

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA**

**UNIDAD DE POST GRADO**

**Aplicación del control difuso por parte de los  
Registradores Públicos por vulneración del  
denominado contenido esencial del Derecho de  
Propiedad**

**TESIS**

Para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con Mención en  
Derecho Constitucional y Derechos Humanos

**AUTOR**

**Gilberto Mendoza Del Maestro**

**Lima – Perú**

**2012**

A mis padres y hermanos, y a mi hijo Julio Ignacio. A los primeros por el apoyo constante que me brindaron, y a mi hijo porque le dio sentido a mi vida en el desarrollo de mis estudios de maestría.

## ÍNDICE GENERAL

### CAPÍTULO I

1. EL TEMA	1
2. INTRODUCCIÓN	1
3. OBJETIVOS, JUSTIFICACIÓN	2
4. CARACTERÍSTICAS: HISTÓRICA, COMPARATIVA, INTERPRETATIVA, PROPOSITIVA, ETC.	3
5. LINEAMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN	4
6. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS	4
7. APORTES DE LA INVESTIGACIÓN A LA DOCTRINA, A LA TEORÍA, A LA LEGISLACIÓN Y A LA JURISPRUDENCIA	4
8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	5

### CAPÍTULO II

#### ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL CONTROL DIFUSO EN EL PERÚ

INTRODUCCIÓN	6
1. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL	8
2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: ENTRE LA JERARQUÍA NORMATIVA Y LA LEGALIDAD	11
2.1 PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA	11
2.2 PRINCIPIO DE LEGALIDAD	13

3. CONTROL NORMATIVO: EL CONTROL DIFUSO Y EL CONTROL CONCENTRADO	18
4. CONTROL DIFUSO APLICADO POR LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	20
4.1 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL CONTROL DIFUSO	20
4.2 RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	21
4.2.1 SENTENCIA QUE ESTABLECE COMO PRECEDENTE QUE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS ESTÁN OBLIGADOS A APLICAR EL CONTROL DIFUSO Y SU ACLARATORIA.	23
CONCLUSIONES	26

### **CAPÍTULO III**

#### APUNTES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD A PARTIR DE SUS CONTORNOS CONSTITUCIONALES

INTRODUCCIÓN	27
1. DEFINICIÓN	29
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	32
3. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	35
4. LA CORTE EUROPEA Y LA CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS	36
5. LA PROPIEDAD EN LAS CONSTITUCIONES DEL PERÚ	39
6. LA PROPIEDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL	44
6.1 LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD	48
6.2 EXPROPIACIÓN.	50
CONCLUSIONES	54

### **CAPÍTULO IV**

#### EL REGISTRADOR PÚBLICO EN EL SISTEMA REGISTRAL PERUANO

INTRODUCCIÓN	56
1. LA FUNCIÓN PÚBLICA	58
1.1 IDEAS PRELIMINARES	58
1.2 DEFINICIÓN	59
1.3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	61
1.3.1 ALEMANIA	63
1.3.2 FRANCIA	65
1.3.3 ITALIA	66
1.3.4 ESPAÑA	69
1.3.5 GRAN BRETAÑA	71
1.3.6 ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA	74
1.4 SISTEMAS	76
1.4.1 MODELO ANGLOSAJÓN	76
1.4.2 MODELO EUROPEO CONTINENTAL	77
2. EL FUNCIONARIO PÚBLICO	78
2.1 IDEAS PRELIMINARES	78
2.2 CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO	80
2.2.1 DISTINCIÓN CON OTROS AGENTES	81
2.3 EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO	83
2.3.1 VÍNCULO ENTRE EL FUNCIONARIO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	83

2.3.2 TEORÍA DEL ÓRGANO	89
2.4 EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL PERÚ	93
2.4.1 EXÉGESIS NORMATIVA	93
2.4.1 REGULACIÓN CONSTITUCIONAL	93
2.4.2 REGULACIÓN INFRACONSTITUCIONAL	96
3. EL REGISTRADOR PÚBLICO	105
3.1 IDEAS GENERALES	105
3.2 EL REGISTRADOR PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO .....	107
3.2.1 ALEMANIA	.....107
3.2.2 ESPAÑA	.....108
3.3 EL REGISTRADOR PÚBLICO EN EL PERÚ	.....111
3.3.1 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LOS REGISTROS PÚBLICOS EN EL PERÚ Y DE LOS REGISTRADORES PÚBLICOS	.....111
3.3.2 LEY 26366 Y LA SUNARP	.....114
3.3.3 EL MARCO LEGAL DE LOS REGISTRADORES	.....116
3.3.4 AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA POR PARTE DE LOS REGISTRADORES.	.....118
CONCLUSIONES.	.....121

## **CAPÍTULO V**

LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO  
POR VULNERACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE  
PROPIEDAD.

INTRODUCCIÓN	.....123
1. CONCEPTO	.....126
2. NATURALEZA DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.	.....128
2.1 LA CALIFICACIÓN EN LOS REGISTROS JURÍDICOS Y REGISTROS ADMINISTRATIVOS.	.....134
3. JUSTIFICACIÓN: SEGURIDAD JURÍDICA Y SEGURIDAD DEL TRÁFICO.	137
3.1 LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL: SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA.	.....140
3.2 FUNDAMENTO	.....148
4. LA CALIFICACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.	.....149
4.1. ALEMANIA	.....150
4.2 ESPAÑA	.....156
5. ANTECEDENTES EN EL PERÚ	.....165
6. LA CALIFICACIÓN EN EL PERÚ	.....176
6.1 LA CALIFICACIÓN PROPIAMENTE DICHA	.....177
6.2 ALCANCES DE LA CALIFICACIÓN	.....177
6.2.1 MARCO GENERAL	.....178
6.2.1.1 CALIFICACIÓN INTEGRAL	.....178
6.2.1.2 PROPICIAR LAS INSCRIPCIONES	.....179
6.3 ASPECTOS DE LA CALIFICACIÓN	.....182
6.3.1 VALIDEZ DEL ACTO	.....182
6.3.2 ANÁLISIS PROPIAMENTE REGISTRAL	.....184
6.3.2.1 LA LEGALIDAD EN SEDE REGISTRAL	.....184
6.4 APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO EN EL ÁMBITO REGISTRAL	.....186
6.4.1 CONTROL DIFUSO APLICADO POR EL TRIBUNAL REGISTRAL	.....189

6.4.2 LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y EL DERECHO DE PROPIEDAD: NOTAS SOBRE EL CASO DE ABANDONO EN EL RÍMAC	.....193
6.4.3 LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y LA REVERSIÓN DE LAS TITULARIDADES A FAVOR DEL ESTADO. CONCLUSIONES	.....195
CONCLUSIONES Y BALANCES FINALES	.....197
BIBLIOGRAFÍA	



## RESUMEN

El Tribunal Constitucional mediante Resolución del 12-6-2005 -lo cual fue desarrollado luego por la Resolución del 24-10-2006 y precisada por la Resolución del 13-10-2006- abrió la posibilidad que los Tribunales Administrativos puedan realizar el Control Difuso. Si bien en un inicio el TC señaló que era facultativo la aplicación de dicho control normativo, luego lo señaló como deber: «el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir de realizar el control difuso -dimensión objetiva-, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos -dimensión subjetiva-» lo cual es relevante, toda vez que su inobservancia estaría violando el derecho al debido proceso (procedimiento).

Dicho esto, el Tribunal extendió lo señalado por el artículo 138 de la Constitución peruana (lo cual es de por sí cuestionable), el cual sólo facultaba a los jueces. Esto tiene como consecuencia natural el redimensionamiento del principio de legalidad a partir del tipo de estado que hemos adoptado: «En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa, simple y llanamente, la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales» y asimismo señala: «De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la Administración pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38 y 51 de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático».

A partir de dichas Resoluciones se han generado diversas críticas en el ambiente jurídico peruano, las cuales señalan, entre otras cosas, que el ejercicio del control difuso por parte de la Administración pública podría afectar la seguridad jurídica, afectar el principio de legalidad administrativa, generar caos y afectar al Estado de Derecho. El presente texto aborda esto a partir del cuestionamiento de si los registradores públicos pueden realizar el control difuso cuando se vulnere el contenido esencial del derecho de propiedad.

## ABSTRACT

The Constitutional Tribunal (CT) of Peru, by means of its Ruling of 12/06/05 (which was developed later by the Ruling of 24/10/06 and further focused by the Ruling of 13/10/06), opened the possibility of administrative courts' performing diffuse control.

Although at first the CT indicated that the application of said control over legislation was optional, later it indicated that diffuse control was a duty: «The right and the duty of administrative courts and judicial panels to prefer the Constitution over the law, i.e., to perform diffuse control (objective dimension), forms part of the protected constitutional content of the citizen's fundamental right to due process and procedural protection in administrative courts (subjective dimension) ». This is significant, whereas non-observance would violate the right to due process (procedure)».

Having said this, the Court extended the terms of article 138 of the Peruvian Constitution (a course that is in itself questionable), which empowered judges only. This has the natural consequence of adjusting the dimension of the principle of legality to suit the type of state we have adopted: «In this sense, the principle of legality in the constitutional State does not merely mean enforcement of and compliance with what a law establishes, but also, principally, the law's compatibility with the objective order of constitutional principles and values», and the Court moreover indicated, «Otherwise, the application of an unconstitutional law by the public administration implies a denial of the principle of the supremacy of the Constitution, and that of its legislative force, because we would be giving priority to the principle of legality, to the detriment of the juridical supremacy of the Constitution established in articles 38, 51 and 201 of the Constitution; which subverts the very fundamentals of the constitutional and democratic State».

These rulings have aroused a variety of critiques in the Peruvian legal sphere, arguing, amongst other things, that the exercise of diffuse control by the public administration may affect legal certainty, affect the principle of administrative legality, generate chaos and affect the rule of law.

This text describes the state of the question of these rulings and their involvement in the registration sphere.

## **CAPÍTULO I**

### **APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO POR PARTE DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS – REGISTRADORES PÚBLICOS POR VIOLACIÓN AL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PROPIEDAD**

#### **INVESTIGACIÓN TEÓRICO DOGMÁTICO**

##### **Maestría de derecho con Mención en Derecho Constitucional**

1. El tema 2. Introducción 3. Objetivos, Justificación 4. Características: Histórica, Comparativa, Interpretativa, Propositiva, etc. 5. Lineamientos de la investigación 5.1 Líneas de Investigación (Temáticas) 6. Formulación de Hipótesis 7. Aportes de la Investigación a la doctrina, a la teoría, a la Legislación y a la jurisprudencia 8. Conclusiones y Recomendaciones 9. Bibliografía 10. Anexos

#### **1. EL TEMA**

Aplicación del control difuso por parte de los funcionarios públicos – registradores públicos.

#### **2. INTRODUCCIÓN**

Imaginemos que se publicó el día de ayer en el diario oficial una norma en virtud de la cual el cómputo de la prescripción para la adquisición de la titularidad de un bien inmueble aumenta a 30 años, dejándose sin efecto el término de 10 años vigente hasta la fecha de la publicación,<sup>1</sup> e incluso cancelando las inscripciones realizadas que no hayan cumplido dicho término,

---

<sup>1</sup> El código civil vigente señala en el artículo 950 “La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.”

es decir teniendo efectos retroactivos, pese al mandato expreso del artículo 103 de nuestra Carta Magna.<sup>2</sup>

¿Cómo debería procederse en sede registral si el día de hoy el ex titular registral que perdió por prescripción el bien inmueble solicita la cancelación de la inscripción vigente, y la re-inscripción de su titularidad en virtud de la norma antes mencionada?

Si nos guiáramos por el principio de legalidad –entendido como literalidad- debería aceptarse tal solicitud, dado que la fuerza que tiene la ley en sede administrativa es vinculante, por lo que el perjudicado sólo tendría la vía jurisdiccional para hacer valer su derecho. Entonces, ¿una norma que es a todas luces inconstitucional será aplicada por los entes administrativos basados en dicho criterio de legalidad?

### **3. OBJETIVOS, JUSTIFICACIÓN**

#### **OBJETIVO GENERAL:**

Demostrar que sí puede extenderse la legitimación de aplicación del control difuso a dicho funcionario público.

#### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS :**

---

<sup>2</sup> Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho. "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho".

- a. Demostrar que nos encontramos en un estado constitucional.
- b. Demostrar que existe actualmente un redimensionamiento del principio de legalidad.
- c. Demostrar que el principio de jerarquía normativa sustenta en parte la aplicación del control difuso por parte de los entes administrativos.

## **JUSTIFICACIÓN**

El Tribunal Constitucional en el año 2005 reconoció y *exigió* a la Administración Pública aplicar el control difuso en caso de normas que manifiestamente vulneren la constitución. Sin embargo, ante las dudas sobre el tema, en el año 2006 se precisó que sólo los *tribunales administrativos y órganos colegiados* dentro de la administración tenían dichas potestades.

El cuestionamiento que motiva este trabajo es el ¿por qué tal limitación? ¿los registradores públicos podrían aplicar el control difuso? ¿por qué no? En esa línea, en principio desarrollaremos un recuento de lo señalado por el Tribunal Constitucional en sus distintas resoluciones, para luego –a partir del estado constitucional de derecho- plantear la posibilidad –viable o no- de otorgar a los registradores públicos la posibilidad de aplicar el control difuso

## **4. CARACTERÍSTICAS: HISTÓRICA, COMPARATIVA, INTERPRETATIVA, PROPOSITIVA, ETC.**

El trabajo incluirá el estudio de las instituciones desde un punto de vista dogmático, el ámbito histórico y del derecho comparado. Luego se hará un estudio a partir de la normativa, de los casos que se han dado en sede registral a fin de proponer la posibilidad que los registradores públicos puedan aplicar el control difuso.

## **5. LINEAMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **5.1 LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN (TEMÁTICAS)**

Las líneas temáticas de la investigación serán:

- El estado constitucional de derecho y su verificación en nuestro ordenamiento.
- Los sistemas de control constitucional.
- Las sentencias del Tribunal Constitucional.
- Estudio de los Registradores Públicos como agentes del estado.
- Estudio de la función de los Registradores Públicos y su competencia para aplicar el control difuso.

## **6. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS**

El control difuso no sólo se encuentra habilitado para su aplicación por parte de los tribunales administrativos, sino que debe extenderse a cierto tipo de funcionarios como los registradores públicos.

## **7. APORTES DE LA INVESTIGACIÓN A LA DOCTRINA, A LA TEORÍA, A LA LEGISLACIÓN Y A LA JURISPRUDENCIA**

Se ha profundizado en el estudio del control difuso a partir del redimensionamiento del principio de legalidad, el cual organiza la administración pública, variando la conceptualización tradicional que existe en materia administrativa.

En ese sentido, en sede registral de no hacerse vía ampliación de criterios por parte del Tribunal Constitucional, se propondrá dispositivos normativos sobre el mismo.

Esto tendrá un impacto importante en la emisión de la calificación de los registradores públicos, permitiendo el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en materia de seguridad jurídica, propiedad, contratación, entre otros.

## **8. Conclusiones y Recomendaciones**

El presente estudio desde un ámbito teórico sirve de sustento para una variación sustancial en la calificación registral, lo cual se traduce en la protección de la seguridad jurídica.

No existen actualmente estudios sobre la materia especializados en los diferentes agentes del estado sobre su labor y su vínculo con el ámbito constitucional.

Este trabajo pretende abarcar a uno de ellos, pudiendo aplicar las conclusiones del mismo a otros funcionarios siempre y cuando se realicen las precisiones del caso y se tomen en cuenta las diferencias existentes entre las funciones de dichos agentes estatales.

## CAPÍTULO II

### ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL CONTROL DIFUSO EN EL PERÚ

**INTRODUCCIÓN 1. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL 2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: ENTRE LA JERARQUÍA NORMATIVA Y LA LEGALIDAD 2.1 PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA 2.2 PRINCIPIO DE LEGALIDAD 3. CONTROL NORMATIVO: EL CONTROL DIFUSO Y EL CONTROL CONCENTRADO 4. CONTROL DIFUSO APLICADO POR LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 4.1 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL CONTROL DIFUSO 4.2 RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 4.2.1 SENTENCIA QUE ESTABLECE COMO PRECEDENTE QUE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS ESTÁN OBLIGADOS A APLICAR EL CONTROL DIFUSO Y SU ACLARATORIA. CONCLUSIONES.**

#### INTRODUCCIÓN

Imaginemos que mediante ordenanza municipal por interés municipal se “expropia” los predios que están ubicados frente a la Avenida Faucett toda vez que busca ampliarse la pista para el tránsito de vehículos.

A partir de dicha norma se presenta en sede registral un título con dicha ordenanza como sustento para su calificación.

¿Cómo debería procederse en sede registral si existe el principio de presunción de legitimidad y legalidad de las normas?

Si nos guiáramos por el principio de legalidad debería aceptarse tal solicitud, dado que la fuerza que tiene la ley en sede administrativa es vinculante, por lo que los afectados sólo tendrían la vía jurisdiccional para hacer valer su derecho.



Entonces, ¿una norma que es a todas luces inconstitucional será aplicada por los entes administrativos basada en el principio de legalidad?

Cuando en el año 1803 el Juez John Marshall emitió el fallo del caso *Marbury contra Madison*, estableció (entre otras cosas) el principio de revisión judicial y el poder del Tribunal de resolver sobre la constitucionalidad de las medidas legislativas y ejecutivas.<sup>3</sup>

La supremacía constitucional sobre cualquier otra norma fue uno de los argumentos que se sustentó en dicho fallo *"If then the courts are to regard the constitution; and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply"*<sup>4</sup>, el cual ha llegado hasta nosotros como una garantía de control normativo de las leyes.

La inaplicación de una norma realizada por los tribunales frente a la vulneración de la constitución ha llegado a nosotros con el nombre de control difuso, el cual, tiene su sustento en la supremacía que tiene dicho texto constitucional sobre cualquier norma.

A raíz de la sentencia dictada del Tribunal Constitucional publicada el 12.6.2005<sup>5</sup> y la del 24 de octubre del presente año<sup>6</sup> - aclarada mediante Resolución del 13.10.2006 -, se habilitó a los órganos administrativos (para ser más precisos a los Tribunales y órganos colegiados que imparten justicia administrativa a nivel nacional) la aplicación del control difuso.

---

<sup>3</sup> Para una mayor referencia nos hemos informado en el texto de (Landa Arroyo, 2003, pp.48-56).

<sup>4</sup> *"Si los Tribunales deben tomar en consideración la Constitución, y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, entonces la Constitución y no tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables."* (Traducción libre)

<sup>5</sup> Sentencia que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 28449, que modificaron régimen pensionario regulado por el D.L. N° 20530.

<sup>6</sup> Sentencia que declara FUNDADA la demanda de amparo, por lo cual se ordena a la Municipalidad Distrital de Surquillo admita a trámite el medio de impugnación interpuesto por el recurrente contra el acto administrativo que determinó una sanción de multa, sin exigirle previamente el pago de una tasa por concepto de impugnación. EXP. N.° 3741-2004-AA/TC.

## 1. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL

De la revisión de los artículos 3<sup>7</sup> y 43<sup>8</sup> de nuestra Constitución Política se desprende que nuestro país es un Estado Social y Democrático de Derecho, dejando de lado aquella concepción de un Estado Liberal de Derecho. El tránsito de uno a otro modelo - tal como lo señala el Tribunal Constitucional - no es sólo una cuestión terminológica, sino que comporta el redimensionamiento de la función del propio Estado.

Y antes de dicho redimensionamiento, hubo un cambio fundamental que dio origen al Estado Liberal, el cual mediante dos revoluciones: la francesa y norteamericana, cambiaron la concepción de la época haciendo el reconocimiento de la libertad de las personas en contraposición a lo sucedido durante el régimen absolutista-monárquico.

Dicho Estado liberal de Derecho si bien fue reconocido en sus inicios por la carga ideológica que tenía, luego de algún tiempo fue cuestionado por las exigencias de un panorama más complejo en las relaciones intersubjetivas producto de la industrialización. Dicho tipo de estado no satisfacía plenamente la exigencia de la sociedad, toda vez que sólo aseguraba una mera igualdad formal que no trascendía al nivel social.

Por esto, en busca de la igualdad en sentido “material” en la sociedad junto con los mecanismos que coadyuvan a ésta, se propone otro tipo de Estado. En ese sentido, se señala que si bien los valores básicos del Estado liberal eran, la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la

---

<sup>7</sup> Artículo 3.- Derechos Constitucionales. Númerus Apertus.

*“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”.*

<sup>8</sup> Artículo 43.- Estado democrático de derecho. Forma de Gobierno

“La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

participación, en todo ámbito, de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal, también lo es que “(...) *el Estado social democrático y libre no sólo no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro*”.<sup>9</sup>

En ese sentido el Tribunal Constitucional<sup>10</sup> señaló que el Estado Social y Democrático de Derecho es una construcción complementaria del Estado Liberal de Derecho, dado que: “*la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social (...)*”.

Por lo que, si juntamos la supremacía de un texto constitucional, el control y la limitación del poder<sup>11</sup>, y, el respeto y tutela de los derechos fundamentales<sup>12</sup>, estamos frente al denominado Estado Constitucional de Derecho.

---

<sup>9</sup> Fundamento §1 de la sentencia del expediente 0048-2004-PI/TC del Tribunal Constitucional.

<sup>10</sup> STC 0008-2003-AI, Fundamento N° 12.

<sup>11</sup> Una forma de limitación es la ya clásica división de poderes, la cual según Loewenstein “Lo que en realidad significa la así llamada “separación de poderes”, no es, ni más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones –el problema técnico de la división del trabajo- y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el *telos* ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de “poderes”, pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en este contexto de una manera meramente figurativa”. (Loewenstein, Karl en Blancas, Landa y Rubio, 1995, p.18).

<sup>12</sup> Adoptamos dicha denominación, toda vez que nos parece más amplia y más flexible que utilizar la expresión derechos humanos, derechos naturales o derechos morales. (Peces – Barba Martínez, Gregorio, 1999, 36-38). (Bustamante Alarcón, 2001, 73),

En ese sentido, Häberle señala que *“El Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológica-cultural por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones entonces para caracterizar elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta”*. (Häberle, 2001, p.3).

Tal como lo señalamos, este modelo de Estado tiene como característica la supremacía constitucional, dado que todas las normas no pueden estar al mismo nivel, son parte de una norma fundamental que da validez a las demás y que prevalece sobre las otras, esta norma es la constitucional.

Asimismo, la característica del control y la limitación del poder (Aragón Reyes, 1995, p.12) se refiere al respeto que impone la Ley, entendida como norma que acoge la voluntad general y no los requerimientos individuales. Esto conlleva al sometimiento del ejercicio del poder a reglas preestablecidas para la actuación estatal, lo cual quiere decir que toda conducta del Estado debe ampararse en la ley, lo que se ha denominado, principio de legalidad.

Es importante enfatizar que este tipo de estado busca garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales<sup>13</sup>, consagrándolos en una norma jurídica, previniendo su perturbación o privación, y creando mecanismos de tutela que protejan los mismos.

En conclusión, si bien por siglos se padeció la impronta de un legalismo formal, hace ya varios años ha salido a la luz un nuevo modelo, que no es producto de cambio meramente nominal, sino que adoptando el precedente lo humaniza, llenándolo de valores y principios de los cuales cualquier intérprete debe partir.

---

<sup>13</sup> Artículo 1.- Defensa de la persona humana

*“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*.

## 2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: ENTRE LA JERARQUÍA NORMATIVA Y LA LEGALIDAD

### 2.1 PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

Tal cual lo indica García Belaúnde (2007, p.10) el control de constitucionalidad –entendido como control de normas- no estaba establecido en nuestra constitución en el siglo XIX *“During the nineteenth century, the control of constitutionality was not seen in Peru. But it was considered by other Latin American countries (such as Mexico since 1841 and Argentina since 1868), and it was widely known as the doctrine contained in The Federalist and in the classical book of de Tocqueville on democracy in America.”*

Muestra de ello, indica el autor, que es recién a inicios del siglo XX que la Corte Suprema sostiene la supremacía de la constitución *“We shall highlight some interesting events that happened at the beginning of the twentieth century. The first is the verdict of the Supreme Court from August 1920 according to the Public Prosecutor, Guillermo Seoane’s opinion. The highest tribunal held not only that the Constitution was the maximum regulation of the juridical organization which no law could contradict, but also that the Judiciary must declare the supremacy of the Constitution over all the other regulations.”*(GARCÍA BELAÚNDE, 2007, p.10,11)

No obstante ello, es una norma distinta a la constitucional la que regula de forma expresa la primacía constitucional. El Art. XII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 señala “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiera la primera”.

Ahora bien, en la Ley Orgánica del Poder Judicial 14506 (1962-1963), señala en su Artículo 8.- *“Cuando los jueces y tribunales, al conocer de cualquier clase de*

*juicios, encuentran que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá la primera”.*

Es recién con la Constitución de 1979 que en el Art. 236 se otorga al Poder Judicial la facultad de inaplicar las leyes inconstitucionales, lo cual también se recogió en la Constitución vigente.

Nuestra actual Carta Magna en su artículo 138 señala que, *“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 de rango inferior”.*

La discusión si la Constitución contiene normas jurídicas en sentido estricto de alguna manera ha sido superada por la doctrina comparada en función del tipo de Estado en el que nos encontramos, por el cual se afirma que *“la constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior”.*<sup>14</sup> (García de Enterría y Fernández, 1988, p. 50.)

Al ser ley superior, la cual está positivizada, la Constitución gobierna las fuentes formales del derecho haciendo depender el sistema entero como una norma fundacional, así como tenía el Derecho Natural las funciones establecidas en un ordenamiento no positivizado. (De Otto, 1999, p. 22).

Por eso, se ha señalado que existen conceptos que por lo menos a nivel de discurso ya son consensualmente aceptados por todos en el Perú, siendo uno de ellos el de que ninguna normativa o quehacer estatal, e incluso privada entre particulares, puede ser contraria a lo constitucionalmente dispuesto, en línea de

---

<sup>14</sup> En ese sentido también se manifiesta MONROY CABRA al señalar que: “La constitución es una norma suprema; los poderes públicos están sometidos a ella y la infracción es antijurídica y es declarada inconstitucional por los tribunales constitucionales. La norma constitucional tiene superioridad sobre la legislación, es fuente de toda creación normativa y de todos los actos de su aplicación” “La constitución es la norma jurídica fundamental y fundamento de todo el ordenamiento jurídico”. (Monroy Cabra, 2005, p. 40).

lo que actualmente se denomina “Constitucionalización” del derecho. (Espinoza – Saldaña, 2005. p. 32).

Siendo todo esto así podemos llegar a la conclusión que el principio de jerarquía normativa es uno de los sustentos para el equilibrio del modelo de Estado Constitucional adoptado, toda vez que al prevalecer el texto constitucional – con la valoración que contiene –, frente a cualquier norma de rango inferior, se protege la integridad del ordenamiento en su conjunto de manera inmediata, y los derechos fundamentales del hombre de manera mediata.

## **2.2 PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

Por todos es conocida la importancia que tiene la administración pública en nuestros tiempos, siendo que al estar siempre dependiente del “Estado”, va de la mano con su evolución. Asimismo, su estructura por lo demás compleja, con diversas funciones y con reglas especiales, hacen que su estudio requiera cada vez más de mayor profundidad.

En ese sentido, históricamente se señala que el Derecho Administrativo surgió como manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución Francesa y como una reacción directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo. Éste partía de un principio básico: la fuente de todo Derecho es la persona subjetiva del Rey en su condición de representante de Dios en la comunidad, lo que implica que pudiese actuar tanto por normas legales generales como por actos singulares o por sentencias contrarias a aquéllas. (García de Enterría y Fernández, 1999, p. 440).

Por ello el Derecho no era visto en el Antiguo Régimen como legalidad, sino como un conjunto de derechos subjetivos (<cosmos de privilegios>: Max

Weber)<sup>15</sup>. El Derecho Público se articulaba sobre la clave de bóveda de la posición subjetiva del Monarca, pero, dada la posición trascendental de éste, ni él ni sus agentes (en cuanto puros mandatarios suyos), tanto los administrativos como los judiciales, estaban sometidos a las leyes generales (*legibus solutus*). (García de Enterría y Fernández, Óp. cit., p. 442).

Todo esto cambia, tal como lo señalamos antes, con la nueva concepción de Estado, la cual debe ir de la mano con una nueva concepción de la Administración Pública, la cual actúa en función, no de un interés propio del ente administrativo, sino de un interés de los ciudadanos, el cual se debe privilegiar al interés de la administración como organización.

En el derecho privado se establece el principio "*permissum videtur in omne quod not prohibitur*", es decir, toda vez que se rige por el principio de la libertad, se entiende permitido todo lo que no esté prohibido. Esto ha sido recogido en nuestra Carta Magna en el literal a) del numeral 24 del artículo 2 como derecho fundamental, toda vez que se señala que "*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*".

En cambio, cuando nos referimos a la administración pública, tenemos que referirnos a otro principio que señala que "*quae non sunt permissae prohibita intelliguntur*" lo que no está permitido hay que entenderse que está prohibido.<sup>16</sup>

Siendo este el principio que rige para la administración pública, sólo una norma que habilite la actuación de ésta permite que despliegue todas sus facultades, evitando así posibles actos de arbitrariedad.

La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, tomando en consideración lo antes mencionado, ha recogido el denominado "principio de

---

<sup>15</sup> Esto se entiende con la concepción de constitución que se tenía, la cual no era tomada como un cuerpo sistemático con valores preeminentes. (Zagrebelski, Gustavo, 1977 p.14-15).

<sup>16</sup> "Este principio, cuyos orígenes se remontan a la doctrina de la división de poderes, tal como se entendió en la Revolución francesa, no se aplica, obviamente, a la actividad de los particulares, para los que rige el principio opuesto de vinculación negativa, ya formulado por el artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: <todo lo que no está prohibido por la ley, está permitido>". (Parada, 2004, p. 373).



legalidad” el cual señala que, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Este principio tiene vinculación con la situación jurídica denominada potestad, la cual se entiende como aquella situación de poder que habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existentes. (Santamaría Pastor, 2004, p. 423.). Y dado esto, por su origen legal, estas son inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.

En el ámbito administrativo se señala que estas potestades no se resuelven en ninguna pretensión concreta, sino en la simple posibilidad de producir efectos jurídicos: dictar Reglamentos, con el carácter vinculante de las normas jurídicas, entre otros. (García de Enterría y Fernández. Óp. Cit., p. 450).

Es decir frente a esta no existe un deber jurídico, sino una abstracta sujeción que vincula a soportar los efectos jurídicos que dimanen del ejercicio de las potestades y su eventual incidencia sobre la propia esfera jurídica. Para ser más precisos, García de Enterría señala que *“sometidos o vinculados a esa sujeción no están personas determinadas, sino el conjunto de los ciudadanos (y aun de los extranjeros residentes sobre el territorio): todos tendrán que admitir que un Reglamento les afecte, o que una expropiación recaiga eventualmente sobre sus bienes, o que los mandatos y acuerdos de la policía del orden hagan de ellos sus destinatarios; pero a la vez esa incidencia podrá ser desventajosa, si de la misma resultan cargas o gravámenes para alguno de los sujetos sometidos a tales potestades, pero también ventajosa, puesto que el Reglamento puede ampliar o mejorar su esfera de derechos, o cabe que sea declarado <beneficiario> de una expropiación> (...)*”. (Ídem, p.451).<sup>17</sup>

Se señala que las potestades administrativas pertenecen en su inmensa mayoría a la especie llamada potestad-función, esto es, aquellas potestades

---

<sup>17</sup> Asimismo, SANTI ROMANO, señala que nos encontramos frente a una especie de poder. (Santi Romano, 1983, p. 194).

que deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio y egoísta del titular. Explica García De Enterría que *“concretamente, las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés de la comunidad, a la cual, como precisa el artículo 103.1 de la Constitución, <la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...>. Lo cual comporta dos consecuencias, que vienen a subrayar un nuevo apartamiento de la figura técnica de la potestad respecto del derecho subjetivo; negativamente, las potestades administrativas no pueden ejercitarse sino en servicio de ese interés comunitario, que es ajeno, y absolutamente superior, al interés propio de la Administración como organización; positivamente, la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija, obligación que marca incluso las potestades discrecionales más amplias”*. (Ídem, 453).

Es importante indicar que, desde un punto de vista formal, esas potestades administrativas donde se expresa una inequívoca supremacía política no son diferentes técnicamente de las potestades que el ordenamiento atribuye a los particulares, aunque, naturalmente, varíen en su contenido material concreto. Así la potestad paterno-filial, o la potestad de ocupar res nullius, o la potestad de acción, o de poner en marcha los Tribunales o la potestad de autonomía privada, etc.

Explicado todo lo anterior, se entiende mejor el principio de legalidad y su relación con todos los administrados. La administración al gozar de dicha posición de ventaja, puede realizar ciertos actos dentro de los límites que le han sido otorgados por ley.

¿Pero que debemos entender por Ley? ¿Ley en sentido material o ¿formal?  
¿Sólo la Ley de segundo rango? ¿Y la constitución?.

Entender sólo la Ley de segundo rango sería dejar de lado aquella norma que le da validez: la Constitución. Esto podría entenderse en un estado de derecho en

el cual la constitución no sea considerada norma jurídica<sup>18</sup>; sin embargo, en un Estado Social de Derecho esto no puede concebirse de esta manera. Así lo señala Comadira (citado en Morón Urbina, 2005, p. 64) cuando dice que por este principio debe entenderse que las entidades están sujetas *“(...) a todo el sistema normativo, desde los principios generales del derecho y la Constitución Nacional, hasta a los simples precedentes normativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando por la ley formal, los actos administrativos de alcance general y, eventualmente, ciertos contratos administrativos”*, lo cual es también acogido por el artículo IV.I del Título Preliminar de la Ley 27444 antes mencionada.

Siendo la Constitución como norma suprema<sup>19</sup>, la cual protege los derechos fundamentales, debe protegerse su integridad, por lo que las normas inferiores deben estar conforme a aquella.<sup>20</sup>

Es importante para efectos del presente trabajo destacar lo señalado por García Pelayo (citado en Landa Arroyo, 2003, p. 91) cuando se refiere a la evolución del constitucionalismo en el Perú y su incidencia en el denominado principio de legalidad *“Pero, cabe advertir que no es un simple cambio de la tradicional prevalencia, en la práctica, de la ley sobre la Constitución. Más bien se trata de una profunda transformación del principio de legalidad que incluso afecta a la propia noción de derecho y de política”*.

---

<sup>18</sup> En ese sentido el Tribunal Constitucional ha señalado: “El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.” (Exp. 4854-2005-AA/TC, fj.3).

<sup>19</sup> Esto no siempre fue así. GARCÍA DE ENTERRÍA señala con sorpresa que para la tradición constitucionalista de su país durante mucho tiempo “La Constitución no era una norma jurídica invocable ante los Tribunales. (...) La Constitución, simplemente, se repitió por todas las Salas del Tribunal Supremo, no era una norma jurídica que vinculase directamente ni a los sujetos públicos ni a los privados y que, por lo tanto, los Tribunales no debían siquiera consultarla para dictar sus sentencias.” (García de Enterría y Fernández. 1999, p. 101).

<sup>20</sup> “El ordenamiento jurídico es una unidad y opera como tal, como ya hemos intentado precisar; sin perjuicio de que su constitución interna obedezca a un cuidadoso sistema de relaciones y de límites entre las diversas fuentes que lo nutren.” (García de Enterría y Fernández. 1999, p. 443)

### 3. CONTROL NORMATIVO: EL CONTROL DIFUSO Y EL CONTROL CONCENTRADO

Cuando se menciona el control normativo de las normas a fin de garantizar la supremacía constitucional, entre las soluciones propuestas en el derecho comparado encontramos generalmente 3:

La primera de origen norteamericano que se denomina el control difuso, la cual consiste – en términos latos -, en la revisión por parte de los jueces ordinarios, bajo el control último del Tribunal Supremo, de la constitucionalidad de las leyes a efectos de su aplicación en casos concretos.

La segunda, de origen austriaco, denominada control concentrado consiste en otorgar a una entidad específica “Tribunal Constitucional” la facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes. A diferencia de la primera, se caracteriza por otorgar a un organismo jurisdiccional especializado, llámese Tribunal Constitucional, el monopolio de las competencias para conocer de la constitucionalidad de las leyes.

Dicho modelo tiene su periodo de formación de este modelo entre 1918 y 1939 (Cruz Villalón, 1987, p. 25) y como fuente a KELSEN, el cual sostenía que la Constitución debía estar a cargo de un único órgano<sup>21</sup>, independiente de los otros poderes del estado con facultades de anular las leyes inconstitucionales con efectos generales “legislador negativo”.

Calamandrei sistematizó con nitidez las diferencias entre estos 2 modelos señalando que el difuso era incidental, especial y declarativo; en cambio el

---

<sup>21</sup> Esto fue cuestionado por Carl Schmitt para quien ya existía como defensor de la Constitución el Reich “Antes de instituir un Tribunal para cuestiones y conflictos de alta política, como protector de la Constitución, antes de gravar y poner en peligro la Justicia con estas contaminaciones políticas, mejor sería recordar, en primer término, el contenido positivo de la Constitución de Weimar y de sus sistema de preceptos. Según el contenido efectivo de la Constitución de Weimar existe ya un protector de la Constitución, a saber: el Presidente del Reich” (Schmitt, 1983, p. 249).

concentrado, era principal, general y constitutivo. (Calamadre, Piero, 1999, p. 378).

Finalmente, tal como señala Parada la denominada francesa o de control previo, mediante sometimiento de la norma antes de su publicación y vigencia a un análisis sobre su constitucionalidad por un Consejo Constitucional. Este sistema, según opinión del autor, *“ofrece indudables ventajas para la seguridad jurídica, pues los operadores jurídicos no se ven en el trance de dudar de la validez de las normas que han sido objeto de publicación oficial”*. (Parada, Óp. Cit., p. 42).

