse como válida en tanto límite del derecho a la propiedad.

Se indica también que la expropiación no vulnera el derecho de propiedad, por cuanto los afectados deben ser indemnizados, pues de no ser así contribuirían de un modo discriminatorio y más gravoso con las cargas pública en relación a los demás, esta posición no es del todo cierta debido a que también se dice que mediante la expropiación no sólo se vulnera, sino se priva forzosamente a su titular de la propiedad. Que exista indemnización por haberse realizado esta transferencia no enerva esta situación de privación del derecho. Lo contrario nos llevaría a afirmar que se podría expropiar sin los requisitos excepcionales que

actualmente se establecen en la constitución, toda vez que jamás se afectaría el derecho de propiedad por existir indemnización.

De conformidad a lo señalado por (Corral, 2006, pág. 1380), El supuesto más difundido es el del cambio de zonificación. Una persona compra un terreno a fin de iniciar la construcción de una fábrica, toda vez que la zonificación se lo permite. Luego de algunos años, cambia la gestión municipal y la zonificación cambia a residencial, por lo que la empresa vería mermada la rentabilidad de su propiedad. Este supuesto de las denominadas expropiaciones regulatorias ya ha sido introducido por algún magistrado del Tribunal Constitucional, sin embargo aún no se ha difundido su aplicación.

Mediante (Reversión a favor del Estado Resolución N° 083-2001/SBN, 2001) se solicita declare inaplicable mediante el cual se pretendía revertir un terreno de 20,476.00 metros cuadrados. El Procurador Público Adjunto del Ministerio de Economía y Finanzas, indicó que mediante las leyes especiales Nos 11061, 14197, 17716, 17719, 18460, 19462, 19555 y 19959, y demás disposiciones conexas y complementarias, se dispuso la reversión a favor del Estado de terrenos que tenían la calidad de eriazos.

Dicha entidad indicó que debió notificarse a los titulares registrales “, sin embargo, contando con dicha información, tampoco notificó a los ahora demandantes del procedimiento administrativo en trámite. Colisionando ello con lo dispuesto con el Art. 70 de la actual constitución.

Debe tomarse en cuenta que el quinto considerando del Decreto Supremo N.º 023-2004-PCM, del 23.3.2004, reconoció, “Que, el Estado Peruano asume el dominio de aquellos terrenos eriazos ubicados en el territorio nacional, excepto aquellos de propiedad privada inscrita en los Registros Públicos, ejerciendo los atributos conforme a las leyes de la materia y normas reglamentarias pertinentes”.

Visto la importancia del presente tema y la necesidad de la defensa del derecho de propiedad para garantizar su protección y aplicación se debe asegurar que la aplicación del mismo no vulnere el derecho de propiedad.

## **CAPITULO VIII**

### **EL REGISTRADOR PÚBLICO EN EL SISTEMA JURIDICO COMPARADO Y PERUANO**

#### **8.1.- Sistema registral en la historia.**

Se puede decir que los sistemas registrales son un conjunto de principios que busca lograr la seguridad jurídica sobre la disposición y cualquier relación real sobre los bienes mediante la constitución de un Registro de Propiedad inmueble, ofreciendo con ellos una garantía para el crédito hipotecario.

Como afirma (Cornejo, 2001, pág. 17), en su libro "*Derecho Registral*" cuando se habla de sistemas registrales se hace referencia a las diversas formas en las que se pueden organizar los registros inmobiliarios, así también como los diferentes efectos que estos puede tener la inscripción, no solo en cuanto a ser declarativa o constitutiva sino también en lo concerniente a la protección de los terceros.

Además de garantizar la oponibilidad frente a terceros sea del derecho de propiedad como del derecho de garantía.

#### **8.2.- Los sistemas registrales su clasificación**

Debemos entender que un sistema es un conjunto ordenado de normas que regulan los procedimientos especiales, en este caso registrales; es decir son las bases para la inscripción registral y a través de ellos se especifican los efectos que tendrá la inscripción registral frente a terceros.

Cabe señalar que (LACRUZ, 1995, pág. 28), en su libro "*Derecho Inmobiliario y Registral*" indica que un sistema registral puede ser considerado como un conjunto de normas que en un país determinado regulan las formas de publicidad de los derechos reales sobre bienes inmuebles mediante el registro de la propiedad, así como el régimen y organización de esa institución.

Se debe tener en cuenta que los sistemas registrales a los que se hace referencia se pueden clasificarse de diferentes formas, entre ellas por los efectos

de la inscripción estos pueden ser constitutivos o declarativos, en cuanto a los primeros con la inscripción se constituye un derecho real en el sistema peruano un ejemplo claro es la hipoteca, este derecho real de garantía se constituye con su inscripción; sin embargo en el declarativo se publica un derecho ya constituido y la inscripción genera la oponibilidad frente a terceros.

Otra forma en la que se puede clasificar los sistemas registrales es el folio real y el folio personal, en el primero se abre una partida registral por cada bien inscrito o finca inscrita en mérito del principio de especialidad, en la segunda se abre una partida registral por cada persona.

En este punto se debe indicar que (I.J. Fontbona, 1990, pág. 973), en su artículo "*Estudio de Cuestiones, Folio Real*" manifiesta que el folio real no caracteriza a un sistema registral típico; que no es correcto ni se ajusta a derecho afirmar que un sistema registral es sustantivo porque utiliza en el proceso de inscripción la técnica denominada del folio real.

También se puede afirmar que un sistema se clasifica por si su asiento es de transcripción o de inscripción en el primero se plasma íntegramente el documento que se archiva en el asiento registral, y genera la inoponibilidad; en el segundo solo se publicita lo que es relevante, es decir un resumen de lo que se presenta.

Si tenemos en cuenta la relación con la causa del negocio jurídico tenemos un sistema de tipo abstracto o de tipo causal, el primero está totalmente separado de la causa o de la obligación, en el caso de la tipo causal la inscripción tiene una base causal, es decir se sustenta en el negocio causal.

Es de esta forma que los sistemas registrales pueden tener diferentes bases o sustentos y se tomara y cada legislación hace su elección al respecto.

### **8.3.- Sistema registral comparado.**

#### **8.3.1.- Sistema Francés**

En el derecho francés antiguo se tiene una influencia del sistema germánico de transmisión de propiedad, luego con la llegada del derecho romano se establecen los sistemas de derecho escrito.

Señala (Hernandez A. , 1969, pág. 51), en su libro *“La Función Social de la Posesión”* que por el sur de Francia predomina la influencia del derecho romano y es suficiente la tradición y la del derecho de costumbres; por el norte se mantienen los principios del derecho germano, siendo indispensable la solemnidad de la “investidura” que cumplía una función publicitaria.

En este sistema se instaura un registro fundado en la inoponibilidad de títulos inscritos; sin embargo es así que la inscripción de la hipoteca es pues algo más que inoponibilidad es también constitución del derecho, y demás la eficacia del derecho depende de su prioridad (rango).

Su regulación se fundamenta en la Ley de Publicidad Fundaría de 1955, que sustituyó a la Ley de Transcripción de 1855, el Código Civil y disposiciones de rango inferior.

La doctrina y la jurisprudencia como afirma (Cornejo, 2001, pág. 18), en su libro *“Derecho Registral”*, hizo hincapié sobre la necesidad de una buena organización de la publicidad inmobiliaria en el sistema Francés.

Es así que la oficina del Registro Francés funciona mediante la organización de ciertos Libros.-

El Libro de depósitos es una especie de Libro de presentación, en que el conservador o encargado indica, diariamente, los documentos presentados. Su principal función es la de determinar el orden de prioridad registral.

El Libro de formalizaciones está integrado por tomos en que se encuadernan los duplicados de los documentos presentados.

Junto a estos libros, y para facilitar su consulta, se encuentra el “fichero inmobiliario”, que no produce efectos jurídicos, sino simplemente instrumentales para facilitar la consulta de los libros.

Se debe tener en cuenta además que el registro es público, es decir los archiveros deben expedir a quien lo solicite copia o extracto de los documentos y del fichero inmobiliario.

Como señala (Alvarez J. , 2010, pág. 191), en su libro *“Derecho Inmobiliario Registral”* que la principal innovación frente al sistema histórico hispano en el que se inspira es la noción de rango hipotecario, para organizar y asegurar el crédito hipotecario.

Dentro del procedimiento registral francés, rige el principio de rogación es decir se actúa a instancia de parte a pesar de que se trata de actos de transcripción obligatoria

El principio de legalidad se puede ver desde dos puntos de vista de titulación auténtica, en documento público, o privado protocolizado, la calificación registral es limitada y los asientos se practican por el sistema de transcripción por archivo, los títulos se archivan por titulares y orden cronológico.

(Peña, 2015, pág. 721), en la Revista *“Critica de Derecho inmobiliario”* afirma que el fichero de inmuebles es una de las principales innovaciones que se introducido para modernizar el sistema, tiende a aproximarlos, en ese sector, a los registros basados en el llamado folio real.

Se debe tener en cuenta que el registro no publica derechos, sino actos relativos a ellos, se emplea el sistema de listas, que se estiman cerradas; generalizando, son registrables los actos relativos a derechos reales inmobiliarios y actos de trascendencia real.

Como señala (Moisset d. E., 2015, pág. 85) en su libro *“Publicidad Registral”* la inscripción en el sistema francés es meramente declarativa; todas las mutaciones jurídico reales, incluso la constitución de hipoteca, se constituyen extra registralmente. No obstante, el registro es obligatorio, no para las partes, sino para los Notarios, Abogados, Procuradores y Autoridades administrativas que intervengan en los actos inscribibles, bajo pena de multa.

El sistema francés concede plena eficacia al principio de prioridad, pero desconoce los de legitimación y fe pública.

Con la reforma de 1955 se concede al conservador ciertas facultades calificadoras se exige el tracto, amplía la lista de los actos registrables y establece la plena correlación entre Registro y Catastro; sin embargo es insuficiente la protección al tercero, que genera inseguridad en el tráfico jurídico, es decir que el título inscrito aunque exista no perjudica a tercero.

Por tanto en este sistema es uno de tipo personal lo que no implica que no pueda instaurarse un fichero inmobiliario para lo que se refiere a bienes inmuebles, sin embargo en este también se habla de la defensa del derecho de terceros que celebran confiados en el registro público.

### **8.3.2.- Sistema Español**

En este sistema registral para que opere la transmisión de un bien debe haber justo título y tradición, asimismo se reconoce el principio de Fe pública registral, es decir la protección del tercero registral de buena fe que contrata confiado en el registro público.

Como señalan (Sancho y Lacruz , 1968, pág. 64 y 65) en su libro "*Derecho Inmobiliario Registral*", la doctrina española enuncia las reglas fundamentales que dan fisonomía propia al sistema, extrayendo de ellas una serie de principios, y aunque no hay absoluta coincidencia en su enumeración, ni con respecto a su importancia, es indispensable recurrir a esta sistematización para una mejor comprensión del problema.

Los funcionarios responsables de realizar el análisis de los documentos presentados o mejor dicho la calificación registral, son los registradores públicos como miembros del estado y supervisados por la Dirección General de los

Registros Públicos y del Notariado, estos funcionarios están asociados al Colegio de los Registradores de España.

Según lo manifestado por (Ruben, 1983, pág. 28), en su libro “*Manual de Derecho Registral y Notarial*”, El ordenamiento registral español fue establecido en su sustancia por la Ley Hipotecaria de 1861, radicando su importancia en el hecho de ser fuente de la mayoría de las legislaciones americanas entre ellas el régimen registral peruano.

Es así que este sistema es muy parecido al derecho registral peruano con la diferencia que en este se defiende también al tercero registral a título gratuito, caso que en el Perú se excluye.

### **8.3.3.- Sistema Italiano**

En este sistema tenemos que en el Código Civil de 1942 acoge el llamado sistema de transcripción, y el sistema de tabulación austríaco que se encuentra vigente en las provincias que fueron dominio de los Habsburgo, o del Alto Adigio, incorporadas a Italia tras la guerra europea de 1914.

Como señalan (Manzano A. y Manzano M., 2008, pág. 79) en su libro “*Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*”, el doctor *GARCÍA* critica negativamente el sistema italiano de transcripción en lo relativo a la organización y funcionamiento del Registro, pero destaca los importantes efectos sustantivos de la publicidad, que dan base para una posición pluralista sobre los requisitos y efectos del concepto de tercero.

Es importante señalar que el sistema de la transcripción tiene como finalidad la publicidad de la propiedad y derechos reales y su inscripción debido a que tiene un efecto constitutivo en cuanto a la hipoteca; esta transcripción tiene la calidad de *numerus clausus*.

En la transcripción se aplica el folio personal, aquí no hay calificación de los títulos, la inscripción lleva a publicidad que genera oponibilidad.

En cuanto al sistema in tabulas que existe en Italia se rige por el principio de inscripción generándose la legitimación del titular y eficacia del asiento; La fe

pública registral, en este la calificación registral es rígida debido a que el texto del asiento contiene la orden de inscripción que emite el Juez tabular.

#### **8.3.4.- Sistema Torrens**

Este sistema es llamado también de registro de fincas, es muy aplicado en el mundo, quien lo inicia es Robert Richard Torrens que lo introduce en el sur de Australia y luego se extiende a casi todo este país, este sistema se funda en título constitutivo de propiedad proveniente directamente de la corona Británica.

Como señala (Baz, 1980, pág. 63), en la su artículo *“Derecho Inmobiliario e Hipotecario Inglés”*, antiguamente cuando Australia era colonia inglesa, se regía por el common law, por lo cual todos los inmuebles pertenecía a la corona, quien podía entregárselo a quienes los seguían y servían es decir sus súbditos y esta era una forma de adquirir que hacia inatacable el derecho adquirido o podían adquirir de forma derivativa donde corrían con el riesgo de las dobles ventas o gravámenes ocultos.

Se debe tener en cuenta que en este sistema se logra una mayor seguridad jurídica por parte del registro debido a que a través de esta la matriculación debe acompañar planos y otros documentos necesarios para justificar el derecho que se tiene.

Es así que en este sistema registral con los documento presentados se realiza un análisis físico y legal del mismo que determina la inscripción asimismo se otorga un plazo para que se opongan quienes crean tener derecho afectados lo que genera que puedan oponerse a la inscripción. Es así que con la inscripción del derecho y expedición del certificado del derecho inscrito se evita la doble venta y la sorpresa de gravámenes ocultos.

En cuanto a (Alvarez J. , 1986, pág. 88), en su libro *“Derecho Inmobiliario Registra”*, señala que como inconveniente en la matriculación de los inmuebles resulta larga y costosa y que en las transferencias ulteriores pueden consumarse fraudes por quien, sin ser el verdadero propietario, estuviese en posesión del certificado y presentara una solicitud de transferencia falsificando la firma del dueño.

Y es que se debe tenerse en cuenta que en este registro luego de la inscripción se entrega un certificado que acredita la propiedad, el que debe dar la seguridad jurídica y lo que lo hace oponible a quien no se encuentra registrado.

Es necesario señalar que en este sistema el registro es constitutivo es decir la inscripción lleva a la existencia jurídica de un acto por tanto se entiende que el sistema es uno de tipo convalidantes.

La titularidad del dominio y los demás derechos reales depende de la inscripción de los títulos. No existe diversidad entre realidad registral y realidad jurídica, quien inscribe logra una posición jurídica inatacable. Sin embargo la titularidad registral puede ser impugnada en supuestos excepcionales como la incapacidad o insuficiencia del poder del disponente, nulidad del título registrado, error o fraude en los documentos o en el Registro.

La fuerza de la inscripción se encuentra en el Registro mismo y no en el duplicado del certificado de titularidad, pues este sólo es eficaz si coincide con el documento registrado.

Caracteriza a este sistema que existe un "fondo de seguro" para indemnizar a aquellas personas que sin tener culpa, hayan sido privadas de su derecho por la aplicación del sistema y sólo entra en funciones cuando no puede obtenerse el resarcimiento de otro modo.

El sistema Torrens es considerado eficiente, pero a la vez eficaz solo en el caso de Australia, pero no para otros países donde se necesita más de la instrumentalidad para el ingreso a registros públicos por lo complejo de sus relaciones contractuales.

### **8.3.5.- Sistema de Estados Unidos de Norteamérica**

Este sistema tuvo como su principal influencia el sistema inglés, sin embargo dejaron de lado el Common Law, y adoptaron el registro de instrumentos o recording, estableciendo de esta manera la inscripción para que las hipotecas, ventas o cesiones y herencias tuvieran eficacia frente a personas distintas del transmitente y sus causahabientes.

Cabe señalar que en la actualidad casi todos los estados que conforma EEUU tienen leyes con la finalidad de que todo interesado pueda llegar a saber, a través del Registro, si el transmitente es o no dueño del derecho que transmite.

Es así que (Morro, 1986, pág. 99), en su libro *“Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos”* señala que este sistema no regula un sistema de inscripción que garantizaba la no existencia de otros contratos y se brindaba como garantías un seguro en caso de una afectación.

Es así que en este sistema existen dos sistemas propios el recording que es el que rige la mayoría de estados referido a un registro de títulos, que se fundamenta en el principio de inoponibilidad de títulos no inscritos y al que se ha llamado también el registro de contratos que se basa el principio de buena fe en la adquisición, en este sistema que rige los estados norteamericanos no se garantiza la prioridad y el registro es meramente informático lo que genera una inseguridad para lo terceros contratantes y el registro deja de cumplir el fin para el cual fue creado que es seguridad jurídica, debido a que no registra transmisiones forzosas o mortis causa.

Para conocer la titularidad de bien en este sistema se debe realizar una investigación detallada del registro y de circunstancias extra registrales algunas muy difíciles de determinar, este análisis e investigación es realizada por una persona capacitada y conocedora en la materia que generalmente es un abogado.

El otro sistema que existe con sistema de recording es el torrens o conocido como el registro de fincas en donde se apuesta por un catastro de predios y la defensa del tercero de buena fe, publicidad de los actos registrados, muy poco practicado en los Estados Unidos.

Como señala (Alvarez J. , 2010, págs. 197-198), en su libro *“Derecho Inmobiliario Registral”*, el seguro de títulos es el que ha hecho innecesaria en sistema norteamericano la evolución interna de la publicidad, debido a que mediante a la suscripción de una póliza garantizan al adquiriente, no la firmeza de sus adquisición, sino la cobertura de las consecuencias económicas de la falta de propiedad del transmitente o de los gravámenes ocultos de la finca.

Debemos entender que por tanto que el sistema norteamericano es uno que genera muchas inseguridades y la única garantía que reciben es si contratan un seguro que obliga a la compañía aseguradora a defender judicialmente el derecho comprendido en la póliza.

### 8.3.6.- Sistema Alemán

Recordemos que en el siglo XII, los pueblos germánicos cambiaron la forma tradicional por la forma insertar en un acta de investidura judicial o el documento negocial, constituyendo de esta forma un Registro público compuesto por libros territoriales, aunque el inmediato antecedente del moderno Registro se encuentra en Múnich, que establece el sistema de folio real hacia 1484

Con el Derecho romano, el régimen inmobiliario germánico sufre un grave quebranto, dividiendo a la doctrina científica entre los que exigían tradición e inscripción para la transmisión del dominio, y los que consideraban suficiente la tradición.

Es En el siglo XVII que se produce el resurgimiento del Derecho alemán y aparecen de nuevo los Registros inmobiliarios, con el Edicto de 1693 se crea el Libro Jurídico y Catastral, en el que se inscribían las fincas, las hipotecas y sus titulares y se declaraba nulo todo acto adquisitivo no inscrito.

Señala (Moisset d. E., 2015, pág. 86), en su libro *“Publicidad Registral”* que el sistema alemán se sustenta principalmente en el registro de los inmuebles o fincas, que se concreta en la llamada “hoja fundaría” o “folio real”.

Se organiza un Registro con efectos de presunción de exactitud, plena protección de terceros e inscripción constitutiva, como regla general; en los Registros del Norte la inscripción produce plena eficacia formal y sustantiva.

Es un Registro de numerus clausus, en el que los derechos inscribibles no sólo están tasados o limitados, sino que, además, son derechos tipificados y la voluntad no puede alterarlos, las reglas que lo rigen son básicas y los principios registrales constituyen la esencia jurídica del sistema.

En cuanto a los bienes y derechos inscribibles, la regla general es que son inscribibles la transmisión del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Hay un conjunto de bienes cuya transmisión puede operarse sin el requisito de la inscripción: fincas del Estado, de los Municipios y de las Mancomunidades, de las Iglesias, Conventos y Escuelas, corrientes de agua, caminos públicos y, en general, las destinadas a una finalidad viaria o de tráfico; pero la Ordenanza permite que puedan inscribirse mediante instancia de los propietarios o de un titular.

En cuanto a cómo se organiza el Registro Alemán se hablaba tradicionalmente del de un Juez de Registro que como afirman (Manzano A. y Manzano M., 2008, pág. 87) en su libro *“Instituciones del Derecho Registral Inmobiliario”* el registrador alemán es un funcionario de categoría superior de la Administración de Justicia, independiente en sus decisiones y autónomo. La función registral que desarrolla es una actividad de jurisdicción voluntaria, no administrativa.

En este sistema por la jurisprudencia se ha ampliado la calificación del registrador al conocimiento que pueda tener este en la realidad extra registral, debido a que se señala que este no debe colaborar con la inexactitud registral.

Por tanto como se advierte al ser este un sistema de tipo constitutivo es decir que se necesita de la inscripción del acto para que se constituya, el registrador que es el administrador de justicia debe hacer prevalecer su norma suprema como fin de defensa del derecho al cual se brinda seguridad jurídica a través de la inscripción.

### **8.3.7.- Sistema Peruano.**

Este sistema tiene como influencia el sistema francés, es uno de tipo declarativo, es decir, la inscripción no constituye un derecho sino que publicita uno que ya existente, debido a que nuestra legislación civil señala que con el consentimiento entre las partes ya se configura la transferencia, es decir el registro es solo un instrumento que brinda seguridad jurídica a quien es diligente y registra.

Como señala (Gazzoni, 1988, pág. 281) en su libro *“Manual de Derecho Privado”*, la función de la inscripción declarativa es dirimir los conflictos entre varios adquirentes provenientes de un transmitente común siempre que se refiera al mismo bien.

Nuestro sistema genera el efecto erga omnes es decir lo inscrito es oponible frente terceros, esto se entiende en cuanto a que lo inscrito y publicitado registralmente genera efectos frente a los terceros en los contratos que celebre.

