

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN LA PREVALENCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA LIBERTAD DE CONTRATAR FRENTE A LA CONSOLIDACIÓN DE LA PROPIEDAD DEL RETRAYENTE

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: ANGEL DIEGO ESCOBEDO ARCE

Asesora:

Dra. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA

Cajamarca – Perú

2022

COPYRIGHT © 2022 by
ANGEL DIEGO ESCOBEDO ARCE
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN LA PREVALENCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA LIBERTAD DE CONTRATAR FRENTE A LA CONSOLIDACIÓN DE LA PROPIEDAD DEL RETRAYENTE

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: ANGEL DIEGO ESCOBEDO ARCE

JURADO EVALUADOR

Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Asesora

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

M.Cs. César Augusto Aliaga Díaz
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2022



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las 18:00 horas, del día 19 de abril de dos mil veintidós, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA, Dra. CINTHYA CERNA PAJARES, M.Cs. CÉSAR AUGUSTO ALIAGA DÍAZ**, y en calidad de Asesora la **Dra. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**, Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada **“FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN LA PREVALENCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA LIBERTAD DE CONTRATAR FRENTE A LA CONSOLIDACIÓN DE LA PROPIEDAD DEL RETRAYENTE”**, presentada por el **Bach. en Derecho ANGEL DIEGO ESCOBEDO ARCE**.

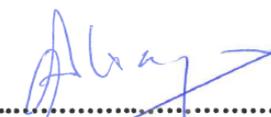
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de QUINCE (15) [BUENO] la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho ANGEL DIEGO ESCOBEDO ARCE**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de la Derecho, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Siendo las 19:45 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Asesor


.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador


.....
Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador


.....
M.Cs. César Augusto Aliaga Díaz
Jurado Evaluador

A:

Dios, por cuidar de mi familia y bendecir mi hogar.

Simona y Luis, mis padres, por ser el pilar fundamental en mi vida.

Melanie, mi esposa, por su inmenso amor, comprensión y aliento constante.

Dánae y Adrián, mis hermanos, por enseñarme a ser una mejor persona.

AGRADECIMIENTO

A la Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga, por su asesoría y valiosos comentarios que sirvieron de guía para estructurar mi investigación.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
TABLA DE CONTENIDO	vii
LISTA DE ABREVIACIONES	x
RESUMEN	xi
<i>ABSTRACT</i>	xii
INTRODUCCIÓN	xiii
CAPÍTULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
1.1.1. Planteamiento del problema	1
1.1.2. Formulación del problema	3
1.2. JUSTIFICACIÓN	3
1.3. OBJETIVOS	4
1.3.1. Objetivo general	4
1.3.2. Objetivos específicos.....	5
1.4. DELIMITACIÓN	5
1.5. LIMITACIÓN	5
1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN	6
1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue.....	6
1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación	6
1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan ...	8
1.7. HIPÓTESIS	8
1.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	9
1.8.1. Generales	9
1.8.2. Propios del derecho	9
1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	11
1.9.1. Técnicas de investigación	11
1.9.2. Instrumentos de investigación	12
1.10. UNIDAD DE ANÁLISIS	12
1.11. UNIVERSO Y MUESTRA	12

1.12. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	13
CAPITULO II	14
MARCO TEÓRICO	14
2.1. ASPECTOS IUS FILOSÓFICOS	14
2.1.1. Enfoque Constitucional	14
2.1.1.1. Del Estado liberal al Estado social y democrático de derecho.....	16
2.1.1.2. Estado legalista de derecho y Estado constitucional de derecho.....	18
2.1.1.3. Constitucionalización del Derecho	24
2.1.1.4. Constitucionalización del Derecho Civil	29
2.1.2. Análisis económico del derecho	34
2.2. DERECHO DE PROPIEDAD	39
2.2.1. Derecho de propiedad como derecho fundamental.....	39
2.2.1.1. Derecho de propiedad como derecho humano	44
2.2.2. Protección del Derecho de propiedad en la Constitución.....	45
2.2.3. Derecho de propiedad en el Código Civil	51
2.2.3.1. La transferencia de propiedad en el Perú	54
2.3. DERECHO A LA LIBERTAD DE CONTRATAR.....	57
2.3.1. Derecho a la libertad de contratar en la Constitución	57
2.3.2. Derecho a la libertad de contratar en el Código Civil	62
2.3.3. Autonomía privada	65
2.3.3.1. Libertad de contratar	69
2.3.3.2. Libertad contractual.....	71
2.4. DERECHO DE RETRACTO	73
2.4.1. Orígenes y derecho comparado	73
2.4.2. El derecho de retracto en la legislación civil peruana.....	78
2.4.3. Derecho de retracto en otros actos jurídicos.....	90
2.4.3.1. Dación en pago	92
2.4.3.2. Permuta	94
2.4.4. Derecho de retracto y su desarrollo en la jurisprudencia nacional.....	96

2.5. COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	102
2.5.1. Teoría de los Derechos fundamentales	102
2.5.2. Derechos fundamentales en conflicto	105
2.5.3. La ley de ponderación	109
2.5.4. Aplicación del test de proporcionalidad	113
2.5.4.1. Análisis de idoneidad	117
2.5.4.2. Análisis de necesidad	118
2.5.4.3. Análisis de ponderación	119
 CAPÍTULO III	 122
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	122
 CAPITULO IV	 152
PROPUESTA DE UN NUEVO CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE DIGNIDAD, BASADO EN LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES ENTENDIDOS COMO LIBERTADES ECONÓMICAS	 152
 CONCLUSIONES	 159
RECOMENDACIONES	161
LISTA DE REFERENCIAS	162

LISTA DE ABREVIACIONES

AA	: Acción de amparo
AI	: Acción de inconstitucionalidad
Art.	: Artículo
CC.	: Código Civil
Exp.	: Expediente
STC	: Sentencia del Tribunal Constitucional
SUNARP	: Superintendencia Nacional de los Registros Públicos
TC	: Tribunal Constitucional

RESUMEN

La presente investigación explica los fundamentos jurídicos que justifican la prevalencia del derecho de propiedad y la libertad de contratar frente a la consolidación de la propiedad del retrayente, partiendo desde la concepción actual del Estado Constitucional de Derecho, que debe garantizar la defensa de los derechos fundamentales de las personas basados en su dignidad. De esa manera, el retracto como institución jurídica recogida en la legislación civil debe guardar estricta coherencia con la Constitución, para no privar arbitrariamente al titular de sus derechos y su contenido esencial; por ello, cuando los derechos colisionen en una determinada situación jurídica, se deberá aplicar la ponderación, como proceso que está presente en la constitucionalización del derecho civil, sobre todo en el acceso a la justicia constitucional, que servirá para dirimir los conflictos de derechos, priorizando el bien común. El problema de investigación es sometido a la contrastación de la hipótesis para otorgar viabilidad a los fundamentos jurídicos que justifican la prevalencia de los derechos fundamentales basados en el principio constitucional de dignidad humana y su configuración constitucional entendidos como libertades económicas, proponiendo un nuevo contenido que revalore su condición.

Palabras claves: Estado Constitucional de Derecho, propiedad, libertad de contratar, retracto, prevalencia, ponderación, constitucionalización.

ABSTRACT

This research explains the legal grounds that justify the prevalence of the right to property and the freedom to contract against the consolidation of the property of the retractant, starting from the current conception of the Constitutional State of Law, which must guarantee the defense of the fundamental rights of individuals based on their dignity. Thus, the right of withdrawal as a legal institution included in the civil legislation must keep strict coherence with the Constitution, in order not to arbitrarily deprive the holder of this rights and their essential content; therefore, when rights collide in a certain legal situation, weighting must be applied, as a process that is present in the constitutionalization of civil law, especially in the access to constitutional justice, which will serve to settle conflicts of rights, prioritizing the common good. The research problem is submitted to the contrast of the hypothesis to grant viability to the legal grounds that justify the prevalence of fundamental rights based on the constitutional principle of human dignity and its constitutional configuration understood as economic freedoms, proposing a new content that revalues their condition.

Key words: *Constitutional state of law, property, freedom of contract, withdrawal, prevalence, weighting, constitutionalization.*

INTRODUCCIÓN

Los derechos de propiedad y la libertad de contratar son regulados por el Código Civil; además, se han desarrollado en la Constitución, definiéndose como derechos fundamentales y las garantías para protegerlos. Dicha situación genera problemas de aplicación normativa cuando se pretende otorgar la prevalencia de un derecho fundamental sobre una institución jurídica que se disfraza en la autonomía de la voluntad. Por ello, el Tribunal Constitucional tiene a su cargo la interpretación de la Constitución, y gracias a su actividad jurisprudencial nos permite comprender, aplicar y defender los derechos constitucionales, estos tienen un mismo reconocimiento y el mismo nivel de protección constitucional porque se fundan en la dignidad del hombre. En ese sentido, al interior del Ordenamiento Jurídico se presentan conflictos de intereses entre privados que trascienden al orden público, estas situaciones jurídicas suponen una colisión de derechos, y deberá determinarse la prevalencia de un derecho sobre otro; en esta ocasión, nos centramos en el enfrentamiento de derechos que involucra a un derecho de configuración legal que aborda a la propiedad y los derechos de configuración constitucional; así, la solución implica ponderar qué derecho finalmente tendrá que prevalecer en atención a su contenido esencial, contenido basado en la dignidad humana. El Estado deberá garantizar la tutela de derechos fundamentales, a través de la intervención del Tribunal Constitucional.

De esta manera, la presente tesis se ocupa de identificar los fundamentos jurídicos que justifican la prevalencia del derecho de propiedad y la libertad de contratar frente a la consolidación de la propiedad del retrayente.

En el primer capítulo, hemos abordado los aspectos metodológicos, detallando de manera concreta la contextualización, planteamiento y formulación del problema. Además, la justificación, la hipótesis, objetivos, delimitación, tipología, diseño, técnicas e instrumentos de la investigación y estado de la cuestión; de lo mencionado anteriormente formulamos la pregunta ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la prevalencia del derecho de propiedad y la libertad de contratar frente a la consolidación de la propiedad del retrayente?

En el segundo capítulo desarrollamos el marco teórico, en el analizamos con mayor extensión las posturas del Estado Constitucional de Derecho y el Análisis Económico del Derecho, que justifican la prevalencia del derecho de propiedad y la libertad de contratar, entendidos como derechos económicos fundamentales que sirven de base para el régimen económico peruano, de acuerdo al principio de supremacía constitucional. Seguidamente, exploramos la regulación del derecho de propiedad en la Constitución y en el Código Civil, explicando su aproximación como derecho humano. Así también, el desarrollo legal y constitucional del derecho de libertad de contratar desde el principio de autonomía privada; luego, abordamos la configuración legal de la institución jurídica del derecho de retracto, evaluando la legislación comparada y la nacional. Finalmente, identificamos la colisión de derechos y la solución, evaluar en qué condiciones un derecho tiene mayor prioridad, determinándose cual deberá prevalecer haciendo uso de la ponderación.

El tercer capítulo corresponde a la contrastación de la hipótesis, se ha utilizado la argumentación jurídica siguiendo al actual modelo del Estado Constitucional

de Derecho, y un análisis dogmático jurídico en conjunto con las fuentes del derecho objetivo, valiéndonos de los métodos generales y propios del derecho para explicar la razón de ser de los derechos fundamentales que se encuentran en conflicto; llegando a determinar que la supremacía constitucional puede resolver conflictos derivados del enfrentamiento del derecho de propiedad y la libertad de contratar con el ejercicio del retracto; debemos procurar la protección del ejercicio pleno del derecho fundamental de propiedad; promover la protección del derecho fundamental de libertad de contratar; y el respeto de la autonomía privada como principio general del derecho en el Ordenamiento Jurídico nacional.

En el último capítulo proponemos un nuevo contenido del principio constitucional de dignidad humana, que revaloriza la debida importancia que merecen los derechos fundamentales entendidos como libertades económicas, derechos individuales con proyección social porque inciden directamente en la vida económica del país, promoviendo así el bienestar general de la sociedad en su conjunto. Por tanto, el ejercicio del derecho de retracto no puede contravenir a los derechos de configuración constitucional, incluso si se alega legitimidad no se debe lesionar derechos fundamentales, por ningún motivo se permite el abuso del derecho; es necesario, reivindicar el valor primordial que les corresponde a los derechos fundamentales por su misma condición, para cautelar la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, principios generales de primer orden que representan el fin supremo de la sociedad y del Estado.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Planteamiento del problema

En la doctrina peruana, se discute la naturaleza jurídica del derecho de retracto y se tiene en consideración dos posiciones para su tratamiento legal, su aproximación hacia un derecho personal o un derecho real. De esta manera, el marco normativo para esta institución se encuentra regulado a partir del artículo 1592° al 1601° del Código Civil, y en el artículo 495° al 503° del Código Procesal Civil. Su origen es eminentemente legal, y es a favor de determinados sujetos contemplados en la legislación civil peruana¹.

La esencia de este derecho consiste en la sustitución de una persona por otra, respecto de la titularidad del adquirente en un determinado contrato, el inconveniente se presenta cuando el derecho de retracto se enfrenta con el derecho de propiedad y la libertad de contratar, ambos derechos fundamentales regulados en los artículos 70°, 62° y en el Artículo 2° inciso 16) y 14) de la Constitución Política del Perú, mencionados respectivamente.

¹ Artículo 1599.- Tienen derecho de retracto:

1.- (Derogado).

2.- El copropietario, en la venta a tercero de las posiciones indivisas.

3.- El litigante, en caso de venta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente.

4.- El propietario, en la venta del usufructo y a la inversa.

5.- El propietario del suelo y el superficiario, en la venta de sus respectivos derechos.

6.- Los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no puedan ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor.

7.- El propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquella y esta reunidas no excedan dicha unidad.

La existencia del derecho de retracto en la legislación peruana actual es altamente discutida, debido a que, la posibilidad que un tercero ajeno a las partes en un contrato de compraventa, intervenga en la etapa posterior a la celebración del contrato con la intención de modificarlo radicalmente reemplazando a uno de los sujetos, atenta a todas luces contra el derecho de propiedad y la libertad de contratar de quien adquiere en mérito a la autonomía privada², entendida como la libertad que tienen los particulares para regular sus propias relaciones jurídicas pero dentro de los límites que determina el Ordenamiento Jurídico nacional.

Sobre la autonomía privada, Leyva Saavedra (2010) afirma que:

En la época moderna, las razones que sustentan la autonomía privada son dos: una de orden ética-política y otra de orden económica. La primera apela a la libertad de los individuos, los que están legitimados para decidir el modo de emplear y disponer de sus propios bienes; la segunda recurre, en tanto, a la idea que dejando en libertad a los privados de disponer como mejor les parece sus propios bienes se tendrá una ventaja, en términos de utilidad económica. (pág. 271)

Los derechos fundamentales detallados en el párrafo precedente, tienen un reconocimiento taxativo en la Constitución Política, y ante una eventual situación de enfrentamiento de derechos, nos cuestionamos si el desarrollo legislativo de la institución jurídica del retracto regulada a través de las disposiciones normativas contenidas en el Código Civil, guardarán la debida coherencia con la Constitución y el principio de supremacía constitucional, en concordancia con el Estado Constitucional de Derecho. De por sí, esta institución se encuentra en la

² Una de las instituciones que marca el paso del desarrollo del derecho privado no cabe duda que es la ayer denominada autonomía de la voluntad y hoy mejor precisada autonomía privada; esto es, aquella libertad de los particulares, reconocida por los ordenamientos jurídicos, de regular sus propias relaciones jurídicas de la forma y manera querida por ellos. En Revista Oficial del Poder Judicial: Año 4 - 5, N° 6 y N° 7 / 2010-2011, trabajo elaborado por el profesor José Leyva Saavedra, con motivo del XXV Aniversario del Código Civil peruano. Recuperado de <http://www.pj.gob.pe/Doctrina+nacional/José+Leyva+Saavedra.pdf>.

codificación civil, así el artículo 1592° lo define de la siguiente manera: “El derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. El retrayente debe reembolsar al adquirente el precio, los tributos y los gastos pagados por este, y en su caso, los intereses pactados. Es improcedente el retracto en las ventas hechas por remate público”.

1.1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la prevalencia del derecho de propiedad y la libertad de contratar frente a la consolidación de la propiedad del retrayente?

1.2. JUSTIFICACIÓN

De la interpretación de la legislación civil, se infiere que el derecho de retracto permite que determinadas personas puedan reemplazar al comprador, de esta manera el contrato original vendedor-comprador se convierte en vendedor-retrayente. Siendo así, se desconoce la adquisición de propiedad de un tercero, dificultando el libre intercambio de bienes porque esos conflictos de intereses devienen en litigios. Es necesario que un principio constitucional analice si un derecho de configuración legal como el retracto, puede quebrantar derechos de configuración constitucional, los derechos de propiedad y la libertad de contratar, aquel razonamiento sería contrario a Derecho, porque se permitiría la intromisión de un tercero ajeno a las partes en un contrato de compraventa, modificándolo sustancialmente para sustituir al comprador por el retrayente; desconociéndose derechos fundamentales económicos.

El desarrollo legislativo nacional debe guardar estricta coherencia con la Constitución, siendo necesario remitirnos a los principios generales del derecho, y con mayor razón los principios que fundamentan el Estado Constitucional de Derecho; así, el Tribunal Constitucional peruano señala que la Constitución es la norma jurídica de máxima jerarquía vinculante a todo poder público o privado; en ese sentido, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, el principio fundamental es el de supremacía constitucional, que posiciona a la Constitución como norma jurídica de primer orden y, como tal, vincula jerárquicamente. De ahí que, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al derecho de la Constitución, esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos. Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en dos vertientes: “aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el Ordenamiento Jurídico nacional (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad general (artículo 38°) puede vulnerarla válidamente³”.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídicos que justifican la prevalencia del derecho de propiedad y la libertad de contratar frente a la consolidación de la propiedad del retrayente.

³ STC. EXP. N° 5854-2005-AA, fundamento jurídico 2

1.3.2. Objetivos específicos

- A.** Analizar la constitucionalidad de la subrogación de un tercero por el titular adquirente en un determinado acto jurídico.
- B.** Justificar el libre intercambio o transferencia de bienes, entendido desde el derecho de la libertad de contratar, partiendo de la teoría del análisis económico del derecho.
- C.** Determinar los parámetros constitucionales necesarios para la protección del derecho de propiedad y la libertad de contratar, cuando estos colisionen directamente con el ejercicio del retracto.
- D.** Analizar el tratamiento legislativo nacional e internacional sobre el ejercicio del derecho de retracto y todas sus especificaciones.
- E.** Proponer un nuevo contenido del principio de dignidad, basado en la configuración constitucional de los derechos fundamentales entendidos como libertades económicas.

1.4. DELIMITACIÓN

No se aplica este requerimiento; debido a que, el presente problema a investigar se sitúa en la doctrina y en la argumentación jurídica.

1.5. LIMITACIÓN

La principal limitación que hemos encontrado, radica en la escasa información bibliográfica que sobre el estudio doctrinario que se ha realizado en nuestro país, respecto de perseguir la prevalencia de los derechos fundamentales de propiedad y la libertad de contratar frente al ejercicio del derecho de retracto; sin embargo, esta limitación ha sido superada en la medida que el tratamiento

general de la institución jurídica del retracto sí ha tenido un desarrollo más extenso en la doctrina extranjera, lo que evidentemente contribuirá para una mejor comprensión de sobre los derechos en conflicto.

1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue

A. Básica

La presente investigación pretende incrementar el conocimiento en la doctrina sobre la institución jurídica del retracto; además, del contenido esencial de los derechos fundamentales de propiedad y la libertad de contratar, los cuales se encuentran delimitados respectivamente en la legislación civil y la Constitución Política del Perú.

1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Descriptiva

La presente investigación es de naturaleza descriptiva, porque habiéndose identificado el problema de la colisión de derechos, entre el retracto, la propiedad y la libertad de contratar, a través de la hipótesis se pretende dar solución, delimitándose elementos constitutivos y se atribuye características jurídicas. La descripción se realiza en base a la legislación que contempla los problemas de prelación de los derechos en conflicto. Habiéndose desarrollado una representación del problema expuesto, partiendo de sus principales características y elementos se determinó la necesidad de dotar de un nuevo contenido al principio constitucional de dignidad humana, y así dar prevalencia a los derechos fundamentales.

B. Explicativa

La presente investigación es de naturaleza explicativa, porque además de realizar una descripción sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que podrían entrar en conflicto directamente con el ejercicio del derecho de retracto, se establecieron los fundamentos jurídicos que justifican la prevalencia del derecho de propiedad y la libertad de contratar sobre la consolidación de la propiedad del retrayente, partiendo de la constitucionalización del derecho civil y el debido respeto que le deben las instituciones jurídicas a la norma de máxima jerarquía en el Ordenamiento Jurídico nacional.

C. Propositiva

La presente investigación, haciendo un estudio del test de proporcionalidad utilizado por el Tribunal Constitucional peruano y el desarrollo de la teoría del análisis económico del derecho, pretende proponer un nuevo contenido del principio constitucional de dignidad humana que otorgue prevalencia a los derechos fundamentales de propiedad y la libertad de contratar frente al ejercicio del retracto, o que al menos este último sea inaplicable cuando colisione con ambos derechos fundamentales económicos reconocidos en la Constitución, para así resolver el problema formulado. De esta manera, partiendo de un análisis integral se establecerán los fundamentos jurídicos que permiten entender porque es importante y necesario hacer prevalecer los derechos fundamentales de propiedad y la libertad de contratar frente al ejercicio del retracto, que busca consolidar la propiedad del retrayente.

1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

A. Cualitativa

El enfoque de la presente investigación es de carácter cualitativo; debido a que, habiéndose identificado y formulado un problema, se pretende brindar una solución basada en principios generales del derecho sustentados en la argumentación jurídica, para así otorgar preeminencia a los derechos fundamentales y contenido esencial.

1.7. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos que justifican la prevalencia del derecho de propiedad y la libertad de contratar frente a la consolidación de la propiedad del retrayente son:

A. La supremacía constitucional como criterio para resolver conflictos derivados del enfrentamiento del derecho de propiedad y la libertad de contratar, con el ejercicio del retracto.

B. La protección del ejercicio pleno del derecho fundamental de propiedad, reconocido en la Constitución Política del Perú.

C. La protección del derecho fundamental de la libertad de contratar, reconocido en la Constitución Política del Perú.

D. El respeto a la autonomía privada, como principio general de derecho en el Ordenamiento Jurídico nacional.

1.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. Generales

A. Método Hipotético deductivo

Como método general, utilizamos el método hipotético deductivo el cual extrae conclusiones lógicas a partir de un conjunto determinado de premisas o proposiciones, en ese sentido partiendo del estudio de la institución jurídica del retracto, extraeremos conclusiones que nos permitan identificar los fundamentos jurídicos fundamentales que se requieren para hacer prevalecer el derecho de propiedad y la libertad de contratar frente al ejercicio del retracto.

B. Analítico

Este método consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas y efectos, de modo que, se ha utilizado cada posición sobre el derecho de retracto para que se pueda verificar el contexto en el que no sería aplicable cuando colisione con derechos fundamentales, permitiéndose explicar los postulados señalados en nuestra hipótesis que son necesarios para justificar la prevalencia de los derechos fundamentales.

1.8.2. Propios del derecho

A. Dogmático

Llamado también conceptualismo o institucionalismo. La aplicación de este método sirve para un fin teórico, ayudando al intérprete a entender las instituciones jurídicas y al fin práctico de hacer posible la explicación

de las normas del modo más adecuado a las exigencias del caso en concreto. El presente método consiste en el análisis de la legislación sobre el retracto, la propiedad y la libertad de contratar desde una perspectiva normativa, doctrinal y jurisprudencial, realizándose un análisis sobre cada artículo referido a estos derechos para postular un nuevo contenido del principio constitucional basado en la dignidad humana que procura la defensa de los derechos fundamentales. En el presente caso, se analizó el derecho de retracto abordado en el Código Civil, a través de distintas interpretaciones, teniendo como punto de referencia el carácter general de su naturaleza jurídica y su relación con las normas Constitucionales.

B. Argumentativo

Para determinar la forma en la que debe aplicarse la prevalencia del derecho de propiedad y la libertad de contratar sobre el derecho de retracto, ante una eventual colisión de derechos. De esta manera, aportaremos fundamentos que sustenten y puedan dar solución a nuestro problema de investigación, utilizando la argumentación jurídica.

C. Hermenéutico

Para comprender e interpretar el verdadero sentido y la importancia de la justificación sobre la preminencia del principio de supremacía constitucional y la coherencia que deben tener las normas legales con la Constitución. Para así entender que, en determinados casos, el ejercicio del retracto no se puede superponer a los derechos fundamentales de

propiedad y la libertad de contratar. Además, analizaremos la razón de ser de los mismos en la Constitución y demás legislación aplicable.

D. Histórico

La aplicación de este método nos permite encontrar los antecedentes y las experiencias a través del tiempo respecto a las instituciones jurídicas que se han desarrollado en la presente investigación, remontarnos hacia el pasado para entender el comportamiento del legislador y obtener la razón de ser de cada derecho durante su desarrollo histórico.

1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. Técnicas de investigación

Las técnicas que se utilizaron en la presente investigación, se relacionan con la recolección y sistematización de la información teórica obtenida y son:

A. Técnica del fichaje: Fue utilizada para la recolección literal de los diversos conceptos desarrollados en la doctrina en general, formuladas por investigadores nacionales y extranjeros respecto al problema propuesto, procurando no alterar la información citada en la redacción de la presente investigación.

B. Recopilación documental: Recurrimos a esta técnica para obtener información respecto al derecho de propiedad, el derecho a la libertad de contratar y el derecho de retracto, en las principales fuentes del derecho, como la legislación, doctrina y jurisprudencia.

C. Análisis de contenido: Para describir sistemáticamente la forma y el fondo del material que se ha escrito, de los textos seleccionados que nos permitirán obtener la información relevante sobre la regulación de los derechos involucrados con nuestro problema, así también el contenido primordial de la normativa y jurisprudencia sistematizada.

1.9.2. Instrumentos de investigación

La presente investigación tiene un enfoque cualitativo, pues no se efectuarán mediciones ni aproximaciones estadísticas, ya que realizaremos el análisis de los datos obtenidos como consecuencia de la interpretación de las normas. Con el uso de la libreta de anotaciones y las respectivas fichas bibliográficas y de resumen; podremos registrar las principales fuentes jurídicas, acumulando el contenido relevante de las instituciones que abordaremos, y de esa manera recolectar en forma resumida el material necesario para la investigación.

1.10. UNIDAD DE ANÁLISIS

La presente investigación al ser básica, es decir, que tiene como finalidad la obtención y recopilación de información para construir una base de conocimiento jurídico que se agregará a la ya existente, carece de unidad de análisis, porque analizaremos la doctrina jurídica utilizando la argumentación.

1.11. UNIVERSO Y MUESTRA

La presente investigación es de tipo dogmático y argumentativo, por lo que no corresponde la indicación de universo y muestra, de acuerdo a la flexibilización que tiene el actual protocolo de maestría de esta escuela de posgrado.

1.12. ESTADO DE LA CUESTIÓN

De la revisión de investigaciones relacionadas al problema planteado en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria, se encontraron las siguientes:

- A.** “Los efectos jurídicos del derecho de retracto en los contratantes de la ciudad de Huancayo”, Tesis de pregrado de la autora Yesenia Livia Soto, Universidad Peruana Los Andes, en donde se hace un análisis de los fundamentos teóricos de la institución jurídica del retracto para poder determinar sus efectos jurídicos en la ciudad de Huancayo, recolectando información de jueces, notarios y abogados.
- B.** “El derecho de retracto y la regulación normativa de la copropiedad según percepción de profesionales del derecho – Huánuco – 2017”, Tesis de Maestría de la autora Nelly Fonseca Livias, Universidad Nacional Hermilio Valdizán, en donde se pretende conocer la percepción de los profesionales del derecho en Huánuco, respecto a la titularidad y el ejercicio del derecho de retracto en condición de copropietarios.
- C.** “Los derechos y obligaciones de los copropietarios frente a terceros”, Tesis de Maestría del autor Javier Ricardo Idrogo Rodríguez, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, se ha analizado como se relacionan los derechos y obligaciones de los copropietarios frente a la intervención de un tercero, con una población constituida por cinco sentencias de casación expedidas por la Corte Suprema de Justicia de Lima de los años 2008 al 2015.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ASPECTOS IUS FILOSÓFICOS

2.1.1. Enfoque Constitucional

Para referirnos al problema que nos ocupa, debemos partir desde la concepción del Estado Constitucional de Derecho, realizando una descripción de los derechos fundamentales y su contenido esencial, teniendo como apoyo a la Constitución como fuente formal del derecho constitucional, con una aproximación hacia el postpositivismo o neoconstitucionalismo.

En un sentido estrictamente jurídico, la Constitución se presenta como norma jurídica fundamental respecto a la organización del Estado y la vida jurídica de un determinado país.

La Constitución es un complejo normativo establecido de una sola vez, en el cual, de una manera total, exhaustiva y sistemática, se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellas. La Constitución es, pues, un sistema de normas. (García Pelayo, 2000, pág. 34)

La Constitución es la norma fundamental del Estado, y en ella se establecen la organización de los poderes y la posición de las personas en relación al Estado mediante el reconocimiento de sus derechos y libertades; además, de las garantías constitucionales que garantizan su protección.

Así la concepción jurídica emerge el constitucionalismo moderno y se relaciona al Estado liberal, para lo cual la actividad jurídica es producto de la razón, deducido de principios constitucionales inalterables capaces de encaminar a la realidad social, y es la Constitución quien provee la garantía de esos principios. El objeto de cualquier rama del derecho es inquirir sobre cuál es el ámbito o sector de la realidad social que esta regula. La respuesta es sencilla cuando se trata de aquellas ramas que regulan sectores de la vida social perfectamente definidos, como ocurre por ejemplo en el derecho civil, el derecho laboral, el derecho penal. Tratándose del derecho constitucional, la tarea no es tan fácil, porque este no regula un sector determinado, sino una actividad que está relacionada y subyace a todos los sectores. Identificar entonces el objeto del derecho constitucional exige analizar la configuración de la estructura social, para encontrar el lugar en el que se inserta y donde cumple una función primordial para la vida en comunidad. (Blancas Bustamante, 2017)

Desde la perspectiva del derecho constitucional, debe existir el reconocimiento y garantía de las libertades y derechos fundamentales de las personas, el respeto y tutela de la libertad individual en sus múltiples manifestaciones⁴, siendo el elemento central de todo Estado de Derecho y que se diferencia con toda forma de poder arraigado al autoritarismo.

A las personas se le reconoce la titularidad de sus derechos fundamentales que aseguran un ámbito de libertad e igualdad ante la ley, frente al poder absoluto del Estado, el cual solo excepcionalmente y de manera regulada puede intervenir

⁴ De acción, pensamiento, opinión, religión, tránsito, asociación, reunión, económica, igualdad ante la ley y demás recogidas en el art. 2° de la Constitución Política del Perú de 1993.

en ese ámbito. Para la protección de esos derechos se establecen garantías constitucionales, que son procedimientos de carácter judicial destinados a defender aquellos derechos cuando son vulnerados. (Blancas Bustamante, 2017)

2.1.1.1. Del Estado liberal al Estado social y democrático de derecho

La noción del Estado de derecho ha tenido un desarrollo evolutivo de acuerdo con las circunstancias históricas que lo han influenciado y es importante conocer sus etapas. El Estado moderno que hoy conocemos nace durante la Edad Media, partiendo de tres elementos esenciales: territorio, soberanía y población. La concentración del poder se manifiesta en una monarquía absoluta, respecto a la población ubicada en un territorio determinado, como consecuencia del poder político y el carácter socioeconómico del feudalismo, beneficiado también por el fin de las cruzadas. (Witker Velásquez, 2016)

El poder absoluto del monarca se presenta como la característica más resaltante de esta primera etapa del Estado moderno, ya manifestadas en Inglaterra desde la Carta Magna de 1215, daría lugar en el siglo XVIII al proceso de la ilustración, cuyo resultado político recoge las ideas de Montesquieu y Rousseau en las Revoluciones estadounidense de 1776 y francesa de 1789. De esta última, destacan la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Constitución política de 1789; del primer documento citado se extrae el fundamento esencial del constitucionalismo contemporáneo, en su artículo 16° se señala taxativamente: “Toda sociedad en que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”. (Eyzaguirre, 1998)

Las bases fundamentales del Estado de derecho consisten en la sujeción de la actividad estatal dirigida a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que se ajusten a ella, que garantizan el cumplimiento controlado de los órganos de poder y la tutela de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos.