Nuestra Constitución ha recogido los dos primeros modelos toda vez que en el artículo 201 se establece al Tribunal Constitucional como órgano encargado del control de la Constitución (control concentrado); y, en el artículo 138 se faculta a los jueces a inaplicar una ley cuando va en contra de la Constitución (control difuso).

Para el presente trabajo, sólo nos enfocaremos en el primer modelo, toda vez que a partir de este se analiza la posibilidad que pueda inaplicarse normas en casos concretos con el fin de proteger lo dispuesto por el texto constitucional.

En este sentido debemos guiarnos por las características principales de este modelo, los cuales han sido sistematizados con claridad por el Profesor italiano Mauro Cappelletti (1979, pp 49 y ss):

- a) Por un lado, se trata de un control “difuso” o “disperso”, pues la competencia para efectuar el control judicial de constitucionalidad radica en todos los jueces que integran el Poder Judicial, independientemente de la jerarquía que ocupen. Precisamente se afirma que es difuso o disperso, porque no se encuentra concentrada la facultad del control en un órgano ad hoc, como puede ser el caso del Tribunal Constitucional.
- b) En segundo lugar, es de carácter “incidental”, pues el control de constitucionalidad de una norma se efectúa en el seno de cualquier

proceso judicial, y no en un proceso especialmente diseñado para evaluar la validez de una norma. Tal control no constituye el objeto central de la controversia que se tiene que resolver en dicho proceso judicial. Por el contrario, se plantea como una cuestión incidental, pues del resultado del enjuiciamiento de la validez de la ley, depende si la norma se aplica o no en la solución del caso.

c) En tercer lugar, se trata de un control “concreto”, dado que la validez de la norma no se analiza con prescindencia de su aplicación, es decir, en abstracto, sino precisamente a partir de un caso, cuya solución o dirimencia depende de ella.

d) En cuarto lugar, es de efectos “*inter partes*”, pues los efectos de la declaración de inconstitucionalidad solo alcanzan a los sujetos que participan en el proceso judicial dentro del cual se constató la invalidez de la norma.

#### **4. CONTROL DIFUSO APLICADO POR LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

##### **4.1 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL CONTROL DIFUSO**

El primer punto de partida al analizar este tema es saber si toda la administración pública está facultada para realizar el control difuso, o si sólo alguno de sus órganos o funcionarios lo están. Esto se puede ver, según lo señala Tarazona Alvarado *“en el caso del poder ejecutivo, donde al lado del típico funcionario y servidor público, desde el Ministro hasta el empleado que atiende en ventanilla de mesa de partes, que ejercen su función en base a normas previamente establecidas (leyes, reglamentos, directivas), y por tanto rigen su actuación de acuerdo al principio de legalidad, han ido apareciendo órganos que ejercen su función de manera independiente, es decir, sin estar sujetos a mandato imperativo, encargados de resolver determinadas materias sometidas a su consideración aplicando el Derecho. Ejemplo de estos órganos*

*tenemos al Tribunal Fiscal, al Tribunal Administrativo del Indecopi, a los tribunales administrativos de los organismos reguladores, entre otros*". (Tarazona, 2006, p. 61).

No cabe duda que entre estos distintos tipos de funcionarios hay diferencias en el tipo de funciones, lo que queda por determinar – que se realizará más adelante -, es si estos últimos – en especial el Tribunal Registral -, están facultados a realizar el control difuso.

Tal como lo plantea Bullard *"Si bien no se trata de poner a Kelsen de cabeza<sup>22</sup>, tampoco se trata de poner a la organización del Estado y el esquema de separación de poderes de cabeza<sup>23</sup>. Se trata de entender cómo lograr un equilibrio que permita un mejor funcionamiento del sistema legal y sobre todo una mejor tutela de los derechos de los ciudadanos"*. (Bullard, 2005, p. 84).

## **4.2 RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Haciendo un pequeño recorrido histórico por lo dispuesto por nuestro Tribunal Constitucional<sup>24</sup> debe señalarse que antes de la Resolución materia de análisis y su aclaratoria, salvo la Resolución del 12.6.2005<sup>25</sup>, este colegiado había resuelto en forma contraria a otorgar la facultad a la Administración Pública de realizar el control difuso.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> En clara alusión a que no se puede invertir la jerarquía normativa haciendo prevalecer una norma legal sobre una constitucional.

<sup>23</sup> Se refiere a los peligros que pueden existir por una utilización no racional de este mecanismo.

<sup>24</sup> Debemos tomar en cuenta que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, tal como lo señala el artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional - Ley N° 28301. Esta norma dispone en su Primera Disposición Final que los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.

<sup>25</sup> Sentencia que declaró infundadas demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundada en parte demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 28449, que modificaron régimen pensionario regulado por el D.L. N° 20530.

<sup>26</sup> Así se estableció en las sentencias del 9.3.2003 y 16.10.2002, por ejemplo.

Sin embargo, en la Resolución del 12.6.2005 en el considerando §156 se dispuso que “156. La Constitución como norma vinculante para la Administración Pública. (...) En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38° de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos tienen el deber de respetarla y defenderla.

*En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución”.*

De dicho párrafo, aunque con cargo a un mayor desarrollo, el Tribunal Constitucional habilitó a las entidades de la administración pública a realizar el denominado control difuso.<sup>27</sup>

No obstante lo antes mencionado, surgía el problema de uno de los requisitos, para evitar la arbitrariedad y la inseguridad jurídica, que no se determinó en qué casos estamos frente a una “manifiesta inconstitucionalidad”.<sup>28</sup>

A partir de dicha Resolución diversas críticas, como la manifestada por la Asociación Peruana de Derecho Administrativo para la cual resulta evidente que el ejercicio del control difuso por parte de la administración pública podría

---

<sup>27</sup> Es importante tomar en cuenta que la Segunda Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone lo siguiente: SEGUNDA.- Los Jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional. En se sentido, Marcial Rubio Correa señala que para la aplicación del control difuso debe tenerse en cuenta que incompatibilidad no es lo mismo que diversidad, pues siempre la regla inferior será diferente a la superior. En la diversidad se colocan matices o precisiones. En la incompatibilidad la norma de un rango y la del otro son excluyentes entre sí. Sólo en la incompatibilidad puede funcionar el control difuso. (Rubio Correa, 1999, p.26).

<sup>28</sup> Es necesario señalar que la Segunda Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone lo siguiente: SEGUNDA.- Los Jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional.



afectar la seguridad jurídica, afectar el principio de legalidad administrativa, generar caos y afectar al Estado de Derecho (2006).

Por ello, el control difuso que el Tribunal Constitucional ha planteado debe realizarse sólo cuando la inconstitucionalidad sea manifiesta. Nosotros, en inicio, nos aventuramos a señalar que alguno de los supuestos en los cuales estamos frente a una norma manifiestamente inconstitucional se puede dar cuando se vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales. Por ejemplo, cuando se habla de derecho a la pensión se señala que el núcleo duro de este derecho fundamental se configura por: derecho de acceso a una pensión, derecho a no ser privado arbitrariamente de ella y derecho a una pensión mínima<sup>29</sup>. Por lo que, habrá que revisar lo desarrollado respecto a los contenidos esenciales de los derechos fundamentales desarrollados por el Tribunal Constitucional a fin de tener una primera idea en lo concerniente a lo que puede ser manifiestamente inconstitucional.

#### **4.2.1 SENTENCIA QUE ESTABLECE COMO PRECEDENTE QUE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS ESTÁN OBLIGADOS A APLICAR EL CONTROL DIFUSO Y SU ACLARATORIA**

Posteriormente, según la sentencia del 24 de octubre, se estableció como precedente que los Tribunales Administrativos<sup>30</sup> deben aplicar el control difuso lo cual ha sido ratificado y precisado por la Resolución del 13.10.2006, por lo que a partir de lo desarrollado, es importante analizar lo considerado en dichas Resoluciones.

---

<sup>29</sup> Parágrafo §107 de la sentencia publicada el 12.6.2005.

<sup>30</sup> Debemos tomar en cuenta que a los funcionarios que resuelven estas materias se les dota de garantías similares a las que gozan los jueces, tales como la independencia en el ejercicio de su función, la estabilidad en el cargo, y asimismo lo resuelto por dichos órganos no va a poder ser declarado nulo de oficio por la Administración; pudiendo ser cuestionado sólo en sede judicial, si se agotó la instancia administrativa, mediante el ejercicio de la acción contenciosa administrativa, según se señala en el artículo 202.5 de la Ley N° 27444.

Si bien la materia sobre la cual versa la Resolución principal se trata de un amparo contra la Municipalidad de Surquillo, solicitando que se ordene a la emplazada admitir a trámite sus medios impugnatorios sin la exigencia previa de pago de la tasa que por tal concepto tiene establecido en su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos, el Tribunal Constitucional desarrolló en los considerandos algunos temas puntuales.

En primer lugar se señala que no sólo es una facultad de los órganos colegiados el aplicar control difuso, sino que es un *deber*<sup>31</sup> toda vez que a partir del principio de jerarquía normativa y en referencia al artículo 138° los jueces, y *no sólo ellos*, deben inaplicar normas cuando contravengan la constitución.

Pero dicha sentencia va más allá, toda vez que señala *“el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir de realizar el control difuso –dimensión objetiva–, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos –dimensión subjetiva–”* lo cual es relevante toda vez que su inobservancia estaría violando el derecho al debido proceso (procedimiento).<sup>31</sup>

Dicho esto, vemos que el Tribunal ha extendido la interpretación del artículo 138° de la Constitución, dado que es claro el deber de los jueces para realizar dicho control normativo, sin embargo, no así para los Tribunales Administrativos. El Tribunal ha interpretado dicha norma facultando a los Tribunales Administrativos, según la concepción actual de Estado, el poder gozar de dichas facultades y tener el deber de aplicarla.

De otro lado, la sentencia también aborda el redimensionamiento del principio de legalidad a partir del tipo de estado en el que nos encontramos toda vez que

---

<sup>31</sup> “(...)De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)”.

*señala “En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales” y asimismo señala “De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la administración pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38º, 51º y 201º de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático”.*

Siendo esto así, redimensionado el principio de legalidad y habiéndose interpretado el artículo 138 de la constitución a favor de que los Tribunales Administrativos y Órganos Colegiados apliquen el control difuso, añadimos, que dicha interpretación debería entenderse para el control de legalidad sobre normas de rango inferior al constitucional dado que dicho artículo señala *“Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*, es decir tanto los jueces como los órganos colegiados y los tribunales administrativos.

En el precedente se señalan 2 presupuestos para la aplicación del control difuso:

- (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo;
- (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

## CONCLUSIONES

1. En el Perú nos encontramos en un Estado de tipo Constitucional toda vez que se recoge la supremacía de un texto constitucional, el control y la limitación del poder, y, el respeto y tutela de los derechos fundamentales. En ese marco se debe integrar el presente trabajo.
2. En razón de ello, toda institución debe principalmente tomar en cuenta lo dicho por la Constitución, interpretando toda norma a partir de lo dicho por aquella.
3. En función de ello, la administración pública también está obligada a privilegiar lo indicado en la Constitución sobre cualquier otra norma.
4. Por razones prácticas, sólo se ha habilitado a los Tribunales Administrativos como a los Órganos Colegiados a aplicar el control difuso. El presente trabajo buscará dar razones por las que se debe extender dicha aplicación a cierto tipo de funcionarios.

## CAPÍTULO III

### APUNTES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD A PARTIR DE SUS CONTORNOS CONSTITUCIONALES

INTRODUCCIÓN 1. DEFINICIÓN 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA 3. LOS  
DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES 4. LA  
CORTE EUROPEA Y LA CORTE INTERAMERICANA DE LOS  
DERECHOS HUMANOS 5. LA PROPIEDAD EN LAS  
CONSTITUCIONES DEL PERÚ 6. LA PROPIEDAD EN NUESTRO  
ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL 6.1 LIMITACIONES DE LA  
PROPIEDAD 6.2 EXPROPIACIÓN. CONCLUSIONES

#### INTRODUCCIÓN

La propiedad, sin duda alguna, ha sido uno de los presupuestos básicos para la creación de los sistemas jurídicos occidentales, y en función de ello se ha manifestado su aporte para el inicio de la industrialización (Fukuyama, 1996, pp.85-86).

Los intereses que giran en torno a esta institución son diversos, tal como lo manifiesta el profesor italiano Paolo Grossi al afirmar que *“ningún discurso jurídico está quizás tan empapado de bien y de mal, tan sazonado por visiones maniqueas como aquel que se refiere a la relación hombre-bienes. Porque son tan grandes los intereses en juego que inevitablemente las opciones económico-jurídicas vienen defendidas por las corazas no corroíbles de las connotaciones éticas y religiosas.”* (Grossi, 1992, p. 31).

Su régimen refleja la concepción filosófica de cada pueblo así como el factor que determina la estructura de su organización. Así pues, de manera inicial se podría decir que en regímenes liberales se reconoce la propiedad individual y la libre iniciativa privada, en cambio en regímenes socialistas se substituye la propiedad individual por la propiedad colectiva o la propiedad del Estado reduciendo a su mínima expresión la iniciativa privada, basándose entonces la actividad económica en la planificación estatal.

Siendo esto así, precisar su concepto, alcances y limitaciones; determinar la legitimación de los titulares y su reconocimiento por parte de los terceros, así como explorar los márgenes de su estabilidad (protección) en el transcurso del tiempo, son ámbitos de estudio necesarios para tener una aproximación básica sobre esta institución jurídica.

Ahora bien, si bien la propiedad puede estudiarse como un factor de igualdad (o desigualdad) así como un factor de producción, o como garantía de la persona en función de su dignidad y libertad; en un régimen de economía de mercado los derechos de propiedad son una fuente de libertad económica y también, aunque algunos lo olviden, una fuente de libertad política (Friedman, 2002, p.xvii-xxi) y sociológica.

Así pues, dada la amplitud de esta institución, el presente texto busca referirse a la propiedad en el ámbito jurídico, su reconocimiento en nuestro ordenamiento a partir de lo recogido en nuestra constitución y lo desarrollado en el derecho civil. Si bien en este último ámbito se reconoció y desarrolló la regulación de la propiedad, en nuestro actual ordenamiento debemos revisar las líneas orientadoras que la actual Carta Magna ha expresado sobre este derecho. Todo esto nos permitirá dilucidar los contornos, el contenido y los límites de este derecho.

Finalmente, si bien haremos referencia a un breve marco histórico es conveniente adelantar que la propiedad no es un concepto atemporal y rígidamente inmutable en virtud de un supuesto de derecho natural, sino que es introductoriamente un concepto en gran medida formal, que por sí solo indica titularidad o atribución, por lo que su contenido es históricamente variable. En este sentido, concebir a la propiedad de manera abstracta e intemporal es una ficción. (Cabanillas Sanchez, 1996, p.15).

## 1. DEFINICIÓN

Una aproximación inicial al instituto de la propiedad es atribuida al profesor alemán Murswiek el cual distinguía entre lo propio y ajeno. Esta aproximación intuitiva quiere decir que cuando uno sale a la calle y ve diversos objetos, no lo presumirá suyo, sino que asumirá que es propiedad de otro sujeto. En función de ello –en principio- no podrá usar, disfrutar o disponer de aquellos.

Ahora, dicha aproximación más que enfocarse en una posición funcionalista del derecho de propiedad a propósito de la oponibilidad<sup>32</sup>, es el punto de partida para mostrarnos qué es la propiedad e indicarnos la ruta para definir sus contornos.

Muestra de ello se brindó en el histórico caso “Campbell vs Holt”,<sup>33</sup> en el que el concepto de la propiedad se extendió a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica.

---

<sup>32</sup> Posición funcionalista ha manifestado (Bullard, 2011).

<sup>33</sup> Fallos 144:219 y 145:307, Campbell v. Holt, 115 U.S 620, 1885. En ese sentido Thomas Cooley señalaba que “*todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y su libertad*” por eso “*todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley (...) integra el concepto constitucional de ‘propiedad’*” (Thomas M. Cooley, sf, p. 345/346).

Lamentablemente en nuestro ordenamiento no se ha adoptado una definición, sino que ha descrito facultades y poderes en el Art. 923 de nuestro código sustantivo *“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 de la ley.”*

No obstante ello, podemos esbozar como definición de propiedad aquel dominio que tiene el titular sobre el bien, respetando la ley y el derecho de los terceros.

Dicha definición sencilla debe tener cuidado en aplicarse, en el sentido de no propietarizar inclusive los derechos *“de la misma forma que se dice que un hombre tiene un derecho sobre su propiedad, también puede decirse que tiene una propiedad sobre sus derechos”* (Madison, J. [1792] 1906). Por tanto no existe propiedad sobre la concesión, ni sobre el arrendamiento, ni sobre cualquier otro derecho.<sup>34</sup>

De igual forma debe indicarse que el derecho de propiedad es afín a otros derechos como la pensión *“(…) la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que el derecho a recibir una pensión de jubilación, constituye un derecho adquirido, por cuanto la Constitución Peruana lo reconoce expresamente y, en la medida que este fue incorporado al patrimonio de los pensionistas, se*

---

<sup>34</sup> Hay que tener cuidado con las críticas y razonamientos que están detrás de ella, que quizá puedan indicar que en el Derecho Alemán también existió la ideología de la propiedad de los derechos. Y es que en el periodo entreguerras, en donde si bien fue considerada por algunos el Art. 153 de la Constitución de Weimar con tendencias socializadoras (a diferencia del Art. 903 BGB (Lange, 1933, p.19) -, toda vez que tenía en su seno restricciones que podían ser utilizadas como limitaciones de la propiedad. En ese sentido, el Reichsgericht (Tribunal Supremo Alemán) buscó –hasta donde pudo- interpretar de la forma más amplia dicho derecho. (Brahm, 1985, p.100). En ese sentido, ante la cada vez más fuerte influencia del nacionalsocialismo, el Reichsgericht indicó que el concepto de la propiedad era también aplicable a los demás derechos privados –incluido el derecho de crédito. (*Reichsgerichts in Zivilsachen* tomo 109, p. 319). Esta fue la reacción, ante un régimen que se avizoraba como limitador de derechos. Esto debe tomarse en cuenta dado que discrepamos con algún autor que recientemente ha transcrito críticas sobre partes del BGB, señalando que este “fue incapaz de garantizar derechos fundamentales”, no tomando en consideración los esfuerzos de los autores y Tribunales Alemanes por darle herramientas a la propiedad en el periodo del nacionalsocialismo a fin de que no se le vacíe de contenido. (González Barrón, 2011, pp. 90 y ss).



*encuentra amparado por el artículo 21° de la Convención, que reconoce el derecho de propiedad... El criterio de la Corte Interamericana es compartido, y asumido expresamente, por el Tribunal Constitucional peruano, que en varias ocasiones ha identificado el derecho a percibir pensión con el derecho de propiedad".*<sup>35</sup>

A su vez, es afín al derecho a la herencia toda vez que este es un ámbito de apropiación privada y de transmisión *mortis causa*, protegido por la garantía institucional del derecho de propiedad. Así pues, mediante el derecho a la herencia, la propiedad se perpetúa en manos privadas, constituyendo la propiedad y la herencia de manera igual elementos básicos de un orden patrimonial y social basado en la autonomía privada. En este sentido, la herencia puede estimarse incluso como una manifestación de la garantía de la propiedad que en el sentido del texto constitucional, incluye no solo la facultad de aprovechar, sino también la de *transmitir de manera permanente*. (Kresalja y Ochoa, 2009, p.257)

De igual forma se ha indicado que la protección de la libre disposición del ahorro ya sea en moneda nacional o extranjera es una prolongación o manifestación del derecho de propiedad. (Ídem 266)

---

<sup>35</sup> Sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso de los Cinco Pensionistas vs. Perú, Sentencia de 28.2.2003. Indicamos afinidad, dado que en sede nacional se ha indicado una serie de distinciones entre el derecho a la propiedad y el derecho de pensión. Por su naturaleza, la pensión, no es un derecho real sobre un bien, sino un derecho a percibir un determinado monto de pago periódico al que se tiene acceso una vez que se han cumplido los requisitos legalmente establecidos. Expedientes N.º 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC. La pensión no puede ser objeto de determinados actos de libre disposición (compra-venta, permuta, donación, entre otros), no es pasible de expropiación, no siempre coincide el titular de la pensión con la persona beneficiada con ella, debiendo distinguirse entre el pensionista y el beneficiario.

## 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En el derecho romano encontramos diversas concepciones de propiedad, ya sea colectiva; copropiedad familiar o la propiedad individual. En este se desarrollan las facultades del *ius utendi*, *fructu* et *abutendi*.

Ya en la época preliberal o feudal se dividió el dominio directo del señor feudal y dominio útil del que cultiva. Esto dio origen a diversas afectaciones a la propiedad que dio como resultado el denominado régimen de manos muertas.

Posteriormente, en vigencia de la escuela del derecho natural, se reconoce a la propiedad como un derecho natural del hombre -intrínseco a su naturaleza-, por lo que debía tutelarse de las afectaciones de los poderes políticos y/o de terceros. Los límites de la misma se encontraban en el respeto a los derechos de los demás.

El código de Napoleón en su Art. 544 definió de forma muy liberal a la propiedad "*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.*" Dicho artículo influyó en nuestro Art. 460 del Código Civil de 1852 "Propiedad o dominio es el derecho de gozar y disponer de las cosas." atenuando el pensamiento liberal francés.

(De Trazegnies, Fernando, sf, p. 261,262).<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Respecto a este punto debemos discrepar: "*Por ejemplo, el Código Civil Peruano de 1852, fue tan liberal en cuanto a la definición de la propiedad, que omitió establecer la posibilidad de limitarla mediante leyes o reglamentos, a diferencia de lo que ya reconocía el Código Civil Francés de 1804.*" (Gonzales Barrón, 2011, p. 89). El Dr. De Trazegnies ya ha indicado en su momento que nuestro código de 1852 tuvo 2 omisiones de su antecedente francés "*de la manera más absoluta*" y la referencia al uso prohibido por leyes y reglamentos. La justificación quizá está –según dicho autor- en que lo prohibido no necesita prohibirse nuevamente. (De Trazegnies, Fernando, sf, p. 261,262).

Si bien se considera que el Código de Napoleón, bajo la influencia de las ideas liberales de la revolución, otorgó a la propiedad un lugar privilegiado, no puede deducirse de ello un derecho irrestricto, porque tenía sus límites en la Ley.

En la Constitución francesa de 1958 (V República) no se reconocieron derechos fundamentales expresamente sino tácitamente a través del Preámbulo donde se proclama la vinculación del pueblo francés a los derechos humanos y al principio de soberanía nacional tal como se encuentran definidos en la Declaración de 1789<sup>37</sup>, concordada con el Preámbulo de la constitución de 1946.

No obstante ello, el Consejo Constitucional en su sentencia No. 81-132-DC del 16.1.1982 (tema de nacionalizaciones) reconoció el valor constitucional del derecho de propiedad, aunque posteriormente modifica en parte su discurso indicando que se reconoce a la propiedad como valor constitucional a partir de su evolución. (Bon, sf, p.536).

En sede alemana, el BGB regula a la propiedad en su §§ 903 del BGB “*Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. (...)*”<sup>38</sup> Esto ha sido interpretado por diversos autores alemanes como el principio del uso lícito ilimitado de las cosas por parte de los propietarios, y las restricciones como excepción. (Eckert, 2009, p.1273)

No obstante esto, como vamos a ver en los siguientes puntos, la regulación civil debió interpretarse dentro del marco de lo dispuesto por el ordenamiento constitucional. Así pues debió interpretarse según lo dispuesto por la

---

<sup>37</sup> Art. 17 “la propiedad es un derecho sagrado e inviolable. Nadie puede ser privado de ella salvo por causa de necesidad pública, legalmente establecida, y mediante una indemnización justa y previa.”

<sup>38</sup> Traducción libre: El propietario de una cosa, en tanto no vulnere la ley o los derechos de terceros, puede actuar con la cosa según su voluntad y excluir a los otros de cualquier intromisión.

Constitución de Weimar en el Art. 153<sup>39</sup> (vigente a partir del 11.8.1919) y posteriormente bajo lo regulado en la Ley Fundamental Alemana (Grundgesetz).

Esta norma a través del Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) ha clasificado las facultades de los privados para su utilización y obtención de provecho de los bienes de forma autoresponsable, a fin de que se pueda disponer sobre ellos a través de sus decisiones de manera libre.

Así pues, la propiedad garantizada del Art. 14 I 1 Grundgesetz comprende la protección de la propiedad privada como institución jurídica (Institutsgarantie) y la garantía subjetiva del derecho de propiedad como derecho de libertad de los privados frente al estado (Individualgarantie).

Mientras el Art. 14 I 1 Grundgesetz como Institutsgarantie el legislador impone, la institución jurídica permite la posibilidad de poner en funcionamiento el derecho de libertad patrimonial de los ciudadanos (Decisión 24, 389 del Tribunal Constitucional Federal), garantiza la norma como Individualgarantie y la protección de los derechos de la propiedad individuales contra la expropiación. (Ibídem)

Dicha vinculación entre el derecho constitucional alemán, las decisiones de su tribunal federal y lo regulado en el BGB, han permitido espacios importantes de estudio sobre el derecho de propiedad, ya sea por el denominado contenido esencial, la función social, entre otros.

---

<sup>39</sup> ARTÍCULO 153. La Constitución garantiza la propiedad, cuyo contenido y límites fijarán las leyes. No puede procederse a ninguna expropiación sino por utilidad pública y con sujeción a la ley. Se realizará mediante indemnización adecuada, a menos que una ley del Imperio disponga otra cosa. Respecto a la cuantía de la indemnización, cabrá en caso de discordia el recurso ante los Tribunales ordinarios, salvo que por leyes del Imperio se ordene lo contrario. La expropiación que en favor del Imperio se realice con respecto a países, municipios y establecimientos de utilidad pública sólo podrá efectuarse mediante indemnización. La propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general.

Dichos espacios también han sido adoptados en nuestro ordenamiento, aunque no de la misma fuente, sino por las traducciones españolas de alemanes, las cuales si bien han aportado para el estudio en nuestro medio, no han llegado de forma fidedigna.

### 3. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Entre los instrumentos normativos más importantes en el derecho internacional tenemos La *Declaración Universal de Derechos Humanos* (10.12.1948) Artículo 17. “1. *Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.* 2. *Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.*” El subrayado es nuestro.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966 (entró en vigencia el 3 de enero de 1976) señaló en su artículo 11 “1. *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.* (...)”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948) en su artículo XXIII. “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.”

De igual forma en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 se indica “Artículo 21. *Derecho a la Propiedad Privada.* 1. *Toda persona tiene derecho al*

*uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. (...)*”

En suma, podemos afirmar que los derechos económicos, sociales y culturales, reconocen y busca que se respeten los derechos de la persona humana dentro de una vida digna, con satisfacción de sus necesidades básicas como el derecho al trabajo, a la seguridad social, derecho a la salud, a la educación, derechos de la familia, a participar en la vida cultural, **a la propiedad**, y a la vivienda. El reconocimiento del derecho a la propiedad y a su protección es expreso por estos instrumentos internacionales.

#### **4. LA CORTE EUROPEA Y LA CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

La razón sobre la que se organiza la tutela del derecho de propiedad se construye con criterios diversos y moderados. Cada Estado reclama tendencialmente para sí un ámbito propio de decisión en función de que la lógica de la propiedad viene dada en gran medida por las particulares concepciones y circunstancias políticas, sociales y económicas de cada sociedad.

En ese sentido es necesario tener en cuenta el Art. 1 del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: *“Protección de la propiedad. Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de adoptar las*

*leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.”*

De dicho artículo se puede verificar la protección al derecho de propiedad, y excepcionalmente la posibilidad de privación por causas justificadas y en vías legales, y la indemnización correspondiente.

Así pues se destaca en las Sentencias del Tribunal Europeo (25 y 26) de Derechos Humanos de Estrasburgo (Gran Sala) de 23.11. 2000. Caso Ex-rey de Grecia y otros Contra Grecia.

El 21 de abril de 1967 se produce un golpe militar en Grecia que subvierte la organización sobre la base de la Constitución de 1968. Se adoptan medidas legislativas tendentes a abolir la monarquía e instaurar una República presidencial de régimen parlamentario. Con estos antecedentes históricos no resulta extraño que se haya tomado las correspondientes medidas de confiscación de los bienes propiedad de la familia real griega. El Estado griego no quería al rey, pero sí sus bienes. Lo que sorprende, no obstante, es la dilación de muchos años que sufre este particular proceso de expropiación. El primer acto de expropiación se produce en 1973 y el proceso se cierra con la ley N° 2215/1994. Entre un momento y otro, la propiedad de los bienes de la familia real pasa por las más variopintas situaciones jurídicas: fue nuevamente expropiada, sometida a un régimen de administración y gestión bajo el control de la administración estatal; incluso, se alcanzaron varios acuerdos negociados entre el Estado griego y la familia real. No obstante ello, por unas u otras circunstancias históricas, ninguno de los actos de expropiación ni de los acuerdos llegaron a desplegar su eficacia.

El proceso acaba finalmente de forma tajante con la ley n° 2215/1994. Siguiendo las tendencias políticas marcadas por el gobierno de Papandréou,

esta sorprendente ley establece, bajo el estandarte de la "*legalidad constitucional y la memoria histórica*", que el Estado griego deviene en propietario de todos los bienes muebles e inmuebles del rey Constantino, la princesa Irene y la princesa Catherine.

A los efectos indemnizatorios, la ley n°2215/1994 considera en vigor el decreto-ley de 1973 que valoraba a la baja los bienes de la familia real griega, reservándose, no obstante, el gobierno griego la posibilidad de compensar dicha indemnización con el crédito del Estado frente a la familia real. (Jiménez Horwitz, 2001, pp. 241 y ss.)

El Tribunal indicó:-Que algunos de los bienes fueron adquiridos en algún momento por los antepasados de los ex-reyes. - En diferentes momentos el propio gobierno los trató como bienes privados. - El proceso de expropiación presupone propiedad.

Así pues la protección del derecho de propiedad deviene tendencialmente coincidente con la evolución del derecho patrimonial. El objeto de tutela se refiere a un interés económico que haya sido "patrimonializado" con independencia de su envoltura formal. El centro del sistema patrimonial no es ya la relación de poder plena y absoluta sobre la cosa. Existen otras formas de poder organizadas bajo la cobertura jurídica de conceptos más elásticos, pero igualmente representativos del anclaje patrimonial de bienes e intereses económicos.

La Corte Interamericana se ha pronunciado con respecto al caso de *Baruch Ivcher Bronstein Vs. Perú* siguiendo esta tendencia de ampliar el concepto de bien a todo el patrimonio, señalando que este tenía derechos patrimoniales, que producto de una privación de la nacionalidad fueron despojados, no existiendo causal de utilidad pública alguna ni indemnización respectiva.



## 5. LA PROPIEDAD EN LAS CONSTITUCIONES DEL PERÚ

En principio tendríamos que señalar que si bien la propiedad ha sido reconocida en todas nuestras constituciones, siendo muestra de ello la denominada Constitución de Cádiz: “ART. 4. *La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.*”

Sin embargo es recién en las dos últimas que son expresamente reconocidas como derechos fundamentales: “Artículo 2. *Toda persona tiene derecho: 14.- A la propiedad y a la herencia, dentro de la Constitución y las leyes*”. Constitución de 1979 y de 1993.

Es así pues que la propiedad es vinculada a su función económica de fuente riqueza estatal: “Artículo 60°.- *El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.*” Constitución de 1993<sup>40</sup>

La importancia de la propiedad era tal, que el estado la protegía<sup>41</sup> y prohibía el régimen de manos muertas. Art. 147°.- Quedan abolidos los empleos y privilegios hereditarios y las vinculaciones; y **son enajenables todas las**

<sup>40</sup> Artículo 112. El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de **diversas formas de propiedad** y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionadas, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características. Constitución de 1979.

<sup>41</sup> Artículo 193°.- Sin embargo de estar consignados los derechos sociales e individuales de los peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables:

(...) 3.- **La propiedad** (...) Constitución de 1823.

Art. 142°.- La libertad civil, la seguridad individual, **la propiedad** y la igualdad ante la ley, se garantizan a los ciudadanos por la Constitución. Constitución de 1826 y 1828.

**propiedades**, aunque pertenezcan a obras pías, a religiones o a otros objetos. *Constitución de 1826*. Art. 160º.- La Constitución no reconoce empleos ni privilegios hereditarios, ni vinculaciones laicales. **Todas las propiedades son enajenables a cualquier objeto que pertenezcan**. La ley determinará el modo y forma de hacer estas enajenaciones. *Constitución de 1828 y de 1834*. Art. 163º.- La Constitución no conoce empleos, ni privilegios hereditarios, ni vinculaciones laicales. **Todas las propiedades son enajenables**. *Constitución de 1939 y de 1856*.

Esto podría ser un antecedente de la institución registral, la cual en el Perú nació para solucionar, entre otros, la falta del crédito, lo cual puede advertirse – posteriormente- en un diario de la época “*La ley de 02 de Enero de 1888, que mandó a establecer en la República el Registro de la Propiedad Inmueble, resolvió en el Perú el doble problema que desde largo tiempo preocupaba la opinión pública y que estaba ya resuelto en todos los países progresistas: “adquirir sin temor de perder lo adquirido y prestar con seguridad sobre la propiedad raíz”*. Y luego añadían “(...) Es de advertir, que el objeto de la ley del Registro es solo favorecer a los terceros interesados que dan de buena fe su dinero, y no afecta los derechos existentes entre los contrayentes; por lo que los efectos de la falta de inscripción se limitan a los primeros.(...)” (El subrayado es nuestro). (Gaceta Judicial, 1891).

Ahora bien, no se piense que estamos de acuerdo con una protección del tráfico absoluta, sino dentro de los límites que cada ordenamiento establezca.<sup>42</sup>

En este sentido Lehman señala“(...) *En el tráfico no es siempre posible al individuo el investigar en la esencia de las cosas, debiendo atenerse*

---

<sup>42</sup> Diario oficial El Peruano 1.10.2007. Sentencia de casación N° 3088-06 LIMA “(...) Décimo Primero.- Que, en ese sentido, el principio de buena fe registral persigue proteger al tercero, que ha adquirido un derecho de quien finalmente tiene capacidad para otorgarlo, lo que implica buscar la seguridad en el tráfico inmobiliario, sin embargo, la búsqueda de la seguridad en tal tráfico inmobiliario puede importar un sacrificio de la seguridad del derecho, por ello es que para morigerar tal sacrificio el legislador ha dificultado el acceso al principio de la buena fe registral, el que para ser alegado debe cumplir con los requisitos señalados en el considerando precedente; en consecuencia, la norma que contiene el mencionado principio debe ser interpretada en forma restrictiva.”

*normalmente a su apariencia externa y confiar en ella. La seguridad del tráfico quedaría muy perjudicada si esta confianza no encontrase protección. Ello debe tenerlo en consideración el ordenamiento jurídico y, en determinadas circunstancias, hará prevalecer la apariencia sobre la existencia. La cuestión reside en saber en qué medida ha de protegerse la confianza en estos supuestos de hecho externos.*” (El énfasis y subrayado son nuestro). (Lehmann, 1956, p.203).

De otro lado, en el siglo XIX dada la importancia de la propiedad, la misma era reconocida como requisito para ser ciudadano<sup>43</sup>, para sufragar<sup>44</sup>, para ser elector parroquial<sup>45</sup>, representante<sup>46</sup> y para ocupar distintos cargos como Diputado<sup>47</sup>, Senador<sup>48</sup>, Prefecto<sup>49</sup> o Subprefecto<sup>50</sup>.

Ahora bien, la misma no es, ni ha sido absoluta, sino que tiene restricciones. Así pues el Art. 40º.- La ley, por razones de interés nacional, puede establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, ya sea por la naturaleza de ellas o por su condición o situación en el territorio. Constitución de 1920 y 1933. Artículo 31.- La propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan. Constitución de 1933.

La constitución de 1979 regula el tema a partir del denominado interés social, usando similar terminología que el Art. 153 de la Constitución de Weimar “La propiedad obliga.” Artículo 124.La propiedad obliga a usar los bienes en

<sup>43</sup> Artículo 17º.- Para ser ciudadano es necesario:

(...) 4.- Tener una propiedad, o ejercer cualquiera profesión, o arte con título público, u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero. Constitución de 1823

<sup>44</sup> Constitución de 1856 y 1860

<sup>45</sup> Constitución de 1823.

<sup>46</sup> Constitución de 1823.

<sup>47</sup> Constitución de 1828, 1834.

<sup>48</sup> Constitución de 1823, 1828 y 1834.

<sup>49</sup> Constitución de 1939.

<sup>50</sup> Constitución de 1939.

armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades. La ley señala las formas, obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad. (Constitución de 1979)

En cambio el Art. 70 indica que debe ejercerse el derecho de propiedad en armonía con el bien común: *Artículo 70º.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, 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. (Constitución de 1993)*

Ahora bien, constitucionalmente no sólo existieron las restricciones, sino existen casos de la privación absoluta de la misma, la cual ha requerido la respectiva indemnización. Así pues en la Constitución de Cádiz se indicaba: *Expropiación por justa causa. ART. 172. Las restricciones de la autoridad del Rey son las siguientes: Décima: No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella; y si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer, sin que al mismo tiempo sea indemnizado y se le dé el buen cambio á bien vista de hombres buenos.* Constitución de Cádiz.