Asimismo se defiende al tercero de buena fe que confiado en lo que consta registrado celebra con quien figura en registros públicos como titular registral, siempre que el acto celebrado sea a título oneroso.

Sin embargo el problema de este sistema es que la seguridad jurídica que brinda se basa en la calificación registral que realizan las instancias registrales,

especialmente el registrador público que muchas veces para la inscripción prima normas registrales sobre las normas superiores como la constitución afectando derechos fundamentales entre ellos el derecho de propiedad.

#### **8.4.- Teoría del Órgano.**

(Méndez, 1949, pág. 11 y 19), en su libro *“Teoría del Órgano”* manifiesta que el órgano en la doctrina puede entenderse como representación, como fracción o porción perfectamente determinada en la estructura del Estado, o en un orden puramente expositivo, como instrumento o medio. Esta teoría puede abordarse desde dos planos: uno estático-objetivo y otro dinámico-subjetivo, el primero está referido a una porción funcional nominada y definida por la constitución o la ley, es decir una parte determinada en la estructura del Estado, una unidad técnica. En cambio, con el segundo, nos enfocamos en el elemento subjetivo, cuya energía mental y física animan la unidad técnica.

Por tanto debemos entender la teoría del órgano, teniendo como punto de partida la idea que todas las personas jurídicas expresan su voluntad a través de órganos que la integran y la representan, esta teoría en el ámbito registral se expresa a través de sus instancias registrales, el registrador público en primera instancia y el tribunal registral en segunda instancia .

Esta teoría tiene su origen en el sistema alemán y explica el procedimiento de imputación de la voluntad humana a la persona jurídica, es decir señala como a través estos representantes y su toma de decisiones se expresa la voluntad de la persona jurídica a la cual representan.

Teniendo en cuenta que (Larenz, 1974, pág. 756), en su libro *“Tratado de Derecho Civil Alemán”*, manifiesta que la representación, teniendo en cuenta la transferencia de los efectos jurídicos, señalando que la naturaleza o significado jurídico de la representación consiste en que el representante celebra en lugar del representado un negocio para éste, el cual es considerado respecto a sus efectos jurídicos, como un negocio del propio representado. La celebración de un negocio jurídico para otro, con el efecto de que éste, y no el propio agente, llega a ser parte en el negocio, constituye el concepto de representación.

Por tanto el órgano no debe ser entendido como un sujeto de derecho independiente del Estado es decir no tiene personalidad jurídica propia, sino debe

ser considerado como un ente que forma parte de la estructura del estado, teniendo funciones delimitadas para su desempeño.

Los órganos normalmente estarán constituidos por cargos que tienen funciones establecidas por el Estado, esto no impide que por muchas razones estos órganos puedan aumentar o disminuir competencias según los requerimientos de la función y de la representación que realicen.

Cuando se ingresa a la administración pública, es sujeto de derechos frente al Estado, así como también está sujeto a diversas limitaciones; en el cual puede ubicar la distinción, entre los supuestos de vinculación entre funcionario público y administración, sea interna y externa.

(Méndez, 1949, pág. 32), en su libro "*La teoría del órgano*" señala que la voluntad orgánica de esta manera se identifica con la acción del hombre que es su sostén, y tanto en su aspecto técnico como material refleja objetivamente ese esfuerzo natural.

Se puede decir que un funcionario público se encontraría dentro de una institución que tiene en su estructura una diversidad compleja de órgano que se vinculan entre sí, y que tienen una relación de jerarquía o complementariedad; por tanto el Registrador Público en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos es un funcionario Público, que ocupa lo que en la doctrina se denomina un órgano simple que cumple una labor de suma importancia debido a que realiza la función calificadora que se encarga de brindar la seguridad jurídica necesaria para la oponibilidad del derecho inscrito frente a terceros.

En el procedimiento registral el Registrador Público es considerado un órgano de primera instancia que analiza la procedencia a no de un acto rogado, es decir constituye una voluntad humana del funcionario registral para el desenvolvimiento de su acción registral, que materializa así la voluntad del órgano al cual representa. Materializándose esta voluntad a través del acto de la calificación que lleva a la inscripción, observación, tacha o liquidación, ejercida por la potestad delegada, muta está en la voluntad del órgano.

Cabe señalar que el vínculo entre el órgano y el funcionario registral se inicia con el contrato estableciéndose así la representación del primero por este último y configurándose la teoría del órgano, y sustentando de esta manera la posición de la presente investigación en cuanto a la necesidad de atribución de la facultad de aplicación del control difuso al Registrador Publico.

### **8.5.- Regulación constitucional de la función registral**

La constitución política del Perú en su capítulo IV regula la función pública, señalado en su artículo 39 primer párrafo que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación.

Una de las funciones de estos funcionarios es que a través de sus labores se encarguen de garantizar la defensa de los derechos fundamentales, entre estos el de propiedad.

Recordemos que como manifiesta (SUNARP, 2017) en su *“Misión”* La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos otorgar seguridad jurídica y brindar certidumbre respecto a la titularidad de los diferentes derechos que en él se registran, teniendo como soporte de desarrollo: la modernización, simplificación, integración y la especialización de la función registral en todo el país, en beneficio de la sociedad.

Por lo que el Registrador Público al ser un Funcionario Público se encuentra regulado su ingreso a la función pública por lo normado en nuestra constitución, como defensor de la seguridad jurídica y que se encarga de garantizar el tráfico comercial, además de velar por los derechos fundamentales garantizados en la norma base del país, la constitución política del Perú.

Se debe considerar que al ser la función registral una de tipo administrativa también se encuentra normada por la Ley de Procedimiento administrativo general 27444, que tiene como principio importante el que señala que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los cuales les fueron conferidas.

Por lo que se puede decir que como funcionario de la administración pública debe velar por el cumplimiento de constitución sobre cualquier norma sea especial o general de inferior jerarquía.

### **8.6.- Fin del registrador publico**

El registrador público es un funcionario público que trabaja para la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, tiene como principal función

cumplir con la finalidad de brindar seguridad jurídica a través de inscripción registral.

Según manifiesta (Kiriakidis, 2003, pág. 4) en su libro *“Notas Sobre la Situación Jurídica de Contratados por la Administración Pública”* funcionario público es toda persona natural que en virtud de nombramiento expedido por autoridad competente, se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada, con carácter permanente, y concluye que los empleados públicos son servidores públicos.

Se debe entender que el registrador publico realiza la labor de la calificación de los actos rogados con el fin de establecer la procedencia o no de la Inscripción registral y publicitar actos, contratos, derechos y titularidades de las personas de manera oportuna, inclusiva, transparente, predecible y eficiente.

El principal fin que tiene este funcionario público es brindar a través de la inscripción registral seguridad jurídica, es decir preservar el derecho adquirido, mediante la oponibilidad frente a terceros y la protección del tercero de buena fe que celebra actos onerosos confiado en lo que consta registrado y publicitado.

Cumpliendo de lo establecido por (Ley 26366, 1994), “Ley de Creación de la Sunarp” en su artículo 3 Inc. b señala como garantía del Sistema Nacional de los Registros Públicos la intangibilidad del contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio posterior o sentencia judicial firme.

Este funcionario tiene autonomía en el ejercicio de su función registral, es decir ejercer su labor libremente y sin presiones, según esta facultad el registrador público al realizar su labor de calificación registral para analizar al procedencia o no de la inscripción de los actos registrales, debe tener como base la norma suprema de nuestro país es decir deberían hacer primar la constitución sobre normas de inferior jerarquía, como los precedentes registrales.

Sin embargo la realidad es que a este funcionario público se lo obliga a ser legalista y pegarse a la legislación registral, sea reglamento, precedentes, y normas registrales, es decir a verificar solo la formalidad de los actos materia de inscripción.

En ese sentido la labor que cumple el registrador público es fundamental para la seguridad jurídica en nuestro país debido a que la inscripción registral y su publicidad son importantes y necesarias para la realización de diversas transacciones, en los procesos o trámites judiciales, notariales, administrativos, etc.

### **8.7.- Seguridad jurídica registral**

Según lo manifestado por (Chico, 2015, pág. 799), en el artículo de “*Proyecciones de la Seguridad Jurídica*”, la seguridad jurídica es un valor que constituye un medio del que se vale el ordenamiento para obtener el valor principal, teniendo en cuenta que el derecho registral se encuentra al servicio del valor seguridad.

Por lo que el derecho registral tiene por objetivo buscar y defender una justicia de tipo objetivo, cautelar, social de orden público y que tiene como razón de ser la defensa jurídica del titular registral inscrito.

Como señala (Sandoval C. j., 2014, pág. 96), en su libro “*Seguridad Jurídica y Cien Años de Soledad*”, la actividad registral que permite hacer efectivo el principio de seguridad jurídica como señala la Cuarta Sala del Tribunal Registral es “La particular organización de los principios registrales configura el sistema registral que cada Estado adopta para otorgar seguridad jurídica mediante la publicidad. Estos principios constituyen rasgos o caracteres básicos de un sistema registral, y de ellos depende la eficacia de la seguridad jurídica registral, los que pueden ser *formales* y sustantivos.

Por tanto estos principios que organizados forman la seguridad jurídica mediante la publicidad proporcionan la oponibilidad del derecho inscrito frente a terceros, es decir prima lo inscrito ante aquella persona que señale no conocer la realidad registral que consta en el registro público al cual corresponda, en eso consiste la seguridad registral dar la tranquilidad a quien es diligente al realizar cualquier acto confiado en lo que consta registrado.

Debemos tener en cuenta como lo que afirma (Garazatua, 2011, pág. 170), en su artículo, “*La Seguridad Jurídica en el Sistema Registral*” en el caso del sistema jurídico peruano, ya el Tribunal Constitucional ha establecido que la noción de seguridad jurídica, aun cuando no está contenida en una norma

constitucional escrita, constituye un indiscutible principio jurídico de rango constitucional.

Lo antes señalado se verifica en lo resuelto en la (Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 016-2002-AI/TC (Lima), 2002), que establece que la seguridad jurídica “forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad”.

Por lo que la seguridad jurídica ya es un término reconocido a nivel constitucional dándole un efecto erga omnes, que tiene previsibilidad y certidumbre respecto a las consecuencias jurídicas ante un suceso determinado.

Debemos tener en cuenta también que la Seguridad Jurídica plena en el ámbito Registral, tiene su sustento en la protección del tráfico inmobiliario, y que está contenido en la idea de que el tercero adquirente de buena fe y a título oneroso que confiando en lo que consta en el Registro público, será mantenido en su adquisición, aunque quien transmite no sea su verdadero dueño, defendiéndose de esta manera la fe pública registral.

Se puede decir que todas las legislaciones modernas, según sus posibilidades jurídicas y técnicas, necesitan implementar un eficiente y adecuado sistema de publicidad registral que proporcione la seguridad jurídica a la propiedad y al tráfico jurídico de bienes, lográndose de esta manera una correcta protección del derecho propiedad que implican una protección social.

La seguridad jurídica registral que brindan los Registros Públicos, debe legitimar o asegura el derecho inscrito, para lo cual el funcionario público encargado de realizar la calificación registral es el Registrador Publico quien realiza el análisis necesario para establecer que el acto que se quiere inscribir cumple los requisitos necesarios para su registro, debe estar facultado para ejercer control difuso, es decir que cuando una ley o norma transgreda una norma constitucional que proteja el derecho de propiedad, prime la norma constitucional en mérito al principio de supremacía de normativa.

Todo lo antes señalado se sustenta en que los registros son parte del Sistema de Seguridad Jurídica que ayuda a prevenir los conflictos entre particulares de los juzgados, y contribuye a la paz social, ya que tiene como principal función, facilitar el tráfico comercial mediante la publicidad de lo registrado, de acuerdo al sistema legal respectivo.

Teniendo en cuenta lo antes señalado al ser el registro público la entidad que vela por el cumplimiento de la normativa registral y quien brinda la seguridad jurídica a través de la inscripción, debe esta garantizar la defensa del derecho de propiedad y el cumplimiento de la normativa constitucional, y evitar cualquier forma de transgresión de la misma.

Como afirma (Moisset d. E., 2015, pág. 419), en su libro "*Publicidad Registral*", el derecho registral sirve de instrumento a la seguridad jurídica, al hacer fácilmente cognoscible un serie de relaciones o situaciones jurídicas, según se trate de registro de cosas, o de personas, de manera que quien necesita contar con esos datos puede hacerlos con facilidad y certeza.

En conclusión, lograremos una eficiente seguridad jurídica facultando al registrador público a que ejerza control difuso en caso de transgresión constitucional por una norma registral (precedente de observancia obligatoria registral), garantizando de esta manera la defensa del derecho de propiedad, y que el derecho inscrito tenga la legitimidad necesaria que permita la oponibilidad frente a terceros.

### **8.8.- Calificación registral en el sistema peruano y en la legislación comparada**

Debemos entender que la calificación registral es la función que se le atribuye al registrador público como funcionario de los registros públicos; como afirman (González y Martínez, 1948, pág. 434) en su libro "*Estudios de Derecho Hipotecario*", es una función a través de la cual se establece como una facultad y deber del registrador de efectuar un estudio previo de los documentos que pretenden inscribirse y pronunciarse sobre su admisibilidad o rechazo de la inscripción de los mismos.

Es decir la calificación registral es una evaluación integral de los documentos presentados para inscripción, así como la evaluación de la capacidad de los otorgantes, y titularidad de derechos que corresponden a los otorgantes.

Según manifiesta (Anaya, 2009, pág. 176), en su Libro *“Límites a la Función calificadora del Registrador”* que la calificación registral puede ser definida como el “control, examen o enjuiciamiento que realiza el registrador de los títulos presentados al registro a efectos de determinar si el derecho o la situación jurídica que se pretende publicitar cumple o no con los requisitos previstos en la normativa legal correspondiente y de esa manera decidir si merece la acogida registral solicitada.

Al registro público ingresan actos contenidos en un título que implican un cambio de la situación jurídica registral, es decir actos que sirven de base a la constitución, transmisión, declaración, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes.

Se debe tener en cuenta que como señala (Aliaga L. y., 2016, pág. 25) en su artículo *“Alcances del control difuso en el ámbito registral”* la calificación consiste en el juicio de valor que hace el registrador respecto a los documentos presentados como órgano imparcial y distinto del autor de los documentos, para determinar si se adaptan o no a la legalidad del ordenamiento jurídico, y a los efectos de extender la inscripción o de suspender o denegar, en su caso, la práctica de la misma”.

Es importante comprender que la calificación registral constituye un vehículo a través del cual los registros públicos brindan seguridad jurídica registral que protege al tercero de buena fe que contrata confiado a lo que consta registrado y a cuya información se accede a través de la publicidad registral, la cual hace los derechos inscritos oponibles a terceros.

Consideremos que la facultad de calificación del Registrador Público es una delegación que la ley concede a quien la ejerce, dándole la función de revisor jurídico de la legalidad, por lo que esta facultad debe ejercerse teniendo en cuenta y respetando la norma suprema (Constitución Política del Perú).

En la legislación española como señala (Moisset d. E., 2015, pág. 214) que si la función del registrador público se limitara al estudio de las formas extrínsecas, es decir del instrumento público en sí mismo, no podría de ninguna manera analizar el contenido del acto instrumentado, ni pronunciarse sobre la falta de capacidad ni voluntad de los otorgantes. El acto instrumentado y su contenido, son la parte intrínseca del título que se lleva al Registro y si llegamos a admitir que el registrador alguno de estos aspectos, nunca podrá serlo sobre la base de la primera parte del artículo 8, Ley 17.801.

En la legislación peruana la calificación registral se encuentra regulada en el 2011 del Código Civil y en el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos en estos se regula la calificación registral como el proceso que se efectúa aplicándose los principios registrales, los cuales constituyen la base y los límites a partir de los cuales el registrador publico comprueba la legalidad del título y su compatibilidad con los antecedentes registrales, es decir es el examen que el registrador hace de los documentos presentados para determinar si el mismo puede o no acceder al registro.

Cabe señalar que esta calificación registral también se encuentra regulada en los artículos 31, 32 y 33 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, donde no señala que es una evaluación integral de los títulos presentados, esta labor es efectuada en primera instancia por el registrador público y en segunda instancia por el tribunal registral.

En esta revisión se verifica la calidad inscribible del acto, adecuación al registro, competencia de funcionarios que lo expidieron, la capacidad de las partes entre otras verificaciones.

Según manifiesta (Molinario A. , 1991, pág. 183), en su libro "*Curso de Derecho Registral Inmobiliario*", el registrador deberá tener en cuenta, por una parte, la capacidad del constituyente del derecho, de acuerdo con las constancias existentes en el Registro de Anotaciones Personales.

Es decir los funcionarios del registro público sea de primera o segunda instancia tienen la responsabilidad después de hacer un análisis minucioso o mejor dicho de la calificación registral de los documentos presentados y de lo que

consta registrado, decidir si se inscribe el acto que contiene los documentos presentados, o de liquidar si es necesario el pago del mayor derecho registral, observar si existe un defecto subsanable, o tachar de ser el caso de un defecto insubsanable.

El registrador público o tribunal registral se rige por sus normas especiales para realizar su labor calificadora, entre ellas precedentes registrales; sin embargo al no tener estos funcionarios públicos del sistema registral las facultades de aplicar control difuso, si es que en la revisión que realizan advierten la transgresión de una norma registral a la norma suprema la constitución no podrían impedir la inscripción si su norma lo obliga a hacerlo.

Por lo que al ser la calificación registral una labor de suma importancia, porque a través de ella se brinda seguridad jurídica registral a la inscripción, y se defiende al tercero de buena fe que contrata confiado en lo que consta en el registro y se hace oponible frente a terceros el derecho inscrito, se debe atribuir a estos funcionarios públicos la facultades de aplicar control difuso constitucional.

### **8.9.- Legalidad en el derecho registral**

Si hablamos de legalidad registral estamos refiriéndonos a la aplicación de la norma en el procedimiento registral, o al cumplimiento de las formalidades establecidas para el ingreso de un acto jurídico al registro público.

En el Código Civil Peruano en el artículo 2011 se establece que el registrador califica la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, es decir nos señala que se verifica la forma y podríamos interpretar que también debe verificar el fondo del mismo para su inscripción.

Como manifiesta (Lacruz & Sancho, 2001, pág. 17) en su libro *“Derecho Inmobiliario Registral”*, la legalidad persigue la pureza jurídica del asiento al que no pueden pasar titularidades cuyos defectos materiales o formales reconozcan el funcionamiento experto.

En sede registral los registradores públicos califican la legalidad del título en cuya virtud se solicita la inscripción, esta calificación registral es legalista por que se preocupa por la aplicación de la norma especial como reglamentos

especiales, directivas registrales, precedentes de observancia obligatoria, dejando de lado la calificación del acto en cuanto a si es inscribible o no.

Muchas veces solo se verifica el cumplimiento de la formalidad, en cuanto si cumple con legalizaciones, documentos establecidos por los reglamentos o precedentes omitiendo lo sustancial del acto, no teniéndose en cuenta que este precedente transgrede la norma suprema, constitución política del Perú.

Pongamos como ejemplo un precedente registral en el que se observa cómo una norma especial transgrede una ley y la constitución en cuanto a la defensa de la propiedad, específicamente la propiedad inmueble privada del estado, por tanto un derecho absoluto que tiene un fin social.

Como es normado en (SUNARP, 2012) en su "*Precedente de Observancia Obligatoria*" no corresponde a las instancias registrales, por ser de exclusiva responsabilidad del notario, evaluar la aplicación o inaplicación de la Ley 29618 hecha por el citado profesional dentro de un procedimiento no contencioso de prescripción adquisitiva de propiedad.

Es decir si en el procedimiento registral cuando el registrador público realiza la calificación de una prescripción adquisitiva notarial advierte que se incumple lo señalado en la Ley 29618, referida a la imprescriptibilidad de bienes inmuebles privados del estado, debido a que el Notario declara la propiedad por prescripción de un bien inmueble privado de estado el cual es imprescriptible, este funcionario registral debe hacer caso omiso e inscribir, debido a que el Notario ya lo declaro y solo él es responsable y por tanto si cumple la formalidad debe proceder con la inscripción registral del acto.

De esta manera claramente el precedente registral va contra la Ley 29618 y la constitución que garantiza el derecho de propiedad como absoluto y más el derecho de propiedad del estado, debido a que este es un derecho social.

La falta de atribución de aplicación del control difuso en sede registral, específicamente del registrador público origina esta transgresión de las normas supremas, por una norma infra constitucional, primando de esta manera la legalidad registral.

De conformidad a lo afirmado por (Mendoza G. , 2012, págs. 184-185), en su tesis "*Control Difuso*" Imaginemos que se publica en el diario oficial la "Ley de

Garantías Inmobiliarias” en virtud de la cual se deroga la “hipoteca legal” - regulada en el artículo 1118 del Código Civil, con carácter retroactivo, pese al mandato expreso del artículo 103 de nuestra Carta Magna. ¿Cómo debería procederse en sede registral si, a pesar del nuevo dispositivo legal, un usuario solicitara se inscriba la hipoteca legal derivada de su contrato de compraventa de inmueble con saldo de precio celebrado con anterioridad a la dación de la ley? Si nos guiáramos por el principio de legalidad tradicional debería denegarse tal solicitud, dado que la fuerza que tiene la ley en sede administrativa es vinculante, por lo que el usuario sólo tendría la vía jurisdiccional para hacer valer su derecho. Entonces, ¿una norma que es a todas luces inconstitucional será aplicada por los entes administrativos basada en el principio de legalidad? Definitivamente la respuesta a la pregunta antes señalada es si, ya que por la falta de atribución de control difuso, esto pasaría.

## CAPITULO IX

### APLICACIÓN DE CONTROL DIFUSO EN LA FUNCIÓN REGISTRAL COMO GARANTIA DE LA SEGURIDAD JURIDICA DE LA PROPIEDAD

#### 9.1.- Control difuso en sede registral

En sede registral el control difuso no es ni fue muy aplicado, prueba de ello es que se tiene como base el principio de legalidad y no las normas constitucionales, es así que cuando mediante precedente constitucional se le atribuye la facultad de control difuso a los órganos colegiados administrativos, a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, le fue muy difícil cumplir con ello debido a que sus normas internas establecían preceptos en los que se señalaba que en la calificación registral no se cuestionaba el fondo de una decisión sea esta judicial, administrativa, notarial o arbitral.