El concepto de Estado de derecho implica que el Estado se somete a la ley que el mismo impone a través de su imperio, ley que es obligatoria para todos, gobernantes y gobernados, en igualdad de condiciones. Se trata de la respuesta del liberalismo de la ilustración, en oposición al régimen anterior a la revolución francesa de 1789. Pero el Estado liberal de derecho solo permitía entregar y respetar por parte del Estado, derechos y libertades civiles y políticas sin respetar necesariamente las condiciones de vida de los ciudadanos de cada país. Surge la necesidad del reconocimiento del derecho a votar, a elegir y ser elegido, reunirse, manifestarse; además, de una vivienda digna, una educación digna, un sistema de salud digno, un trabajo digno. Así, la Constitución Política Mexicana de 1917, la Constitución de Weimar de 1918 y la Constitución de la Segunda República Española de 1931, abrieron paso para que el Estado reconozca aquellos derechos, sin dejar de respetar los derechos civiles y políticos, convirtiéndose el Estado liberal de derecho en un Estado social y democrático de derecho. (Witker Velásquez, 2016)

De la experiencia nacional en relación al Estado social de derecho, la Constitución en su artículo 43° refiere que “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana”, asimismo el artículo 44°

establece como uno de los deberes primordiales del Estado “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”. Luego, se reconoce en el Capítulo II titulado “de los derechos sociales y económicos”, enumerando un conjunto de derechos como el derecho a la salud, a la seguridad social, a la educación, al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario, a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga. En adición, el Estado democrático supone el reconocimiento del principio de soberanía popular, según lo expresado en el artículo 45° de la Constitución, el reconocimiento del derecho al sufragio y el pluralismo político, entendido como la libertad de organización política y la circulación de ideas sobre el gobierno y la sociedad. (Blancas Bustamante, 2017)

En conclusión, podemos entender al Estado social y democrático de derecho con el reconocimiento constitucional de los derechos civiles y políticos, y también de los derechos económicos, sociales y culturales, los mismos que garantizan una vida digna, la libertad de las personas, la igualdad de oportunidades y la satisfacción de sus necesidades básicas.

2.1.1.2. Estado legalista de derecho y Estado constitucional de derecho

El Estado legalista de derecho y el Estado constitucional de derecho se manifiestan a través de una Constitución escrita, este texto fundamental tiene carácter supremo frente a las demás normas en el ordenamiento jurídico, y en ella se delimitan las formas de gobierno y a sus gobernantes. Además, del desarrollo general de las actividades privadas de las personas que deben llevarse a cabo siguiendo los mandatos del texto constitucional.

En un intento por definir ambos conceptos, es menester abordar la importancia de los derechos fundamentales⁵, a partir de la influencia del jurista alemán Robert Alexy, quien los define como principios materiales por mandato expreso de la ley fundamental, vinculan a todos los poderes públicos, por tanto, deben ser aplicados en todos los casos relevantes.

El artículo 16° de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de fecha 26 de agosto de 1789 afirmaba que en aquella sociedad en la que “la garantía de los derechos no esté asegurada y la separación de poderes determinada” no tiene Constitución. Los dos elementos centrales de este tipo de Constitución ideal han evolucionado, mientras la separación de poderes tiende a flexibilizar sus exigencias más radicales complicando el esquema tradicional, la exigencia de garantía de los derechos se ha hecho cada vez más rigurosa. El centro de gravedad sustancial de la Constitución se define por los derechos fundamentales, y esto se aprecia en la teoría de la Constitución y la del derecho actual, en cuanto constituyen la parte de la Constitución de mayor aplicación, razón por la cual ha ido aumentando el estudio de la interpretación constitucional. Esta cuestión simboliza aún en la Teoría del Estado y la Teoría del Derecho, una consecuencia lógica de la posición central que tienen en este momento los derechos fundamentales en la Constitución. (Ruiz Miguel, 2013)

Si la teoría de los derechos fundamentales constituye un tema central en el estudio de la Constitución, un capítulo obligatorio dentro de esta teoría se

⁵ El derecho a la vida, el derecho al desarrollo y bienestar, el derecho de igualdad ante la ley, el derecho a la información, el derecho de reunión, el derecho de asociación, el derecho a la libertad de contratación, el derecho de propiedad, derecho de petición, entre otros.

sostiene en la comprensión de lo que se conoce como naturaleza jurídica de los derechos fundamentales. Desde un punto de vista jurídico, la naturaleza jurídica de un derecho radica en averiguar el contenido esencial del mismo, entender lo que en realidad el legislador pretendió proteger al redactar una determinada fórmula legislativa.

El concepto de Estado de Derecho, supone que el Estado se somete a la ley que él mismo impone a través de su imperio; ley que es obligatoria para todos, gobernantes y gobernados en igualdad de condiciones. Asimismo, en la actual concepción de Estado se protege los derechos fundamentales en su plenitud, teniendo en cuenta la preminencia de la democracia inclusiva, y a su vez el principio de supremacía constitucional y el principio de soberanía nacional se alinea con el sistema jurídico internacional.

El Estado legalista de derecho y el Estado constitucional de derecho encuentran sus cimientos sobre las bases de la división de poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales, el Estado se encuentra obligado a garantizar el ejercicio de los mismos para el bien de sus ciudadanos, teniendo en cuenta que la defensa de la persona humana y su dignidad constituyen una garantía de orden primordial.

Una primera aproximación al Estado legalista de derecho es desarrollada por Ferrajoli (2003) quien refiere que:

El Estado de derecho moderno nace, con la forma del Estado legislativo de Derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad, como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y aún existente, con

independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido “puesta” por una autoridad dotada de competencia normativa. (pág. 16)

Del inicio y la consolidación del Estado de derecho, pasamos a una etapa actual cuya característica esencial es la revaloración de los principios subyacentes a las normas constitucionales, desde una base epistemológica esencial del derecho constitucional actual: el constitucionalismo moderno. Debe destacarse como una corriente de interpretación y aplicación del propio derecho constitucional y por extensión del derecho mismo, y de esa formulación del constitucionalismo se erige el Estado constitucional de derecho, bajo el axioma de Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a leyes como normas de reconocimiento de su validez. (Witker Velásquez, 2016)

Citando a Ferrajoli, podemos distinguir al Estado constitucional de derecho a través de cuatro características: un nuevo parámetro de validez de las normas jurídicas, tanto desde su producción formal como de la coherencia de su contenido con los principios constitucionales; una visión epistemológica de la ciencia jurídica, tanto en su rol explicativo, como crítico y proyectivo de sus propios objetivos; la aplicación vía jurisdiccional de las diversas normas jurídicas desde el reconocimiento de su validez hasta la constitucionalidad a partir de la identificación de las antinomias y lagunas, superándose mediante la aplicación de las garantías constitucionales existentes; y finalmente, una subordinación de la ley a los principios constitucionales que equivale a introducir una dimensión sustancial, no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, y complemento

a la vez. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y un complemento porque estas prohibiciones y obligaciones se configuran como garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que podrían arrollar a los derechos y a la democracia. (Witker Velásquez, 2016)

Concordamos con las ideas de Manuel Atienza, en su enfoque argumentativo del Estado constitucional de derecho y sus rasgos característicos que ubican a los principios como requisitos necesario para comprender la estructura y el funcionamiento del sistema jurídico; la importancia que se concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador de derecho; el entendimiento de la validez en términos sustantivos y no formales, para ser válida una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la Constitución; la jurisdicción no puede verse en términos legalistas, de sujeción del juez a la ley, pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales; la tesis de que entre el derecho y la moral existe una conexión no solo en cuanto al contenido, incluso aunque se piense que la identificación del derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento de Hart⁶, esa regla incorporaría criterios

⁶ La regla de reconocimiento es uno de los elementos más importantes de su teoría, ya que es el instrumento con el que pretende resolver el tema de la identificación del Derecho, esto es, del Ordenamiento Jurídico que rige un determinado territorio y de las normas válidas que lo forman. Supone reflexionar respecto al fundamento del derecho, al plantearse e intentar resolverlo resultan implicados otros problemas básicos, tales como la obligatoriedad jurídica, el de las fuentes del derecho, el de la consideración del orden jurídico como sistema, el de las relaciones entre el Derecho y la moral, y en último extremo, el del propio concepto de Derecho como conjunto de normas determinable en función de ciertos criterios. En Ramos Pascua, J., La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart: un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 17.

sustantivos de carácter moral y, además, la aceptación de la misma tendría necesariamente un carácter moral.

La tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral y la política; como consecuencia de lo mencionado anteriormente, la idea de que la razón jurídica no es solo un instrumento tal, sino razón práctica, la actividad del jurista debe estar orientada por el deber de corrección, el deber de perseguir la justicia; la convicción de que criterios objetivos, como el principio de universalidad o el de coherencia o integridad, que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe una respuesta correcta para cada caso; la consideración de que el derecho no es solo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada. (Atienza & Ferrajoli, 2017)

En consecuencia, el traslado del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derecho prevalece la Constitución como fuente del derecho formal, aquella será la fuente de toda fórmula jurídica, y por tanto irradiará a todo el Ordenamiento Jurídico y tiene carácter vinculante, sometiendo al Estado legal de derecho al control de constitucionalidad, dando prevalencia a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales. (Ramos Pascua, 1989)

Estas concepciones otorgan preeminencia a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales. En ese sentido, nos sirven para respaldar nuestra

investigación, porque el Estado debe proteger los derechos fundamentales de propiedad y la libertad de contratar, cuando el retrayente pretenda activar la institución jurídica del retracto; si bien es cierto que tiene reconocimiento legal, no necesariamente guarda estricta coherencia con la Constitución, y dicha institución colisiona directamente con derechos fundamentales.

2.1.1.3. Constitucionalización del Derecho

La “Constitucionalización del Derecho” es un fenómeno por el cual se reconoce a la Constitución como la norma fundamental del ordenamiento jurídico de imperativo cumplimiento, en el cual encuentran sus bases los distintos sectores del derecho, basándose en el principio de legalidad y del rol jerárquico de la ley; haciéndose de vital importancia la difusión de esta disciplina para que no solo los operadores jurídicos conozcan el derecho constitucional, sino que los ciudadanos de a pie puedan ahondar en estos temas.

La constitucionalización del orden jurídico es el resultado del constitucionalismo que se ha desarrollado y practicado desde el siglo XX hasta la actualidad y está produciendo una transformación en la concepción de Estado de Derecho, pudiendo resumirse en la fórmula: “Del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho” o “del imperio de la ley” al “imperio de la constitución”. (Aguiló Regla, 2008)

El proceso de constitucionalización es el resultado de la combinación de un conjunto de factores que se manifiestan en un Ordenamiento Jurídico, que expondremos a continuación:

1. El orden jurídico cuenta con una Constitución rígida que incorpora una relación de derechos fundamentales. Por rigidez de la Constitución se entiende a la dificultad para su modificación. Tratándose de una condición necesaria, pues las normas y principios constitucionales no pueden ser modificados, sino por un procedimiento especial de revisión constitucional. Cuanto mayor sea la rigidez constitucional, mayor será la tendencia a la constitucionalización de ese orden jurídico.

2. La garantía jurisdiccional de la Constitución, se trata de una condición necesaria para la constitucionalización de un orden jurídico. Así el órgano jurisdiccional es quien ejerce el control de la Constitución, y esta irradia la jerarquía normativa sobre la ley. Se produce la reserva de la Constitución, ciertas materias no pueden ser derogadas o modificadas por ley, solo por mandato Constitucional.

3. La fuerza normativa vinculante a la Constitución, ello supone que los enunciados de la Constitución se interpretan como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios. Se detallan principios generales que no pueden aplicarse de manera inmediata, sino que requieren un desarrollo legislativo, una interpretación de los jueces y de los órganos del Estado. Ahora bien, las normas programáticas también requieren ser promulgadas en leyes para ahondar en determinados hechos y situaciones que el legislador tenga a bien considerar.

4. Se produce una sobreinterpretación de la Constitución, se complementa a la interpretación literal con la interpretación extensiva⁷, de tal manera que del texto

⁷ La expresión "interpretación extensiva" es de manejo común entre los juristas, pese a ser muy imprecisa. La ampliación semántica que añade en el alcance de una ley, elementos excluidos por su comprensión convencional en el lenguaje. La interpretación extensiva de la ley así entendida contrasta, por un lado, con su interpretación lata o flexible; y por otro, con la expansión jurídica de recursos no semánticos, como la analogía. En Derechos y libertades: Revista del

constitucional puedan extraerse una gran cantidad de normas y de principios implícitos. En el momento que la Constitución es sobreinterpretada no existen vacíos normativos de derecho constitucional, todo texto legislativo esta previamente regulado por una disposición normativa constitucional.

5. Se considera la aplicación directa de las normas constitucionales. Por aplicación directa se entiende que los jueces, en cualquier tipo de casos, puedan aplicar las normas constitucionales, en tanto hayan sido concretizadas en leyes ordinarias. Asimismo, la aplicación directa abarca no solo las relaciones de derecho público, las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos, sino incluye también las relaciones de derecho privado entre ciudadanos. La legislación se construye bajo los principios constitucionales delimitados en la Constitución.

6. El modelo de interpretación de las leyes conforme a la Constitución. Esta característica no tiene que ver con la interpretación de la Constitución que, como se ha mencionado, es extensiva, más bien con la interpretación de la ley y la coherencia que debe guardar con la Constitución. De todas las posibles interpretaciones posibles de una ley, el juzgador tiene el deber de descartar todas aquellas que vulneren o sean incompatibles con la Constitución⁸.

7. La influencia de la Constitución en el proceso político, debido a que los actores políticos tienen la tendencia de remitirse a normas constitucionales para argumentar defendiendo sus propuestas políticas y de gobierno. Además, los conflictos políticos entre los órganos de gobierno tienden a esclarecerse en la

Instituto Bartolomé de las Casas, *“La interpretación extensiva de la ley”*, elaborado por Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz.

⁸ Según el artículo 51 de la Constitución: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. En concordancia con el artículo 138 de la Constitución: “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 otra norma con rango inferior.

vía jurisdiccional aplicando normas constitucionales, siendo estos conflictos desacuerdos políticos referidos al poder de los órganos del Estado. Esta influencia constitucional en el proceso político limita a los jueces a no mostrar actitudes de autolimitación o autorrestricción hacia las llamadas cuestiones políticas respetando así la discrecionalidad política que tiene el legislador. (Guastini, 2001)

Del imperio de la ley siguiendo una tradición positivista, nos encontramos con normas que describen un caso en particular con una solución normativa, el principio de tipicidad⁹, es decir, normas generales y cerradas que excluyen cualquier forma de deliberación práctica o de un juicio valorativo. Además, de las normas abiertas que al exigir deliberación suponen una desviación de lo que se pretendió regular, de la certeza jurídica, de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las conductas. (Aguiló Regla, 2008)

El avance hacia la concepción postpositivista, se tiene que considerar que un sistema jurídico además de normas, hay principios jurídicos. En ese sentido, hay normas que establecen una solución normativa pero no definen un caso en concreto. Los principios sirven de fundamento a las normas regulatorias, así entendidos son instrumentos para la promoción de los bienes jurídicos protegidos, y como un balance o ponderación entre principios cuando colisionan entre sí. (Aguiló Regla, 2008)

⁹ No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta (...) Fundamento jurídico N° 9 del Expediente N° 2050-2002-AA/TC.

La Constitucionalización del Derecho, persigue un equilibrio entre los derechos fundamentales y la aplicación de los principios como normas jurídicas fundacionales del sistema jurídico. En ese orden de ideas, la aplicación de la ley no se agota en la subsunción, sino que exige la valoración del juzgador, dejándose en claro cuál debe ser su rol en una construcción acertada de la decisión en los conflictos jurídicos, porque quien actúe como operador de justicia debe ser imparcial para así evitar decisiones que quebranten el espíritu de la ley y de la Constitución.

Si la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma sobre normas, sino norma aplicable; no será solo fuente de producción, sino también fuente del derecho en sí misma (De Otto, 1998). Por tanto, el Estado debe garantizar la libertad de los derechos fundamentales, tratando de resolver la colisión de esos derechos con la aplicación de principios constitucionales; sin embargo, la Constitución no dice de manera expresa que principio conlleva inmerso un derecho fundamental debe anteceder al otro, y tratándose de derechos fundamentales no son excluyentes entre sí, debemos analizar cada caso en concreto para determinar necesariamente que derecho deberá prevalecer haciendo uso de la herramienta de la ponderación, dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

En el texto “Teoría de derechos fundamentales¹⁰” se hace referencia a que las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera distinta, ya que

¹⁰ Al respecto Robert Alexy habla sobre la colisión de principios en su teoría de derechos fundamentales, en la ponderación de bienes jurídicos, estos como principios de derechos fundamentales.

cuando dos principios entran en colisión, uno de los principios tiene que ceder ante el otro, y este último no se aplicaría para una situación en concreto, ocasionaría una incertidumbre jurídica, debido a que por el caso especial la aplicación de este principio sería diferente. Los principios constitucionales se pueden aplicar de manera diferencial para cada caso en particular, pues estos no pierden validez jurídica al no ser aplicados cuando otro principio se emplea en la solución de una controversia. Al momento de sopesar los principios, debemos tener en cuenta que una posible solución sería la precedencia de un principio sobre otro, delicada condición que es estudiada con el juicio de ponderación también denominado ley de la ponderación. (Alexy, 1985/2002)

Ahondaremos con mayor detalle el desarrollo del juicio de ponderación cuando veamos la colisión de derechos fundamentales en la presente investigación.

2.1.1.4. Constitucionalización del Derecho Civil

Haciendo una división del derecho, Fuentes Delgado (2018) afirma que:

El derecho positivo se divide el privado y público. El derecho privado o civil, se ocupa de los intereses privados en relación al estado de las personas, la propiedad y los contratos. Y el derecho público interno no solo comprende las leyes que organizan los poderes y arreglan las garantías públicas de los ciudadanos, así como sus deberes para con el Estado. (pág. 50)

Entonces, el derecho civil regula los derechos y obligaciones comunes a todas las personas, siguiendo esa misma línea el derecho constitucional protege los derechos fundamentales bajo la dignidad de la persona humana según lo establecido en el artículo 1° de la Constitución Política del Perú de 1993. “El derecho constitucional cumple una función de salvaguardar y proteger el derecho privado existente”. (Hesse, 1995, pág. 349)

La presente investigación propone una lectura constitucional de los derechos que coexisten en determinadas situaciones en la realidad de los particulares. Con el paso del tiempo, el derecho privado ha hecho posible la estabilidad y la paz social y ha evolucionado según las necesidades de cada momento como ninguna otra rama del derecho. La institucionalidad civil se ha desarrollado con las distintas formas de estado desde el liberal, llegando al estado social de derecho y, finalmente, el estado constitucional de derecho.

Arrubla Paucar (2010) sostiene que el derecho civil y sus preceptos han inspirado cambios sociales, sirviendo de contenido material para las constituciones contemporáneas, proporcionando al derecho constitucional nociones como el orden público y el interés general, hasta principios tan importantes como el abuso del derecho y el deber de la buena fe.

El apogeo del Derecho Constitucional en los últimos años se ha extendido a todo el ordenamiento jurídico revolucionando normas, reglas y principios, pero que es necesario cuando un Estado Constitucional de Derecho debe proteger los derechos fundamentales, aplicando los principios constitucionales. Se podría detallar algunas de las instituciones netamente civiles que han pasado a tener rango constitucional como la propiedad privada, la herencia, la familia, el matrimonio, entre otros.

La pregunta surge cuando pensamos: ¿La Constitución debería ser aplicada también en las relaciones entre particulares? Deberíamos responder siempre que el conflicto de intereses no pueda ser resuelto sobre el imperio de la ley, ya

sea porque existen vacíos normativos, o porque se ofrece una solución que parecería injusta. En ese sentido, la aplicación directa de las normas constitucionales a las relaciones particulares se denomina constitucionalización del derecho civil. (Domínguez Águila, 1996)

El estado de las personas, la división de sus bienes y todas las instituciones jurídicas desarrolladas en la codificación civil, dependen necesariamente de la organización política y social del país, la que se encuentra regulada por el Derecho Constitucional.

La Constitución ha transitado como norma jurídica suprema del Ordenamiento Jurídico nacional. Esa transición ha sido posible a partir de dos procesos sucesivos. El primero de ellos tiene lugar cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman en Derechos Fundamentales e incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos en el Estado social de Derecho. Este hecho obligó a los jueces y tribunales a la aplicación directa de la Constitución ya no solo dentro de lo debido, sino dentro de lo constitucionalmente posible. (Landa Arroyo, 2013)

Por su parte, el segundo proceso surge cuando la Constitución se legitima como norma democrática suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, en la medida que tienen el deber de cumplirla y defenderla. Así, la noción de Constitución ha conservado lo esencial, la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y el desarrollo de la comunidad constituida por ese orden. (Landa Arroyo, 2013)

En ese sentido, la Constitución como texto fundamental ha ido desplazando a la ley y al principio de legalidad como fuente suprema del derecho. Actualmente, la Constitución emana a todo el ordenamiento jurídico y vincula a los poderes públicos y privados, lo cual supone una posición jerárquica de las normas, sino que pretende replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, y el rol del juez.

Por tanto, la Constitución es considerada como la norma de creación de normas, que se extiende a todas las ramas del derecho, teniendo sus principios y disposiciones un alcance general, aplicándose a todo el ámbito del ordenamiento jurídico público y extendiéndose a lo privado, pero solo los aspectos particularmente importantes para la sociedad y el Estado.

A partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, quien ha asumido la resolución de conflictos de los particulares, dentro del marco de los principios y derechos constitucionales, siguiendo una interpretación institucional realiza su labor de argumentación considerando a la Constitución como una norma de carácter político y de naturaleza jurídica, con la finalidad de preservar el cumplimiento de supremacía y de su fuerza normativa. (Rubio Correa, 2005)

De ahí que toda regulación de una institución civil debe ejercerse principalmente de acuerdo a la Constitución “principio de constitucionalidad” y no solo de conformidad con la ley “principio de legalidad”, Así el máximo intérprete de la Constitución, se ha encargado de desarrollar estos principios constitucionales mencionados anteriormente; así en el fundamento 3 del expediente N° 0042-2004-AI/TC, se precisa lo siguiente:

En la medida que nuestra Constitución incorpora el principio de supremacía constitucional y el principio de fuerza normativa de la Constitución (artículo 51). Según el principio de supremacía de la Constitución todos los poderes constituidos están por debajo de ella; de ahí que se pueda señalar que es *lex superior* y, por tanto, obliga por igual tanto a los gobernantes como gobernados, incluida la administración pública. En segundo lugar, se debe señalar que la Constitución no es un mero documento político, sino también norma jurídica, lo cual implica que el ordenamiento jurídico nace y se fundamenta en la Constitución y no en la ley. En ese sentido, el principio de fuerza normativa de la Constitución quiere decir que los operadores del Derecho y, en general, todos los llamados a aplicar el Derecho, incluso la administración pública, deben considerar a la Constitución como premisa y fundamento de sus decisiones (artículos 38° y 45° de la Constitución).

La Constitución se considera una norma superior y habrán de examinarse con ella todas las leyes, para comprobar si la razón de ser de estas leyes guarda relación con la norma constitucional. Tendrá que aplicarse la norma constitucional para extraer de ella una solución ante una determinada situación jurídica. Se interpretará todo el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución.

En la presente investigación, nos detendremos en el ámbito del Derecho Civil y, en concreto en el Derecho Civil Patrimonial, observando como el Tribunal Constitucional, en su rol de supremo intérprete de la Constitución y garante de derechos fundamentales, ha ido desarrollando los derechos de propiedad y la libertad de contratar. Dejando en claro que el Derecho Constitucional trasciende a todo el ordenamiento jurídico, y la tarea de la constitucionalización es determinada por el Tribunal Constitucional que mediante su jurisprudencia logra complementar y fortalecer las instituciones jurídicas del Derecho Civil, específicamente, del Derecho civil patrimonial.

2.1.2. Análisis económico del derecho

No pretendemos realizar un desarrollo exhaustivo de la evolución del análisis económico del derecho, pero si es importante dejar claro la posición de ciertos autores que propiciaron esta teoría, y que nos ayudan a comprender la relación entre el derecho y su entorno social, buscando la forma de solucionar problemas jurídicos a partir de principios económicos, como el principio de la eficiencia.

La ideología jurídica del análisis económico del derecho, extiende los conceptos y los métodos propios de la teoría económica a los procesos de formación de las diversas instituciones jurídicas y de la ley en sí misma. Este análisis desarrolla una teoría sobre el comportamiento de los individuos o agentes, en relación con las normas jurídicas.

La razón de ser de esta teoría en términos generales, consiste básicamente en el examen de los efectos económicos de las normas jurídicas; la búsqueda de normas jurídicas eficientes, y la explicación económica del porque las normas jurídicas funcionan de determinada manera. Dicho de otra manera, el análisis económico del derecho pretende explicar la naturaleza del ordenamiento jurídico, o ciertas partes de él y, a la vez, proporciona un criterio para la interpretación del derecho, o ciertas partes de él. (Maqueo Ramírez, 2013)

A partir de los años sesenta, los fundamentos económicos uniformizaron criterios con la finalidad de ser aplicados no solo a las transacciones del mercado, extendiéndose a todo el sistema jurídico, entre las principales ramas del derecho podemos destacar al Derecho Civil y al Derecho Constitucional, las mismas que son el campo de acción de la presente investigación.

Debe destacarse la importancia de dos artículos que impulsaron el cambio hacia una nueva dirección en el Análisis Económico del Derecho; por un lado, Guido Calabresi sobre el derecho de daños¹¹, siendo el primer intento de un jurista para examinar de forma sistemática el derecho de daños desde una perspectiva económica, así se argumentó que el objetivo del derecho de daños era minimizar la suma de los costos de los accidentes. (Pinzón Camargo, 2010)

En adición, el artículo “*The problem of the social cost*”, Ronald Coase demostró que la titularidad de los derechos de propiedad y la responsabilidad por el origen de un daño pueden explicarse en términos económicos¹². Ahora bien, Coase pretendía señalar las limitaciones económicas del análisis jurídico tradicional del problema de las externalidades, y su teoría fue adoptada por otros autores quienes la hicieron extensiva a otros ámbitos del derecho para de esa manera revelar como las normas jurídicas tienen implícita una lógica económica recurrente. (Hierro, 2002)

Y complementando, Richard Posner (1998) en su Análisis Económico del Derecho refiere que muchas doctrinas legales encubren con retórica los verdaderos motivos de su posición legal, y que tendrían un origen económico que estaría presente en todas las áreas del derecho. Su pretensión principal era transformar a la eficiencia como el fundamento del desarrollo legislativo y de las

¹¹ Calabresi, Guido. “*Some thoughts on risk distribution and the law of torts.*” The Yale Law Journal, vol. 70, N° 4, 1961. Disponible en www.jstor.org/stable/794261. Revisado el 13 de diciembre de 2020.

¹² Partiendo de la idea de que si lo que se busca es maximizar el valor de la producción, ante el supuesto de una actividad que genera daños hacia terceros (externalidades negativas) no necesariamente debe intervenir el Estado, sea para prohibir dicha actividad, desincentivarla a través de impuestos o establecer responsabilidades para el causante del daño, ya que las propias partes (causante del daño y afectado) pueden llegar a un acuerdo o negociación que incremente de manera recíproca sus beneficios, siempre y cuando haya ausencia de costos de transacción y la titularidad de los derechos de propiedad sean transferibles.

decisiones judiciales.

Debemos repasar algunos conceptos que son clave, mencionamos “el análisis costo-beneficio o cálculo costo-beneficio”. Estamos pensando en lo que nos conviene y lo que no, comparamos el placer que nos causa algo con las molestias que nos ocasiona. No necesariamente colocando un valor monetario a todo, sino que existe una tendencia a buscar lo que nos favorece y evitar lo que nos perjudica.

Así también, “la ley de la oferta y la demanda”. Cuando el precio de un determinado producto aumenta, la cantidad demandada del producto baja. Y si el precio baja, la cantidad demandada sube.

Aplicar oportunamente “los incentivos”, las personas reaccionan a incentivos y cambian sus decisiones en función de dichos incentivos. Ello porque la correlación del análisis costo-beneficio cambia cuando cambia el costo. Si logramos entender cómo utilizar esos incentivos de manera eficiente, podemos predecir la conducta humana y su comportamiento. Es ahí cuando la economía entra a tallar, porque nos permite entender a los incentivos y su influencia para la toma de decisiones de consumidores y proveedores en el día a día.

Entonces, para relacionar a la economía con el derecho, debemos partir conceptualizando al derecho como un sistema de regulación de conductas humanas. Toda norma jurídica tiene un supuesto de hecho y consecuencia jurídica; por ejemplo, el que causa daño a otro con culpa debe indemnizarlo. El supuesto de hecho es causar daño con culpa, y la consecuencia jurídica es pagar la indemnización.

Así podríamos decir que asumir la indemnización es un precio, el costo de hacer algo. Por ello si se obliga a pagar a los culpables, habrá menos actos culposos. En otras palabras, la lógica del sistema de precios puede ser aplicada a toda norma jurídica, las normas tratan de crear incentivos de conducta, los mismos incentivos que los economistas estudian. (Bullard, 2018)

El aporte de esta teoría consiste en anticiparse a como responderán los individuos a las normas jurídicas existentes o las propuestas legislativas. De esa manera, se podría identificar y cuantificar los efectos de la ley, con la intención de plantear cambios que realmente importen al sistema jurídico y lo mejoren, aplicando el análisis costo-beneficio para lograr “la eficiencia”.

Cuando haces una evaluación del análisis costo-beneficio en un caso en concreto, consideras cada detalle para dar con la solución y buscas que la opción que elijas tenga más beneficios sobre las demás, y ello conllevará a tu elección final. Así, la eficiencia¹³ implica una distribución de recursos entre individuos, y ante una posible variación mejorará la situación de un individuo sin hacer que empeore la situación de los demás.

Es un objetivo social lograr la eficiencia porque genera mayor bienestar, es decir mejora la situación de la sociedad en conjunto. Al derecho le importa ayudar a alcanzar su situación eficiente, contribuir con reglas normativas que nos muevan

¹³ De las ideas propuestas por Wilfredo Pareto, quien formuló lo que se conoce como el criterio de Pareto: una situación es más eficiente que la anterior cuando una persona mejora sin empeorar la situación de ninguna otra. O, dicho de otro modo, el mundo está mejor si al menos uno mejoró y nadie empeoró. Y lo que se conoce como el óptimo de Pareto: dada una dotación de recursos existentes, no es posible que alguien mejore sin que otro empeore.

a situaciones cada vez mejores. Así se maximiza la utilidad social, consiguiendo un mejor aprovechamiento de los escasos recursos existentes. (Bullard, 2018)

Por tanto, si la economía entendida como un sistema de predicción de conductas, se une con el derecho entendido como un sistema de regulación de conductas, el resultado es que se puede regular la conducta de una mejor manera, anticipando el comportamiento de las personas y esto permitirá generar mejores normas, mejores leyes, mejores contratos, entre otros.

Bullard (2018) afirma que “El Análisis Económico del Derecho une la capacidad de predicción de los economistas con la capacidad de crear incentivos de conducta en el derecho”. (pág. 20)

En conclusión, esta ideología jurídica nos permite cambiar nuestra concepción sobre el derecho, al realizar un análisis costo-beneficio de las decisiones que consideremos, y así poder entender cómo funciona la conducta humana en el mundo real, cómo una norma jurídica a través de incentivos podría solucionar un determinado problema. Esos problemas presentes en el sistema jurídico requieren ser resueltos desde una perspectiva económica, y esta corriente doctrinal nos proporciona un sinnúmero de posibilidades que el derecho no puede atender; en la presente investigación veremos porque es más beneficioso dar prevalencia a los derechos fundamentales de nuestra hipótesis en vez del ejercicio del derecho de retracto.