Y se añadía: *ART. 173. El Rey en su advenimiento al trono, y si fuere menos, cuando entre á gobernar el reino, prestará juramento ante las Cortes bajo la formulación siguiente: N. (aquí su nombre) por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas, juro por Dios y por los santos evangelios que defenderé y conservaré la religión católica, apostólica, romana, sin permitir otra alguna en el reino: que guardaré y haré*

*guardar la Constitución política y leyes de la Monarquía española, no mirando en cuanto hiciere sino el bien y provecho de ella; que no enajenaré, cederé ni desmembraré parte alguna del reino: que no exigiré jamás cantidad alguna de frutos, dinero ni otra cosa, sino las que hubieren decretado las Cortes: que no tomaré jamás á nadie su propiedad, y que respetaré sobre todo la libertad política de la Nación y la personal de cada individuo; y si en lo que he jurado, o parte de ello, lo contrario hiciere, no debo ser obedecido, antes aquello en que contraviniere, sea nulo y de ningún valor. Así Dios me ayude y sea en mi defensa, y si no, me lo demande". Constitución de Cádiz.*

Posteriormente, el sentido de la misma no varió en sustancia: *Artículo 70°.- (...) A nadie puede privarse de su propiedad sino, 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. Constitución de 1993.<sup>51</sup>*

Respecto a los extranjeros se mantuvo la política de brindarles casi los mismos derechos que los ciudadanos peruanos,<sup>52</sup> con algunas limitaciones adicionales: *Artículo 71°.- En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en*

<sup>51</sup> Art. 84° de Constitución de 1826, Art. 165° Constitución de 1828, 1834 y 1939, Art. 25° Constitución de 1856, Artículo 26 de Constitución de 1860, Art. 25 y 38 Constitución de 1920 y 1933, artículo 47 Constitución de 1933, artículo 125 Constitución de 1979.

<sup>52</sup> Art. 168°.- **Ningún extranjero podrá adquirir por ningún título propiedad territorial en la República, sin quedar por este hecho sujeto a las obligaciones de ciudadano**, cuyos derechos gozará al mismo tiempo. Constitución de 1939 Art. 26°.- **Todo extranjero podrá adquirir conforme a las leyes, propiedad territorial** en la República, quedando, en todo lo concerniente a dicha propiedad, sujeto a las obligaciones y en el goce de los derechos de peruano. Constitución de 1856, 1860 y 1867 Art. 39°.- **Los extranjeros, en cuanto a la propiedad, se hallan en la misma condición que los peruanos**, sin que en ningún caso pueden invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones, diplomáticas. En una extensión de cincuenta kilómetros distante de las fronteras, los extranjeros no podrán adquirir ni poseer, por ningún título, tierras, aguas, minas y combustibles, directa o indirectamente, ya sea individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, la propiedad adquirida, salvo el caso de necesidad nacional declarada por ley especial. Constitución de 1920, 1933.

*caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley. Constitución de 1993 y de 1979.*

## **6. LA PROPIEDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL**

El Tribunal Constitucional español, en la sentencia STC/37/1987, ha indicado que: *“La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura como haz de facultades individuales, pero también y al mismo como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamado a cumplir (...)”*.

Dicha concepción ha sido recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 0008-2003-AI se *“reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social). Se trata, en efecto, de un “instituto” constitucionalmente garantizado. De modo que no puede aceptarse la tesis que concibe a los derechos fundamentales como derechos exclusivamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son sólo una nueva categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en la Francia revolucionaria.”*<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> La doctrina del reconocimiento de la propiedad como una garantía institucional, ha sido también defendida por el Tribunal Constitucional en el Caso Colegio de Notarios de Junín, en la cual argumentó que “el derecho a la propiedad no sólo adquiere la categoría constitucional de

Se añade en dicha sentencia que el ejercicio del derecho a la propiedad no es absoluto, e importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar: - *El derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos.* - *El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales.* - *El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.*

Ahora bien, dicha limitación de la propiedad se encuentra establecida por la denominada “función social”: *“78. Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial.”*<sup>54</sup>

Así pues, la función social – con sus raíces en la Carta de Querétaro de 1917 así como en la Constitución de Weimar de 1919- sería consustancial al derecho de propiedad<sup>55</sup> y se encuentra dentro de su contenido esencial.

A nuestra consideración las manifestaciones (limitaciones) de la función social del derecho de propiedad se verifican tanto externamente, como internamente

---

derecho fundamental, sino que su defensa y promoción se constituyen en garantía institucional para el desarrollo económico [...]. Empero, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución le reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer su titularidad frente a terceros y generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho [...]. Por cierto, la concepción de la propiedad privada como una 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. Y es que, al igual que la gran mayoría de derechos fundamentales, la propiedad no mantiene más la condición de derecho absoluto.

<sup>54</sup> Resolución N.º 0048-2004-AI/TC del 31.3.2005

<sup>55</sup> Aunque muchos no hayan reparado en ello, esta posición de asumir límites internos al contenido de la propiedad (Enzinger, 1935, p.20) así como la indivisibilidad de derechos y limitaciones dentro del derecho de propiedad, mediante lo cual el propietario tenía derechos y al mismo tiempo obligaciones (Kutscher, 1938, p.79.) fue la literatura reinante durante el régimen nacionalsocialista.

(obligaciones) y las mismas no se encontrarían dentro del denominado contenido esencial del derecho de propiedad. (Merk, 1934, p.15).

En este sentido tenemos dudas si existiera violación a la llamada función social en su aspecto externo, se está violando el ¿derecho de propiedad? No, lo que se está justamente infringiendo son los límites de la propiedad, y en función de ello debería sancionarse, no por la vulneración del derecho, sino por abuso del mismo. De igual forma, en el supuesto de las manifestaciones internas (obligaciones) de la función social del derecho de propiedad, su incumplimiento generaría sanción dado que se ha dejado de realizar deberes que contiene la propiedad, lo que no es igual a los supuestos de la vulneración producto de una privación o cuando se le ha vaciado de contenido.

Ahora bien, el denominado contenido esencial (Wesengehalts) ha sido reconocido tanto en el Art. 19.2 de la Grundgesetz “*Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. (2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.*”<sup>56</sup>; así como en el Art. 53.1 de la constitución de España 1978 “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...).”

---

<sup>56</sup> Traducción libre: Cuando según esta norma (Grundgesetz) un derecho pueda limitarse por ley o en virtud de una ley, la ley será general y no para casos particulares. Además la ley tiene que indicar el derecho fundamental. (2) En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial.



Posiciones sobre el denominado contenido esencial hay diversas, no obstante adoptamos aquella que indica que es parte del contenido de un derecho sin el cual éste pierde su peculiaridad y no es reconocible como tal derecho.<sup>57</sup>

Nuestro Tribunal no ha definido claramente cuál es el contenido esencial de la propiedad, sin embargo sí nos ha brindado algunas aproximaciones toda vez que ha señalado que la posesión no forma parte del contenido esencial “2. (...) *no obstante configurarse como uno de los elementos que integra la propiedad, no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de la misma, careciendo por tanto de protección en sede constitucional, limitándose su reconocimiento y eventual tutela a los supuestos y mecanismos que la ley, a través de los procesos ordinarios, establece.*(...)”<sup>58</sup>

Ahora, sobre la posesión debe tenerse en cuenta que en el caso de la comunidad de Mayagna Vs. Nicaragua la Corte Interamericana de derechos Humanos reconoce a partir del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, que basta la posesión de tierra para que en caso carezcan de título real, obtengan el reconocimiento de la propiedad.

Y es que en el caso de la propiedad, a diferencia de otros derechos, nos encontramos a diversos tipos de manifestaciones las cuales requieren de un estudio casuístico que nos permitan obtener rasgos comunes a todos “3. (...) *Por otra parte y vista la existencia de una variada e ilimitada gama de bienes sobre los que puede configurarse la propiedad (urbanos, rurales, muebles inmuebles, materiales, inmateriales, públicos, privados, etc.), puede hablarse de diversos estatutos de la misma, los que, no obstante asumir matices particulares para cada caso, no significan que la propiedad deje de ser una sola y que, por tanto, no pueda predicarse respecto de la misma elementos de común configuración. Corresponderá, en todo caso, a la magistratura constitucional, la construcción de los perfiles correspondientes a un contenido*

---

<sup>57</sup> STC de 8.4.1981.

<sup>58</sup> El Exp. N.º 008-2003-AI/TC publicado el 1.6.2005.

*esencial del derecho a la propiedad que, de cara a lo postulado por nuestro ordenamiento fundamental, pueda predicarse como común denominador de las diversas clases o manifestaciones de la misma. (...)*<sup>59</sup>

## **6.1 LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD**

En la época del nacionalsocialismo en Alemania, el Art. 903 del BGB fue duramente criticado por los del régimen, toda vez que veían en su seno manifestación clara del liberalismo. En ese sentido, lo que se buscó si bien formalmente no era la desaparición del derecho de propiedad, sí mas bien su limitación al máximo o la creación de figuras afines.

En ese sentido se crearon figuras como el Erbhof a partir de vincular la tierra y la sangre, siendo el campesino la fuente de la sangre del pueblo alemán.<sup>60</sup> En este sentido se inmovilizaba la “propiedad”, ciñéndola a la estirpe familiar a fin de que se transfiera de generación en generación (Diener, 1935, p.178.) y se logre una identificación entre los titulares vigentes y la tierra, toda vez que la misma, le “pertenece” a ellos, y también a sus futuros descendientes, pero sobretudo al pueblo alemán. En este sentido, las transferencias entre vivos, así como los arrendamientos no estaban facultados por el Erbhof.

Limitación de este nuevo derecho en principio es que no podía enajenarse ni gravarse.<sup>61</sup> Podía privarse de la propiedad (Abmeierung ) al campesino por falta de capacidad u honradez, falta de cumplimiento de ciertas obligaciones<sup>62</sup> las cuales son de la más variadas dado que puede ser enfocada respecto al campo (no utilización adecuada), frente a al pueblo alemán (orden público) o contra del estado o de la Volksgemeinschaft.

<sup>59</sup> El Exp. N.º 008-2003-AI/TC publicado el 1.6.2005.

<sup>60</sup> Preámbulo de la Ley Prusiana de 15.3.1933. Ha desarrollado dicha ideología (Dolle, 1935).

<sup>61</sup> Numeral 1 del Art. 37 y preámbulo de la Reicherbhofgesetz.

<sup>62</sup> Art.15 del Reicherbhofgesetz.

Dicha figura aplicada en nuestro ordenamiento denotaría una propiedad vaciada de contenido por las obligaciones y limitaciones que tiene. No obstante ello, en nuestro ordenamiento existen actualmente diversas limitaciones y obligaciones que tienen los propietarios.

Dado que hemos indicado que el contenido del derecho de la propiedad contiene diversas situaciones jurídicas, de ventaja como de desventaja, al igual que límites a su desenvolvimiento, cualquier afectación no puede considerarse como una vulneración del derecho de propiedad *“(...)ello ocurriría como consecuencia de la restitución en el ejercicio del derecho de posesión ordenada por la segunda instancia en el referido proceso. No obstante, como es fácil percatarse, la orden judicial en un proceso penal por delito de usurpación no puede sino pronunciarse sobre la perturbación o afectación de este derecho, restituyendo en su ejercicio a quien resulte agraviado, como ha ocurrido en el caso de autos. Ello sin embargo, no puede ser alegado como amenaza del derecho de propiedad garantizado constitucionalmente.”*<sup>63</sup>

Otra muestra de limitaciones que no son vulneraciones constituye lo regulado por los Art. 88 y siguientes de la Ley N° 27972<sup>64</sup> que establece claramente que una de las atribuciones de las Municipalidades es la de velar por la propiedad privada en armonía con el interés social, en sus respectivas jurisdicciones y dentro del ámbito de su competencia.

En ese sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en el caso que los demandantes afirmaban ser propietarios de un inmueble constituido por terreno y construcción respecto del cual el concejo municipal de la zona correspondiente, dentro del procedimiento administrativo regular, había dispuesto la demolición de la obra por no haber recabado previamente a la

---

<sup>63</sup> Exp. 5567-2006-AA/TC del 16.8.2006 publicado el 12.8.2007

<sup>64</sup> Artículo 88.- Uso de la Propiedad Inmueble. Corresponde a las municipalidades provinciales y distritales dentro del territorio de su jurisdicción, velar por el uso de la propiedad inmueble en armonía con el bien común.

construcción la correspondiente licencia que necesariamente todo particular está obligado a obtener. En ese sentido el TC indicó que : “6. *El derecho de propiedad si bien es un derecho fundamental de toda persona no faculta a ninguna a desconocer las atribuciones que la Ley de Municipalidades y otras leyes que reconocen a los municipios como personas jurídicas de derecho público llamadas a ordenar la vida social dentro de su respectivo territorio.*”<sup>65</sup>

Otro tipo de limitaciones permitidas la encontramos cuando se solicitó el traslado de dominio por sucesión intestada de una causante (ficha 3424 del Registro de Sucesiones intestadas de Tacna) de un predio (Partida electrónica No. 05012470 del Registro de Predios de la Zona registral No. XIII – sede Tacna) que se encuentra dentro de los 50 Km de frontera. Dado que el heredero era de nacionalidad extranjera el Tribunal Registral declaró no inscribible dicha transferencia.<sup>66</sup>

Así pues, para establecer restricciones a la propiedad se han establecido como admisibles para el goce y ejercicio este derecho: (i) estar establecidas por ley; (ii) ser necesarias; (iii) ser proporcionales; y, (iv) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Así, el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución.<sup>67</sup>

## 6.2 EXPROPIACIÓN

Así como cualquier otro derecho fundamental, el derecho de propiedad no es absoluto, toda vez que se encuentra limitado por disposiciones constitucionales expresas o tácitas. Sin embargo, la privación de la propiedad, consecuencia de la potestad expropiatoria del Estado, tiene que cumplir ciertos requisitos, como

---

<sup>65</sup> Exp. N° 7060-2006-PA/TC publicado el 24.5.2007.

<sup>66</sup> Resolución No. 171-2007-SUNRAP-TR-A del 24.8.2007

<sup>67</sup> Exp. N.° 0864-2009-PA/TC publicado del 22.9.2009

su condicionamiento al pago previo en efectivo. Si bien nadie puede ser privado de su propiedad, se podrá sacrificar a su titular de la propiedad cuando media causa de seguridad nacional o necesidad pública.

La expropiación ha sido definida como la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio (artículo 2º de la Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27117).

Respecto a este procedimiento encontramos que el Estado<sup>68</sup> se encuentra obligado a pagar previamente una indemnización justipreciada que incluya el precio del bien expropiado y la compensación por el eventual perjuicio, que, a su vez, debe ser establecida en el procedimiento expropiatorio. Sólo a través del mencionado desembolso, la expropiación podrá considerarse como válida en tanto límite del derecho a la propiedad.

Ahora bien, algunos han indicado que la expropiación (Enteignung) no vulnera el derecho de propiedad, por cuanto los afectados deben ser indemnizados, pues de no ser así contribuirían de un modo discriminatorio y más gravoso con las cargas pública en relación a los demás. (Kresalja Ochoa, César. Óp. Cit., p.269). Dicho criterio no puede ser compartido toda vez que mediante la expropiación no sólo se vulnera, sino se priva forzosamente a su titular de la propiedad. Que exista indemnización por haberse realizado esta transferencia no enerva esta situación de privación del derecho. Lo contrario nos llevaría a afirmar que se podría expropiar sin los requisitos excepcionales que actualmente se establecen en la constitución, toda vez que jamás se afectaría el derecho de propiedad por existir indemnización.

---

<sup>68</sup> STC 5614-2007-PA/TC

Un tema que sí merece mayor estudio es cuando se vulnera la rentabilidad del propietario. (Corral García, 2006, p.1380) El supuesto más difundido es el del cambio de zonificación. Una persona compra un terreno a fin de iniciar la construcción de una fábrica, toda vez que la zonificación se lo permite. Luego de algunos años, cambia la gestión municipal y la zonificación cambia a residencial, por lo que la empresa vería mermada la rentabilidad de su propiedad. Este supuesto de las denominadas expropiaciones regulatorias ya ha sido introducida por algún magistrado del Tribunal Constitucional, sin embargo aún no se ha difundido su aplicación.<sup>69</sup>

Finalmente, existen supuestos en los cuales mediante supuestos de reversión se han encubierto expropiaciones. Así pues en el proceso de amparo mediante el cual se cuestionó la Resolución de la Superintendencia de Bienes Nacionales N.º 083-2001/SBN del 22.3.2001 solicitando se le declare inaplicable mediante el cual se pretendía revertir un terreno de de 20,476.00 metros cuadrados. El Procurador Público Adjunto del Ministerio de Economía y Finanzas, indicó que mediante las leyes especiales N<sup>os</sup> 11061, 14197, 17716, 17719, 18460, 19462, 19555 y 19959, y demás disposiciones conexas y complementarias, se dispuso la reversión a favor del Estado de terrenos que tenían la calidad de eriazos.

El TC se pronunció indicando que no se siguió con el procedimiento para la declaración del terreno como eriazo, lo cual afectaba el derecho de defensa de los demandantes *“Asimismo, si la Superintendencia de Bienes Nacionales consideraba que, en aplicación de los dispositivos legales invocados, el terreno materia de autos tenía la condición de eriazo, correspondiendo su propiedad al Estado, no puede de plano desconocer los derechos que los demandantes tienen sobre determinada área de su propiedad, dado que cualquier limitación a ella debe fundarse en el respeto de sus derechos y con las condiciones establecidas en la referida disposición constitucional. En tal sentido, para*

---

<sup>69</sup> Exp. No.01735-2008-PA/TC, Caso Shougang Hierro Perú. Voto singular del Magistrado Landa Arroyo.

*declarar como eriazos un terreno constituye requisito indispensable la existencia de un procedimiento administrativo que posibilite al propietario de dicho terreno discutir que el mismo sea calificado como tal. Por supuesto, dicho procedimiento supone otorgar todas las garantías al administrado, de tal forma que se le posibilite, desde el inicio, el efectivo ejercicio de su derecho de defensa.”<sup>70</sup>*

Dicha entidad indicó que debió notificarse a los titulares registrales “(...) Sin embargo, contando con dicha información, tampoco notificó a los ahora demandantes del procedimiento administrativo en trámite.”<sup>71</sup> Colisionando ello con lo dispuesto con el Art. 70 de la actual constitución.

Debe tomarse en cuenta que el quinto considerando del Decreto Supremo N.º 023-2004-PCM, del 23.3.2004, reconoció, “Que, el Estado Peruano asume el dominio de aquellos terrenos eriazos ubicados en el territorio nacional, excepto aquellos de propiedad privada inscrita en los Registros Públicos, ejerciendo los atributos conforme a las leyes de la materia y normas reglamentarias pertinentes”.

---

<sup>70</sup> Exp. N.º 2397-2003-AA/TC dicho criterio ha sido reiterado Exp. 00022-2007-AA/TC.

<sup>71</sup> Exp. N.º 2397-2003-AA/TC.

## CONCLUSIONES

1. La propiedad ha sido durante mucho tiempo encerrada entre las paredes civilistas, no obstante la misma trasciende en las diversas áreas del derecho, y de otras materias. No obstante ello, actualmente es necesario enfocar su estudio a partir de lo desarrollado en el ámbito constitucional.
2. En este ámbito se ha desarrollado el contenido básico de los derechos fundamentales. La propiedad, asumida como tal ha sido materia de estudio para encontrar su contenido esencial a fin de no vaciarla de contenido.
3. Consideramos que dado que la propiedad se manifiesta de diversas formas y sobre diversos bienes, su contenido esencial se determinará en los casos en concreto. Así pues se construirá un contenido mínimo que no deberá vulnerarse.



## CAPÍTULO IV

### EL REGISTRADOR PÚBLICO EN EL SISTEMA REGISTRAL PERUANO

**Introducción 1. La función pública 1.1 Ideas preliminares 1.2 Definición 1.3 Antecedentes históricos 1.3.1 Alemania 1.3.2 Francia 1.3.3 Italia 1.3.4 España 1.3.5 Gran Bretaña 1.3.6 Estados Unidos de Norteamérica 1.4 Sistemas 1.4.1 Modelo anglosajón 1.4.2 Modelo europeo continental 2. El funcionario público 2.1 Ideas preliminares 2.2 Concepto de funcionario público 2.2.1 Distinción con otros agentes 2.3 El funcionario público en el derecho comparado 2.3.1 Vínculo entre el funcionario y la administración pública 2.3.2 Teoría del órgano 2.4 El funcionario público en el Perú 2.4.1 Exégesis normativa 2.4.1 Regulación constitucional 2.4.2 Regulación infraconstitucional 3. El Registrador Público 3.1 Ideas Generales 3.1.1 El Registrador Público: Perspectiva antropológica 3.2 El Registrador Público en el Derecho comparado 3.2.1 Alemania 3.2.2 España 3.3 El Registrador Público en el Perú 3.3.1 Antecedentes legislativos de los Registros Públicos en el Perú y de los registradores públicos 3.3.2 Ley 26366 y la SUNARP 3.3.3 El marco legal de los registradores 3.3.4 Autonomía e independencia por parte de los registradores. Conclusiones.**

La importancia actual del registrador público en los diferentes ordenamientos se encuentra fuera de discusión. Sin embargo, es importante conocer la ubicación del mismo dentro de cada sistema. Así como *Rechtspfleger* alemán, el conservador francés o italiano, o el registrador – profesional liberal español, en el Perú dicho agente público tiene una configuración propia.

En ese sentido, la idea del texto gira en torno de ubicar la figura del registrador público en el ordenamiento jurídico peruano -tomando como referencia lo desarrollado en el derecho histórico comparado- a partir del tipo de Estado, la administración pública y su relación con los agentes públicos.

## INTRODUCCIÓN

Hace más de 2 siglos se dieron cambios sustanciales que configuraron lo que hoy denominamos administración pública, y que -en líneas generales- permanecieron en el tiempo como modelos a tomar en cuenta. Así pues, si bien cada ordenamiento tuvo -y tiene- sus particularidades, existieron modelos que se adoptaron -como por ejemplo en Francia con Napoleón o en Prusia con Federico Guillermo I- los cuales han influido en los sistemas administrativos vigentes en la actualidad.

Toda vez que debemos tomar en cuenta el contexto en que se desarrolla cada institución a fin de tener un mejor acercamiento a la figura en estudio, hemos partido por reconocer que nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho.

En este marco debemos estudiar actualmente la administración pública<sup>72</sup> tanto como institución como en sus manifestaciones toda vez que -a diferencia de su configuración en regímenes monárquicos- su competencia es reglada, debiendo respetar las normas preestablecidas y sobretodo, los principios que informan el Estado constitucional.

---

<sup>72</sup> Pero no debe tomarse dicho modelo como definitivo, sino como parte de un desarrollo que está en evolución. “¿Se ha cumplido la evolución? Evidentemente no. En realidad, no terminará jamás. La evolución social es una cosa infinitamente compleja y que se prolonga indefinidamente; ahora bien, el Derecho no es en realidad más que la especie en armadura que reviste esta evolución. Nuestros padres habían creído que el sistema jurídico metafísico, individualista y subjetivista era definitivo e inmutable. No caigamos en un error análogo. El sistema jurídico, realista, socialista y objetivista es la obra de un día en la historia. Antes aún de que su construcción se termine, el observador atento percibirá los primeros signos de la destrucción y los primeros elementos de un nuevo sistema. ¡Felices nuestros hijos si saben librarse mejor que nosotros de los dogmas y de los prejuicios!” (Duguit, 1975, p.168).

De otro lado, para entender mejor a la administración pública debe tomarse en cuenta la organización humana en la que se sostiene. Dicha idea es la que genera este texto, en el cual -de manera sucinta- pretendemos revisar desde el punto de vista jurídico a aquellos sujetos que despliegan labores dentro de la administración, las cuales son por demás diversas, teniendo como comensal privilegiado del presente texto al funcionario – Registrador Público.

Es menester dar cuenta que cuando se habla de funcionarios públicos no hay univocidad de término ni doctrinaria ni legislativamente en nuestro país. Muestra de ello son las normas -dispersas- que informan nuestro ordenamiento, las cuáles carecen de una técnica depurada lo cual conlleva a la dificultad en su interpretación por la ambigüedad de las mismas.<sup>73</sup>

Por tanto, el presente texto abordará en primer lugar el tema de la función pública, remontándonos a sus antecedentes en el derecho comparado. En un segundo momento se introducirá el tema de los funcionarios públicos, diferenciándolos doctrinal y legislativamente de otras figuras dentro de la administración pública, buscando establecer –luego- el tipo de vínculo que se configura entre esta y aquellos.

Dicha opción de desarrollar dichos temas en dos momentos separados es en función de la caracterización que hace LABAND de la condición de funcionario, diferenciando <función> (*Amt*) del <funcionario> (*Beamter*). (Müller–Freienfels, 1982, p.94). La primera es más amplia que la segunda, toda vez que hay funciones ejercidas por funcionarios y no funcionarios, (Lasagabaster, 1994, p.40) así como puede existir función pública sin funcionario, pero, en cambio, no puede existir funcionario público sin función pública

---

<sup>73</sup> Nuestro objetivo en el presente texto no está ligado a la búsqueda de la dogmática de términos, dado que las esencias no se encuentran en las palabras utilizadas, sino en que cada concepto importa una idea de diferentes matices los cuales conllevan a distinta regulación, por lo que el empleo adecuado de los mismos implicarán un mejor entendimiento y una aplicación más eficaz de la norma.

Una vez abordado ambos temas, se dará una descripción de la ubicación de los registros en nuestro ordenamiento, para luego examinar al registrador en el derecho comparado, los antecedentes en el Perú y su actual regulación, señalando sus características particulares y el tipo de vínculo que tiene con la institución.

Este planteamiento lo consideramos necesario toda vez que, si bien la función registral en el ordenamiento peruano ha recibido la influencia de diversos países, se ha ido recreando en el devenir histórico con experiencias propias, las cuales hacen de este un sistema particular. Es por esta razón que si bien hemos adoptado gran influencia de la Ley Hipotecaria Española, la ubicación del cuerpo de registradores, el régimen de responsabilidad, entre otros; son totalmente distintos al nuestro.

## **1. LA FUNCIÓN PÚBLICA**

### **1.1 IDEAS PRELIMINARES**

La división de poderes fue producto de un proceso, el cual recorre Europa después del Renacimiento, con regímenes “policías” de una monarquía –en muchos casos despótica y arbitraria- y con Tribunales de Justicia limitados respecto a la fiscalización de la actuación de los gobernantes.

La revolución francesa interioriza la llamada división de poderes – a propósito del *L'Esprit des lois* de Montesquieu– difundiendo la idea de separación de funciones a órganos exclusivos.<sup>74</sup> El poder ejecutivo y el judicial asumen

---

<sup>74</sup> Aunque dicha idea fue revolucionaria, nunca pudo ser plasmada con rigurosidad, “*En efecto, la Administración pública, en sentido objetivo, o actividad administrativa, es necesariamente una zona de la actividad desplegada, por el Poder ejecutivo. Como esta actividad —conforme antes se dijo— se exterioriza sustancialmente en actos de ejecución, pero también en actos de*

competencias que antes eran propias del monarca absoluto, en cambio, el poder ejecutivo se forma a partir de las competencias que no han sido asignadas a los poderes antes mencionados.

Esta estructura, de la cual somos tributarios, tiene a Francia y Alemania como modelos de la administración, desarrollando funciones públicas delegadas, las cuales buscan satisfacer el interés particular -de los administrados- y general – de la sociedad en su conjunto.

Siendo esto así, debemos enfocar a la función pública como elemento esencial de la administración, la cual –en una sociedad más compleja y sofisticada- requiere estar preparada para satisfacer el interés general. En ese sentido ¿Qué es la función pública? ¿Cómo se formó? Son algunas de las dudas que a continuación pretendemos abordar.

## 1.2 DEFINICIÓN

Etimológicamente, función proviene del latín *functio*, *-ōnis*<sup>75</sup> la cual es definida como la capacidad de actuar propia de los seres vivos y de sus órganos, y de las máquinas o instrumentos. Una segunda acepción se refiere a aquella *tarea* que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas. Otros entienden a la función como un derecho conferido o un deber impuesto por la ley a una o varias personas para contribuir a la ejecución y aplicación de la ley. (Goodnow, 19--., p.7)

---

*legislación (reglamentos) y de jurisdicción, aparece la actividad administrativa como no homogénea; de donde se justifica que la única forma de reconducirla a unidad venga dada por la consideración del poder estatal de que emana (...)."* (Garrido, 1957, p.20).

<sup>75</sup> Real Academia de la Lengua. Diccionario de la lengua española. Vigésimo segunda edición. <http://buscon.rae.es/drae/> visitada el 17.1.2008.

Ahora bien, función pública, algunos la definen a partir del ejercicio de una potestad genérica y abstracta entendida como expresión de la esfera de competencia específica del Estado, que dimana de su carácter de persona soberana (Pose, 1985, p.13), lo cual deriva en su carácter de permanencia.<sup>76</sup>

Otros, con la misma idea del ejercicio del poder-potestad la definen incluyendo al elemento subjetivo *“El concepto de función pública se refiere justamente al Estado y sus servidores y entre ellos los que prestan sus servicios a la rama ejecutiva del poder público, regidos por un estatuto diferenciado del que se aplica en el ámbito laboral, como debe de ser, en razón de que el servidor estatal participa en el ejercicio del poder público. Y por lo mismo, a dicho estatuto se le da respaldo constitucional.”* (Sarria, 2002, p.104)

Normas internacionales como la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>77</sup> define a la *Función pública*, como toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.<sup>78</sup> En cambio, la Carta Iberoamericana de la Función Pública<sup>79</sup> define el concepto a partir de lo que considera sus elementos, los arreglos institucionales y las personas: Art. 2 *“La función pública está constituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran éste, en una*

---

<sup>76</sup> En este sentido, debe precisarse que lo permanente es la función y no el goce del empleo, es decir, el funcionario si bien es importante, no es determinante para la existencia de la función. (Jèze, 1949, p.258).

<sup>77</sup> <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-58.html> obtenido el 7.2.2008.

<sup>78</sup> En el Perú la Ley N° 27815 “Ley del Código de Ética de la Función Pública” define en su artículo 2 a la función pública como *“toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”*.

<sup>79</sup> <http://www.clad.org.ve/cartaibero.pdf> obtenido el 7.2.2008.

*realidad nacional determinada. Dichos arreglos comprenden normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una administración pública profesional y eficaz, al servicio del interés general. En el ámbito público, las finalidades de un sistema de gestión del empleo y los recursos humanos deben compatibilizar los objetivos de eficacia y eficiencia con los requerimientos de igualdad, mérito e imparcialidad que son propios de administraciones profesionales en contextos democráticos.*” (El subrayado y énfasis es nuestro).

Por tanto, a efectos de nuestra investigación adoptamos como concepto de función pública aquella *potestad abstracta que otorga el Estado para el ejercicio de sus agentes, a fin de lograr desplegar las actividades propias de la administración a fin de satisfacer el interés general.*

### **1.3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

Tal como lo esbozamos líneas atrás, es difícil entender la idea de la función pública desligada del concepto de Estado dado que la evolución del mismo ha ido ampliando o restringiendo derechos de los particulares. En un Estado constitucional, entre otras cosas –tal como lo adelantamos-, se busca proteger los derechos fundamentales, por lo que tiene un juicio valorativo negativo –incluso- de aquellos actos administrativos (Jordana Fraga, 1997, p. 52) que los vulneran, ofreciendo el ordenamiento diferentes remedios a fin de tutelar a los individuos.

Esto sería impensable en otros tipos de regímenes, por lo que –a modo de ejemplo- la denominada teoría política de la vinculación del funcionario con el Estado, o incluso, el régimen estatutario tuvieron un contexto social en el cual surgieron y se desarrollaron, lo cual no necesariamente es igual en nuestros tiempos. Por tanto, para la pervivencia de los mismos debe partirse por reenfoarlos a partir de la opción adoptada por nuestra carta magna.

Es así, que la revisión panorámica que pretendemos realizar tiene como objetivo entender el contexto y las razones que hicieron que diversos países configuraran de tal manera su administración pública, siendo para nosotros un antecedente importante las ideas que se divulgaron con la revolución francesa, la cual fue referencia de lo que entendemos ahora por función pública y funcionario público.

No obstante esto, no debemos olvidar que en la antigüedad existieron civilizaciones (asiáticas, americanas, entre otras) que realizaron labores como el cálculo de las crecidas anuales (v.g. Egipto), el establecimiento de la periodicidad de las cosechas (v.g. Incas y Mayas), la realización de grandes obras, entre otras; las cuales debieron tener una organización compleja para poder llevarse a cabo.

En estas labores podemos encontrar vestigios de un grupo de personas que con cierta calificación en función de habilidades, conocimiento o por mera discreción “funcionarios” conformaban –sin caer en anacronismos- una probable “burocracia”<sup>80</sup> que se vinculaba junto con los sacerdotes a cargo que eran

---

<sup>80</sup> (...) *El funcionario tuvo en la antigüedad un carácter sacerdotal y guerrero, aun en las denominadas democracias, como la República griega, donde la respuesta del dado, de la piedra preciosa y de la urna utilizada para elegirlo se consideró como la más segura manifestación de la voluntad divina.* (...) (Diez, 1974, 488).



delegados por el Rey, Faraón, Inca u otro gobernante para que administraran de la mejor manera a la civilización respectiva.

La revisión, el contexto y las peculiaridades de los países a investigar, sus problemas y soluciones, son materia de estudio con perspectiva dirigida a la revisión de nuestro ordenamiento, lo cual permitirá un mejor entendimiento del tema.

### 1.3.1 ALEMANIA

Antes de formarse el imperio Alemán, Prusia<sup>81</sup> –bajo los reinados de Federico Guillermo I y Federico II- reformó su ineficiente administración producto de la pobreza, desorden, difuso y corrupto sistema.<sup>82</sup> A esto se agrega, las contradicciones entre principios políticos que rigieron en el sistema, el monárquico y el democrático, creando inestabilidad jurídica y social, la cual encuentra solución luego de un lento proceso histórico en el que –al final- predominan los principios democráticos.

En ese sentido, durante el depotismo, se organizó el sistema prusiano-alemán con una administración estructurada de arriba a abajo. En palabras de NIETO “*La Administración es un servicio del rey, a través de la cual se ejercita su autoridad sobre el pueblo, formado por súbditos, mas bien que por ciudadanos.*” (Nieto, 1960, p.77).<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> Prusia es considerado como el primer sistema administrativo de corte moderno de Europa (siglos XVII y XVIII).

<sup>82</sup> Propuestas doctrinarias dieron sustento al cambio, debiendo señalarse a LABAND -y luego MAYER amplía los alcances- como destacado de lo que se llamó *relación de sujeción especial* que existe de los súbditos respecto al monarca.

<sup>83</sup> Los funcionarios eran llamados servidores del Rey y éste se consideraba a su vez como <el

Se promulgó para los funcionarios el *Allgemeine Landrecht* de 1794<sup>84</sup> la cual dotó de estatuto a la función pública, filtrándose sus líneas directrices en la legislación del posterior imperio alemán.

Toda vez que la concepción de organización administrativa estaba basada en la figura del Monarca,<sup>85</sup> se formaron grupos de especialistas en relación vertical a partir de una selección minuciosa.<sup>86</sup> Dicho funcionario estaba en evaluación constante, por lo cual se garantizaba su competencia, siendo que en contraprestación se le daba la posibilidad de ascender así como una retribución que le permitía laborar de manera exclusiva para la administración.

Con la República de Weimar se debilita el sistema toda vez que la intromisión política hizo que la administración sea un botín del gobernante de turno.<sup>87</sup>

---

primer servidor del estado> colocándose a la cabeza de todos los servidores del Estado, cuyo poder ejerció con despótica autoridad. (Alvarez y González – Haba Guizado, 1992, p.270-271).

<sup>84</sup> “El código general creó tres clases de funcionarios, independientes entre sí. La clase inferior estaba encargada de desempeñar tareas materiales; la intermedia requería algunos conocimientos académicos; y la superior conformada por el alto gobierno. Para ingresar a esta última debía acreditarse título universitario, aprobar el concurso y satisfacer un periodo de prueba de cuatro años”. (Infante Lacouture, 1985, p.54).

<sup>85</sup> “Los cambios que sobre este sistema aporta el siglo XIX son mucho menores que en otros países (períodos revolucionarios aparte), pues el Principio Monárquico, que rige en Alemania hasta 1918, mantiene la vinculación del funcionario a la Corona. El funcionario alemán carece, por ello, durante la época, del sentido y de las garantías de neutralidad política que se van afirmando en otros Estados. No sólo eso sino que acepta en aras de función, sensibles restricciones de sus garantías jurídicas como trabajador (en particular en el procedimiento disciplinario) y en sus libertades ciudadanas.” (Sanchez, 1997, p. 30-31).

<sup>86</sup> “En la Alemania occidental la existencia de distintas categorías funcionariales, consideradas como «carreras administrativas» (*Laufbahnen*), es un hecho consagrado en los parágrafos 15 y ss. de la Ley de funcionario: federales (*Bundesbeamtengesetz*) de 14 de julio de 1953. Junto a las categorías inferiores (*einfache Dienst*), medias (*mittlere Dienst*) y alta (*gehobene Dienst*), se reconoce la existencia de una categoría superior (*hohere Dienst*), a la que se accede mediante oposición para cuya realización se exige estar en posesión de títulos superiores de carácter universitario o similar.” (Garrido, 1956, p.48).

<sup>87</sup> “(...) En los comienzos del siglo XIX se dio un gran paso en este sentido, pues dejó de servirse al Monarca para depender del Estado. Esto, al menos, pregonaba orgullosamente la doctrina, y hasta llegó a consignarse así en alguna disposición legislativa. Pero la realidad del fenómeno era muy otra, y a quien se servía, y de quien se dependía, por tanto, era de un

Luego con el sistema Nazi se retoman ciertas líneas directrices de la legislación prusiana, siendo posteriormente cuestionada en la práctica luego de la segunda guerra mundial.