Cabe señalar en este punto lo manifestado por el (Tribunal Registral, 2011, pág. 1) que dice en su “*Resolución N° 2406-2011*” que no corresponde a las instancias registrales verificar el cumplimiento y validez de los actos procedimentales previos a la declaración notarial de prescripción adquisitiva de dominio ni el fondo o motivación de la misma.

Esta es una muestra clara que en sede registral no existe control difuso registral debido a que no se garantiza el derecho de propiedad en los procedimientos notariales aun cuando a través de estos se declara derecho de propiedad.

Tengamos en cuenta también lo señalado por el (Tribunal Registral, 2015, pág. 1 y 2) en su “*Resolución N° 425-2015-SUNARP-TR-L*” La calificación registral comprende la verificación de la autenticidad de los documentos presentados y la verificación de la legalidad.

Es decir el registrador es solo verificador de la autenticidad y aplicación de las normas, no se preocupa por que se cumpla con las garantías que otorga la Constitución Política del Perú.

Se debe precisar que el precedente constitucional reconoció la aplicación del control difuso a los órganos colegiados, como lo es el Tribunal Registral quien no lo aplico por todo lo antes señalado; sin embargo no se la reconoció a las demás instancia administrativas, que estaban inmersas en calificación y que cumplen un rol importante en esta y que hacen posible, establecer la procedencia o no de la inscripción de un acto jurídico, como lo es un Registrador Público.

Es así que durante la vigencia del referido precedente, en primera instancia registral, que corresponde al Registrador Público, no se aplicó este y se siguió calificando sobre la base del principio de legalidad establecido para sede registral, amparada en los Reglamentos, Directivas Registrales y demás normas registrales, no teniendo en cuenta que la constitución es la norma base de un fsu titular registral.

Es decir si se advertía en primera instancia registral que se estaba vulnerando el derecho constitucional de propiedad el funcionario encargado Registrador Publico al no contar con la facultad de poder aplicar control difuso registral, no podía observar o tachar a efectos de garantizar la protección constitucional de este derecho.

Poniendo como ejemplo las prescripciones notariales debemos señalar que como registralmente sus normas señalan el Notario es el único competente de la declaración de cualquier derecho del cual este investido en un procedimiento notarial no contencioso, si se advertía que en el procedimiento donde se declara el derecho de propiedad por prescripción se estaba vulnerando un derecho garantizado en constitucionalmente que defiende este derecho, mientras en la calificación registral se estableciera que se realizó correctamente el emplazamiento, que se cumple con la formalidad requerida para la revisión registral, no se podía observar en cuanto a la decisión notarial de declarar el derecho de propiedad de una persona aun cuando con este se esté vulnerando el derecho constitucional de propiedad.

Lo antes señalado lo manifiesta también el (Precedente de Observancia Obligatoria Sunarp, 2012) que establece que no corresponde a las instancias registrales, por ser de exclusiva responsabilidad del notario, evaluar la aplicación o inaplicación de la Ley 29618 hecha por el citado profesional dentro de un procedimiento no contencioso de prescripción adquisitiva de propiedad.

Por lo que se puede decir que en sede registral se estaría vulnerando el derecho de propiedad garantizado constitucionalmente para hacerse primar la legalidad establecida en la normativa registral las cuales constituyen una norma infra constitucional.

En cuanto a la segunda instancia registral, no se encuentran indicios de que se haya aplicado en sede del Tribunal Registral, el control difuso registral, debido a que según se revisa de las resoluciones registrales emitidas, se aplica primordialmente el principio de legalidad en la revisión de las apelaciones.

El tribunal Registral en su reiterada jurisprudencia señala que la calificación registral de procedimientos notariales no se da en cuanto a la motivación de la declaración notarial de un derecho, sino solo se debe revisar la formalidad y algunos elementos que en sede registral sean relevantes para cumplir con la forma señalada.

Prueba de lo antes señalado la encontramos en la (Tribunal Registral, 2012, pág. 1) en su “Resolución 003-2012-SUNARP-TR-T” que indica que la aplicación, inaplicación e interpretación de disposiciones legales dentro de un procedimiento notarial no contencioso forma parte de la motivación de las actuaciones o declaraciones del notario, y constituye un asunto propio de la validez de tales actos. Por ende, no es un aspecto calificable en sede registral.

Vulnerándose de esta forma la posibilidad de impedir el ingreso a registros públicos de actos que vulneren el derecho de propiedad, defendido en la constitución que es la norma suprema de nuestro país y la cual es garantía de la protección de los derechos fundamentales como el derecho de propiedad.

## **9.2.- Control difuso en sede registral como garantía de la seguridad jurídica registral**

El control difuso como se señaló es la facultad de hacer cumplir la primacía de la constitución sobre otras normas de inferior rango a esta, es decir se hace cumplir lo establecido en la norma suprema y se protege la garantía de los derechos fundamentales que en ella se protege.

Como manifiesta (Casal, 2006, pág. 155), en su libro “Constitución y Justicia Constitucional” cuando cita a Feo, quien indica que en los asuntos que lleven a los Tribunales, los interesados tienen el derecho de objetar y discutir la constitucionalidad de cualquier disposición legal, cuya aplicación al caso dado, se pretenda hacer y los jueces tienen el deber de examinar y dejar de aplicar la ley que manifiestamente trasgrede la constitución.

Es necesario también en este punto tener en cuenta que en sede registral se tiene como principal objetivo y misión la de brindar seguridad jurídica, la que se logra por se establece un sistema de legalidad y legitimación teniendo como soporte la Constitución, esta comprende la seguridad misma de éste no la otorgada solo por el derecho.

Como se señala en la (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2003, pág. 5) “EXP. N.º 0016-2002-AI/TC” El principio de la seguridad jurídica forma parte del Estado Constitucional de Derecho y se materializa con claridad a través de distintas disposiciones constitucionales. Es así que como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho.

Por lo tanto la seguridad jurídica registral es la expectativa que tienen los ciudadanos que el acto jurídico inscrito en registros públicos a su favor será oponible a terceros y que por tanto el derecho ganado con la celebración del referido acto, no será afectado por el conocimiento que se genera a través de la publicidad registral, y de conformidad con el principio de legitimación.

Es así que al ser esta seguridad jurídica fundamental para los ciudadanos que acceden a ella mediante la inscripción, debe buscar a través de los

funcionarios que la brindan que se garantice el cumplimiento de la norma suprema, la constitución en cuanto a la protección del derecho de propiedad.

Se debe tener en cuenta que en el derecho registral la seguridad jurídica que predomina es principalmente la seguridad jurídica privada o la que recae sobre las relaciones entre particulares, el estado en esta participa como uno más en la relación. Es así que la seguridad jurídica surge de un sistema de legalidad y legitimación teniendo como soporte la Constitución, no se vincula únicamente con la que proporciona el derecho, sino que comprende la seguridad misma de éste.

Para que el derecho pueda ser materia de seguridad jurídica debe ser justo, positivo es decir que se fundamente en hechos, que no esté sujeto a frecuentes cambios y que se aplique con el menor margen de error. Se debe tener en cuenta que para que se dé la seguridad jurídica registral se requiere que exista certeza y estabilidad; en cuanto a la certeza, se puede decir que debe ser clara y sencilla, que permitan una comprensión total de la norma, interpretación de la misma y evitar los vacíos; en cuanto a la estabilidad debe perdurar en el tiempo y no ser cambiante en forma desequilibrante, por tanto las disposiciones que se registren deben tener la posibilidad de ser conocidas, verificables, previsibles; siendo esta por tanto para los distintos ordenamientos jurídicos un valor o fin a alcanzar.

Lo que se sustenta en lo indicado por (Alzamora, 1976, pág. 322), en su libro "La Filosofía del Derecho" donde señala que para que el derecho en sí mismo sea instrumento de seguridad requiere: que sea derecho justo, positivo, es decir, estatuido; que se sustente en hechos, que no esté sujeto a frecuentes cambios y que se aplique con el menor margen de error.

En ese sentido la seguridad jurídica registral se considera un sistema preventivo de documentación, la seguridad jurídica es a priori, es similar a los sistemas de corte latino en donde la escritura pública, el instrumento más importante, constituye el documento que contiene de modo exacto y claro la voluntad de los intervinientes en el acto y su adecuación al orden jurídico, dada la intervención del Notario como profesional del Derecho. Es necesario señalar que en la constitución se proclamó la idea de seguridad como objetivo, lo que se materializa en la Constitución Francesa de 1739 en la que se define a la

seguridad como la protección que la sociedad otorga a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades, es así que en distintas formas jurídicas, se ha venido reproduciendo en los textos constitucionales la seguridad por medio del derecho.

El Registrador Público y Tribunal Registral en ejercicio de sus funciones registrales de calificación e inscripción deben velar por brindar seguridad jurídica a los actos que ingresan a los Registros Públicos, por lo que se le debe dar las facultades amplias de defensa de los derechos constitucionales garantizados y protegidos como derechos fundamentales, entre ellos el derecho de propiedad.

Debemos tener en cuenta que la institución tanto notarial como registral tienen una fijación clara en los sistemas latinos como las más experimentadas para obtener la fijación a priori del derecho privado debido a que su función es eminentemente preventiva, para evitar que los conflictos entre las partes recarguen la labor judicial, debido a que logran que las relaciones o situaciones jurídicas, sometidas a su ámbito queden totalmente claras, firmes y seguras.

De conformidad al (Expediente N° 0016-2002-AI/TC, Inscripción de la Propiedad, 2003), es la inscripción del derecho de propiedad en un registro público el medio a través del cual el derecho trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de riqueza y, por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual como a nivel colectivo...es importante que la legislación cree las condiciones suficientes para que la seguridad jurídica esté del mismo modo presente en el procedimiento previo a la inscripción, sobre todo si se considera que de lo que se trata es que el contenido de la inscripción sea fiel reflejo de la realidad.

Se dice que con la intervención del notario en los actos a inscribir se proporciona seguridad jurídica sustancial que produce actos o negocios jurídicos válidos y la seguridad jurídica formal en cuanto a la elaboración del documento que lo contiene; de esto se obtiene validez y eficacia de la escritura pública.

Es así que para la obtención de la seguridad jurídica privada plena se requiere que los instrumentos notariales accedan a Registros Públicos, generando de esta manera la protección de quien tiene el derecho a su favor y

logrando producirse los efectos erga omnes mediante la publicidad del acto legitimado, siendo este el fin supremo de registros públicos brindar la seguridad jurídica a través de la publicidad registrados.

Con la función que asume el estado en la regulación de la actividad de la Administración Pública se generó la necesidad de brindarse una seguridad jurídica a los participantes en una relación jurídica es así que el funcionario público tienen, actualmente, una gran participación en la responsabilidad para la consecución y mantenimiento de la seguridad jurídica, dada la gran cantidad de decisiones que a diario realizan y la definición, en su ámbito, de una serie de situaciones potencialmente conflictivas que se encargan de resolver. Debemos tener en cuenta entonces que la seguridad jurídica que se logra cuando un acto ingresa a registros públicos es una de las protecciones que la constitución garantiza y más aún si esta se encuentra relacionada a la defensa del derecho de propiedad que es derecho absoluto y fundamental defendido en la carta magna (Constitución).

Es así que los filtros usados en la calificación registral deben ser los adecuados y que si advierte algún acto que transgreda los derechos fundamentales protegidos en la constitución debe hacerse primar esta por ser la norma fundamental en nuestro país, Es decir que los Registradores Públicos, como el Tribunal Registral gocen de la facultad de aplicación de control difuso constitucional, haciendo primar lo establecido y defendido en la constitución política sobre cualquier ley, normas o precedente que regule la labor registral, garantizándose eficientemente de esta manera la seguridad jurídica que debe brindar la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

### **9.3.- Defensa del derecho de propiedad por la aplicación del control difuso registral**

El derecho de propiedad es un derecho fundamental protegido y garantizado por la constitución política del Perú, y por tanto su nivel de importancia y relevancia lleva a que cada institución en nuestro país vele por su correcto cumplimiento y defensa.

Como señala la Ley 26366 en su artículo 3 inciso C es una garantía del Sistema Nacional de los Registros Públicos, la seguridad jurídica de los derechos

de quienes se amparan en la fe del Registro, es decir que a través de la inscripción de un derecho, en el caso materia de tesis el derecho de propiedad se defiende a quien se hace acreedor del mismo.

Por tanto el operador registral que se encarga de la calificación en el procedimiento registral tanto en primera como en segunda instancia debe ser capaz de poder inaplicar una norma que contravenga la protección y garantía de un derecho fundamental contemplado en la norma suprema de nuestro país, la constitución política.

Lo antes señalado implica que el registrador público y tribunal registral tengan la facultad de aplicar control difuso registral en el procedimiento que llevan a cabo debido a que la decisión que tomen y que lleve a la inscripción tiene relevancia jurídica constitucional.

Cabe manifestar que (Diez-Picazo, 1995, pág. 386), en su libro “Fundamentos de Derecho Civil”, indica que son dos los medios que el Registrador puede utilizar en su calificación: los mismos documentos presentados y los asientos del Registro. Se aprecia, en estos términos, una cierta escasez en los medios con que el registrador cuenta para realizar la calificación. Esta escasez contrasta con la amplitud de la materia a calificar, pero la exigencia legal es ineludible. Lo que no está en los documentos presentados o en los asientos del Registro no puede ser tenido en cuenta a efectos de calificación.

Aunado a la escasez referida por Diez-Picazo, también se tiene las limitaciones que tiene el registrador público para la inaplicación de la norma legal o especial por transgredir la norma constitucional, lo que no garantiza la protección y la aplicación de los derechos fundamentales como el de propiedad.

Por lo que se puede concluir como señala (Cabanellas, 2001, pág. 156) en su “Diccionario Jurídico Elemental” manifiesta que lo que es “evidente” como “la certidumbre plena de una cosa, convicción consciente; de modo tal que el sentir, juzgar o resolver en otra forma constituya temeridad o suscite escrúpulos”; y de otro lado, que el “notorio” es lo “público y de todos sabido. Los hechos notorios relevan de prueba”, por tanto si el registrador tiene conocimiento de la vulneración del derecho fundamental y garantizado constitucionalmente de propiedad, debe

inaplicar la norma especial por transgredir la norma suprema, es decir aplicar el control difuso registral.

#### **9.4.- Precedentes registrales que vulneran la defensa del derecho de propiedad garantizado en la constitución**

Debemos tener en cuenta lo indicado por (Parada, 2004, págs. 73-74), en su libro “Derecho Administrativo”, el precedente administrativo puede ser considerado como fuente de derecho administrativo debido al grado de obligatoriedad que supone el mismo. En ese sentido, a partir del análisis y resolución de una cuestión particular, la Administración Pública establece un criterio aplicable a las diversas situaciones idénticas que pudieran presentarse con diversos administrados.

Precedentes de Observancia Obligatoria Registral, son criterios de interpretación de las normas legales que están destinados a facilitar la calificación registral, y que son de obligatorio cumplimiento, y por tanto brindan la seguridad jurídica respectiva a través de la inscripción.

Uno de los precedentes en los que se sustenta la presente tesis es el (Precedente de Observancia Obligatoria Sunarp, 2012) adoptado en el LXXXIV pleno sesión extraordinaria y presencial realizada los días 9 y 10 de febrero de 2012, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 22 de febrero de 2012, que regula la inscripción de prescripción adquisitiva notarial de bienes inmuebles de dominio privado del estado, señala que “No corresponde a las instancias registrales, por ser de exclusiva responsabilidad del notario, evaluar la aplicación o inaplicación de la Ley 29618 hecha por el citado profesional dentro de un procedimiento no contencioso de prescripción adquisitiva de propiedad”, este criterio se sustenta en la Resolución N° 003-2012-SUNARP-TR-T de fecha 06/01/2012.

La Ley 29618 es aquella que regula la imprescriptibilidad de bienes inmuebles privados del estado, amparándose esta en el hecho de que estos bienes son de tipo social y que por tanto no pueden ser adjudicados por prescripción a favor de terceros pues se causaría un daño a la sociedad.

Sin embargo el precedente antes señalado norma a nivel registral que en caso que en la calificación registral de prescripciones notariales el registrador o el tribunal advierta que se transgrede la referida Ley y por tanto la constitución que

garantiza la defensa del derecho de propiedad, sobre todo la propiedad estatal, no debe observar o tachar el título presentado debido a que el notario es el funcionario que conoció de la declaración y al asumir esta competencia, también es el responsable de la declaración de propiedad por prescripción.

Sin embargo debemos tener en cuenta que los registros públicos son los encargados de velar por la seguridad jurídica en nuestro país y debe publicitar actos que constituyan la defensa de los derechos fundamentales garantizados en la carta suprema del Perú, por tanto esta norma que como dije constituye un criterio interpretativo no puede vulnerar el derecho de propiedad, por no tener los funcionarios registrales facultades de aplicar control difuso constitucional, es decir de la inaplicación del precedente por atentar contra lo establecido en la constitución y la Ley .

Así también existen más precedentes que vulneran el derecho de propiedad y que al ser criterios registrales de obligatorio cumplimiento debe ser puestos en práctica aun cuando tenga la calidad de inconstitucionales, así tenemos el (Precedente de Observancia Obligatoria Sunarp, 2013) adoptado en el CIX pleno sesión ordinaria y presencial realizada los días 28 y 29 de agosto de 2013, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 13 de setiembre de 2013, que manifiesta que es inscribible la cancelación de la inscripción del derecho de propiedad sobre todo el predio y su consiguiente desinmatriculación por renuncia de su titular, siempre que ello no afecte derechos de terceros”, este criterio se sustenta en las Resoluciones N° 096-2007-SUNARP-TR-T del 02/05/2007 y N° 329- 2013-SUNARP-TR-A del 18/07/2013, si bien es cierto al derecho de propiedad se le atribuye la calidad de un derecho absoluto y su titular tiene las más amplias facultades de disposición sobre los mismos, se debe tener en cuenta que la propia constitución nos señala que un bien que no tiene propietario conocido se considera que pertenece al estado como representante de la sociedad, por lo que no correspondería un des inmatriculación como señala la referida norma registral sino una inscripción a favor del estado otro perjuicio generado por la falta de atribuciones de aplicación de control difuso constitucional por parte del registrador público.

Otro claro ejemplo de vulneración constitucional y que evidencia que la falta de atribución al funcionario registral de control difuso perjudica la garantía de la defensa del derecho de propiedad (Precedente de observancia Obligatoria Sunarp, 2012) adoptado en el XCIII pleno de sesión extraordinaria presencial realizada los días 02 y 03 de agosto de 2012, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 16 de agosto de 2012 que señala que en la calificación de actos administrativos, el Registrador verificará la competencia del funcionario, la formalidad de la decisión administrativa, el carácter inscribible del acto o derecho y la adecuación del título con los antecedentes registrales. No podrá evaluar los fundamentos de hecho o de derecho que ha tenido la Administración para emitir el acto administrativo y la regularidad interna del procedimiento administrativo en el cual se ha dictado”, este criterio se fundamenta en las Resoluciones N° 014-2007-SUNARP-TR-T del 18.01.2007, 019- 2008-SUNARP-TR-T del 31.01.2008, 155-2006-SUNARP-TR-T del 29.09.2006, 048-2005- SUNARP-TR-T del 22.03.2005 y 094-2005-SUNARP-TR-T del 03.06.2005, como vemos es una clara muestra que el registrador público solo debe ser revisor de la formalidad y si advierte una transgresión de la constitución no debe hacer nada.

Así también es necesario señalar que en él (Precedente de Obligatoria Sunap, 2012), adoptado en el XCIX pleno sesión extraordinaria modalidad presencial realizada los días 15 y 16 de noviembre de 2012 Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 1 de diciembre de 2012, nos señala que “Es de competencia y responsabilidad exclusiva del notario determinar si los planos que se presentan al Registro para inscribir los actos relacionados con los procedimientos no contenciosos de prescripción adquisitiva, títulos supletorios o saneamiento de características físicas tramitados por aquél, deben ser visados por autoridad municipal o autorizados por verificador técnico”, el referido criterio fue adoptado en las Resoluciones N° 427-2010-SUNARP-TR-L del 26/03/2010 y N° Tribunal 59 de 68 409-2010-SUNARP-TR-T del 04/10/2010, una clara muestra de que simplemente el registrador público en este tipo de documento tiene que ser solo revisor de la formalidad únicamente y no encargarse de hacer cumplir la constitución o ley.

Respaldando aún más nuestra posición él (Precedente de Observancia Obligatoria Sunarp, 2004), adoptado en el VIII pleno sesión ordinaria modalidad

presencial realizada los días 13 y 14 de agosto de 2004 Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 1 de octubre de 2004, indica que “Tratándose de la solicitud de inmatriculación de un predio, el Registrador se limitará a la calificación del título presentado y a la verificación de la inexistencia de inscripciones relativas a dicho predio. En tal sentido, no procederá denegar la inscripción sobre la base de presuntos obstáculos que emanen de partidas registrales referidas a otros predios”, este criterio que se sustenta en la resolución N° 228-2004-SUNARP-TR-L del 16 de abril de 2004. Precedente de Observancia Obligatoria incorporado al artículo 32 del Reglamento General de los Registros Públicos (Aprobado por Resolución N° 065-2005-SUNARP/SN), es decir los funcionarios registrales solo serían meros revisores de la formalidad y si advirtieran que una norma o ley es inconstitucional, no pueden hacer nada y solo deben inscribir, esta manera no se garantiza el derecho propiedad a través de la seguridad jurídica que brinda registros públicos.

Por todo lo antes señalado es imprescindible que el registrador público tenga la facultad de aplicación de control difuso registral, para que a través de la inscripción se brinde una correcta seguridad jurídica que lleve a garantizar el derecho de propiedad que protege la constitución.

#### **9.5.- Calificación registral en casos de prescripción adquisitiva notarial de bienes inmuebles privados del estado**

Con fecha 24 de noviembre de 2010 se publica en el diario oficial el peruano la Ley N° 29618, la que establece la presunción de que el Estado es poseedor de los inmuebles de su propiedad y declara la imprescriptibilidad de los bienes inmuebles de dominio privado estatal.

Debemos tener en cuenta que (Torres, Derechos Reales, 2006, pág. 186) en su libro “Derechos Reales”, indica que los bienes de dominio privado del Estado, se asemejan a los bienes de los particulares, son aquellos sobre los que el Estado ejerce su derecho de propiedad, y puede disponer libremente de ellos en la forma establecida por la ley.