2.2. DERECHO DE PROPIEDAD

2.2.1. Derecho de propiedad como derecho fundamental

En un intento por esclarecer el problema de cuál sería el derecho fundamental esencial, el derecho fundamental primigenio, siguiendo el pensamiento de Hart inclinado hacia la corriente del iuspositivismo, si existía un derecho natural básico ese sería el derecho de la libertad, exhibiendo su filosofía política liberal hacia la libertad como modelo de derecho. En cambio, Dworkin hace ver que el derecho natural fundamental sería el derecho al trato igualitario, a la equidad, a la igualdad ante la ley. De ese derecho al trato igual se derivaría el derecho al uso de la libertad, para materializarse finalmente en el derecho de propiedad. (Beuchot Puente, 2008)

Asimismo, reconociéndose en Rawls, la influencia que los derechos humanos se irían vertebrando a partir del derecho natural fundacional, el de igualdad o de equidad, que es lo mismo decir que es el derecho a la justicia, ya que esta consiste en la equidad, en relación con la comunidad política. Los derechos fundamentales, o derechos individuales básicos se van estructurando a partir del derecho fundamental primigenio y de él reciben su legitimación, protección y desarrollo. (Beuchot Puente, 2008)

La existencia de un derecho fundamental surge de manera que este o no garantizado por un ordenamiento jurídico, tutelado e investido de legalidad eficaz, y ahí reside la aceptación que adquiere la sociedad para la protección de la persona y su dignidad. Así el derecho de propiedad como tal es un derecho fundamental, reconocido abiertamente por Constituciones y leyes en general, por tratados y convenios internacionales.

Es importante hacer una distinción entre la gama de derechos fundamentales, los cuales gozan de protección jurídica, y los derechos humanos que se ubican en una dimensión moral. El Tribunal Constitucional peruano separa estos dos conceptos en el expediente N° 00050-2004-AI/TC, en los fundamentos 71 y 72:

Los derechos humanos son la expresión jurídica de un conjunto de facultades y libertades que encarnan necesidades y aspiraciones de todo ser humano, con el fin de realizar una vida digna, racional y justa. Es decir que, con independencia de las circunstancias sociales y de las diferencias accidentales entre las personas, los derechos humanos son bienes que portan todos los seres humanos por su condición de tales. Y los derechos fundamentales son bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad. En atención a ello los derechos fundamentales, como objetivo de autonomía moral, sirven para designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula de derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales.

En ese sentido, un derecho fundamental debe estar dotado con la dignidad del hombre, desde un punto de vista material¹⁴, se le otorgue protección internacional, considerados como derechos fundamentales. Se puede inferir que, los derechos fundamentales serán aquellos enunciados que representan la concreción de la dignidad humana, y necesariamente estarán garantizados por el ordenamiento jurídico. Cuando sean regulados por leyes, deberán respetar su contenido esencial, podrán regularse los derechos y las libertades que serán protegidas.

En cuanto al derecho a la propiedad privada se puede decir que ningún poder supremo puede arrebatar parte de sus propiedades a un hombre sin el

¹⁴ Según Kelsen la Constitución puede ser contemplada en dos sentidos: en un sentido material y un sentido formal. En su sentido material está constituida por preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales, especialmente, la creación de leyes. Disponible en <https://es.scribd.com/doc/45668330/Constitución-en-sentido-formal-y-material>, pág. 1.

consentimiento de este. Salvaguardar la propiedad es la finalidad de un gobierno, y siendo ese el móvil que llevó a los hombres a entrar en sociedad. Por consiguiente, si los hombres, una vez dentro de la sociedad, pueden tener propiedades, poseerán un derecho a esos bienes, que por la ley de la comunidad son suyos, que hará que nadie tenga que arrebatárselos, en su totalidad o en parte sin su consentimiento. Sino ocurre de esa manera, es como si no tuviesen tal derecho de propiedad. (Effio Arroyo, 2015)

De todos los derechos y facultades humanas, Locke refiere que la vida, la propiedad y la libertad son bienes más relevantes que se contraen en uno: la propiedad que abarcaría todos los derechos del hombre. Así todo hombre tiene la capacidad de adquirir propiedad con trabajo y esfuerzo necesariamente para cubrir sus necesidades mínimas. Locke parte de la vida para tratar a la propiedad como un derecho derivado, el derecho que permite al hombre vivir, desarrollarse socialmente. (Toyama Miyagusuku, 1997)

Se colige que, el reconocimiento del derecho a la propiedad privada, y la función social de ese derecho se delimita a través de la legislación. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos salvo por causa justificada de seguridad nacional o necesidad pública, de conformidad con lo dispuesto por las leyes pertinentes y la correspondiente indemnización. La Constitución Política brinda el contenido esencial al derecho de propiedad y lo enviste de tutela jurídica, debido a que representa uno de los derechos fundamentales más importantes que el Estado deberá proteger, encuentra su razón de ser en la dignidad de la persona y se constituye como fundamento para que la sociedad en conjunto pueda desarrollarse.

En la presente investigación abordamos al derecho de propiedad como un derecho fundamental, definido como derechos inherentes a los sujetos y principios de orden rector que informan al ordenamiento jurídico y a toda la actividad estatal dividida en el principio constitucional de separación de poderes. De ese modo, al Estado le corresponde asumir el rol de garantía y promoción de los derechos fundamentales; de ahí que, uno de los deberes impuestos por la Constitución se detalla en su artículo 44°: garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de la persona.

Este enfoque de los derechos fundamentales no impide que los derechos puedan entenderse desde otras perspectivas, como las que provienen del derecho constitucional económico, vinculado con los derechos de propiedad, libertad de contratación, medio ambiente, consumidores y usuarios, entre otros; que deberían entenderse como complementarios. (Landa Arroyo, 2017)

Por tanto, el derecho de propiedad se ha entendido como la potestad que ejerce la persona sobre sus bienes materiales, es decir que son susceptibles de ser valorizados en términos monetarios. Por ello, le corresponde al Estado garantizar que la propiedad no sea objeto de privaciones arbitrarias por parte del poder público o por terceros.

En esa medida, se protegen las facultades que tiene el titular de un bien, como las facultades usarlo, disfrutarlo, disponer de él y reivindicarlo, o recibir una justa compensación en caso de privaciones arbitrarias e injustificadas, mediante los mecanismos legales que el ordenamiento jurídico ha establecido para su defensa. (Landa Arroyo, 2017)

Sin embargo, el concepto de propiedad como derecho fundamental recogido en la Constitución es más amplio, tiene que interpretarse de modo unitario diversas disposiciones constitucionales que regulan el derecho en mención.

En ese sentido, en la Constitución de 1993 se reconoce:

1. El derecho de propiedad sobre las creaciones intelectuales artísticas, técnicas y científicas, así como sus frutos y productos (art. 2.8).
2. El derecho de propiedad propiamente dicho (art. 2.16).
3. El pluralismo económico concretizado en el reconocimiento de diversas formas de propiedad en el marco de la economía social de mercado (art. 60).
4. La propiedad del Estado sobre los recursos naturales (art. 66).
5. La garantía de inviolabilidad del derecho de propiedad y el otorgamiento de indemnización justipreciada en caso de expropiación (art. 70).
6. El régimen de propiedad de los extranjeros (art. 71).
7. El régimen de prohibiciones y restricciones para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por razones de seguridad nacional (art. 72).
8. El régimen de los bienes de dominio y uso público (art. 73).
9. La propiedad privada y comunal sobre la tierra, especialmente la de las comunidades campesinas y nativas (arts. 88 y 89).

Del desarrollo constitucional del derecho de propiedad como derecho fundamental podemos concluir que no es un derecho individual o que solamente le importe al derecho privado, sino que tiene trasciende al ámbito público cumpliendo una función social, y se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.

2.2.1.1. Derecho de propiedad como derecho humano

La condición de derechos humanos se refiere a los derechos que se fundamentan en la dignidad humana, y cuyo respeto está ligado a que cada hombre pueda desarrollar sus potencialidades en la sociedad, materializándose así en su proyecto de vida. Estos derechos encuentran sustento en una concepción moderna de Estado legalista de derecho, y ponen límites a la Comunidad Internacional.

Analizando la delimitación que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵ en relación al derecho de propiedad puntualiza que la unión de personas en una sociedad puede tener por objetivo conseguir los medios necesarios para subsistir de manera digna, con la intención de proveerse a sí mismos los medios para cumplir un plan de vida. En ese sentido, el derecho humano de propiedad no garantiza que todos tengan medios suficientes para ello, sino aquellos que con mucho trabajo y esfuerzo puedan realizar su proyecto de vida. Este es un punto de partida para diferenciar el derecho de propiedad como derecho humano del derecho de propiedad como derecho civil. Así el derecho de propiedad como derecho humano se fundamenta con el grupo de bienes necesarios razonables para el desarrollo personal e intelectual del individuo. (Perrone, 2013)

En atención a la importancia del derecho de propiedad en el derecho civil, Perrone (2013) afirma que:

El derecho de propiedad es el principal derecho civil después del derecho a la vida. Tal privilegio no está referido a un segundo lugar de importancia, o al primero después que queda asegurada la vida, sino a una cuestión

¹⁵ En el caso Cantos vs. Argentina, de fecha 28-11-02.

histórica de desarrollo del sistema económico, político y cultural, y que puede resumirse en la sociedad capitalista. Nuestra sociedad actual y su entra organización política, jurídica y económica descansa sobre la protección del derecho de propiedad. (pág. 359)

Por lo tanto, el reconocimiento del derecho de propiedad y su protección es de imperativo cumplimiento y su desarrollo es taxativo en los siguientes instrumentos normativos internacionales:

“La Declaración Universal de Derechos Humanos (10-12-1948) en su artículo 17.1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 17.2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la novena conferencia internacional americana de Bogotá, Colombia, 1948) en su artículo XXIII refiere que, toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuyan a mantener la dignidad de la persona y del hogar”. “El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, señala en su artículo 11, los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...)”. Finalmente, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, indica en su artículo 21.1 que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 21.2 Ninguna persona puede ser privada de sus bienes excepto por el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por ley (...)”.

2.2.2. Protección del Derecho de propiedad en la Constitución

Donde no hay Constitución no habrá derechos fundamentales, toda persona como ser social por naturaleza se desarrolla dentro de una sociedad que le sirve para justificar su convivencia, progresar y proveerse de lo indispensable para sus necesidades. Ella impone entre principios, reglas y valores sociales. En los cuales, los de más trascendencia se manifiestan mayormente en la ley, de ahí se sostiene que el derecho sería un mínimo de valor moral para mantener una

convivencia. La sociedad requiere estipular un ente abstracto que determine su organización y administración, ese es el Estado, y este a su vez necesita texto supremo que determine sus funciones, obligaciones, y las pautas de protección y tutela de sus derechos, libertades y deberes, de ahí es de donde proviene la Constitución. (Effio Arroyo, 2015)

Para el capitalismo moderno, la afirmación del derecho de propiedad fue una afirmación de libertad. La propiedad se concebía sobre la base por la cual debía operarse en el terreno económico, la liberación del hombre, ya que esta lo dotaba de los medios y recursos para forjar su propio destino. Tal es así que, el hombre como ser eminentemente social que es, se encuentra situado en el primer plano teniendo a su servicio los bienes, y la misma esencia social del ser humano lo obliga a considerar sus derechos desde el bien común. La Constitución Política protege el derecho de propiedad por el interés social y el bien común, no se admite que alguien puede aprovecharse indebidamente de ese derecho fundamental porque atentaría a todas luces contra el orden público. (Borda, 2012)

Partiendo desde la conjunción de los principios de supremacía constitucional, la limitación del poder, el respeto y tutela de los derechos fundamentales dan como resultado el Estado Constitucional de Derecho. La característica de la supremacía constitucional encuentra su fundamento en que todas las normas no pueden estar en el mismo nivel, son parte de una norma fundamental que da validez a las demás y que prevalece sobre las otras, esta norma es la Constitución. A su vez, la característica de la limitación del poder se refiere al

respeto que impone la ley, entendida como norma que acoge la voluntad general por delegación a nuestros representantes, toda conducta del Estado debe estar amparada en la Ley. Por último, el Estado debe garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

Los pueblos del pasado han conocido diversas formas de propiedad, como por ejemplo propiedades colectivas comunales, propiedades de bienes familiares, y la propiedad privada individual. Siendo el derecho de propiedad en general, reconocido en las Constituciones a lo largo de la historia, así se predicaba que “la Nación estaba obligada a conservar y proteger las leyes sabias y justas, la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen¹⁶”. Sin embargo, no es hasta las dos últimas constituciones, Constitución de 1979 y de 1993, en donde adquieren un desarrollo como derechos fundamentales. Por tanto, la Constitución vigente en su artículo 2 enuncia los Derechos fundamentales de la persona, y refiere que toda persona tiene derecho a: 16. A la propiedad y a la herencia.

En la Constitución Política Peruana encontramos expresiones como “derechos fundamentales”, según lo señalado en el capítulo I del título I y en el artículo 32° último párrafo, que refiere que no pueden ser sometidas a referéndum la supresión o disminución de derechos fundamentales de la persona; “derechos sociales y económicos”, de acuerdo a lo estipulado en el capítulo II del título I y en el que pondremos más atención en la presente investigación; “derechos políticos”, según lo establecido en el capítulo III del título I; “derechos humanos”,

¹⁶ Tradición de la Constitución de Cádiz de 1812, líneas expresadas en su artículo 4°.

en el artículo 44° que desarrolla los deberes esenciales del Estado; también “derechos y libertades”, de acuerdo a la IV disposición final y transitoria que desarrolla la interpretación de los derechos conforme a los tratados internacionales de derechos humanos; y “derechos constitucionales”, cuando el artículo 200° inciso 1 se alude a los derechos conexos a la libertad individual, protegidos por el habeas corpus y las garantías constitucionales que aseguran su protección.

Se debe distinguir, el dominio que ejerce el Estado sobre el territorio que corresponde al ámbito de derecho público, el fundamento del poder político sobre el territorio no reside en una relación de propiedad sino en una potestad superior, que corresponde a la noción de soberanía. Por ello, el dominio estatal sobre el territorio no es incompatible con la propiedad privada. Dominio estatal y dominio privado pertenecen a esferas distintas y no se oponen entre sí. (Blancas Bustamante, 2017)

La propiedad privada es de carácter absoluto e irrenunciable, porque está íntimamente ligada a la vida y a la libertad. Gonzales Ojeda (2013) afirma que “la Constitución y el sistema económico protegen a la propiedad privada, siendo el factor más importante dentro del orden jurídico, la propiedad no se agota en un contenido individual, sino trasciende hasta el orden social”. (pág. 236)

Huerta Sáenz (2005) resalta dos anteproyectos de la Constitución vigente en relación al derecho de propiedad:

Anteproyecto presentado por Lourdes Flores Nano, en el cual se destacan los siguientes aspectos: Se establece el carácter inviolable de la propiedad. Se propone un solo supuesto de privación con dos

modalidades, la seguridad nacional o seguridad pública. Se establece la exigencia de la ley explícita para afectar la propiedad. Se reclama la garantía del justiprecio no solo por el bien, sino también por los perjuicios de la transferencia de propiedad. La exigencia del pago previo y efectivo en caso de afectación manifiesta.

Anteproyecto presentado por Carlos Torres y Torres Lara en el cual sus apuntes más distintivos fueron: La propiedad tiene carácter inviolable como regla general. Se permiten dos supuestos de privación que son la seguridad nacional o necesidad pública. Para afectar la propiedad se exige la promulgación de una ley formal. Se garantiza una indemnización justipreciada. En caso de afectación, se exige el pago previo y en efectivo. Se remite a la ley ordinaria el establecer el régimen de propiedad. Se contempla una limitación constitucional genérica, “la propiedad no ampara el abuso del derecho del propietario”.

Una vez que se reconoce el derecho a la propiedad, se garantiza su inviolabilidad. Así, el artículo 70° de la Constitución Política del Perú refiere que:

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad si no es, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

La Constitución recoge los siguientes principios: Primero, el fin social de la propiedad, que debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. Segundo, la legalidad, en el sentido que solo por ley expresa y por causas constitucionalmente previstas puede privarse de la propiedad, previo pago de la indemnización correspondiente. Tercero, la integridad e identidad del pago, debe ser previo y efectuarse en efectivo. Por último, reparación integral, la indemnización por la privación de la propiedad debe incluir la compensación por el eventual perjuicio.

El Tribunal Constitucional, en su rol de máximo intérprete de la Constitución, a través de su jurisprudencia sistematizada se ha manifestado delimitando el desarrollo, alcances y límites del derecho de propiedad, en las siguientes sentencias se puede rescatar el contenido esencial de ese derecho:

El Expediente N° 008-2003-AI/TC, en el caso de la constitución económica, refiere que el derecho de propiedad cumple una función social, pues su ejercicio no se agota en la mera satisfacción individual o familiar del titular del derecho, sino que su aprovechamiento debe realizarse sin lesionar otros derechos fundamentales. Por ello resulta indispensable su regulación, de igual manera su uso y disfrute deben armonizarse con el bien común de la sociedad a la que pertenece su titular, y por ello resultan admisibles sus limitaciones siempre que sean razonables y proporcionales.

El Expediente N° 005-2006-PI/TC, en su fundamento jurídico 40 desarrolla 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 darles el mismo destino y 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. Constitucionalmente, el derecho a la propiedad se encuentra reconocido no solo como derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2°, sino también como garantía institucional, conforme lo dispone el artículo 70°, según el cual el Estado garantiza su inviolabilidad.

El Expediente N° 043-2007-AA/TC, en su fundamento jurídico 3 concibe al derecho de propiedad privada como derecho fundamental cuyo ámbito de protección o contenido garantiza las facultades de uso, usufructo y la libre disposición del bien. Pero, la comprensión constitucional de la propiedad es más amplia y, prima facie, comprende además la garantía de indemnidad o conservación de la integridad de patrimonio de la persona. La inviolabilidad de la propiedad a la que se refiere el artículo 70 de la Constitución debe interpretarse no solo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como garantía de indemnidad. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo.

El Expediente N° 0228-2009-AA/TC, en su fundamento jurídico 36 en nuestro sistema constitucional la propiedad privada no es ni puede ser en modo alguna absoluta, debido a que, al igual que los restantes derechos y libertades que dignifican al ser humano, la propiedad se encuentra sujeta a limitaciones impuestas por el interés general, las que, sin

embargo, nunca podrían sustituir a la persona humana como titular de la libertad, así como tampoco trabas intensas a su ejercicio que desconozcan la indemnidad de dicho derecho. En este contexto, la concepción de la propiedad privada como garantía institucional no implica el desconocimiento de las garantías que, a su vez, deben ser instauradas a efectos de reconocer al propietario las facultades de oponibilidad del derecho. En síntesis, el ejercicio del derecho de propiedad importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar: 1. El derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos. 2. El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales. 3. El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.

La protección que el Ordenamiento Jurídico nacional le brinda al derecho de propiedad a través de la jurisprudencia sistematizada del Tribunal Constitucional es innegable, y es su deber orientar el desarrollo legislativo hacia la Constitución como norma fundamental.

Desde una perspectiva objetiva o institucional, el derecho de propiedad es un principio constitucional que fundamenta y sostiene, junto con otros -como la libertad de contratación o la seguridad jurídica- nuestro modelo de economía social de mercado, que se asienta en el reconocimiento de diferentes formas de propiedad. En dicho sentido se reconoce a la propiedad privada sobre bienes tangibles e intangibles, la propiedad del Estado sobre de dominio privado y a título de dominio público del Estado. (Landa Arroyo, 2017)

2.2.3. Derecho de propiedad en el Código Civil

“La propiedad es el derecho más complejo y pleno que se pueda tener sobre una cosa, pero no es absoluto. Tiene una evidente función social que lo legitima y lo dignifica” (Borda, 2012, pág. 209). No obstante, el problema radica en cómo conciliar el derecho del propietario con los intereses sociales, políticos y principalmente económicos que muchas veces devienen en conflictos de

intereses que tendrán que ser resueltos en los tribunales de justicia.

El Código Civil, en su artículo 923 hace mención que: “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites permitidos por la ley”.

El derecho de propiedad le confiere a su titular o titulares cuatro atributos o derechos, siendo estos el usar, disfrutar, disponer y reivindicar. Avendaño (2003) refiere que:

Usar es servirse del bien (usa el automóvil quien se traslada con el de un lugar a otro, usa la casa quien vive en ella, usa un reloj quien lo lleva puesto y verifica la hora cuando lo desea). A la vez, disfrutar es percibir los frutos del bien, es decir, aprovecharlo económicamente. Los frutos son los bienes que se originan de otros bienes, sin disminuir la sustancia del bien original. Son las rentas, las utilidades. Hay frutos naturales, que provienen del bien sin intervención humana, frutos industriales, en cuya percepción interviene el hombre, y frutos civiles, que se originan como consecuencia de una relación jurídica, es decir, un contrato (art. 891). Ejemplo de los primeros son las cosechas o los bienes que se obtienen de la actividad fabril; y ejemplo de los frutos civiles son los intereses del dinero o la merced conductiva de un arrendamiento.

Disponer es prescindir del bien, del derecho, deshacerse de la cosa, ya sea jurídica o físicamente. Un acto de disposición es la enajenación del bien; otro es hipotecarlo; otro, finalmente, es abandonarlo o destruirlo. Y reivindicar es recuperar el bien. Esto supone que el bien este en poder de un tercero y no del propietario. Ya sea un desalojo o usurpación, hasta una sucesión en la que se dejó de lado al heredero legítimo y entró en posesión un tercero que enajenó a un extraño, el cual ahora posee. En cualquier caso, el propietario está facultado, mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, a recuperar el bien de quien lo posee ilegítimamente. Por esto se dice que la reivindicación es la acción del propietario no poseedor contra el poseedor ilegítimo. (pág. 188)

Además, de los atributos o derechos que el propietario posee, la doctrina nacional y diversos autores desarrollan las características inherentes a la propiedad, como un derecho real, un derecho absoluto, un derecho exclusivo y un derecho perpetuo.

La propiedad es un derecho real por excelencia, porque establece una relación directa entre el titular y el bien. El propietario ejerce sus atributos sin mediación de otra persona, y es oponible a terceros. También, es un derecho absoluto, puesto que confiere al titular todas las facultades sobre el bien es decir que el propietario puede usar, disfrutar y disponer. Además, la propiedad es exclusiva, porque elimina toda injerencia de cualquier otro derecho sobre el bien, salvo que exista la autorización expresa del propietario. La copropiedad no desvirtúa el carácter de la exclusividad porque en esta el derecho sigue siendo uno, sino que es ejercido por varios titulares, los cuales constituyen un grupo en conjunto que son los beneficiarios de aquel derecho. Finalmente, la propiedad es perpetua, por lo que no se extingue por el no uso. El propietario puede dejar de poseer y no deviene en la pérdida del derecho. Para que el propietario pierda su derecho es necesario que otro adquiere por prescripción. El artículo 927, sanciona la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria, de modo que se declara la perpetuidad del derecho que esa acción cautela. (Avendaño Valdez, 2003)

Así desde sus orígenes, la propiedad ha variado enormemente. Nuestro Ordenamiento Jurídico apenas va a cumplir doscientos años, y la regulación de la propiedad ha ido cambiando en el tiempo. Evoluciona acorde con los requerimientos del hombre y la multiplicidad de relaciones socioeconómicas. La propiedad se ha ido moldeando a las necesidades del hombre, su evolución ha ido desarrollándose en conjunto con los mecanismos de protección legal. (Mejorada Chauca, 2016)

La propiedad y su desarrollo legislativo, delimitan la idea de la relación de pertenencia de un derecho a un sujeto, y es por eso que muchas veces se habla de propiedad como una cosa, como el derecho real por excelencia, su relación con cualquier derecho real, la titularidad respecto de un derecho, o derecho patrimonial.

El derecho de propiedad tiene por objeto a los bienes de contenido económico y con repercusión social; de esa manera, confieren al titular los poderes jurídicos de usar, gozar, disponer, reivindicar, sin más limitaciones que las establecidas por la Constitución y las leyes. La misma puede ser entendida en una relación de pertenencia entre una persona (propietario o titular) y una cosa, desde un punto de vista económico.

También se puede representar como la situación jurídica subjetiva compuesta por una serie de poderes, facultades, cargas, deberes y obligaciones que componen una relación jurídica compleja, caracterizada por la perpetuidad y la exclusividad. Se tiene como objeto una cosa que debe ser usada, disfrutada y dispuesta por el propietario en atención a sus intereses individuales, de manera compatible con los intereses de los no propietarios, y toda la colectividad social. (Gama, 2011)

2.2.3.1. La transferencia de propiedad en el Perú

El sistema peruano de transferencia de propiedad tiene herencia francesa, el mismo refiere que la propiedad inmueble se transfiere mediante el consenso. El sistema consensual parte del supuesto que el derecho real nace directamente

del consentimiento entre las partes contratantes, siguiendo el principio de autonomía de la voluntad. Así pues, para aquel que transmite el derecho real le basta solo el contrato, sin necesidad de la tradición (entrega del bien), y según la legislación civil, las transferencias de propiedad tienen lugar únicamente por el consentimiento.

El Código Civil peruano, respecto a la transferencia de propiedad establece en su libro de derechos reales, lo siguiente: “Artículo 949. La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”.

Entonces, la transmisión inmueble en el Perú se realiza con el simple acuerdo de voluntades, no siendo necesaria la entrega del bien, evidenciándose un sistema de transmisión consensual, en donde es necesario solo el acuerdo del bien y el precio establecidos en un contrato y de esa forma se transfiere el derecho. Es importante señalar que la transmisión a la que se hace mención, aplica únicamente a los bienes inmuebles y no para los bienes muebles, debido a que estos tienen otra regulación¹⁷.

El artículo 949° del Código Civil hace mención a una propiedad relativa, en el sentido que un agente económico racional sabe que no es propietario en términos absolutos hasta que se inscriba su derecho en el registro correspondiente, en aplicación de los artículos 1135°, 2014°, 2016° y 2022° se cumpliría con los demás requisitos, como el reconocimiento del registro que otorga al propietario con el derecho inscrito la facultad de exclusión absoluta

¹⁷ Artículo 947° del Código Civil de 1984: La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

frente a terceros, la oponibilidad, los cuales servirían para el perfeccionamiento del derecho de propiedad. (Bullard, 2009)

La Corte Suprema afirma respecto del sistema de transferencia de propiedad:

El artículo 949° del Código Civil recoge la teoría francesa según el cual el mero consentimiento tiene la facultad de transmitir la propiedad del adquirente, con arreglo a la normativa invocada, el solo intercambio de voluntades, o “solo consensus”, perfecciona la transferencia de propiedad inmobiliaria; en el sentido, el referido acuerdo de voluntades basta para transmitir el dominio de los bienes inmuebles. El sistema de transferencia de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico descarta como elemento constitutivo a la inscripción de un inmueble en el Registro Público¹⁸.

Además, conforme al artículo 949° del Código Civil, la sola obligación de transferir un bien inmueble hace al acreedor propietario del bien por lo que si demuestra que se constituyó dicha obligación se presume que ha operado la transferencia de dominio.

En ese sentido, la transferencia de propiedad inmueble valiéndose de la doctrina, la jurisprudencia y la herencia francesa, adopta a todas luces el sistema consensual de transferencia y por tanto también es un sistema declarativo de inscripción en los Registros Públicos. Sin embargo, en algunas ocasiones no basta que opere únicamente el consentimiento, y esto se debe a que, ante la posible doble venta¹⁹, la inscripción registral elimina el riesgo de que un tercero pueda privar del derecho de propiedad al titular originario, brindándole seguridad jurídica.

¹⁸ En Casación Nro. 1617-99-LIMA.

¹⁹ Conflicto jurídico conocido como “conurrencia de acreedores”, regulado en el artículo 1135° del Código Civil, cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe y cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

Podemos notar que el artículo 949° tiene el problema de falta de publicidad y de no poder excluir a terceros, no siendo absoluta la sola voluntad que hace propietario al acreedor, el solo acuerdo de voluntades transmite la propiedad inmueble del vendedor al comprador, pero ante una segunda venta de la propiedad hacia un tercero, se ocasionarían problemas debido a que el primer comprador no puede oponer ni excluir su derecho frente a terceros. Por consiguiente, ante un problema de tal magnitud sobre la adquisición de un bien inmueble, el legislador al brindar la enfermedad (artículo 949°) trata de brindar la cura (artículo 1135°); por tanto, ante la presencia de dos títulos, se prefiere al de buena fe y el que fue inscrito primero en el registro. (Vidal Ramos, 2011)

En conclusión, para poder entender la transferencia de propiedad en un sentido absoluto, deben interpretarse de una lectura en conjunto de los artículos 949° y 1135°, los cuales brindan garantía y certeza jurídica en relación a la transferencia de propiedad, y a su vez en forma conjunta con los artículos 2013°, 2014°, 2016° y 2022° del Código Civil, que refuerzan la protección jurídica haciendo hincapié en la importancia del registro como fundamento de publicidad y oponibilidad.

2.3. DERECHO A LA LIBERTAD DE CONTRATAR

2.3.1. Derecho a la libertad de contratar en la Constitución

La primera regulación de este derecho que se enmarca dentro del régimen económico de la Constitución, así toda persona tiene derecho: “a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

De esta manera, las personas llevan a cabo una serie de actividades dentro de la sociedad y en su vida diaria que solo son posibles mediante la realización de contratos; por ejemplo: comprar, alquilar o viajar. Por ello, la libertad de contratación, consiste en dejar a las personas la libertad necesaria para poder ejercer todas esas actividades. Sin embargo, hay determinadas normas de cumplimiento obligatorio que no pueden ser contradichas por los contratos porque devienen en inválidos. Estas normas obligatorias son las que se denominan “de orden público”. Siendo aquellas el límite que tiene la voluntad de las partes para contratar libremente. (Rubio Correa, 2017)

Continuando con el régimen económico de la Constitución de 1993, en su artículo 62° detalla de manera textual:

“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplado en la ley.

Mediante contratos ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicios de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

En este artículo se garantiza que las reglas que regularon el contrato cuando fue hecho no pueden ser modificadas posteriormente por el Estado. Luego, sigue diciendo que los conflictos contractuales se solucionan por decisión de los árbitros o jueces, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley, porque existen algunas circunstancias en las cuales el contrato no puede mantener vigencia según las normas existentes cuando fue realizado.

Los “contratos ley” son acuerdos del Estado con inversionistas privados, nacionales o extranjeros, a los que en el contrato se les otorgan determinadas seguridades, generalmente de política económica o de naturaleza tributaria. La Constitución indica que estos contratos ley tampoco pueden ser modificados legislativamente. La norma ya se había colocado en 1984 en el Código Civil. (Rubio Correa, 2017)

Constitucionalmente se garantizan las libertades humanas, para que la persona tenga tranquilidad y bienestar en su vida, podríamos ejemplificar lo anterior mediante la protección del derecho de propiedad y su libre disposición, y de ahí la libertad para contratar con fines lícitos, ya sea por adquisición o disposición de bienes materiales.

La Constitución reconoce el derecho de toda persona a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. De manera complementaria, establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato y que los términos contractuales no puedan ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Así, las disposiciones constitucionales que se mencionaron anteriormente, reconocen y regulan la denominada libertad de contratación, que se fundamenta en la llamada autonomía de la voluntad o autonomía privada²⁰.

²⁰ La doctrina la define como la capacidad de autodeterminación que tienen las personas para decidir cómo y cuándo vincularse obligatoriamente con otras personas, ya sean personas naturales o jurídicas, así como decidir la regulación de dicha vinculación.

Aunque la libertad de contratación tenga un eminente carácter económico, a partir de la cláusula del Estado social prevista en el artículo 43° de la Constitución, la protección dispensada por dicha libertad debe entenderse de manera amplia, de tal forma que también resulten protegidas por ella todo tipo de acuerdos por medio de los cuales las personas lícitamente se vinculen entre sí. (Landa Arroyo, 2017)

La libertad de contratación es un derecho subjetivo que protege la autodeterminación de su titular para decidir contratar (o no hacerlo), y con quién contratar, así como para regular y establecer el contenido de dicho contrato. Mediante la libertad de contratación se protege al contrato y a las relaciones jurídicas que nacen de dicho acuerdo de voluntades. La protección implica la capacidad de poder establecer la regulación contractual, como la decisión de desvincularse del contrato, siempre y cuando exista el acuerdo.

Por otro lado, desde una perspectiva institucional, la libertad de contratación es un principio que se constituye, junto con el derecho de propiedad, en uno de los pilares fundamentales de nuestro modelo de economía social de mercado²¹, establecido en el artículo 58° de la constitución. En ese sentido, en el marco de una economía social de mercado, la libertad de contratación se constituye como uno de sus fundamentos, porque sin el reconocimiento y garantía de entablar relaciones patrimoniales entre los particulares que interactúan en la sociedad, no sería posible la realización de las actividades económicas.