Actualmente, Alemania tiene un sistema dualista en el que funcionan el sistema estatutario basado en la carrera administrativa, y el sistema con la característica propia de lo que hoy se llama “laborización”. La distinción formal se enmarca en que los primeros estarían investidos de facultades públicas, aunque en los hechos, estos también realizan labores distintas a las asignadas.

### 1.3.2 FRANCIA

El Estado monárquico –luego de la revolución francesa- sufrió una mutación en sus instituciones, en sus funciones, e incluso, en la concepción del elemento subjetivo, dado que se pasó del servidor del rey al funcionario del Estado.<sup>88</sup> Posteriormente, luego del 18 del Brumario, Napoleón I -influido por la Ilustración- dotó a Francia de un sistema administrativo que llevó consigo instituciones estables en el tiempo.

Dicho sistema, si bien con modificaciones posteriores, buscó generar estabilidad y garantizar el funcionamiento del sistema administrativo independientemente de las vicisitudes políticas que sucedieran. En este

---

*partido político: el que gobernaba (sistema del patronazgo, spoil system, cesantías). (...)*” (Nieto, 1959, p. 304-305).

<sup>88</sup> “El cuadro que diseña este sistema (posterior a la revolución francesa) es enteramente novedoso y se opone, en pura teoría, al sistema absolutista, en el que un vicario divino en la tierra gobernaba por su sola prudencia la ley de su pueblo. Es un sistema donde el contenido de derechos y deberes está absolutamente predeterminado en el marco legal, abstracto, donde la intervención pública en la vida social está limitada a actuar esa predeterminación legal, y nada más. Ello crea por sí solo un ámbito de libertad, de certeza y de seguridad jurídica donde la libertad civil de los ciudadanos puede desarrollarse por sí misma, sin temor a interferencias imprevistas, lo que ocurrirá en todo el ámbito no cubierto por las habilitaciones legales al poder y aun en el seno de éstas, para que su ejercicio se acomode estrictamente a las reglas, a los procedimientos y a los fines que la Ley ha fijado.” (El agregado es nuestro) (García de Enterría, 2001, p.130).

sentido, se renovó el sistema en abstracto –función pública- creando una estructura que pudiese pervivir en el tiempo; blindándose al elemento subjetivo, es decir al funcionario y su vínculo con el Estado.

En primer lugar, el vínculo que une al funcionario con el Estado tiene particularidades que no tienen los contratos en el ámbito privado. Es decir, se tiene al funcionario como un defensor del interés público, por lo cual su acceso es mediante nombramiento, y su situación jurídica – llámese derechos y deberes- se regula mediante las leyes y reglamentos. Asimismo, se dio competencia a la administración para que -en ciertos casos- pueda modificar unilateralmente las condiciones de trabajo sin que el empleado pueda oponerse a ello.<sup>89</sup>

Siendo que un funcionario obtiene dicha mención por un nombramiento, para su acceso debe ser sujeto idóneo para desempeñar las actividades, por lo que es necesario un procedimiento de selección.<sup>90</sup> Al funcionario se le brinda estabilidad, autoridad, independencia y una carrera de ascenso; exigiéndole dedicación, lealtad, disciplina, entre otras cosas.

### 1.3.3 ITALIA

Con influencia francesa y alemana, aunque con realidades distintas dado el atraso económico y la falta de iniciativa de las clases medias, se tuvo una

---

<sup>89</sup> “La Administración organizará, modificará y transformará unilateralmente sin preocuparse jurídicamente de la voluntad y los deseos de los agentes”. (Jèze,1949,p.267).

<sup>90</sup> “La estructuración de este sistema, llamado de carrera, comporta que el funcionario no sea nombrado directamente para ocupar un determinado puesto de trabajo, sino que ingrese, mediante un procedimiento de selección fundado en el mérito, en un cuerpo o escala especializada, dividida en categorías personales. A cada escala y categoría se asignan grosso modo una serie de puestos de trabajo, que el funcionario podrá ir desempeñando a lo largo de su vida profesional. Pero, salvo excepción, no le será posible acceder a otro cuerpo o escala si no es mediante un nuevo proceso selectivo, por lo que se trata de un sistema cerrado. Es más, el acceso a unos u otros cuerpos depende del nivel de formación académica alcanzado, de donde se deduce que la jerarquía de la función pública viene a reflejar la jerarquía social.” (Sánchez Morón, 1997, p. 29).

burocracia ineficaz. A ello se debe sumar la gran influencia del gobernante en la administración, haciendo de los favores políticos -que garantizaban una base social importante- una constante en esta, lo cual no incentivaba el mejor desenvolvimiento de la misma.

En ese sentido se promulga el Estatuto Albertino dando poder cuasi absoluto a la Corona,<sup>91</sup> aunque en el tiempo diversas condiciones –como el status jurídico de los empleados y el tipo organizativo- son materia de modificaciones.

Luego –en pleno siglo XX- se dio la primera normativa unitaria de las relaciones entre Estado y funcionarios públicos en 1908 (dividía en funcionarios *administrativi, di ragioneria, y de ordine*) en el cual predomina el interés público,<sup>92</sup> siendo el empleado un mero instrumento para la realización de dicho interés, lo cual en el tiempo va evolucionando. Durante la primera posguerra se dan reformas frente al crecimiento del número de empleados públicos - aproximadamente 30% (Ortega, 1981, p.92-93)- como la simplificación administrativa, reforzamiento de la responsabilidad de los funcionarios, entre otros.

Lamentablemente, el sistema de la meritocracia tratado de difundir se ve mellado por la difusión de los clientelajes, generando –tal cual se manifestó líneas atrás- un exceso de personal en el sector público añadido a una disminución del patrimonio fiscal, producto de la primera guerra mundial, lo que

---

<sup>91</sup> Muestra de ellos se puede observar en el Art. 6 del estatuto "*El Rey nombre todos los cargos del Estado*". (Ortega, 1981, p.74).

<sup>92</sup> "*Esta primera regulación unitaria reafirma las claves de la relación de empleo público, donde prima ante todo el interés público sin que venga considerado en absoluto el empleado público como una figura independiente que se relaciona de igual a igual con la Administración, sino al contrario, éste es considerado únicamente en tanto en cuanto instrumento de la realización del interés público.*" (Ortega, Ídem, p.87).

conlleva a una disminución en la retribución económica. Posteriormente, con la llegada al poder del partido fascista, aunque con una fuerte carga ideológica,<sup>93</sup> se busca ordenar la carrera administrativa jerárquicamente.<sup>94</sup> Siendo que luego de su caída (etapa republicana), se busca erradicar los vestigios del régimen anterior, con la salvedad de los sujetos que hayan desempeñado su labor de manera eficiente independientemente de que hayan sido partidarios del régimen.

Años después se conforma la comisión forti que es antecedente del Texto Único sobre el Estatuto Jurídico de los funcionarios públicos de 10/01/1957 (que tiene como antecedentes la comisión forti Giovannini Petrilli entre otros).

Dentro de la estructura organizativa se diferencian los sujetos que ejercitan potestades públicas de aquellos que desarrollan actividades dentro de los órganos sin ejercer dichas potestades, teniendo el primero un vínculo especial a propósito del interés público de su labor (relación orgánica), y el segundo de tipo *locatio operario*.

---

<sup>93</sup> “No olvidemos que todo ello va unido de modo paralelo a una identificación del concepto de Estado con los valores del Partido Nacional Fascista. Tanto es así que uno de los autores de la época llegaría a afirmar que la relación de empleo público se diferencia del resto de las relaciones laborales por una especial obligación de fidelidad al Duce, lo que «constituye el carácter principal del empleo público».” (Ortega, Ídem, p.108).

<sup>94</sup> “(...) Entre ellas se destaca la consideración de la relación de empleo público como una relación ética, razonándose dicha proposición en base a que “el empleado viene admitido, normalmente, por toda la vida, en el complejo administrativo, con el fin de que dedique a éste todas sus fuerzas de ingenio y de cultura en el ámbito de los fines sociales y políticos que son propios del Estado”. De ello se deducía que se trataba, por tanto, «de una relación de fidelidad que sólo puede contraer aquel que por su mentalidad y por sus inclinaciones viva y actúe de modo conforme a las tendencias ideales y políticas que son propias de la Administración.” (Ortega, Ídem, p.103).

Esto se confirma con la distinción planteada por BATTINI entre *rapporto di ufficio* y *rapporto di servizio*. Con la primera se refiere a la imputación jurídica por la cual un sujeto es legitimado para ejercitar los poderes y las funciones que las normas atribuyen a los *uffici* de la administración pública, teniendo su actuación efectos externos. En cambio, el segundo guarda relación con la prestación laboral del dependiente, teniendo el deber a favor de la administración, con su correspondiente remuneración; es decir parte de una relación interna. (Battini, 2000, p.336).

#### 1.3.4 ESPAÑA

Antes de la etapa del Estado absoluto, la titularidad del poder era compartida entre el monarca, los nobles, la burguesía gremial y la Iglesia. (Villar Palasí y Villar Ezcurra, 1992, pp.52-53). Ya en el Estado absoluto el poder se consolida en manos del monarca, aunque tuvo a la nobleza -y en algunos casos al mismo clero-, como límites al desenvolvimiento pleno de su poder. Producto, en parte de ello, el monarca se respalda en *un nuevo grupo de oficiales, legistas en la mayoría de sus rangos superiores, en los que el Monarca tiende a apoyarse para contrapesar la influencia de la nobleza y de los que en adelante será imposible prescindir, puesto que de su conocimiento y dedicación depende el funcionamiento regular del Estado.* (Sánchez Morón, 1997, p. 59).

En el año 1845 se creó el Consejo Real y los Consejos Provinciales según el modelo francés (Leyes de 2 de abril y de 6 de julio de 1845), sustrayendo de los Tribunales Civiles los pleitos en que es parte la Administración (Parada, 2002, p. 20). Sin embargo, la situación caótica de la administración pública no mejoró sustancialmente, por lo que se promulgó el Real Decreto de 18.6.1852 Estatuto Bravo Murillo, el cual diseñó una carrera administrativa a partir de la diferenciación de cargos, retribuciones económicas, ingresos, ascensos, entre otras cosas.

Lamentablemente, dicha norma no fue la solución al problema de fondo por lo que espontáneamente se fueron formando grupos especializados de funcionarios que obtuvieron regulación especial “corporativismo”,<sup>95</sup> y que luego con el estatuto Maura –Ley de Bases de 22.7.1918- consiguieron su consolidación<sup>96</sup> y proliferación toda vez que dichos cuerpos fueron reglamentados siendo legitimados en toda la nación.

En el año 1964, mediante Decreto 315/1964<sup>97</sup> se desarrolla la laborización<sup>98</sup> de la administración pública así como el sistema mixto de funciones, lo cual –al igual que en otros países- en busca de mayor flexibilización, afectó el sistema estatutario implantado hasta ese momento.<sup>99</sup>

---

<sup>95</sup> “(...) En virtud de este *ius singulare*, tales funcionarios alcanzaban la ansiada inamovilidad y quedaban exentos del llamado turno de cesantes. Además no les afectaba la integración de militares, por constituir escalas cerradas, es decir, reservadas a los poseedores de ciertas titulaciones (la relación con la creación con las Escuelas técnicas es, como en Francia, directa), que ingresaban en virtud de pruebas objetivas de selección y en las que los ascensos se producían por antigüedad. La especialidad también se hacía notar en la mejora de las retribuciones y otros privilegios. De esta manera (y no de un proyecto de Estado, a diferencia de Francia) surgieron los cuerpos de funcionarios, que aportaron profesionalidad a la corrompida e ineficaz Administración de segunda mitad del siglo, a cambio de una situación de ventaja sobre el resto de los empleados públicos.” (El subrayado es nuestro). (Sánchez Morón, 1997, p. 42-43).

<sup>96</sup> Véase como ejemplo el cuerpo de registradores.

<sup>97</sup> La cual desarrolla la Base I de la ley 109/963.

<sup>98</sup> El término laborización, que en una primera impresión muy general evoca la idea de transformación en la laboral de algo que no lo es en su origen, es un término plurívoco, pues con él se designa tres realidades, aunque íntimamente relacionadas, en esencia diferentes. Dos de ellas hacen referencia a la laborización de la Función Pública, una tercera, a la de los funcionarios públicos. (Izquierdo Hernández y Molina García, 1996, p.19).

<sup>99</sup> Posteriormente se promulga la Ley 30/1984 la cual busca una reforma progresiva del régimen del empleo público, regulando en un mismo texto normativo, la relación funcional y la laboral. “(...) Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo), el Gobierno socialista emprendió un nuevo proceso de reforma, que culminó en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP). La Ley, como su propio nombre indica, no pretendió establecer un régimen de nueva planta, un auténtico nuevo estatuto de funcionarios, sino abrir un proceso de reforma progresiva del régimen de empleo público; un proceso de rectificaciones empíricas y parciales, carentes de un modelo u horizonte predefinidos, y que ha continuado los años sucesivos con diversas reformas de la propia ley; no se trata, pues, de un texto normativo completo y orgánico, sino de un conjunto de disposiciones muy variadas que no han alterado



### 1.3.5 GRAN BRETAÑA

Inglaterra, a diferencia de Francia y Alemania, si bien tuvo en la revolución de 1688 el recorte de las prerrogativas de los funcionarios de la Corona,<sup>100</sup> no siguió el recorrido de los países antes mencionados a fin de lograr un *derecho administrativo* consolidado. En ese sentido, si bien pudo deducirse la doctrina de la división de poderes de su constitución, de forma teórica, en la realidad no tuvo la ascendencia de otros países del continente.<sup>101</sup>

Consecuencia de ello, y de otras particularidades, fue un sistema administrativo ineficiente regido por el sistema de *patronage*.<sup>102</sup> Frente a esto, surgieron (Siglo XIX) doctrinas utilitaristas –Bentham y A. Smith- que planteaban opciones a fin de remediar tal situación. En este sentido, se dio el Informe Northcote-Trevelyan, el cual propuso el abandono del sistema del *patronage*, siendo reemplazado por el de mérito.

---

*sustancialmente el sistema vigente entre nosotros desde 1964.*” (Santamaría Pastor, 2004, p. 744).

<sup>100</sup> “*Debemos mencionar que dicha revolución –que derrotó al despotismo estuardiano- fue modelo para Montesquieu en su tesis de la separación de poderes, toda vez que la mencionada revolución tuvo como fin “restringir los poderes y prerrogativas de la monarquía, y paralelamente reconocer y consolidar los derechos y facultades del parlamento.”* (Vélez García, 1996, p.396-397). En el mismo sentido, (Galindo Camacho, 2000, p.70).

<sup>101</sup> Ejemplo de ello nos lo señala Murillo Ferrol “*Por tanto, no se creó una jurisdicción específicamente administrativa y mucho menos un tribunal de conflictos como en Francia. Así es que visto el problema en su esquema más simple, pudiéramos decir que Inglaterra tiene hoy (o al menos tenía a fines del siglo pasado) una situación que Alemania y Francia atravesaron a fines del siglo XVIII : una serie de normas referentes a la actividad administrativa que en lugar de formar un cuerpo separado quedan integradas en el common law, en el derecho ordinario, realizable por la actuación de los tribunales ordinarios.*” (Murillo Ferrol, 1950, p.50).

<sup>102</sup> “*Si analizamos los frecuentes pequeños casos de aplicación del sistema de patronage—en los que se trata de premiar a los seguidores fieles de los partidos y grupos mediante una colocación o ascenso en los puestos de funcionarios—aparece como característica general del fenómeno, que los partidos políticos, respetando o no una proporción, pretenden ocupar, cada vez más y por razones de oportunidad política, los puestos directivos del aparato estatal con sus hombres de confianza.*” (Weber, 1962, p. 82).

Así pues, a diferencia de Alemania y Francia, se edificó una administración –en términos de NIETO- de abajo hacia arriba “*La Administración británica ha sido construida de abajo a arriba: «el ciudadano domina la Administración, bien sea a través de sus agrupaciones naturales en los municipios, bien sea a través de sus agrupaciones políticas en el Parlamento. La Administración está al servicio del pueblo, y el pueblo se encarga de controlarla en defensa de sus intereses. (...).»*”<sup>103</sup>(1960, p.77).

A mitad del siglo XIX surge el Civil Service,<sup>104</sup> promoviendo la realización de pruebas selectivas libres, teniendo la particularidad que dichas evaluaciones son no especializadas dado que se valora la cultura general, personalidad del candidato, y su capacidad para solucionar los problemas.<sup>105</sup> No obstante esto,

---

<sup>103</sup> Asimismo, en términos de DICEY, el entendimiento inglés del principio de división y separación de poderes en comparación con Francia es distinto toda vez que “(...) *mientras que el Derecho francés o el español interpretaron esa separación como prohibición a los Tribunales comunes de inmiscuirse en actos y actividades de la Administración y sus funcionarios, es decir como independencia de la Administración, en Inglaterra se entendió justamente al revés: como sometimiento a los jueces comunes de toda la actividad administrativa de los funcionarios.*” (Parada, 2002, pp. 26-27).

<sup>104</sup> “*El de la Civil Service Commission inglesa, cuyos miembros forman un Jurado permanente para los empleados de la Administración civil; se persigue más bien una cultura general y amplia, por la estimación de que los conocimientos específicos que cada cargo precisa se adquieren posteriormente con la práctica. En otros países del Occidente europeo, lo corriente es nombrar para cada concurso u oposición un Tribunal especialmente versado en las materias relacionadas con la función a desempeñar. En principio, uno y otro son buenos si se garantiza la capacidad de los miembros del Tribunal para expresar su juicio sin ceder a consideraciones externas, y si su preparación científica o profesional es lo suficientemente amplia para estimar en los ejercicios la capacidad de los aspirantes.*” (Serrano Guirado, 1952, p.140).

<sup>105</sup> Pero en Inglaterra esa falta de enseñanza teórica se compensa ampliamente por el hecho de que el funcionario nombrado para un alto puesto permanece en él por lo regular durante toda su vida, y porque esos cargos se incluyen entre los que pueden obtenerse por ascenso, *aunque no haya ley ninguna que lo disponga así.* En consecuencia, dichos puestos los ocupan hombres profundamente versados en las tareas que les están encomendadas, y que los cambios de Ministerio no ejercen influencia sensible en la obra de los Departamentos administrativos, los cuales siguen su marcha, como antes, bajo la dirección de los altos funcionarios permanentes. (Goodnow, 19-- , p.60).

no existe inamovilidad del cargo, sin embargo, por tradición los funcionarios ingleses saben que serán respetados en sus cargos.<sup>106</sup>

Respecto a su organización, en líneas generales, puede señalarse que se crearon diversas clases de funcionarios, siendo una destinada a las actividades intelectuales (upper class) y las demás más administrativas (administrative, executive, clerical assistant). (Garrido Falla, 1956, p.48).

Este sistema se opone radicalmente a aquellos que –v.g. la Ley alemana de funcionarios de 1937- parten del supuesto de que la sumisión total de los agentes públicos constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios. El *Civil Service* británico se esfuerza hoy en conseguir la eficacia dentro del marco de la libertad. (Gaudemet, 1953, p.269)

En resumen, el *civil service* es concebido no como una tarea de mandar sino de servir, dejando de lado cualquier semejanza con la disciplina de lo militar y el espíritu burocrático de otros sistemas. El funcionario es concebido como un simple ciudadano –servidor- el cual debe ser respetado en su personalidad y el

---

<sup>106</sup> “En el terreno legislativo los países anglosajones se muestran contrarios a toda posible abdicación de la Administración en sus facultades rescisorias de las relaciones de empleo público. La tesis contractual es llevada aquí a sus últimas consecuencias, si bien en realidad más en el terreno de la teoría que en el de la práctica, pues, en Inglaterra al menos, los funcionarios de carrera vienen protegidos por el peso de unas costumbres que en definitiva les otorgan garantías de permanencia quizá superiores a las que, con base legislativa, pueden ser invocadas por los funcionarios continentales. Es claro, sin embargo, que estas situaciones fácticas sólo pueden funcionar eficazmente contando con arraigados hábitos sociales y con elevados niveles de educación ciudadana que harían que su trasplante a medios con condiciones distintas produjese resultados altamente problemáticos”. (Martín Mateo, 1966. p. 16). No sólo debemos hacer esto, sino que también hace falta que la opinión pública se eduque hasta el punto en que se halla educada la de Inglaterra, donde no se consienten cambios en masa del personal en aquellas ramas superiores del servicio que no son completamente políticas. (Goodnow, Óp.cit., 63).

que tiene que respetar y servir a los administrados. (Gaudemet, Ídem., pp.270, 271).

### 1.3.6 ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

De los sistemas antes revisados, quizá el más alejado de ellos es el sistema norteamericano, el cual -por ejemplo- tiene una regulación cercana al régimen del derecho privado.<sup>107</sup>

Siendo colonia inglesa, heredaron el sistema del *patronage* el cual era en beneficio de los grupos de poder que existían en ese momento. Con el asentamiento del bipartidismo y la alternancia política los funcionarios tuvieron que responder en forma periódica de su gestión,<sup>108</sup> lo cual derivó en el Spoil System, mecanismo que exigía la evaluación y confirmación del agente en su puesto al terminar un periodo de gobierno, siendo sacado de dicho puesto -en general-de no ser adepto al nuevo Gobierno.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Su fundamento reside en que el nombramiento de un funcionario no se efectúa para que realice toda su carrera en el servicio público (aunque en la práctica suceda así), sino para desempeñar un cargo determinado. Por eso se suele denominar *sistema de empleo*. (Sanchez Morón, 1997, p. 33).

<sup>108</sup> Tenure of Office Act.

<sup>109</sup> Muestra de ello nos lo señala DWIGHT “Echemos una ojeada a este “Club del dos por ciento” que el senador se ha servido calificar de francachela política. Todos sabemos que para sostener un partido político hay que contar con medios para mantenerlo. Hay que contar con fuerzas para la lucha. Hay que tener dinero para sostener la campaña política. Con toda seriedad pregunto a los senadores: ¿De dónde ha de salir el dinero? Hay que conseguirlo en alguna parte. ¿A dónde hay que dirigirse para encontrarlo? El partido demócrata se limita a decir: “Nosotros, que hemos sido elegidos, nos dirigimos a nuestra gente que ocupa cargos gracias al partido demócrata y es responsable de la administración mientras ocupa el poder el partido demócrata, y le pedimos que contribuyan con sus fondos a fin de cubrir los gastos del partido demócrata.” ¿Qué podría estar mejor que esto, señor Presidente?” (Waldo, 1967, p.235).

Producto de estos cambios de tipo político, no existía estabilidad de los funcionarios, por lo que el funcionariado sirvió de botín para los gobernantes de turno, a fin de retribuir el apoyo recibido por los partidarios.

Posteriormente, se implementó un sistema de ingreso según “el merit system”, de acuerdo a lo que se denominó *Civil Service Comisión*,<sup>110</sup> como respuesta al ingreso por favores al gobierno de turno, sin embargo, dicha modificación tuvo alcance restringido.<sup>111</sup>

No obstante esto, en general, en Estados Unidos, a diferencia de los otros países, se puede indicar que el funcionario es considerado- más que un representante del Estado- un fiduciario, el cual debe atender las demandas de la ciudadanía.

En este sentido, no existe la concepción de cargos permanentes y de duración indeterminada, dado que se busca cierta sensibilidad de los funcionarios hacia los usuarios, la cual se ve trastocada cuando están laborando de forma indefinida en un puesto toda vez que puede dejarse de apreciar la necesidad de los administrados. Es por esto, que se considera a este tipo de funcionarios como *adscritos* a su cargo, a diferencia de los otros sistemas que se les concibe como *funcionarios de carrera*.

---

<sup>110</sup> “En 1883, el Pendleton instituyó las primeras garantías de reclutamiento y de la carrera en provecho de los funcionarios. La politización de la función pública disminuye.” (Diez, 1974, p.481).

<sup>111</sup> En lo referente a los puestos superiores “En los Estados Unidos hay pocas exigencias legales de aptitud para los puestos superiores del servicio nacional y regional. Se confía casi totalmente en la discreción de las autoridades facultadas para nombrar, dando por supuesto que atenderán, para elegir, a las necesidades prácticas del servicio, aunque concedan a la vez gran valor a las razones políticas”. (Goodnow, Óp. cit., p.60).

## 1.4 SISTEMAS

Luego de la revisión histórica de la evolución de la función pública en diversos países, podemos encontrar rasgos comunes que –agrupándolos- nos permiten identificar dos modelos, uno de tipo cerrado denominado “europeo continental”, y uno de tipo abierto denominado “anglosajón”.

### 1.4.1 MODELO ANGLOSAJÓN

Tal cual se ha señalado, el modelo anglosajón tiene 2 referentes importantes: Gran Bretaña y Estados Unidos.<sup>112</sup> En éste último se logra desarrollar propiamente el modelo, toda vez que en Gran Bretaña si bien se exigía la especialización en los cargos directivos, con acceso de acuerdo al gobierno de turno (en cabeza de su primer ministro), en el cuerpo general –en los hechos- se configuró un sistema de protección al funcionario, desde su acceso mediante una evaluación, hasta el aseguramiento de su inamovilidad -en los hechos- de su cargo y retribución adecuada.

En este sentido el modelo no interioriza la idea de personal permanente, sino por el contrario, se ve en el funcionario un profesional que desempeña sus labores de forma temporal. Por tanto, el tipo de vinculación con la administración es más “un puesto de trabajo” que una “carrera” asemejándose más a una relación de tipo privada en la cual el Estado puede resolver el

---

<sup>112</sup> “La expresión fundamentalmente privatista del derecho angloamericano ha impedido un desarrollo del derecho administrativo semejante al producido en el continente europeo. Los conceptos de la *rule of law* (imperio de la ley) en Inglaterra, de la *judicial supremacy* (supremacía judicial) y del *due process of law* (debido proceso legal) en los Estados Unidos, han dado a los tribunales angloamericanos un contralor sobre los órganos de la administración pública no disímil al que ejercen sobre los actos privados; en consecuencia, el derecho enunciado en las sentencias relativas a la administración pública no difiere a menudo del enunciado en la sentencia dictada respecto a los actos privados.” (Clarke Adams, 1964, p.22).

contrato si es que no consideran apto al personal para el desarrollo de la función pública.<sup>113</sup>

Tal cual se ha revisado líneas atrás, lo práctico es el horizonte del modelo, por lo que se exige personal con educación diferenciada, no necesariamente jurídica, toda vez que -por ejemplo en Inglaterra- se evalúa la cultura general, lo cual es la base para que la administración determine si el postulante posee las capacidades y aptitudes adecuadas para desarrollar las tareas asignadas al puesto que se requiere.

Téngase en cuenta que si bien este modelo abierto es flexible y se adecua a las coyunturas, no crea los incentivos para fidelizar a los funcionarios en su labor y con la institución. Asimismo, un esquema como el planteado de transición entre el sector público y el privado, puede mermar la independencia de los funcionarios, estando sujetos a presiones de grupos privados.

#### **1.4.2 MODELO EUROPEO CONTINENTAL**

Al referirnos a un modelo Europeo Continental, no deseamos dar la idea de un modelo uniforme, sino uno de rasgos comunes que permite la identificación de una opción distinta al anglosajón. Esto lo indicamos dado que cada Estado ha ido configurando sus instituciones jurídicas en un proceso histórico propio, lo cual denota particularidades en cada uno de estos, aunque las necesidades hayan sido las mismas.

---

<sup>113</sup> La administración es flexible, si tiene exceso de trabajadores, los despide -previo resarcimiento especial-, y si necesita, convoca personal del sector privado.

Características propias del modelo es la mayor estabilidad -legal- en los vínculos entre los funcionarios y la administración pública, no siendo los cargos botín de los gobiernos de turno. Si bien se parte de un vínculo contractual las garantías que tiene el funcionario en la administración permite la creación de mecanismos de promoción (ascenso) dentro de una carrera pública. En ese sentido, las dos características esenciales de este modelo son el régimen estatutario – entendido como el conjunto de reglas a la que se encuentra vinculado el funcionario- y la denominada carrera pública.

A fin de lograr la eficiencia, los funcionarios deben tener una capacitación constante tendientes a la formación de satisfacer el interés general del servicio que brindan por delegación estatal. Asimismo, tiende a crear estímulos para que los funcionarios busquen el ascenso a partir de su estabilidad, aunque, también al tener dicha garantía, puede crear desincentivo a la eficacia –dado que su labor la tiene asegurada- y puede producir distanciamiento del funcionario con la realidad.

## **2. EL FUNCIONARIO PÚBLICO**

### **2.1 IDEAS PRELIMINARES**

La primera cuestión que debe tomarse en cuenta al estudiar el presente tema es la distinción entre los agentes públicos y los privados a partir de las particularidades que cada uno de ellos posee en el régimen que se desempeña.



Partiendo de los fines, podemos afirmar que las entidades privadas al involucrarse en los negocios buscan –normalmente- obtener cierta rentabilidad a un corto, mediano o largo plazo. En función de dicho objetivo, los empleados distribuidos y dirigidos. En caso los titulares vean que la empresa, por ejemplo, tiene continuas pérdidas, pueden decidir desistirse del negocio y extinguir el mismo.

En el sector público esta línea de actuación no es viable. En principio, el servicio público más que utilidades busca satisfacer las necesidades de los ciudadanos. Así pues, el empleado público debe mentalizarse en dar un buen servicio para satisfacer el interés particular del administrado, lo cual tiene detrás el interés general de los ciudadanos. En caso la entidad sólo genere pérdidas, el Estado no podrá desistirse de brindar el servicio, sino que deberá buscar opciones para mejorarlo.

Por tanto, puede señalarse preliminarmente, que los objetivos de las entidades públicas y privadas – y esto influye en relación a los agentes de las mismas- no son iguales, teniendo sus particularidades que no deben ser dejadas de tomar en cuenta para su estudio.<sup>114</sup>

De otro lado, al introducirnos en el elemento subjetivo de la administración pública, observaremos la heterogeneidad de los agentes. Es decir, si bien todos ejercen sus labores para la entidad, existen distinciones por las funciones, los cargos, el monto por remuneración, la formación, la exigencia de las labores, entre otras cosas.

---

<sup>114</sup> Debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, el régimen de incompatibilidades, los deberes y funciones en cada sector, los efectos de sus actuaciones, las sanciones, etc.

En ese sentido, este punto nos permitirá esbozar un concepto del funcionario, diferenciándolo en sede comparada y en sede nacional de otros agentes que ejercen sus labores en el sector público. De igual forma, se analizará el vínculo que existe entre el funcionario y la administración pública a fin de entender el lugar que ocupa el funcionario. Finalmente se describirá al funcionario en el ordenamiento peruano.

## 2.2 CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

En términos generales funcionario es aquel agente de la administración que a partir de su nombramiento labora en un cargo determinado de una manera continua en la gestión de la administración pública.

BIELSA define al funcionario en “*virtud de designación especial y legal (sea por decreto ejecutivo, sea por elección), y de manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a “constituir” y a “expresar o ejecutar” la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social*”. (1964, p. 4).

Si bien somos conscientes que el término *funcionario público* es complicado de definir, en especial cuando se desea distinguirlo de otros agentes de la administración, liminarmente indicamos –en nuestro concepto– que el funcionario público es aquel sujeto que labora en la administración pública y ha sido investido de competencias públicas.<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> “(...) *funcionário é quem tenha sido legalmente investido nestes termos unitários e indivisíveis de competências relativos a funções da organização central do Estado, estabelecidas*

## 2.2.1 DISTINCIÓN CON OTROS AGENTES DEL ESTADO

La definición es importante siempre y cuando diferencie al funcionario de los otros agentes del Estado, por lo que -tomando en consideración que las clasificaciones se hacen con el intento de aproximarnos mejor a la figura de estudio- haremos la distinción pertinente lo cual nos permitirá entender mejor el vínculo con la administración.

Si nos remontamos a la escuela francesa, podemos encontrar –entre otros- a exponentes como Duguit, Jèze y Hauriou. El primero, partiendo de su noción de servicio público<sup>116</sup> define al funcionario a partir de su participación permanente en el funcionamiento de un servicio público, a diferencia del empleado que lo realiza de manera temporal.<sup>117</sup>

---

*em lei, com individualidade própria, reconhecível esta pela denominação e previsão numérica". (el énfasis es nuestro) (Bandeira de Mello, 1975, p.15-16). En el mismo sentido: "Sabemos que tanto el funcionario como el empleado, aceptan el desempeño de sus tareas con su libre consentimiento, remuneradas casi siempre y comúnmente permanentes, pero hay que tener presente y he ahí la diferencia, que el funcionario recibe un encargo especial del Estado, una "delegatio" en interés jurídico, social y político de la colectividad que da a la función un carácter representativo, en tanto que el empleado, tiene con el Estado – Administración pública, una vinculación interna porque realiza o desempeña una tarea normal de la Administración." (Lozano Paredes, 1946, p.36).*

<sup>116</sup> Entendido como la "existencia de orden jurídico que se impone a los gobernantes, es decir, a aquellos que de hecho tienen el poder en un país dado, obligación de asegurar sin interrupción de cumplimiento de una cierta actividad." (Duguit, 1975, p.31).

<sup>117</sup> En sede nacional se señaló que "(...) Funcionario Público es la persona que por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente, participa de manera continua en el ejercicio de las funciones públicas; y, Empleado es la persona que asume la obligación de prestar su actividad al Estado, mediante una retribución, haciendo del servicio público su profesión, esto es dedicándole permanentemente su actividad física e intelectual, con el fin de obtener los medios de subsistencia económica." (S. Portocarrero, 1944, p.66).

Luego, Jèze –partiendo de su propia concepción de servicio público<sup>118</sup>- define al funcionario a partir del carácter *permanente, normal, ordinario*, del *empleo*, de la *función*, conferidos al individuo. (Jèze, 1949, p.257). Hauriou considera como funcionarios a todos los que, en virtud de un nombramiento de la autoridad pública, bajo el nombre de funcionarios, empleados, agentes y subagentes, pertenecen a los cuadros permanentes de la administración pública.<sup>119</sup>

En Alemania se tienen como exponentes –entre otros- a Laband y Mayer. El primero se fija en lo que denomina *relación de servicio especial* que está dentro del derecho público, pero que presupone consentimiento del funcionario y cuyo contenido jurídico se basa en una *relación de poder*. (Villegas Basavilbaso, 1951, p. 247). De otro lado Mayer distingue dos aspectos de vinculación: uno interno y otro externo. El interno se refiere a aquella obligación de fidelidad – especie de obligación de tipo moral- al servicio que desarrolla el Estado. En cambio, el aspecto externo, se refiere a la gestión que en *representación*<sup>120</sup> del Estado debe realizar el funcionario. (Villegas Basavilbaso, Ídem, p. 254).

En la doctrina italiana, Alessio clasifica según el oficio al cual son adscritos, un funcionario es el llamado a formar la voluntad o representar al Estado, en cambio, el empleado público se determina, independientemente represente o no

---

<sup>118</sup> “*La idea de servicio público se halla íntimamente vinculada con la del procedimiento de derecho público. Decir que, en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico.*” (el subrayado y énfasis es nuestro) (Jèze, 1949, p.5).

<sup>119</sup> El reclutamiento de los funcionarios, en esta teoría tiene como base una requisición consentida: por una parte, los funcionarios son incorporados a la institución administrativa por nombramiento, decisión unilateral del poder público; y por la otra, su status es legal o reglamentario y no contractual. (Villegas Basavilbaso, 1951, p. 243).

<sup>120</sup> La cual, como veremos más adelante, no necesariamente es igual a la civil.

al Estado, por la prestación de la actividad en forma permanente y para fines profesionales. (Villegas Basavilbaso, Ídem., p. 257). Petroziello, en cambio, indica que un funcionario es aquel agente que tiene poder de decisión y mando, por lo cual tiene los grados más elevados de jerarquía. Siendo que los empleados se encuentran en grados debajo de los funcionarios ejecutando las disposiciones que se le ordenen. (Villegas Basavilbaso, Ídem., p. 264).

Nos adherimos en parte a la distinción que hace Mayer entre los dos aspectos que existen en el funcionario público, el interno el cual también es característica del servidor o empleado público, y el externo, que a diferencia de aquel autor, más que un tema de representación,<sup>121</sup> lo tomamos como una delegación de potestad pública.<sup>122 123</sup>

## 2.3 EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO

### 2.3.1 VÍNCULO ENTRE EL FUNCIONARIO PÚBLICO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

---

<sup>121</sup> *“Esta doctrina entiende que el signo específico del funcionario es su carácter representativo. El concepto de funcionario toma en consideración el contenido objetivo de las atribuciones que desarrolla al servicio de la administración pública. En el empleo público no existe representación alguna. Hay que referirse únicamente al modo particular con el cual una persona física se encarga de los negocios del ente público. El funcionario puede declarar la voluntad del Estado. El empleado, no.”* (Diez, Óp. cit., 289).

<sup>122</sup> *“(…) La diferencia esencial entre función y empleo público está en lo siguiente: la función supone un encargo especial, una delegación, transmitida en principio por la ley; el servicio sólo concurre a formar la función pública. Respecto del empleado solo hay una vinculación interna con el Estado; la del funcionario es una relación externa, que atribuye a éste cierto carácter representativo, por poco que signifique la representación que ejerza.”* (El énfasis es nuestro). (Bielsa, Óp. cit, p. 34).

<sup>123</sup> Dicha distinción tiene consecuencias importantes cuando se analice el tema de responsabilidad, toda vez que así como el funcionario tiene “autoridad” tiene como correlativo el tema de la responsabilidad.