La antes señalada ley en su artículo 1°, establece que se presume que el Estado es poseedor de todos los inmuebles de su propiedad, en ese sentido, se dice que se parte de la lógica inversa, debido a que se presume que eres

poseedor porque eres propietario, ya que primero se acredita la propiedad para que luego se le atribuya la calidad de poseedor, poniéndose así la propiedad sobre la posesión. Teniendo como finalidad este artículo prevenir la usurpación de los predios estatales de dominio privado por parte de particulares.

Como se recordará la constitución peruana en su artículo 73 señala que no se puede adquirir por prescripción adquisitiva de dominio bienes estatales de dominio público, es este artículo el punto de partida del artículo 2 de la ley a la que hacemos referencia, que norma la declaración de imprescriptibilidad de los bienes inmuebles de dominio privado estatal, lográndose de esta manera la protección de bienes de dominio social.

Esta ley da la posibilidad a las personas naturales o jurídicas que, a la fecha de la entrada en vigencia de ella, se encuentren ocupando inmuebles de propiedad estatal, de conformidad a la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, y su reglamento pueden acogerse a los mecanismos de compraventa a valor comercial establecidos en dicha normas.

En la calificación registral sobre prescripciones notariales respecto a estos bienes existe una transgresión constitucional debido a que de acuerdo a lo establecido en la ley antes analizada y la constitución no se puede declarar prescripción adquisitiva sobre bienes inmuebles privados del estado, sin embargo para la inscripción de una prescripción adquisitiva notaria se exige la presentación de escritura pública donde el notario declare el derecho de propiedad adquirido por la posesión de conformidad con la Ley 27333, complementado esto con la (Directa Sunarp, 2003, pág. 3) que manifiesta en su punto 5.2 que el Registrador calificará los títulos referidos a declaración de prescripción adquisitiva de dominio, tramitadas como asuntos no contenciosos de competencia notarial, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 32 del Reglamento General de los Registros Públicos. No será materia de calificación la validez de los actos procedimentales que, en virtud de lo previsto en la Ley N° 27333 y normas complementarias, son de competencia del Notario, ni el fondo o motivación de la declaración notarial, es decir el registrador solo revisara si el referido instrumento cumple con la formalidad exigida para su inscripción como la declaración de prescripción del notario y que este declare que se notificó al titular registral, es decir el registrador

público será un mero revisor de la formalidad del instrumento, sin embargo no podrá cuestionar la motivación notarial, ni el procedimiento notarial de la declaración de propiedad por posesión, debido a que no cuenta con la facultad de aplicación de control difuso.

Lo antes señalado es reafirmado en el (Precedente de Observancia Obligatoria Sunarp, 2012) adoptado en pleno LXXXIV de sesión extraordinaria y presencial realizada los días 9 y 10 de febrero del 2012, publicado con fecha 22 de febrero de 2012, que indica que no corresponde a las instancias registrales, por ser de exclusiva responsabilidad del notario, evaluar la aplicación o inaplicación de la Ley 29618 hecha por el citado profesional dentro de un procedimiento no contencioso de prescripción adquisitiva de propiedad.

Es decir si el registrador en la calificación advierte que se está transgrediendo la Ley 28619 sobre imprescriptibilidad de bienes inmuebles privados del estado y por tanto el derecho de propiedad estatal protegido en la constitución tiene que inscribir debido a que la norma no le da facultades de aplicación de control constitucional para la defensa de nuestra norma suprema (Constitución) o la Ley, sobre el precedente registral antes señalado.

#### **9.6.- Calificación de laudos arbitrales**

Como indica (Caivano, 2000, pág. 525 y Ss) en su libro “Arbitraje” El laudo constituye la decisión que emite el árbitro y que resuelve la controversia sometida a su conocimiento. Es la última y, sin duda, la más importante fase del proceso arbitral. En verdad, toda la institución arbitral está estructurada para llegar a esta etapa. Asimismo el laudo arbitral equivale a una sentencia judicial y puede ejecutarse como tal requiere que sea fundamentado, en cuanto decisión final de los árbitros, de manera que ésta pueda ser hilvanada como una lógica derivación de las motivaciones que determinaron la solución aplicada al Litigio.

Esta es una decisión emitida por un árbitro, el que es un tercero independiente que resuelve un conflicto es elegido por las partes, y se encarga de resolver un conflicto de intereses, tiene atribuciones como un juez sin embargo no lo es.

Aun cuando esta decisión no es emitida por órgano especializado jurisdiccionalmente el artículo 10-A del Reglamento General de los Registros Público regula la presentación de los documentos que den mérito a la inscripción, nos señala que para registrar este laudo arbitral en un arbitraje institucional o ad hoc deberá presentarse copia certificada del laudo arbitral con la constancia de la notificación a que se refiere el artículo 59 del Decreto Legislativo N° 1071, norma que regula el Arbitraje. Adicionalmente, deberá presentarse una reproducción certificada notarial del convenio arbitral y del documento de identidad de quienes suscribieron el laudo así como de quien certifica la copia de dicho laudo.

Sin embargo lo cuestionable es lo señalado en el artículo 32-A que nos señala que para que acceda al registro el laudo arbitral, además de todos estos documentos el Registrador Público al realizar la calificación registral deberá tener en cuenta que las instancias registrales no podrán evaluar la competencia del Tribunal Arbitral o Árbitro Único para laudar, el contenido del laudo, ni la capacidad de los árbitros para ejecutarlo. Tampoco podrá calificar la validez del convenio arbitral ni su correspondencia con el contenido del laudo.

Por lo que el Registrador Público al realizar la calificación registral, y debido a que no tiene facultad de aplicar control difuso registral si advirtiera que el laudo arbitral transgrede el derecho de propiedad protegido por la constitución tendría que hacer caso omiso e inscribir lo solicitado, atentando de esta forma contra la garantía que da la constitución a este derecho fundamental.

#### **9.7.- Calificación de actos administrativos**

Como indica (Gordillo, 2007, pág. 8) en su libro “Tratado de Derecho Administrativo” el acto administrativo puede ser definido, como toda declaración unilateral de voluntad realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma inmediata. En este sentido quedan excluidos los actos de la administración puramente materiales, por ejemplo redacción de un oficio.

Lo antes señalado nos ayuda a entender que estos actos son relevantes y por tanto serán materia de inscripción, sin embargo se debe tener en cuenta que son otorgados por funcionarios públicos que no tienen una formación mayor a la

otorgada para las personas que se encuentran al servicios del Estado, y que por tanto pueden cometer errores al momento de declarar un derecho, sin embargo para la calificación de la procedencia para la inscripción de estos solo se verifica el cumplimiento de la formalidad de los mismos es decir que se remita parte administrativo comprendido por oficio y resolución administrativa, que el acto que se declara se uno inscribible y nada más, debido a que se tiene en cuenta lo establecido (Precedente de observancia Obligatoria Sunarp, 2012) adoptado en el XCIX pleno sesión extraordinaria modalidad presencial realizada los días 15 y 16 de noviembre de 2012 Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 1 de diciembre de 2012, que señala que en la calificación de actos administrativos, el Registrador verificará la competencia del funcionario, la formalidad de la decisión administrativa, el carácter inscribible del acto o derecho y la adecuación del título con los antecedentes registrales. No podrá evaluar los fundamentos de hecho o de derecho que ha tenido la Administración para emitir el acto administrativo y la regularidad de procedimiento administrativo en el cual se ha dictado, es decir en esta calificación el registrador también actúa como un mero revisor de la formalidad.

Se muestra en la calificación de los referidos actos que si el registrador advirtiese una contravención de la ley o de la constitución en cuanto a la motivación y declaración del acto, no puede denegar la inscripción en mérito de la presente norma que señala que el no cuestionara ni la motivación ni el procedimiento en el cual se tomó, teniendo que inscribir y transgrediendo así la norma suprema y no cumpliendo con la naturaleza de la seguridad jurídica registral.

Demostrándose de esta manera que se puede vulnerar un derecho fundamental defendido en la constitución y dicho funcionario público, debe hacer caso omiso a ello y proceder con la inscripción.

## **X METODOLOGIA**

## 10. 1 Tipo de estudio

La presente investigación se halla en el **paradigma del Positivismo**, hace uso del **Enfoque Cualitativo, el Método Hipotético Inductivo**.

Como indica (Mayan, 2001, pág. 5 y 6), en su libro “Una Introducción a los Métodos Cualitativos” el enfoque cualitativo constituye una mirada profunda del fenómeno estudiado. Preferentemente, permite que las categorías emerjan desde los datos proporcionados por la fuente. Por ello, la investigación cualitativa es una alternativa pertinente cuando lo que se desea es describir un fenómeno que se conoce poco o desde otras perspectivas; construir significados a partir de sentimientos, conductas, opiniones, percepciones, pensamientos y conductas; y, para describir un proceso, antes que un producto o resultado.

Cabe señalar que la presente investigación busca un estudio orientado a la comprensión del problema planteado y dar la solución para ser aplicada en la entidad que la lleve a garantizar la seguridad y defensa del derecho de propiedad, teniendo en cuenta que este es un derecho fundamental protegido en la norma suprema de nuestro país la Constitución.

Para (Vasilachi , 2006, pág. 25) en su libro “Estrategias de Investigación” nos manifiesta que es necesario tener en cuenta lo señalado por Mason cuando nos indica que la particular solidez de la investigación cualitativa yace en el conocimiento que proporciona acerca de la dinámica de los procesos sociales, del cambio y del contexto social y su habilidad para contestar, en esos dominios, a las preguntas ¿Cómo? ¿Por qué? Sin embargo, los distintos enfoques cualitativos tienen sus propias reglas y sus propios procedimientos analíticos y explicativos.

Es necesario tomar en cuenta lo señalado por (Hernandez Sampieri, Roberto; Fernandez, Carlos, 2010, pág. 455), en su “Metodología de Investigación” que nos dice que la investigación cualitativa se enfoca a comprender y profundizar los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con el contexto.

Por la naturaleza del estudio, el tipo de investigación es Básica, debido a que se sustenta en escenario teórico para observar, describir, e interpretar una realidad. Conforme a lo indicado por (Moreno, 2017, pág. web) que la investigación descriptiva trasciende la

acumulación de datos y se centra en el análisis e interpretación partiendo de la problemática.

La presente investigación está utilizando diseños de investigación transeccional o transversal. Para (Hernandez Sampieri, Roberto; Fernandez, Carlos, 2010, pág. 152) en su “Metodología de Investigación” este tipo de investigación se caracteriza puesto que se encarga de recolectar datos en un solo momento, es decir en un tiempo único. Cuyo propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado. Las variables intervinientes se interrelacionan bajo el siguiente esquema:

Método hipotético inductivo según indica (Hernandez Sampieri, Roberto; Fernandez, Carlos, 2010, pág. 370) en su “Metodología de Investigación” debemos entenderlo como un razonamiento que tiene su origen en lo particular para llegar a un conocimiento general.

## 10.2. Diseño de investigación

La investigación tiene un **Diseño de Investigación No Experimental y de Corte Transversal** de acuerdo a las siguientes consideraciones:

**Diseño No Experimental**, porque no se manipula el factor causal para la determinación posterior en su relación con los efectos. Sólo se describen y se analizan su incidencia e interrelación en un momento dado de las variables. (Hernandez Sampieri, Roberto; Fernandez, Carlos, 2010, pág. 407), indicó que es diseño No Experimental, ya que los estudios se realizan sin la manipulación deliberada de variables y en los que sólo se observan los fenómenos en su ambiente natural para después analizarlos.

**Diseño Transversal**, porque los Objetivos Generales y Específicos, están dirigidos al análisis del nivel o estado de las variables, mediante el trabajo de campo y la recolección de datos en un punto en el tiempo.

Podemos indicar que (Hernandez Sampieri, Roberto; Fernandez, Carlos, 2010, pág. 349 y 359).La presente investigación utiliza un diseño no experimental: Corte transversal. Es no experimental “la investigación que se realiza sin manipular deliberadamente

variables. Es decir, se trata de estudios donde no hacemos variar en forma intencional las variables independientes para ver su efecto sobre otras variables”.

La presente investigación se llevara a cabo a través del estudio teórico del problema resoluciones del Tribunal Registral y precedentes de observancia obligatoria, se realizaran encuestas, lo que nos permitirá tener un conocimiento más certero y claro acerca del problema y los objetivos de la investigación.

Debe tenerse en cuenta que la presente investigación es una de tipo descriptiva, es decir a través de ella se observa se describe y se busca los posibles ámbitos en los que se desenvuelve el problema, hablamos de una descripción teórica la cual se realiza teniendo en cuenta en nuestro marco teórico las diversas teorías esgrimidas en cuanto a nuestro problema de investigación y las posturas de los diversos autores que se encuentran inmersos en el problema y la posible solución planteada.

### **10.3 Escenario de estudio**

El escenario de estudio es registros públicos el cual está compuesta por 500 o 600 Funcionarios Públicos que componen la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, la cual brinda servicios de tipo social, debido a que garantiza la seguridad jurídico registral de la propiedad a través de la inscripción la que se logra después de la calificación registral realizada por los operadores registrales (registradores públicos y asistentes registrales).

En nuestro caso tomaremos una muestra por conveniencia tomada a un número no muy grande de funcionarios debido al difícil acceso a ellos y la falta de certeza en la sinceridad en su respuesta, no permite tomarla a un número más alto, en la presente investigación el número de la prueba corresponde a 59 funcionarios públicos de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

### **10.4. Caracterización de sujetos**

Los participantes en la presente investigación son los Registradores Públicos quienes son los encargados de brindar seguridad jurídica registral para la protección del derecho de propiedad a través del procedimiento de calificación registral que llevan a cabo, estos son funcionarios públicos del estado, que acceden al cargo por concurso público de mérito, y que regulan su labor por sus reglamentos especiales, se dicen que tienen una función meramente legalista debido a que al no tener la facultad de hacer primar el derecho

fundamental de propiedad garantizado en la Constitución sobre sus normas especiales muchas veces contribuye a la transgresión de la misma.

### **10.5. Trayectoria metodológica**

Se tendrá como procedimientos para el desarrollo de la presente investigación principalmente la observación, el análisis documental, y la postura de los individuos materia de estudio en cuanto el Demostrar que el control difuso debe extender su aplicación a los Registradores Públicos en la calificación registral para evitar la afectación al derecho de propiedad por el redimensionamiento del principio de legalidad.

### **10.6 Técnica e instrumentos de recolección de datos**

En la presente investigación se considera como técnica la observación de la situación problemática, las encuestas a los funcionarios públicos de los registros públicos, a efectos del análisis e interpretación de la problemática presentada. Los instrumentos utilizados serán fichas de análisis, en caso de la presente investigaciones resoluciones expedidas por el Tribunal Registral y cuestionarios de encuestas los que serán procesados para la obtención de resultados.

### **10.7 Tratamiento de la información**

Se busca lograr datos de cada una de nuestras variables y dimensiones en cuanto a la aplicación de cuestionarios que se aplicaran a los funcionarios de la Registros Públicos, a fin de obtener resultados y poder comprobar nuestra hipótesis, en este aspecto se tomara una muestra por conveniencia por aplicarse a funcionarios del sector público de difícil acceso y poca certeza en sus respuestas. Así también se analizara a través de fichas de información resoluciones expedidas por el tribunal registral en donde se podrá observar casos en los que se genera una inapropiada seguridad jurídica que lleva a la vulneración del derecho fundamental garantizado en la constitución.

### **10.8 Aspectos éticos**

En la presente investigación se registra las fuentes bibliográficas extraídas, como hemerográficas, electrónicas, tesis que han versado sobre puntos relevantes del presente trabajo de investigación, artículo sobre nociones la aplicación del control difuso en sede administrativa y otros que se mencionan en las fuentes bibliográficas, con lo que se

evidencia de manera clara que son documentos serios y se cumplirá con atribuirles su participación en el trabajo que se propone realizar.

Asimismo se debe señalar que todas las fuentes serán consignadas en cuanto a su aporte al trabajo de investigación que se propone realizar.

Según manifiesta (Silva, M; Brian, R, 2006, pág. 65 y 66) manifestaron en su libro “Diseño de Investigación Científica” que la confiabilidad de un instrumento de medición se refiere al grado en que su aplicación repetida al mismo sujeto u objeto, produce iguales resultados. La herramienta que se utilizará para investigación es el Alfa de Cronbach, requiere de una sola administración del instrumento de medición y produce valores que oscilan entre cero y uno. Su ventaja reside en que no es necesario dividir en dos mitades a los ítems del instrumento de medición, simplemente se aplica la medición y se calcula el coeficiente.

## **XI RESULTADOS**

## 11.1. Análisis de fiabilidad

### Escala: Todas las variables

<b>Resumen del procesamiento de los casos</b>			
		N	%
Válidos		59	100,0
Casos	Excluidos <sup>a</sup>	0	,0
<u>Total</u>		<u>59</u>	<u>100,0</u>

a. Eliminación por lista basada en todas las variables del procedimiento.

Podemos interpretar que se presentan 59 casos válidos y no se presentan casos de exclusión, lo que nos permite afirmar que los casos procesados son válidos en su totalidad.

<b>Estadísticos de fiabilidad</b>	
Alfa de Cronbach	N de elementos
<u>,839</u>	<u>59</u>

Se puede interpretar que el valor de Alfa de Cronbach es del 83,9% el cual es de alta fiabilidad para el procesamiento de los casos.

<b>Prueba de Kolmogorov-Smirnov para una muestra</b>						
		Seguridad jurídica registral V1 (agrupado)	D1V1 Publicidad Registral (agrupado)	D2V1 Oponible frente a terceros (agrupado)	D3V1 Fe publica registral (agrupado)	V2: Garantía del derecho propietario (agrupado)
N		59	59	59	59	59
Parámetros normales <sup>a,b</sup>						
	Media	2,12	1,98	1,98	2,05	2,24
	Desviación estándar	,646	,656	,682	,705	,652
Máximas diferencias extremas						
	Absoluta	,302	,290	,273	,258	,286
	Positivo	,302	,286	,270	,258	,286
	Negativo	-,275	-,290	-,273	-,251	-,239
Estadístico de prueba		,302	,290	,273	,258	,286
Sig. asintótica (bilateral)		,000 <sup>c</sup>	,000 <sup>c</sup>	,000 <sup>c</sup>	,000 <sup>c</sup>	,000 <sup>c</sup>

a. La distribución de prueba es normal.

b. Se calcula a partir de datos.

c. Corrección de significación de Lilliefors.

Al interpretar el valor de sigma asintótico bilateral y tener el valor de 0,000 y este ser menor a 0,05%, nos permite afirmar que NO TIENEN NORMALIDAD por lo tanto se trabajar con la estadística NO PARAMETRICA.

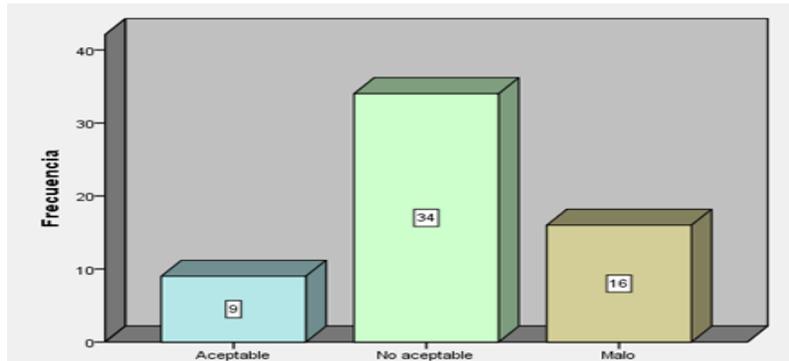
## 11.2. Frecuencias

**Tabla de frecuencia**

**Control difuso registral V1(agrupado)**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje e válido	Porcentaje acumulado
Válido	Aceptable	9	15,3	15,3
	No aceptable	34	57,6	72,9
	Malo	16	27,1	100,0
	Total	59	100,0	100,0

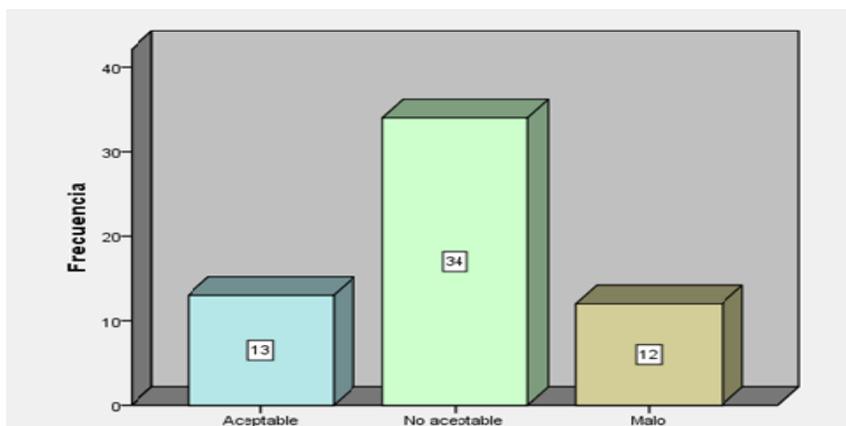
Analizando e interpretando la tabla y figura de la variable Control difuso registral V1 (agrupado) se ha obtenido que para el criterio Aceptable 15,3% (9), No aceptable 57,6%(34) y 27,1%(16).



**D1V1 Calificación Registral (agrupado)**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcenta je válido	Porcenta je acumula do
Válid o	Aceptable	13	22,0	22,0
	No aceptable	34	57,6	79,7
	Malo	12	20,3	100,0
	Total	59	100,0	100,0

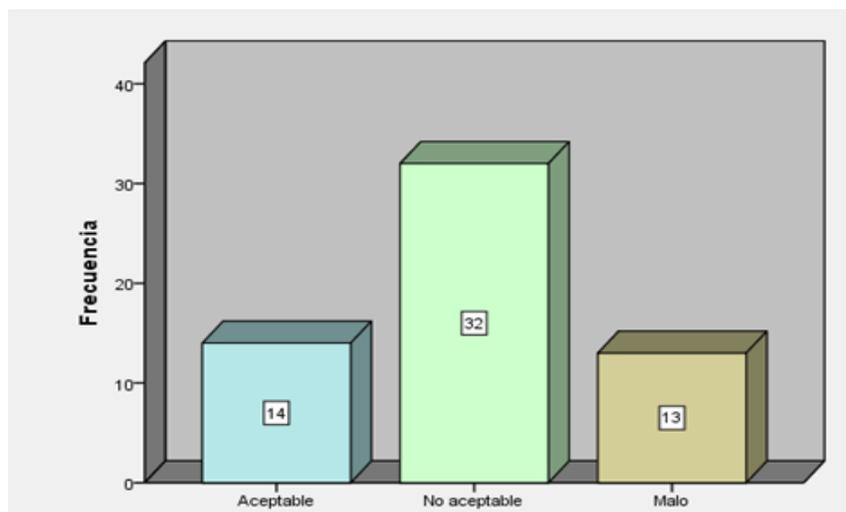
Analizando e interpretando la tabla y figura de la dimensión D1V1 Calificaciòn Registral (agrupado)de la variable Control registral V1 (agrupado) se ha obtenido que para el criterio Aceptable 22,0% (13), No aceptable 57,6%(34) y 20,3%(12).