²¹ “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

Por ello, junto con la libertad de contratación se reconoce la seguridad contractual, al establecerse que la regulación contractual no puede ser modificada por normas posteriores en el tiempo, según el artículo 62° de la Constitución. No obstante, esta regla no es absoluta, sino que admite algunas limitaciones, cuando el ejercicio de la libertad de contratación puede resultar lesivo respecto de otros bienes constitucionales o derechos fundamentales. (Landa Arroyo, 2017)

De acuerdo con la jurisprudencia sistematizada del Tribunal Constitucional, en la sentencia que corresponde al expediente N° 008-2003-AI; caso constitución económica, el contenido esencial del derecho de libertad de contratación se conforma por las siguientes facultades:

1. Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad para elegir al contratante, persona natural o jurídica, la forma y modo de celebrar el contrato, así como la capacidad de desvincularse del mismo, siempre que se haya cumplido su objeto y los procedimientos establecidos en el mismo contrato o en el ordenamiento jurídico.
2. Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual, el cual deberá estar conforme con el ordenamiento jurídico y no ser lesivo de derechos fundamentales, respetando la prohibición constitucional del abuso del derecho.

Las facultades mencionadas no tienen carácter limitativo, ya que podrían presentarse más casos y podrían ser ampliados. Por tanto, debe dejarse claro que la libertad de contratación, igual que el derecho de propiedad, cumplen una función social importante, pues permite la vinculación de las personas para alcanzar fines constitucionalmente valiosos, como por ejemplo la generación de riqueza y por ende el dinamismo de la economía. Sin embargo, todos estos fines deben enmarcarse dentro del respeto irrestricto de los demás bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

De acuerdo a la regulación constitucional, la libertad de contratación tiene un límite interno, y es que el contrato celebrado deberá tener una finalidad lícita, es decir que mediante la autodeterminación de nuestras relaciones jurídicas no podría buscarse lograr un fin ilícito, como por ejemplo celebrar un contrato para cometer algún tipo de delito. Además, se constituye como un límite la prohibición del fraude a la ley, que se deriva de la prohibición del abuso del derecho²² contenida en el artículo 103 de la constitución. (Soto Coaguila & Vattier Fuenzalida, 2011)

2.3.2. Derecho a la libertad de contratar en el Código Civil

Partiendo del contenido esencial de la libertad de contratar, lo que se pretende proteger de este derecho desde el punto de vista constitucional es decidir si se hace un contrato, elegir al contratante, y decidir la materia contractual.

En suma, todo ello se refiere a la forma en la que el derecho civil regula al contrato. El artículo 1351° del Código Civil refiere que el contrato tiene por objeto regular relaciones jurídicas patrimoniales. Ello quiere decir, que estos elementos podrán ser defendidos mediante acciones constitucionales. Los demás elementos del contrato corresponderán al derecho común y serán defendidos mediante los procedimientos regulares²³.

²² “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas. Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo. La ley se deroga por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0004-2004-AI/TC, fundamento jurídico 8.

La libertad de contratar es un instrumento para el cumplimiento de otros derechos, y esa es la razón por la que debe gozar de protección constitucional, la explicación de la protección de este derecho fundamental reside en su finalidad principal: “La autonomía de la voluntad se refiere a la capacidad residual que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentiales de conformidad con su propia voluntad. Es la expresión de la determinación para crear una norma jurídica de interés particular²⁴”.

Como ya hemos mencionado anteriormente, el artículo 1351° del Código Civil ha establecido que el contenido de los contratos tiene vinculación con lo patrimonial. La pregunta que surge es, entonces, si esta libertad solo puede ser ejercida en relación a intereses patrimoniales. Aun cuando el Tribunal Constitucional siempre ha asumido que el contrato es el que establece el artículo 1351° del Código Civil, es decir, que tiene contenido patrimonial. De la Puente y Lavalle (1991) afirma que:

Se ha visto que lo que determina la patrimonialidad de la relación jurídica es la valoración económica de la prestación. Dado que la prestación es, en realidad, el contenido de la obligación, la relación jurídica patrimonial creada por el contrato es una relación obligacional. El requisito de patrimonialidad de la relación jurídica excluye del campo del contrato todo acto jurídico relativo a relaciones personales o familiares, diferentes de las obligacionales. En estas relaciones no existen obligaciones, pues la obligación para serlo debe tener como contenido una prestación valorable económicamente, sino deberes a quien los ha asumido, pero que no pueden ser realizados por equivalencia sobre el patrimonio del deudor. Generalmente para estos deberes de carácter jurídico, que no tienen contenido patrimonial, existen sanciones diversas impuestas legalmente. (pág. 103)

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0047-2004-AI/TC, fundamento jurídico 44.

Uno de los conceptos contenidos en el artículo 62° de la Constitución es la declaración de que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, así el Código Civil en su artículo 1354° refiere que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. Se reconoce así el principio de libertad de contratar, que garantiza la libertad que tienen los contratantes para determinar entre ellos el contenido del contrato que han convenido en celebrar. Y de ahí se aprecia todo el desarrollo legislativo que recibe esta institución jurídica en Libro VII “Fuente de las obligaciones”, en su sección primera “Contratos en general”²⁵, en los artículos 1351° y subsiguientes del Código Civil peruano.

La libertad de contratar en la codificación civil, se denomina también como libertad contractual, y se resume principalmente en aquella posibilidad que tienen las partes de desarrollar su propia voluntad, su querer, su libertad jurídica de contratar, cuándo, cómo y con quien quieran, pero respetando los parámetros fijados por el ordenamiento jurídico. La noción de libertad contractual se vincula a la noción de libertad jurídica reconocida para los sujetos privados. La particularidad de esta libertad está en el reconocimiento de las reglas vinculantes

²⁵ Noción de contrato, artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Perfección de los contratos, artículo 1352.- Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

Régimen legal de los contratos, artículo 1353.- Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

Libertad contractual, artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a normal legal de carácter imperativo.

Regla y límites de contratación, artículo 1355.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Primacía de la voluntad de los contratantes, artículo 1356.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas. (...).

que los propios sujetos se dan así mismos para regular sus propios intereses.
(Leyva Saavedra, 2012)

Asimismo, la libertad de contratar está limitada por las disposiciones del ordenamiento jurídico al momento de la celebración del contrato, y existe un marco jurídico predeterminado sobre el cual las partes no pueden sobrepasar, de lo contrario se enfrentarían al orden público.

De esta manera, el contenido del derecho de libertad a contratar se encuentra determinado textualmente en el artículo 1354° del Código Civil, en el sentido que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. El artículo en mención, establece el marco legal de la libertad para contratar, y hace una división en dos instituciones jurídicas que abordaremos más adelante, la libertad de contratar y la libertad de contratación.

Todo lo mencionado anteriormente se encuentra estrechamente vinculado al principio de la autonomía privada, que reconoce a los hombres la libertad para poder vincularse obligatoriamente entre sí, dentro de los límites que el ordenamiento jurídico establece.

2.3.3. Autonomía privada

En el ámbito de las relaciones jurídicas privadas, reside la autonomía privada²⁶,

²⁶ La autonomía privada es uno de los principios rectores del derecho contractual, y se concibe como la facultad reconocida a los particulares para darse sus propias normas, en determinados espacios reservados a ellos, mediante la celebración de negocios jurídicos, con la finalidad de satisfacer sus necesidades socioeconómicas y autorregular sus intereses privados. En Ferri, L., La autonomía privada, L. S. Mendizábal (trad.), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969, pág. 35.

entendida como el reconocimiento que brinda el ordenamiento jurídico a la libertad de los particulares de regular sus propias relaciones jurídicas, de la forma querida por ellas, pero dentro de los límites de la ley.

La expresión “autonomía privada” se ha manifestado, en las últimas décadas, pues aquella doctrina tradicional ha preferido utilizar la expresión “autonomía de la voluntad”, por entender que la potestad, que es el contenido de la autonomía, se confiere a la voluntad humana para que sea ella la que gobierne las relaciones entre los particulares. Para esta doctrina, la voluntad es la ley de sí misma y, por ende, la fuente primaria de derecho.

Posteriormente, con el surgimiento de las teorías de la declaración, de la responsabilidad y de la confianza, que, sin desconocer el rol de la voluntad en la formación del acto jurídico, la privaron de su carácter determinante, para tomar en consideración que el acto jurídico podía ser válido aun cuando no represente la voluntad del otorgante, como sucede, por ejemplo, cuando el acto jurídico se forma con las declaraciones coincidentes de las partes, pese a que estas declaraciones no representen sus respectivas voluntades. Ante esta situación, se pensó que la autonomía debía recaer en el sujeto, en la persona, por ser este el protagonista de las relaciones jurídicas.

La voluntad jamás puede ser autónoma, porque la autonomía en cuanto capacidad de decidir por sí mismo, pertenece a la persona, siendo natural a ella. Por lo mencionado, es más apropiada la expresión “autonomía privada”, descartando cualquier sinonimia con aquella expresión de “autonomía de la voluntad”. (Leyva Saavedra, 2012)

De esta manera, la autonomía privada admite dos vertientes, la primera recae sobre la libertad de los individuos, aquellos que se encuentran legitimados para decidir cómo emplear y disponer sus propios bienes; la segunda pretende dejar a los privados para que dispongan de sus bienes como mejor les parezca, porque así se obtendrá una ventaja representada en términos económicos, logrando dinamizar la economía del país, de ahí la importancia que tiene el Estado materializada en la tutela jurisdiccional efectiva en caso de conflictos.

El derecho de libertad a contratar siguiendo al principio de la autonomía privada debe guardar coherencia con los demás derechos constitucionales, así la libertad de contrato está limitada por los derechos de los demás. El Tribunal Constitucional, en un caso en el que el contrato afectaba otros derechos constitucionales, estableció que se había producido un abuso del derecho de libre contratación y que ello era imposible de aceptarse por el rechazo que el artículo 103° de la Constitución hace del abuso del derecho y porque los derechos fundamentales son un conjunto de valores objetivos que regulan íntegramente al sistema jurídico. (Rubio Correa, Eguiguren Praeli, & Bernalles Ballesteros, 2017)

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0858-2003-AA/TC:

La respuesta de un Tribunal comprometido con la defensa de los derechos fundamentales no puede ser otra que afirmar que los derechos también vinculan a los privados, de modo que, en las relaciones que entre ellos se puedan establecer, estos están en el deber de no desconocerlos. Por cierto, no se trata de una afirmación voluntarista de este Tribunal, sino de una exigencia que se deriva de la propia Norma Suprema, en cuyo artículo 103 enfáticamente ha señalado que constitucionalmente es inadmisibles el abuso del derecho. Los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un

lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen, el orden material de los valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano.

Ahora bien, surge la interrogante ¿Por qué contratan las personas? Diremos que las personas contratan porque quieren y porque tienen una necesidad o un interés que desean satisfacer o alcanzar, y contratar no sería posible si no tuvieran la libertad para hacer, reconocida en las normas legales. Por tanto, las personas contratan y se vinculan jurídicamente porque tienen la libertad y el poder jurídico para hacerlo. Este poder jurídico se conoce como el principio de la autonomía privada y ha sido delegado a los particulares.

La autonomía privada, también conocida como autonomía de la voluntad, autonomía contractual o libertad de contratación, es el poder jurídico o facultad que tienen todas las personas para decidir si contratan o no, para elegir a su contraparte y para determinar libremente el contenido de sus contratos, incorporando las cláusulas y condiciones que mejor convengan a sus intereses, tengan estos un carácter patrimonial o no. Así, por ejemplo, si una persona compra un camión para transportar su mercadería, es evidente que existe en esa compraventa un interés patrimonial; pero también puede adquirir un perfume por el simple hecho de satisfacer su vanidad. (Soto Coaguila & Vattier Fuenzalida, 2011)

En resumen, la autonomía privada es la libertad que tienen las personas para contratar y la libertad para pactar y establecer las condiciones en sus contratos. En ese sentido, las manifestaciones de la autonomía privada se dividen en dos

clases de libertades en la libertad de contratar, esto es la posibilidad de decidir si se contrata o no y con quién; y la libertad contractual, entendida como la libertad de fijar y regular el contenido del contrato.

2.3.3.1. Libertad de contratar

Esta libertad está concebida como un derecho fundamental de toda persona. Así lo reconoce el artículo 2º, inciso 14) de la Constitución Política de 1993, al disponer que “toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos siempre que no se contravengan leyes de orden público”. Por tanto, no es una obligación contratar, nadie está obligado a celebrar contratos, salvo los contratos forzosos o contratos por adhesión²⁷.

Toda persona tiene derecho a contratar libremente, para celebrar un contrato justo, porque se entiende que ninguna persona contrataría para perjudicarse. Actualmente, existen numerosos contratos, principalmente los estandarizados que no siempre son justos, ya que una de las partes resulta perjudicada debido al desequilibrio contractual entre las prestaciones, bien porque no leyó los términos del contrato o porque conociéndolos se encontraba en la necesidad de contar con el bien o servicio. (Soto Coaguila & Vattier Fuenzalida, 2011)

²⁷ De acuerdo con el artículo 1390 del Código Civil, el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar. En ese sentido, el desarrollo de la economía y de la sociedad capitalista lleva consigo los fenómenos de la masificación y de la estandarización. Esto implica la estandarización de los bienes y servicios ofrecidos por las empresas en el mercado, la cual a su vez determina la estandarización de los correspondientes contratos: para la venta de sus bienes y la erogación de sus servicios, cada empresa utiliza un contrato estándar que es uniformemente aplicado en las relaciones con todos sus clientes. En Roppo, Vincenzo (2009). *El Contrato*. Lima: Gaceta Jurídica, pág. 63.

Por otro lado, la libertad de contratar no solo permite a las personas decidir si contratan o no, sino que también los faculta para elegir a su contraparte, elegir a la persona con quien desean vincularse jurídicamente. Resumiendo, este tipo de libertad, podríamos decir que una persona contrata porque quiere, con quien quiere y cuando quiere.

La sentencia del Tribunal Constitucional desarrolla en el Expediente N° 2158-2002-AA/TC en el fundamento jurídico número dos refiere que: todo contrato es un acto bilateral que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes. En consecuencia, uno de los elementos esenciales del contrato es la voluntad. Agrega, que este elemento se encuentra sustentado en el principio de autonomía de la voluntad, el cual tiene un doble contenido: a) la libertad de contratar o libertad de conclusión, consagrada en los artículos 2°, inciso 14), y 62° de la Constitución Política, y que viene a ser la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y, b) la libertad contractual o libertad de configuración interna, que es la facultad de determinar el contenido mismo del contrato.

La libertad de contratar permite a las partes decidir con quién y cuándo contratar, o de concluir o no el contrato. Se contrata porque se quiere y se hace con la persona que se quiere, sin interferencias de parte del legislador, de los jueces o de las autoridades administrativas. Esta libertad se acciona en dos sentidos: una, de elección de la persona de contratar, y otra, de elección de contratar o no con la persona elegida. Además, se limita esta libertad cuando la ley prevé ciertas obligaciones de contratar. (Leyva Saavedra, 2012)

En materia contractual la autonomía privada se expresa en libertad de contratación. Gutiérrez Camacho (2003) afirma que:

La libertad para contratar consiste en la facultad que reconoce el ordenamiento legal a los particulares para autorregular sus relaciones jurídico-económicas con los demás. De esta manera, el derecho otorga a los particulares el poder de crear la norma que regulará sus relaciones económicas, sus negocios y de las personas con quienes se vinculará. La libertad de contratar es la posibilidad de que los particulares decidan libremente sobre su patrimonio, determinando con la misma libertad el contenido de sus convenios y sin mayor peligro de la intervención del Estado. En esta línea, lo querido por las partes debe ser respetado por todos, incluido el Estado, siempre que tal acuerdo no colisione con la ley. De esta manera, en principio, un juez no puede declarar nulo o ineficaz un contrato por considerarlo injusto. El contrato, lo mismo que cualquier otro acto jurídico, no necesita cumplir más requisitos que los exigidos por el ordenamiento. (pág.37)

A modo de conclusión, podríamos decir que la libertad de contratar consiste en la facultad que tiene toda persona de celebrar o no un contrato, y si finalmente decide contratar, determinar con quien contrata.

2.3.3.2. Libertad contractual

Mediante la libertad contractual las personas que han decidido contratar, acuerdan los términos y condiciones del negocio jurídico, es decir, elaboran el contenido del contrato. Por lo tanto, sobre la base de esta libertad los contratantes determinan el esquema contractual, las condiciones y cláusulas que regularán la relación jurídica obligatoria que se creará con la celebración del contrato. Esta libertad también faculta a los contratantes a incluir el plazo, determinado o determinable, cuando celebren un contrato de larga duración. (Soto Coaguila & Vattier Fuenzalida, 2011)

La libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, se encuentra garantizada por la Constitución Política en su artículo 62°, aunque el legislador utilizó el término “libertar de contratar²⁸”, pero de la lectura se advierte que el texto constitucional se refiere a la “libertad contractual”, referida a la posibilidad de decidir si se contrata o no, de elegir con quien hacerlo, determinar cómo y cuándo se contratará.

Lo importante a destacar en el artículo 62° de la Constitución, es la garantía a los contratantes para que pacten los términos y condiciones más convenientes a sus intereses y que dichos términos y condiciones sean intangibles, porque no podrán modificarse por leyes o disposiciones de cualquier clase. En adición, el Código Civil también reconoce la importancia de la libertad contractual en su artículo 1354° al prescribir que las partes contratantes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Así, mediante la libertad contractual, los contratantes tienen el poder jurídico para dictar las normas privadas que regularán sus conductas en el contrato. A manera de ejemplo podríamos detallar algunos aspectos que se pueden incluir en sus contratos, como las condiciones que regularán el vínculo contractual, las garantías para el cumplimiento de las obligaciones, las penalidades en caso de incumplimiento, las causales de resolución extrajudicial del contrato, el plazo del

²⁸ “Art. 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley (...).”

contrato, la forma de resolver los conflictos que se puedan presentar en la interpretación del contrato, y otros términos propios del contrato a celebrarse. (Gutiérrez Camacho, 2003)

Las partes contratantes tienen la libertad de determinar el contenido del contrato, podrán elegir el tipo contractual, decidir si celebran un contrato regulado por ley (contrato típico) o un contrato que se regirá por la autonomía privada ya que no existe regulación legal para el contrato que desean celebrar (contrato atípico).

En ese sentido, la legislación civil peruana incorpora en el artículo 1356° el principio de supletoriedad de las normas legales de la teoría del contrato, prescribiendo entre otras cosas que las disposiciones de la ley en materia contractual son supletorias a la voluntad de las partes, salvo que se trate de normas imperativas, en cuyo caso éstas se sobrepondrán a los pactos de los contratantes.

A modo de conclusión, podríamos decir que la libertad contractual es la libertad de las partes de determinar libremente el contenido de los contratos, mientras que la libertad de contratar es la libertad de las partes para contratar o no contratar. Tanto la libertad contractual como la libertad de contratar se encuentran subordinadas al interés público y al ordenamiento jurídico.

2.4. DERECHO DE RETRACTO

2.4.1. Orígenes y derecho comparado

La ausencia de normas romanas sobre el retracto no constituye argumento suficiente para situar el nacimiento de la figura en el Derecho germánico, su

práctica representó una realidad en la Edad Media. Al respecto, De los Mozos (1991) menciona que: “en el bajo Imperio romano hallamos un testimonio de su existencia, como una especie de retracto gentilicio y de comuneros, teniendo vinculación medieval de la propiedad inmueble, haciendo referencia a la propiedad colectiva rural”. (Fernández Arroyo, 1992)

En el derecho germánico, esta institución surge como consecuencia de la transformación de la propiedad colectiva en individual, por ello su punto de partida se sitúa en el derecho de los propincuos, llamado de esa forma por otorgarse a la persona más próxima o allegada a la cosa enajenada. Planitz (1957) refiere que “representa las últimas ramificaciones de la antigua propiedad colectiva sobre la tierra y el suelo, ya que, al transformarse en individual, a los antiguos copropietarios se les otorgó derechos que les permitiera reclamar y rescatar la cosa en caso de enajenación a un tercero”. (Fernández Arroyo, 1992)

Pero el verdadero desenvolvimiento de la institución se produce en el derecho intermedio, donde se aprecia el retracto gentilicio, cuya introducción se justifica en las tendencias favorables a la concentración de la propiedad en el núcleo familiar, en cuanto principal fuente de riqueza en la Edad Media, con el objeto de darle un destino mortis causa; motivo por el cual el retracto se convirtió en un instrumento de paralización de los actos de disposición inter vivos, impidiendo el desenvolvimiento de la propiedad. Esta institución se consideró como trabas medievales que entorpecen la libre circulación del tráfico jurídico²⁹, se ve en las

²⁹ Como ha señalado Ourliac y Malafosse: *Droit romain et ancien droit. Les biens*, tome II, París, 1961, pág. 416; la condena de los retractos se produce de forma enérgica porque se entiende que conculcan los derechos del individuo, razón por la cual serán enjuiciados como residuos del viejo sistema que atentan contra los valores surgidos de la revolución, cuales son la estabilidad de las convenciones y la libre circulación de los bienes. Otro motivo residía en la circunstancia

codificaciones alemana, francesa e italiana. (Fernández Arroyo, 1992)

Ahora bien, mientras la legislación alemana derogó todos los retractos dando prevalencia a la libertad contractual, la legislación francesa y la legislación italiana acogieron la figura para representar una institución anacrónica, en cuanto expresión de privilegios de ciertos titulares para ejercerlo.

Mientras el legislador francés disciplinó el retracto adoptando la tipología acostumbrada de derecho ejercitable solo con posterioridad a la transmisión del bien a un tercero, atendiendo a las relaciones que median con el adquirente, en el Derecho alemán los derechos de adquisición preferente se configuran en forma de tanteo, como acontece con el de los coherederos³⁰. Además, la vigencia del sistema *numerus clausus* en orden a la admisión de los derechos reales constituye un obstáculo para la configuración del derecho real de retracto, cuyos efectos *erga omnes* solo se pueden derivar de la anotación preventiva de un derecho personal de esta índole. (Fernández Arroyo, 1992)

En distinta configuración responden las preferencias adquisitivas en el Derecho italiano moderno, pues, los codificadores de 1942 han implantado el modelo de la preferencia adquisitiva que se desenvuelve en las relaciones con el enajenante y solo en presencia de una enajenación consumada puede el retrayente rescatar

de que su práctica suscitaba interminables contiendas judiciales al erigirse en permanente instrumento al servicio del fraude y de la simulación.

³⁰ Este es el único tanteo legalmente reconocido en el BGB, en § 2034, que copiado a letra dice: Si un coheredero vende su cuota a un extraño los restantes coherederos están autorizados al tanteo. El plazo de ejercicio del derecho de tanteo es de dos meses. El derecho de tanteo es heredable.

el bien del adquirente. Casarotto (1988) afirma que “las figuras retractuales precedidas de un derecho de tanteo, con la finalidad de hacer menos gravoso el vínculo sobre el bien al permitir la adquisición en un momento anterior a la conclusión de un contrato entre el sujeto obligado y el tercero. Por esta vía, el tanteo antepuesto al retracto, comenzó a expandirse como consecuencia de los tipos creados en el marco de la legislación especial”. (Fernández Arroyo, 1992)

Es evidente que el retracto es una institución de carácter privado, pero con repercusión en la esfera pública, que protege a la propiedad y su disposición. Se puede definir como un derecho real de adquisición preferente que permite a un sujeto subrogarse, con las mismas condiciones contractuales, en un contrato de compraventa sobre un determinado bien.

La Real Academia Española lo define como: “Derecho que compete a ciertas personas para quedarse, por el tanto de su precio, con la cosa vendida a otro³¹.”

Haremos referencia al Código Civil español, que considera al retracto como una de las causas de resolución de venta y en su artículo 1506° refiere textualmente: “La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones y, además, por las expresadas en los capítulos anteriores, y por retracto convencional o por el legal”.

En la legislación española, podemos distinguir dos tipos de derecho de retracto, el convencional regulado en los artículos del 1507° al 1520° del Código Civil, y

³¹ Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23° ed.). Consultado en <http://www.dle.rae.es/retracto?m=form>.

el legal regulado en los artículos del 1521° al 1525° del Código Civil. De esta manera, el derecho de retracto convencional³² es aquel en el que el propio vendedor de una cosa, se reserva el derecho de recuperarla dentro de un plazo establecido a cambio del precio que recibió por ella, en otras palabras, se le permite al vendedor arrepentirse y recuperar la cosa que había vendido.

Así, en el derecho de retracto convencional intervienen dos sujetos, comprador y vendedor, que intercambiarán sus roles en el caso de llegar a ejercitarse el derecho de retracto. Este derecho tendrá una duración determinada, la misma que se establece en el artículo 1508°, el derecho de retracto durará, a falta de pacto expreso, cuatro años contados desde el inicio del contrato. En caso de estipulación, el plazo no podrá exceder los diez años.

Además, para hacer efectivo el retracto, el vendedor necesariamente tendrá que cumplir con lo previsto en el artículo 1518°, el mismo refiere que el vendedor no podrá hacer uso del derecho sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y adicionalmente, los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, y los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida.

Y el derecho de retracto legal, se refiere al derecho de ocupar el puesto de aquel que realizó una compra o dación en pago, el retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago³³. En el derecho de retracto

³² El artículo 1507 del Código Civil español refiere que tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1518 y lo demás que hubiese pactado.

³³ Artículo 1521 del Código Civil español.

legal intervienen tres sujetos, el comprador y el vendedor, además de un tercero que ostenta el derecho de adquisición preferente. Debiéndose respetar los plazos para ejercitar el retracto legal que están establecidos en la legislación española³⁴; así entonces, no podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días, contados desde la inscripción en el registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido pleno conocimiento de la venta.

Debe dejarse en claro el momento del ejercicio del derecho tras la enajenación de un bien, debido a que en la doctrina española pueden confundirse el derecho de retracto y el derecho de tanteo³⁵, este último se define como la facultad de una persona de adquirir de forma preferente una cosa que otra persona va a enajenar, por el mismo precio que un tercero estaría dispuesto a pagar por ella.

2.4.2. El derecho de retracto en la legislación civil peruana

De manera introductoria podemos adentrarnos a la regulación del derecho de retracto en el Código Civil peruano, haciendo mención a los derechos de los copropietarios; de esta manera, se regulan los derechos de uso del bien común (artículos 974° y 975°), de disfrute (artículo 976°), de disposición de la cuota ideal (artículo 977°), a reivindicar y defender el bien común (artículo 979°), de preferencia (artículo 989°) y de retracto (artículo 1599°, inciso 2).

Una forma de consolidar la propiedad de un bien sujeto a copropiedad se presenta cuando uno de los copropietarios desea vender su cuota a un tercero.

³⁴ Artículo 1524 del Código Civil español.

³⁵ El Código Civil español no tiene una regulación específica del derecho de tanteo. La diferencia entre el derecho de tanteo y retracto consiste en que el tanteo se tiene que ejercer en la fase pre adquisitiva, es decir, antes que se produzca la enajenación. Recuperado de <http://www.iberley.es/temas/concepto-derechos-tanteo-retracto-60308>.

En la copropiedad cualquiera de los copropietarios puede vender su cuota sin necesidad de contar con la autorización de los demás. Sin embargo, luego de vendida la cuota, los demás copropietarios tienen lo que se denomina como “derecho de retracto”. El que hace uso de este derecho, a quien se denomina retrayente, se sustituye en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. Este derecho que supone una preferencia del copropietario para adquirir la cuota, aunque el código civil no la regule, se ejerce pagando al comprador el precio que este a su vez pagó a quien vendió la cuota. (Avendaño V. & Avendaño A., 2017)

El derecho de retracto se hace valer mediante un proceso judicial en el que el demandante es el copropietario-retrayente y los demandados el copropietario-vendedor, y el comprador. Debe interponerse dentro del plazo de treinta días de conocida la transferencia. El proceso está regulado en los artículos 495° a 503° del Código Procesal Civil.

Detallamos un aviso en el diario oficial El Peruano, para que los retrayentes tomen conocimiento, y a su vez puedan ejercer el derecho de retracto:

De conformidad con lo establecido en los artículos 1596° y 1599° del Código Civil peruano, hacemos de conocimiento de la señora, Flor de María Zavaleta Risco identificada con D.N.I. 10006926, Teresa Edith Juana Zavaleta Risco de Ibáñez identificada con D.N.I. 02859791, Sofía Isabel Zavaleta Risco de Bazán identificada con D.N.I. 16430520, Luis Fernando Zavaleta Risco identificado con D.N.I. 16430523, que en nuestra condición de herederos integrantes de la sucesión intestada de don Manuel Jesús Zavaleta Zavaleta, y consecuentemente Copropietarios del inmueble ubicado en la Mz. 1, Lote 5 de la Urbanización Leonardo Ortiz, Distrito de Chiclayo, Provincia de Chiclayo, Departamento de Lambayeque, cuyo dominio, área, linderos, medidas perimétricas y demás derechos del referido inmueble corren inscritos en la Partida N° 02189578 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II – Sede Chiclayo; hacemos de conocimiento público que con fecha 19 de

enero 2018, hemos procedido a suscribir ante la Notaría pública del Dr. Segundo Alfredo Santa Cruz Vera, el contrato de compra venta de acciones y derechos sobre el bien inmueble a favor de la Sociedad INVERSIONES NUMERA S.A.C., identificada con R.U.C. 20510220847, mediante el cual hemos transferido el integro de acciones y derechos que nos corresponde en nuestra condición de co-propietarios. La referida compra venta corre inscrita en el Asiento C00002 de la Partida N° 02189578 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II – Sede Chiclayo. La presente comunicación se realiza a efectos de que, dentro del plazo de treinta días, computados desde el día siguiente de efectuado la última publicación del presente aviso, puedan ustedes ejercer su derecho de retracto en caso lo estimen conveniente³⁶.

El derecho de retracto está contemplado en los artículos 1592° y siguientes del Código Civil. Según el artículo 1592°, el derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. De esta manera, el contrato de compraventa que da origen al retracto queda intacto, el retracto no anula, rescinde ni resuelve el contrato que lo origina. El retrayente solamente subroga o reemplaza al comprador, en su condición de titular adquirente.

El retracto es un derecho que nace de la ley y no del contrato. La ley establece quienes tienen derecho de retracto y pueden ejercerlo. No puede pactarse que determinada persona tenga derecho de retracto, si no está contemplado en la ley. En ese sentido, el derecho de retracto es irrenunciable (artículo 1595°) y también procede en la dación en pago (artículo 1593°). A diferencia del derecho de adquisición preferente, el retracto es sobre la cuota y se ejercita luego de su venta. De manera se expresa se menciona que no procede en las ventas hechas por remate público (artículo 1592°).

³⁶ Publicación del diario oficial “El Peruano”, firmado digitalmente por: EDITORA PERÚ, fecha: 13/03/2018, 00:16:51.

Para brindar los alcances de esta institución jurídica, debemos analizar cada párrafo del artículo 1592° del Código Civil: “El derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. El retrayente debe reembolsar al adquirente el precio, los tributos y gastos pagados por este y, en su caso, los intereses pactados. Es improcedente el retracto en las ventas hechas por remate público”.

El origen de esta institución jurídica es eminentemente legal, es un derecho que nace de la ley, en el presente caso por mandato del Código Civil, a favor de determinados sujetos³⁷ que podrán ejercerlo. Este derecho plantea la posibilidad de subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. Adicionalmente, en caso de conflicto de intereses, el Código Civil, establece el orden de prelación de los retrayentes³⁸.

Se diferencia de otros tipos de derechos similares como el derecho de tanteo (derecho de adquisición preferente) o los derechos de opción, en los que el origen es convencional y pueden ser atribuidos a cualquier parte en una relación contractual, sin que exista la necesidad de que el mismo ostente alguna calidad

³⁷ Artículo 1599.- Tienen derecho de retracto:

- 1.- (Derogado).
- 2.- El copropietario, en la venta a tercero de las posiciones indivisas.
- 3.- El litigante, en caso de venta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente.
- 4.- El propietario, en la venta del usufructo y a la inversa.
- 5.- El propietario del suelo y el superficiario, en la venta de sus respectivos derechos.
- 6.- Los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no puedan ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor.
- 7.- El propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquella y esta reunidas no excedan dicha unidad.