El vínculo jurídico que une al funcionario público con el Estado ha sido materia de distintas concepciones a través de la historia. Dependiendo del momento histórico, la concepción del derecho y el ordenamiento particular en el que se desenvuelven, se definen estas relaciones.

En la edad media<sup>124</sup> las funciones denominadas “públicas” estaban a merced de la aristocracia, la cual era jerarquizada según una relación de vasallaje, siendo que los cargos se transmitían por herencia. Con el transcurrir del tiempo, el príncipe afirma su autoridad sobre los señores feudales, creando una organización a su servicio, diferenciada de los oficios domésticos de la Corte, para proveer las funciones inherentes a su potestad: ejército, diplomacia, justicia y hacienda. (Sanchez Morón, Óp. Cit., p. 26).

Posteriormente, por ejemplo en Prusia, el rey a fin de superar la ineficiencia administrativa encarga las labores públicas a profesionales, lo que es un antecedente a lo que luego de la revolución francesa se denominó “la burocracia profesional”. Luego con la caída del antiguo régimen los vínculos “administrativos” se trastocaron, es decir, el trabajador público de ser un servidor personal de la Corona se convierte en funcionario del Estado teniendo los derechos atribuidos por sus normas y gozando por esto de un estatuto objetivo. (Sanchez Morón, Ídem, p. 27-28).

Los diversos modelos que surgieron tuvieron en común que fueron soluciones singulares frente a problemas comunes de una administración ineficiente. No

---

<sup>124</sup> *“Inizialmente, nello Stato assoluto del primo periodo, nei paesi dell’ Europa continentale, si applica il diritto comune, in quanto non derogato dal “diritto creato dal principe”. E una forma ancor fluida, in quanto il diritto del principe può anche essere solo un diritto speciale rispetto al diritto comune. Però in Francia, Spagna e Austria comincia ad avere un contenuto pubblicistico.”* (Severo Giannini, 1993, p.23).

obstante esto, debemos tener en cuenta que existieron diferencias, en el tiempo, circunstancias y las formas, de cómo se configuró cada Estado y su respectiva administración pública.

En este sentido, si en puntos anteriores acogimos una diferenciación entre un modelo denominado anglosajón y uno de tipo europeo continental, debemos también señalar las particularidades de este último modelo en lo referente a la concepción de la vinculación entre la administración y el funcionario.

En Alemania, tal cual lo mencionamos antes, los cambios surgieron con Federico Guillermo I y Federico II, debiendo tomar en consideración que el derecho administrativo alemán y las instituciones de derecho privado tuvieron relaciones amplias y fluidas.<sup>125</sup> Muestra de ello es la concepción del vínculo como título procuratorio (Ortega, Óp. cit., p.71) ya sea en la representación propiamente dicho o en el mandato.<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> “(...) Por eso, a medida que en el siglo XIX se alcanza gradualmente la construcción sistemática del Derecho administrativo, tendrá éste que comenzar por rescatar una serie de materias de la esfera jurídico-privada. Sin embargo, el impacto privatístico que éstas llevan ya consigo permanecerá casi como una impronta imborrable.” Y a continuación añade: “(...) el Derecho administrativo alemán no se establece en una esfera tendencialmente cerrada. Sus relaciones con el Derecho civil se fijan en un plano horizontal, facilitándose así, por la misma Posición adoptada, un fecundo intercambio.” (Martín - Retortillo Baquer, 1996, p.41) “(...) cuando el Derecho administrativo hubo de llevar a cabo la formulación sistemática de los conceptos, de sus instituciones, no pudo sino acudir al Derecho Civil, poseedor ya entonces de una milenaria tradición técnicamente depurada. (...) El derecho administrativo se formó teóricamente en un medio jurídico impregnado de tendencias y de tradiciones civiles, gracias a la obra de administradores, jueces, y miembros del Parlamento que habían sido formados en la escuela del derecho civil y del Derecho Romano.” (Martín - Retortillo Baquer, Ídem, p.33).

<sup>126</sup> El poder de representación, no es más que legitimación. “El gran mérito de Laband ha sido haber configurado el poder de representación como simple legitimación a partir del ejemplo del poder. Llegó a ello mediante la separación del poder respecto del mandato. Lo decisivo es que el poder de representación es una figura singular, que no es más que legitimación para establecer reglas jurídico negociales para otro por medio de un obrar en su nombre, de modo que esas reglas valgan como suyas.” (Morales Hervias, 2005, pág.61). En cambio, el mandato es un contrato con efectos obligatorios a través del cual el mandatario ejecuta un servicio

Asimismo, se concibió dicha relación como una de locación de servicios o arrendamiento. El punto de partida era el mismo, el principio de igualdad entre las partes. En este sentido se planteó asimilar la función pública a los negocios privados, lo cual fue posteriormente desechado por la doctrina alemana dadas las características especiales de la función pública.

Se elaboró la teoría del órgano<sup>127</sup> –que tuvo desarrollo importante en Italia-, la cual a diferencia de la representación y el mandato, no existe la distinción entre parte formal y parte sustancial,<sup>128</sup> siendo la voluntad del órgano parte sustancial de la administración, por lo cual se encuentra vinculada a la misma. (De La Vallina Velarde, 1959, p.110).<sup>129</sup>

La doctrina alemana construye a su vez la teoría de las relaciones especiales de sujeción<sup>130</sup> del funcionario, la cual señala que en razón del ingreso de un sujeto a la administración, este queda vinculado de manera subordinada al Estado, teniendo la potestad este de establecer normas disciplinarias, limitar

---

personal, en nombre propio pero por cuenta e interés ajeno. Dado esto, se requiere que se realice un negocio adicional de transmisión de efectos para que el mandante adquiera el derecho materia del mandato. (Carnevali, 1990, p.2).

<sup>127</sup> Dicha teoría fue formulada por Gierke en su obra *Die genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*.

<sup>128</sup> “*Nella rappresentanza, il rappresentante imputa al rappresentato gli effetti giuridici degli atti che compie per il rappresentato; nel rapporto organico il titolare dell’organo imputa le intente fattispecie degli atti che compie alla persona giuridica di cui è organo.*” (Severo Giannini, *Óp.cit.*, p.147).

<sup>129</sup> En ese mismo sentido “*(...) Em suma: não se biparte Estado e agente (como se fossem representante e representado) mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica, pois, entre o Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, processada na intimidade de pessoa estatal.*” (Bandeira de Mello, *Óp. cit.*, p.72). El punto de partida para entender mejor su concepción es que “*(...) un acto de voluntad realizado por ciertos individuos debe ser considerado no ya como una simple manifestación de la actividad de dichos individuos, sino como una manifestación de la vida del ser colectivo.*” (Villegas Basavilbaso, 1950, p. 528). Siendo esta el substrato previo que forma el estado, el cual se encuentra bajo parámetros establecidos por la constitución.

<sup>130</sup> Tesis configurada por Laband y seguida por Otto Mayer.



derechos de las personas,<sup>131</sup> tener la facultad de modificar unilateralmente los contratos, entre otras.<sup>132</sup>

Así pues, se han delineado en doctrina ciertas características generales de estas relaciones especiales de sujeción, entre las cuales encontramos: i) Acentuada situación de dependencia. ii) Estado general de libertad limitada iii) Existencia de una relación personal iv) imposibilidad de establecer de antemano extensión y contenido de las prestaciones v) El hecho de que el individuo tiene que obedecer órdenes, las cuales no necesariamente emanan directamente de Ley. vi) El hecho de que esta situación se explique en razón de un determinado fin administrativo. vii) Alusión a un elemento de voluntariedad en dicha situación de sometimiento viii) El admitir, expresa o tácitamente, que la justificación de dicha relación se encuentra en la necesidad de una eficiencia y productividad administrativa. (Gallego Anabitarte., 1961, p.25).

De otro lado, en Francia, luego de la ruptura de las estructuras del antiguo régimen - de manera hostil- se instauró la división de poderes, teniendo al derecho administrativo con una configuración distinta al modelo alemán, siendo que se alejó de los conceptos e instituciones civiles para buscar las soluciones a los vacíos o contradicciones surgidos en sí mismo de forma autosuficiente.<sup>133</sup>

---

<sup>131</sup> Léase el tema de incompatibilidades funcionales, la restricción de la sindicación en algunos supuestos. Asimismo, restricciones al contratar y adquirir según lo dispuesto por el Art. 9 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

<sup>132</sup> Debemos dejar sentado que la concepción de *relaciones especiales de sujeción* no tiene ni límites ni confines pacíficos toda vez que existen diversos matices en la literatura alemana que trata sobre el tema como Obermater, Krüger, Thieme, Forsthoff, e incluso en líneas semejantes como este último y Wolf. (Gallego Anabitarte., 1961, p.24). A pesar de esto, para el presente trabajo tal concepto lo enmarcamos dentro de la relación de subordinación *especial* entre el funcionario y el ente estatal.

<sup>133</sup> “(...) *El Derecho administrativo se establece en Francia por lo tanto, como el derecho de un grupo; ofrece unas características en cierto modo cerradas, y aunque la Administración se sirve*

Así se concebirá en primer lugar una relación de tipo político, en la cual predomina exclusivamente el interés general partiendo de la concepción que los ciudadanos tenían el *deber* de prestar los servicios que el Estado exigiera toda vez que aquellos eran los únicos que -en los hechos- podían efectuar las funciones y, en caso se negaran a realizarlas, se pondría en grave peligro el funcionamiento de la administración. (Diez, Óp. cit., p.502).

Asimismo, surge otra postura denominada estatutaria,<sup>134</sup> la que indica que la situación jurídica del funcionario es objetiva -definida por las leyes y reglamentos-, basada en una relación de poder,<sup>135</sup> y que tiene como características –entre otras- que es un acto administrativo unilateral el que

---

*en ocasiones del Derecho civil, el Derecho administrativo tiende a agotar las exigencias jurídicas de la misma Administración pública. Este último fenómeno constituye, es verdad, tan sólo una tendencia: pero una tendencia inmanente en el propio ordenamiento administrativo, en virtud de la cual, el Derecho administrativo como derecho común de la Administración pública, tiende a regular la totalidad de las relaciones en las que ésta incide.”* (Martín - Retortillo Baquer, Óp. cit., p.30).

<sup>134</sup> “*Por relación estatutaria de los funcionarios debe entenderse aquella que se entabla entre aquéllos y la Administración pública y cuyo contenido, los derechos y obligaciones del funcionario en el seno de esa relación, aparece definido unilateralmente a través de una norma jurídica que puede ser modificada por quien tiene atribuida la competencia suficiente para ello. Evidentemente se trata de un concepto susceptible de ser completado en muchos aspectos (objeto de la relación, forma de constituirse la misma), pero dada la instrumentalidad del concepto ofrecido en relación a la finalidad buscada, parece que lo esencial es poner de manifiesto el modo en que se definen y surgen los derechos y obligaciones del funcionario.”* (Martínez de Pisón, 1995, p.191). Sigue esta posición actualmente “*En nuestra opinión debe aceptarse la teoría estatutaria a que nos venimos refiriendo, ya que parte de una situación real y el agente, en sus relaciones con la administración, tiene los derechos y obligaciones que surgen del estatuto, establecidas en forma unilateral por la misma. Su voluntad no puede intervenir en ninguna forma para modificar el contenido del estatuto, que nace, como dijimos, de un acto unilateral de la administración. En mérito de estas razones entendemos que la relación jurídica del funcionario con la administración nunca puede ser contractual y debe ser, en consecuencia, estatutaria, unilateral.* (...) (Diez, Óp. cit., p.505).

<sup>135</sup> “*(...) El funcionario, por su parte, debe de aceptar entrar al servicio del Estado. Este contrato no constituye sin embargo relaciones jurídicas típicas del derecho de obligaciones. El contrato funda una relación de poder, un deber particular de servicio, de obediencia, de fidelidad del funcionario. El incumplimiento de sus obligaciones por parte del funcionario no es un incumplimiento de una “obligación”, jurídicamente hablando, sino un delito (Bergen), un delito disciplinario, que se corresponde con la felonía del vasallo, a la que antes se ha hecho referencia.”* (Lasagabaster Herrarte, Óp. cit., p.42).

nombra a los funcionarios, la regulación es general, detrás existe un interés general protegido (Serrano Guirado, Óp. cit., p. 117) y las limitaciones respecto a las condiciones de trabajo que son propias a la administración. (Sánchez Morón, Óp. cit., p. 59).

En países anglosajones, la teoría que predomina es una de tipo contractual, en la cual el funcionario contrata con el Estado no en un tipo clásico de negociación, sino en forma de adhesión (Diez, Óp. cit., p.500), debiendo considerarse las particularidades propias de la administración distintas al del régimen común.<sup>136</sup>

### 2.3.2 TEORÍA DEL ÓRGANO

En función de exponer mejor nuestra posición ahondaremos en la denominada teoría del órgano. Órgano en doctrina puede entenderse como representación, como fracción o porción perfectamente determinada en la estructura del Estado, o, en un orden puramente expositivo, como instrumento o medio. (Méndez, 1949, p.11). Nosotros adoptaremos como referencia la segunda idea, dado que el órgano no es un sujeto de derecho independiente del Estado –no tiene

---

<sup>136</sup> No obstante el tipo de administración en los países europeos continentales es distinto al de los anglosajones ciertas instituciones tienen ciertas semejanzas pudiéndose señalar apreciaciones –en forma general- a diversos sistemas. *“La realtà è che l’area dell’autonomia privata delle amministrazioni pubbliche, prese nel loro complesso, non corrisponde all’area dell’autonomia privata dei privati, avendo qualche cosa di più e qualche cosa di meno. Da un lato infatti vi sono degli atti che sarebbero negozi se adottati da un privato e sono invece provvedimenti se adottati da un’amministrazione pubblica autoritativa (p.es. gli atti di destinazione di beni mobili o immobili del patrimonio indisponibile, gli atti per l’attribuzione a terzi di diritti reali parziari su beni pubblici). Dall’altro lato però vi sono negozi che sono amministrazioni pubbliche possono compiere (v. §§ 264 ss.)”* (Severo Giannini, 1993b,p.62).

personalidad jurídica- sino *un ente que forma parte* de su estructura, teniendo en los hechos, funciones delimitadas para su desempeño.<sup>137</sup>

En este sentido, el estudio del órgano puede abordarse desde dos planos: uno estático-objetivo y otro dinámico-subjetivo. Con el primero nos referimos a una porción funcional nominada y definida por la constitución o la ley, es decir una parte determinada en la estructura del Estado, una unidad técnica. En cambio, con el segundo, nos enfocamos en el elemento subjetivo, cuya energía mental y física animan la unidad técnica. (Méndez, 1949, p.19).

Respecto al primer plano, los órganos normalmente estarán constituidos por cargos definidos con funciones determinadas ex-ante por el Estado. Sin embargo, por diversas razones, pueden los órganos aumentar o disminuir competencias según los requerimientos de la función.

De otro lado, cuando un particular ingresa a la administración pública, es sujeto de derechos frente al Estado, así como también está sujeto a diversas restricciones. Por lo que dicho individuo tendrá su capacidad de ejercicio restringida - aparte de las limitaciones propias que tiene toda entidad del Estado- siendo un elemento más que conforma la administración.

Esto es manifestación del segundo plano, en el cual puede encontrarse la distinción, ya mencionada, entre los supuestos de vinculación entre funcionario y administración: interna y externa.

---

<sup>137</sup> En términos de Kelsen podemos simbolizarlo de la siguiente manera “*Se dice que el árbol florece aun cuando no haya más que una flor en un tallo de una sola de sus ramas; y por pequeño que sea el movimiento molecular que circula a través de esas partículas es siempre el árbol entero el que vive en ellas*”. (Méndez, 1949, p.46).

El funcionario se encontrará inmerso entonces en una compleja institución, en la cual existen diversidad de órganos –vinculados o no- los cuales pueden encontrarse en relaciones jerarquizadas o de complementariedad. En ese sentido –a fin de no ampliarnos innecesariamente a efectos del presente trabajo- el registrador ocuparía lo que en doctrina se denomina *órgano simple*. Esta denominación la otorgamos dado que la función de calificación le corresponde únicamente a un titular, esto es, una sola voluntad humana para el desenvolvimiento de su acción.<sup>138</sup> Entonces, -en términos de MENDEZ- “*La voluntad orgánica de esta manera se identifica con la acción del hombre que es su sostén, y tanto en su aspecto técnico como material refleja objetivamente ese esfuerzo natural (...)*.”(Méndez, 1949, p.32).

Dicha voluntad se forma a partir de un fenómeno psicológico y analítico personal de los funcionarios, los cuales se materializan al emitirse el acto. Al momento de materializarse el mismo, por la potestad delegada, *muta* esta en voluntad del órgano. La mutación de esta sobre aquella liberaría al funcionario de toda secuencia de sus actos, como tal.

En conclusión, respecto a la vinculación de la administración con el funcionario podemos señalar. El vínculo, en todos los supuestos, se inicia con un contrato<sup>139</sup> toda vez que ambas partes se ponen de acuerdo<sup>140</sup> desplegando ya sea su libertad contractual o de contratar.

---

<sup>138</sup> Somos conscientes que existen personas a su cargo, asistentes y practicantes, pero en función de la toma de decisión, es el registrador el único que decide qué título merece inscripción y cual no.

<sup>139</sup> Entendido como hecho jurídico.

<sup>140</sup> Incluso si se entiende como contrato de adhesión.

La distinción se origina en los efectos particulares que se generan, los cuales podemos sintetizar en 2 bajo la teoría del órgano: relaciones internas y externas. En el primer supuesto, en las relaciones internas se generan derechos y deberes de los funcionarios entendiéndola como una nueva percepción de relación *estatutaria*<sup>141</sup> con aproximación al derecho laboral. Es decir, el régimen laboral de tipo privado ha distorsionado lo que se entendía la relación estatutaria, sin embargo se mantienen algunas características de aquel régimen.

Esta relación interna, influirá en mayor o menor medida, en la denominada relación externa. Si por ejemplo, el vínculo interno es tal en el cual el funcionario se encuentra en un área de normativa dispersa y vasta, con permanente fiscalización, y con una gran carga de trabajo, pero que sin embargo no tiene las condiciones necesarias para desenvolver su labor, esto afectará en el producto de su labor –acto administrativo- pudiendo eventualmente cometer errores.

Así pues, tomando en cuenta esto, habrá que determinar la coincidencia entre la voluntad del individuo con la voluntad de la institución en las labores de *gestión*, a fin de establecer los niveles de vinculación y responsabilidad a los que se encontraría ligado la administración.

---

<sup>141</sup> “(...) “el nuevo modelo de relaciones estatutarias”; y que, en su opinión, ofrece “la particularidad de aproximarse al regulado por el Derecho laboral, al permitir, bien que de un modo indirecto, dar entrada a la voluntad de ambas partes: Administración (empleador) y funcionarios (empleados)”. Al origen de esta transformación hay que situarlo principalmente en el reconocimiento por la Constitución de 1978 de los derechos sindicales, de huelga y de negociación colectiva. “Su admisión en la función pública dice Díez Sánchez repercute necesaria e inevitablemente sobre el entendimiento de las relaciones estatutarias, en las que introduce elementos que podrían calificarse de distorsionadores, cuando no estimarse incompatibles con el concepto más elemental de esa relación” (Álvarez Rico y González – Haba Guizado, Óp. cit., p.313).

## 2.4 EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL PERÚ

### 2.4.1 EXÉGESIS NORMATIVA

#### 2.4.1.1 REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

En el ámbito constitucional, el funcionario público no tuvo un lugar propiamente dicho hasta la constitución promulgada en 1979, toda vez que las constituciones anteriores de manera tangencial reconocían su existencia a partir de obligarles a prestar juramento,<sup>142</sup> normas de responsabilidad, obligación de declarar rentas,<sup>143</sup> o en algún caso particular señalando quién los supervisa.<sup>144</sup>

La constitución de 1979 en principio parece hacer la distinción entre dos agentes de la administración: los funcionarios y los servidores públicos.<sup>145</sup>

---

<sup>142</sup> Artículo 188 de la Constitución del 1823.- *Todo funcionario público, de cualquier fuero que sea, al tomar posesión de su cargo, ratificará el juramento de fidelidad a la Constitución, prometiendo bajo de él cumplir debidamente sus obligaciones respectivamente.* (El subrayado es nuestro). Art. 175 de la Constitución de 1828.- *Todo funcionario público de cualquier fuero que sea, al tomar posesión de su cargo, ratificará el juramento de fidelidad á la Constitución.* (El subrayado es nuestro). Art. 179 de la Constitución de 1834.- *Todo funcionario público al tomar posesión de su cargo, ratificará el juramento de fidelidad a la Constitución.* (El subrayado es nuestro). Art. 184 de la Constitución de 1839.- *Todo funcionario público al tomar posesión de su cargo, ratificará el juramento de fidelidad a la Constitución.* (El subrayado es nuestro). Art. 13 de la Constitución de 1856.- *Nadie podrá ejercer funciones públicas, ni poseer cargo o beneficio, si no jura cumplir la Constitución.* (El subrayado es nuestro).

<sup>143</sup> Artículo 22 de la Constitución de 1933.- *Todo funcionario o empleado público, civil o militar, si tiene bienes o rentas independientes de su haber como tal, está obligado a declararlos expresa y específicamente, en la forma que determine la ley.*

<sup>144</sup> Art. 151 de la Constitución de 1920.- *La Corte Suprema ejercerá autoridad y vigilancia sobre todos los Tribunales y Juzgados de la República y funcionarios judiciales, notariales y del Registro de la Propiedad, tanto en el orden judicial como en el disciplinario, pudiendo conforme a la ley corregir, suspender y destituir a los Vocales, Jueces y demás funcionarios.*

<sup>145</sup> Artículo 58. *Los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la Nación. (...).*

Respecto a estos últimos menciona lo referido a su ingreso, derechos y deberes.<sup>146</sup>

Al igual que las constituciones anteriores se requiere la declaración jurada sobre sus rentas y bienes –de los servidores y funcionarios-<sup>147</sup> y el juramento de fidelidad a la constitución.<sup>148</sup> Asimismo, se regula tácitamente que los servidores públicos se encontrarían en la carrera administrativa; aunque, en el caso de funcionarios existen limitaciones respecto a los cargos políticos o de confianza.<sup>149</sup> De igual forma se aplica a los supuestos de sindicalización y huelga, en forma general a los servidores, y de manera limitada a los funcionarios que ocupan cargos de confianza.<sup>150</sup> Finalmente, se establecen ciertas restricciones a partir de incompatibilidades exceptuando la función docente.<sup>151</sup>

La Constitución de 1993, con algunos matices recoge en sustancia lo mismo que su antecesora. La distinción entre los agentes lo realiza en función de los

---

<sup>146</sup> Artículo 59. *La ley regula lo relativo al ingreso, derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos así como los recursos contra las resoluciones que los afectan. (...).*

<sup>147</sup> Artículo 62. *Los funcionarios y servidores públicos que determina la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por el, deben hacer declaración jurada de sus bienes y rentas al tomar posesión y al cesar en sus cargos, y periódicamente durante el ejercicio de estos. (...).*

<sup>148</sup> Artículo 63.-*Nadie puede ejercer las funciones públicas designadas en la Constitución si no jura cumplirla. El ciudadano que no profesa creencia religiosa puede prescindir de la invocación a Dios en su juramento.*

<sup>149</sup> Artículo 59.- (...) *No están comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedad de economía mixta.*

<sup>150</sup> Artículo 61.*Se reconocen los derechos de sindicalización y huelga de los servidores públicos. Esta disposición no es aplicable a los funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza ni a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales.*

<sup>151</sup> Artículo 58. (...) *Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar mas de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno mas por función docente.*



funcionarios y los trabajadores públicos,<sup>152</sup> aunque en los artículos siguientes se refiere a los servidores públicos. Respecto a estos últimos recoge nuevamente lo referido a su ingreso, derechos y deberes.<sup>153</sup> Asimismo, copia el requerimiento de la declaración jurada sobre sus rentas y bienes de los funcionarios y servidores.<sup>154</sup>

De forma expresa, a diferencia de su antecesora, se norma que los servidores públicos se encuentran en la carrera administrativa, aunque, tal cual se vio líneas atrás, en el caso de funcionarios existen restricciones respecto a los cargos políticos o de confianza.<sup>155</sup> En lo referente a la sindicalización y huelga, la regulación es la misma que la Carta Magna de 1979.<sup>156</sup> Finalmente, se establecen ciertas restricciones a partir de incompatibilidades exceptuando la función docente.<sup>157</sup>

Siendo este el panorama constitucional, podemos obtener algunas ideas: i) A partir de la constitución de 1979 recién se recoge propiamente una regulación

---

<sup>152</sup> Artículo 39°.- *Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. (...).*

<sup>153</sup> Artículo 59. *La ley regula lo relativo al ingreso, derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos así como los recursos contra las resoluciones que los afectan. (...).*

<sup>154</sup> Artículo 41°.- *Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.(...)*

<sup>155</sup> Artículo 40°.- *La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza.(...)*

<sup>156</sup> Artículo 42°.- *Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.*

<sup>157</sup> (...) *Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.*

que incluya a los funcionarios. ii) No obstante esto, lo regulado actualmente es insuficiente.<sup>158</sup> iii) Lamentablemente, la técnica legislativa no es la mejor, toda vez que ciertos conceptos se manejan indistintamente, teniendo acepción distinta. iv) No existe propiamente una definición de modelo adoptado de forma exclusiva, sino ciertas características que son propias de ambos modelos, de lo cual se inferiría que estamos constitucionalmente –si bien de manera general– en un modelo mixto.

#### 2.4.1.2 REGULACIÓN INFRACONSTITUCIONAL

A fin de entender un poco mejor nuestra regulación vigente, pretendemos realizar un breve *excursus* normativo infraconstitucional con la intención de revisar cuál ha sido y cuál es la posición del funcionario en nuestro ordenamiento.

El Decreto Ley N° 11377 de 16.6.1950<sup>159</sup> “Ley del Estatuto y Escalafón del Servicio Civil”<sup>160</sup> fue la primera norma que recoge de manera integral una regulación sobre trabajadores de la Administración Pública en el Perú.<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> Véase como ordenamientos foráneos, regulan adicionalmente el tipo de vínculo que mantiene la administración con los funcionarios. Art. 18 de la Constitución española. *Las bases de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.* (El subrayado es nuestro). De igual manera Art. 103.- (...) 3. *La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.* (el énfasis es nuestro).

<sup>159</sup> Sólo a manera de referencia debe señalarse que antecedentes normativos lo podemos encontrar en la Ley 8801 del 26.12.1938 “Creación de la Dirección General de Escalafón Civil y Listas Pasivas” siendo posteriormente promulgado su reglamento (1939). En un primer momento dicha dirección fue dependencia del Ministerio de Hacienda, siendo que luego se

Tal cual se señala en los considerandos de dicha norma, uno de los objetivos esenciales fue el institucionalizar la Administración Pública para hacerla independiente del poder político (Danós, 2002, p.208) estableciendo las obligaciones y garantías de los funcionarios públicos.

Este régimen fue administrado centralizadamente por una repartición del Ministerio de Justicia,<sup>162</sup> función que fue posteriormente asignada al Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) en 1973. (Danós, 2002, p.209).

En lo referente a su regulación, el Art. 1 de dicho decreto define de manera general al empleado público enfocándose en que realice labores en la administración y que sea remunerado.<sup>163</sup> Luego el Art. 6 clasifica a los empleados en 5 clases: de carrera, a contrata, adscritos, de servicio interno,

---

dispuso pasara al Ministerio de Justicia. En 1947 se cambió su denominación a “*Dirección General del Servicio Civil y Pensiones.*”

<sup>160</sup> El cual fue reglamentado por el Decreto Supremo N°522 del 26.7.1950.

<sup>161</sup> Normas anteriores a la misma son por ejemplo la Ley de responsabilidad de funcionarios de 1868, la ley de 22.1.1850, la cual parte por una definición genérica de empleado público. Asimismo, el D.S. del 31.08.1944 (que aclaró ley N° 8435) se sigue con un uso del término *funcionario* de manera lata a fin de incluir para los beneficios a cierto grupo de servidores, siendo esto expuesto en su parte considerativa segundo acápite la cual señaló “*Que el término “funcionario” no excluye a quienes desempeñan funciones subalternas consideradas en el Presupuesto General de la República cuyo nombramiento emana del Gobierno en forma de resolución suprema y tienen efecto por término indefinido como en el caso de los porteros, portaplégos, conserjes, choferes, y otros servidores del mismo carácter, los que, en consecuencia deben gozar de los beneficios de la ley de jubilación, cesantía y montepío*”.

<sup>162</sup> Artículo 106.- *El Ministerio de Justicia y Culto quedará encargado de dictar la Reglamentación y disposiciones de detalle que sean necesarios, para dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en el presente Estatuto.*

<sup>163</sup> Artículo 1.- *Considérase Empleado Público a toda persona que desempeñe labores remuneradas en las Reparticiones del Estado.*

con poder de decisión y de confianza,<sup>164</sup> siendo interesante que a los primeros se les concede el hacer carrera pública.<sup>165</sup>

Adicionalmente, dicha norma regula el tema de ingreso, ascenso, derechos y deberes, limitaciones,<sup>166</sup> entre otras cosas, asemejándose a un modelo cerrado o europeo continental tal cual revisamos antes, siendo que la relación parece ser de tipo estatutario, estando el empleado (funcionario) en un estado de subordinación frente a la administración.

Luego se promulgaron el Decreto Legislativo 276 “Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público” y su Reglamento aprobado por D.S. 005- 90 – PCM.<sup>167</sup> Ambos dispositivos fueron dirigidos, según sus considerandos, a establecer la base del sistema único de

---

<sup>164</sup> Artículo 6.- *Se consideran cinco clases de Empleados Públicos:*

*a) Empleados de carrera, aquellos cuyos cargos o empleos tengan carácter estable y cuya situación esté expresamente indicada en el presente Estatuto:*

*b) Empleados a contrata, los que desempeñan cargos de carácter transitorio;*

*c) Empleados adscritos, los que desempeñan el cargo de Secretario Asesor u otro cargo de confianza, técnico o político, cerca de altos funcionarios públicos; y,*

*d) Personal de servicio interno, constituídos por los porteros, portapliegos, choferes, ascensoristas y demás servidores manuales que realicen labores de naturaleza análoga con plaza de presupuesto en una Repartición del Estado.*

*e) Los cargos con poder de decisión y de confianza previstas por el Artículo 61 de la Constitución Política, se especificarán mediante Decreto Supremo. (Sic).*

<sup>165</sup> Artículo 7.-La función de los empleados públicos a que se refiere el inciso a) del artículo 6 constituye Carrera Pública, con los derechos y obligaciones que acuerda el presente Estatuto.

<sup>166</sup> Al parecer dicho dispositivo limita a los funcionarios la posibilidad de formar sindicato e ir a la huelga. Artículo 49. *Los empleados públicos podrán asociarse sólo con fines culturales, deportivos, asistenciales o cooperativos. Dichas asociaciones están prohibidas de adoptar la denominación u organización propia de los Sindicatos, de adoptar las modalidades de acción de estos organismos, de ejercer coacción en sus peticiones y de recurrir a la huelga.*

<sup>167</sup> Aunque el Reglamento inicial fue por D.S. N°018-85-PCM.

remuneraciones<sup>168</sup> y dar nuevo impulso a la carrera pública enfatizando la labor de los servidores.<sup>169</sup>

Ambas normas tienden al modelo europeo continental, en el sentido que buscan personal idóneo garantizando su permanencia, promoviendo su desarrollo personal en el desempeño de su labor,<sup>170</sup> retribuyendo equitativamente, entre otras cosas<sup>171</sup>.

Asimismo, el sujeto en el que gira el texto es el servidor público, aunque el texto no precisa el alcance del servidor como tal, sino en función de excluir a ciertos grupos de la carrera administrativa.<sup>172</sup> Luego, dentro del mismo texto se utilizan los términos servidores y funcionarios sin la precisión si estamos ante un tipo

---

<sup>168</sup> Facultad delegada del congreso al ejecutivo según el Art. 56 de la Ley 23724.

<sup>169</sup> En ese sentido el Art. 1 D.L. 726 señala "*Carrera Administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública. (...).* (El subrayado es nuestro).

<sup>170</sup> Art. 1 del D. Leg. 276.- (...) *Tiene por objeto permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público. (...).*

<sup>171</sup> Debe tomarse en cuenta que el Art. 4 del D. Leg. el cual menciona principios de la carrera administrativa: Artículo 4.- *La Carrera Administrativa es permanente y se rige por los principios de:*

a) *Igualdad de oportunidades;*

b) *Estabilidad;*

c) *Garantía del nivel adquirido; y*

d) *Retribución justa y equitativa, regulada por un sistema único homologado.*

<sup>172</sup> Artículo 2.- *No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero si en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable.*

*No están comprendidos en la Carrera Administrativa ni en norma alguna de la presente Ley los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica.*

distinto del servidor –razón por la cual no tendría razón su regulación en la presente norma- o una clase de servidor.<sup>173</sup>

Posteriormente, mediante el D.S. N°005-90-PCM “Reglamento de la Carrera Administrativa” se trató de precisar las carencias del D. Leg. antes descrito. En ese sentido se delimitan los conceptos de la siguiente manera: por servidor público se entenderá al sujeto que presta servicio en entidades de la administración pública con nombramiento o con contrato de autoridad;<sup>174</sup> y por funcionario, al ciudadano elegido o designado por autoridad competente para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los órganos con autonomía.<sup>175</sup>

Dicha precisión terminológica podría complicar aún más el intento de distinción en las normas mencionadas, toda vez que en la primera disposición complementaria, transitoria y final del decreto legislativo, se menciona que pueden existir *funcionarios* y servidores en el régimen de carrera. Asimismo, en sentido contrario, el artículo 2 excluye de la carrera pública sólo a los

---

<sup>173</sup> Artículo 54.- *Son beneficios de los funcionarios y servidores públicos: a) Asignación por cumplir 25 ó 30 años de servicios: (...). (El subrayado es nuestro). Primera disposición complementaria, transitoria y final.- Los funcionarios y servidores públicos comprendidos en regímenes propios de Carrera, regulados por Leyes específicas, continuarán sujetos a su régimen privativo, no obstante lo cual deben aplicárseles las normas de la presente Ley en lo que no se opongan a tal régimen.*

*Dichos funcionarios y servidores no podrán tener otro tipo de remuneraciones, bonificaciones y beneficios diferentes a los establecidos en la presente Ley. Por Decreto Supremo y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros se regulará anualmente las remuneraciones correspondientes a cada Carrera específica. El personal obrero al servicio del Estado se rige por las normas pertinentes. (El subrayado es nuestro).*

<sup>174</sup> Art. 3 del Reglamento.

<sup>175</sup> Art. 4 del Reglamento. Asimismo, esto debe complementarse, entre otras normas, con la Ley 27594, la cual regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos.

funcionarios que tienen cargos políticos o de confianza, dejando la posibilidad que otros tipos de funcionarios puedan acceder a la carrera pública.

Ahora bien, según el Art. 12 del decreto legislativo, para el ingreso en la carrera administrativa se requiere concurso público. Entonces, si sólo por concurso público se ingresa a la carrera pública, la definición de funcionario dada por el reglamento los excluiría de la misma, toda vez que la selección de los mismos se hace por elección o designación.<sup>176</sup> Asimismo, dicha distinción es expuesta a la inorgánica regulación sectorial las cuales adoptan distintos criterios para su clasificación.<sup>177</sup>

Finalmente debe tomarse en consideración que la función pública trasciende a la denominada carrera pública, dado que esta sólo es parte formal de aquella,

---

<sup>176</sup> Téngase en cuenta que el Reglamento Inicial D.S. 018-85-PCM no tenía el mismo tenor, sin embargo, tampoco solucionaba la ambigüedad señalada antes. Decreto Supremo N° 018-85-PCM. Artículo 4.- *Cada Nivel de Carrera tiene como atributos los siguientes: un nivel de remuneraciones, reconocimiento formal del nivel alcanzado, desempeño de cargos compatibles con el nivel y oportunidades de capacitación. Los atributos de cada nivel son inherentes al servidor que lo alcanza.*

Artículo 5.- *El servidor público está al servicio de la Nación. Se considera servidor público de carrera al ciudadano en ejercicio que presta servicios en las entidades del Estado dentro de la jornada legal, con nombramiento de autoridad competente y cumpliendo las formalidades de Ley.*

<sup>177</sup> Fíjese la heterogeneidad de conceptos con la Ley del Sistema Nacional de Control N°26162 la cual señala “*Servidor o funcionario es para los efectos de esta Ley, todo aquél que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con las entidades comprendidas en el Art. 3º de la presente Ley, y que en virtud de ello ejercen funciones en las entidades comprendidas en el Art. 3º de la Ley.*” De igual modo esto puede notarse en la Directiva N° 003-2003-CG/AC de la Contraloría General de la República “*Normas de Transparencia en la Conducta y Desempeño de los Funcionarios y Servidores de la Contraloría General de la República y de los Órganos de Control Institucional*” y en el código penal Arts, 376, 377, 379, entre otros.

por lo cual los criterios de distinción expuestos en la norma nos parecen inadecuados.<sup>178</sup>

Este esquema de la década de los 80 burocratizó la administración pública,<sup>179</sup> por lo que en la década de los 90 se redujo abruptamente el personal. En ese sentido, si bien pervive actualmente el Decreto Legislativo 276, se han promulgado normas que han *laborizado*<sup>180</sup> la administración pública, lo cual ha trastocado la denominada carrera pública<sup>181</sup>.