**D2V1 Principio de legalidad (agrupado)**

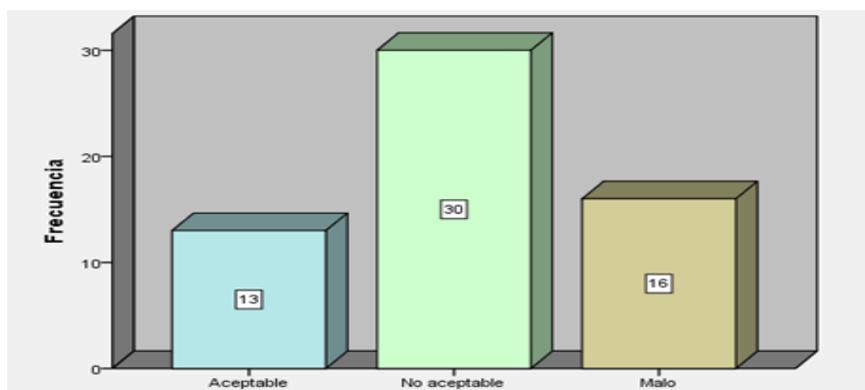
	Frecuencia		Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Aceptable	14	23,7	23,7	23,7
	No aceptable	32	54,2	54,2	78,0
	Malo	13	22,0	22,0	100,0
	Total	59	100,0	100,0	

Analizando e interpretando la tabla y figura de la dimensión D2V1 Principio de legalidad (agrupado) de la variable Control difuso registral V1 (agrupado) se ha obtenido que para el criterio Aceptable 23,7% (14), No aceptable 54,2%(32) y 22,0%(13)



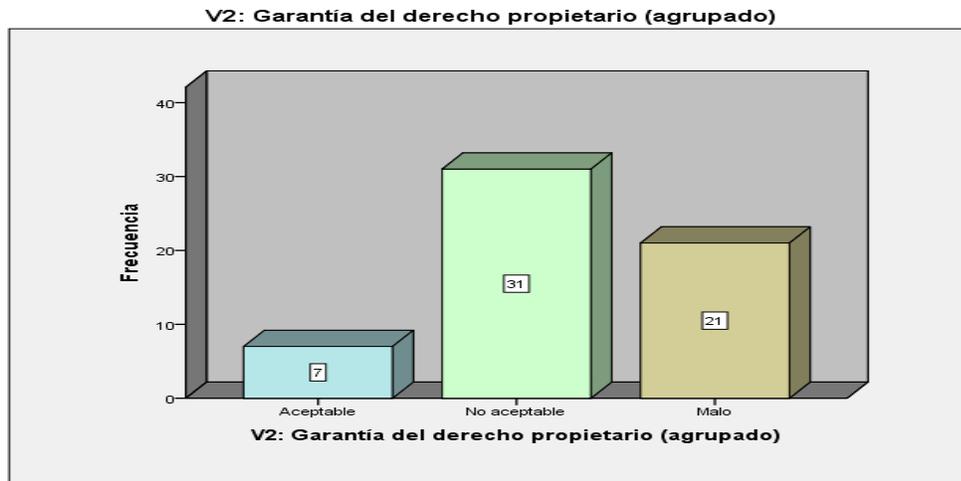
<b>D3V1 Precedente Registral (agrupado)</b>					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Aceptable	13	22,0	22,0	22,0
	No aceptable	30	50,8	50,8	72,9
	Malo	16	27,1	27,1	100,0
	Total	59	100,0	100,0	

Analizando e interpretando la tabla y figura de la dimensión D3V1 Precedente Registral (agrupado) de la variable Control difuso registral V1 (agrupado) se ha obtenido que para el criterio Aceptable 22,0% (13), No aceptable 50,8%(30) y 27,1%(16)



<b>V2: Garantía del derecho propietario (agrupado)</b>					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Aceptable	7	11,9	11,9	11,9
	No aceptable	31	52,5	52,5	64,4
	Malo	21	35,6	35,6	100,0
	Total	59	100,0	100,0	

Analizando e interpretando la tabla y figura de la variable V2: Garantía del derecho propietario (agrupado) se ha obtenido que para el criterio Aceptable 11,9% (7), No aceptable 52,5%(31) y 35,6%(21)



### **Hipótesis General Correlaciones no paramétricas**

Ho= La variable control difuso registral no tiene una relación significativa con la Variable garantía del derecho de propiedad en registros públicos.

Ha= La variable control difuso registral tiene una relación significativa con la variable garantía del derecho de propiedad en registros públicos

### **Regla Teórica para Toma de Decisiones**

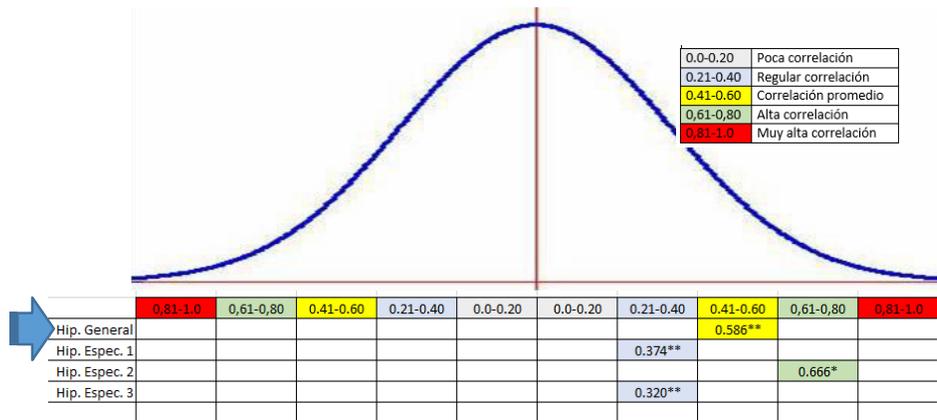
Se utilizó la Regla de Decisión, comparando el Valor p calculado por la data con el Valor p teórico de tabla = 0.05. Si el Valor p calculado  $\geq 0.05$ , se Aceptará Ho. Pero, si el Valor p calculado  $< 0.05$ , se Aceptará Ho.

### **Estadística de Prueba de Hipótesis**

Se halló, mediante el Rho de Spearman el tipo de relación entre los elementos (variables y/o dimensión) que está compuesta la hipótesis de estudio. La cual se representa usando la teoría de la *cuarta vía*.

		V1: Control difuso registral	V2: Garantía del derecho propietario (agrupado)
Rho de Spearman	<b>Control Difuso Registral</b>	Coefficiente de correlación	,586**
		Sig. (bilateral)	,000
		N	59
	<b>V2: Garantía del derecho propietario (agrupado)</b>	Coefficiente de correlación	,586**
		Sig. (bilateral)	,000
		N	59

\*\* . La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).



Según analizamos el valor de p-valor es de 0,000 el mismo que es menor a 0,05, lo que nos precisa de que se valida la hipótesis alterna o de estudios **“La variable control difuso registral tiene una relación significativa con la variable garantía del derecho de propiedad en registros públicos”** y se rechaza la hipótesis nula, la interpretación del coeficiente de correlación Rho de Spearman es de 0,586\*\* lo que el SPSS 24 lo interpreta como una correlación significativa al 99,00% de región de aceptación y 1,00% de región de rechazó en ambas colas, según la interpretación de la cuarta vía indica de que existe una alta correlación.

## Hipótesis Especifica 1

### Correlaciones no paramétricas

Ho= La dimensión calificación registral de la variable control difuso registral no tiene relación significativa con la variable garantía del derecho propiedad en registros públicos.

Ha= La dimensión calificación registral de la variable control difuso registral tiene relación significativa con la variable garantía del derecho propiedad en registros públicos.

### Regla Teórica para Toma de Decisiones

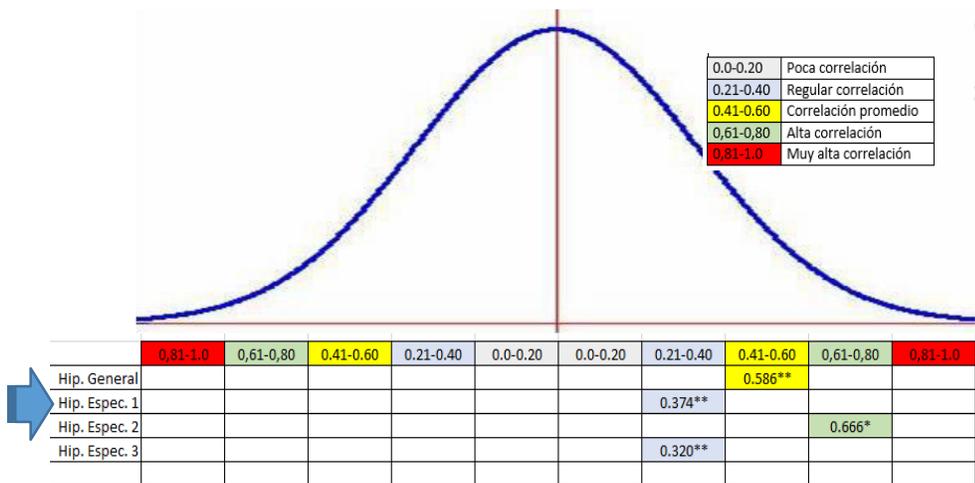
Se utilizó la Regla de Decisión, comparando el Valor p calculado por la data con el Valor p teórico de tabla = 0.05. Si el Valor p calculado  $\geq$  0.05, se Aceptará Ho. Pero, si el Valor p calculado  $<$  0.05, se Aceptará Ha.

### Estadística de Prueba de Hipótesis

Se halló, mediante el Rho de Spearman el tipo de relación entre los elementos (variables y/o dimensión) que está compuesta la hipótesis de estudio. La cual se representa usando la teoría de la *cuarta vía*.

Correlaciones				
			D1V1 Calificación registral	V2: Garantía del derecho propietario (agrupado)
Rho de Spearman	D1V1 calificación registral	Coefficiente de correlación	1,000	,374**
		Sig. (bilateral)	.	,004
		N	59	59
	V2: Garantía del derecho propietario (agrupado)	Coefficiente de correlación	,374**	1,000
		Sig. (bilateral)	,004	.
		N	59	59

\*\* La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).



Según analizamos el valor de p-valor es de 0,000 el mismo que es menor a 0,05, lo que nos precisa de que se valida la hipótesis alterna o de estudios **“La dimensión calificación registral de la variable control difuso registral tiene relación significativa con la variable garantía del derecho propiedad en registros públicos.”** y se rechaza la hipótesis nula, la interpretación del coeficiente de correlación Rho de Spearman es de 0,374\*\* lo que el SPSS 24 lo interpreta como una correlación significativa al 99,00% de región de aceptación y 1,00% de región de rechazó en ambas colas, según la interpretación de la cuarta vía indica de que existe una alta correlación.

### Correlaciones no paramétricas

Ho= La dimensión **calificación registral** no tiene una relación significativa con la variable garantía del derecho de propiedad en registros públicos

Ha= La dimensión oponible **calificación registral** tiene una relación significativa con la variable garantía del derecho de propiedad en registros públicos

### Regla Teórica para Toma de Decisiones

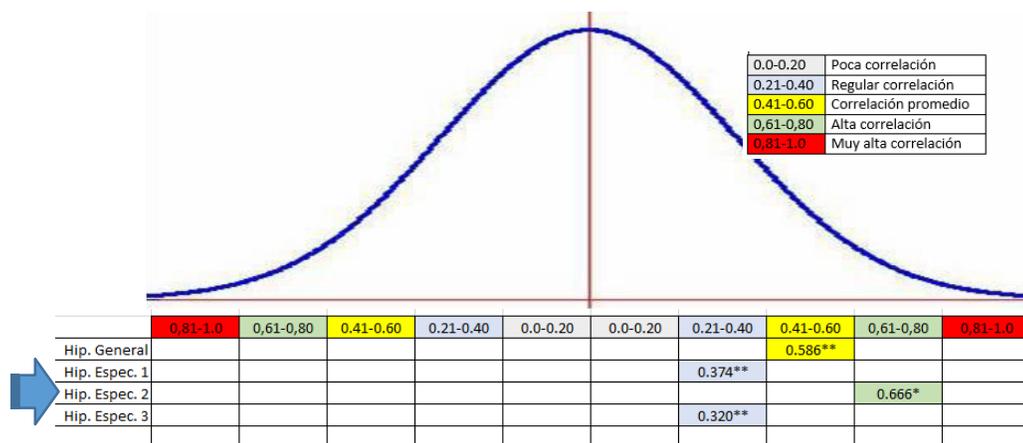
Se utilizó la Regla de Decisión, comparando el Valor p calculado por la data con el Valor p teórico de tabla = 0.05. Si el Valor p calculado  $\geq 0.05$ , se Aceptará Ho. Pero, si el Valor p calculado  $< 0.05$ , se Aceptará Ho.

## Estadística de Prueba de Hipótesis

Se halló, mediante el Rho de Spearman el tipo de relación entre los elementos (variables y/o dimensión) que está compuesta la hipótesis de estudio. La cual se representa usando la teoría de la *cuarta vía*.

Correlaciones				
			Principio de legalidad	V2: Garantía del derecho propietario (agrupado)
Rho de Spearman	Principio de legalidad	Coefficiente de correlación	1,000	,666**
		Sig. (bilateral)	.	,000
		N	59	59
	V2: Garantía del derecho propietario (agrupado)	Coefficiente de correlación	,666**	1,000
		Sig. (bilateral)	,000	.
		N	59	59

\*\* . La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).



Según analizamos el valor de p-valor es de 0,000 el mismo que es menor a 0,05, lo que nos precisa de que se valida la hipótesis alterna o de estudios **“La dimensión principio de legalidad de la variable control difuso registral tiene una relación significativa con la variable garantía del derecho de propiedad en registros públicos”** y se rechaza la hipótesis nula, la interpretación del coeficiente de correlación Rho de Spearman es de 0,666\*\* lo que el SPSS 24 lo interpreta como una correlación significativa al 99,00% de región de aceptación y 1,00% de región de rechazó en ambas colas, según la interpretación de la cuarta vía indica de que existe una alta correlación.

### Correlaciones no paramétricas

Ho= La dimensión principio de legalidad de la variable control difuso registral no tiene una relación significativa con la variable garantía del derecho de propiedad en registros públicos

Ha= La dimensión principio de legalidad de la variable control difuso registral tiene una relación significativa con la variable garantía del derecho de propiedad en registros públicos

### Regla Teórica para Toma de Decisiones

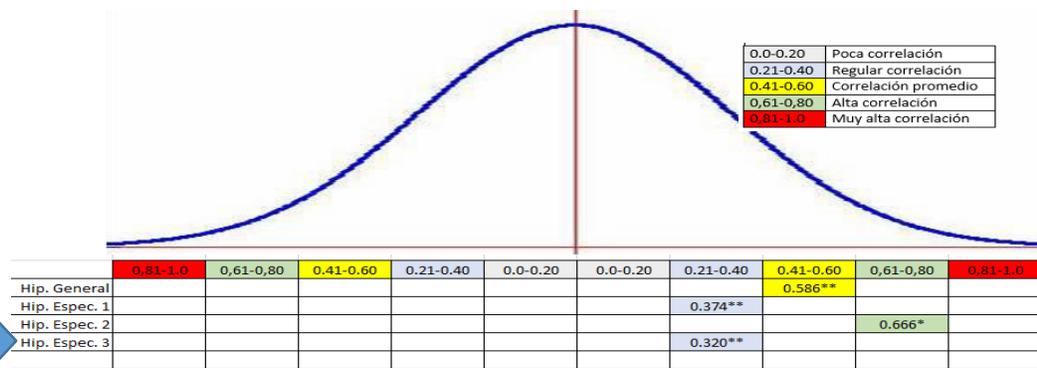
Se utilizó la Regla de Decisión, comparando el Valor p calculado por la data con el Valor p teórico de tabla = 0.05. Si el Valor p calculado  $\geq 0.05$ , se Aceptará Ho. Pero, si el Valor p calculado  $< 0.05$ , se Aceptará Ho.

### Estadística de Prueba de Hipótesis

Se halló, mediante el Rho de Spearman el tipo de relación entre los elementos (variables y/o dimensión) que está compuesta la hipótesis de estudio. La cual se representa usando la teoría de la *cuarta vía*.

Correlaciones			
		D3V1 Precedente registral	V2: Garantía del derecho propietario (agrupado)
Rho de Spearman	D3V1 Precedente registral	Coefficiente de correlación	1,000
		Sig. (bilateral)	,320
		N	,014
V2: Garantía del derecho propietario (agrupado)		Coefficiente de correlación	59
		Sig. (bilateral)	59
		N	,320
			1,000
			,014
			59

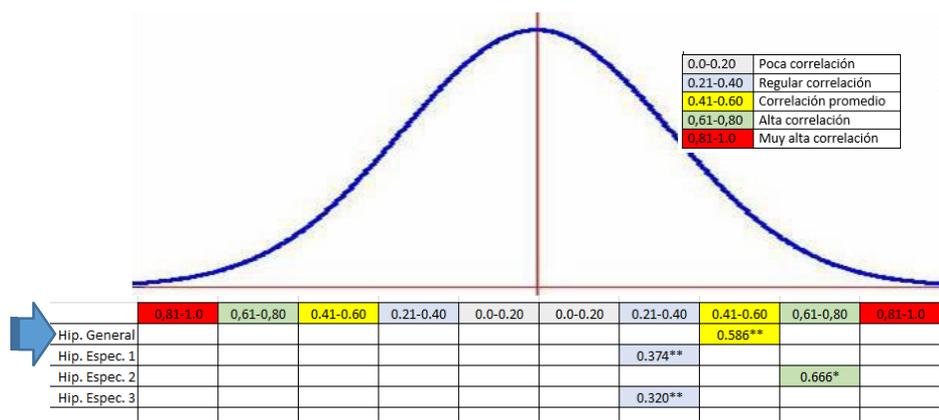
\*. La correlación es significativa en el nivel 0,05 (bilateral).



Según analizamos el valor de p-valor es de 0,000 el mismo que es menor a 0,05, lo que nos precisa de que se valida la hipótesis alterna o de estudios **“La dimensión precedente registral de la variable control difuso registral tiene una relación significativa con la variable garantía del derecho de propiedad en registros públicos”** y se rechaza la hipótesis nula, la interpretación del coeficiente de correlación Rho de Spearman es de 0,320\*\* lo que el SPSS 24 lo interpreta como una correlación significativa al 99,00% de región de aceptación y 1,00% de región de rechazó en ambas colas, según la interpretación de la cuarta vía indica de que existe una alta correlación.

		V2 Garantía de derecho de propiedad	V1 Control difuso registral
Rho de Spearman	V2 Garantía del derecho de propiedad	Coefficiente de correlación	1,000
		Sig. (bilateral)	,000
		N	59
	V1 Control difuso registral	Coefficiente de correlación	,586**
		Sig. (bilateral)	,000
		N	59

\*\* La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).



Según analizamos el valor de p-valor es de 0,000 el mismo que es menor a 0,05, lo que nos precisa de que se valida la hipótesis alterna o de estudios “**La variable garantía del derecho de propiedad tiene una relación significativa con la variable Control difuso registral**” y se rechaza la hipótesis nula, la interpretación del coeficiente de correlación Rho de Spearman es de 0,586\*\* lo que el SPSS 24 lo interpreta como una correlación significativa al 99,00% de región de aceptación y 1,00% de región de rechazó en ambas colas, según la interpretación de la cuarta vía indica de que existe una alta correlación.

### Correlaciones no paramétricas

Ho= La variable garantía del derecho propiedad no tiene relación significativa con variable control difuso registral.

Ha= La garantía del derecho propiedad tiene relación significativa con la variable control difuso registral.

### Regla Teórica para Toma de Decisiones

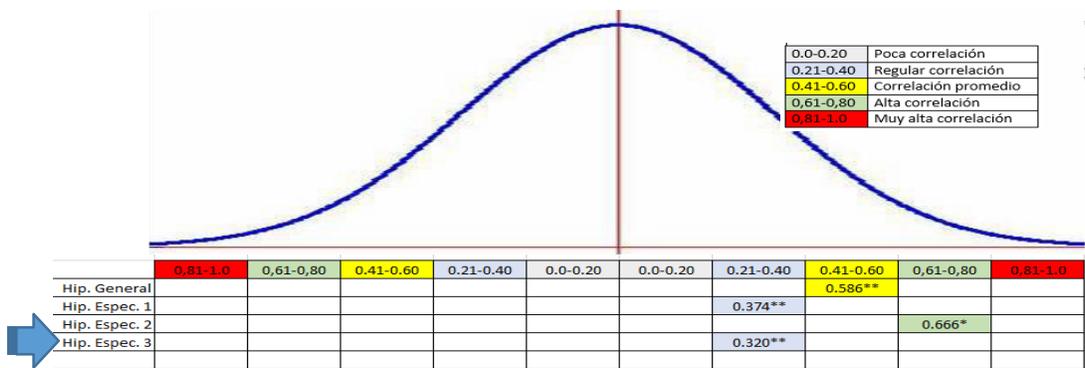
Se utilizó la Regla de Decisión, comparando el Valor p calculado por la data con el Valor p teórico de tabla = 0.05. Si el Valor p calculado  $\geq 0.05$ , se Aceptará Ho. Pero, si el Valor p calculado  $< 0.05$ , se Aceptará Ho.

### Estadística de Prueba de Hipótesis

Se halló, mediante el Rho de Spearman el tipo de relación entre los elementos (variables y/o dimensión) que está compuesta la hipótesis de estudio. La cual se representa usando la teoría de la *cuarta vía*.

Correlaciones				
		D1V2 Inscripción registral		
Rho de Spearman	D1V2 Inscripción registral	Coefficiente de correlación	1,000	,374**
		Sig. (bilateral)	.	,004
		N	59	59
Rho de Spearman	V1 Control difuso registral	Coefficiente de correlación	,374**	1,000
		Sig. (bilateral)	,004	.
		N	59	59

\*\* La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).