³⁸ Artículo 1600.- Si hay diversidad en los títulos de dos o más que tengan derecho de retracto, el orden de preferencia será el indicado en el artículo 1599.

jurídica específica, tales como ser copropietario, titular de superficie, entre otros.
(Navarrete Pérez, 2018)

Tal como refiere el artículo 1592° del Código Civil peruano, mediante el derecho de retracto el titular puede subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. El derecho de retracto es un derecho potestativo, ya que a través de este se puede modificar la esfera jurídica de otro sujeto, en este caso el adquirente, reemplazándolo en su posición contractual; por tanto, en todas las estipulaciones del contrato original. Sin embargo, para que se pueda ejercer se deben cumplir un conjunto de condiciones detalladas en el artículo 1592°, debiéndose reembolsar al adquirente el precio, los tributos, gastos, e intereses pactados; y tramitar su ejercicio a través del Poder Judicial³⁹.

Sobre el trámite del ejercicio judicial del derecho de retracto, Vásquez (2014) refiere que este derecho es unilateral:

Si bien depende inicialmente de su manifestación de voluntad para su ejercicio del sujeto que detenta el derecho, este requiere encausarse a través de un órgano jurisdiccional para conseguir finalmente la alteración jurídica que pretende la asunción de la posición del comprador en un contrato en cuya formación no intervino, adquiriendo así todos los derechos y obligaciones derivados del mismo, incluida la propiedad sobre el bien que es el referente objetivo de la relación contractual. (Navarrete Pérez, 2018)

³⁹ En lo que respecta al pago del precio y los gastos derivados de la compraventa, el artículo 495 del Código Procesal Civil establece que "Además, de cumplir con los artículos 424 y 425, la demanda debe estar anexada con el certificado de depósito en dinero del equivalente de la prestación recibida por el enajenante, los tributos y gastos pagados por el adquirente y, en su caso, los intereses debidos por este y que se hubieran devengado".

De lo mencionado anteriormente, podemos agregar que el derecho de retracto no limita el derecho de disposición del enajenante sino el derecho de propiedad de quien lo adquiere por compraventa. Si bien es cierto, el propietario ejerce libremente su legítimo derecho de transferir su propiedad a un tercero que adquiere en calidad de comprador. Una vez que se adquiere la propiedad del bien por el comprador, este derecho se ve afectado por el ejercicio del derecho de retracto por parte del retrayente, cuyo efecto es la subrogación del comprador por el retrayente. (Bigio Chrem, 1990)

Continuando con el desarrollo legislativo de esa institución jurídica, debemos indicar que hay determinados bienes que serán objeto de este derecho, según lo establecido en el artículo 1594° del Código Civil, el derecho de retracto procede respecto de bienes muebles inscritos y bienes inmuebles. Dicha disposición excluye a los bienes muebles no inscritos del ejercicio del derecho de retracto. Además, la inscripción de los bienes muebles está supeditada a que los bienes estén inscritos en el registro jurídico de bienes que corresponda.

De esta manera, el retracto se consolida como un derecho con carácter irrenunciable, lo descrito en el artículo 1595° del Código Civil⁴⁰ es claro y no cabe la posibilidad de transferir este derecho a terceros que no ostenten dicha condición definida por ley, o la posibilidad de renunciar a este derecho.

Teniendo en cuenta que el derecho de retracto es brindado a determinadas personas legitimadas por ley, a quienes el ordenamiento jurídico ha encontrado

⁴⁰ Artículo 1595.- Es irrenunciable e intrasmisible por acto entre vivos el derecho de retracto.

una justificación necesaria para el otorgamiento de dichas prerrogativas. Así, la venta realizada a favor del tercero no tendría riesgo de que no se materialice en la forma acordada por las partes debido a que a través del ejercicio del derecho de retracto el retrayente termine ocupando la posición originalmente acordada por el adquirente. (Navarrete Pérez, 2018)

Podemos abordar esta institución jurídica en la legislación civil resaltando los puntos recurrentes que hemos mencionado anteriormente; de este modo, el derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas, el retrayente tiene la potestad de subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. Adicionalmente, se establece que el retrayente necesariamente tendrá que reembolsar al adquirente el precio, los tributos y los gastos pagados por éste, y los intereses pactados a los que hubiera lugar. Finalmente, se dispone que resulta improcedente el retracto en ventas hechas por remate público.

Consideramos importante mencionar la derogación parcial de este derecho, en ese sentido, el Decreto Legislativo N° 709 “Ley de promoción de la inversión privada en predios para arrendamiento” y el Decreto Legislativo N° 757 “Ley marco para el crecimiento de la inversión privada” derogan de manera expresa el retracto en favor del inquilino, reconocido en el inciso 1) del artículo 1599 del Código Civil, disposición que permitía a los inquilinos subrogarse en el lugar de los compradores de los inmuebles que estaban poseyendo, mediante la aplicación de la figura legal del retracto⁴¹.

⁴¹ Cuando estaba vigente el retracto en favor del arrendatario, podemos ejemplificar dicha situación de la siguiente manera: Si A (propietario) vende a C (comprador) el inmueble que esta arrendado por B, entonces B tiene el derecho a demandar que se le considere a él como legítimo comprador, como si C nunca hubiera intervenido en el contrato. Del ejemplo, parecería que la

El ejercicio de este derecho es controversial, Cantuarias Salaverry (1991) propone que el derecho de retracto sea derogado:

El interés social violenta flagrantemente las necesidades de una sociedad moderna, genera graves costos de transacción y perjudica a los vendedores, compradores, y terceros en general, solo para beneficiar a un sujeto que está en perfecta capacidad de adquirir su derecho libremente en el mercado; por lo que consideramos que estas razones son suficientes para recomendar la derogación del derecho de retracto de la legislación civil. (pág. 68)

Todas las razones a las que hace referencia el legislador en los artículos contenidos en el Código Civil, pretenden justificar el reconocimiento legal de determinadas personas. Sin embargo, no se hace referencia a cómo el ejercicio del derecho de retracto afecta el derecho de propiedad de un legítimo adquirente, o el libre intercambio de bienes, porque el legislador considera que el ejercicio de esta institución jurídica sería social y económicamente aceptado.

El fundamento de su regulación legal, siguiendo los lineamientos de la Comisión Revisora del Código Civil peruano, Bigio Chrem (1990) afirma que:

El legislador ha considerado conveniente mantener la institución jurídica tomando en consideración que en todas sus formas responde a intereses que se desean proteger; y agrega que tal razón explica por qué el legislador sacrifica el principio de la autonomía de la voluntad, al permitir que un tercero ajeno a las partes pueda deliberadamente adquirir un bien contra la voluntad de ellas. (pág. 5)

La doctrina nacional, sitúa al derecho de retracto como un derecho de carácter personal, teniendo en cuenta que el mismo se regula como un capítulo de la compraventa, debido a que este contrato es el que generalmente da origen al

figura del retracto es muy simple, atractiva y carente de complicaciones. Sin embargo, el legislador ha decidido derogarla en parte al desconocer el derecho del arrendatario o inquilino. Citado por Fernando Cantuarias Salaverry. Retracto: Réquiem de un Derecho "Económico y Social". En: Thémis N° 24 Lima: Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, p. 61 y ss.

retracto. En ese sentido, la compraventa es un contrato consensual que crea obligaciones, la del vendedor de transferir la propiedad de un bien y la del comprador de pagar su precio en dinero, y no tiene efectos reales. En estas condiciones, la persona legitimada que goza del derecho de retracto reemplaza, por subrogación, el lugar del comprador, asumiendo los derechos y obligaciones propios del comprador, que se le transfiera la propiedad del bien y de pagar su precio en dinero. En consecuencia, el ejercicio del derecho de retracto da lugar a que el retrayente asuma la relación obligacional que lo vincula al vendedor, por lo que puede afirmarse que el retracto no tiene carácter real, sino sólo personal. (Castillo Freyre, 2008)

El retracto consiste en la facultad otorgada ciertas personas que se encuentran determinadas por ley, quienes podrán ejercer la subrogación con la finalidad de evitar la transferencia de un bien, con las mismas condiciones pactadas inicialmente entre las partes de un contrato de compraventa.

Respecto de la denominación de este derecho, Bigio Chrem (1990) relata que:

La Comisión Revisora del Código Civil aprobó por mayoría la denominación del derecho de retracto, sosteniendo que si bien el vocablo retracto, desde un punto de vista semántico, podía ser equivoco (ya que retraer es volver a traer), resultaba más acorde con la tradición legislativa y porque así es conocida en nuestra doctrina y jurisprudencia. Además, no se consideró conveniente denominar de la misma manera tres figuras totalmente diferentes, reguladas en el Código Civil; la sustitución del poder (artículo 157°), la sustitución en la herencia (artículo 740°) y el derecho de retracto, que se proponía designar como derecho de sustitución (artículo 1592°). (pág. 5)

De esta manera, la ley le confiere la facultad a que una determinada persona, el retrayente, para que en su favor opere la subrogación consistente en desplazar

al comprador y colocarse aquel retrayente en su lugar, sobreviniendo así una especie de novación impuesta sobre la persona del comprador; facultad que se origina desde que se verifica la venta, materializándose cuando el retrayente interpone su demanda; así el ejercicio del retracto depende de la voluntad del retrayente. (León Barandiarán, 1965)

Ahora bien, en mérito de lo establecido por el artículo 1592° del Código Civil peruano de 1984, el derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. De la definición anotada podemos deducir que el Código Civil peruano ha tomado partido por una de las posiciones⁴² que la doctrina de nuestra tradición jurídica sostiene sobre el retracto. (Castillo Freyre, 2008)

En el artículo que inicia el desarrollo legislativo del derecho que estamos analizando, se menciona que el retrayente tiene el derecho de subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa; por tanto, continúa vigente la relación jurídica obligatoria creada por el contrato, que se encuentra regulada por las estipulaciones del contrato en mención; produciéndose así, una subrogación sui generis, con efectos similares a los de una cesión de posición contractual, pero que tiene su origen en la ley y no en la voluntad de las partes, aun cuando opera por la voluntad del retrayente. (De la

⁴² Según expresa Manuel de la Puente y Lavalle, existen dos posiciones respecto a la naturaleza jurídica del derecho de retracto. Según la primera posición, el retracto es el derecho que compete a alguien para adquirir para sí el bien comprado por otro, rescindiéndose el contrato celebrado. De acuerdo con la segunda posición, el retracto debe ser considerado como un derecho de subrogación en virtud del cual el comprador es sustituido por un tercero, ajeno al contrato de compraventa, quedando subsistente este contrato. Citado por REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil: Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI, Lima: Okura Editores, 1985, pág. 239.

Puente y Lavalle, 1998)

A modo de conclusión, podemos detallar las principales características y efectos del retracto en el Código Civil peruano de 1984, al respecto Arias-Schreiber Pezet (1988) refiere que:

Primero, su condicionamiento legal, respondiendo a estímulos de orden público y sin que pueda ser interpretado extensivamente, en la medida que constituye un recorte a los principios generales de la autonomía de la voluntad y de la estabilidad contractual. Segundo, su función subrogatoria, por la cual el retrayente se sustituye al comprador y ocupa su lugar sin necesidad de ir a un nuevo contrato de compraventa. Finalmente, las severas limitaciones que le ha impuesto el legislador como respuesta a su naturaleza excepcional y a los perjuicios que representa para la libre contratación, siendo estas limitaciones la reducida área de acción contractual, un breve plazo de ejercicio y su carácter personalísimo. (pág. 132)

En relación al plazo para ejercitar el derecho de retracto, el artículo 1596° del Código Civil refiere que:

“El derecho de retracto debe ejercerse dentro de un plazo de treinta días contados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de este derecho. Cuando el domicilio no sea conocido ni conocible, puede hacerse la comunicación mediante publicación en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de mayor circulación de la localidad, por tres veces con intervalo de cinco días entre cada aviso. En este caso, el plazo se cuenta desde el día siguiente al de la última publicación⁴³”.

La modificación que introduce el Decreto Legislativo N° 768 tiene la ventaja de que no se deja a la elección del comprador la comunicación de fecha cierta o el

⁴³ Artículo modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993. La misma que recoge las modificaciones hechas anteriormente a este artículo por la Primera Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo N° 768, publicado el 4 de marzo de 1992 y la del Artículo 5° del Decreto Ley N° 25940, publicado el 11 de diciembre de 1992. Texto anterior a la modificación: “Artículo 1596°. - El derecho de retracto debe ejercitarse en el plazo de treinta días contados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de este derecho o del aviso inserto en el diario encargado de la publicación de avisos judiciales del lugar de situación de los bienes, salvo disposición distinta de las leyes especiales”.

aviso en el periódico, sino que se establece la comunicación de fecha cierta y sólo si el domicilio de la persona que goza del derecho de retracto no es conocido ni conocible por el comprador, procederá la publicación en los periódicos.

Luego de la lectura del artículo 1597° del Código Civil, se habla del conocimiento de la transferencia⁴⁴, se entiende que cuando nos referimos al derecho de retracto ello no implica la celebración de un segundo contrato de compraventa o una nueva transferencia de propiedad, sino ante la sustitución del retrayente en la posición del adquirente original. Siguiendo el mismo criterio el Tribunal Registral se pronuncia expresando:

Aplicando el criterio de tracto sucesivo en el retracto, debemos tener en cuenta su naturaleza subrogatoria, porque en un contrato de compraventa, este no se rescinde, se resuelve, ni se anula y tampoco se produce una nueva venta del comprador al retrayente. Una vez declarada fundada la demanda el contrato permanece igual, lo único que sucede es que el retrayente, sustituye al comprador por subrogación, en todas las estipulaciones del contrato. Por ministerio de la ley se opera un cambio en uno de los contrayentes por un tercero se sustituye al retrayente por el comprador⁴⁵.

Respecto a la obligatoriedad del otorgamiento de la garantía en los casos de compraventa a plazos, el artículo 1598° del Código Civil establece que “cuando el precio del bien fue pactado a plazos es obligatorio el otorgamiento de una garantía para el pago del precio pendiente, aunque en el contrato que da lugar al retracto no se hubiera convenido”. En concordancia con lo anterior, el segundo párrafo del artículo 495° del Código Procesal Civil establece que “si en la

⁴⁴ Artículo 1597.- Si el retrayente conoce la transferencia por cualquier medio distinto del indicado en el artículo 1596, el plazo se cuenta a partir de la fecha de tal conocimiento. Para este caso, la presunción contenida en el Artículo 2012 solo es oponible después de un año de inscripción de la transferencia.

⁴⁵ Resolución N° 912-2008-SUNARP-TR-L.

transferencia se pactó plazo para el pago del saldo, el retrayente otorgará garantía suficiente, a criterio del juez, dentro del segundo día”. Dichas normas tienen como finalidad respaldar al vendedor, debido a que el contrato se celebró sobre la solvencia económica del adquirente y producto del retracto el vendedor se encuentra vinculado a un tercero ajeno al contrato.

El Código Civil vigente contempla seis casos de retracto, todos mencionados en el artículo 1599°. En ese sentido, tenemos que el derecho de retracto concedido al propietario, en la venta del usufructo y a la inversa; el del propietario del suelo y del superficiario, en la venta de sus respectivos derechos; el de los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no puedan ejercitar sus derechos sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor; el del propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda la unidad agrícola o ganadera respectiva, o cuando aquella y esta reunidas no excedan de dicha unidad; y el del litigante, en caso de venta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente.

2.4.3. Derecho de retracto en otros actos jurídicos

Empezaremos diferenciando el derecho de retracto y a la cesión de posición contractual, tal y como se detalla en la Exposición de Motivos respecto al artículo 1592° del Código Civil; en ese sentido, “el retracto tiene su origen en la ley y la cesión de posición contractual lo tiene en la voluntad de las partes, aun cuando el retracto opera por impulso personal del retrayente”. (Revoredo de Debakey, 1985, pág. 239)

Al respecto, Bigio Chrem (1990) afirma que “la cesión de posición contractual es un contrato trilateral que requiere el consentimiento del cedente, el cesionario y el cedido, lo cual no ocurre en el retracto” (pág. 6). Además, la cesión de posición contractual procede respecto de toda clase de contratos, lo que no ocurre con el retracto, este solo tiene lugar en la compraventa, la dación en pago, y en determinados casos, en la permuta. En ese orden de ideas, habiendo analizado previamente el retracto en la compraventa; a continuación, haremos mención en que situaciones se puede ejercer el derecho de retracto, teniendo en cuenta otros actos jurídicos.

Debido a que esta institución jurídica restringe la libertad sobre la adquisición de los bienes y la libertad de contratar, delimitados en el literal a) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú y el artículo 1354° del Código Civil, respectivamente. Debiéndose optar por una interpretación restrictiva para el ejercicio del derecho de retracto. En ese sentido, el retracto solo debe operar en la compraventa según lo prescrito en el artículo 1592°, y tal como se señala de manera expresa en el artículo 1593° del Código Civil, en la dación en pago.

Respecto a los contratos de compraventa y dación en pago, no se mencionan en un sentido limitativo, y no solo de ellos procede el retracto, sino que también cuando se trate de una transmisión de dominio cuya naturaleza no impida la subrogación, que es primordial en el derecho que estamos abordando. (Albaladejo García, 1958)

Según lo expresado en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía. Si

bien los artículos 1592° y 1593° no deben ser aplicados por analogía por lo detallado anteriormente, si deberán ser aplicados a la permuta, debido a que el artículo 1603° del Código Civil refiere que dicho contrato se rige por las disposiciones de la compraventa, en lo que le sea aplicable. En el presente caso, no nos encontraríamos ante una aplicación analógica, sino una aplicación directa por remisión.

2.4.3.1. Dación en pago

El artículo 1593° del Código Civil agrega que el derecho de retracto procede en la dación en pago, esto se justifica por lo prescrito en el artículo 1266° del Código establece que si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe el bien en pago, sus relaciones con el deudor se regulan por las reglas de la compraventa⁴⁶.

Debemos tener presente que “el derecho de retracto no siempre se ejerce con ocasión de una venta, en cambio se resuelve invariablemente en una compraventa, puesto que el retrayente paga un precio por la cosa que retrae”. (Lacruz Berdejo, 1984, pág. 431)

En el caso de la dación en pago, cuando un acreedor reciba como pago un bien mueble inscrito o un inmueble, respecto de su obligación, es el retrayente quien deberá pagar el mismo precio y todos los conceptos detallados en el artículo

⁴⁶ Según la Exposición de Motivos del Código Civil, se siguió con la tradición impuesta por el Código Civil de 1936, previéndose así que el retracto procedía tanto respecto de la compraventa cuanto, de la dación en pago, cuando la nueva prestación sea una de dar en propiedad. El referido dispositivo del Código derogado señalaba que “el derecho de retracto no procede sino en los casos de venta o adjudicación en pago”. En BIGIO CHREM, Jack. “Exposición de Motivos Oficial del Código Civil”. Editorial Rodhas, Lima, 1998, pág. 153.

1592° del Código Civil, que representa una compraventa en relación a quien adquiere la propiedad.

Lo planteado por el artículo 1593° es discutible, teniendo en cuenta que a través de este se intenta evitar que las partes burlen el eventual derecho de retracto de un tercero, recurriendo a la figura de dación en pago. Siendo innecesario porque la dación en pago implica el cambio de una obligación por otra. Asimismo, dicha norma es incompleta, “ya que los efectos que se desean evitar podrían lograrlos las partes recurriendo a otros medios extintivos de las obligaciones⁴⁷”. (Castillo Freyre, 2000, pág. 313)

El Código en relación al ejercicio del derecho de retracto en otros actos jurídicos, detalla en las enajenaciones sucesivas, cuando se hayan efectuado dos o más enajenaciones antes de que expire el plazo determinado por ley para ejercitar el retracto, este derecho se refiere a la primera enajenación sólo respecto del precio, tributos, gastos e intereses de la misma. Quedan sin efecto las otras enajenaciones, tal y como se detalla en el artículo 1601° del Código Civil.

En ese orden de ideas, la Exposición de Motivos del referido artículo 1601° menciona que la última parte del mismo, en el cual se detalla que “quedan sin efecto las otras enajenaciones”, tiene por finalidad cubrir la posibilidad de que un adquirente por compraventa, dación en pago, o por permuta de bienes fungibles transfiera posteriormente el mismo bien a un subadquirente, bien sea por

⁴⁷ Como por ejemplo la novación objetiva (uno de los supuestos se representa a través de la dación en pago) o la transacción, parecería que el Artículo 1593 del Código Civil peruano se encuentra redactado de manera incompleta.

compraventa, dación en pago o cualquier otro título (como donación, aporte en sociedad, entre otros contratos), caso en el cual todas las posteriores enajenaciones quedan sin efecto en razón del retracto ejercitado con relación a la primera venta. (De la Puente y Lavalle, 1998)

2.4.3.2. Permuta

El otorgamiento del derecho de retracto es una excepción al principio de la libertad de contratar regulado en el 1354° del Código Civil; por tanto, en aplicación directa del Artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código vigente, los artículos 1592° y 1593° no pueden ser aplicados por analogía. Sin embargo, un caso excepcional se constituye por la permuta, la misma que se rige por las disposiciones de la compraventa⁴⁸.

Para la aplicación de las reglas sobre el derecho de retracto a la permuta, De la Puente y Lavalle (1998) afirma que:

La prestación a cargo del permutante (seudocomprador) sea una de dar bienes fungibles, a fin de que el retrayente esté en aptitud de entregar al permutante (seudocomprador) el equivalente de lo que él a su vez entregó a su contraparte (seudovendedor). Comparten la misma opinión los autores nacionales Bigio y Arias Schreiber quienes contribuyen a la doctrina con sus apuntes plasmados en la Exposición de Motivos del Código Civil, desarrollando el retracto. (pág. 131)

En virtud de lo dispuesto por el artículo 1603° del Código Civil, el retracto en algunos casos también procede en la permuta. Así, se entiende que siendo la compraventa y la permuta contratos que tienen por finalidad transferir la propiedad al adquirente, y habiéndose concedido por ley el retracto para la venta

⁴⁸ De esta manera la definición de la permuta se encuentra en el Art. 1602.- Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de los bienes. Además, las reglas aplicables a la permuta se delimitan según el Art. 1603.- La permuta se rige por las disposiciones sobre compraventa, en lo que le sean aplicables.

y la dación en pago, se admite también en el caso de la permuta en aquellas situaciones en que el retrayente puede transferir en propiedad al permutante o que este entregó a su contraparte en pago por la adquisición del bien retraído. (Bigio Chrem, 1998)

“El retracto también procede en la permuta siempre que el adquirente del bien retraído haya entregado como prestación a su cargo bienes fungibles” (Arias-Schreiber Pezet, 1988, pág. 135). En ese sentido, se admitirá el retracto en la permuta cuando se trate de bienes fungibles y deberá rechazarse cuando no verse sobre dichos bienes.

No existe posibilidad de que a través de la permuta se burlen los derechos de un eventual retrayente, puesto que debe percibirse que el derecho de retracto tiene un carácter excepcionalísimo y está limitado a determinados actos establecidos por la ley. En la medida que en la permuta la parte que se obliga a transferir la propiedad del bien sobre el cual existe una persona que tiene el potencial derecho de retracto, recibirá a cambio un bien cierto como contraprestación, será absolutamente imposible pensar que quien gozaba potencialmente del derecho de retracto pudiese iniciar un proceso judicial en tal sentido, destinado a subrogarse en la posición del comprador, ya que no le resultaría posible cumplir con entregar ese bien cierto, en virtud del principio de identidad en el pago⁴⁹, resultaría contrario a derecho. (Castillo Freyre, 2000)

De lo detallado anteriormente, existen tres contratos en los cuales procede el ejercicio del derecho de retracto, siendo la compraventa, la dación en pago y la

⁴⁹ Obligación de dar bien cierto, artículo 1132 del Código Civil, “El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque este sea de mayor valor”.

permuta, y debe quedar claro que cuando nos referimos al contrato de compraventa, se entiende que se hace referencia también a la dación en pago y a la permuta, esto en razón que el articulado de la codificación civil peruana nos remite a las disposiciones de la compraventa en cuanto sean aplicables.

2.4.4. Derecho de retracto y su desarrollo en la jurisprudencia nacional

Haremos uso de la jurisprudencia nacional sistematizada, que nos permite exponer los preceptos jurídicos vigentes en nuestro sistema legal; así, expondremos las principales sentencias judiciales sobre el ejercicio del derecho de retracto, emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. En relación al cumplimiento de los requisitos para la admisión de este derecho, la Corte Suprema en su Casación N° 1634-2011-CUSCO ha señalado que:

Resulta menester acotar que el proceso de retracto es uno de naturaleza eminentemente formal en el que necesariamente deben cumplirse con todos y cada uno de los requisitos establecidos por el artículo 495° del Código en mención⁵⁰ para que los efectos de su admisión a trámite toda vez que de faltar uno de los requisitos antes señalados la demanda será rechazada.

El derecho de retracto consiste en la facultad que la ley otorga a determinadas personas, con la finalidad de evitar la transferencia de un bien y permitirle la subrogación, bajo las mismas condiciones del contrato original, pactadas entre vendedor y comprador.

El retracto debe operar en la compraventa, y en la dación en pago. El retracto es acción de excepción que va contra la voluntad de los contratantes y su

⁵⁰ Código Procesal Civil, en el Capítulo II: Disposiciones especiales. Subcapítulo 1: Retracto. Artículo 495.- Además de cumplir con los artículos 424 y 425, la demanda debe estar anexada con el certificado de depósito en dinero del equivalente de la prestación recibida por el enajenante, los tributos y los gastos pagados por el adquirente y, en su caso, los intereses debidos por éste y que se hubieran devengado. Si en la transferencia se pactó plazo para el pago del saldo, el retrayente otorgará garantía suficiente, a criterio del Juez, dentro del segundo día.

procedencia debe admitirse en forma restrictiva⁵¹.

La ley crea al derecho de retracto y se lo entrega al retrayente, quien es un tercero que cuenta con dicha prerrogativa por una determinada situación, y tiene la facultad de ejercitar este derecho en la vía que corresponda cuando el propietario del bien proceda a transferirlo. Si el retrayente decide hacerlo se coloca en el lugar del comprador en el contrato previo de compraventa, sin que se modifiquen las estipulaciones del contrato en mención, salvo en lo que respecta al cambio de personas. (De la Puente y Lavalle, 1998)

El retracto no limita el derecho de disposición del enajenante sino el derecho de propiedad quien lo adquiere por compraventa.

Ello se fundamenta en que el propietario del bien ejercita libremente su legítimo derecho de transferir su propiedad a un tercero que adquiere en calidad de comprador. Solo después de adquirido el derecho a la propiedad por el comprador, este derecho se ve afectado por el ejercicio del derecho de retracto por parte del retrayente, cuyo efecto es la subrogación del comprador por el retrayente. (Bigio Chrem, 1990, pág. 6)

En ese sentido, si bien el retracto se ha efectuado sobre un bien determinado, es verdad que no existe disposición normativa alguna, que pudiera limitar el derecho del propietario a transferir el área que no desea usar, o que disponga que la venta necesariamente deberá efectuarse sólo a determinadas personas, pues ello limitaría en todo sentido aquellos atributos inherentes al derecho de propiedad, reconocidos a toda persona y que se encuentran regulados textualmente en el ordenamiento jurídico nacional a través del artículo 923° del Código Civil⁵².

⁵¹ Casación N° 2251-97-LIMA.

⁵² Considerando décimo primero de la Casación N° 1133-2011-LIMA.

A través del recurso de casación⁵³ es posible declarar nulo un fallo y reenviarlo a la instancia correspondiente, y emitir un pronunciamiento directo sobre el asunto controvertido materia del recurso, con ello surge el alcance de la justicia a cada caso en particular. Así, por ejemplo, la Corte Suprema declaró procedente el recurso de casación por infracción normativa de los artículos 1592° y 1597° del Código Civil, en la Casación N° 375-2015-UCAYALI, apoyándose de la doctrina nacional para precisar los siguientes conceptos:

1. Conforme lo señala el artículo 1592° del Código Civil, el derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. De la Puente y Lavallo ha destacado los cuatro elementos que se coligen de la norma: 1.- Ser un derecho otorgado por la ley. 2.- Su gozo solo corresponde a las personas señaladas por ley. 3.- El retrayente se subroga en el lugar del comprador respetando todas las estipulaciones del contrato de compraventa. 4.- Se debe reembolsar al comprador el precio, los tributos y gastos pagados por éste y, en su caso, los intereses pactados⁵⁴.

2. El sustento del retracto se encuentra en la necesidad de aprovechar mejor la riqueza, consolidando el dominio, evitando el detrimento del deudor, proporcionando la propiedad a quienes la trabajan, culminando los estados de indivisión o servidumbre⁵⁵. Como quiera que tiene una naturaleza excepcional, pues limita la libre comercialidad de los bienes, el retracto opera en una reducida área de acción contractual, tiene un breve plazo de ejercicio y tiene carácter personalísimo⁵⁶.

3. Aunque el código establece un plazo para ejercer tal derecho (artículo 1596° y 1597°), no debe confundirse éste con la obligación del vendedor de dar aviso a los posibles retrayentes de la venta que quiere realizar. No hay tal obligación, y de hecho el código se coloca en la posibilidad que ello no ocurra. Lo que existe es el beneficio que la norma otorga al posible retrayente para que ejerza su derecho hasta treinta días después del

⁵³ Los Tribunales de Casación dejaron de ser órganos políticos para pasar a ser órganos jurisdiccionales toda vez que su labor consistía en interpretar el derecho, en este caso la ley, como normas abstractas y generales, si bien son aplicables a un caso en concreto, trascienden este aspecto siendo aplicables a casos similares. Por ello, se aprecia la importancia de un sistema casacional busca hacer predecibles los fallos dentro del sistema de justicia, lo cual es primordial para su buen funcionamiento. En GLAVE MAVILA, C. (2012). El Recurso de Casación en el Perú. *Derecho & Sociedad*, (38), p. 108. Recuperado a partir de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13107>.

⁵⁴ De la Puente y Lavallo, Manuel. *Derecho de Retracto*. Themis 38, p.125.

⁵⁵ Castillo Freyre, Mario. *Derecho de Retracto*, p. 1. Recuperado a partir de: http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/111_Derecho_de_Retracto.pdf.

⁵⁶ Castillo Freyre, Mario. *Ídem*, p. 13.

conocimiento de la venta, lo que supone que debe computarse el plazo desde el momento en que acontezca este suceso, resultando erróneo sancionar al vendedor por no efectuar la comunicación de la venta.

4. El plazo para hacer uso del retracto vence a los treinta días del conocimiento de la transferencia, bajo el siguiente esquema: 1.- Plazo normal, treinta días a partir de la comunicación de fecha cierta (artículo 1596°, primer párrafo del Código Civil). 2.- Plazo cuando se desconoce el domicilio, treinta días a partir del día siguiente de la última publicación (artículo 1596°, segundo párrafo del Código Civil). 3.- Plazo con transferencia no inscrita o inscrita, treinta días a partir del conocimiento por cualquier otro medio (artículo 1597°, primera parte, Código Civil). 4.- Plazo especial con transferencia inscrita sin conocimiento de la parte, treinta días contados luego de vencido un año de la inscripción (artículo 1596°, segunda parte, Código Civil).

5. Finalmente, para que opere el retracto entre copropietarios deben presentarse los siguientes requisitos: 1.- Celebración de un contrato de compraventa. 2.- Existencia de copropiedad. 3.- Que una o más de estas cuotas ideales pertenezca al retrayente. 4.- Que el vendedor sea copropietario. 5.- Que el comprador sea un tercero extraño a la copropiedad⁵⁷.

Desde la perspectiva antes señalada, la Corte Suprema afirma que “el plazo se computa desde el conocimiento de la venta, pues lo que la segunda parte del artículo 1597° del Código Civil hace es suspender la presunción de conocimiento de la inscripción registral prescrita en el artículo 2012° del referido cuerpo legal, que para todos los efectos no se tiene en cuenta, pero el plazo de treinta días para que opere el retracto sigue vigente si el retrayente toma conocimiento de la venta por cualquier otro medio. Por tanto, en este punto lo que debe evaluarse es el momento del conocimiento de la transferencia. Además, debe considerarse lo prescrito por el artículo 1599°, inciso 2 del Código Civil, refiere que el retracto opera a favor del copropietario, en la venta a tercero de las porciones indivisas, por lo que, en sentido contrario, cuando no se es tercero, esto es, cuando la venta ha sido a favor de otro copropietario no existe la posibilidad de retracto⁵⁸”.

⁵⁷ De la Puente y Lavalle, Manuel. Ob. Cit., página 136.