Muestra de ello es la Ley 28175 “Ley Marco del Empleo Público” la cual parte por clasificar al empleado público en: funcionario público, empleado de confianza y servidor.<sup>182</sup>

---

<sup>178</sup> En ese sentido, compartimos la opinión de un autor nacional que señala “*En el Perú el régimen legal es materia de voluntad del legislador y no de la naturaleza de la función, lo que explica que por la sola disposición de la ley los funcionarios y servidores de instituciones administrativas rigen su situación en relaciones de Derecho laboral.*” (Guerra Cruz, 1994, p.23).

<sup>179</sup> “*El incremento de la burocracia no necesariamente conllevó a una mayor eficiencia en la administración, sino por el contrario, siendo los resultados una administración lenta, ineficiente y corrupta, asemejándose a la denominada Ley de Gresham <en un mercado donde existen dos monedas, la mala desplaza a la buena>.*” (Patrón Faura y Patrón Bedoya, 2004, 185).

<sup>180</sup> “*La laborización, como parte del proceso despublificador, es propia de aquellos países cuyos gobiernos buscan deshacerse, a cómo de lugar, de las mayores exigencias impuestas por el régimen estatutario para el resguardo del interés público; pero que desgraciadamente, lo hacen olvidando que la eficiencia es algo más que lo cuantitativo ya que al asumir el régimen laboral se niega un aspecto cualitativo sustancial de la relación cual es el principio de jerarquía administrativa con el cual es posible ejercer una potestad disciplinaria sobre los agentes públicos (multas, sanciones, suspensiones.) que contiene aspectos que difícilmente pueden abarcarse mediante una relación sujeta a los regímenes civil o laboral.*” (Herrera Guerra, 2004, p.52).

<sup>181</sup> Sin embargo, no debe perderse de vista que el hecho que se laboralice la administración pública “*(...) no enerva, no obstante, las exigencias insalvables que, para toda la función pública, derivan, por un lado, de la Constitución – v.gr.: principios de igualdad, de mérito, capacidad y publicidad en la selección del personal-, y, por otro, de la irrenunciable posición que ocupa la Administración como gestora del interés público.*” (Rodolfo Comadira, 2002, p. 17-18).

<sup>182</sup> Artículo 4.- Clasificación

*El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:*



El primero tiene su origen en el tipo de función política y se clasifica según la forma de ingreso, ya sea elección popular (V.g. congresistas), nombramiento regulado (V.g. miembros del Tribunal Constitucional), libre nombramiento (V.g. Ministros). El segundo tiene su origen en la confianza que le brinde su superior

---

*1. Funcionario público.- El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas.*

*El Funcionario Público puede ser:*

*a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria.*

*b) De nombramiento y remoción regulados.*

*c) De libre nombramiento y remoción.*

*2. Empleado de confianza.- El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento.*

*3. Servidor público.- Se clasifica en:*

*a) Directivo superior.- El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno.*

*A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional.*

*Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley.*

*b) Ejecutivo.- El que desarrolla funciones administrativas, entiéndese por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutorias, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional.*

*c) Especialista.- El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos.*

*No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional.*

*d) De apoyo.- El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento.*

*Conforman un grupo ocupacional.*

y se mantiene en el cargo hasta que se le retire la misma. Finalmente, existen los denominados servidores públicos.

Estos agentes están divididos en directivo superior, el ejecutivo, el especialista y el apoyo, los cuales se encuentran subdivididos –excepto el primero- en diversos grupos ocupacionales teniendo como mecanismo de ingreso el concurso público<sup>183</sup>. Entre el primer y el último no existe mayor discusión en su naturaleza, dado que el directivo ejerce función de dirección en programas o proyectos, supervisión de empleados, elaboración de políticas administrativas, entre otras. En cambio, el servidor realiza labores de apoyo o auxiliares a fin de colaborar con los otros agentes de la institución.

Cierta ambigüedad, sin embargo, encontramos entre el servidor ejecutivo y el especialista, toda vez que en principio los cuatro tipos de servidores realizan labor administrativa (siendo que por definición en el especialista se le negaría). Asimismo, un servidor ejecutivo podría ejecutar labores en servicios públicos, así como el especialista podría apoyar en labores de fe pública, fiscalización, entre otros.

En conclusión, tal como puede deducirse, la clasificación no tiene un criterio único y definido, si no por el contrario existe diversidad de los mismos. En ese

---

<sup>183</sup> Artículo 5.- Acceso al empleo público

*El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por*

*grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.*

*En nuestra opinión dicho artículo sólo es aplicable, según la norma, a los servidores públicos, dado que los otros agentes tienen distintos mecanismos de ingreso.*

sentido, mediante disposición transitoria, complementaria y final,<sup>184</sup> se ha dispuesto recibir propuestas legislativas con el objetivo de desarrollar y precisar la normativa, las cuales a la fecha no han clarificado el panorama confuso de la presente legislación.

Finalmente, antes de ingresar al tema del registrador debemos indicar que si bien haremos la referencia según la ley marco empleo público, nos mantenemos en el criterio de distinción del denominado funcionario en relación a la recepción de las potestades públicas. (Piras, 1964, p.78). La ley Marco del Empleo Público podría clasificarlos como servidor-ejecutivo o especialista- no coligiéndose contradicción alguna con lo manifestado por nosotros, dado que los criterios son distintos, no importando el *nomen* sino la idea que existe detrás de la figura.

### **3. EL REGISTRADOR PÚBLICO**

#### **3.1 IDEAS GENERALES**

En la década de los noventa, con la liberación económica del Estado y la desburocratización del mismo, se buscó –entre otras cosas- crear un Estado eficiente, en el cual el personal se encuentre lo suficientemente capacitado para cumplir sus funciones. En sede registral, dicho cambio se reflejó en la Ley

---

<sup>184</sup> Segunda Disposición transitoria, complementaria y final de la Ley N°28175.- *En el plazo de ciento veinte (120) días contados a partir de la publicación de la presente Ley, el Poder Ejecutivo remitirá al Congreso de la República las propuestas legislativas sobre:*

- 1. Ley de la carrera del servidor público.*
- 2. Ley de los funcionarios públicos y empleados de confianza.*
- 3. Ley del sistema de remuneraciones del empleo público.*
- 4. Ley de gestión del empleo público.*
- 5. Ley de incompatibilidades y responsabilidades.*

N°26366 “*Ley de Creación del Sistema Nacional y la Superintendencia de los Registros Públicos*”.

La revisión del Informe Final (11.7.1994) Proyecto de Análisis, Planeamiento y Ejecución de Políticas (PAPI) -solicitado por el Ministerio de Justicia- nos mostró en su diagnóstico un registro desintegrado, con carencia en la información y capacitación del personal, ausencia de uniformidad de criterios, falta de interconexión, entre otros temas.

En ese sentido, la SUNARP ha ido dando directivas - a lo largo de la última década- a fin de solucionar dichos problemas, sin embargo, el escenario va evolucionando y complejizándose por lo que se generan nuevas situaciones que deben preverse y afrontarse.

Seguramente, el usuario que haya utilizado el sistema registral en la década de los noventa notará los avances sustanciales que ha tenido la institución. Sin embargo, en la actualidad eso es insuficiente, por nuevos escenarios que se han presentado, por lo que la institución a través de sus funcionarios debe brindar mayor celeridad sin dejar de lado la seguridad.

En este sentido, toda vez que la intención de la presente investigación es analizar si es que el registrador es responsable por los errores que cometa en su calificación, es necesario aproximarnos a su realidad a fin de conocer algunos aspectos que influyen en su labor. Asimismo, a modo de referencia revisaremos la posición que tiene el registrador en los diversos ordenamientos, así como sus antecedentes en el Perú y su regulación actual. Tema necesario para ubicarnos mejor es describir sucintamente la estructura de los registros

públicos en nuestro país, y la ubicación de este en nuestro ordenamiento jurídico.

### 3.2 EL REGISTRADOR PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO

La bibliografía encontrada sobre el registrador en los diversos ordenamientos es escasa en sede nacional, por lo que a continuación sólo abordaremos propiamente dos países: Alemania y España.

#### 3.2.1 ALEMANIA

En el régimen alemán, la ordenanza de 1897, en su primitiva versión, sólo había determinado que los libros registrales fuesen llevados por registradores, dejando al arbitrio de los respectivos ordenamientos territoriales el nombramiento de aquellos y la designación de las competencias respectivas. (Pau Pedrón, 1982, p. 961).

Luego, con la ordenanza 1935, con alcance general para toda Alemania, se ha establecido que los Registros fuesen llevados por los Juzgados de Primera Instancia.<sup>185</sup>

---

<sup>185</sup> ORDENANZA INMOBILIARIA ALEMANA DE 24 DE MARZO DE 1897, REDACTADA DE NUEVO EL 5 DE AGOSTO DE 1935

#### *Sección I. Disposiciones generales*

##### *1. El Juzgado de Primera Instancia como Oficina registral; competencia:*

*1) Los libros registrales serán llevados por los Juzgados de Primera Instancia (Oficina registrales). Estas son competentes respecto de las fincas que estén en su circunscripción.*

*2) Si una finca radica en la circunscripción de diversas Oficinas registrales, la Oficina competente se determinará según el parágrafo 5 de la Ley sobre Actos de Jurisdicción Voluntaria.*

PAU PEDRÓN nos informa que hasta hace algunas décadas el registro se encomendaba a los jueces territoriales de primera instancia, pero eso cambió con la promulgación de la *Rechtspflegergesetz* o Ley sobre Administración de Justicia de 5.11.1969, dado que ahora las funciones registrales están encomendadas a los *Rechtspfleger*<sup>186</sup> “administradores de justicia”, “funcionarios de la administración judicial con ciertas funciones en la jurisdicción voluntaria” (Creifelds). (Pau Pedrón, 1982, p. 962).

Al igual que en otros países para acceder a este cargo se necesita preparación de por lo menos 3 años con cursos especializados sobre la materia.

### 3.2.2 ESPAÑA

Tal como se revisó previamente, en el siglo XIX la labor de los funcionarios fue muy cuestionada, y eso alcanzaba a los registradores. En el proyecto de código civil de 1836 se regulaba la labor de los tenedores de los registros.<sup>187</sup>

---

3) *La competencia objetiva de los funcionarios registrales y la organización y llevanza de los libros registrales se determinan, en cuanto no esté regulado en esta ley, por las disposiciones del Ministerio de Justicia.*

<sup>186</sup> Hay que hacer la acotación que a pesar de las facultades delegadas a dicho funcionario, se deberá acudir en consulta en ciertos casos que enumera la *Rechtspflegergesetz* al juez de primera instancia.

<sup>187</sup> Art. 1789 del proyecto de Código Civil de 16.11.1836 “*El encargado del Registro de Hipotecas está obligado a entregar a cualquier interesado que se las pida copias de los contratos en que haya habido toma de razón o bien un certificado en el que conste no haberse verificado ninguna.*”

Art. 1883 de proyecto de Código Civil de 12.6.1851 “*El Tenedor del Registro examinará los títulos por el orden que le hayan sido presentados y concluido el examen inscribirá bajo su responsabilidad únicamente los que estuvieran arreglados a la ley.*”

Art. 1884 del Proyecto de Código Civil de 1851 “*Si el Tenedor del Registro advierte en el título algún defecto subsanable suspenderá la inscripción (...) Si entiende que debe rehusar definitivamente la inscripción lo anotará en el libro de Presentación.*”

Toda vez que comienzan a realizarse las reformas en la administración pública, surgiendo espontáneamente cuerpos de funcionarios que buscaban solucionar el tema de la ineficiencia, la Ley Hipotecaria de 1861 buscó enmendar dicha situación reconociendo la importancia de la labor registral exigiendo, por tanto, una mayor formación para los aspirantes a los cargos<sup>188</sup> tratando de formar una especie de carrera facultativa en la dirección general que se ha de establecer en Madrid siendo sus bases constitutivas la oposición para el ingreso, la inamovilidad en el cargo y la antigüedad para el ascenso. (Pareja De Alarcón, 1996, pp.200).

En ese sentido, de los secretarios de ayuntamiento y de los escribanos,<sup>189</sup> la Ley de 1861<sup>190</sup> exigió en principio para acceder al cargo el ser abogado, siendo

---

Asimismo, debe señalarse la adscripción desde el comienzo de los registradores al Ministerio de Gracia y Justicia y no al Ministerio de Hacienda. *“La Ley de bases de la Ley Hipotecaria de 11-2-1858 insistió mucho y así se reflejó en la base 5ª; en la necesaria y exclusiva dependencia de los registradores del Ministerio de Gracia y Justicia, sin perjuicio de la adopción de las medidas necesarias en cuanto a la exacción por los registradores de los impuestos establecidos o que establecieren sobre los actos sujetos a inscripción.”* (Gómez Gállico, 1996, pp.191).

<sup>188</sup> El Sr. Permanyer en nombre de la Comisión precisamente aclaró cómo los escribanos obtuvieron sus nombramientos cuando ya estaba anunciada la reforma hipotecaria, con lo que ya supieron que en lo sucesivo se exigiría ser letrado para ser Registrador. E incluso dice: *“Lo característico del sistema que representa la nueva Ley Hipotecaria es que son muy difíciles, son muy elevadas las atribuciones que de hoy en adelante están llamados a desempeñar los registradores; será éste en lo sucesivo un cargo delicadísimo, ya por las relaciones íntimas que tiene el nuevo régimen hipotecario con casi todas las instituciones del derecho civil, ya por las innovaciones que en el mismo derecho civil se han introducido por la nueva ley (...). En vista de todo esto se ha llegado a decir, y es una gran verdad, que el cargo de Registrador de hipotecas vendría a ser desde hoy una verdadera magistratura. Y si esto es así ¿no se comprende ya desde luego, sin que tenga yo necesidad de esclarecerlas, las razones que hacen indispensable exigir a los que van a ser registradores que van a desempeñar tan alta magistratura mayores garantías de aptitud que las que se han exigido hasta hoy cuando el cargo de contador se confiaba a un escribano?”.* (Gómez Gállico, Óp. cit., pp.188, 189).

<sup>189</sup> En la Pragmática 1768 *“Los oficios están a cargo de los <Escribanos de Cabildo> o sea de <los Escribanos de Ayuntamiento>. Por tanto, está por un lado, el Escribano propiamente dicho, que es el que autoriza los instrumentos y tiene su Protocolo; y por otro lado, los Escribanos de Ayuntamiento, que son los encargados de la toma de razón en los Oficios. Estos últimos han de ser nombrados por la <Justicia y Regimiento de las Cabezas de Partido, precediendo las fianzas correspondientes de su cuenta y riesgo>. En cuanto a las sanciones, corresponde al la*

que luego en 1869 se instauró en forma definitiva sistema de oposición para el acceso al cargo de registrador.

Actualmente, los registradores están constituidos bajo la técnica organizativa de los *officiers ministeriels* “profesionales oficiales”<sup>191</sup> que le dan una mayor autonomía y su correlativo de responsabilidad,<sup>192</sup> accediendo mediante un procedimiento que se denomina oposición, el cual tiene una duración de aproximadamente de 4 a 8 años, en el que se evalúan diversas materias a partir de enfoque teórico y práctico, de forma oral y escrita, siendo que al final de su preparación deben rendir su evaluación frente a un Tribunal. (Gómez Gállico, 2008, p.19).

Tal cual lo afirmó PARADA VASQUEZ la fórmula de la profesión oficial respondía –y responde actualmente- a las exigencias del liberalismo económico

---

*<Justicia Ordinaria del Pueblo, al Corregidor o Alcalde mayor del Partido, y al Juez en cuya Audiencia se presente el Instrumento>.*” (García García, 1999, pp. 174-175).

<sup>190</sup> “Con ello aparece el Registro y el Registrador de la Propiedad como figuras separadas de la Administración general, configuradas *sui generis* y relacionadas con el ámbito cuasijudicial de la jurisdicción voluntaria. En todo caso la Ley Hipotecaria de 1861 pretende también separarse del sistema francés en el que, desconociendo los importantes aspectos civiles, la institución registral quedaba desnaturalizada.” (García García, *Op. cit.*, pp. 204-205).

<sup>191</sup> La fórmula de la profesión oficial respondió a las exigencias del liberalismo económico en el que nace el Estado moderno, y que obligaba a delegar a los particulares el mayor número posible de actividades, pagar con tasa y no con tributos y presupuestos los servicios públicos divisibles y relegar al último lugar la aplicación de la fórmula burocrática estricta de la relación funcional. (Parada Vásquez, 1996, pp.52-53).

<sup>192</sup> “El Registrador, por otra parte, califica bajo su responsabilidad no sólo patrimonial, sino técnica; y si la responsabilidad se le impone, debe dársele también los medios para evitarla cuando crea que puede incurrir en ella. Esta responsabilidad lleva inevitablemente a la contrapartida de la autonomía de calificación. Al igual que el Juez, el Registrador no puede estar condicionado en su decisión por la opinión de ningún otro compañero ni por la de muchos ni siquiera por la suya propia anterior, así lo han reconocido reiteradas resoluciones de la Dirección General, por ejemplo la de 18 de noviembre de 1960, 5 de diciembre de 1961 y otras y aunque es lógico, la propia Dirección dice que la calificación debe ser seria y no plantear cuestiones intrascendentes o conducir a una encubierta huelga de celo.” (Vidal Francés, 1996, pp.287).



en el que nació el Estado moderno, y que obligó –y obliga- a dejar en manos de los particulares el mayor número posible de actividades, pagar con tasa y no con tributos y presupuestos los servicios públicos divisibles y relegar al último lugar la aplicación de la fórmula burocrática estricta de la relación funcional. Así pues, el modelo de la profesión oficial es el fruto de un compromiso que permitía y permite, en mayor medida la concesión de servicio, compatibilizar el control público de la profesión mediante la selección y vigilancia de las personas encargadas de ejercerla, con la eficiencia que supone la gestión privada movida entre el riesgo y el ánimo de lucro de modo análogo a como se produce en la concesión de servicio público. (Parada , Óp. cit., pp.52-53). En esos parámetros –más amplios que en nuestra sede- se desarrolla la labor del funcionario, lo cual le permite desarrollar su labor como una empresa, la cual tiene los incentivos necesarios para realizar su labor de una manera eficiente.

### **3.3 EL REGISTRADOR PÚBLICO EN EL PERÚ**

#### **3.3.1 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LOS REGISTROS EN EL PERÚ Y DEL REGISTRADOR PÚBLICO**

Antecedentes a la era republicana los encontramos en la Pragmática de 1539 y de 1768 los cuales si bien no se aplicaron debidamente en nuestro país, fueron el marco legislativo existente. Luego de la independencia, se difundió el Proyecto de Código Civil de don Manuel Lorenzo de Vidaurre (1835) y se promulgó el Código Civil de 1852. En 1868 el Dr. Francisco García Calderón emite un informe sobre el Banco de Crédito Hipotecario y Leyes Hipotecarias en el año 1868. El 2.5.1888 se promulga la primera norma consolidada que regula temas hipotecarios siendo complementada por las Leyes de 25.11.1892, 10.1.1899, 27.12.1895, y el Reglamento Orgánico de los Registros de la Propiedad Inmueble de 11.3.1911.

Así pues, la Ley de 1888 en su Art. 1 estableció que el Registro de la Propiedad inmueble se encontraba bajo la dirección e inspección del Poder Judicial.<sup>193</sup> Asimismo, en el ámbito subjetivo, señala los requisitos necesarios para que se pueda acceder al cargo de registrador, indicando que debe prestar las mismas calidades personales y las mismas garantías que los secretarios de cámara de las cortes superiores.<sup>194</sup>

El Reglamento de 1905 en su Art. 6º dispone la existencia de una Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble en la capital bajo la inmediata dependencia de la Junta de Vigilancia.

En lo concerniente a los registradores, dicho reglamento señala que la elección de estos es por nombramiento de la Junta de Vigilancia a propuesta del Director General,<sup>195</sup> luego de lo cual –a fin de tomar posesión de sus cargos deben prestar garantía hipotecaria.<sup>196</sup> Asimismo, entre otras cosas se señalan las incompatibilidades<sup>197</sup> de la labor del Registrador.

---

<sup>193</sup> No obstante esto, por ley de 25.11.1892, se reemplazó a la Excma. Corte Suprema con una Junta de Vigilancia.

<sup>194</sup> Sin embargo, en provincias se reduce la exigencia, asumimos por la poca preparación que en ese tiempo pudiesen tener los sujetos, toda vez que luego de la guerra con Chile y España, adicionalmente con las guerras civiles, el agro fue abandonado, y la mayoría de personas con ciertos recursos venían a la capital. Art. 18 de la Ley de 1888.- *Los encargados del Registro de la Propiedad, en las capitales de Departamento, deben reunir las mismas calidades personales y prestar las mismas garantías que la ley exige a los Secretarios de Cámara de las Cortes Superiores. En los de las provincias bastarán las requeridas para ser Escribanos Público.*

<sup>195</sup> Art. 32 del reglamento de 1905.- *Los Registradores serán nombrados por la Junta de Vigilancia, á propuesta en terna sencilla del Director General, acompañándose los documentos que comprueben que los propuestos tienen las calidades designadas en el artículo anterior.*

<sup>196</sup> Art. 33. *Los Registradores no podrán tomar posesión de sus cargos, sin prestar garantía hipotecaria por la suma que señale la Junta de Vigilancia al tiempo de hacerse el nombramiento, según la extensión que comprenda el respectivo Distrito de Propiedad y el movimiento y valor de los inmuebles en ese lugar. (...).*

<sup>197</sup> Art. 29 del reglamento de 1905.- *El cargo del Registrador es incompatible con cualesquiera funciones políticas, administrativas, judiciales o municipales. Los cargos de Registrador Principal y Sustituto de Lima son incompatibles además, con el ejercicio de la abogacía, procuración o agencia de pleitos; salvo en las cuestiones en que sean interesadas cualquiera*

Si bien la norma pudo tener una serie de errores e imprecisiones, en el tiempo fue beneficiosa para el país tal cual lo manifiesta BALAREZO “(...) En 1921 se habían inscrito 24,876 propiedades urbanas 21,398 propiedades rústicas. Puede calcularse en 40% la parte de la propiedad que está bajo el régimen del Registro, siendo mayor la proporción en las propiedades urbanas, y en las que están cerca de la sede del Registro.” (Balarezo, 1930, p. XI). Agrega “(...) cada vez que se ha abierto una nueva oficina, caso en el que la inscripción del primer año, invariablemente ha superado en mucho a las posteriores. Con todo, los propietarios siguen afluyendo al Registro, pudiendo establecerse, a partir de 1921, un promedio de 1,000 inscripciones anuales para toda la República.” (Ibídem)

Luego se promulga el Código de Comercio de 1.7.1902, el Reglamento del Registro Mercantil, la Resolución Suprema del 30.11.1922; Ley N° 2411 de 30.12.1916; El Reglamento Interior de la Oficina de Registro de Lima de 27.9.1921.

Debe tomarse en cuenta que la constitución de 1920 delega a la Corte Suprema ejercer autoridad y vigilancia sobre el Registro, teniendo la facultad de, incluso, sancionar:

*“Art. 151 de la Constitución de 1920.- La Corte Suprema ejercerá autoridad y vigilancia sobre todos los Tribunales y Juzgados de la República y funcionarios judiciales, notariales y del Registro de la Propiedad, tanto en el orden judicial como en el disciplinario, pudiendo conforme a la ley corregir, suspender y destituir a los Vocales, Jueces y demás funcionarios.”*

---

*de las personas indicadas en el siguiente artículo. Esta incompatibilidad se hará extensiva para los Registradores de los Departamentos en que los productos permanentes del Registro, basten para el sostenimiento del Registrador, á juicio de la Junta de Vigilancia.*

Otro interesante detalle de esta normativa que debe tomarse en consideración es la aparente consideración de los notarios y registradores como funcionarios públicos.

Luego, en el Código Civil 1936 se incluye en su Sección V del Libro IV a los Registros Públicos indicando los registros que lo conforman, actos materia de inscripción, entre otros, así como lo que algunos creen es el reconocimiento de la autonomía de los registros.<sup>198</sup>

La Dirección de registros era dirigida por un jefe denominado Director General, el cual tuvo autoridad jerárquica sobre todos los demás registradores de la república. El territorio se dividió en distritos los cuales estuvieron bajo la dirección de un registrador y sus empleados.<sup>199</sup>

Posteriormente se promulgan diversas normas -como el Reglamento General de 16.5.1968 Corte Suprema- hasta el Código Civil de 1984 y la Ley N°26366.

### **3.3.2 LEY 26366 y la SUNARP**

Ahora bien, producto de la Ley 26366 se creó el Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – (en adelante SUNARP), la cual es un Órgano Público Descentralizado autónomo del Sector Justicia que dirige el Sistema Nacional de los Registros Públicos, teniendo personería jurídica de derecho público, con patrimonio propio y autonomía funcional, jurídico registral, técnica, económica, financiera y administrativa.

---

<sup>198</sup> “La declaración I del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos consagra la autonomía de los Registros. Dicha autonomía surge de la simple lectura del artículo 1038 del Código Civil de 1936, el cual habla de los Registros como una “Institución” o sea un organismo especial del Estado, sujeto a la dirección del Junta de Vigilancia; no se trata, pues como comúnmente se cree, de una Dirección del Ministerio de Justicia, si no de un organismo autónomo”. (Guevara Manrique y Guevara Bringas, 1999, p. 98).

<sup>199</sup> En Lima existieron 3 distritos. (S. PORTOCARRERO, Óp. cit., pp. 134 – 135).

En ese sentido, se aprobó su estatuto mediante Resolución Suprema N° 135-2002-JUS la cual normó la naturaleza, funciones generales y régimen económico y laboral de la SUNARP y establece su estructura orgánica, así como las atribuciones y obligaciones<sup>200</sup> de sus distintos órganos.

Según el Art. 6 del estatuto los órganos que conforman son la Alta Dirección (conformada por el Superintendente Nacional de los Registros Públicos, el Directorio, el Superintendente Adjunto de los Registros Públicos y el Gerente General), el Órgano Consultivo, el Órgano de Control, los Órganos de Asesoramiento (Gerencia Registral, Gerencia Legal y Gerencia de Presupuesto y Desarrollo), los Órganos de Apoyo (la Secretaría General, la Gerencia de Catastro, la Gerencia de Administración y Finanzas, la Gerencia de Informática, la Escuela de Capacitación Registral, la Oficina de Imagen Institucional y Relaciones Públicas), el Órgano de Segunda Instancia Registral (Tribunal Registral) y los Órganos Desconcentrados (Zonas Registrales).

Ahora bien, el artículo 2 de la Ley 26366 divide a los registros en personas naturales, personas jurídicas, propiedad inmueble y bienes muebles. Estos registros a su vez comprenden otros, los cuales no son los únicos, dado que el literal e) incluye a los demás registros de carácter jurídico creados o que se crearán en el futuro.

Cada uno de estos registros están ubicados territorialmente en diferentes oficinas registrales son organismos públicos desconcentrados de la SUNARP, gozando de un patrimonio propio y autonomía registral, administrativa y económica con las limitaciones establecidas en la presente ley.

---

<sup>200</sup> Artículo 3.

Su presupuesto se financia con los ingresos que se generen por la aplicación de sus tasas registrales, donaciones, legados, transferencias y otros recursos provenientes de instituciones públicas y privadas y de la cooperación técnica y financiera internacional.

### 3.3.3 EL MARCO LEGAL DE LOS REGISTRADORES

El artículo 6 de la Ley 26366 señala entre los requisitos para acceder al cargo el ser abogado<sup>201</sup> colegiado, haber ejercido como mínimo 2 años la función de Asistente Registral o, en su defecto, acreditar por lo menos 4 años de ejercicio profesional<sup>202</sup>; aprobar el concurso público de méritos supervisado por la SUNARP el cual debe estar desprovisto de injerencia política alguna.<sup>203</sup>

Dicho concurso no nos debe llevar a deducir que existe un régimen de carrera administrativa, toda vez que en principio el régimen en el que se encuentran casi todos los trabajadores es en el régimen laboral<sup>204</sup> de la actividad privada.<sup>205</sup>

---

<sup>201</sup> Consideramos que si bien la preparación jurídica es importante, un funcionario debe tener otros conocimientos que deben evaluarse a fin de que el desenvolvimiento del agente sea pleno. (Royo – Villanova, 1950. p. 17).

<sup>202</sup> Para efectos de la acreditación de la experiencia, se considerará la fecha del Título de Abogado. R. N° 415-2004-SUNARP-SN

<sup>203</sup> (...) “No cabe duda que todo afán discriminatorio que pudiera intentarse, por ejemplo, en razón de las ideas políticas, supondría una grave lesión de dicho precepto, así como también la ruptura de ese principio de convivencia al que nos hemos referido y que el nuevo orden constitucional pretende plasmar. En primer lugar, pues, el derecho fundamental al respeto de la dignidad humana. Junto a él también el derecho fundamental de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley y ante el Estado. En efecto, en el artículo 3.º se proclama, concretamente, la igualdad de todos ante la Ley y la prohibición de cualquier tipo de discriminación o trato desigual en razón de raza, sexo, lugar de proveniencia, idioma, concepción religiosa o política, por lo que aquí interesa.” (Martín - Retortillo, 1962, p. 231).

<sup>204</sup> El artículo 8 de la Ley 26366 estableció que los registradores nombrados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley están comprendidos dentro del régimen laboral de la

De esto se desprende que no existe un régimen de inamovilidad absoluta, pudiendo la administración utilizar su *ius variandi* siempre que no degrade la investidura del funcionario.<sup>206</sup> Asimismo, no existe propiamente un sistema de ascensos,<sup>207</sup> toda vez que la denominada carrera registral empieza por el cargo de técnico registral, luego asistente y registrador. Sin embargo, para acceder a cada uno de estos cargos, debe postularse mediante concurso público.

Así pues, si el ascenso comporta siempre el paso a un puesto superior al que se ocupaba anteriormente, concibiéndose como un acrecentamiento de competencia y círculo de atribuciones, así como elevación del grado jerárquico en el sentido que el funcionario ascendido deja de ser subordinado respecto de otros y simultáneamente tiene nuevos y más subordinados, este debe lograrse mediante una evaluación entre los mismos funcionarios y no mediante un concurso abierto, toda vez que de verificarse esto no estaríamos propiamente

---

actividad privada. Asimismo, respecto a los trabajadores que al momento de la promulgación de la norma ya se encontraban en el régimen del Decreto Ley 276, mediante la séptima disposición transitoria se dispuso que deberían optar por continuar en dicho régimen, o acogerse al Régimen Laboral de la Actividad Privada. Al respecto Izquierdo Hernandez considera que la opción por el otro régimen no desnaturaliza la relación estatutaria entre el funcionario y la administración. *“Un derecho tal ha de clasificarse, de otro lado, como derecho potestativo constitutivo, por oposición a los modificativos y extintivos, pues, como se desprende de lo expuesto hasta ahora, en virtud de su ejercicio no se modifica la relación jurídica estatutaria existente entre el funcionario y la Administración, cuya relación permanece, por el contrario, inalterable, aunque en suspenso, sino que se superpone a esa relación otra, nueva y diferente, de naturaleza laboral.”* (Izquierdo Hernandez y Molina García, Óp. cit., pp. 52-53).

<sup>205</sup> Art. 40 del Estatuto de la SUNARP, aprobado por Resolución Suprema N° 135-2002-JUS del 11.7.2002.

<sup>206</sup> En la inamovilidad relativa se conjugan la normal estabilidad de los funcionarios en el desempeño de sus funciones y la disponibilidad organizativa de la Administración, que puede adoptar las medidas oportunas para la mejor prestación de los servicios. (Martín Mateo, Óp. cit., p. 20).

<sup>207</sup> Ascenso es el nombramiento irrevocable y temporalmente ilimitado de un funcionario para un puesto superior dentro del Cuerpo a que pertenece. (Guaita, 1962. p. 128).

frente a la figura de ascenso, sino de ingreso a la administración. (GUAITA, Aurelio, Óp. cit., p. 139).<sup>208</sup>

De igual manera, nominalmente se ha establecido que el cargo de funcionario público es incompatible con otros cargos públicos o actividades privadas, lo cual tiene su razón de ser en tres fundamentos: los dos primeros de carácter ético, el tercero de índole pragmático: i) la libertad de acción e independencia y honestidad profesional; ii) la de sustraer tiempo a las actividades del cargo público con el desempeño de otro público o de actividades privadas; iii) una equitativa distribución de haberes, obviando su acumulación en perjuicio de personas aptas para el desempeño de funciones públicas. (Alvarez - Gendín, 1962. p. 93).

### **3.3.4 AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA POR PARTE DE LOS REGISTRADORES**

El literal a) del artículo 3 de la Ley 26366 menciona como garantía del sistema la autonomía de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones registrales, lo cual implica de por sí la independencia de los mismos frente a cualquier injerencia interna o externa que busque influir -fuera de los causes legales- en su decisión.<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup> Así tampoco debe considerarse ni los aumentos de sueldo, ni categorías salariales medios que determinan un ascenso.

<sup>209</sup> *“Los funcionarios han pasado, pues, a ser servidores del Estado, de un Estado integracionista que absorbe y se sirve de muy diversos grupos y partidos en su intento de lograr una regulación adecuada de la convivencia. Servidores de un Estado que se declara alejado, como consecuencia de ello, de cualquier clase de culto a la personalidad, sea en su versión tradicional del monarchisches Prinzip, sea en su versión más reciente, aunque bien distante, desde luego, de la anterior, del Führerprinzip.”* (Martín - Retortillo, Óp. cit., pp. 235, 236).



Así pues, la presión puede provenir tanto de usuarios externos interesados en el resultado de la calificación, como de funcionarios de la propia institución.<sup>210</sup> Por tanto, la independencia propiamente no se otorga en favor del funcionario como sujeto de derecho, sino en función de la labor –investida con facultades públicas- que desempeña. (Chironi, 1928, p.14).

Ahora bien, tal como lo mencionamos líneas atrás, la SUNARP está conformada en sustancia por cargos directivos, los cuales son en su mayoría de confianza, lo cual es pasible de ser utilizado como botín político para el gobierno de turno.

Esto, sumado a la falta de determinación de los límites entre el área política y área administrativa, derivan -entre otros- en el conflicto por mayor libertad de actuación.

Los políticos se verán tentados por situar y promocionar al personal de su estricta confianza y tener la mayor capacidad de poder de decisión; en cambio, los funcionarios buscarán asegurarse un ámbito de relativa autonomía. (Sánchez Morón, Óp. cit., p. 24).

Debe pues cambiarse de enfoque en este tipo de relaciones, toda vez que ambos agentes –el político y el de carrera- se necesitan mutuamente, es decir el funcionario especializado necesita de la confianza que el político le otorga para desarrollar su tarea, de la misma manera que el político necesita de aquél para traducir en resultados tangibles sus proyectos. El conflicto es latente, sin

---

<sup>210</sup> Revísese el caso de la destitución del superintendente adjunto Manuel García, el cual, bajo sospecha de haber intentado presionar a registradores de la zona registral de Trujillo fue separado de su cargo. Véase <http://www.larepublica.com.pe/content/view/126421/483/> obtenido el 21.5.2008.

embargo la colaboración entre ambos es necesaria para el adecuado funcionamiento del sistema. (Sánchez Morón, Óp. cit., p. 22).

Ahora bien, el Registrador Público como funcionario se encarga de analizar, evaluar y decidir la inscripción de los títulos que se presentan en el registro. Su estudio se basa en las normas legales, en especial de las leyes, reglamentos y directivas correspondientes al sector, así como de los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el Tribunal Registral.<sup>211</sup>

En este sentido, dentro de las funciones de los registradores encontramos el elaborar informes técnicos relacionados con la especialidad, distribuir los títulos a los asistentes registrales para su precalificación, controlar el cumplimiento de la calificación de títulos dentro de los plazos establecidos por la Gerencia, calificar los títulos confrontándolos con sus antecedentes, preparar y/o suscribir las observaciones, tachas y liquidaciones, realizar las inscripciones de títulos verificando su adecuación a las normas legales vigentes, entre otras.

Estos se apoyan en los asistentes registrales, los que realizan el estudio preliminar de los títulos a fin de apoyar a los registradores en su calificación. Los asistentes registrales deberán verificar los datos de las solicitudes y títulos con las respectivas partidas registrales, remitir su proyecto al registrador dando cumplimiento estricto a las normas registrales vigentes y proyectar las liquidaciones por concepto de tasas registrales.<sup>212</sup>

---

<sup>211</sup> Esto lo desarrollaremos con mayor amplitud en el siguiente capítulo.

<sup>212</sup> Para acceder al cargo de Asistente Registral, se requiere ser peruano, tener como mínimo el grado académico de Bachiller en Derecho y haber aprobado el Concurso Público de Méritos. El ingreso de los asistentes registrales también puede realizarse mediante Concurso Interno de Méritos. R. 283-2009-SUNARP-SN y R. N° 415-2004-SUNARP-SN.

Los asistentes registrales emitirán propuestas de calificación debidamente fundamentadas que el Registrador evaluará, adoptando, modificando en parte o asumiendo otro criterio.

## CONCLUSIONES

1. La función pública la entendemos como aquella potestad abstracta que otorga el Estado para el ejercicio de sus agentes, a fin de lograr desplegar las actividades propias de la administración a fin de satisfacer el interés general.

En ese sentido, consideramos que funcionario público es aquel agente sujeto que labora en la administración pública y ha sido investido de competencias públicas.

2. Nos adherimos en parte a la distinción que hace Mayer entre los dos aspectos que existen en el funcionario público, interno y externo, siendo este último el que distingue a dicho agente.

3. En sede nacional, la normativa para definir quien es funcionario, servidor o empleado público es diversa y confusa. Sin embargo, en el presente trabajo hemos adoptado que el Registrador es un funcionario público.

Dicho funcionario si bien forma parte de la administración –sujeto a responsabilidad administrativa, siendo dirigido administrativamente por autoridades superiores, no se encuentra en el régimen de carrera administrativa, estando propiamente en el régimen de la actividad privada.