Según analizamos el valor de p-valor es de 0,000 el mismo que es menor a 0,05, lo que nos precisa de que se valida la hipótesis alterna o de estudios “La dimensión inscripción registral de la variable garantía del derecho de propiedad tiene relación significativa con la variable control difuso registral en registros públicos.” y se rechaza la hipótesis nula, la interpretación del coeficiente de correlación Rho de Spearman es de 0,374\*\* lo que el SPSS 24 lo interpreta como una correlación significativa al 99,00% de región de aceptación y 1,00% de región de rechazó en ambas colas, según la interpretación de la cuarta vía indica de que existe una alta correlación.

#### Correlaciones no paramétricas

Ho= La dimensión inscripción registral no tiene una relación significativa con la variable garantía del derecho de propiedad en registros públicos

Ha= La dimensión oponible inscripción registral tiene una relación significativa con la variable control difuso registral en registros públicos

#### Regla Teórica para Toma de Decisiones

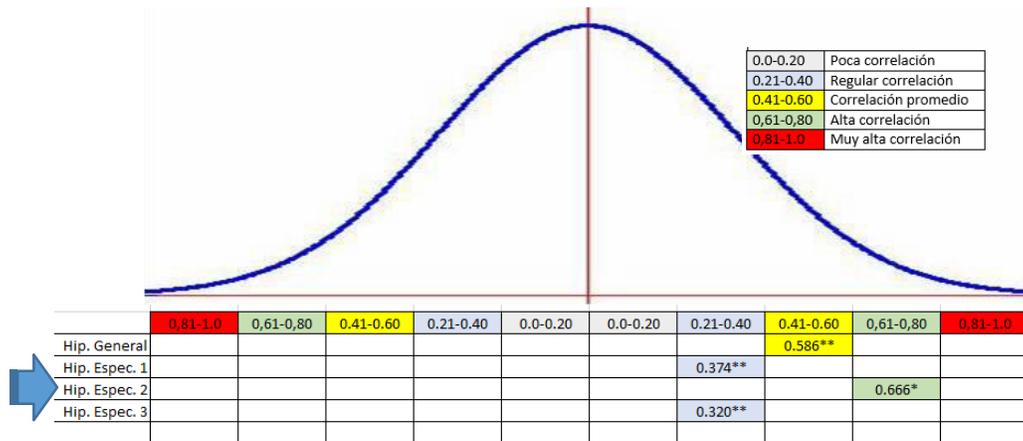
Se utilizó la Regla de Decisión, comparando el Valor p calculado por la data con el Valor p teórico de tabla = 0.05. Si el Valor p calculado  $\geq 0.05$ , se Aceptará Ho. Pero, si el Valor p calculado  $< 0.05$ , se Aceptará Ho.

#### Estadística de Prueba de Hipótesis

Se halló, mediante el Rho de Spearman el tipo de relación entre los elementos (variables y/o dimensión) que está compuesta la hipótesis de estudio. La cual se representa usando la teoría de la cuarta vía.

Correlaciones			
		D2V2 Publicidad registral	V2: Garantía del derecho propietario (agrupado)
Rho de Spearman	D2V2 Publicidad registral	Coefficiente de correlación	1,000
		Sig. (bilateral)	,000
		N	59
V1 Control difuso registral		Coefficiente de correlación	,666**
		Sig. (bilateral)	,000
		N	59

\*\* La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).



Según analizamos el valor de p-valor es de 0,000 el mismo que es menor a 0,05, lo que nos precisa de que se valida la hipótesis alterna o de estudios “La dimensión publicidad registral de la variable garantía del derecho de propiedad tiene una relación significativa con la variable control difuso registral” y se rechaza la hipótesis nula, la interpretación del coeficiente de correlación Rho de Spearman es de 0,666\*\* lo que el SPSS 24 lo interpreta como una correlación significativa al 99,00% de región de aceptación y 1,00% de región de rechazó en ambas colas, según la interpretación de la cuarta vía indica de que existe una alta correlación.

### Correlaciones no paramétricas

Ho= La dimensión publicidad registral de la variable garantía del derecho de propiedad no tiene una relación significativa con la variable control difuso registral en registros públicos.

Ha= La dimensión publicidad registral de la variable control garantía del derecho de propiedad tiene una relación significativa con la variable control difuso registral en registros públicos

#### Regla Teórica para Toma de Decisiones

Se utilizó la Regla de Decisión, comparando el Valor p calculado por la data con el Valor p teórico de tabla = 0.05. Si el Valor p calculado  $\geq$  0.05, se Aceptará Ho. Pero, si el Valor p calculado  $<$  0.05, se Aceptará Ho.

#### Estadística de Prueba de Hipótesis

Se halló, mediante el Rho de Spearman el tipo de relación entre los elementos (variables y/o dimensión) que está compuesta la hipótesis de estudio. La cual se representa usando la teoría de la cuarta vía.

Correlaciones				
		D3V2 Seguridad Jurídica		V2: Garantía del derecho propietario (agrupado)
Rho de Spearman	D3V2 Seguridad Jurídica	Coefficiente de correlación	1,000	,320
		Sig. (bilateral)	.	,014
		N	59	59
	V1 Control difuso registral	Coefficiente de correlación	,320	1,000
		Sig. (bilateral)	,014	.
		N	59	59

\*. La correlación es significativa en el nivel 0,05 (bilateral).

Según analizamos el valor de p-valor es de 0,000 el mismo que es menor a 0,05, lo que nos precisa de que se valida la hipótesis alterna o de estudios **“La dimensión seguridad jurídica registral de la variable garantía del derecho de propiedad tiene una relación significativa con la variable control difuso registral en registros públicos”** y se rechaza la hipótesis nula, la interpretación del coeficiente de correlación Rho de Spearman es de 0,320\*\* lo que el SPSS 24 lo interpreta como una correlación significativa al 99,00% de región de aceptación y 1,00% de región de rechazó en ambas colas, según la interpretación de la cuarta vía indica de que existe una alta correlación.

## **Fichas de análisis de resoluciones del Tribunal Registral**

**Título de la publicación: Aplicación, inaplicación e interpretación de disposiciones legales por el notario.**

**Tipo de documento: Resolución Registral (RT 003-2012-SUNARP-TR-T, 2012)**

**Fecha de publicación: 06/01/2012**

Lugar: Trujillo

Autor: Tribunal Registral

Descripción del documento

Principales temas abordados:

Conforme a lo señalado por la (Resolución del Tribunal Registral 003-2012-SUNARP-TR-T, 2012, Pág. 1) “La aplicación, inaplicación e interpretación de disposiciones legales dentro de un procedimiento notarial no contencioso forma parte de la motivación de las actuaciones o declaraciones del notario, y constituye un asunto propio de la validez de tales actos. Por ende, no es un aspecto calificable en sede registral”, es decir aquí se señala que en caso de declararse la prescripción adquisitiva notarial de bienes privados del estado en transgresión de la Ley 29618, y el registrador verificarlo en la calificación no podría cuestionar dicha transgresión por haber sido declarada por notario competente y no tener registrador facultades de aplicar control difuso registral para hacer primar la ley y la constitución sobre normas registrales.

La presente es un documento que da mérito de la dación de un ( Precedente de Observancia Obligatoria Registral, 2012, Pág. 54) adoptado Sesión extraordinaria y presencial realizada los días 9 y 10 de febrero de 2012. Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 22 de febrero de 2012 que trata sobre la prescripción adquisitiva notarial de bienes de dominio privado del Estado, señalándose así que “no corresponde a las instancias registrales, por ser de exclusiva responsabilidad del notario, evaluar la aplicación o inaplicación de la Ley 29618 hecha por el citado profesional dentro de un procedimiento no contencioso de prescripción adquisitiva de propiedad”. Este precedente al tener carácter vinculante es de obligatorio cumplimiento lo que compele al registrador público a que se cumpla con calificar e inscribir lo declarado por notario.

Categoría de estudio

Registral-constitucional, se toca una categoría cualitativa de estudio, análisis del documento.

Determinar que la falta de atribución del registrador público para ejercer control difuso registral en la calificación registral lo lleva a inscribir muchas veces declaraciones que contravienen la constitución, viendo en este documento de análisis que se transgrede una ley que defiende un derecho de propiedad el cual está amparado como un derecho fundamental en la Constitución política del Perú.

#### Perspectiva Teórica

Tomando en cuenta que el enfoque de nuestra investigación tiene una perspectiva cualitativa que busca el análisis de documento permitan entender la problemática planteada y encontrarle o proponer una solución a la misma.

#### Principales referentes

Se debe tener en cuenta que la resolución materia de análisis sustenta un precedente de observancia obligatoria, y que tiene como sustento principal en la directiva 013-2003-SUNARP/SN, que establece los criterios de la calificación para los documentos notariales.

#### Comentario

De todo lo señalado se puede advertir que al ser el Registrador un funcionario público debe hacer cumplir lo normado en nuestra norma suprema la Constitución, y por tanto garantizar la protección y defensa de los derechos fundamentales protegidos en esta, siendo uno de ellos el derecho de propiedad, sin embargo se ve coaccionado por sus normas especiales en transgredir esta protección y al no tener estas facultades de control difuso, tiene que cumplir aun cuando no esté de acuerdo con lo establecido en su norma registral, siendo consciente de que está incumpliendo lo establecido en la Constitución. Apoyando de esta forma la existencia del problema planteado en la presente investigación, en cuanto a que es necesario el otorgamiento de tal facultad al referido funcionario debido a que este es la clave para la calificación registral e inscripción que llevara a obtener la seguridad jurídica registral que brinda registros públicos.

**Título de la publicación: Calificación de títulos de origen administrativo**

**Tipo de documento: Resolución Registral (RT N° 019-2008-SUNARP-TR-T, 2008)**

**Fecha de publicación: 31/01/2008**

Lugar: Trujillo

Autor: Tribunal Registral

Descripción del documento

Principales temas abordados: Según lo señalado en (Resolución Tribunal Registral N° 019-2008-SUNARP-TR-T, 2008, Pág. 1), Los títulos de origen administrativo se califican, en esencia, con las mismas restricciones con que se califica un título de origen judicial. El Registro califica sólo la formalidad extrínseca del documento administrativo. Es decir en este caso si se equipara a la actuación administrativa con la del juez.

Recordemos que (Roca, Ramón; Roca, Luis, 1954, Pág. 299-301) señala que el título inscribible en el aspecto material tiene la importancia de constituir lo que propiamente se inscribe, es decir, la materia inscribible en sentido amplio; o sea, el acto o negocio jurídico que opera la mutación jurídico real u otro registrable; en su aspecto formal, agrega el autor, constituye el medio adecuado para el acceso de los títulos materiales inscribibles en el Registro.

## **XII.DISCUSIÓN**

### **12.1. Primera discusión**

Debemos de tener en cuenta que registros públicos es una entidad del estado que tiene como fin la de brindar seguridad jurídico registral es por eso que se puede afirmar que el desarrollo de la sociedad y su protección se encuentra relacionada a esta figura registral.

Pero adquirimos seguridad jurídica a través de la llamada calificación registral que es realizada por un operador registral llamado Registrador Publico que a través de esta establece la procedencia o improcedencia de una inscripción registral, si se inscribe el acto solicitado, tendrá seguridad jurídica y oponibilidad frente a terceros, dándole de esta manera la protección y garantizando la propiedad a los miembros de la sociedad.

Se debe tener en cuenta lo manifestado por (Abella , 2008, pág. 39), en su libro “Derecho Inmobiliario Registral” donde indica que el control de legalidad de los documento presentados que realiza el registrador se hace efectivo a través de la función calificadora a fin de lograr la menor cantidad de inexactitudes registrales.

Ante lo cual se puede establecer la importancia que tiene esta función calificadora a efectos de brindar la seguridad jurídica registral; lo necesaria que es a efecto de la defensa de los derechos fundamentales regulados y protegidos en la constitución.

Es así que se planteó el problema de que si este operador del derecho advirtiera en la calificación registral que una inscripción vulnera un derecho fundamental protegido en la constitución, por la falta de aplicación de control difuso por lo registradores públicos en sede administrativa, específicamente en sede registral, debía inscribir y no rechazar su registro y brindar de esta manera seguridad jurídica a actos que vulneran la norma suprema, la Constitución.

Estableciendo de esta manera la gran importancia e influencia que tiene la aplicación del control difuso registral por los registradores públicos a efectos de la defensa de los derechos fundamentales en especial el derecho de propiedad que tiene una connotación de tipo constitucional-social.

## **12.2. Segunda discusión**

De esta manera debemos entender que el derecho de propiedad constituye un derecho fundamental protegido y garantizado constitucionalmente y que cuyos efectos son sociales por que afectan a todos los miembros de una sociedad.

Cabe señalar que (ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF , Martin, 1971, pág. 333), en su libro “Tratado de Derecho Civil”, indica que la propiedad no es otra cosa que un derecho real que permite efectuar la más amplia gama de comportamiento respecto del objeto (concreto, actual y específico) sobre el cual recae. La diferencia existente entre la propiedad y los otros derechos reales está dada por el tipo de comportamientos que estos últimos permiten efectuar respecto del objeto (concreto, actual y específico) sobre el cual recae. Tales comportamientos, evidentemente, en ningún caso poseen el alcance que tienen los que forman parte del contenido de la propiedad.

Es así que debemos tener presente que el derecho de propiedad es un de tipo social y que al tener tal relevancia debe ser protegido por nuestra norma principal y en general por todo nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo que los funcionarios que pertenecen a la administración pública deben velar por su protección y cumplimiento, por lo que al ser el registrador público un operador del derecho registral que brinda seguridad jurídica debe velar por la protección de este derecho y garantizar su fiel cumplimiento.

Es por esto que se le tienen que dar todas las armas necesarias para lograr la referida misión, sin embargo al no tener la facultad de control difuso, no cumple con garantizar y proteger como debidamente este derecho e incluso transgrede la norma suprema del Perú, la Constitución.

## **12.3. Tercera discusión**

En nuestro país se le reconoce la aplicación del control difuso solo a los jueces pues se considera que son los únicos idóneos para poder realizar una interpretación y análisis de un caso concreto para ver si se a transgredo una disposición de tipo constitucional y declararla de esta forma inconstitucional.

Sin embargo si hacemos una revisión los entes colegiados administrativos tuvieron la facultad de aplicar control difuso, años atrás debido a que se consideró que tenían las suficientes razones como aplicadores de la norma para tener la referida facultad y evitar la transgresión de la norma constitucional.

Es con la (STC 3741- 2004 AA/TC (caso Ramón Salazar Yarlenque), 2004), que cuando normas de carácter administrativo infrinjan normas constitucionales en cuanto a sus derechos fundamentales (como el materia de investigación, el derecho fundamental de propiedad), es considerado un deber para el órgano colegiado administrativo aplicar control difuso administrativo.

El control difuso administrativo se entendía por tanto como un medio que permite a funcionarios de la administración pública tener la facultad de inaplicar una norma administrativa especial para un caso específico debido a que debe primar la Constitución sobre a cualquier norma que tenga la intención de transgredirla, es decir se protege con esto el principio de supremacía constitucional.

Fundamento lógico que este no solo se considera que otros funcionarios públicos al además del juez tienen que tener la facultad de aplicar control difuso, por la importante labor que desempeñan. Es así que el registrador público tiene una función importante en nuestra normativa peruana ya que gracias a la inscripción, la sociedad ve protegido y garantizado su derecho de propiedad a través de la seguridad jurídica registral.

Sin embargo esta facultad a los entes administrativos fue dejada sin efecto por el Tribunal Constitucional debido a que señala que el único idóneo para aplicar dicha facultad es el juez y no los demás funcionarios públicos, por lo que no se les puede confiar tal facultad.

Se considera en la presente investigación que lo aducido por el Tribunal Constitucional no es lo correcto debido a que todos los funcionarios públicos desempeñan una labor importante en nuestra sociedad y más aun los que se encargan de la protección y garantía de derechos fundamentales regulados en nuestra constitución, como el caso del derecho de propiedad, el cual es protegido y garantizado a través de la seguridad jurídica registral que brinda registros públicos a través de sus operadores registrales Registradores Públicos, por lo que estos deberían gozar de la facultad de que cuando realizan la labor de calificación registral declararen la inconstitucionalidad de una norma

que infringe la Constitución y denieguen el acceso a registros públicos de los actos que se amparen en ella .

#### **12.4. Cuarta discusión**

De la revisión de todas las teorías y posturas desarrolladas en la presente investigación así como los instrumentos metodológicos aplicados (Fichas de análisis de resoluciones y cuestionarios de encuestas), además del método de observación y descripción aplicado se puede establecer que el problema de investigación planteado si es un problema que existe en nuestra realidad y que el control difuso debe extender su aplicación a los Registradores Públicos en la calificación registral para evitar la afectación al derecho de propiedad por el redimensionamiento del principio de legalidad.

Con el análisis de resoluciones y observación y descripción se pudo establecer que la calificación registral es meramente formalista es decir solo se encarga de la revisión de la forma y no si el contenido de un instrumento presentado a registros públicos se adecua a lo normado en nuestra Constitución. Haciendo primar muchas veces sus precedentes de observancia obligatoria sobre esta norma suprema vulnerado así un derecho fundamental protegido en esta (la propiedad).

Es decir registros públicos brinda una seguridad jurídica registral que se basa en revisiones meramente formalistas, y protege en muchas ocasiones a quien no tiene el beneficio de esta, y que se consideran usurpadores de la misma.

Por lo que al aplicar las encuestas a operadores registrales en cuanto a si consideran que la calificación que realizan es la adecuada teniendo en cuenta que en esta no tienen la facultad de aplicar control difuso registral, ellos mismos son conscientes que la limitación que implica no tener la referida facultad, hace que el servicio que brindan en cuanto a la seguridad jurídica registral no sea la adecuada y que se infrinja en muchas oportunidades la norma constitucional y por tanto el derecho fundamental de propiedad.

Es por todo lo señalado que se plantea que el Registrador Público como funcionario de la administración pública tiene una función tan importante como la brindar seguridad jurídica a los propietarios de bienes en nuestra sociedad, y por tanto debe ser atribuido de la facultad de aplicar control difuso registral en su calificación, a efecto de que

los beneficios de esta se otorguen a quien realmente debe gozar de esta y no a quien vulnere la normativa constitucional.

## **XIII PROPUESTA**

Luego de haber desarrollado esta tesis y analizar las diversas teorías, posiciones, y la descripción de los hechos y observación de la problemática probando la existencia de un problema y de que es necesario otorgar la faculta de aplicar control difuso registral por el registrador público en el procedimiento registral a efecto de garantizar el derecho fundamental de propiedad protegido en la Constitución.

Se considera pertinente proponer presentar un proyecto de ley al congreso a efectos de que se expida una norma (ley) donde se autorice y se regule la facultad de aplicación de control difuso por los funcionarios públicos vinculados a la actividad registral, Registradores Públicos, a efectos que estos cumplan con la importante labor que desarrollan en la calificación de la procedencia o improcedencia de la inscripción registral y brindar adecuadamente una seguridad jurídica registral a los miembros de la sociedad, en cuanto a la protección y garantía de su derecho fundamental de propiedad regulado en la Constitución.

Este planteamiento que esgrimimos puede significar que se califique como inconstitucional en tanto el Tribunal Constitucional como hemos ya señalado ha interpretado que solo corresponde la potestad de controlar constitucionalmente las leyes a los jueces, fundamento aparentemente establecido solo a dichos funcionarios jurisdiccionales en el artículo 138 *in fine*. Es más bien replantear en nuestro sistema jurídico que se reforme la Constitución en el citado artículo 138 *in fine* debiendo habilitarse esta potestad ya no solo a la judicatura sino también a la administración pública (en especial a los Registradores Públicos).

## **XIV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

- Se puede concluir que el control difuso es un medio importante y necesario para poder hacer cumplir la primacía de la Constitución, y al ser una herramienta de tal magnitud debe ser aplicada por todos los funcionarios que prestan servicios para la administración pública.
- Registros públicos es una entidad que brindan seguridad jurídica registral, a miembros de nuestra sociedad en cuanto a su derecho de propiedad sobre un bien, garantizando la protección y la garantía de este generando oponibilidad frente a terceros.
- El operador de registros públicos que se encarga de registrar un acto, es el registrador público quien realiza la calificación registral para establecer la procedencia o improcedencia de la inscripción, y esta calificación sin la facultad de aplicación de control difuso en el procedimiento registral la hace meramente formalista.
- Al no tener facultad de control difuso los registradores públicos, cuando realizan la calificación registral advierte que el acto ha sido en contravención de un precepto constitucional y la normativa registral (precedente de observancia obligatoria), dice que no se califica el fondo sino solo la forma, el operador registral tendría solo que registrar no importando este hecho de infracción de la norma constitucional.
- Tanto el fundamento teórico, así como las encuestas realizadas demuestran que la falta de atribución de la aplicación de control difuso registral por los registradores públicos, llevan a que se vulnera los preceptos constitucionales en cuanto al derecho fundamental de propiedad.
- Por lo que se debe atribuir la facultad de aplicación de control difuso registral a los registradores público a efectos de garantizar la protección del derecho fundamental de propiedad a través de una correcta seguridad jurídica registral.

**Se recomienda:**

Se recomienda que vía una iniciativa legislativa en el parlamento se plantee ante la comisión constitucional la reforma de la constitucional *prima facie* para posteriormente habilitar la dación de una Ley que regule y comprenda nuestra propuesta de ampliar el espectro del control difuso a las entidades administrativas (Registrador Público).