⁵⁸ Fundamento quinto de la Sentencia Cas. N° 375-2015-UCAYALI.

Uno de los temas recurrentes que se ventilan en la Corte Suprema de la República, son los relacionados a la infracción normativa de carácter material del artículo 1597° del Código Civil, porque se entiende equivocadamente que el plazo para interponer la demanda de retracto es de treinta días, más aún si en copropietario transfirió a un tercero alcuotas sin informar sobre ello, infringiendo además el mandato contenido en el artículo 1596° del Código pues pudo tomar conocimiento tan solo a través de los Registros Públicos, y la interpretación correcta del artículo 1597° del Código establece que en caso el copropietario no sea informado por otro copropietario del mismo bien de la transferencia que realiza a favor de un tercero resulta aplicable el plazo de un año a partir de la inscripción de la compraventa para la interposición de la demanda de retracto concordante con el artículo 2012° del mismo Código.

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia de la República, respecto al plazo para el ejercicio del retracto, en la Casación N° 208-2014-LIMA, erige un fundamento que destaca entre los demás, y afirma:

Que, acorde a lo dispuesto por el artículo 1597° del Código Civil, si el retrayente conoce la transferencia por cualquier medio distinto al indicado en el artículo 1596° el plazo se cuenta a partir de la fecha de tal conocimiento y para este caso la presunción contenida en el artículo 2012° solo es oponible después de un año de la inscripción de la transferencia debiendo anotarse que la precitada norma establece las pautas para el cómputo del plazo en caso el retrayente hubiera tomado conocimiento de la transferencia de cualquier otra forma no prevista en el artículo 1596° del Código Civil es decir cuando no medie comunicación previa del vendedor en cuyo caso el plazo se cuenta a partir de la fecha en que el retrayente tomó conocimiento del acto sin que pueda oponérsele la presunción establecida en el artículo 2012° del Código Civil sino hasta después de haber transcurrido un año de la inscripción de la transferencia consignando al respecto en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil que la incorporación de la norma contenida en el artículo 1597° del Código Civil responde valiosas ejecutorias de la Corte Suprema de la República que durante la vigencia del Código derogado habían establecido que si el retrayente se enteraba por otros medios distintos a los detallados en ese Código el plazo para el retracto se empezaba a contar desde dicho conocimiento.

En esa misma línea, al haberse interpuesto la demanda no obstante se encuentre vencido el plazo a los treinta días posteriores de la fecha en que el titular del derecho de retracto tomó conocimiento de la transferencia por cualquier otro medio distinto, la demanda resulta improcedente al haber operado el plazo de caducidad aun cuando medie la inscripción registral de la transferencia en cuestión, toda vez que el plazo de un año únicamente sería aplicable cuando durante ese año no exista comunicación o publicación ni tampoco conocimiento por otros medios distintos de la transferencia para ejercer el derecho de retracto⁵⁹.

Podríamos agregar un caso que termine de esclarecer el pensamiento de la Corte Suprema respecto del ejercicio del derecho que nos ocupa en este subcapítulo; así, la Casación N° 368-2015-PUNO refiere que:

Debe recordarse que, como todo derecho subjetivo, el ejercicio del derecho de retracto no es ilimitado, y muestra de ello es la existencia de un plazo legal para su ejercicio, conforme lo regulan los artículos 1596° y 1597° del Código Civil. Constituye un asunto de importancia determinar si los plazos contemplados en las normas antes citadas son de prescripción o caducidad. Al respecto Rubio Correa al comentar el texto original del artículo 1596° del Código Civil sostiene que: “El retracto es un derecho de naturaleza obligacional que existe por mandato de la ley (artículo 1592°). Por consiguiente, la acción de retracto que se plantee es personal y cabría considerar que se le aplicase el plazo de diez años de prescripción del inciso 1 del artículo 2001°. Sin embargo, el artículo 1596° le reduce el plazo significativamente, por lo que nos encontramos ante el plazo de caducidad⁶⁰”. Asimismo, en la Exposición de Motivos del Código Civil textualmente se indica que: “Debe entenderse que el plazo señala el artículo 1596 es de caducidad”, similar interpretación debe aplicarse también al plazo contemplado en el artículo 1597° del Código Sustantivo.

⁵⁹ Sumilla de la Casación N° 208-2014-LIMA.

⁶⁰ En RUBIO CORREA, Marcial. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil. Prescripción y Caducidad. Vol. VII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989, p. 184.

Queda claro que el Ordenamiento Jurídico ha otorgado un plazo bastante corto para el ejercicio del derecho de retracto, el cual es de caducidad, a fin de evitar que el comprador se encuentre por largo plazo en la incertidumbre de ser desplazado de su posición contractual; por ello, el artículo 1596° establece que dicho derecho solo se puede ejercitar en el plazo de treinta días, plazo que se cuenta a partir de la comunicación de fecha cierta a las personas que gozan de este derecho, esto es, las indicadas en el artículo 1599°; o del día siguiente de la publicación en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de mayor circulación en caso el domicilio de aquellos no sea conocido o conocible⁶¹.

Finalmente, es menester indicar que en los últimos años en el Perú ha existido una afluencia enorme respecto al capital nacional y extranjero en diversas actividades económicas, y que el Código Civil de 1984 ha contribuido a que eso suceda. Y si alguna de sus normas pudiera haber retraído en determinadas oportunidades el fomento de proyectos de inversión que dinamicen la economía, deberán aplicarse normas de mayor jerarquía, estas son las constitucionales, o en todo caso variar las reglas del Código que hubieran limitado algún principio de libre contratación, dentro de un marco económico neoliberal que propugna la Constitución Política vigente.

2.5. COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

2.5.1. Teoría de los Derechos fundamentales

Corresponde analizar la trascendencia de los derechos fundamentales en la construcción del concepto de Estado Constitucional de derecho, partiendo de los

⁶¹ Fundamento noveno de la Casación N° 865-2015-PUNO.

estudios del filósofo del derecho Robert Alexy en su teoría de derechos fundamentales y de la perspectiva de principios como normas jurídicas que son el pilar del sistema jurídico.

El desarrollo constitucional contemporáneo europeo tiene en la teoría de los derechos fundamentales, el logro de institucionalizar en la sociedad y en el Estado, la garantía de la protección y desarrollo de los derechos de toda persona humana. Proceso histórico que no ha sido uniforme en el mundo; debido a que el cambio estructural de los derechos fundamentales, corresponde al cambio del concepto del Estado de derecho. En ese sentido, los derechos fundamentales deben reconocer las necesidades de libertad y justicia como fuente de objetivos a realizar del hombre y la sociedad. (Landa Arroyo, 2002)

El concepto de los derechos fundamentales comprende a los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos fundamentales en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle todas sus potencialidades en la sociedad⁶².

La Constitución de un ordenamiento jurídico reconoce positivamente a los derechos fundamentales, y los particulares pueden exigir su protección limitando el accionar del Estado, debido a su connotación axiológica sobre la dignidad humana que se antepone al orden estatal y se proyecta como fin supremo de la

⁶² Fundamento jurídico 1 en EXP. N° 1417-2005-AA/TC.

sociedad y del Estado.

La razón de ser de los derechos fundamentales justificó el cambio de paradigma respecto a la aplicación de reglas por la aplicación de principios, entendiendo estos como valores fundamentales de justicia social con el reconocimiento de derechos sociales, económicos y culturales. Por consiguiente, cuando los derechos colisionan se encuentra la solución a la controversia en el principio de proporcionalidad haciendo uso de la ponderación y la argumentación jurídica.

Los derechos fundamentales, al ser abstractos e indeterminados se materializan como principios en nuestro ordenamiento jurídico, su estructura depende de las posibilidades fácticas de cada caso concreto y la ponderación consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios cuando entran en colisión. De esta manera, la ponderación se constituye como criterio indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional que debe resolver en qué condiciones un principio tiene precedencia sobre otro y cuál debe ceder (Bechara, 2011).

Es importante entender la eficacia de las disposiciones constitucionales, éstas pueden ser divididas entre “normas regla” y “normas principio”. Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización. En tal perspectiva, existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta

Fundamental o en razón de su propia naturaleza⁶³.

La consolidación de derechos fundamentales se representa como mandatos de optimización, el entendimiento de la Constitución como un sistema de principios morales positivizados en una carta de derechos, y la interpretación del Tribunal de garantías constitucionales sea más coherente y dinámica en cada caso concreto. (Bernal, 2007)

2.5.2. Derechos fundamentales en conflicto

La legitimidad del Estado Constitucional de Derecho reside en la defensa de los derechos fundamentales; por ende, la defensa de la dignidad humana y aquellos derechos que le son inherentes, esa conjunción representa el fundamento del orden político y social del país.

En una dimensión axiológica, se puede apreciar la posición preferente de ciertos derechos en particular respecto de otros. Así, las implicancias culturales explican por qué en un determinado Estado, cuando los derechos reconocidos en la Constitución y las leyes entran en conflicto se valora uno más que otro, dando al primero una primacía o posición preferente. El hecho de que los derechos fundamentales en su dimensión axiológica tengan su traducción jurídico-analítica en la consideración de principios, nos lleva a considerar la importancia de esta dimensión ante una eventual ponderación entre derechos, pues la técnica de la ponderación no opera entre reglas sino entre principios. (Rodríguez-Toubes Muñiz, 1998)

⁶³ Fundamento jurídico 2.2 en EXP. N° 1417-2005-AA/TC.

El conflicto entre derechos fundamentales representa un conflicto constitucional y este tipo de conflictos no pueden resolverse por los mecanismos tradicionales de resolución de antinomias⁶⁴ (lex superior, lex posterior, etcétera). Los mecanismos para resolver antinomias entre reglas solo pueden dar lugar a dos resultados: o bien se declara que uno de los preceptos es inválido (por ejemplo, la norma inferior respecto de la superior), o bien se establece una excepción con carácter general en uno de los preceptos involucrados (por ejemplo, estableciendo que la norma específica sirve como excepción a la general). Ninguna de estas respuestas sería adecuada en los conflictos constitucionales, debido a que los principios seguirían siendo ambos válidos y la solución tomada no supondría establecer una excepción con carácter general, pues puede ocurrir que en un caso posterior de conflicto entre los mismos preceptos sea resuelto de manera inversa, dando prioridad a otro principio, según las circunstancias de cada caso en concreto. Por esta razón, estos conflictos constitucionales requieren de un mecanismo alternativo, conocido como ponderación. (Martinez Zorrilla, 2014)

Debemos señalar la importancia de la ponderación para resolver un determinado caso en el que se manifieste la colisión de derechos, partiendo de la idea que pueden existir leyes que no guarden coherencia con la Constitución y que se

⁶⁴ En ese sentido, prima facie, cabe acotar que nos encontramos ante un supuesto de antinomia. Lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo; es decir, la acreditación de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto prescriben soluciones incompatibles entre sí, de forma tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas implica la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas normas resulta imposible. Como puede colegirse, la coherencia se afecta por la aparición de las denominadas antinomias. Estas se generan por la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, suceso o acontecimiento. Allí, se cautela la existencia de dos o más normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad entre sí. En Corte Superior de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, Apelación N° 1915-2017-LIMA, fundamento décimo.

enfrenten contra derechos fundamentales, lo que devendría en procesos de inconstitucionalidad.

Como ha sostenido el Tribunal Constitucional peruano, existen sentencias denominadas interpretativas, las mismas que tienen como fundamento el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, con la finalidad de no vulnerar el principio de supremacía constitucional. Corresponde al Tribunal Constitucional analizar la constitucionalidad de la disposición y las normas⁶⁵, para verificar cuáles se adecuan a la Constitución y cuales deberán ser expulsadas del ordenamiento jurídico. (Eto Cruz, Constitución y Procesos Constitucionales. Tomo I, 2013)

El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido también a las sentencias normativas. Así sostiene que, el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: La ablativa y la reconstructiva. De acuerdo con esta definición, el Tribunal entiende que la operación ablativa consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada eliminando del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma que colisione con el comando normativo de la Constitución. Y la operación reconstructiva consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada

⁶⁵ Como fue anotado en la doctrina americana y desarrollado ampliamente por la doctrina italiana, en todo precepto legal se puede distinguir entre “disposición” y “norma”, entendiendo por la primera aquel texto, enunciado lingüístico o conjunto de palabras que integran el precepto, y por la segunda, aquel o aquellos sentidos interpretativos que se pueden deducir de la disposición o parte de ella. En ETO CRUZ, Gerardo. Constitución y procesos constitucionales, Tomo I. Lima: Adrus D & L Editores S.A.C. 2013, pág. 233.

agregándole un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo⁶⁶.

De esta manera, el Tribunal Constitucional justifica sus fallos, teniendo en cuenta dos principios en su actividad jurisdiccional; primero, el principio de conservación de la ley, en donde el intérprete de la norma debe reconocer la ley como constitucional hasta donde sea razonablemente posible con el fin de afirmar la seguridad jurídica. Y el principio de la interpretación desde la Constitución, mediante el cual se le asigna un sentido a la ley cuestionada de inconstitucionalidad para que se integre a la Constitución⁶⁷.

Es de suma importancia que entendamos como la introducción de principios pueden cambiar el paradigma que el operador jurídico venía aplicando en el derecho, y es necesario aplicar la teoría del derecho moderno que propone el uso de la argumentación jurídica, y tratándose de principios, la ponderación.

Por estas razones, los principios y sus colisiones se representan como colisiones de valores. Al respecto, Carrillo (2009) afirma que:

Asemejando los unos a los otros y estando en la imposibilidad de establecer un orden jerárquico de valores, estaríamos enfrentándonos a un dilema al no poder determinar un orden de principios, pues la Constitución no dice de manera expresa que principio que lleve un derecho fundamental debe anteceder al otro. La razón filosófica es que el orden jurídico se construye como un sistema integrado de normas, reglas, valores, principios, directrices y precedentes. (pág. 148)

⁶⁶ Fundamento jurídico 3.3 en STC N° 0004-2004-CC/TC.

⁶⁷ La praxis de la jurisdicción constitucional pone de manifiesto que la expulsión de norma inconstitucional puede terminar siendo más gravosa en sus consecuencias que su propia permanencia dentro del ordenamiento jurídico. En STC N° 0010-2002-AI/TC.

De esta manera, tratándose de derechos fundamentales, estos no son excluyentes entre sí, sino que a la luz de un caso particular se determinará cual deberá prevalecer, y por esta razón se justifica la ponderación como la valoración con criterios de proporcionalidad en nuestro Estado Constitucional de Derecho.

2.5.3. La ley de ponderación

Cuando se evidencia un enfrentamiento de derechos, la ponderación de los mismos se erige como una solución que implica preferir un derecho sobre otro, es decir, situar a uno de los derechos en conflicto en perjuicio del otro, el problema que surge es que la solución está supeditada al criterio del juzgador, el mismo podría estar influenciado por cuestiones subjetivas e ideológicas, y dependerá de la valoración y del grado de importancia de un determinado derecho sobre otro, teniendo en cuenta la prevalencia de uno de los derechos en conflicto en un caso en particular.

Las normas que garantizan derechos fundamentales no se distinguen de otras del sistema jurídico, como normas de derecho constitucional se ubican en la cima del ordenamiento jurídico, su objeto son derechos en abstracto que se entienden como normas jurídicas, y son aplicables de la misma manera que todas las demás, la particularidad consiste en que protegen al ciudadano en determinadas situaciones frente al Estado, y que son descritas de manera abstracta.

Determinada una estructura de los valores y principios, tienden a colisionar entre sí. Una colisión de principios solo puede resolverse por ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, con la finalidad de procurar la defensa de los

derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico.

Los derechos constitucionales se conciben como principios, y los principios como mandatos de optimización que ordenan que una determinada situación debe realizarse de acuerdo a las posibilidades fácticas y normativas existentes. Cuando se producen conflictos entre derechos, los mismos deberán resolverse aplicando un test de proporcionalidad; es decir, aplicando el principio de proporcionalidad. Dicho principio consta, a su vez, de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significa que una ley que limite un derecho para satisfacer otro, debe ser idónea para la obtención de esa finalidad. El tercer subprincipio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas. (Alexy, 2009)

De esta manera, la estructura de la ponderación se compone de tres elementos: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. Luego, la ley de la ponderación se fórmula de la siguiente manera: cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro, y se concreta a través de las variables en la fórmula del peso. Las tres variables son: 1) el grado de afectación de los principios en el caso en concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. En la ley de la ponderación se atribuye un valor numérico a las variables, en cuanto a la afectación de los principios y al peso abstracto, según que la afectación o el peso sea leve, medio o intenso; y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas,

según que puedan calificarse de seguras, plausibles o no evidentemente falsas. En los casos en los que el peso de los principios sea idéntico, entrarían en juego las reglas sobre la carga de la argumentación, por ejemplo, la que establece una prioridad en favor de la libertad, o la defensa de la constitucionalidad de una ley. (Alexy, 2009)

Concluyendo con el razonamiento efectuado del profesor alemán, respecto a la ley de la ponderación, la misma se puede estructurar sobre la base de tres etapas bien marcadas: Primero, definir y determinar el grado de no satisfacción de uno o alguno de los principios; Segundo, definir y determinar el grado de importancia de la satisfacción del principio en un sentido contrario. Y finalmente, definir y determinar el grado de importancia en la satisfacción del principio contrario y si ello justifica la no satisfacción o restricción del otro principio. (Alexy, 2002)

Podemos detallar algunos ejemplos materializados en casos que ha resuelto el Tribunal Constitucional peruano, basando sus decisiones en la aplicación del test de proporcionalidad, clasificándose en subprincipios: idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. En ese sentido, Grández Castro (2010) refiere que:

Uno de los casos, el de la calle de las pizzas, se trataba de examinar una medida de la Municipalidad de Miraflores, que restringía el horario de atención a los establecimientos comerciales de la zona llamada así: calle de las Pizzas. El Tribunal entendió que la medida era constitucional porque el grado de limitación de la libertad de trabajo y del libre desarrollo de la personalidad (de los propietarios de los establecimientos y de los clientes) era leve, mientras que la protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud de los vecinos era elevada⁶⁸.

⁶⁸ STC N° 007-2006-AA/TC.

En el caso de las azucareras del norte, lo que estaba en cuestión era la constitucionalidad de una ley que había suspendido la ejecución forzada contra una empresa azucarera de la que el Estado era accionista. La mayoría del Tribunal entendió que se trataba de una intervención leve sobre el principio de cosa juzgada (la suspensión de la ejecución de la sentencia era de carácter temporal), mientras que con ello se alcanzaría en un grado elevado los objetivos pretendidos por el legislador: el desarrollo o reactivación de las empresas azucareras, la promoción del empleo y la disminución de la pobreza; hubo un voto discrepante de un magistrado por entender que la suspensión de la ejecución de la sentencia suponía una afectación grave y que la medida no era tampoco idónea para alcanzar esos fines, a la vista de la experiencia de los últimos años⁶⁹.

Otro caso, se refería a una decisión judicial que, al amparo de un determinado artículo del Código Procesal Penal, obligaba a un procesado, presunto autor de un delito contra la libertad sexual, a someterse a la prueba de ADN. El Tribunal entendió que la medida era constitucional porque la satisfacción del interés público en la investigación del delito era “por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho a la intimidad⁷⁰”.

Continuando se pueden mencionar otros dos casos que mostrarían que el Tribunal ha llegado a soluciones dispares en casos similares; así, se trata de un amparo frente a una medida de expulsión tomada por la dirección de un centro de formación industrial contra una estudiante a la que se había encontrado besándose con su enamorado en una de las dependencias de la institución. El Tribunal confirmó la constitucionalidad de la sanción, puesto que, se habría tomado en estricta observancia el principio de legalidad; lo aplicado había sido un artículo del Reglamento del centro que consideraba faltas graves “los actos reñidos con la moral y las buenas costumbres”; el Tribunal consideró que tenía el grado de certeza exigible, pues la conducta prohibida puede ser complementada mediante las reglas básicas del sentido común, toda vez que la moral es la ciencia que trata del bien en general. Además, la medida no podía considerarse desproporcionada porque la expulsión era la única sanción a imponerse a los alumnos infractores⁷¹.

Sin embargo, en otro caso similar, en el que un estudiante de una universidad había sido expulsado de la institución por haberse encontrado consumiendo marihuana, el Tribunal llegó a la decisión opuesta: ordeno la reincorporación del expulsado por considerar la medida como desproporcionada. La argumentación del Tribunal no es muy clara, pero las razones para haber decidido así parecen haber sido que la sanción sería desproporcionada e irrazonable porque en el proceso disciplinario se omitió “la valoración de toda prueba o elemento contextual” y en el Reglamento del centro no existía una definición clara y precisa sobre lo que la Universidad considera como falta grave y la sanción no

⁶⁹ STC N° 579-2008-PA.

⁷⁰ STC N° 815-2007-PHC/TC.

⁷¹ Fundamento 15 y 17 en STC N° 01182-2005-AA.

está claramente establecida para cada conducta⁷². (pág. 353)

De esta manera, es evidente que, en un ordenamiento jurídico los derechos fundamentales pueden colisionar entre sí, así por ejemplo cuando el ejercicio del derecho de retracto por parte de su titular tiene una repercusión negativa en el derecho de propiedad del comprador, o en el derecho de libertad de contratar del enajenante, limitándolos. Cuando advertimos esta situación se puede aplicar la ley de ponderación, que consiste en la aplicación del principio de proporcionalidad, y este a su vez se compone de tres elementos esenciales: los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que a continuación detallaremos.

2.5.4. Aplicación del test de proporcionalidad

La aplicación del test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, ha sido obra de la implementación del Derecho comparado, procurando en todo momento la defensa de los derechos fundamentales que entren en conflicto, y permite controlar el ejercicio del poder público y privado, en el marco del Estado Democrático y Constitucional de Derecho. (Pegoraro, 2007)

De ahí que, los derechos fundamentales entran en conflicto cuando nos remitimos a su ejercicio práctico, cuando ello ocurre es deber del Estado lograr la vigencia y protección efectiva de los derechos fundamentales de los individuos, estos encuentran su razón de ser en la dignidad humana y los mismos son considerados básicos para la convivencia social.

⁷² Fundamento 23 y 38 en STC N° 00535-2009-AA

Prieto Sanchís (2009) afirma que, si el Estado es un artificio, las instituciones son un instrumento y la política es sometida a la justicia, entonces en el marco de los conflictos entre ley y los derechos, la carga de la argumentación le corresponde a la ley antes que los derechos, corresponde al poder antes que los individuos. En consecuencia, toda intervención en el ámbito de los derechos que implique un sacrificio en su ejercicio habrá de estar justificada a la necesidad de preservar un bien similar que esté conectado con los valores en que reposan los derechos.

De cualquier manera y apartándonos de las críticas⁷³ a la estructura propuesta por Alexy, es cierto que los tribunales constitucionales, incluido el peruano, han seguido su planteamiento y razón de ser, por lo que la tesis de los principios tiene como fundamento la aplicación del test de proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional, en aplicación del párrafo final del artículo 200° de la Constitución expande sus efectos, al sostener que:

El principio de proporcionalidad es un principio general de derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como refiere dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de las personas⁷⁴.

⁷³ Se objeta el modelo de ponderación de Alexy, por la ausencia de una escala de ordenación abstracta de los derechos fundamentales; además, la imposibilidad de llegar a acuerdos sobre la escala triádica para la calificación de intensidades de afectación de un derecho fundamental. Cfr. MORESO, J.J. "Alexy y la aritmética de la ponderación". En *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 224.

⁷⁴ Fundamento jurídico 195 en STC N° 0010-2002-AI/TC.

La proyección del principio de proporcionalidad como principio general de derecho, se fundamenta en la consideración de que se trata de un principio que se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, y a entender del Tribunal, refiere exigencias de justicia material que se proyectan a la actuación no solo del legislador, sino de todos los poderes públicos. El Tribunal Constitucional en reiteradas decisiones hace referencia a la cláusula del Estado Democrático de Derecho⁷⁵ expresada en los artículos 3° y 43° de la Constitución.

Una manifestación concreta de la prohibición de la arbitrariedad de los poderes del Estado, en cuanto a la exigencia de que las restricciones de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos sean debidamente justificadas en la relevancia de otros bienes, que supongan la misma importancia de protección; en ese sentido, el Tribunal Constitucional afirma que el principio de razonabilidad o proporcionalidad resultaría consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho.

La exclusión de los actos arbitrarios en la actuación de los poderes públicos se encuentra vinculada con el valor de justicia. El Tribunal Constitucional menciona que la razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado al valor de justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control de los poderes públicos en el uso de facultades

⁷⁵ Derechos Constitucionales. Números Apertus. Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. Estado democrático de derecho. Forma de gobierno. Artículo 43.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El estado uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes.

discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, responden a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Además, el valor de justicia exige que, cuando se trate de la limitación de los derechos fundamentales, que tales limitaciones deberán ser razonables, deberán tener una finalidad constitucional que las justifique⁷⁶.

En la STC N° 0050-2004-AI/TC en el fundamento jurídico 109, el Tribunal Constitucional estableció que el test de razonabilidad, es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor de justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales.

Surge la pregunta ¿Cuáles son los criterios a utilizar para justificar la primacía de un derecho sobre otro? Podríamos mencionar dos alternativas de solución ante los conflictos entre derechos, el criterio de la jerarquización y la ponderación de derechos fundamentales. El primer criterio supone aceptar la supremacía de un derecho sobre otro, lo cual dependerá de la medida que se aplique para determinar la importancia de los derechos en cuestión. Y el segundo criterio implica realizar una comparación entre los derechos en conflicto con la finalidad de determinar qué derecho es más importante o tiene un peso superior. (Serna & Toller, 2000)

En ese sentido, se puede apreciar que nuestro Tribunal Constitucional ha adoptado, la técnica alemana de la ponderación o test de proporcionalidad⁷⁷ de

⁷⁶ Fundamento jurídico 13 en STC 1803-2004-AA.

⁷⁷ Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y

los derechos fundamentales y, en consecuencia, se puede afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico hay conflictos entre los derechos fundamentales, siendo necesario aplicar el test o principio de proporcionalidad a fin de determinar cuál es el derecho que predomina en cada caso en concreto, sin olvidar que estos derechos se fundamentan en la dignidad humana y no admiten sacrificios arbitrarios e injustificados.

Determinada la intangibilidad del contenido esencial de un derecho fundamental, es necesario aplicar el test de proporcionalidad para aquellos contenidos no esenciales y adicionales que surjan, con la finalidad que estos sean declarados constitucionales o no. Por tanto, para que la aplicación del test sea adecuada, corresponder utilizar los tres sub principios que lo integran: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

2.5.4.1. Análisis de idoneidad

Este subprincipio es conceptualizado por nuestro Tribunal como una relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa y el fin propuesto por el legislador. Así, el análisis de idoneidad supone, de un lado que el objetivo sea legítimo; y, de otro que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante⁷⁸.

orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida en que una decisión que se adopta en el marco de la convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En ese sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, y el procedimiento para llegar a ese resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. En fundamento jurídico 15 en la STC N° 2192-2004-AA/TC.

⁷⁸ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, Fundamento Jurídico 69 STC N° 003-2005-PI/TC.

En relación al concepto de idoneidad, se puede afirmar que debe ser aplicada con relación directa de los derechos que se encuentran comprometidos, dejando fuera los objetivos hipotéticos expuestos por quien dice ser titular de un derecho fundamental, en un intento de aparentar derechos afines que no estén comprometidos realmente.

Podemos exponer un caso en el que el Tribunal Constitucional aplica la idoneidad, y así estableció que la cadena perpetua resultaba una medida desproporcionada por inadecuada con relación a los fines constitucionales de la pena, que no puede sino orientarse hacia la resocialización del condenado y no a su cosificación en el que termina considerando como un objetivo de la política criminal del Estado, sin posibilidades de medidas de resocialización⁷⁹.

2.5.4.2. Análisis de necesidad

El Tribunal Constitucional ha definido a este subprincipio como el análisis sobre la existencia de los medios alternativos adoptados por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor medida respecto del medio utilizado. Por lo tanto, se trata del análisis de una relación “medio – medio”, esto es, de una comparación de medios; el optado por el legislador y los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos⁸⁰.

De la aplicación de este principio podríamos mencionar la STC N° 04677-2004-PA/TC, se trata de un proceso de amparo presentado por la Confederación

⁷⁹ Fundamento Jurídico 187 en STC N° 0010-2002-AI/TC.

⁸⁰ Fundamento jurídico 39 en STC N° 0045-2004-AI/TC.

General de Trabajadores del Perú (CGTP) contra un decreto del alcalde de Lima Metropolitana que prohibía manifestaciones públicas en el Centro Histórico de Lima. El Tribunal consideró que existía un conflicto entre la exigencia de protección del patrimonio histórico, como parte del contenido constitucionalmente protegido de las libertades culturales y el derecho de manifestación y reunión; evaluando caso por caso, las razones objetivas, suficientes y fundadas que puedan justificar la adopción de medidas restrictivas del ejercicio del derecho de reunión, siendo la prohibición la última ratio a la que debe acudir la autoridad administrativa.

2.5.4.3. Análisis de ponderación

El Tribunal Constitucional peruano, siguiendo la doctrina del jurista alemán Robert Alexy, ha establecido que la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental⁸¹.

La ponderación supone evaluar las posibilidades jurídicas de realización de un derecho que se encuentra en conflicto con otro en un caso particular. En ese sentido, si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces, las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto. (Alexy, 2002)

⁸¹ Fundamento jurídico 40 en STC N° 045-2004-PI/TC.

De esta manera, se puede afirmar que el subprincipio de proporcionalidad resulta aplicable cuando existe intervención del Estado y su deber de protección de derechos fundamentales. Así, el Tribunal Constitucional ha estimado que la proporcionalidad entre las partes involucradas en un conflicto, obedece a la condición de excesos por parte de uno de los sujetos de la relación material, es decir, de desigualdad de acciones en su condición de poder público. Y en relación al conflicto entre particulares, aquel parte de la premisa de la existencia de igualdad de condiciones, igualmente se aplica el principio de proporcionalidad con la finalidad de moderar los excesos que se presenten en un caso en concreto.

De manera general podemos definir todos los principios que son parte del test de proporcionalidad⁸², el principio de idoneidad o adecuación refiere que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida en cuestión. Por su parte, el principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sería más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental. Por último, de acuerdo con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización

⁸² Fundamento jurídico 109 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, de fecha 3 de junio de 2005, sobre proceso de inconstitucionalidad.

del objetivo de ésta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Con la finalidad de desarrollar la contrastación de la hipótesis, se ha utilizado la argumentación jurídica siguiendo al actual modelo del Estado Constitucional de Derecho, considerando que la presente investigación es dogmática-jurídica sirviéndose del análisis de las fuentes de derecho objetivo como la legislación y la doctrina de manera abstracta; en ese sentido, con la ayuda de los métodos generales como el hipotético deductivo, analítico y propios del derecho como el dogmático, argumentativo, hermenéutico e histórico; nos permite explicar instituciones jurídicas y su razón de ser basándonos en normas, jurisprudencia y doctrina; presentamos la formulación del problema: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la prevalencia del derecho de propiedad y la libertad de contratar frente a la consolidación de la propiedad del retrayente?; para así afirmar que los fundamentos jurídicos que justifican la prevalencia del derecho de propiedad y la libertad de contratar frente a la consolidación de la propiedad del retrayente son:

A. La supremacía constitucional como criterio para resolver conflictos derivados del enfrentamiento del derecho de propiedad y la libertad de contratar, con el ejercicio del retracto.

El tránsito del Estado Legal de derecho al Estado Constitucional de Derecho significó posicionar a la Constitución como la norma jurídica de máxima jerarquía en un ordenamiento jurídico determinado, la misma posee el contenido esencial que vincula al poder público, a los privados, y a toda la sociedad en general.

Transitar de una supremacía jurídica de la ley a una supremacía jurídica de la Constitución, implica el reconocimiento, la protección y la eficacia de los derechos fundamentales, y siendo la norma principal en el ordenamiento, es redactada de manera indeterminada por lo que requiere normas específicas de desarrollo constitucional; además, del protagonismo del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, como órgano de control de la Constitución, que garantiza el reconocimiento de los derechos fundamentales y los mecanismos para su protección y desarrolla a través de su jurisprudencia los artículos expresados en el texto fundamental, orientando cualquier interés individual o colectivo a las reglas y principios previstos en la Constitución.