4. El Registrador Público es un funcionario público calificado, el cual tiene como función pública calificar títulos de manera autónoma e independiente, sustentado en el respeto del ordenamiento vigente.

## CAPÍTULO V

### LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO POR VULNERACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

**Introducción 1. Concepto 2. Naturaleza de la Calificación Registral. 2.1 La calificación en los Registros Jurídicos y Registros Administrativos. 3. Justificación: seguridad jurídica y seguridad del tráfico. 3.1 La función económica de la calificación registral: Seguridad Jurídica Preventiva. 3.2 Fundamento 4. La calificación en el derecho comparado. 4.1. Alemania 4.2 España 5. Antecedentes en el Perú 6. La calificación en el Perú 6.1 La calificación propiamente dicha 6.2 Alcances de la calificación 6.2.1 Marco general 6.2.1.1 Calificación integral 6.2.1.2 Propiciar las inscripciones 6.3 Aspectos de la calificación 6.3.1 Validez del acto 6.3.2 Análisis propiamente registral 6.3.2.1 La legalidad en sede registral 6.4 Aplicación del control difuso en el ámbito registral 6.4.1 control difuso aplicado por el tribunal registral 6.4.2 la calificación registral y el derecho de propiedad: notas sobre el caso de abandono en el Rímac 6.4.3 La calificación registral y la reversión de las titularidades a favor del estado. Conclusiones**

## INTRODUCCIÓN

Trasladémonos por un instante a una realidad paralela, aquella en la cual no exista una institución como los Registros Públicos en nuestro país, situación complicada en la cual la venta de un *non domino* es un riesgo, y la doble venta una constante. Asimismo, a efectos del presente ejercicio, la circulación de los bienes y el crédito son privilegios de algunos –con baja aversión al riesgo–,

dado que el fraude y la informalidad serían dos variables que pocos desean asumir. A fin de dar alguna solución, se nos propone plantear opciones que en la medida de lo posible eviten transitar por el tortuoso proceso judicial.

Una opción puede ser un mecanismo de seguridad económica -el denominado seguro de títulos-, sin embargo dicho recurso si bien nos resarce en caso nos veamos frustrados en nuestro interés en adquirir, no otorga la titularidad del bien.

No debemos olvidar el tipo de sociedad en que vivimos –diversa y compleja- por lo que el costo del seguro –en las circunstancias descritas- debiera ser alto para gran parte de la población y el poder judicial, un camino que muchos necesariamente deberán recorrer.

Cuando se dio el cambio de régimen feudal a uno de tipo liberal, se pensó que la intervención estatal debía ser reducida sustancialmente, siendo las ideas de libertad (propiedad) e igualdad acogidas con gran entusiasmo. No obstante esto, se crearon instituciones extra-privadas (estatales como los Registros Públicos) frente a la imposibilidad material de los individuos de prevenir situaciones como la usura, doble venta, privilegios dominiales, entre otros.<sup>213</sup>

---

<sup>213</sup> El registro es una forma de intervención del estado en el estado liberal a fin de introducir factores correctivos en el régimen individualista. Así pues, “*La autonomía de la voluntad, el libre juego del intercambio, serán, con el Registro, limitados y condicionados por intereses superiores de orden social. Sobre la seguridad del Derecho se impondrá la seguridad del tráfico; las relaciones jurídicas de propiedad, más allá de la pura voluntad de las partes, habrán de ser legitimadas por un órgano estatal que se superpone sobre ellas en un juicio de legalidad; las titularidades de dominio, para ser plenamente reconocidas por la comunidad, habrán de ser explicitadas en documentación pública y registradas en libros fundiarios sujetos al principio de publicidad.*” (Gallego del Campo, 1986, p. 655).

Frente a similares circunstancias, en nuestro país, durante el siglo XIX el proyecto de Código de Manuel Lorenzo Vidaurre, la creación del Banco Hipotecario y la Ley de 1888 optaron por semejante solución al crear un registro centralizado que diera la información necesaria a fin que los privados tuvieran la seguridad de contratar.

Esta seguridad de contratar, en mayor o menor medida, está sustentada en la labor que realiza un profesional del derecho que estudia los títulos a fin de establecer si están aptos o no para ser publicitados. Seguramente, en estos tiempos, cuando alguien presenta un título y se lo *observan* o *tachan* queda la sensación que la labor realizada por el registrador es un obstáculo a las actividades económicas.

Sin embargo, preferimos analizarlo desde otro punto de vista, el cual tiene a las *observaciones* y *tachas* – como una *garantía* de que aquello que es publicitado es importante para el conocimiento de los terceros,<sup>214</sup> a *contrario sensus* los

---

<sup>214</sup> La función calificadora no sólo sirve para evitar que se inscriban títulos nulos, sino para impedir que se otorguen sin reunir los requisitos legales; es decir, que la calificación conduce a que los mismos funcionarios que autorizan los títulos procuren, con el mayor escrúpulo, que no adolezcan de defecto alguno, para que pasen sin la menor tacha por el tamiz de la calificación, y todo ello responde naturalmente a que los autenticadores del título y los registradores del mismo colaboren eficazmente en el principio de la legalidad. En ese sentido, cuando ocurran dichos cuestionamientos, el registrador tendrá la obligación de sustentar su denegatoria. (Villares Picó, 1996, p.412). En este sentido, deberán motivarse las denegatorias de inscripción, según los pronunciamientos reiterados del Tribunal Registral: Deber de motivación adecuada de las decisiones registrales. “*Constituye una obligación ineludible por parte de las instancias registrales dar respuesta a todas las pretensiones inscriptorias contenidas en los títulos sometidos a calificación, así como a los argumentos esenciales que las sustentan.*” Resolución N° 194-2006-T (4ª Sala del Tribunal Registral). Motivación adecuada de toda decisión de las Instancias Registrales. “*La motivación adecuada de cualquier decisión del Registrador supone exponer, de un modo cabal, los defectos subsanables o insubsanables contenidos en el título, o las razones por las que se liquida de un modo u otro, o los motivos por los cuales se considera que existe incompatibilidad con otro título anteriormente presentado y por lo cual se suspende la vigencia del asiento de presentación, así como las disposiciones legales que de modo puntual recogen como hipótesis las cuestiones de hecho advertidas por el Registrador.*” Resolución N° 211-2006-T (4ª Sala del Tribunal Registral).

títulos que son objeto de algún cuestionamiento en su calificación por algún defecto detectado deberán –cuando sea posible- subsanarlo por cuanto no merecen en dicha oportunidad gozar de los efectos que otorga la publicidad.

La importancia de la labor de dicho profesional del derecho entonces es evidente, por cuanto del tipo de calificación que realice dependen los efectos que otorgue el sistema, siendo que un inadecuado estudio podría mermar la seguridad que brindan los registros.

En ese sentido, pretendemos en el presente capítulo desarrollar los fundamentos y consecuencias de la calificación vinculadas a la propiedad, revisar supuestos en los cuales se vulnere el derecho de la propiedad, y verificar si el registrador podría o no aplicar el denominado control difuso.

## 1. CONCEPTO

La palabra calificación proviene de las palabras latinas *qualis* y *facere* (De Mena y San Millán, José María, 1985, p.7). (Pardo Nuñez, 1996, p.129), la cual en el sistema registral puede definirse como el enjuiciamiento que el registrador realiza sobre la legalidad de los documentos y sobre la validez y la eficacia de los negocios jurídicos contenidos en ellos. (Diez – Picazo, 1997, p. 312).

Para Peña Bernaldo de Quirós “*calificar es decidir si el hecho, del cual se solicita el asiento, llega al registro con los requisitos exigidos para que sea registrable; es decir, es determinar si, conforme a ley, procede o no practicar el asiento solicitado*”. (Peña Bernaldo de Quirós, Manuel, 1986, pp.543, 544).



García García señala que *“la calificación consiste en el juicio de valor que hace el registrador respecto a los documentos presentados como órgano imparcial y distinto del autor de los documentos, para determinar si se adaptan o no a la legalidad del ordenamiento jurídico, y a los efectos de extender la inscripción o de suspender o denegar, en su caso, la práctica de la misma”* (GARCÍA GARCÍA, 1993, p.264).

Una definición más descriptiva nos indica que la calificación es *“la decisión jurídica solemne dada por el encargado del Registro, mediante la cual se declara que el acto o negocio objeto de ella, reúne o no los requisitos legales para obtener la protección registral de la situación jurídica referente al derecho real de que se trate. Es una actividad característica de seguridad jurídica, obligatoria, personalísima e imputable, absolutamente independiente que el Registrador realiza sin vinculación de ningún género. Es también una actividad autenticadora y constitutiva de derechos, pero de trascendencia limitada a la práctica, suspensión o denegación, del asiento solicitado, cuyos efectos, aunque se producen erga omnes, carecen de valor de cosa juzgada”*. (Esteban Morcillo, 1996, pp.577-578).

Álvarez Caperochipi nos indica que *“La calificación determina la inscribibilidad del título presentado y la naturaleza del derecho constituido. Por razón de forma, se controla la idoneidad formal y autenticidad del título presentado; por razón de legalidad, la validez del acto dispositivo, y la naturaleza del derecho constituido; por razón del registro, la identidad de la finca, la competencia territorial del registro y del tracto sucesivo.”* (Álvarez Caperochipi, 2006, p.84).

En sede nacional Delgado Scheelje ha definido a la calificación como *“el control que realiza el registrador a efectos de determinar si el título presentado al*

registro es inscribible sobre la base de los diversos principios que, como requisitos y presupuestos técnicos para la inscripción, cada sistema contempla.” (Delgado Scheelje,1999, p.254).<sup>215</sup> Es interesante esta definición dado que se suele limitar a la calificación registral al trámite de inscripción de una lectura restrictiva del artículo 2011<sup>216</sup> del Código Civil.

Sin embargo, el registrador al calificar el título además del principio de legalidad, califica los principios de tracto sucesivo, de relevancia, de prioridad excluyente, entre otros. Es decir, en el momento de la calificación se hará examen de todos los requisitos registrales exigibles (Kemelmajer De Carlucci, 1996, p.36) de una manera rigurosa.

## 2. NATURALEZA DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Al nominar el presente subtítulo como naturaleza jurídica, no deseamos denotar la esencia de un concepto llamado calificación, sino por el contrario, buscamos exponer cómo se ha configurado dicho concepto y cómo lo entendemos ahora.

---

<sup>215</sup> No obstante lo correcto de aquella definición, no compartimos la siguiente conclusión: “*En consecuencia, el registrador, a través de la calificación registral antes definida, en la medida en que determina si el derecho o situación jurídica contenida en un título es inscribible, está definiendo en última instancia la eficacia o ineficacia del mismo*” (El subrayado es nuestro) (Delgado Scheelje, Ídem, p.258). El ingreso al registro no define que un acto sea eficaz o no en un sistema declarativo como el nuestro, sino solamente la presunción de cognoscibilidad general, es decir que actos válidos que no logren su inscripción seguirán siendo eficaces, pero no tendrán la “fuerza” que otorga dicha presunción.

<sup>216</sup> Artículo 2011.- *Los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los Registros Públicos.*

Siendo esta nuestra premisa, rechazamos de plano concepciones rígidas - basadas en la separación- de poderes que vinculen la naturaleza de la función con los órganos que la realizan,<sup>217</sup> toda vez que puede otorgárseles funciones de distinta naturaleza.

Podemos distinguir entonces, a partir de la organización estatal que tenemos y de la doctrina que nos influye, el enmarcar la naturaleza de la función en jurisdiccional, administrativa o especial (voluntaria).<sup>218</sup>

CHIOVENDA entendía por jurisdicción aquella “ (...) *función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva*” (Chiovenda, 1948, p.2).

Sin embargo, vamos a adoptar a efectos del presente trabajo la propuesta de MONROY GÁLVEZ al entender como función jurisdiccional o en forma más precisa, jurisdicción, “*el poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se*

---

<sup>217</sup> A dicha concepción parametrada algunos la han denominado *organicista* “*La teoría organicista es de un simplismo inadmisibles y por consiguiente, no es de extrañar que ella sea reputada absolutamente insuficiente para satisfacer las necesidades teórico-prácticas. En verdad, con ella se hace difícil, si no imposible, distinguir los actos jurisdiccionales, por una parte, de los actos legislativos y de los actos administrativos, por otra*”. (Hoyos Henrechson, 1987, p.24).

<sup>218</sup> Si bien se le denominará *jurisdicción voluntaria*, debemos dejar sentado que dicho término dista de ser preciso dado que no es jurisdicción –no hay cosa juzgada, no se resuelve conflictos entre las partes.

*cumplan de manera ineludible, y promoviendo a través de ellas una sociedad con paz social en justicia.*" (Monroy Gálvez, 1996, p.213).

Dicha jurisdicción aparece cuando no hay un cumplimiento espontáneo de las normas por parte de los individuos, siendo que el Estado interviene a fin de hacerlas cumplir. En cambio, cuando nos dirigimos a concepciones administrativas,<sup>219</sup> el mandato de cumplimiento lo hace el Estado en forma directa sin mediar algún interés privado detrás de ello.

Una distinción interesante es la planteada por MONROY *"Una diferencia sustancial entre la jurisdicción y la administración se advierte en el hecho que cuando la primera se expresa en ejercicio de su función, lo hace a través de resoluciones respecto de las cuales es absolutamente ajena a sus efectos. En cambio, el caso de la administración es distinto. Cuando esta se expresa –por medio de un acto administrativo-, se encuentra involucrada en su decisión; para decirlo en términos jurisdiccionales, la administración es "parte" de sus decisiones.*" (Monroy Gálvez, Óp. cit., p.227).

Finalmente, en lo respectivo a la función de *jurisdicción voluntaria* debemos advertir que no hay un concepto unívoco sobre la misma, dado que algunos (Fazzalari) la consideran como una función especial, otros como una

---

<sup>219</sup> "(...) *El acto administrativo es la realización de la actividad del Estado conforme a las normas legislativas en vigor, siendo en él el derecho un medio para desenvolver su actividad, y en el acto judicial, un fin, pues, con fuerza de verdad legal determina si la actividad de la administración o los particulares se ha realizado o no, con arreglo a derecho; por eso se ha podido decir del acto judicial que, al contrario del administrativo, es una operación de inteligencia y no de voluntad, que el acto jurisdiccional no significa en el ordenamiento jurídico un elemento nuevo, las sentencias no crean derechos, se limitan a constatarlos, aunque tales dichos no se puedan aceptar sin reservas.*" (Romaní Calderón, 1927, p.83).

jurisdicción especial (Carnelutti) y otros como una función administrativa (Chiovenda, Calamendrei).

Desde nuestra posición, siendo este el panorama ¿en dónde encontramos la función registral? Consideramos apropiado que el análisis se divida en 2 momentos: en la fase de calificación propiamente dicha y en el producto que se genera: la inscripción.

La calificación registral propiamente no es jurisdiccional dado que no causa cosa juzgada,<sup>220</sup> y carece de conflicto. (Romaní Calderón, J, Óp. cit., p. 85). Esto puede tener cierto grado de discusión cuando se habla de la inscripción constitutiva –que tendría como ejemplo a la hipoteca- dado que si bien no se habla de cosa juzgada, sí se constituyen derechos, los cuales son efectivos desde la inscripción. En este supuesto, la calificación si tendría ciertos visos de jurisdiccionalidad, toda vez que otorga efectos en las relaciones privadas, pero a diferencia del concepto descrito líneas atrás, en vez de solucionar un conflicto actual, lo previene.<sup>221</sup>

---

<sup>220</sup> Sin embargo, aunque la importancia de los efectos erga omnes y presunciones legitimadoras derivados de la inscripción son grandes, e incluso la calificación implique la aplicación a partir de la interpretación de la ley, el hecho de que no produzca el efecto de cosa juzgada ni el Registrador esté integrado en la organización judicial, la apartan de la jurisdicción. (Gómez Gállico, 1993, p. 1866.)

<sup>221</sup> El funcionario que tiene a su cargo esta oficina no pertenece en España al orden judicial, pero la calificación que realiza supone una función judicial o jurisdiccional; determina si con arreglo al derecho objetivo ha podido originarse o no el acto real que la inscripción debe reflejar, y en su caso la autoriza dando fuerza de verdad legal a su determinación, que por ello produce todos los efectos que, según la legislación hipotecaria, se derivan de la inscripción. La inscripción convierte en acto objetivo de carácter y trascendencia real a un acto subjetivo que, como un contrato, sólo produce efecto entre los otorgantes; crea y garantiza la situación legal de propietario con titulación inscrita. (Romaní Calderón, J, Óp. cit., pp. 84-85).

De otro lado, no nos encontramos frente a una función administrativa por que dentro de las garantías que tiene el sistema se encuentra la independencia y autonomía del registrador al momento de realizar la calificación, no subordinando su criterio ni a los sujetos que solicitan la rogatoria ni a superiores en jerarquía.<sup>222</sup>

Esto quiere decir, que cuando llega un título, el registrador tiene libertad de criterio para actuar dentro de un marco legal, pudiéndose discrepar de aquel pero no supeditándolo a órdenes superiores. Asimismo, se aleja de de esta posición, dado que en la fase de evaluación se verifica la validez del acto – derecho privado-, función que no se tiene propiamente en sede administrativa.

Quizá el punto que más acerca la función registral a la administrativa es la inscripción como resultado. Sin embargo, la administración no es parte del procedimiento, siendo que lo que decida el registrador no se puede anular por la misma, toda vez que en juego están derechos a favor de los particulares.

En ese sentido Jerónimo González señala *“En efecto, si la inscripción en nuestra patria no reviste el carácter de sentencia definitiva y firme, ni goza de la fuerza atribuida a cosa juzgada, crea una situación privilegiada, superior a las protecciones posesorias y a las presunciones emanadas de la titulación auténtica, y el Registrador, órgano encargado de esta metamorfosis, debe*

---

<sup>222</sup> Sin embargo, tampoco esta teoría es plenamente satisfactoria (administrativa), ya que la calificación registral se aparta de la función administrativa porque en el ejercicio de la calificación el Registrador es independiente (como se ha dicho ni siquiera puede consultar a la Dirección General según el artículo 273 LH), la ejerce bajo su exclusiva responsabilidad y no de la Administración (artículo 18 LH), porque incluso los actos inscribibles de la propia Administración están sujetos a la calificación (Cfr. Artículos 3.º LH y 99 RH) y porque en rigor y así ocurre en la práctica las resoluciones de la DGRN no son recurribles en vía contencioso-administrativa. (Gómez Gállico, Óp. cit., p. 1866).

*resolver sobre la existencia y extensión del derecho inscribible, en un procedimiento hipotecario que asegure la concordancia del Registro y de la realidad jurídica. De otro modo, los asientos sólo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos litigios.”* (González y Martínez, 1927, p. 599).

Concluimos, por tanto, que la calificación –en sede registral- forma parte de la función pública pero es de una naturaleza que excede los alcances de la función propiamente administrativa, porque esta o la actuación administrativa queda centrada –tal como lo indicamos- en la ordenación, control o intervención del interés público mientras que la calificación –propiamente dicha- se encuentra en la tutela de intereses privados. Así pues, la función registral tiene como fin conseguir la seguridad jurídica de los derechos reales inmobiliarios mediante la proclamación pública de los derechos privados acreditados como legítimos y de las circunstancias que les afecten. (Vidal Francés, Óp. cit., p.281).

No obstante lo antes mencionado de no equipararla a una función meramente administrativa, no nos debe llevar a inferir que nos encontramos en una de tipo jurisdiccional, por lo que debemos asumir que es una función de tipo especial a la cual podemos denominar como jurisdicción voluntaria,<sup>223</sup> siendo justificada tanto en el ámbito comparado como en el histórico en los siguientes puntos del presente capítulo.

---

<sup>223</sup> Es la tesis incluso de la propia Administración española, ya que la DGRN, en la Resolución citada de 26 de junio de 1986, sostiene que *“la función registral se aproxima, en sentido material a la jurisdicción voluntaria, si bien formalmente no es propiamente jurisdiccional, porque aunque los Registradores de la Propiedad como los Jueces no están sujetos en su función al principio de jerarquía para enjuiciar el caso, sino que gozan de independencia en la calificación, están sin embargo fuera de la organización judicial”*. (Gómez Gállego, Óp.cit, p. 1867).

## 2.1 LA CALIFICACIÓN EN LOS REGISTROS JURÍDICOS Y REGISTROS ADMINISTRATIVOS.

Según el diccionario de la lengua española el registro de la propiedad es definido como *“aquel en que el registrador inscribe todos los bienes raíces de un partido judicial, con expresión de sus dueños, y donde se hacen constar los cambios y limitaciones de derecho que experimentan dichos bienes.”*<sup>224</sup>

Existen posiciones –como la de FUEYO LANERI- que tratan de manera uniforme los registros, ya sean de tipo administrativo o los jurídicos. Sin embargo, la realidad es su mejor crítica dada la complejidad del universo registral, la dispersión normativa, distanciamiento entre registros, al punto que en algunos casos no existe ni siquiera vinculación. (Leyva de Leyva, 1989)

En este sentido, qué es lo que conlleva diferenciar a un registro jurídico de uno administrativo, y ¿por qué es relevante dicha distinción para nuestro trabajo?

Cuando hablamos de Registros Administrativos nos referimos a aquellos meramente informativos, estadísticos, fiscales, o de comprobación de requisitos para otorgar alguna autorización; en general, son meros archivos para la constancia o presentación de documentos, que sin embargo no se aseguran certeza de la información. (Gonzales Barrón, 2004, p.74) En todo caso –sin ánimo de desvalorarlo funcionalmente- en este tipo de Registros prima el

---

<sup>224</sup> <http://buscon.rae.es/drael/> obtenido el 9.12.2007.



interés general o público, por cuanto la actividad propiamente administrativa tiene por objeto satisfacer un servicio público.<sup>225</sup>

Así pues, dichos registros<sup>226</sup> emitirán efectos débiles, siendo meramente informativos –piénsese en las boletas informativas-, es un medio probatorio limitado, la labor que realizan los funcionarios basada en normas específicas en las cuales su nivel de discrecionalidad es casi nulo, limitándose a la constatación de la existencia de datos con la finalidad de constatar que lo que inscribe es cierto, no habiendo un estudio de tipo jurídico sobre el mismo.

En esta situación ¿quién debe responder frente a posibles daños causados a terceros? Dada la labor descrita, nos podemos aventurar a responder que debería ser siempre la administración la que en forma directa responda.

De otro lado, los Registros Jurídicos son aquéllos en donde la inscripción se convierte en declaración de derechos subjetivos privados, (Leyva de Leyva, Óp. cit., p.299) asegurando certeza en los datos que se anuncian (eficacia sustantiva). Por tanto, los registros jurídicos no satisfacen directamente

---

<sup>225</sup> *“En los Registros administrativos prima el interés general o público. Por ser la actividad registral de los Registros administrativos desarrollada por entes públicos conforme a un régimen de Derecho público, con objeto de satisfacer una necesidad general o interés público, se pueden incluir dentro del concepto de servicio público (...). Son órganos administrativos, bajo un régimen de Derecho Público; prestan el servicio de dar notoriedad de la existencia de hechos o datos. A diferencia de los Registros jurídicos, creo que los Registros administrativos sí reúnen los criterios doctrinales propios de los servicios públicos.”* (Leyva de Leyva, Óp. cit., p.274).

<sup>226</sup> *“Fundamentalmente el cometido básico de muchos Registros administrativos es proporcionar al Gobierno la información necesaria para el ejercicio de su función de policía. Por ello, estos Registros no cumplen por sí mismos la misión de garantizar la estabilidad de las situaciones jurídicas consignadas en sus asientos.”* Menéndez citado en (Leyva de Leyva, Óp. cit., p. 279).

necesidades públicas o colectivas,<sup>227</sup> ni tienen inmediatamente interés público, ni son desempeñados por órganos de la propia administración.

Siendo esto así ¿Cómo es la calificación – o evaluación – en el registro administrativo y en el registro jurídico?

Partiendo de la premisa que la facultad calificadora es un juicio unipersonal, técnico y profesional de naturaleza puramente jurídica, bajo los principios de independencia, responsabilidad directa y personal. Podemos señalar que la calificación *stricto sensu* es inexistente en los Registros de carácter puramente administrativo, concretados o a la pura recolección de datos con fines estadísticos o de política social o al control de tramitación, siendo de advertir que así como un sistema jurídico puede sin dificultad alguna asumir aquellas otras finalidades de control estadístico, lo recíproco no es válido dado que un Registro administrativo al que se pretenda dotar de efectos jurídicos o desemboca inevitablemente en una especialización técnica y en una calificación rigurosa o deviene inoperante e ineficaz incluso para aquella finalidad específica. (Vidal Francés, Óp. cit., p.282).

Esto puede ejemplificarse en nuestro país en el registro de propiedad vehicular, el cual – originariamente- estuvo a cargo del Ministerio de Transportes siendo su condición la de un *registro administrativo* cuya finalidad era archivar datos útiles para el ejercicio de la administración misma, en el que prevalecían las normas de simplificación administrativa, basados en presunciones de veracidad

---

<sup>227</sup> “He aquí la explicación de por qué el Estado no realiza directamente la publicidad registral, precisamente porque no satisface necesidades públicas inmediatas. La intervención o control administrativo no desnaturaliza, ni debe hacerlo, el carácter profesional privado, revestido de eficacia pública por ministerio de la ley. Interpretar el Registro de la Propiedad como servicio público retribuido por tasas provocaría antinomia.” (Leyva de Leyva, Óp. cit., p.285).

y controles *a posteriori*, que sin embargo con su incorporación al Sistema Nacional de los Registros Públicos adquirió el *status* de registro jurídico y en tal virtud el control se efectúa *a priori* a través de la calificación registral consagrada en el artículo 2011 del Código Civil y a mérito de documentos auténticos, instrumentos públicos o por lo menos en documentos fehacientes que generan asientos registrales debidamente amparados por la garantía del Sistema. (Pacora Bazalar, 2001, p.181).

Por tanto, el estudio que se realiza mediante la calificación es distinto en un registro de tipo administrativo de uno de tipo jurídico. En ese último, dependiendo el tipo de sistema –los cuales describiremos a continuación-, la calificación es esencial y la ausencia – o baja intensidad de la misma- inevitablemente será sustituida por otros mecanismos que garanticen la eficacia de los actos dispositivos o que por lo menos resarzan en caso de alguna afectación no deseada. (Vidal Francés, Óp. cit., p.282).

### **3. JUSTIFICACIÓN: SEGURIDAD JURÍDICA Y SEGURIDAD DEL TRÁFICO**

Ticio le vende a Secundus un inmueble el cual se encuentra inscrito en registros, sin embargo nunca llegan a perfeccionar la transferencia toda vez que a Secundus le basta poseer de forma efectiva del bien. Secundus se va de viaje por un mes al extranjero, y aprovechándose de esta situación Ticio se lo vende a Tertius, el cuál es tercero de buena fe. ¿A quién debe proteger el derecho: Al *verus* domino o al tercero de buena fe?

A partir de este ejemplo podemos definir lo que en doctrina se denomina generalmente seguridad jurídica y seguridad del tráfico. La primera como la protección del titular de su situación jurídica tutelada, la que no se le podrá privar sin su consentimiento. La seguridad del tráfico, en cambio, refiere a la tutela que recibe quien modifica su situación jurídica vinculándose con otros,

tomando en consideración información relevante que es conocida. (Ehrenberg, 1904, p. 274).

Debemos indicar que preferimos denominar seguridad de derechos<sup>228</sup> a la primera en lugar de la traducción de seguridad jurídica toda vez que puede llevar a equívocos. La seguridad jurídica es el género, de esta se desprende o proteger al verdadero propietario o al tercero de buena fe que confía en lo publicitado en registros, la elección de cualquiera de ambas soluciones es *jurídica*.

Y si hablamos de elección de alguna en desmedro de la segunda producto de la contraposición de intereses, debemos señalar que el registro así como sirve de mecanismo de prueba de propiedad, sobretodo se creó en función de dar a conocer a los terceros las situaciones jurídicas de los particulares.<sup>229</sup>

En términos de Lehmann “(...) *En el tráfico no es siempre posible al individuo el investigar en la esencia de las cosas, debiendo atenerse normalmente a su apariencia externa y confiar en ella. La seguridad del tráfico quedaría muy perjudicada si esta confianza no encontrase protección. Ello debe tenerlo en consideración el ordenamiento jurídico y, en determinadas circunstancias, hará prevalecer la apariencia sobre la existencia. La cuestión reside en saber en qué*

---

<sup>228</sup> El término en alemán es <Rechtssicherheit> “(...) <la sicurezza dei diritti consiste in ciò che una modificazione sfavorevole Della condizione attuale dei rapporti patrimoniali di un soggetto non può aver luogo senza il concorso della sua volontà (...)>”. (El subrayado es nuestro). (Pugliatti, 1957, p.235).

<sup>229</sup> “(...) *La importancia económica de los registros es, pues, la que deriva de poder saber con certeza qué agentes económicos tienen qué derechos sobre qué bienes o actividades. El análisis del funcionamiento de los mercados que hace la teoría económica se basa en el supuesto de derechos claramente definidos, que faciliten la realización de transacciones en el mercado. En la ausencia de este requisito, los costos de transacción se elevarán, y trabarán la mejor asignación de recursos y la realización de transacciones deseables.*” (Informe Final, 1994, p.11).

medida ha de protegerse la confianza en estos supuestos de hecho externos.”

(El subrayado es nuestro). (Lehmann, 1956, p.203).

Optamos por tanto, por la denominada seguridad de tráfico<sup>230</sup> -con los límites legales establecidos como la buena fe-, dado que las necesidades del mundo moderno requieren mecanismos de publicidad más efectivos que la posesión, por lo que un registro especializado que informe de manera adecuada la historia de los bienes disminuye los costos de transacción, así como incrementa el valor de los bienes<sup>231</sup>.

Finalmente, frente a las críticas que dicha opción pueda ser “injusta” debemos señalar que la inversión de la regla<sup>232</sup> nos puede llevar –si asumimos la postura crítica que se plantea frente a la seguridad del tráfico- a ser “injustos” frente al

---

<sup>230</sup> En la seguridad de tráfico podemos observar 2 necesidades: La situación de adquisición de derechos del adquirente no puede ser afectada por circunstancias que le son desconocidas, y; tampoco pueda verse afectada por liberación de obligaciones (cargas reales, extinción de deudas, etc...) (que le sean desconocidas). Por lo que, debe afirmarse que el sistema registral se concibió como una institución jurídica con *vocación de permanencia*, la cual más que tutelar a los concretos propietarios de un tiempo concreto, buscó ordenar jurídicamente el mercado territorial, entendido como entidad abstracta, para configurarlo según el modelo de la ideología liberal naciente. (Gallego Del Campo, Óp. cit., p.643).

<sup>231</sup> “*Pero lo que buenamente deduzco es que existen diversas consideraciones que avalan la prevalencia de la seguridad del tráfico: 1. La seguridad del tráfico produce una <minimización de costes> que hace mucho más valioso el derecho subjetivo. Sin normas de seguridad de tráfico el derecho subjetivo no tendría apenas valor, pues los costes privados de seguridad absorberían el valor del derecho subjetivo. 2. Aparte de la necesidad de que prevalezca la seguridad del tráfico sobre la estática, es que está en juego – según el criterio de Celestino Pardo – la <seguridad del crédito>. 3. La seguridad del tráfico produce mayor circulación de los bienes, lo que proporciona una mayor riqueza no sólo al propietario individual, sino al país en general. 4. La legislación hipotecaria se ocupa no solamente de la seguridad del tráfico, sino de protección de los derechos subjetivos, independientemente de su circulación. 5. Junto a la seguridad del tráfico y seguridad del derecho, hay que contraponer otras modalidades, como la <seguridad económica-seguridad jurídica propiamente dicha>.” (Chico y Ortiz, 1994, p.35).*

<sup>232</sup> “(...) argumentar que un determinado sistema, no experimentado todavía, reparará las injusticias presentes, no entraña mucha dificultad; lo complicado es prever las injusticias que el nuevo sistema puede engendrar.” (Calabresi, Óp. cit. p.18).

adquirente de buena fe. En todo caso, la posición que adoptamos es a partir desde una perspectiva registral, ampliando la visión en el ordenamiento podemos encontrar instituciones que atenúen o enfatizen dicha opción<sup>233</sup>.

A fin de reforzar esta opción, a continuación desarrollaremos un enfoque inicial del problema desde una perspectiva económica toda vez que es muy útil para presumir, dadas las consecuencias de este tipo que afectan a la sociedad en su conjunto, que la protección –en la actualidad- de la seguridad del tráfico es una opción de mayores beneficios que la mera protección del derecho subjetivo individual, pues si se protege aquélla de alguna manera se da valor a este último.

### **3.1 LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL: SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA.**

Toda vez que el análisis meramente jurídico de las instituciones nos da una idea acerca de estas, apoyarnos en otras ramas que justifiquen la razón de ser de las mismas nos serán útiles a fin de entender mejor nuestro objeto de estudio.

En este sentido, el análisis económico nos sirve para entender el por qué es necesaria una institución como registros públicos como mecanismo de

---

<sup>233</sup> En ese sentido, debiera señalarse que tampoco la protección de los terceros es absoluta, sino que debe cumplir ciertos requisitos –morigeraciones- tal cual se recoge en el artículo 2014 de nuestro Código Civil *“El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.”* (El énfasis es nuestro).

seguridad preventiva, lo cual nos llevará tácitamente a reconocer la necesidad de la labor del registrador.<sup>234</sup>

Limitaciones seguramente hay, la realidad -al ser diversa y compleja- no puede ser estudiada a partir de todas sus particularidades, sino que debe simplificar las variables de estudio a fin de acercarnos al comportamiento de los sujetos. Esta simplificación, ya no es la realidad, pero nos acerca a ella, y en ese acercamiento podemos encontrar su utilidad.

*“Tanto la ciencia económica cuanto la ciencia jurídica tienen por objeto comportamientos humanos y relaciones sociales: la economía, al preocuparse directamente de los fenómenos económicos en sí mismos, apunta hacia una solución que conduzca a la máxima utilidad; la ciencia jurídica, por su parte, al contemplar esos fenómenos económicos a través de los derechos y obligaciones que implica su desenvolvimiento, procura la solución más justa. De un equilibrado enlace de ambas perspectivas ha de resultar, según cada caso, el régimen conveniente para los intereses individuales y colectivos. Por lo tanto, las dos técnicas descritas no deben desconocerse.”* (Almeida Costa, 2007, p.45).

Históricamente -tal cual reseñaremos en este capítulo- en el derecho romano *nemo dat quod non habet* era uno de los brocardos que ilustraba la rigidez de la propiedad y su poca circulación en sus inicios.<sup>235</sup> Luego, dicha circulación se

---

<sup>234</sup> La calificación registral no puede ser comprendida si se examina aisladamente fuera del contexto de un sistema inmobiliario registral.

<sup>235</sup> *“El verdadero estado jurídico de la propiedad no es susceptible de ser descubierto mediante un esfuerzo personal de búsqueda, de investigación, por parte del que pretende adquirir: el hipotético comprador encontraría dificultades insuperables en saber si el verdadero propietario*

incrementa a través del tiempo, ante el aumento de las transacciones y la necesidad de que se haga con mayor celeridad, surgiendo la noción germana de seguridad del tráfico. (Pardo Nuñez, Óp. cit., p.1534).

Partiendo del hecho que los bienes son escasos, y la seguridad puede ser considerada en sentido lato como un bien, esta tiene un costo. En términos legales podemos comprender esta afirmación haciendo una preliminar observación sobre lo que acaece en nuestro medio: si usted desea adquirir un departamento, seguramente sólo tomará como anécdota lo regulado por el artículo 949 del Código Civil, toda vez que si bien el mero consenso transfiere la titularidad del bien inmueble esto no le da la suficiente seguridad de que este es suyo frente a todos. Es así que contratará a un abogado, irá al notario para elevar el documento privado a una escritura pública y, en caso tenga mayor aversión al riesgo, buscará inscribir su título en registros a efecto que pueda oponer su derecho frente a todos. (Arruñada, 2004, p.33).

Este comportamiento de búsqueda de mayor seguridad a fin de que todos respeten su titularidad, puede ser analizado en términos económicos a partir de ciertas premisas. Una de ellas es que todo puede ser medido bajo un común denominador, es decir todo puede ser valorado económicamente: los bienes tienen un valor, si se sufre un daño se cuantificará y se resarcirá. Otra parte del supuesto es que las decisiones son individuales, y al ser subjetivas tienden a la maximización de sus utilidades, es decir buscarán la mejor opción. Asimismo, se presumirá que las preferencias de los sujetos son estables, es decir, si un sujeto compra pan todos los días en la mañana, se puede predecir que el día de mañana hará lo mismo. Finalmente, la última premisa es que la distribución no cuesta.

---

*es el que se ofrece como tal y si hay más cargas que las aparentes. En este punto el cliente potencial está indefenso.” (Pardo Núñez, 1994, pp. 1531).*



Siendo esto así, el enfoque económico sobre la utilidad de los registros, y de la calificación registral, puede analizarse desde 2 puntos de vista: uno macro – a partir de una política económica- y otro desde el punto de vista micro -desde los propios sujetos involucrados-, no habiendo una clara línea divisoria entre ambas.