## **XV FUENTES DE INFORMACIÓN**

- Abella , A. (2008). *Derecho Inmobiliario Registral*. Argentina: Zavalia.
- Acosta, E. (2005). *Teoría de la Constitución*. Mexico: Porrúa.
- Albaladejo, M. (2004). *La Usucapiòn*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.
- Albaladejo, M. (2008). *Derechos Reales, La Propiedad II*. Lima: Investigación Jurídica S.A.
- Aliaga, L. (2012). *La desnaturalización de la finalidad del registro de propiedad inmueble en el Perú* . Lima: Tesis para el grado de maestro.
- Aliaga, L. y. (25 de 12 de 2016). *Alcances del control difuso en el ambito registral(a proposito de una sentencia del Tribunal Constitucional)*. Recuperado el 25 de 12 de 2016, de Alcances del control difuso en el ambito registral(a proposito de una sentencia del Tribunal Constitucion: <http://www.revistas.pucp.edu.pe/elvisir/Articulos>
- Alvarez, J. (1986). *Derecho Inmobiliario Registral*. Madrid: Civitas.
- Alvarez, J. (2010). *Derecho Inmobiliario Registral*. Lima, 3 era edición : Jurista Editores.
- Alzamora, M. (1976). *La filosofía del derecho* (Vol. 1º edición). Lima: Sesator.
- Amaro, H. (2011). *La aplicación del control difuso en la administración*. Lima: Tesis Mestria San Marcos.
- Anaya, J. (2009). *Limites a la Función Calificadora del Registrador*. Lima: Sunarp (Fuero Registral X N° 6).
- Arriagada, I. &. (2013). *Producción, tráfico y consumo de drogas en América Latina*. Mexico: CEPAL.
- Avendaño, F. (2012). Limites Convencionales de la Propiedad. En G. Priori, *Estudios Sobre La Propiedad* (pág. 123). Lima: Fondo editorial Católica.
- Avendaño, J. (1965). *Los Titulos Supletorios y la Acción Declarativa de Prescripción*. Lima: Themis.

- Avendaño, J. (2009). *La Propiedad en la Constitución*. Lima: Jurista- Tribunal Constitucional del Perú.
- Baz, F. (1980). Derecho Inmobiliario e Hipotecario Ingles. *Revista de Derecho Privado*, 63.
- Bergman, M. (2016). *Drogas, narcotrafico y poder en America Latina*. Buenos Aires: Fondo de cultura economica de Mexico.
- Bernal, C. (2013). *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*. . Lima: Academia Nacional de la Magistratura.
- Bidart, G. (2001). *Manual de la Constitución Reformada* (3 era ed.). Buenos Aires: Edear.
- Bielsa, R. (1942). *La Protección (Hermenéutica e interpretación constitucional)*. Buenos Aires: La Ley.
- Bielsa, R. (1966). *Derecho Administrativo* (Vol. Tomo V). Buenos Aires: La Ley.
- Bielsa, R. (1996). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Temis.
- Birdar, G. (1997). *La Justicia Constitucional y la Inconstitucional por Omisión*. Buenos Aires: ED.
- Bonifaz, L. Valle, F. Romero,R. (2004). *Interpretación Político-Jurídica*. Mexico: Instituto Federal Electoral.
- Brewer-Carias, A. (1995). La Justicia Constitucional. *Revista Jurídica del Perú*, julio-setiembre XLV N° 3, 128.
- Brewer-Carias, A. (1995). La Justicia Constitucional. *Jurídica del Perú*, Año XLV N° 3, julio-setiembre, 121.
- Cabanellas, G. (2001). *Diccionario Jurídico Elemental* (Decimo Quinta ed.). Argentina: Heliasta.
- Cabanillas, A. (1996). *La Propiedad*. Valencia: Departament de Dret Civil Univertitat de Valencia.

- Castillo, L. (2007) *Administración Pública y Control de la Constitucionalidad de las Leyes: ¿otro exceso del TC?* En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional*, N.º 1. Lima: Palestra Editores.
- Cairo, O (2004). *Justicia Constitucional y Proceso de Amparo*. (1ª edición). Lima: Palestra Editores.
- Caivano, R. (2000). *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Calamadre, P. (1999). *La illegittimità Costituzionale delle leggi en el proceso civile* (Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano ed.). (F. Fernandez, Trad.) Montevideo: Honrad-adenauer-stiftun.
- Cappelletti, M. (1979). *Control Judicial de la Constitucionalidad de la Ley en el Derecho Comparado II*. Milán: Giuffrè editore.
- Cappelletti, M. (1984). *Judicial Review of Legislation and its Legitimacy Recent Developments. General Report* (Internacional Association of Legal Sciences ed.). (T. e. Alarcón, Trad.) Mineo.
- García. (1999). *Curso de Derecho Administrativo I*. (9ª edición) Madrid: Civitas.
- García, E. (1998). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. (3ª edición) Madrid: Civitas
- Casal, J. (2006). *Constitucìon y Justicia Constitucional*. Caracas, 2da ediciòn ampliada: Universidad Catòlica Andrès Bello.
- Castillo, L. (2005-2006). *El Caracter Normativo Fundamental de la Constitucìon Peruana*. Lima-Uruguay: Jurídica.
- Castillo, L. (2007). *Administracìon Pùblica Y Control de la Constitucional de las Leyes*. Lima: Palestra.
- Castillo, M. (2013). *Los Modelos de Control de Constitucionalidad en el Sistema Peruano de Justicia Constitucional*. *Constitucional*.
- Castro, S. (2005) *Control difuso: ¿potestad de la administración?*. *Revista de Derecho Administrativo* N° 1. Lima.

Céspedes, A. (2012) Cuando el nivel regional del Estado Regio-Local olvida cuál es su marco legal de competencias normativas. *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 132.

CEDRO. (2010). *Informe sobre las drogas en el Peru*. Lima: CEDRO.

cgservicios.df.gob.mx. (24 de 02 de 2016).  
[//cgservicios.df.gob.mx/contraloria/cursos/MARCOJURIDICO](http://cgservicios.df.gob.mx/contraloria/cursos/MARCOJURIDICO). Recuperado el 24 de 02 de 2016, de [//cgservicios.df.gob.mx/contraloria/cursos/MARCOJURIDICO/paginas/til.php](http://cgservicios.df.gob.mx/contraloria/cursos/MARCOJURIDICO/paginas/til.php) (24/02/2016):

<http://cgservicios.df.gob.mx/contraloria/cursos/MARCOJURIDICO/paginas/til.php>

Chico, J. M. (2015). Proyecciones de la Seguridad Jurídica. *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, 707 a 830.

Collins, C. (2008). *Derecho de Propiedad Limitaciones y Expropiación*. Chile: Tesis.

Controlaria General. (s.f.). *cgservi. gob*. Recuperado el 24 de 02 de 2016, de <http://cgservicios.df.gob.mx/contraloria/cursos/MARCOJURIDICO/paginas/til.php>

Cornejo, A. (2001). *Derecho Registral*. Buenos Aires: Astrea.

Corral, E. (2006). *Los Supuestos Indemnizatorios y la Ley 16/2005 Urbanística de Valencia*. Valencia: La Ley .

Cossio, J. (2012). Primeras Implicaciones del caso Radilla. *Revista Mexicana de Drecho Constitucional*, 41.

Cuadros, C. (1995). *Derechos Reales*. Lima: Cultural Cuzco S.A.

Cuadros, C. (1995). *Derechos Reales*. Lima: Rodhas.

Cueva, R. (2011). *De los Niveladores a Marbury Versus Madison la Gènesis de la Democracia Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

definicionabc. (01 de Febrero de 2017). [www.definicionabc.com](http://www.definicionabc.com). Recuperado el 02 de Febrero de 2017, de [definicionabc.com](http://www.definicionabc.com): <http://www.definicionabc.com/general/permanencia.php>

Derecho. (01 de Febrero de 2017). *www.derecho.com*. Recuperado el 01 de 02 de 2017, de *www.derecho.com*: [http://www.derecho.com/c/Derechos\\_fundamentales](http://www.derecho.com/c/Derechos_fundamentales)

Diaz, E. (1981). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Taurus.

Diaz, E. (1998). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid : Taurus.

Diez-Picazo, L. (1995). *Fundamentos de Derechos Civil* (Cuarta ed., Vol. Tomo III ). Madrid: Editorial Civitas.

Directa Sunarp. (09 de 10 de 2003). Directiva Sunarp 013-2003-SUNARP/SN. *Calificación Registral de los Asuntos No Contenciosos de Competencia Notarial* . Lima, Lima, Perú: SUNARP.

Dufau, J. (1977). *El Dominio Publico*. Paris: S.E.

Duverger, M. (1967). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Barcelona: Ariel.

[edwinfigueroag.wordpress.com/2010/09/04/principios-de-interpretacion-constitucional/](http://edwinfigueroag.wordpress.com/2010/09/04/principios-de-interpretacion-constitucional/) (24/02/2016)

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF , Martin. (1971). *Tratado de Derecho Civil* (Vol. i). (B. Pèrez, & J. Alguer, Trads.) Barcelona: Bosch.

Espinoza-Saldaña, E. (2005). El Control Difuso: su àmbito de acciòn en el derecho comparado y sus alcances en el Perú. *Revista Juridica del Perú. Año LV N° 62 Mayo/Junio*.

Eto, G. (2000). *Introducciòn al Derecho Civil*. Lima: Talleres Graficos de Editora Normas Legales S.A.C.

Eto, G. (2004). *La Inconstitucionalidad Por Omisiòn*. Queretaro-Mexico: Folio Rojo.

Eto, G. (2013). *Constituciòn y Procesos Constitucionales, tomo I y tomo II*. Lima: Adrus editores.

Eto, G. (2013). *Treinta Años de Jurisdicciòn Constitucional en el Perú*. Lima: Tribunal Constitucional .

- Fernandez, E. (1942). *Normas Legales Interpretativas (Hermenèutica e Interpretaciòn Constituciòn)*. Buenos Aires: La Ley.
- Fernàndez, F. (1997). *Evoluciòn Històrica y Modelos de Control de Constitucional. La Jurisdicciòn Constitucional en Iberoamèrica*. Madrid: Dykinson.
- Fernàndez, F. (2006). *Del Control Político Al Control Jurisdiccional*. Buenos Aires: Artigo.
- Ferri, L. (2004) Lecciones sobre el contrato, Curso de derecho civil, Traducción de Nélvor Carreteros Torres, Presentación, notas y edición por Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, Primera edición en castellano de la segunda edición italiana (1982). Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Fix, H. (1976-1977). *Las Garantías Constitucionales en el Derecho Mexicano*. Mexico: Anuario Jurídico.
- Fix, H. (2004). *La Protecciòn Procesal de las Garantías Constitucionales en America Latina*. Mèxico: UNAM.
- Fuero Registral. (2011). *Fuero Registral*. Lima: Sunarp.
- Furnish, D. (1990). *La Revisiòn Jucial*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Gaceta Juridica. (21 de 03 de 1891). Establece el Registro de la Propiedad Inmueble. Lima: Gaceta Judicial.
- Gallego, A. (1994). *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales*. Madrid: Civitas.
- Garazatua, J. (2011). La Seguridad Jurídica en el Sistema Registral. *Fuero Registral*, 170.
- García Belaunde, D. (2008). *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*. Mexico: Porrúa- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- Garcia de Enterría y Fernàndez. (1999). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Garcia, D. (1980). La Nueva Constituciòn Peruana. *Boletin Mexicano de Derecho Comparado, Revista el Foro N° 2-3-4- 1979 N° 35*, Lima.

- García, D. (1989). *El Control de la Constitucional de las Leyes en el Perú*. Lima: Ius Et Praxis.
- García, D. (1996). *La Constitución en el Pendulo*. Arequipa: Universidad Nacional de San Agustín.
- García, D. (2005). *La Interpretación Constitucional Como Problema*. Mexico: Portugal.
- García, D. (2008). *El Derecho Procesal Constitucional en Perspectiva*. Porrúa.
- García, D. (1984). *La Jurisdicción Constitucional en el Perú*. Lima: AA.VV.
- García, E. (1981). *La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional*. España: Civitas.
- García, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima: Adrus.
- García, J. (1994) La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Número conmemorativo de los 50 años de la reforma hipotecaria de 1944, N°625, noviembre – diciembre.
- Garrido, F. (1994). *Tratado de Derecho Administrativo* (duodécima ed.). Madrid: Tecnos.
- Gazzoni, F. (1988). *Manual de Derecho Privado*. Italia: ESI.
- Gonzales, G. (2010). *La Usucapión, fundamento de la prescripción adquisitiva de dominio*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Gonzales, G. (C). (2012). *Derecho Registral y Notarial*. (Tomo I y II).Lima: Jurista Editores.
- Gonzales, G. (2013). *Los Derechos Reales y su Inscripción Registral*. Lima: Normas Legales.
- Gonzales, G. (2014). *La Posesión Precaria*. Lima: Jurista editores .
- González y Martínez, J. (1948). *Estudios de derecho hipotecario*. Madrid: Gaceta del Notariado.

- Gonzales, G. (2011). Artículo sobre Nociones Esenciales Sobre la Usucapión o Prescripción Adquisitiva. *Revista Actualidad Civil y Registral*. (Tomo 211). Lima: Gaceta Jurídica.
- González-Deleito, N. (1980). *Tribunales Constitucionales Organización y Funcionamiento*. Madrid: Tecnos.
- Gordillo, A. (2007). *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol. tomo III). Buenos Aires, Argentina: Macchi.
- Gutierrez, W. (2014). *Código Civil Comentado Por Los 100 Mejores Especialistas, Tomo I*. Lima: Gaceta Juridica.
- Hallivis, M. (2012). *Teoría General de la Interpretación*. Portugal: Editorial Porrúa.
- Hamilton, A. (1974). *El Federalista, artículo LXXVIII*. FCE. Mexico: Primera reimpresión de la segunda edición.
- Hernandez Sampieri, Roberto; Fernandez, Carlos. (2010). *Metodología de Investigación*. Mexico: Mc Graw Hill.
- Hernandez, A. (1969). *La Función de la Posesión*. Madrid: Alianza Editorial.
- Hernandez, F. (1970). *Introducción al Derecho Hipotecario*. Madrid: De Derecho Reunidas.
- Hesse, K. (1983). *Escrito de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales .
- Highton, E. (2010). *Sistema Concentrado y Difuso de Control*. Mexico: UNAM.
- Huanca, A. (01 de Febrero de 2017). *Oponibilidad de Derechos Reales*: <file:///C:/Users/DIANA%20BECERRA%20DIAZ/Downloads/oponibilidadddsreales.pdf>
- I.J. Fontbona, F. (1990). Estudio de Cuestiones Principios de Publicidad y de Inscripción. Folio Real. Estudio de la Cuestión. *Revista del Notariado*, 973.
- Ihering, R. (1960). *Tres Estudios Jurídicos*. Buenos Aires: 1960.
- Jimenez, J. (2009). Inseguridad Jurídica Registral. *Ciencias Jurídicas*.

- Kelsen, H. (1988). *La Garantia Jurisdiccional de la Constitució*n. Madrid: Debate.
- Kelsen, H. (1995). *Teoria General del Derecho y del Estado*. Mexico: Unam.
- Kelsen, H. (2005). *Teoria General del Estado* (Vol. 2da edició)n. Mexico: Edició)n Coyoacàn.
- Kelsen, H. (s.f.). *Teoria de la Interpretació*n.
- Kiriakidis, J. (2003). *Notas Sobre la Situació* Jurídica de Contratados por la Administració)n Pùblica en la Ley de Funció)n Pùblica. Caracas: Funeda.
- LACRUZ, J. (1995). *Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Broch.
- Lacruz, J., & Sancho, F. (1984). *Derecho Inmobiliario Registra*. Barcelona: Bosch.
- Lafaille, H. (1943). *Tratado de los Derechos Reales*. Argentina: Cia Argentina Editores.
- Lama, H. (2014), Artículo De La Posesión A La Propiedad. Informe Especial Gaceta Civil. (Tomo 10). Lima: Gaceta Jurídica.
- Landa, C. (2003). *El Tribunal Constitucional y Estado Democràtico* (2da edició)n ed.). Lima: Palestra.
- Larenz, K. (1974). *Tratado de Derecho Civil Aleman*. Munich, tercera edició)n: Edersa.
- Legaz Y Lacambra, L. (2011). *Introducció)n a la ciencia del derecho*. EEUU: Bosch.
- Lehmann, H. (1956). *Tratado de Derecho Civil* (Vol. Volumen ). (J. Navas, Trad.) Madrid: Rrevista de Derecho Privado.
- Lewis, M. (1980). *La Sociedad Primitiva*. Madrid: Ayuso.
- Ley 26366. (16 de 10 de 1994). Ley de Creació)n de la SUNARP. *Ley 26366*. Lima, Lima, Perù: nomos & thesis.

- M, H. (2014). *Diseño de un sistema de gestión de la calidad para una microempresa*. Veracruz - Mexico: Universidad Veracruz.
- Mac-Gregor, E. (2005). *Interpretación Constitucional, Tomo I*. Argentina: Porrúa.
- Madinson, J. (1974). *El Federalista, artículo LXXVIII.FCE*. Mexico: Primera Impresión de la Segunda Edición.
- Manzano A. y Manzano M. (2008). *Instituciones del Derecho Registral Inmobiliario*. España: Colegio de Registradores de Propiedad Mercantil y Bienes Muebles de España.
- Martinez, F. (1998). *Reflexiones Sobre la Naturaleza Jurídica de Dominio Público, en la Propiedad Estatal*. Lima: SBN.
- Mayan, M. (2001). *Una Introducción a los Métodos Cualitativos:Módulo de Entrenamiento para Estudiantes y Profesionales*. México: Universidad Autónoma Metropolitana.
- Mejorada, M. (2015). La Posesión en el Código Civil Peruano. *Derecho & Sociedad* , 2.
- Mejorada, M. (2015). Prescripción Adquisitiva. *Revista Foro Juridico*, 18.
- Méndez, A. (1949). *La Teoría del Órgano*. Montevideo: Universidad de Montevideo (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales).
- Mendoza, G. (2012). *Aplicación del Control Difuso por parte de los Registradores Públicos*. Lima: Tesis de maestría.
- Mendoza, G. (2012). Tesis aplicación del control difuso por parte de los Registradores Públicos por vulneración del denominado contenido esencial del Derecho de Propiedad. Lima, Lima, Perú: San Marcos.
- Merk, W. (1934). *La Propiedad a través de las edades*. (G. Mendoza, Trad.) Alemania: Langensalza.
- Meza, M. (2014). *Control Difuso Administrativo Peruano*. Lima: Tesis de Maestría.
- Moisset, d. E. (2015). *Publicidad Registral*. Lima: SUNARP.

- Moisset, L. (1992). *Publicidad Registral*. Lima: Sunarp.
- Molinario, A. (1971). *Curso de Derecho Registral Inmobiliario*. Buenos Aires: Registro de Propiedad Inmuble de Argentina.
- Molinario, A. (1991). *Curso de Derecho Registral Inmobiliario*. Buenos Aires: Juridica.
- Monroy, M. (2005). *Concepto de Constitución*. Montevideo: Honrad Adenauer-Stiftung.
- Monroy, M. (2005). *La Interpretación Constitucional, , Segunda Edición*. Bogota: ABC, Librería de ediciones del Profesional.
- Morales, F. (2007). *Tribunales Administrativos y Control Constitucional. Comentarios a la posición del Tribunal Constitucional del Perú*. Lima: Palestra Editores.
- Morales, J. (2007). *Control Difuso por parte de los tribunales administrativos*. Lima: Palestra.
- Moreno, G. (15 de 11 de 2017). [hpt//books.google.es/books?id=15/h9qddksc8dq=investigaciòn/descriptiva&HL=es&source=gbsnarkIsn](http://books.google.es/books?id=15/h9qddksc8dq=investigaciòn/descriptiva&HL=es&source=gbsnarkIsn) s. Obtenido de [books.google.es/books?id=15/h9qddksc8dq=investigaciòn/descriptiva&HL://books.google.es/books?id=15/h9qddksc8dq=investigaciòn/descriptiva&HL](http://books.google.es/books?id=15/h9qddksc8dq=investigaciòn/descriptiva&HL://books.google.es/books?id=15/h9qddksc8dq=investigaciòn/descriptiva&HL)
- Morgan, L. (1980). *La Sociedad Primitiva*. Madrid: Ayuso.
- Morro, A. (1986). *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores y Universidad Complutense de Madrid.
- Ortega, A. (1999). La posesion y los derechos reales. *Revista de estudios historicos y juridicos*, N° 0716-5455, 221.
- Ortiz, I. (2014). *Fuero Registral (Propiedad)*. Lima: Sunarp.
- Otto, I. (1999). *Derecho Constitucional*. Barcelona: Ariel.
- Parada, R. (2004). *Derecho Administrativo* (Vol. Décimoquinta edición). Madrid: Marcial Pons.

- Parejo, L. (2000). *Constitució Municipio y Garantía Constitucional*. Lima: Griley.
- Peña, M. (2015). El Sistema Registral Frances. *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, 721.
- Pèrez, J. (2014). *Curso de derecho constitucional, La Interpretación de la Constitución*. Madrid, 14 edición: Marcial Pons.
- Platón. (1980). *Diálogos Socráticos*. Mexico: Estudio preliminar de Àngel Vassallo.
- Platón; Sócrates y Aristòteles. (2015). Filosofía del Derecho. *Filosofía del Derecho*. La razón (revista), gaceta jurídica.
- Precedente de Obligatoria Sunap. (01 de 12 de 2012). Precedente de Observacia Sunarp. *Forma Para La Anotación Preventiva*. Lima, Lima, Peru: SUNARP.
- Precedente de Observacia Obligatoria Sunarp. (01 de 10 de 2004). Precedente de Observacia Obligatoria Sunarp. *Alcances de la Inmatriculación*. Lima, Lima, Perú: SUNARP.
- Precedente de observacia Obligatoria Sunarp. (16 de 08 de 2012). Precedentes de Observacia obligatoria. *Calificación de Actos Administrativos*. Lima, Peru, Lima: SUNARP.
- Precedente de Observancia Obligatoria Sunarp. (22 de 02 de 2012). Precedente de Observancia Obligatoria Sunarp. *Imprescriptibilidad de Bienes Inmuebles Privados del Estado*. Lima, Lima, Perú: SUNARP.
- Precedente de Observancia Obligatoria Sunarp. (22 de 02 de 2012). Prescripción Adquisitiva Notarial de Bienes de Dominio Privado del Estado. *Sesión extraordinaria y presencial realizada los días 9 y 10 de febrero del 2012*. Lima, Lima, Perú: Sunarp.
- Precedente de Observancia Obligatoria Sunarp. (13 de 09 de 2013). Precedente de Observancia Obligatoria. *extinción por renuncia al derecho de propiedad*. Lima, Lima, Perú: SUNARP.
- Prieto, L. (2007). *Apuntes de teoría del Derecho* (2 da ed.). Madrid: Trotta.