El principio de supremacía constitucional refiere que la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente, es así que todo precepto constitucional se manifiesta como norma jurídica que debe ser cumplida por los gobernantes y los gobernados, controlando a los poderes públicos y los actos de gobierno para evitar actuaciones arbitrarias; por ello, la Constitución normativiza las relaciones del Estado y las personas facilitando el modo de interacción entre sí, y para garantizar el ejercicio legítimo de sus facultades, deberán estar sometidas a la Constitución y luego a las leyes, las mismas que estarán subordinadas al control de constitucionalidad que ejerza el Tribunal Constitucional.

A través de sus sentencias, el Tribunal Constitucional cumple una función de valoración, pacificación, ordenación, y refiere que:

El Tribunal Constitucional con frecuencia debe hacer frente a conflictos de la más alta trascendencia social y política. Esto supone, muchas veces, que las decisiones jurisdiccionales que adopte, tengan un impacto en los

medios académicos y de comunicación social.

No obstante, el reconocimiento del Estado Social y Democrático de Derecho como un espacio plural para la convivencia, hace posible que la labor del máximo intérprete de la Constitución sea la de un auténtico componedor de conflictos sociales, función que se canaliza, en forma institucional, a través de los procesos constitucionales.

La argumentación constitucional, es en ese contexto, el mejor recurso de legitimación y persuasión con que cuenta este Tribunal para la búsqueda del consenso social y el retorno de la armonía. De este modo logra adhesiones y persuade y construye un espacio para su propia presencia en el Estado Social y Democrático de Derecho, erigiéndose como una institución de diálogo social y de construcción pacífica de la sociedad plural⁸³.

El Estado Constitucional de Derecho debe garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales; es un deber primordial del Estado asegurar su protección debido a que representan el contenido dogmático de la Constitución, esto se materializa en la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad vinculando a los entes estatales que ejercen el poder público, extendiéndose a las relaciones entre los particulares y limitando a la autonomía privada, para procurar el bien común y el orden público.

El objeto de la Constitución es el reconocimiento y garantía de las libertades humanas, las que obedecen al orden individual y trascienden a la organización política. La Constitución debe contener la declaración de los derechos primordiales del individuo, como el derecho a la igualdad ante la ley, la libertad en todas sus manifestaciones, la propiedad y las demás que nacen de la naturaleza del hombre y que son tan importantes para él, la seguridad de estos derechos es el fin primordial del Estado. Por tanto, el respeto a la Ley

⁸³ STC N° 0048-2004-AI, Fundamento Jurídico N° 1.

fundamental representa la más sólida garantía del bienestar social e individual, de una importancia incuestionable, ello ligado a los principios que irradian la persuasión para que la Constitución sea obedecida. La característica más resaltante es la regla fundamental de la organización del Estado, y debe limitarse a establecer los principios generales de esa organización, el desenvolvimiento de estos principios para su aplicación práctica es el objeto de las leyes orgánicas. Si la Constitución entrara en detalles estaría sujeta a muchos cambios y quedaría expuesta su legitimidad, los preceptos constitucionales deben trascender a la ley escrita para garantizar su inviolabilidad. (Villarán Angulo, 2016)

De esta manera, en el ordenamiento jurídico nacional, el principio de supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogido en dos vertientes, una objetiva que refiere que la Constitución preside el ordenamiento⁸⁴ según el artículo 51°, y la otra subjetiva, expresa que ningún acto de los poderes públicos o de la colectividad en general puede vulnerarla válidamente⁸⁵, según los artículos 45° y 38° respectivamente.

Para efectos de comprender la situación generada por el enfrentamiento de derechos fundamentales con instituciones jurídicas desarrolladas en la legislación civil, podemos hacer una aproximación precisando que en el proceso constitucional de control de leyes no existen partes en sentido estricto, que representen algún interés personal o subjetivo, sino que la controversia se

⁸⁴ Artículo 51° de la Constitución.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. (...).

⁸⁵ Artículo 45° de la Constitución.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. (...). Artículo 38 de la Constitución.- Todos los peruanos tienen el deber de (...) respetar, cumplir y defender la Constitución (...).

produce entre instituciones jurídicas que representan al poder público y necesariamente intervienen en los conflictos constitucionales que requieren una solución armoniosa que tenga incidencia en la colectividad, de esa manera se persigue la protección de la supremacía constitucional, el Estado se rige por la Constitución que es la norma de máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico y como tal deberá contener valores fundamentales basados en la dignidad de la persona y la defensa de los derechos fundamentales.

Distingamos a las reglas y a los principios. Las reglas son mandatos que definen las conductas humanas y están representados por una disposición en concreto, se aplican para determinados hechos y cobra fuerza la taxatividad de la regla que delimitará una situación particular excluyendo a otra, dichos hechos son plausibles de verificación y de no cumplir con lo que la regla establece, esta no le será aplicable. Pueden presentarse problemas de interpretación según el lenguaje del texto que utilice el legislador, pero se debe encuadrar el hecho al enunciado de la regla y se verifica en su aplicación. Mientras que los principios se aplican como pautas generales del comportamiento de las personas, son redactados de manera general y respaldan comportamientos legítimos que siguen un patrón de conducta de buena fe, estos principios tienen poder coercitivo y se los asocia a los derechos fundamentales de la persona, pero deben diferenciarse de los preceptos que ordenan el sistema jurídico, como el principio de supremacía constitucional o el principio de legalidad.

Los valores a los que hicimos referencia en líneas anteriores también se conocen como principios, los principios son normas que están formuladas como mandatos de realización que buscan asegurar su cumplimiento y sirven para dotar de

contenido a las reglas, ellas son formuladas como mandatos de realización de una conducta determinada. Las reglas encuentran sus bases en los principios y recurren a ellos necesariamente cuando surge un conflicto, caso contrario estos serían ineficaces. Ahora bien, debemos centrarnos cuando se presenta un conflicto entre principios, no podríamos simplemente excluir la eficacia de uno sobre otro, se debe procurar el máximo grado de realización reduciendo el sacrificio de cada uno.

Ante un eventual conflicto de derechos fundamentales, en el Estado Constitucional de Derecho se recurre al método de la ponderación; al respecto Priori Posada (2019) refiere que:

Los conflictos de reglas usualmente se resuelven al excluir la aplicación de una de ellas. Eso no es posible en el caso de los principios pues, al estar frente a valores fundamentales del sistema jurídico, no puede excluirse la aplicación de uno de ellos en el caso concreto, pero si puede reducirse la intensidad de su realización en el caso concreto, frente a las circunstancias que dicha situación exige. Ello, solo en la medida de asegurar la realización de otro valor fundamental. Por esa razón la técnica para resolver el conflicto generado entre principios se denomina ponderación, definida como la técnica que nos permite determinar el grado en el que cada uno de los principios en conflicto debe regir en el caso concreto. De este modo, al partir de la hipótesis de que existe la posibilidad de conflicto entre principios, la solución pasa por restringir alguno de ellos. Dicha restricción solo será constitucionalmente aceptable en la medida que sea idónea para la salvaguarda de otro principio, que sea necesaria para conseguirlo y que sea realizada en la justa medida para conseguir la realización de ese otro principio, y de este modo evitar un sacrificio mayor e innecesario. (pág. 39)

Los problemas de colisión entre reglas se resuelven conforme a los siguientes criterios: i) El criterio de jerarquía supone que cuando existen dos reglas que regulen la misma situación de modo diferente, se aplicará la regla contenida en la norma de mayor jerarquía en el sistema jurídico; ii) El criterio de temporalidad refiere que la norma posterior prima sobre la norma anterior; iii) y el criterio de

especialidad señala que la norma especial prima sobre la norma general.

El proceso es más complejo cuando se presenta un conflicto de principios porque son preceptos constitucionales y restringir uno de ellos podría significar que cierto sector de la colectividad quede desprotegido, por eso debemos revisar las tres fases de la ponderación: la primera, idoneidad, se deberá analizar si la restricción a imponer a un principio resulta adecuada para conseguir la protección que se pretende otorgar; la segunda, necesidad, se deberá determinar si existe algún otro medio para conseguir la realización del principio que requiere protección, que no sea la restricción del otro y solo acudir como último recurso cuando ya no existan más posibilidades; y la tercera, proporcionalidad en sentido estricto, se deberá procurar que no existiendo otra medida más que la restricción de un principio, esta medida se haga de manera objetiva, ello con la finalidad de evitar producir una restricción mayor a la necesaria para la protección del otro principio; justificándose así la legalidad de todas las fases.

Reiteramos que las normas jurídicas son de dos tipos: reglas y principios; en ese sentido, las reglas se aplican a casos específicos y los principios pueden ser mandatos generales de cómo interpretar el derecho, proposiciones de naturaleza axiológica que fundamentan conductas y dan forma al ordenamiento jurídico. Cuando dos principios entran en conflicto modifican de manera parcial o total una conducta, ante una inminente colisión de principios se obliga a elegir uno y excluir otro. Es evidente que cuando se presenta un supuesto de hecho o se detallan casos reales, los principios se enfrentan y se genera un conflicto

pudiendo presentarse entre dos o más principios a la vez. Por tanto, para solucionar este tipo de problemas, la doctrina jurídica europea ha desarrollado un método denominado test de proporcionalidad, muchas veces utilizado por el Tribunal Constitucional peruano para la solución de conflictos constitucionales; el test de proporcionalidad se desarrolla por etapas⁸⁶, debemos recordar que la colisión entre principios constitucionales no se soluciona de una sola forma, una posible solución no se puede extender a las situaciones parecidas debido a que existen elementos subjetivos, pero pretende utilizar un razonamiento justo teniendo en cuenta que las normas jurídicas son vinculantes y obligatorias.

De esta manera, advertimos una inminente colisión de derechos fundamentales cuando en un contrato de compraventa de un determinado bien, las partes contratantes acuerdan todas las cláusulas contractuales pertinentes y finalmente se materializa el contrato en mención, satisfaciendo la intención de las partes. Sin embargo, la legislación civil faculta a un tercero ajeno a las partes contratantes para que intervenga en la etapa posterior a la celebración del contrato para modificarlo drásticamente reemplazando a una de las partes del contrato, pasando por alto el derecho de propiedad de quien pretendió adquirir en un primer momento y el derecho de libertad de contratar del titular del bien, es evidente que el desarrollo legislativo del retracto no guarda coherencia con la Constitución, con el principio de supremacía constitucional en el marco del Estado Constitucional de Derecho.

En ese orden de ideas, el retracto es un derecho previsto en el Código Civil

⁸⁶ STC. N° 0045-2004-PI-TC, el test de proporcionalidad tenía seis etapas sucesivas, pero en la práctica se han utilizado seis, cuatro o hasta tres. Abordaremos tres etapas que son sucesivas y que son aceptadas por la doctrina.

peruano, uno de los supuestos detallados en el artículo 1599°, respecto a los copropietarios cuando uno de ellos quiere vender sus cuotas ideales a un tercero; es decir, vende sus porciones indivisas a alguien que no tiene la calidad de copropietario, en el momento que eso ocurre la ley señala que los demás copropietarios, quienes no vendieron podrán sustituirse en el lugar del comprador pagándole a este lo que el pagó y ocupando su lugar en el contrato de compraventa, institución conocida también como subrogación; es evidente que resulta ser una figura controversial y se discute su constitucionalidad, porque impone una limitación al derecho de propiedad y al derecho a la libertad de contratar; si el copropietario vendió a un tercero esta norma faculta sustituir a la contraparte alterando sustancialmente el contrato y todas las previsiones económicas respecto de quienes celebraron originalmente el contrato. La justificación que históricamente se le ha otorgado al derecho de retracto, es la consolidación de la propiedad de unos pocos o de uno solo, generalmente la copropiedad surge de la sucesión y esta institución impulsa que el bien permanezca en la familia, esto podría ser razonable pero en la práctica representa un costo elevado en materia comercial porque desalienta la compra de participaciones de posibles adquirentes, quienes están expuestos a que los demás copropietarios los sustituyan en el contrato a través de la subrogación, el costo que implica dicha situación no justifica el beneficio que causa; sin embargo, la ley está redactada de esa forma y tiene que ser cumplida, el retracto es una acción judicial desarrollada a su vez en el Código Procesal Civil, que se interpone dentro de cierto plazo y siguiendo una serie de requisitos, y a diferencia de otros supuestos de retracto previstos en el Código Civil, en el caso de la venta de cuotas a terceros, no logra evitarse por una oferta previa a los demás

condóminos, aún si los demás condóminos recibieron un ofrecimiento de venta y lo rechazaron, podrían luego interponer el retracto, porque como refiere la legislación este derecho es irrenunciable; hasta qué punto podrá extenderse esta institución jurídica cuando colisione con derechos fundamentales.

Según lo expuesto en este primer postulado de la hipótesis se ha comprobado que los principios constitucionales que fundamentan el Estado Constitucional de Derecho, sirven para dirimir posibles conflictos entre derechos fundamentales cuando colisionan con el retracto que busca consolidar la propiedad del retrayente, se entiende que se pretende legitimar las acciones de sujetos que se encuentran facultados por ley, pero esta situación no puede desconocer derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y que son entendidos como principios que se basan en la dignidad de la persona y garantizan sus libertades; nos detendremos a realizar el test de proporcionalidad respecto de cada derecho fundamental frente al ejercicio de retracto en el Perú, en los postulados que siguen a continuación.

B. La protección del ejercicio pleno del derecho fundamental de propiedad, reconocido en la Constitución Política del Perú.

Los antecedentes de este derecho fundamental se regularon en todas las Constituciones del Perú, así en la Constitución de 1823 (en el artículo 193° inc. 3°); Constitución de 1826 (artículo 142°); Constitución de 1828 (artículos 149° y 165); Constitución de 1834 (artículo 161°); Constitución de 1839 (artículo 167°); Constitución de 1856 (artículo 25°); Constitución de 1860 (artículo 26°); Constitución de 1867 (artículo 25°); Constitución de 1920 (artículo 38°);

Constitución de 1933 (artículo 29°); y la Constitución de 1979 (artículo 125°).

La Constitución de 1993 se distingue por el fortalecimiento del derecho de propiedad privada, estableciendo que toda expropiación requiere el previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya la compensación económica por el eventual perjuicio. Haciendo una distinción entre los términos clave que nos permiten entender la protección al derecho de propiedad en la Constitución de 1979 respecto a la Constitución vigente son: interés social, expresado como despojar de la propiedad de un particular para entregársela a otro particular (asentamiento humano, grupo religioso, sindicato, entre otros); mientras que en la Constitución de 1993 se sustituye el término por necesidad pública, esto implica que actualmente solo se expropia a un particular de manera excepcional para beneficiar a toda la sociedad, este concepto protege mejor al derecho de propiedad incentivando así la riqueza y el dinamismo de la economía que necesita el país.

El desarrollo constitucional que recibe el derecho de propiedad se materializa como un derecho fundamental de la persona, protegido por garantías que establece la Constitución, y en la que sobresale el carácter excepcional de la expropiación. Nadie puede ser privado de su propiedad si no es por necesidad pública y previa indemnización, cumpliendo con el procedimiento expropiatorio.

En su concepción liberal, la propiedad está reconocida en la doctrina como un derecho subjetivo de goce, que consiste en el poder de someterla a los caprichos de nuestra voluntad y obtener de ella el máximo provecho. El propietario tiene la

potestad de decidir qué hacer con su propiedad, y es un derecho exclusivo frente a todos; es decir, se puede oponer hacia la sociedad y excluir a cualquier otro titular que pretenda atentar en su contra, también es un derecho inviolable; por tanto, las limitaciones de dominio son excepcionales. La propiedad le confiere al titular el poder de libre disposición y de libre realización en el mercado, la libertad de comercio de la propiedad representa uno de los grandes principios del sistema jurídico nacional. (Kresalja & Ochoa, 2019)

El derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda relación con la libertad personal, porque a través de él se manifiesta la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad para su titular, así como la participación activa del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico social. En ese sentido, el artículo 70° de la Constitución expresa que “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley”. Así, el derecho de propiedad faculta a su titular para usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, siempre que se realice dentro de los límites de la ley en armonía con el bien común de la colectividad. Además, el Estado regula el derecho a defender la propiedad contra todo acto lesivo que tenga efectos de privación respecto a la integridad de los bienes.

El Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado este derecho en la sentencia signada con el expediente N° 05614-2007-PA/TC, es así que:

El derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: a) un derecho pleno, en el sentido de que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los

límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; y, b) un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución.

En consecuencia, el goce y el ejercicio de este derecho fundamental a la propiedad, solo será restringido en los supuestos establecidos por ley, tendrán que ser medidas necesarias y proporcionales, persiguiendo un objetivo legítimo enmarcado en el Ordenamiento Jurídico nacional. Así, el derecho de propiedad tendrá restricciones por causas señaladas expresamente en la Constitución, es deber de las entidades que dirigen el poder en la administración pública velar por el respeto del derecho de propiedad y actuar con sujeción a los principios constitucionales, con énfasis en el principio de supremacía constitucional y en el principio de legalidad.

Asegurar el derecho de propiedad y sus mecanismos de defensa, es de vital importancia; por ello Eto Cruz (2013) señala que “los derechos a la propiedad privada, a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y al trabajo, deben ser los cimientos fundamentales sobre los que se construye un sistema económico moderno y equitativo” (pág. 673). Nos aproximamos hacia la función social del derecho de propiedad, su utilización debe ser simultánea al servicio del bien común de la sociedad; dicha situación representa un aspecto particular del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, el mismo es entendido como un ordenamiento lleno de normas constitucionales que orientan los objetivos del Estado.

En el sistema jurídico peruano, la Constitución en su artículo 70° prescribe que la propiedad debe ser ejercida en armonía con el bien común; así la Convención

Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 21° establece la posibilidad de subordinarla al interés social, mientras que, a diferencia de la Constitución, pero coincidiendo con la Convención, el Código Civil en su artículo 923° expresa que la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social.

Teniendo en cuenta la distinción en los términos mencionados anteriormente, nos remitimos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; de esa forma, la cláusula del bien común prevista en el artículo 70° de la Constitución, hace alusión al concepto universal de la función social, por el cual se supera el individualismo clásico que acogió inicialmente la idea de propiedad, cuando el supremo intérprete de la Constitución ha considerado que la referencia al bien común escrita en el texto constitucional, es la que permite reconocer la función social que el orden jurídico le reserva a la propiedad⁸⁷.

Por tanto, el término “bien común” engloba el “interés social” y ambos no se contradicen. A su vez, la función social de la propiedad es servir al bien común, lograr sus propósitos, ponerlos a disposición de la comunidad, a efectos de lograr la solidaridad, la igualdad económica y otros valores relevantes⁸⁸. Mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podemos entender que la función social de la propiedad es una norma implícita, se desprende de la redacción del bien común, el mismo le brinda sentido y forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad.

Los mecanismos de defensa del derecho de propiedad tienen plena legitimación constitucional, podemos hacer mención a la cláusula implícita de la función social

⁸⁷ STC. EXP N° 008-2003-AI/TC, fundamento 26.

⁸⁸ STC. EXP N° 048-2004-PI/TC, fundamento 80.

de la propiedad, o la del bien común como prevé la Constitución vigente. Esta cláusula permite la intervención del legislador sobre el derecho de propiedad, ya sea para reglamentarlo o restringirlo cuando se produzcan hechos que atentan contra el interés general. Así, el bien común pretende que la riqueza alcance a todos mediante políticas distributivas; sin embargo, no podemos ser ajenos cuando se desconoce el derecho de propiedad de quien adquiere un bien y es sustituido por el retrayente, titularidad del derecho que el ordenamiento jurídico ha reconocido, y que el mismo ordenamiento permite la ruptura del contrato primigenio. En otras palabras, no se puede admitir que el llamado para ejercitar el retracto, se rehúse a adquirir la propiedad del bien en un primer momento y luego cuando alguien más adquirió la titularidad del bien, inmediatamente pretenda aplicar el derecho de retracto perjudicando al reciente propietario; ello, implicaría que el interés individual se superpone al interés general, sin ninguna motivación legal aparente.

La transferencia de propiedad es un fenómeno jurídico económico, esta debe desenvolverse en un escenario que contenga libertad y seguridad en la circulación, la misma entendida como característica esencial de los derechos reales; en el presente caso, del derecho de propiedad. Consideramos al contrato como norma privada, los contratantes reglamentarán el negocio según sus intereses, dichos intereses deben ser garantizados de manera recíproca por las partes, aquí se puede agregar que existen intereses opuestos y generan la necesidad que el ordenamiento jurídico tutele la circulación de los bienes, haciendo que en algunas situaciones se privilegie ciertos intereses y se subordinen otros; la seguridad jurídica debe proteger la situación jurídica de su

titular, existe una necesidad de orden social para promover la seguridad en el libre intercambio de bienes, toda actuación debe ejercerse dentro de los límites de la ley en concordancia con el Estado Constitucional de Derecho.

Los derechos fundamentales se constituyen como principios en el ordenamiento jurídico, y ante una eventual colisión de principios se debe aplicar la ponderación, actividad consistente en sopesar dos principios que entren en conflicto en un caso en concreto para determinar cuál de ellos tienen mayor peso y en que circunstancia, cuál de ellos resolverá el problema. En concordancia con lo ya expuesto, nos ocuparemos del principio de proporcionalidad, entendido como la técnica argumentativa capaz de dirimir conflictos de derechos estructurándose en el test de proporcionalidad, que nos permitirá establecer una relación de preferencia entre los derechos que colisionen para delimitar el contenido esencial de los derechos fundamentales. De esta manera, el Tribunal Constitucional ha utilizado el test de proporcionalidad como criterio de control constitucional; la producción del derecho materializado en el desarrollo legislativo, debe sujetarse a determinados criterios que impidan o reduzcan al máximo la arbitrariedad en todo sentido, mediante este proceso se puede determinar si el actuar del poder público en todas sus manifestaciones será jurídicamente el más adecuado para conseguir un determinado fin; el test de proporcionalidad es un análisis de proporcionalidad que está vinculado al valor de justicia, nos orienta a encontrar la constitucionalidad de las reglas y principios, en especial cuando se afecta el ejercicio de los derechos fundamentales.

Es imposible sistematizar de manera uniforme todas las normas legales en el sistema jurídico, debido a que la producción legislativa en varias ocasiones se

contradice generando antinomias; además, de los conflictos que surgen entre derechos fundamentales y principios constitucionales. Por tanto, cuando el derecho de propiedad colisiona con el ejercicio del derecho de retracto, dicha problemática requiere que un juez especializado en materia civil fundamente su decisión en la aplicación directa de la ley basándose también en los derechos fundamentales y los principios constitucionales, evaluar si la intervención de un derecho fundamental tendrá preeminencia sobre otro de similar naturaleza.

Brindaremos argumentos jurídicos que permitirán resolver el problema planteado aplicando el test de proporcionalidad, para así delimitar los parámetros necesarios de constitucionalidad que determinen la prevalencia del derecho de propiedad frente al ejercicio del derecho de retracto, la irrenunciabilidad de este derecho no puede utilizarse como un medio que atente contra la propiedad de terceros adquirentes, en dicha situación evaluaremos qué derecho tiene mayor valor atendiendo a cada sub principio: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; el ejercicio del derecho de retracto será restringido para preservar el derecho de propiedad del tercero adquirente, ya que la norma en cuestión afecta el contenido esencial del derecho de propiedad, según el análisis que comentaremos a continuación.

El principio de idoneidad implica que toda intervención a los derechos fundamentales supone alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima; así, la afectación del ejercicio del derecho de retracto implica ceder al carácter irrenunciable de este derecho para obtener la protección que la Constitución prevé para el derecho de propiedad de quien adquirió dentro los límites de la

buena fe, en armonía con el bien común y dentro de los alcances de la ley. Por tanto, la limitación al ejercicio del retracto es idónea porque se pretende conseguir un fin constitucionalmente válido, la defensa del derecho de propiedad siguiendo los preceptos constitucionales de la norma fundamental.

Habiéndose realizado el examen de idoneidad, el próximo principio consiste en determinar si la restricción del ejercicio del derecho de retracto es necesaria, teniendo en cuenta que no existe otra medida igualmente efectiva o menos perjudicial para alcanzar la finalidad de preservar la propiedad de un bien que fue adquirido dentro de los límites de la ley. De esta manera, para que opere el examen de necesidad no deberá existir ningún otro medio similar para alcanzar el mismo objetivo y la medida de intervención del derecho fundamental será de menor intensidad. Cuando el retrayente ejercita el derecho de retracto pretendiendo sustituir al comprador primigenio en el contrato de compraventa, pasando por alto su condición como nuevo propietario para despojarlo del derecho adquirido, en ese caso no podemos encontrar una medida distinta a la restricción y/o inaplicación del ejercicio del retracto que resulte igualmente idónea para defender el derecho de propiedad de quien adquirió válidamente según los parámetros establecidos en la Constitución.

Finalmente, el principio de ponderación en sentido estricto debe perseguir la trascendencia constitucional que enviste al derecho de propiedad entendido como derecho fundamental, el mismo deberá estar en relación adecuada con la restricción del ejercicio del derecho de retracto, es decir, las ventajas que se obtendrán mediante la intervención del retracto deberán compensar los

sacrificios que implican para su titular y la repercusión que tendrá en la sociedad. Debemos equilibrar los beneficios obtenidos con la medida restrictiva al titular del retracto respecto al contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad de quien adquirió de acuerdo a ley; entonces, mantener la propiedad dentro de la esfera familiar, anteponiendo intereses particulares sobre el interés social, podría entenderse como el capricho de unos pocos, dicha situación afecta directamente la libre circulación de los bienes generando un efecto negativo en el tráfico comercial y en la economía del país. La adopción de la medida restrictiva del retracto limitará su ejercicio como derecho generando un beneficio mayor para satisfacer un bien colectivo, defender la propiedad promoviendo la seguridad jurídica en el intercambio comercial cumpliéndose la razón de ser del derecho en mención; podemos asegurar que los beneficios son mayores que los perjuicios que se pueden ocasionar al restringir el ejercicio del retracto del titular, quien tuvo su oportunidad para consolidar la propiedad y no lo hizo, la irrenunciabilidad⁸⁹ de este derecho no puede desconocer el derecho de propiedad de un tercer adquirente, la ley no puede amparar el abuso del derecho. Por tanto, habiéndose valorado todos los presupuestos para ponderar que derecho deberá prevalecer, y en aplicación del test de proporcionalidad podemos colegir que estaría fundada la protección del derecho de propiedad, al haberse acreditado la violación de los artículos 2° inc. 16° y 70° de la Constitución Política del Perú.

De esta manera, se contrasta el presente postulado de la hipótesis, toda persona tiene derecho a la propiedad, instrumento que posibilita la libertad de actuación

⁸⁹ Irrenunciabilidad e intrasmisibilidad

Artículo 1595° del Código Civil.- Es irrenunciable e intrasmisible por acto entre vivos el derecho de retracto.

de su titular dentro de los límites que contempla la ley, de ahí que se debe garantizar la libertad para el acceso a la propiedad y alcanzado ese objetivo el ordenamiento debe garantizar su defensa, no se puede despojar arbitrariamente a nadie de su propiedad; situación que justifica el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad que implica una extensión de la libertad del individuo sobre sus bienes; en ese sentido, el desarrollo jurisprudencial en las sentencias del Tribunal Constitucional y la aplicación del test de proporcionalidad nos permiten ratificar su defensa ante la colisión de derechos, comprobándose este postulado de la hipótesis.

C. La protección del derecho fundamental de la libertad de contratar, reconocido en la Constitución Política del Perú.

A modo de introducción, José Carlos Mariátegui al referirse a la independencia de las colonias españolas en esta parte del mundo, expresa que no surgió espontáneamente de nuestro suelo; en el plano ideológico, esta gesta tuvo sus raíces en los postulados liberales de la ilustración francesa, que exaltaban el derecho de propiedad y la libertad para contratar, y no el papel de la voluntad en la creación del derecho. (León Hilario, 2019)

En ese contexto, la libertad de contratar como derecho fundamental tuvo sus antecedentes de forma escueta en dos Constituciones peruanas, así en la Constitución de 1920 (en el artículo 37°) y la Constitución de 1933 (artículo 27°). Sin embargo, la Constitución vigente tiene una redacción novedosa, el artículo 62° refiere textualmente:

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras

disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley (...).

Por su parte, el Código Civil vigente contempla cinco modalidades para adquirir propiedad: apropiación, especificación y mezcla, accesión, transmisión y prescripción adquisitiva; además, los artículos 947° y 949° del Código Civil referidos a la transferencia de propiedad mueble e inmueble, respectivamente, refieren que la transferencia de propiedad de una cosa mueble se efectúa con su entrega o tradición, mientras que la transferencia de propiedad de un bien inmueble se produce con la simple obligación de enajenar. Todo lo mencionado hasta aquí se materializa con el contrato, el mismo es definido como una operación económica, la posibilidad de autorregular intereses privados para acumular riqueza. El contrato tiene fuerza de ley vinculante para las partes, se considera una norma jurídica privada que tiene reconocimiento constitucional como derecho fundamental y se expresa como la libertad de celebrar un contrato y establecer reglas que serán vinculantes hacia otros sujetos.

La vulneración de derechos constitucionales no solo se da en las relaciones con el uso arbitrario del poder público, también surgen en las relaciones entre particulares. Por ello, es necesario entender la constitucionalización del derecho civil como una extensión normativa de la Constitución hacia instituciones propias del Código Civil, la reinterpretación de instituciones jurídicas en concordancia con la Constitución en el marco del Estado Constitucional de Derecho. La proyección de normas constitucionales para resolver conflictos privados por el enfrentamiento de dos derechos fundamentales, en el problema que nos ocupa,

el derecho de propiedad y la libertad de contratar frente al ejercicio del derecho de retracto; se aplica el método constitucional argumentativo conocido como el test de proporcionalidad que consiste en ponderar los derechos en un caso en concreto, así el ejercicio abusivo del derecho que atente contra derechos fundamentales podrá ser invalidado.

Debemos diferenciar los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales. Al considerar a la propiedad como la utilidad de un bien y a la libertad de contratar como una forma de adquirir fortuna, representan libertades fundamentales de la persona, equiparándose los derechos fundamentales con los patrimoniales. La diferencia es notoria, lo que se persigue trasciende al bien económico que se pretende lograr con esos derechos, el Estado les otorga a los particulares la posibilidad de ser propietario y la posibilidad de ejercer la autonomía privada como medio de desenvolvimiento de su personalidad, ahí se encuentra el contenido esencial de dichos derechos fundamentales.

La Constitución vigente otorga una protección directa a la autonomía contractual, entendida como autonomía privada en general, tendrá protección directa del texto constitucional porque se reconoce las libertades del individuo. La tutela de este derecho es directa, se expresa en el artículo 2° inc. 14° como libertad individual⁹⁰ y es reforzada por el artículo 62° de la Constitución detallado en líneas anteriores. De esta manera, se le reconoce como derecho fundamental, puede ser entendida como la libertad de contratar o no contratar, de escoger libremente con quién contratar, escoger el tipo contractual, obrar personalmente

⁹⁰ Art. 2 inc. 14° de la Constitución.- A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

o a través de un representante, y determinar las condiciones contractuales. Es importante hacer mención que la libertad de contratar o no contratar y de escoger con quién contratar, pueden denominarse libertad de elección; a su vez, escoger el tipo contractual y el contenido del contrato pueden denominarse como libertad de regulación. Todo lo expresado se vincula con la regulación del artículo 1351° del Código Civil, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial; es un acto bilateral que se desprende de la manifestación de voluntad concurrente de ambas partes. La autonomía contractual puede resumirse al poder de elección y el poder de regulación, dichos conceptos son el contenido esencial del derecho de libertad de contratar reconocido también por el máximo intérprete de la Constitución, así el fundamento jurídico 53, de la Sentencia que corresponde al EXP. N° 01535-2006-AA, refiere que:

Consagrado en el inciso 14) del artículo 2° de la Constitución, el derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo fruto de la concertación de voluntades debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público. Tal derecho prima facie garantiza: Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir a su cocelebrante. Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

Los derechos fundamentales de libertad no tienen dentro de su contenido poder alguno que sea susceptible para abatir los derechos de otras personas, salvo en los casos de conflicto de derechos fundamentales. Todo lo contrario, los derechos fundamentales de autonomía representados por la propiedad privada y la libertad de contratar, contienen un poder inherente dentro de sí, con el cual se puede oponer sus derechos frente a una pluralidad de personas, en especial

en el tráfico comercial. La autonomía contractual es el poder mediante el cual los particulares delimitan su esfera de libertad efectiva, el ordenamiento jurídico reconoce este poder mediante la configuración específica de dos derechos constitucionales, la libertad de contratar y la libertad contractual, la primera es el derecho a la elección y la segunda el derecho a la regulación del contenido del contrato. (Merino Acuña, 2009)

La libertad de contratar es un derecho fundamental reconocido en la Constitución vigente de tanta importancia como cualquier otro, y en una relación contractual ambas partes ostentan el mismo derecho en igualdad de condiciones siempre que exista información suficiente basándose en las reglas de la buena fe contractual. Debemos valorar los derechos fundamentales en su aplicación directa en la sociedad, puede ser que estos entren en conflicto y sea necesario aplicar el test de proporcionalidad como método argumentativo para ponderar que derecho deberá prevalecer en un caso particular; a su vez, reforzaremos dicho argumento con la teoría del análisis económico del derecho.

El derecho de propiedad y la facultad para transferirlo libremente contienen una finalidad social, la protección constitucional del derecho de propiedad y sus derechos conexos generan incentivos en la sociedad para el uso eficiente de los recursos, por eso el derecho de propiedad será ejercido en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley, esto conlleva al aprovechamiento de los bienes para generar un beneficio económico que aporte a la sociedad en general. En ese sentido, la propiedad privada y la libertad para contratar se constituyen como el eje del desarrollo económico del país, ambos derechos representan la

manera más idónea que ha inventado el hombre para explotar adecuadamente los recursos existentes. Esto se explica porque ambos derechos tienen el mérito de internalizar las externalidades, es decir, costos y beneficios externos; las externalidades pueden condicionar la conducta de las personas para realizar una determinada acción, si una persona no puede hacer un balance entre los posibles costos y beneficios, su conducta no es coherente con la finalidad de utilización del bien. De ahí la importancia que la Constitución irradie su rango de acción a instituciones propias del derecho civil para otorgarles protección.

Entendamos al derecho como una herramienta práctica que, a través de reglas de interacción, permite resolver conflictos generados por la convivencia social. El derecho se ocupa de regular la conducta humana, y la teoría del análisis económico de derecho adopta de la economía la lógica que permite entender la conducta humana y generar mecanismos de predicción de esa conducta para la aplicación de incentivos. Siendo el derecho un mecanismo de regulación de la conducta humana por medio de normas legales, se complementa con la economía; es así que, la economía ayuda al operador jurídico a entender como las normas legales van a causar un impacto en la conducta humana, y el derecho le ayuda a los economistas a entender cómo operan las normas como mecanismo de incentivos para motivar la conducta humana, en ese punto interacciona el derecho y la economía, conocido actualmente como el análisis económico del derecho; acogemos la presente teoría para dar preferencia a los derechos fundamentales sobre el ejercicio del derecho de retracto.

En ese orden de ideas, la propiedad permite internalizar las externalidades que se producen en el uso de los bienes. La propiedad permite crear los incentivos y

los costos que se generan del bien, así cuando el titular tiene un derecho exclusivo puede apropiarse de todos los beneficios que genere el bien, obtiene el incentivo a realizar las inversiones necesarias para generar un beneficio económico, incentivándose el libre intercambio de bienes y la productividad. En ese sentido, el ejercicio del retracto restringe el derecho de libertad de contratar y el derecho de propiedad privada, colisionan directamente con la libertad de contratar del vendedor y a la vez con el derecho de propiedad del comprador primigenio; habiendo realizado el test de proporcionalidad para dar prevalencia a los derechos fundamentales y reforzando dicho método argumentativo con la teoría del análisis económico del derecho, se demuestra el tercer apartado de la hipótesis.

D. El respeto a la autonomía privada, como principio general de derecho en el Ordenamiento Jurídico nacional.

Debemos relacionar a la autonomía privada con los derechos fundamentales; siendo así, la propiedad privada y la libertad de contratar determinarán la voluntad del titular para ejercerlos con plena libertad dentro del ordenamiento jurídico nacional. Por ello, los derechos fundamentales poseen eficacia vertical en relación a los poderes del Estado, y eficacia horizontal en relación a los particulares; excluyéndose la posibilidad que se cometan actos arbitrarios por parte de los poderes públicos y privados según corresponda.

La extensión del ámbito acción de la Constitución hacia las relaciones que se originan dentro de los parámetros de la autonomía privada, constituyen un principio esencial del control constitucional. Así, el Tribunal Constitucional

asegura que los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se tenga que respetar el ámbito de la autonomía individual garantizando su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan e irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada. (Eto Cruz, 2013)

En ese contexto, estos deberes de protección imponen una ardua labor del Estado para su intervención en todos aquellos casos en los que resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión; por tanto, el control constitucional se habilita a su vez sobre actos realizados por particulares. El sistema de jurisdicción constitucional peruano, en el artículo 200° de la Constitución establece la posibilidad de la interposición del amparo contra acto u omisión de autoridad, funcionario o persona que amenace o vulnere derechos fundamentales. Así, como ha tenido la oportunidad de precisar el máximo intérprete de la Constitución⁹¹, los procesos de jurisdicción constitucional sobre la libertad, sirven para efectuar un control constitucional hacia los actos de los particulares, atendiendo caso por caso y a través de un análisis de proporcionalidad.

El principio de autonomía privada fundamenta el contenido del artículo 62° de la Constitución vigente, en el sentido que las personas tienen derecho a contratar libremente según las normas vigentes, es la ratificación de lo expresado en el artículo 2° inciso 14) de la Constitución. Así, De la Puente y Lavalle menciona

⁹¹ STC. EXP. N° 976-2001-AA/TC, fundamento jurídico 5.

que este artículo acoge la teoría normativista de la autonomía de la voluntad. De acuerdo a esta teoría, la autonomía privada es concedida a la persona por expresa delegación del ordenamiento, con la finalidad, de no entorpecer el tráfico económico jurídico, confía a los particulares la autorregulación en sus intereses, dentro de los cauces que señala el ordenamiento jurídico. (Rubio Correa, 1999)

Los derechos fundamentales desarrollados en los apartados anteriores poseen una garantía con rango constitucional, una manifestación de seguridad jurídica sobre la libertad de contratar y la propiedad, ambas reconocidas como derechos fundamentales en el inciso 14) y 16) del artículo 2° de la Constitución Política respectivamente. La presente interpretación encuentra sustento en la seguridad jurídica contemplada en el ejercicio de los derechos fundamentales dentro de los alcances del artículo 3° de la Constitución, así, no excluye otros derechos de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

En ese sentido, el concepto de propiedad se entrelaza al de libertad. Si soy titular de un derecho me corresponde la capacidad de decidir su destino. La autonomía privada o autonomía de la voluntad está relacionada directamente con el derecho de propiedad, teniendo en cuenta que la propia Constitución, dentro de sus preceptos que regulan el régimen económico, reconoce el principio de iniciativa privada expresado en su artículo 58°. Este principio se recoge también en el artículo 882° del Código Civil, el mismo refiere que: “No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”.

La razón de ser de esta norma es que los bienes deben circular a fin de satisfacer las necesidades humanas, por lo que resulta perjudicial que no puedan ser transferidos, afectándose así el tráfico comercial. Nos encontramos a favor de la libertad de disposición de bienes y la circulación de la riqueza, así cualquier restricción a estos derechos fundamentales limitaría el tráfico comercial, se enfrentan a la libertad de la oferta y demanda que apartan el intervencionismo del Estado, reduciéndose el campo de acción de la autonomía privada.

Toda persona tiene derecho a transmitir libremente su propiedad por acto inter vivos o mortis causa. La libertad de enajenar implica la libertad de ejercer el derecho de enajenar o gravar en función de tiempo, lugar o de persona, cuando lo desee el enajenante, donde lo desee, en favor de quien lo desee, a título oneroso o gratuito. La libertad de enajenar es una de las máximas garantías de la propiedad privada, se justifica que los bienes deben circular, se debe procurar su movilidad, no se puede limitar su tráfico, sobre todo cuando la voluntad del titular se manifiesta en ese sentido. Varsi Rospigliosi (2019) afirma que “antiguas instituciones tenían como sustento la inamovilidad de los bienes raíces, como las propiedades vinculadas, el mayorazgo, las capellanías, las manos muertas, el retracto, entre otras, que limitaban la libre circulación de los bienes” (pág. 234). Dicho enunciado refleja la desvinculación de los bienes y su entrada al tráfico jurídico; en la actualidad esa concepción no puede ser admitida porque contradice a los principios constitucionales que son el sustento del Estado Constitucional de Derecho y del modelo económico del país.

De toda la normatividad expresada en los apartados anteriores, podemos aseverar que el ejercicio de los derechos fundamentales desarrollados en la

presente investigación, se materializa necesariamente en el contrato, aquel refleja la intención y la voluntad de las partes; por tanto, teniendo en consideración el poder de autorregulación de sus intereses, los contratantes tendrán que cumplir con las obligaciones de carácter patrimonial asumidas en el contrato, ese es el contenido del principio de autonomía privada.

Entonces, la autonomía privada es un principio general del derecho que se conceptualiza como la facultad que otorga el ordenamiento jurídico nacional, a las personas para que puedan contratar y determinar libremente el contenido del contrato, dentro de los límites de la ley. El principio de autonomía privada se relaciona directamente con la libertad del ser humano, y a la vez engloba dos libertades, la libertad de contratar y la libertad contractual. La primera se entiende como la libertad que concede el Estado para que las personas pueden decidir si contratar o no contratar y elegir a la contraparte; y la segunda, es la facultad que tienen ambas partes para fijar libremente el contenido del contrato, ajustar sus intereses para perseguir una finalidad que mayormente es económica.

Por tanto, el ejercicio del retracto en el Perú no puede restringir el derecho de propiedad y el derecho a la libertad de contratar, estos derechos representan la piedra angular del principio de autonomía privada reconocido en los dispositivos normativos del ordenamiento jurídico nacional, desde una óptica constitucional a favor de los derechos fundamentales y reforzando esa postura con el análisis económico del derecho, demostrándose el último apartado de la hipótesis.

CAPITULO IV

PROPUESTA DE UN NUEVO CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE DIGNIDAD, BASADO EN LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES ENTENDIDOS COMO LIBERTADES ECONÓMICAS

La Constitución es la norma jurídica de máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional, es el texto fundamental dotado de contenido jurídico esencial que procura la defensa de derechos fundamentales, los mismos que reúnen valores y principios constitucionales. La Constitución como fuente suprema del derecho, irradia su hegemonía a todo el ordenamiento jurídico vinculando a los poderes públicos y a los ciudadanos, cuyo texto es redactado de manera general y es aplicable a la esfera pública y privada, extendiéndose a todas las ramas del derecho, y particularmente en el derecho civil patrimonial, según el grado de realización de los derechos fundamentales socioeconómicos; en la presente investigación, el derecho a la propiedad y el derecho a la libertad de contratar repercuten en las relaciones jurídico privadas, dentro de los límites que la ley establece, en armonía con el orden económico, anteponiendo la necesidad de proteger también a la dignidad humana como principio constitucional general.

El proceso de constitucionalización del derecho civil permite la regulación de diversas instituciones jurídicas en la Constitución, un desarrollo adicional que pretende amparar derechos de orden privado, derechos patrimoniales como el derecho a la propiedad y a la libertad de contratar, que inciden directamente en la vida económica del país, merecen protección constitucional. Ello en razón, a

la prevalencia de los derechos fundamentales sobre relaciones privadas que justifican su actuación en el principio general de la autonomía de la voluntad, siendo necesario revalorar la naturaleza y los alcances inherentes a la regulación constitucional, entendidos como derechos individuales con proyección social que promueven el bienestar general de la colectividad, estos asuntos resultan importantes para sociedad y el Estado. El proceso de constitucionalización se ha expandido a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quien asumió el rol de supremo intérprete de la Constitución, para así resolver conflictos de derechos entre particulares, priorizando el contenido esencial de los derechos fundamentales, en concreto los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, en función de los principios constitucionales que obedecen a la defensa de la dignidad humana, como fin supremo del Estado, garante del orden constitucional y el cumplimiento de la fuerza normativa de la carta magna, debiéndose valorar en cada caso particular, la razón de ser de la ley y la Constitución, valiéndose de la interpretación teleológica y de la argumentación jurídica. Así, el Tribunal Constitucional ha desarrollado consideraciones importantes para la resolución de conflictos en aras de protección de derechos fundamentales; especialmente, la defensa de la propiedad y la tutela de la libertad de contratar, es necesario replantear la interpretación de instituciones jurídicas civiles conforme a lo establecido por la Constitución y el modelo del Estado Constitucional de Derecho, es imposible amparar una transgresión de derechos fundamentales de personas naturales y jurídicas que son parte activa en la economía del orden jurídico nacional; en ese sentido, la interpretación de la constitución y las leyes deben procurar la defensa de los derechos fundamentales, garantizando el ejercicio de derechos y libertades de primer orden.

La Constitución ha contemplado un modelo económico que representa un medio de realización de la persona humana, el único límite de la actuación estatal económica es el respeto por los derechos fundamentales, el Estado deberá orientar el desarrollo del país, y actuar directamente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura según lo establecido en el artículo 58° de la Constitución; además, de prever garantías constitucionales que procuren la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad materializado en la plena vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos. El Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 0206-2005-AA/TC hace una distinción entre los derechos fundamentales de configuración constitucional y legal según la Constitución, en el sentido que los derechos reconocidos en el texto fundamental son objeto de protección inmediata por la vía del proceso de amparo; a su vez, los derechos de configuración legal se accionan en la vía jurisdiccional. Por tanto, la fuerza normativa de la Constitución permite el fortalecimiento de los derechos fundamentales y las libertades intrínsecas de los sujetos de derecho; por su parte, la supremacía constitucional posiciona a la Constitución en un primer plano en el ordenamiento jurídico, que es utilizada como un instrumento capaz de defender cualquier perpetración por parte de los poderes públicos o privados que afecten directamente en la vida de los ciudadanos y sus derechos.

Siguiendo ese orden de ideas, los derechos fundamentales económicos se convierten en el motor que dinamiza la economía del país, beneficiando a la sociedad y al Estado; sin embargo, deben ejercerse en armonía con el bien común, con el debido respeto a la Constitución, es ella quien otorga seguridad

jurídica y garantiza los derechos fundamentales por intermedio de la justicia constitucional; en el actual modelo del Estado Constitucional, la tutela de derechos a través de la justicia ordinaria no es suficiente, debemos requerir la intervención del Tribunal Constitucional como organismo autónomo capaz de garantizar la supremacía jurídica de la Constitución; de ahí, la importancia de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales y limitar los excesos de los poderes con el uso del test de proporcionalidad, considerado como la mejor técnica para racionalizar el proceso de constitucionalización del derecho, para proteger a la persona humana y sus derechos en el marco jurídico de la Constitución y las leyes. (Landa Arroyo, 2013)

El régimen económico peruano se basa en una economía social de mercado, pretende equilibrar el intervencionismo del Estado en las relaciones económicas y la función social de los principales derechos económicos esenciales para la creación de la riqueza, el derecho de propiedad y la libertad de su ejercicio dentro de los límites legales. Este régimen permite el enfrentamiento de instituciones jurídicas desarrolladas en la legislación civil y los derechos fundamentales que inciden en la vida económica del país; por ende, la presente investigación propone reivindicar el valor primordial que les corresponde a los derechos fundamentales por su configuración constitucional, promover el desarrollo de todos los individuos con equidad e igualdad de condiciones, persiguiendo la búsqueda del bien común, el desarrollo de instituciones reguladas en la legislación civil, deberá conectarse directamente con la Constitución para cautelar la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, principios que representan el fin supremo de la sociedad y del Estado. Es imperativo acudir

a la norma jurídica de máxima jerarquía en el Ordenamiento y a sus principios constitucionales para dirimir cualquier colisión de derechos con intereses colectivos, por intermedio del Tribunal Constitucional, quien ejercerá una función interpretativa del contenido esencial de los derechos y libertades económicas, y de esa manera asegurar el control de la constitucionalidad.

El derecho de propiedad se extiende a la libertad de su titular respecto a la disposición de sus bienes, este derecho es inviolable y tiene reconocimiento constitucional, el Estado nos otorga el poder jurídico de someter la propiedad a nuestra voluntad aprovechándola económicamente, es un derecho exclusivo porque se puede oponer frente a terceros. El contenido esencial del derecho de propiedad se representa por el beneficio económico que tiene una repercusión significativa en la sociedad dentro de los límites que la Constitución y la ley permiten, el Estado deberá garantizar que el titular del derecho no se vea afectado frente a actuaciones arbitrarias por parte de los poderes públicos o de intereses particulares. La postura que adopta el Tribunal Constitucional es que el derecho de propiedad cumple una función social, su ejercicio no se agota en la simple satisfacción individual del titular del derecho, sino que su aprovechamiento no lesionará otros derechos fundamentales; del mismo modo, su libre disposición se ejerce en armonía con el bien común favoreciendo el desarrollo económico de la sociedad.

Desde una perspectiva institucional, los derechos económicos fundamentales que pretendemos tutelar, son principios constitucionales que sustentan el modelo de economía social de mercado que reconoce diversas formas de

propiedad y la libertad para disponer de ellas con seguridad jurídica, y que su ejercicio al explotarla económicamente no sufra interferencias por parte del Estado o de terceras personas, incluso si estas últimas alegan legitimidad, no se debe lesionar derechos fundamentales, bajo ninguna circunstancia se permite el abuso del derecho; de esa manera, no se puede privar arbitrariamente al titular del bien que tiene en propiedad ni la libertad para disponer de ella. Por tanto, el articulado que corresponde al derecho de retracto en la legislación civil, deberá interpretarse en estricta coherencia con los valores y principios expresados en la Constitución, la defensa del derecho a la dignidad, a la vida, a la igualdad, a la integridad personal y a la libertad personal, derechos que trascienden en los derechos económicos, debiéndose desterrar la concepción de reservar al derecho de propiedad en un grupo familiar cerrado, permaneciendo de forma estática y contradiciendo los postulados del modelo económico constitucional a favor del comercio y la circulación de la riqueza, estos derechos se convierten en una garantía institucional del Estado que favorece el desarrollo económico de la sociedad en armonía con el bien común, cautelar el derecho de propiedad y la libertad de contratar brindan seguridad jurídica a sus titulares, determinándose la capacidad de contratar y estrechar relaciones jurídicas patrimoniales con los operadores que confluyen en el mercado; sin embargo, el ejercicio de ambos derechos no puede verse limitado legalmente por una institución civil que rompa el equilibrio de relaciones jurídicas basadas en la autonomía privada y desconozca derechos fundamentales entendidos como libertades económicas.

La constitucionalización del derecho civil permitirá resolver conflictos de intereses en los que se deberá ponderar derechos desde una óptica de valores

aplicables a un caso en concreto priorizando el respeto de la dignidad humana, y definiendo a los derechos fundamentales como los instrumentos necesarios para que los ciudadanos desarrollen en libertad sus potencialidades dentro de la sociedad. Nuestra premisa plantea la necesidad de revalorar la defensa de los derechos fundamentales entendidos como libertades económicas cuando medie una causa injusta que ostente la arbitrariedad y el abuso del derecho; además, de la necesidad de institucionalizar la interpretación teleológica de la Constitución y los dispositivos de menor jerarquía, para que los mismos procuren la defensa de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional, teniendo en cuenta que la configuración constitucional y legal se va adaptando a nuevas realidades, surgen problemas sociales que deberán ser atendidos.

El nuevo contenido del principio constitucional desarrollado en el presente capítulo, encuentra sus bases en el respeto de la dignidad humana y los derechos conexos de igualdad y libertad que son el fundamento del Estado Constitucional de Derecho, el derecho de propiedad y la libertad de contratar cumplen una función social porque vinculan a las personas hacia la obtención fines igualmente valiosos que merecen protección, como la libertad de comercio, el dinamismo de la economía, el acceso a los servicios públicos, entre otros, y deberán coexistir respetando los derechos fundamentales, con la intervención del Tribunal Constitucional como protagonista en la defensa de la Constitución y su supremacía. Finalmente, nuestra postura supone una solución acorde en el tiempo con justicia, procurando la defensa de los derechos fundamentales a través de la ponderación y la búsqueda constante de la justicia constitucional.

CONCLUSIONES

1. El Estado Constitucional de Derecho promueve la vigencia de los derechos fundamentales, remitiéndose a la Constitución como norma de máxima jerarquía en el Ordenamiento Jurídico. El Estado otorga a los particulares la posibilidad de adquirir propiedad y la libertad para disponer de ella, en armonía con el bien común. En ese sentido, el ejercicio del derecho de retracto y su efecto subrogatorio imponen una limitación a los derechos fundamentales antes mencionados, los mismos que colisionan entre sí, es necesario aplicar el test de proporcionalidad para determinar qué derecho deberá prevalecer en atención a su contenido constitucionalmente protegido.
2. El derecho fundamental de libertad de contratar es una extensión del derecho de propiedad, se encuentra regulado en la Constitución, y se constituye como el eje del desarrollo económico del país porque permite la adecuada explotación de los recursos; asimismo, consiste en la libertad para decidir si contratar o no, de escoger con quien contratar y determinar las condiciones contractuales, persiguiendo un beneficio económico, evaluando los incentivos y costos que se generan del bien para su aprovechamiento eficiente, promoviendo el libre intercambio de bienes que incidirá de manera positiva en la sociedad en general.
3. Los derechos de propiedad y libertad de contratar tienen reconocimiento taxativo en la Constitución, si soy titular de un derecho me corresponde decidir su destino en el marco del principio general de autonomía privada, el

ordenamiento delega a los particulares la autorregulación de sus intereses dentro de los límites de la ley. De esta manera, la propiedad le confiere al titular el poder de libre disposición y de libre realización en el mercado, no se puede desconocer el derecho de propiedad de quien adquiere un bien y luego es sustituido por el retrayente. La Constitución garantiza las libertades del individuo y el respeto de su dignidad; por tanto, el control constitucional se extiende a los actos celebrados por los particulares cuando se vulneren derechos fundamentales, excluyéndose toda posibilidad que se comenten actos arbitrarios o el ejercicio abusivo de un derecho.

4. El derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato original; el retrayente deberá reembolsar el precio, los tributos, los intereses pactados y los gastos incurridos por el adquirente. El retracto tiene lugar en el contrato de compraventa, dación en pago y en la permuta, debido a que estos dos últimos contratos se rigen por las disposiciones de la compraventa. El ejercicio del retracto afecta el derecho de propiedad de un legítimo adquirente y la libertad de contratar del enajenante.
5. Proponemos reivindicar el valor primordial de los derechos fundamentales promoviendo el desarrollo de todas las personas en igualdad de condiciones en búsqueda del bien común. En ese sentido, el ejercicio del retracto deberá conectarse con la Constitución y sus principios para defender a los derechos fundamentales que se basan en la dignidad humana; es imperativo acudir a la Constitución para dirimir cualquier colisión de derechos que engloban intereses colectivos, a través de la ponderación y la justicia constitucional.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Tribunal Constitucional, en su rol de órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, uniformizar sus decisiones jurisprudenciales en los casos de colisión entre derechos, procurando la defensa de los derechos fundamentales que se basan en la dignidad humana y sus derechos conexos, a través del test de proporcionalidad se determinará qué derecho debe prevalecer en atención a su contenido esencial.
2. Se recomienda a los operadores jurídicos hacer propios los fundamentos que definen al Estado Constitucional de Derecho, al proceso de Constitucionalización del Derecho Civil y a la Teoría del Análisis Económico del Derecho, para justificar la prevalencia de los derechos fundamentales frente al ejercicio del derecho de retracto.

LISTA DE REFERENCIAS

- Aguiló Regla, J. (2008). *Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. Mallorca: Lleonard Muntaner.
- Albaladejo García, M. (1958). *Derecho Civil. Tomo III*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales. Ernesto Garzón Valdés (trad.)*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 3-14.
- Arias-Schreiber Pezet, M. (1988). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: San Jerónimo Ediciones.
- Arrubla Paucar, J. (2 de Noviembre de 2020). *Dialnet Universidad de la Rioja*. Obtenido de Dialnet Universidad de la Rioja: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5549014.pdf>
- Atienza, M., & Ferrajoli, L. (2017). *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*. México: Instituto de investigaciones jurídicas - UNAM.
- Avendaño V., J., & Avendaño A., F. (2017). *Derechos reales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Avendaño Valdez, J. (2003). *Código Civil Comentado - por los cien mejores especialistas, Tomo V Derechos reales*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Bernal, C. (2007). *Estudio introductorio a la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Beuchot Puente, M. (2008). *Derechos humanos historia y filosofía*. México D.F.: Distribuciones Fontamara.
- Bigio Chrem, J. (26 de noviembre de 1990). Exposición de Motivos Oficial del Código Civil. *Diario Oficial "El Peruano"*, pág. 5 y ss.
- Bigio Chrem, J. (1998). *Exposición de motivos oficial del Código Civil: hipoteca, pago, derecho de retracto, registros públicos*. Lima: Comisión Revisora del Código Civil.
- Blancas Bustamante, C. (2017). *Derecho constitucional*. Lima: Aleph Impresiones S.R.L.
- Borda, G. (2012). *Tratado de Derecho Civil: Derechos reales*. Buenos Aires: La Ley.
- Bullard, A. (2009). *Derecho y economía, el análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores.
- Bullard, A. (2018). *Análisis económico del derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Cantuarias Salaverry, F. (1991). Retracto: Réquiem de un derecho "económico y social". *Themis*, 61-68.
- Carrillo, Y. (2009). *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.
- Castillo Freyre, M. (2000). *Tratado de la venta. Tomo VI*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Castillo Freyre, M. (2008). Derecho de retracto. *Ubi Societas Ibi Ius*, 93-108.
- De la Puente y Lavalle, M. (1991). *El contrato en general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De la Puente y Lavalle, M. (1998). Derecho Retracto. *Themis*, 125-140.
- De Otto, I. (1998). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- Domínguez Águila, R. (1996). Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno. *Revista de derecho y jurisprudencia. Tomo XCIII. N° 3*, 107-137.
- Effio Arroyo, B. O. (2015). *La estructura de los derechos fundamentales y su interpretación constitucional*. Lima: Tinco S.A.
- Eto Cruz, G. (2013). *Constitución y Procesos Constitucionales. Tomo I*. Lima: Adrus D&L Editores S.A.C.
- Eto Cruz, G. (2013). *Constitución y Procesos Constitucionales. Tomo II*. Lima: Adrus D&L Editores S.A.C.
- Eyzaguirre, J. (1998). *Historia del derecho*. Santiago: Editorial universitaria.
- Fernández Arroyo, M. (20 de Noviembre de 2020). *Dialnet Universidad de la Rioja*. Obtenido de Dialnet Universidad de la Rioja: <http://www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119300>
- Ferrajoli, L. (2003). *Pasado y futuro del estado de derecho*. Madrid: Trotta.
- Fuentes Delgado, M. (2018). *Derecho constitucional filosófico*. Lima: Servicios Gráficos JMD S.R.L.
- Gama, G. (2011). *Direitos reais*. Sao Paulo: Atlas.
- García Pelayo, M. (2000). *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza.
- Gonzales Ojeda, M. (2013). *Derecho constitucional general*. Lima: Editorial Universitaria.
- Grández Castro, P. (2010). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano. En M. Carbonell, & P. Grández Castro, *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo* (págs. 337-376). Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México D.F.: Distribuciones Fontamara.
- Gutiérrez Camacho, W. (2003). *Código Civil Comentado - por los cien mejores especialistas, Tomo VII Contratos en general*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Hesse, K. (1995). *Derecho constitucional y derecho privado*. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (trad.). Madrid: Civitas.
- Hierro, L. L. (2002). *Justicia, igualdad y eficiencia*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Huerta Sáenz, H. A. (01 de noviembre de 2020). *Jusdem*. Obtenido de Jusdem: <http://www.jusdem.org.pe/noticias/Reflexiones%20sobre%20el%20Derecho%20de%20Propiedad.pdf>
- Kresalja, B., & Ochoa, C. (2019). *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Lacruz Berdejo, J. L. (1984). *Manual de Derecho Civil*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Landa Arroyo, C. (2002). Teorías de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, 17-48.
- Landa Arroyo, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Derecho PUCP Revista de la facultad de derecho N° 71*, 13-36.
- Landa Arroyo, C. (2017). *Los Derechos fundamentales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- León Barandiarán, J. (1965). *Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo I*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- León Hilario, L. (2019). *Derecho privado, parte general: negocios, actos y hechos jurídicos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Leyva Saavedra, J. (2012). Autonomía privada y contrato. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 267-290.
- Leyva Saavedra, J. (2 de Enero de 2020). *Poder Judicial del Perú*. Obtenido de Poder Judicial del Perú: <http://www.pj.gob.pe/doctrina+nacional/José+Leyva+Saavedra.pdf>.G
- Maqueo Ramírez, M. S. (2013). *Una revisión de la asistencia jurídica gratuita desde el análisis económico del derecho y el derecho constitucional*. México D.F.: Instituto de investigaciones jurídicas - UNAM.
- Martinez Zorrilla, D. (2014). El principio de proporcionalidad como criterio de resolución de conflictos constitucionales. En M. García García, & R. Moreno Cruz, *Argumentación Jurídica. Fisonomía desde una óptica forense* (págs. 3-27). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Mejorada Chauca, M. (5 de Noviembre de 2020). *Gestión*. Obtenido de Gestión: <http://blogs.gestion.pe/prediolegal/2016/06/tierra-de-nadie.html>
- Merino Acuña, R. (2009). La tutela constitucional de la autonomía contractual. En G. Gonzales Barrón, R. Merino Acuña, J. A. Beltrán Pacheco, & J. Cieza Mora, *Derecho civil patromonial en la Constitución* (págs. 43-110). Lima: Gaceta Jurídica.

- Moreso, J. J. (2009). Alexy y la aritmética de la ponderación. En R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación* (págs. 223-248). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Navarrete Pérez, J. (2018). Apuntes y discusiones sobre el derecho de retracto en la legislación y jurisprudencia peruana. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 187-201.
- Pegoraro, L. (2007). La utilización del derecho comparado por parte de las cortes constitucionales: un análisis comparado. *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista doctrina y jurisprudencia*, 385-436.
- Perrone, N. (2013). *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*. Buenos Aires: La Ley.
- Pinzón Camargo, M. A. (2010). *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá: Editorial de la Universidad Externado de Colombia.
- Posner, R. A. (1998). *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Prieto Sanchís, L. (2009). Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales. En L. Ortega Álvarez, & S. De la Sierra Morón, *Ponderación y derecho administrativo* (págs. 51-71). Madrid: Marcial Pons.
- Priori Posada, G. (2019). *El proceso y la tutela de los derechos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ramos Pascua, J. (1989). *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart: un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo*. Madrid: Tecnos.
- Revoredo de Debakey, D. (1985). *Código Civil: Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima: Okura Editores S.A.
- Rodríguez-Toubes Muñiz, J. (1998). En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales. *Derechos y Libertades*, 397-410.
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo III*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio Correa, M. (2005). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio Correa, M. (2017). *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio Correa, M., Eguiguren Praeli, F., & Bernal Ballesteros, E. (2017). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Análisis de los artículos 1,2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ruiz Miguel, C. (2013). *Constitucionalismo clásico y moderno: desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional*. Lima: Consorcio Comercial Huscaran S.A.C.

- Serna, P., & Toller, F. (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley.
- Soto Coaguila, C. A., & Vattier Fuenzalida, C. (2011). *Libertad de contratar y libertad contractual: estudios sobre el código europeo de contratos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Toyama Miyagusuku, J. L. (10 de Noviembre de 2020). *Revistas PUCP*. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/3250/3087>
- Varsi Rospigliosi, E. (2019). *Tratado de derechos reales. Posesión y propiedad. Tomo 2*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
- Vidal Ramos, R. (7 de Noviembre de 2020). *Congreso de la República del Perú*. Obtenido de Congreso de la República del Perú: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052579B50075B041/\\$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCEIA_PROPIEDAD_DERECHO_CIVIL_PERUANO.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052579B50075B041/$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCEIA_PROPIEDAD_DERECHO_CIVIL_PERUANO.pdf)
- Villarán Angulo, L. F. (2016). *La Constitución peruana comentada*. Lima: Servicios Gráficos JMD S.R.L.
- Witker Velásquez, J. A. (2016). *Juicios orales y derechos humanos*. México: Instituto de investigaciones jurídicas - UNAM.