- Prieto, L. (2007). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.
- Priori, G. (2012). *Estudios Sobre La Propiedad*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica.
- Ramirez, A. (1967). *Introducción al Estudio del Derecho y Nociones del Derecho Civil*. Lima: Temis.
- Ramirez, E. (1999). *Propiedad-Copropiedad* (Primera ed., Vol. II). Lima: PUC.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*. España: (<http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/714/6.pdf>).
- Rodriguez, M. (2015). La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. *Revista Cuestiones Constitucionales*, ISSN 1405-9193.
- Ruben, G. M. (1983). *Manual de Derecho Registral y Notarial*. Lima: Librería Studium Editores.
- Rubio, M. (1996). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial PUC.
- Russell, B. (1949). *Autoridad e Individuo*. (M. Villegas, Trad.) Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Rubio, D. (2007). *Derecho Registral Teoría y Práctica*. (1a. ed.). Trujillo: AP creatividad SAC.
- Salazar, I. (2013). *Diseño de un Sistema de Gestión de la Calidad Total en el ámbito deportivo*. España: Universidad de Valencia.
- Sánchez, C (1956), *Manual de Derecho Constitucional*, jurídica, Argentina.
- Sancho y Lacruz . (1968). *Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Bosch.
- Sandoval, C. j. (2014). Seguridad Jurídica en Cien Años de Soledad. En Sunarp, *Fuero Registral* (pág. 287). Lima: Sunarp.
- Sandoval, J. (2014). *Seguridad Jurídica Registral en Cien Años de Soledad*. Lima: ITA IUS ESTO.

Santaella, H. (2010). *El régimen constitucional de la propiedad y su garantía en Colombia*. Colombia: Tesis Doctoral.

Schultze, M. (2008). *Narcotráfico en América Latina - un nuevo consenso internacional*. México: Política Exterior Nro. 126 - Relaciones Exteriores.

Serrano, J. (2004). *Si bien es cierto, la hoja de coca tiene un uso tradicional en el Perú desde hace unos 2.000 años, durante el virreynato español hubo una posición ambigua al respecto: mientras se intentaba erradicarla en el actual territorio de Ecuador, era usada en Perú*. Lima: Informe RESERVAADO - CONFIDENCIAL.

Silva, M; Brian, R. (2006). *Diseño de Investigación Científica*. Lima: método.

Soberon, R. (2011). *Pasta, plata, plomo y poder*. Miami: América Latina en Movimiento.

Soto, E. (1996). La Noción de Acto Administrativo en el Derecho Chileno. *Revista de Derecho Público* N° 60, 88.

Stockli, G. (2014). *Narcotráfico en el Perú - Lucha contextualizada o contexto local*. Lima: PUCP.

Streck, L. (2014). Bajo constitucionalidad como un obstáculo para el acceso a la justicia en Terrae Brasilis. *Revista Jurídica*, ISSN 2177-7055.

SUNARP. (09 de 02 de 2012). Precedente de Observancia Obligatoria. *Prescripción Adquisitiva Notrial de Bienes de Dominio Privado del Estado*. Lima, Lima, Perú: Sunarp.

SUNARP. (27 de 02 de 2017). [www.sunarp.gob.pe](http://www.sunarp.gob.pe). Recuperado el 27 de 02 de 2017, de [sunarp.gob.pe](http://sunarp.gob.pe): <https://www.sunarp.gob.pe/transparencia.asp?ID=1863>

Supo. (2012). *Seminarios de Investigación Científica*. Arequipa: Bioestadístico.com.

Tirado, J. (2008). *El Control Difuso de la Constitucionalidad de las leyes por parte de la Administración Pública en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Grijley.

- Torres, A. (2006). *Derechos Reales*. Lima: Idemsa.
- Torres, A. (2009). La Jurisprudencia Como Fuente del Derecho. *Estudio Anibal Torres*, 1 y 2.
- Torres, A. (B) (2012). Teoría General del Contrato. (Tomo I). Lima: Pacifico.
- Tribunal Constitucional. (04 de 07 de 2003). Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 016-2002-AI/TC (Lima). *Seguridad jurídica*. Lima, Lima, Peru.
- Tribunal Registral. (29 de 12 de 2011). Función Notarial en los Procedimientos de Prescripción Adquisitiva. *Resolución 2406-2011-SUNARP-TR-L*. Lima, Lima, Perú: SUNARP.
- Tribunal Registral. (27 de 02 de 2015). CALIFICACION REGISTRAL. *Resolución N° 425-2015-SUNARP-TR-L*. Lima, Lima, Perú: SUNARP.
- Valdès, D. (1998). *El Control del Poder*. México: Unam.
- Valencia, A. (1976). *Derecho Civil II. Derechos Reales*. Bogotá: Temis.
- Valverde, C. (1925). *Tratado de Derecho Civil Español*. España, 3º edición: Talleres Tipográficos "Cuesta".
- Vasilachi, I. (2006). *Estrategias de investigación*. Barcelona: gadisa editorial.
- Vasquez, A. (1996). *Derechos Reales, La Propiedad*. Lima, Tomo III, Segunda Edición: San Marcos.
- Vásquez, A. (2011). *Derechos Reales*. Lima: San Marcos.
- Vidal, F. (2002). *El Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Juridica.
- Westermann, H. (2007). *Derechos Reales* (Vol. I). (J. M. otros, Trad.) Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- Wolff, M. (1951). *Derecho de Cosas*. España: Bosch Casa Editorial.
- WRÓBLEWSKI, J. (2001). *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. España: Civitas.

www.infoderechocivil. (08 de 08 de 2014). *www.infoderechocivil.es*. Recuperado el 30 de 05 de 2017, de *www.infoderechocivil.es*: <http://www.infoderechocivil.es/2014/08/concepto-clases-asientos-registrales.html>

*www.nuevatribuna.es*. (25 de 02 de 2016). <http://www.nuevatribuna.es/articulo/sociedad/el-tc-defiende-una-interpretacion-evolutiva-de-la-constitucion-que-garantiza-un-matrimonio-reconocible-en-cada-epoca>. Recuperado el 25 de 02 de 2016, de

Zagrebelsky, G. (2002). *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta.

Zagrebelsky, G. (2008). *El Derecho Dúctil: ley, derecho, justicia*. Madrid: Trotta.

STC 6167-2005-PHC/TC, STC 6167-2005-PHC/TC (Tribunal Constitucional 2005).

Exp. Nº 03741-2004-AA/TC, Control Difuso Administrativo, Exp. Nº 03741-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 2006).

STC 01680-2006-PA, 01680-2006-PA (Tribunal Constitucional 2006).

STC 06730-2006-PA/TC, STC 06730-2006-PA/TC (Tribunal constitucional 2006).

STC Exp. Nº 0005-2006-PI/TC, 0005-2006-PI/TC (Tribunal Constitucional 2006).

STC Exp. Nº 0005- 2006-PI/TC, 0005- 2006-PI/TC (Tribunal Constitucional 2006).

STC Exp. Nº 0005-2006-PI/TC, 0005-2006-PI/TC (Tribunal Constitucional 2006).

Expropiación STC 5614-2007-PA/TC, STC 5614-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional 20 de 03 de 2009).

ST. Nº 00014-2009-PI/TC, Exp. Nº 00014-2009-PI/TC (Tribunal Constitucional 2009).

ST. Nº 04293-2012-PA/TC, Exp. Nº 04293-2012-PA/TC (Tribunal Constitucional 2012).

Tribunal Registral, 003-2012-SUNARP-TR-T, Aplicación, inaplicación e interpretación de Disposiciones Legales por el Notario (Tribunal Registral 06 de 01 de 2012).

Sentencia 006242-2013, Expediente 006242-2013 (Corte Suprema de Justicia-Sala de Derecho Constitucional Y Social 25 de 09 de 2014).

STC 3741- 2004 AA/TC (caso Ramòn Salazar Yarlenque), 3741- 2004 AA/TC (Tribunal Constitucional 2004).

STC 3741-2004-AA/TC, STC 3741-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 2004).

STC Exp. N° 0048-2004-AI/TC, 0048-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional 2004).

Sentencia N° 2502-2005-HC/TC, Sentencia N° 2502-2005-HC/TC (Tribunal Constitucional 17 de 05 de 2005).

Sentencia N° 4677-2004-AA/TC, 4677-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 07 de 12 de 2005).

STC 0275-2005-PH/TC, 0275-2005-PH/TC (Tribunal Constitucional 2005)

Inconstitucionalidad de Laudos Arbitrales (STC 189-1999-AA/TC), STC 189-1999-AA/TC (Tribunal Constitucional 1999).

Facultad de Control Difuso (STC N.° 1124-2001-AA/TC), Expediente N.° 1124-2001-AA/TC (Tribunal Constitucional 2001).

Reversión a favor del Estado Resolución N° 083-2001/SBN, Resolución N° 083-2001/SBN (Superintendencia de Bienes Nacionales 22 de 03 de 2001).

Inaplicación de Resolución que Declara la Duplicidad (STC 649-2202-AA/TC), Sunarp Oficina de Lima y Callao (Tribunal Constitucional 20 de 08 de 2002).

Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 016-2002-AI/TC (Lima), Exp. N° 016-2002-AI/TC (Lima) (Tribunal constitucional 2002).

Tribunal Constitucional 0008-2003-AI, 0008-2003-AI (Tribunal Constitucional 2003).

EXP. 0008–2003–AI/TC, EXP. 0008–2003–AI/TC (Tribunal Constitucional 11 de Noviembre de 2003).

Expediente N° 0016-2002-AI/TC, Expediente N° 0016-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional 30 de Abril de 2003).

Expediente N° 0016-2002-AI/TC, Inscripción de la Propiedad, Expediente N° 0016-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional 30 de 04 de 2003).

Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 0016-2002-AI/TC (2002 30 de 04 de 2003).

STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 0008-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional 2003).

STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 0008-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional 2003).

STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 0008-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional 2003).

STC Exp. N° 0008- 2003-AI/TC, 0008- 2003-AI/TC (Tribunal Constitucional 2003).

[http://www.dialogoconlajurisprudencia.com.pe/noticias/const/VerDetNotRot.php?id\\_not=188](http://www.dialogoconlajurisprudencia.com.pe/noticias/const/VerDetNotRot.php?id_not=188) (15/05/2014)

[http://www.sunarp.gob.pe/TribunalRegistral/Precedentes/PDFs/cap\\_3.26.pdf](http://www.sunarp.gob.pe/TribunalRegistral/Precedentes/PDFs/cap_3.26.pdf)  
(26/07/2014)

<http://revista-tabula.blogspot.com/2011/03/articulo-comentarios-la-ley-n-29618-ley.html> (09/09/2014)

<http://blog.pucp.edu.pe/item/130116/a-proposito-de-la-ley-n-29618-y-la-formalizacion-de-la-propiedad-informal> (10/11/2014)

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/nortenciogua/tag/control%20difuso%20administrativo>,  
(29/03/2015)

## **XVI ANEXOS**

## Matriz de consistencia

Título "EL CONTROL DIFUSO REGISTRAL COMO GARANTÍA DEL DERECHO DE PROPIEDAD"

Problema	Objetivo	Hipótesis	Variables	Dimensiones	Indicadores	Ítems	Niveles o Rangos
<b>GENERAL</b>							
¿De qué manera la falta de atribución de control difuso a los Registradores Públicos en la calificación registral afecta el derecho de propiedad?	<p>Mostrar mediante el empleo de instrumentos metodológicos que el control difuso debe extender su aplicación a los Registradores Públicos en la calificación registral para evitar la afectación al derecho de propiedad por el redimensionamiento del principio de legalidad.</p>	<p>La falta de atribución de control difuso por los Registradores Públicos en la calificación registral vulnera el derecho de redimensionamiento del principio de legalidad.</p>	<p>V1: Control Difuso Registral</p>	<p>DIV1 Calificación Registral</p> <p>DZV1 Principio de Legalidad</p> <p>D3V1 Precedente Registral</p>	<p>ISV1D1</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Efectividad</li> <li>- Integridad</li> <li>- Valida</li> </ul> <p>ISV1D2</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Formalista</li> <li>- Primacia Legal</li> <li>- Apariencia Normativa</li> </ul> <p>ISV1D3</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Especialidad</li> <li>- Criterios Recurrentes</li> <li>- Obligatoriedad</li> </ul>	<p>1-9</p> <p>10-18</p> <p>19-27</p>	<p>Respuestas ISKRT</p> <p>Totamente en desacuerdo</p> <p>En desacuerdo</p> <p>Incertos</p> <p>De acuerdo</p> <p>Totamente de acuerdo</p> <p>Agrupamiento Bajo (5-41)</p> <p>Medio (42-78)</p> <p>Alto (79-135)</p>
¿Como la inaplicación del control difuso por los Registradores Públicos afecta la seguridad jurídica registral?	<p>Precisar que la aplicación del control difuso por los Registradores Públicos garantiza la seguridad jurídica registral en la inscripción del derecho de propiedad.</p>	<p>La aplicación de la atribución del control difuso por los Registradores Públicos en la calificación registral garantiza la eficacia de la seguridad jurídica registral en la inscripción del derecho de propiedad al evitar la publicidad registral engañosa.</p>	<p>V2: Derecho de propiedad</p>	<p>D1V2 Inscripción Registral</p> <p>D2V2 Publicidad Registral</p> <p>D3V2 Seguridad Jurídica</p>	<p>ISV2D1</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Legítima</li> <li>- Inexactitudes</li> <li>- Interés Público</li> </ul> <p>ISV2D2</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Cognoscible</li> <li>- Oponible</li> <li>- Ciertó</li> </ul> <p>ISV2D3</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Confianza</li> <li>- Tercero de Buena fe</li> <li>- Eficiente.</li> </ul>	<p>1-9</p> <p>10-18</p> <p>19-27</p>	<p>Respuestas ISKRT</p> <p>Totamente en desacuerdo</p> <p>En desacuerdo</p> <p>Incertos</p> <p>De acuerdo</p> <p>Totamente de acuerdo</p> <p>Agrupamiento Bajo (5-41)</p> <p>Medio (42-78)</p> <p>Alto (79-135)</p>
¿En que forma la inaplicación del control difuso por los Registradores Públicos afecta el principio de supremacía constitucional?	<p>Establecer que el principio de supremacía constitucional es el sustento más importante del control difuso por parte de los registradores públicos en la calificación registral.</p>	<p>El cumplimiento del principio de supremacía constitucional en la calificación registral es eficaz por la aplicación de la facultad de control difuso por el Registrador Público en garantía del derecho de propiedad.</p>					

## Cuestionarios de encuestas

Variable: Control Difuso Registral

N°	DIMENSIONES / ítems	Pertinencia <sup>1</sup>		Relevancia <sup>2</sup>		Claridad <sup>3</sup>		Sugerencias
		Si	No	Si	No	Si	No	
	<b>DIMENSION 1 – Calificación Registral</b>							
1	¿Considera usted que la calificación registral efectiva se logra a través de la aplicación del control difuso registral?	Si		Si		Si		
2	¿Cree usted que la calificación registral efectiva lograda por el control difuso registral genera un correcto procedimiento registral?	Si		Si		Si		
3	¿Considera usted que el control difuso en la calificación registral genera una efectividad registral?	Si		Si		Si		
4	¿Cree usted que la calificación registral integral incluye el control difuso registral?	Si		Si		Si		
5	¿Considera que la facultad de aplicar control difuso registral lleva a la calificación registral integral?	Si		Si		Si		
6	¿Considera usted que la publicidad registral hace cognoscible la realidad registral y por tanto genera seguridad jurídica?	Si		Si		Si		
7	¿Cree usted que la seguridad jurídica a través de la publicidad registral genera interés público?	Si		Si		Si		
8	¿Considera que la publicidad registral eficiente genera interés público por la seguridad jurídica que brinda?	Si		Si		Si		
9	¿Cree que la publicidad registral y por consiguiente seguridad jurídica que genera es importante para el interés público?	Si		Si		Si		
	<b>DIMENSION 2 – Principio de legalidad</b>	Si		Si		Si		
1	¿Considera usted que la seguridad jurídica registral generada por la publicidad registral es oponible frente a terceros?	Si		Si		Si		
2	¿Cree que la oponibilidad frente a terceros de la publicidad registral genera seguridad jurídica?	Si		Si		Si		
3	¿Considera usted que la publicidad hace a un derecho registrable oponible frente a terceros?	Si		Si		Si		
4	¿Cree usted que la legitimidad generada por el registro hace al derecho registrado oponible frente a terceros generando de esta manera seguridad jurídica?	Si		Si		Si		
5	¿Considera que la legitimidad es importante para la oponibilidad de un derecho frente a terceros y por tanto para la seguridad jurídica?	Si		Si		Si		
6	¿Cree usted que la seguridad jurídica hace a un derecho registrado oponible frente a terceros y por tanto legítimo?	Si		Si		Si		
7	¿Considera usted que la inscripción hace oponible frente a terceros el derecho registrado y genera de esta forma seguridad jurídica?	Si		Si		Si		
8	¿Cree usted que la inscripción genera oponibilidad frente a terceros y brinda seguridad jurídica?	Si		Si		Si		
9	¿Considera usted que la seguridad jurídica generada por la inscripción es oponible frente a terceros?	Si		Si		Si		
	<b>DIMENSION 3 – Precedente Registral</b>	Si	No	Si	No	Si	No	
1	¿Considera usted que las inexactitudes registrales afectan la fe pública registral y la seguridad jurídica registral?	Si		Si		Si		
2	¿Cree usted que la seguridad jurídica registral las inexactitudes registrales afectan la fe pública registral?	Si		Si		Si		
3	¿Considera usted que la fe pública registral es importante para seguridad jurídica	Si		Si		Si		

	registral y se debe evitar en ella las inexactitudes?						
4	¿Cree usted que la fe pública registral genera confianza porque es un elemento de la seguridad jurídica registral?	Si		Si		Si	
5	¿Considera usted que la seguridad jurídica registral confiable se logra a través de una fe pública registral eficiente?	Si		Si		Si	
6	¿Cree usted que la confiabilidad en registros públicos se logra a través de una correcta fe pública registral y seguridad jurídica registral?	Si		Si		Si	
7	¿Considera usted que la fe pública registral depende al tercero de buena fe a través de la seguridad jurídica registral?	Si		Si		Si	
8	¿Cree usted que el tercero de buena fe amparado a través de fe pública registral accede a la seguridad jurídica registral?	Si		Si		Si	
9	¿Considera usted que para la seguridad jurídica registral es necesario la existencia de un tercero de buena y una fe pública registral?	Si		Si		Si	

## Variable: Garantía del derecho propietario



Nº	DIMENSIONES / ítems	Pertinencia <sup>1</sup>		Relevancia <sup>2</sup>		Claridad <sup>3</sup>		Sugerencias
		Si	No	Si	No	Si	No	
	<b>DIMENSION 1 – Inscripción registral</b>							
1	¿Considera usted que la garantía del derecho de propiedad es un derecho fundamental y universal en la constitución política del Perú?	Si		Si		Si		
2	¿Cree usted que la universalidad de la garantía del derecho de propiedad se debe a que es un derecho fundamental?	Si		Si		Si		
3	¿Cree usted que el derecho fundamental garantía del derecho de propiedad defiende la universalidad que le corresponde?	Si		Si		Si		
4	¿Considera usted que la garantía del derecho de propiedad es un derecho fundamental superior en el Perú?	Si		Si		Si		
5	¿Cree usted que al ser superior el derecho fundamental garantía del derecho de propiedad debe tener protección?	Si		Si		Si		
6	¿Considera que la garantía del derecho de propiedad al ser un derecho fundamental y superior en la constitución se le debe aplicar una calificación registral con control difuso para su protección?	Si		Si		Si		
7	¿Considera que la garantía del derecho de propiedad al ser un derecho fundamental es inviolable?	Si		Si		Si		
8	¿Considera usted que la inviolabilidad de la garantía del derecho de propiedad es un defendido constitucionalmente por ser un derecho fundamental?	Si		Si		Si		
9	¿Considera que la garantía del derecho de propiedad es la protección como defensa con derecho fundamental asegurándose de esta forma su inviolabilidad?	Si		Si		Si		
	<b>DIMENSION 2 – Publicidad registral</b>	Si		Si		Si		
1	¿Considera que la garantía del derecho de propiedad es permanente en el tiempo porque es imprescriptible?	Si		Si		Si		
2	¿Cree usted que la permanencia en el tiempo de la garantía del derecho propiedad al ser un derecho superior lo hace imprescriptible?	Si		Si		Si		
3	¿Considera usted que la imprescriptibilidad de la garantía del derecho de propiedad asegura la eficaz permanencia en el tiempo?	Si		Si		Si		
4	¿Cree que a constante protección de la garantía del derecho de propiedad asegura la permanencia en el tiempo de este derecho fundamental?	Si		Si		Si		
5	¿Considera usted que la garantía del derecho de propiedad tiene defensa constante en la constitución lo que garantiza la permanencia en el tiempo?	Si		Si		Si		
6	¿Cree usted que la permanencia en el tiempo se debe constante defensa registral de la garantía del derecho de propiedad?	Si		Si		Si		
7	¿Considera que la garantía del derecho de propiedad es una prioridad registral debido a su permanencia en el tiempo?	Si		Si		Si		
8	¿Cree usted que la prioridad de la garantía del derecho de propiedad se configura por la defensa de su permanencia?	Si		Si		Si		
9	¿Considera usted que la permanencia en el tiempo de la garantía del derecho de propiedad se debe a que este es un derecho prioritario?	Si		Si		Si		

	DIMENSION 3- Seguridad registral	Si	No	Si	No	Si	No	
1	¿Cree usted que la garantía del derecho de propiedad a través de la seguridad que la protege genera efectos sociales?	Si		Si		Si		
2	¿Considera usted que los efectos sociales generados por la seguridad de la garantía del derecho de propiedad adecuados?	Si		Si		Si		
3	¿Cree que la garantía del derecho propiedad tiene la adecuada seguridad y los efectos sociales adecuados?	Si		Si		Si		
4	¿Considera usted que la oponibilidad de la garantía del derecho de propiedad genera efectos sociales inadecuados?	Si		Si		Si		
5	¿Cree usted que la garantía del derecho de propiedad inscrito es oponible a terceros y genera efectos sociales beneficiosos?	Si		Si		Si		
6	¿Considera usted que los efectos sociales son importantes para la garantía del derecho de propiedad y la oponibilidad?	Si		Si		Si		
7	¿Cree usted que la protección del tráfico comercial genera efectos sociales beneficiosos para la garantía del derecho de propiedad?	Si		Si		Si		
8	¿Considera usted que la garantía del derecho de propiedad genera efectos sociales para la protección del tráfico comercial?	Si		Si		Si		
9	¿Cree usted que los efectos sociales en la protección del tráfico comercial afecta la garantía del derecho de propiedad?	Si		Si		Si		