Será necesario realizar en el presente capítulo un recuento de la historia de los registros y de la calificación, debiendo adelantar que en los distintos ordenamientos (incluso el nuestro) la publicidad inmobiliaria fue creada para la seguridad del crédito, a fin de crear riqueza que pudiera revalorar lo que la propiedad feudal había estancado.<sup>236</sup>

El régimen feudal, por ejemplo en España, dejó a la agricultura y a sus titulares con posibilidades escasas de obtener crédito, tomando en consideración los privilegios que existían a favor de determinados sectores.<sup>237</sup> En el Perú, igual situación sucedía, aumentando la desolación por las guerras contra España y Chile, las guerras civiles, y otros factores que hicieron que el Estado interviniera

---

<sup>236</sup> “Sin seguridad del crédito, efectivamente, ningún país crea riqueza, aunque puedan existir campesinos aislados que obtengan producciones para andar por casa y para su consumo familiar por las patatas que su campo produce. Pero eso no es crear riqueza en un sistema económico moderno, que precisa de la financiación a través del crédito y de la modernización de explotaciones.” (García García, 1994, p.2263).

<sup>237</sup> “El propósito confesado que guió a los redactores de la Ley Hipotecaria fue el de asentar en sólidas bases el crédito territorial: una finalidad de garantía. El que acude al Registro de la Propiedad a informarse sobre la situación jurídica de alguna finca sabe que los contenidos inscritos, porque se han calificado como válidos, se convierten, aunque de hecho no lo sean, en legítimos e inatacables frente a terceros de buena fe.” (Pardo Nuñez, Óp. cit., p.68).

desde una perspectiva macro tratando de promover soluciones inmediatas para la creación de riqueza a partir de los bienes inmobiliarios<sup>238</sup>.

Dichas intervenciones tuvieron efectos prácticos entre los particulares. Siendo que la autonomía privada es el sustento para la transacción entre los particulares, deberíamos llegar en términos de pareto (óptimo de pareto), a la situación en que todos mejoremos sin perjudicar a nadie. Sin embargo, ante lo utópico de dicha situación, Kaldor – Hicks nos señala que estaremos en una situación beneficiosa cuando existe un mayor beneficio social, incluso en desmedro del perjuicio que pueda ocasionar a alguno.

Esto claramente puede verse reflejado en la solución que planteamos frente a los supuestos de conflicto entre seguridad de derechos (estática) y la seguridad del tráfico (dinámica). Antes de darse la ley hipotecaria española, la iglesia, los terratenientes, fueron afectados – recuérdese la ley Madoz- por ciertas decisiones que propiciaron el mejor ambiente para el desarrollo de dicha norma. Esto podemos verlo reflejado en el artículo 2014 de nuestro Código Civil, mediante el cual los terceros no van a verse perjudicados por las patologías que existan entre el enajenante y adquirente anterior a su titularidad; siendo que si existe alguna anomalía se va a proteger su titularidad adquirida.

En suma, la seguridad del tráfico es una situación que produce mayor beneficio económico, en general que el perjuicio individual que eventualmente puede sufrir algún sujeto, el que en muchos de los casos será producto por su propia

---

<sup>238</sup> La protección de los terceros con el fin de poner en circulación las propiedades puede notarse en el considerando de la Ley de 1888 “*Que es necesario dar seguridades á los que contraten sobre las propiedades inmuebles*”.

negligencia al no acogerse a las reglas del sistema inmobiliario. (García García, Óp. cit., p.2264)

A propósito de determinar liminarmente los beneficios de nuestra opción es preciso de observar hasta qué punto se solucionan los problemas de costes de transacción partiendo de una organización centralizada. Dichos costos pueden enfocarse en la información, en los costes de vigilancia, en los costes de litigiosidad, entre otros.

Respecto a los costes de información debemos partir por el supuesto que la información es un bien, y como bien tiene un valor. En consecuencia, existen sujetos que cuentan con mayor y mejor información para la toma de decisiones, generando asimetría informativa. En este sentido, una de las funciones del registro es reducir dicha asimetría informativa, a fin de que los privados puedan tomar mejores decisiones. Stigler propone un ejemplo sobre búsqueda de información *“a que tiene que llegar un comprador de un bien para saber cuál es la oferta mejor que le puede interesar. Pero eso tiene un límite, pues con una multiplicidad de llamadas telefónicas se va produciendo un gasto y llega un momento que no le merece la pena buscar más información porque se aumentan los gastos.”* (García García, Óp. cit., p.2266)

Otro ejemplo que muestra la importancia de la búsqueda de la información lo sugiere Akerloff en su clásico *The Market for Lemons*, entendiendo a este como un bien apenas utilizable para el consumo. *“El mercado de limones parte del supuesto de un mercado falto de información y como son personas esporádicas las que acuden a él una vez, el empresario tiende a bajar la calidad del producto manteniendo el mismo precio.”*(García García, Óp. cit., p.2267)

Asimismo, puede plantearse el tema desde la perspectiva de un juego cooperativo, tomando el ejemplo del dilema del prisionero, siendo que si no hay instituciones que otorguen la información adecuada, y que protejan las reglas de juego, en un mercado inmobiliario clandestino, el oportunismo de los jugadores puede ser una variable, dejando de ser un juego cooperativo para pasar a uno de suma cero, es decir en el que uno gana y el otro pierde, lo cual deriva en una situación de costos de litigiosidad.

Por tanto, frente a una institución que no brinda las seguridades adecuadas<sup>239</sup> a los individuos, el costo se traslada a decisiones del ente judicial. El tema es complejo, toda vez que en nuestra realidad, una solución así buscaría encarecer aún más los costos de transacción, toda vez que el tiempo invertido y los gastos operativos serían externalidades negativas al mercado inmobiliario.

Adicionalmente a estos costos, un sistema inseguro tal cual el descrito, genera un coste de vigilancia, el cual se incrementa con el nivel de falsificaciones que tenemos en nuestro país.

Los registros públicos en el Perú ¿solucionan estos problemas? Consideramos que en parte. Un registro centralizado como el nuestro, desde sus inicios ha buscado promover el crédito territorial para aumentar la circulación de los bienes y el incremento de la riqueza.

---

<sup>239</sup> Esta afirmación también se puede dar para sistemas de seguridad preventiva, que son laxas en la calificación “A barreras de entrada menos exigentes corresponden efectos más débiles y – como demuestra el análisis de sistemas- la necesidad de recurrir a mecanismos complementarios (normalmente de mercado) para conseguir el nivel de seguridad minimamente aceptable. Dicho de otro modo, los déficit inherentes a todo sistema registral de efectos débiles son cubiertos por el mercado. Es decir, éste suele cubrir el gap entre los efectos requeridos y los producidos, en el caso de sistemas registrales de efectos débiles.” (Gómez Gállico, 1996, p.29).

Sin embargo, toda sociedad tiene sus particularidades, y la nuestra no es la excepción. El sistema de transferencia de propiedad en el Perú es declarativo, otorgando los efectos de la oponibilidad. En este sentido, parafraseando a BULLARD, la relación jurídica oponible se convierte en una carrera, donde la meta es llegar a alcanzar un signo de reconocibilidad constituido en mi favor.

Debe ganar el corredor más veloz, el que en la libre competencia imponga su condición sobre los otros. En la carrera poco importará que algunos de los corredores haya partido antes que los demás. Por el contrario, mayor será el mérito del triunfador si, conociendo esto, llega primero a la meta. Sólo habrá *injusticia* si es que quien llega en segundo lugar es declarado ganador por los jueces de la prueba sin expresión de causa. De la misma forma, poco importará quién llegó primero a conseguir la oponibilidad, logrado lo cual, colgarán de su cuello la medalla de la titularidad. Poco importa si el derrotado partió antes. Al contrario, eso es sólo una prueba de que el vencedor estaba mejor dotado y era un mejor deportista, o si queremos, un más eficiente maximizador. (Pizarro Aranguren, 1994, p.226).

Sin embargo, dicha opción- a nuestro criterio adecuada- no ha incentivado en forma total a los ciudadanos a tener sus bienes inscritos, ya sea por los costos que acarrea la formalización (De Soto, 2000, p. 46 y ss) o por la falta de difusión de las ventajas del sistema registral, lo cual debe ser materia de estudio profundo a fin de poder mejorar el actual estado de la cuestión.

### 3.2 FUNDAMENTO

Siendo que nuestros registros se adhieren a un sistema de seguridad preventiva,<sup>240</sup> el cual se sostiene en la labor de un especialista del derecho que despliega su labor en un registro de tipo jurídico. Dicho profesional tiene la misión de estudiar –calificar- los títulos a fin de otorgar una adecuada publicidad a fin de que los terceros<sup>241</sup> -el fundamento de su labor- se vean protegidos ante posibles eventualidades que cuestionen su adquisición.

¿Cuál es la garantía de una adecuada calificación? La garantía sin duda es la responsabilidad<sup>242</sup> a la que está sujeto el registrador frente a la confección del asiento registral.<sup>243</sup>

En este sentido, nosotros partimos de las siguientes premisas: el registro nació en función de la tutela de terceros. Siento esto así, el fundamento de la calificación es -en el fondo- la protección de los terceros mediante una diligente

---

<sup>240</sup> “No se trata de demostrar, por ser bien conocido, que el sistema español de seguridad jurídica es mucho menos costoso que los demás sistemas de seguridad preventiva, sino de explicar cómo desde un punto de vista económico la mayor movilización de capital sólo se consigue en sistemas rigurosos de publicidad inmobiliaria, que impidan publicaciones contradictorias, y que protejan decididamente la inscripción practicada.” (Gómez Gállego, Óp. cit., p.45).

<sup>241</sup> “En resumen, a través de la calificación, y su compañera inseparable la responsabilidad, el sistema consigue hacer presentes en el procedimiento, de forma elegante e ingeniosa, los intereses de los terceros, necesariamente ausentes, incluso de los futuros e indeterminados.” (Pardo Nuñez, Óp. cit., p.72).

<sup>242</sup> “El Registrador, defensor ex lege de los terceros, debe, en la hipótesis legal, ser un ciudadano vigilante del proceso de inscripción por la cuenta que le puede traer. Juega ahora una ecuación de sentido inverso a la que formulamos para el sistema alemán aunque responda al mismo principio: una vez practicado el asiento porque falta el recurso, opera la responsabilidad. Todo ello dota al sistema de agilidad sin merma de su garantía.” (Pardo Nuñez, Óp. cit., p.72).

<sup>243</sup> (Méndez González, 1996, p.32).

labor la cual les permita tomar mejores decisiones. Dependiendo del sistema adoptado, dicha calificación puede otorgar efectos débiles y fuertes, de los cuales dependerá el grado de responsabilidad a que está sujeto el registrador.

#### **4. LA CALIFICACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**

La extinción del imperio romano va de la mano con el origen del feudalismo, el cual en sus orígenes consiste en un contrato por el cual los soberanos y los grandes señores ceden tierras en calidad usufructo a cambio del pago de tributos y prestación de servicios.

La concentración de la propiedad en pocas manos fue un efecto inmediato del feudalismo, teniendo como fuente de producción “violenta” las guerras que sostienen los terratenientes por las cuales los vencedores se anexaban los territorios de los vencidos. Otra fuente de producción de tipo “pacífica” fueron las entregas voluntarias de los propietario a favor del señor feudal a cambio protección.

Consecuencia inmediata de la amplitud de los terrenos de los señores feudales fue la disminución de producción de cultivo y el gran porcentaje de terreno inculto. Es decir, económicamente el sistema feudal fue poco efectivo para la generación de riqueza.

A partir de estas ideas, a continuación desarrollaremos una revisión por aquellas legislaciones que han sido fuente de nuestro ordenamiento, tanto en materia civil y para ser más preciso en sede hipotecaria. En ese sentido,

empezaremos describiendo lo sucedido en Alemania con alguna referencia al régimen prusiano, luego el *Code* de Napoleón, el *Codice* italiano y finalmente al Código Español.

A diferencia de la primera parte, en estos ordenamientos la propiedad – en sus diversos aspectos – parten generalmente de perspectivas individuales, la publicidad es común a todos ellos, diferenciándose en los efectos, la figura del registro público es desarrollada a partir del derecho privado.

En ese sentido, la idea de propiedad y su transmisión la tomaremos de lo definido por su ordenamiento civil, la publicidad la estudiaremos tomando en consideración la parte histórica de cada uno de los ordenamientos para luego analizar los efectos que le da cada uno, para finalmente determinar la importancia los alcances de la calificación.

#### **4.1 ALEMANIA**

Con el decaimiento progresivo del denominado imperio romano, se da en Alemania –y en toda Europa- la opción de revalorar lo nacional, produciéndose la regulación de las normas a partir de las costumbres particulares de los pueblos en lo que algunos denominaron el derecho vulgar. Muestra de ello es el cambio del principio de la personalidad (vigencia según adscripción personal) (estirpe) a criterios de territorialidad<sup>244</sup>.

---

<sup>244</sup> Derecho local.



Asimismo, se vio modificada la concepción de la propiedad. El régimen feudal hizo que hubiera una segregación entre lo que se denominó dominio directo (señor feudal) y dominio útil (vasallo). (Evangelio Llorca, 2000, p.1823). Sin embargo, en la era de la revolución industrial dicha concepción cambió en la segunda mitad del siglo XVIII, producto de la influencia de la escuela racionalista del derecho natural, la cual denotaba a dicha institución como un derecho absoluto con excepcionales limitaciones establecidas por ley.

La transmisión en sus inicios se basaba en la *Gewere* –investidura- la cual revelaba que el adquirente de la cosa se *investía* con ella al verificarse la transmisión. Dicho concepto evolucionó hasta representar la exteriorización adecuada de la relación jurídica formalmente protegida por el derecho, lo que en verdad es ya una definición de publicidad. Dentro de *Gewere* se advierten dos extremos: todo derecho de dominio supone una exteriorización; y de otro lado, toda exteriorización implica efectos jurídicos que influyen sobre el derecho mismo exteriorizado. Se daban pues dos momentos: el contrato real en primer término y luego la *Gewere* propiamente dicha. Dentro de ésta, la investidura, y luego el abandono de la cosa por el enajenante, lo que se denominó *Auflassung*. (Avendaño Valdez, 1960, p.103).

En lo concerniente a los registros, algunos autores señalan que tienen su origen en las listas públicas de transacciones importantes que se compilan desde el siglo XII en Colonia y otras ciudades, la cuales luego de pasar por un proceso de especialización sucesiva, acabaron por transformarse en registros, provistos de publica fe, respecto de las ventas de fincas y de las hipotecas. (Julius Wolf, Hans, Óp. cit., p.289). Otros precisan, siguiendo a Richter, Bengel y Simmerding que propiamente el verdadero antecedente moderno del Registro

debe situarse en München en 1484, año en el cual se instala el sistema de folio real. (Pau Pedrón, Óp. cit., p.953).<sup>245</sup>

No obstante lo mencionado, siguiendo el decurso histórico alemán, debe tenerse en cuenta que como característica del Derecho Medieval en sus inicios es la ausencia acusada de conceptos instrumentales al igual que de una unidad sistemática (Molitor y Schlosser, 1980. p.16).

Frente a dicha situación surge el fenómeno de la recepción, el cual debilitó al derecho público, teniendo influencia en el derecho de los contratos y obligaciones, mas no en esa magnitud en el derecho de las cosas. Dicho fenómeno consistía en la aceptación y asimilación del Derecho Romano, distinguiéndose 2 momentos: la *Vorrezeption* - pre-recepción - y la *Hauptrezeption* -recepción principal-, o con mayor exactitud, *recepción teórica* y *recepción práctica*.

Efectivamente: la primera recepción, ya en el siglo XI, es meramente teórica, llega al pensamiento de los juristas alemanes a través de los glosadores, pero no llega al Derecho positivo. La segunda recepción en el siglo XVI, tiene ya una importancia práctica, llega a los alemanes a través de los postglosadores, y cristaliza en normas jurídicas. Además, un hecho fundamental hace que esta segunda recepción tenga una dimensión trascendental: la creación, en 1495, del *Reichkammergericht*, que nació con el designio de juzgar sobre la base del Derecho romano. (Pau Pedrón, Óp. cit., p. 954).

---

<sup>245</sup> No obstante esto, dicho autor también señala como antecedentes los libros territoriales de Colonia (1135), los de Magdeburgo (1215), Lübeck (1227), Hamburgo (1270), Dortmund (1332), entre otros.

Adicionalmente, algunos autores como MOLITOR y SCHLOSSER, indican que la recepción fue el tránsito de la edad media a la edad moderna “*Sintetizando en una visión de conjunto se puede apreciar como la recepción determina en toda Europa un amplio desarrollo del viejo derecho local, nacional, que había llegado a quedarse petrificado. El préstamo que hacen al Derecho romano se hizo imprescindible. La recepción correspondió al tránsito paulatino del pensamiento medieval al de la Edad Moderna, que en los dominios del Derecho supone la asimilación del Derecho sabio con una consciente rapidez, que incluso puede percibirse desde el ámbito externo.*” (Molitor y Schlosser, Óp. cit., p.39).

A mitad del siglo XVII surge el movimiento reformista del humanismo del renacimiento y a la vez la denominada *Aufklärung* (Ilustración). Posteriormente en los siglos XVIII-XIX se da inicio a las grandes codificaciones territoriales, como en Baviera (tomando el sistema de las instituciones romanas: personas, cosas, herencia y obligaciones), Prusia (Influencia del *Aufklärung* y el Derecho natural, teniendo como resultado *Allgemeines Gesetzbuch für die PreuBischen Staaten* (AGB) (Código General para los Estados Prusianos) (1791) el cual entró en vigencia en 1794 como “*Allgemeines Landrecht*” (ALR)) (Molitor y Schlosser, Ídem, p.69).

Dicha tendencia a la codificación apoyada por estudiosos como Thibaut (1772 – 1840) fue tenazmente criticada por autores como Friedrich Carl Von Savigny (1779 – 1861). Este autor en clara oposición al derecho funda la llamada escuela histórica del Derecho *Historische Schule der Rechtswissenschaft* la cual rechazaba la revolución francesa y sus fundamentos de *Aufklärung*, partiendo de la conciencia común del pueblo fundándose en su legitimación histórica. (Molitor y Schlosser, Hans, Ídem, p.84).

Posteriormente Christian Wolf habla de la pirámide de conceptos del derecho natural, Puchta (1798 – 1846) desarrolla su genealogía de conceptos<sup>246</sup> y Ihering postula su jurisprudencia de intereses.

Con la Constitución de Confederación de Alemania del Norte (1866 – 1867) y el Imperio Alemán (1871) se facilitó la labor de codificación. *“El 14 de julio de 1896 el Consejo federal (Bundersrat) prestaba su aquiescencia. El Kaiser ratificaba la ley el 18 de agosto, aniversario de la batalla de Gravelotte; el 24 de agosto se promulgaba en el Boletín Oficial del Reich. El primero de enero de 1900 debía entrar en vigor como “Bürgerliches Gesetzbuch” (BGB).*

En este sentido, la pandectística alemana del siglo XIX introduce un cambio fundamental. La propiedad adquiere un significado predominantemente económico, y se convierte en una categoría abstracta y general que confiere a su titular un valor absoluto sobre la cosa concreta que recae, que no puede ser más que una cosa corporal. En esta línea, Windscheid defendía que la propiedad no es la suma de singulares facultades, sino la plenitud del derecho sobre la cosa, y las facultades son manifestaciones exteriores de la misma. La propiedad como tal es ilimitada, pero admite *restricciones*, que consisten en que, mediante un *especial hecho jurídico*, se sustraen una o varias de la totalidad de relaciones que la forman. (Windscheid, Óp. cit., p.1826). Todo esto fue recogido en el párrafo 903 del BGB, según el cual *“el propietario de una cosa puede, en cuanto no se oponga a la Ley y a los derechos de un tercero, proceder con ella a su libre albedrío y sustraerla a la acción de los demás”*. Entonces, dada la libertad del concepto había que evitar la sensación de que el propietario tenía que usar su cosa ateniéndose a unas reglas determinadas o,

---

<sup>246</sup> *“La “genealogía de los conceptos” indica, por tanto, que el concepto supremo, del que son derivados todos los demás, codetermina con su contenido todos los restantes.”* (Larenz, 2001, p.42).

incluso, que estuviera en absoluto obligado a hacer uso de ella, por lo que formaba parte de la libertad del propietario que el legislador no pudiese ponerle trabas. (Hattenhauer, 1992, 627).

De otro lado, en Alemania respecto a la transmisión de los bienes inmuebles se ha instaurado y difundido el denominado sistema abstracto. En síntesis se señala que existe un negocio de carácter obligacional (§313 BGB tiene como formalidad la escritura pública) (Martínez Velencoso, 2000, p. 669)<sup>247</sup>, luego del cual existe el consentimiento material o acuerdo abstracto traslativo (EININUNG) (§925 BGB), el cual luego se materializará mediante la inscripción en el registro. En suma, existe un negocio causal, uno de carácter real y la inscripción, siendo que las vicisitudes que afecten al primero no influyen en el desenvolvimiento de los demás.

En lo referente a la calificación, en principio, es menor porque no debiera calificar la validez del acto causal, (Pau Pedrón, 1994, pp. 2207, 2208). sin embargo, se amplía en la medida que rige el principio del consentimiento formal (Pau Pedrón, Óp cit., p. 976-977) por el cual el registrador debe notificar a los posibles afectados (Vidal Francés, Óp. cit., pp.282, 283.). Según lo manifestado, en principio se califica solamente el acuerdo real (Pau Pedrón, Óp. cit., p. 982-983) y luego, previa notificación, se procede a la inscripción.

Esto tiene incidencia directa con el tema de responsabilidad –que analizaremos más adelante- dado que el poner en conocimiento a los posibles perjudicados los inhabilitaría para accionar por responsabilidad civil dado que tuvieron la posibilidad de impugnar. En ese sentido “*donde hay recurso, no hay responsabilidad*” (Pardo Nuñez, Óp. cit., pp.64-65).

---

<sup>247</sup> (El término Vormerkung es semejante a nuestra anotación preventiva aunque con ciertas prerrogativas adicionales como que genera un derecho de garantía).

Finalmente, a manera de comparación, puede mencionarse que el sistema alemán tiene una calificación menos amplia –a pesar de tener el mismo sistema constitutivo- que el sistema suizo, pero cuyo sistema de transmisión se aleja del abstracto, por lo que existe vinculación entre el negocio obligacional y el acuerdo real de transferencia. (Vidal Francés, Óp. cit., p.283).

## 4.2 ESPAÑA

Nuestra legislación registral históricamente es tributaria en mayor medida de la ley hipotecaria española, la cual producto de las necesidades de su tiempo, buscó otorgar –entre otros fines- dinamismo al crédito a fin de aumentar las inversiones, y poder salir de la crisis económica reinante por sistemas de propiedad desfasados propios del antiguo régimen. (Beltrán Fustero, 1962, p.348).

En cuanto a nosotros, al ser colonia española durante varios siglos, la influencia en diversas materias fue grande, por lo que para entender parte de nuestra realidad registral, hay que tomar en consideración lo ocurrido en la península ibérica con el objetivo de demarcar las semejanzas – y diferencias – de nuestra institución registral (y la calificación<sup>248</sup>) con la de dicho país.

---

<sup>248</sup> En ese sentido, está difundido en doctrina que propiamente la calificación registral nació (tal como la entendemos ahora) con la legislación hipotecaria de 1861 íntimamente ligada a la publicidad y la especialidad.

En España, antecedentes remotos de la publicidad se encuentran en la *robración* (García García, Óp. cit., p. 163), *los pregones* o *anuncios*<sup>249</sup>, y las denominadas *publicaciones en los registros*<sup>250</sup>. Luego, como antecedentes más cercanos se encuentran la pragmática de Carlos I 1539- la que crea el primer registro de España (García García, Óp.cit., p. 167) - y la pragmática de 1768, la cual desarrolla la anterior.

La pragmática de 1539 se otorga en un periodo de prosperidad, en el cual existe desarrollo de la agricultura, ganadería, industria y comercio. Téngase en cuenta además que en ese periodo se realizó el Descubrimiento de América el cual llevó a un acuñamiento de riquezas por parte de los españoles.

Uno de los primeros registros fue el creado en Flandes (1538) el cual se limitaba a los censos de tributos e hipotecas, y que tenía el inconveniente que al ser de origen popular sólo se aplicaba a los reinos de Castilla, y no a Aragón ni Navarra.

Los efectos de dicho registro están dados por *hacer fe* de lo inscrito frente a lo no inscrito. (García García, Óp.cit., p. 168). Siendo esto así, se percibe que dicho *hacer fe* no alcanza a la transferencia de dominio ni a otros derechos reales. De igual manera, los problemas que generan las hipotecas generales y ocultas no son solucionadas por dicha pragmática.

---

<sup>249</sup> “En el Fuero General de Navarra esta publicación de las ventas parece dirigida más bien a los efectos de posibilitar el ejercicio del retracto gentilicio. Las ventas se publican por medio de pregones durante tres domingos consecutivos a los indicados efectos que se acaban de señalar.” (García García, Óp.cit., p. 164).

<sup>250</sup> Galindo y Escosura, citado en (García García, Óp.cit., p. 164).

Si bien detrás de dicha pragmática hubo la intención de solucionar algunos problemas, siendo insuficiente, hubieron factores exógenos que coadyuvaron a la ineficacia de dicha norma, como la falta de medidas de ejecución, la lenta –y en algunos casos nula- adopción por parte de las comunidades de dichas reglas, las trabas interpuestas por influencia de personas con alto poder con deudas.

Ante el incumplimiento de la pragmática de 1539, se dio la pragmática de Carlos III 1768. Dicha norma creó los oficios de hipotecas – que luego devinieron en las llamadas contadurías- mediante la cual se tomaba razón (García García, *Óp.cit.*, p. 174) de las fianzas, escrituras de mayorazgo, transferencia de dominio con cargas, entre otras. No obstante esto, la hipotecas generales continuaron, y no existieron criterios de prioridad o prelación (Gómez Gáligo, *Óp.cit.*, p.186).

No obstante los intentos antes señalados, la realidad de un sistema como el antiguo régimen en el cual no existía certidumbre en el dominio (Álvarez Caperochipi, 1995, p.5) ni en sus transmisiones (Álvarez Caperochipi, *Ídem.*, p.2) (la prueba de la propiedad era insatisfactoria), el crédito territorial estaba estancado, existía la usura y el estelionato, existían privilegios como las vinculaciones, mayorazgos, censos, capellanías amortizaciones de la propiedad inmueble, -de lo cual puede señalarse a manera de ejemplo las preferencias y el poder que ostentaba la iglesia católica (Beltrán Fustero, Luis, *Óp. cit.*, p.346) - , entre otras cosas; los cuales no permitían el desarrollo de la sociedad ante las nuevas situaciones como la revolución industrial.



Lamentablemente, esta difícil realidad de un sistema inviable se topó con la invasión francesa<sup>251</sup>, la cual fue la justificación de los conservadores (Josep Fontana, 1979, p.26) para evitar el cambio de régimen. Luego de la restauración de la soberanía a los españoles, los terratenientes feudales reconocieron que el viejo orden no podía ser restaurado, y que era necesario un cambio total de régimen (Josep Fontana, Óp. cit., p.26) (De los Mozos, Óp. cit., 640).

En este sentido se buscó realizar el cambio aprovechando el aumento demográfico, la expansión económica del fomento del crédito y de bienes, la creación del ferrocarril y la desamortización de bienes<sup>252</sup>, todo en busca de la seguridad jurídica, o en todo caso de una estructura jurídica más eficaz.

En este sentido, uno de los instrumentos que iban a favorecer este cambio era la dación de una norma que regule la materia hipotecaria y las transmisiones de dominio. En función de todo lo brevemente reseñado se dio en sus primeras fases el proyecto de Código civil de 1836 (García García, Óp. cit., p. 183), luego el proyecto de Ley de Bases de 1843: Las Bases 50, 51 y 52 (García García,

---

<sup>251</sup> La invasión Napoleónica se produjo en 1808, la cual propagó los principios que contiene la Declaración de los Derechos del Hombre, cuya influencia se extendió hasta las Colonias de Hispano – América.

<sup>252</sup> *“El Registro de la Propiedad –dice- supone un esfuerzo de la clase burguesa liberal del siglo XIX por rodear sus bienes inmobiliarios de garantías de defensa y delata una inequívoca mala conciencia social... Cuando una clase llega al poder se apresura lógicamente a firmar su dominio económico, despojando a los otros grupos. Tal fue, en general, el comportamiento de los burgueses del siglo XIX a través fundamentalmente de las leyes desamortizadoras...”* Posición de NIETO citado por (Gallego Del Campo, Óp. cit., p.623). En otro sentido se expresan GARCÍA SANZ y ARTOLA, *“En consecuencia, si se concibe el Registro de la Propiedad como una institución ligada a las nuevas formas de propiedad territorial, su origen no puede hacerse depender, ni exclusiva ni fundamentalmente, de la legislación desamortizadora, cuyo papel en la gestación del nuevo modelo inmobiliario es solamente parcial y fragmentario. Entenderlo de otro modo equivale a incurrir en un reduccionismo arbitrario.”* (Gallego Del Campo, Óp. cit., p.638).

Óp. cit., pp. 186-187). Se propuso también tiempo después el anteproyecto de los títulos de hipotecas y registro dentro del Código civil de 1848<sup>253</sup>. Posteriormente, se estableció el proyecto de Código Civil de 1851 el cual fue influenciado por el Code de Napoleón, pero que en materia hipotecaria siguió lo germano - por ejemplo en la prioridad, tracto sucesivo, titulación auténtica, legitimidad (García García, Óp.cit., p. 193), así como la función del tenedor del registro (García García, Óp. cit., pp. 192-193).

Luego, ante los fracasos de la “cuestión foral” se inicia la fase de elaboración de la Ley Hipotecaria como Ley especial, mediante el Real Decreto de 8/8/1855 que creó la Comisión para redactar la Ley Hipotecaria y el Proyecto de Ley de Bases 1857 y su modificación en 1858.

La ley hipotecaria española de 1861 es producto de la influencia de las legislaciones de la época<sup>254</sup>, y de su propia originalidad (García García, Óp. cit., p. 197). En ese sentido, recoge el principio de especialidad, y la publicidad (influencia alemana) en desmedro de las hipotecas tácitas y generales, la inscripción de hipoteca es oponible a terceros, la introducción de los llamados terceros latino y germánico, y también recoge en forma explícita (aunque no tan clara) los alcances de la calificación.

---

<sup>253</sup> Dicho anteproyecto da lugar al concepto de tercero, se regula que en materia de hipotecas y transmisión de dominio el registro es constitutivo sólo frente a terceros. (lo cual nosotros entendemos como inoponibles). Se ratificó la especialidad y publicidad de hipotecas sin excepciones. Se estableció la legalidad, en función de la titulación auténtica y la calificación.

<sup>254</sup> Muestra de ello están la Ordenanza de Federico II del 10.12.1783 y el Código Civil o Landrecht prusiano de 1794, la Ley de Hipotecas de Sajonia del 6.11.1843, la Ley de Hipoteca de Lubeck del 6.6.1813, la Ley de Hipotecas de Mecklemburgo-Scwerin-Strelitz (1830), la Ley de Baviera de 1.6.1822, la Ley Hipotecaria de Grecia de 11.8.1836, el proyecto ginebrino de 1827, la Ley Belga de 1851, la Ley de Transcripciones francesa de 1855.

En ese sentido el artículo 18<sup>255</sup> de la Ley limita la evaluación a la “legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras” y a la “capacidad de los otorgantes”, siendo que debe ser interpretado en conjunto con el artículo 65<sup>256</sup> (el cual luego es reglamentado por el artículo 57 del Reglamento Hipotecario<sup>257</sup>), haciéndose extensiva la calificación de la validez de los títulos. (García García, Óp. cit., p. 204).

BIENVENIDO OLIVER, uno de los más prolijos estudiosos del derecho hipotecario en España, ha sostenido que *“tienen la facultad para calificar la legalidad de todos los títulos o documentos que se presenten en el Registro, sin distinción alguna, ya estén autorizados por Notario, ya por cualquier otro funcionario público del orden administrativo o judicial, tanto en lo relativo a las formas extrínsecas de dichos documentos, como al contenido de los mismos, (...).”* El subrayado es nuestro. (Pau Pedrón, 1997, p.59) Se puede observar la interpretación de la calificación se extiende tanto al fondo como a la forma de los documentos inscribibles.

---

<sup>255</sup> Artículo 18 de la Ley Hipotecaria de 1861. *“Los registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras, en cuya virtud se solicite la inscripción y la capacidad de los otorgantes, por lo que resulte de las mismas escrituras.”* (El subrayado es nuestro).

<sup>256</sup> Artículo 65 de la Ley hipotecaria española: *“Serán faltas subsanables en los títulos presentados a inscripción para el efecto de anotarlos preventivamente, las que afecten a la validez del mismo título, sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida. Serán faltas no subsanables que impidan la anotación, las que produzcan necesariamente aquella nulidad.”* (El subrayado es nuestro).

<sup>257</sup> Artículo 57 del Reglamento hipotecario del 21.6.1861: *“Para distinguir las faltas subsanables de las que no lo sean y hacer o no en su consecuencia una anotación preventiva, según lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la Ley, atenderá el registrador a la validez de la obligación consignada en el título. Si ésta fuera nula por su naturaleza, condiciones, calidad de las personas que la otorguen u otra causa semejante, independiente de la forma extrínseca, se considerará la falta como no subsanable. Si la obligación fuese válida, atendidas las circunstancias dichas, y el vicio o defecto estuviere tan sólo en el documento que las contenga, y que se pueda reformar o extender de nuevo a voluntad de los interesados en la inscripción se tendrá por no subsanable la falta.”* (El subrayado es nuestro).

No obstante las bondades de dicha norma, hubo muchas dificultades para su aplicación, por la difícil adopción de la norma por parte de la sociedad en su conjunto, el miedo de los registradores a inscribir títulos defectuosos o con visos de defectos a fin de evitar responsabilidades, los defectos de los títulos anteriores a la Ley de 1861.<sup>258</sup>

Por esto se busca facilitar la inscripción de títulos, fortalecer el crédito territorial, potenciar efectos de la inscripción. En búsqueda de su adaptación al Código Civil de 1889<sup>259</sup> se da la reforma hipotecaria de 1909.

En dicha reforma se une el antiguo artículo 18 con el artículo 65<sup>260</sup>, siendo que dicho artículo recogió luego de la reforma<sup>261</sup> la distinción entre faltas

---

<sup>258</sup> “Las dificultades de aplicación de la Ley Hipotecaria de 1861, al ser tan diferente el sistema introducido, produjeron un auténtico caos. Muchos propietarios no pudieron inscribir sus títulos en el plazo que la Ley señalaba. Por otra parte, se presentaban títulos defectuosos, y los Registradores de aquella época, para evitar responsabilidades, rechazaban la inscripción de los mismos o la paralizaban. La escasa superficie de las fincas en algunas regiones, como en Galicia, fundamentalmente, por la excesiva subdivisión del suelo impedía la inscripción de muchas de ellas). En fin, los títulos anteriores a la Ley de 1861 planteaban una serie de problemas en cuanto a sus requisitos y efectos.” (García García, Óp. cit., p. 208).

<sup>259</sup> Debemos señalar que dicho ordenamiento influido por el Code señala en su artículo 348.-

“La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.” No obstante esta semejanza, el ordenamiento civil español marcó distancia del Code en diferentes aspectos, entre los que se encuentra el tipo de publicidad, el tipo de registro y los principios que lo motivan. En este sentido, el ordenamiento civil español, en el tema de propiedad, tiene una relación de dependencia intensa con la legislación hipotecaria.

<sup>260</sup> Art. 18.- Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de las obligaciones de las escrituras públicas, por lo que resulte de las mismas, a los efectos del artículo 65 de esta Ley. (El subrayado es nuestro).

<sup>261</sup> Art. 65. Serán faltas subsanables las que afecten a la validez del mismo título sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida. Si el título contuviera alguna de

subsanales e insubanales. Además se precisó que la calificación se refería a “documentos de toda clase”.<sup>262</sup>

Finalmente se dio la reforma hipotecaria de 1944 -1946 toda vez que gran parte de las propiedades se encontraban fuera de registros, así como surgieron nuevas figuras que son útiles para el fomento del crédito territorial.

En dicha reforma se estableció que la calificación abarca “la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase” “la capacidad de los otorgantes” “la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas”<sup>263</sup> determinando si es una falta subsanales o no revisando el contenido, las formas y solemnidades del título.<sup>264</sup>

---

*estas faltas, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá anotación preventiva si la solicita el que presentó el título. Serán faltas no subsanales las que produzcan necesariamente la nulidad de la obligación. En el caso de contener el título alguna falta de esta clase se denegará la inscripción sin poder verificarse la anotación preventiva. (El subrayado es nuestro).*

<sup>262</sup> Asimismo, debe señalarse en el reglamento hipotecario de 6/8/1915 existen variaciones del reglamento anterior. “(...) Respecto a la calificación registral, se hace una regulación diferente de la que marcaba el Reglamento anterior, respecto al recurso gubernativo contra la calificación. Se indican además unas orientaciones sobre la distinción entre faltas subsanales e insubanales y que regula el recurso de queja del Registrador ante apremio de Jueces y Tribunales para practicar un asiento improcedente a juicio del Registrador (art. 148 del Reglamento, precedente del actual art. 136).” (García García, Óp. cit., p. 261).

<sup>263</sup> Art. 18.- *Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.*

Art. 98.- *El Registrador considerará, conforme a lo prescrito en el artículo 18 de la Ley, como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud, se solicite la inscripción, las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos, siempre que resulten del texto de dichos documentos o puedan conocerse por la simple inspección de ellos.*

En conclusión podemos señalar que la Ley hipotecaria surge como instrumento en función de solucionar problemas que España vive en un sistema basado en privilegios en el cual la propiedad estaba inmóvil, siendo beneficiados los grandes señores feudales o instituciones que gozaban de prerrogativas.

Se desea un cambio en el sistema económico frente a la descapitalización de la tierra, siendo este iniciado durante el trienio liberal (1820-1823) con las leyes de desamortización.

La propiedad feudal es materia de cambio por la concepción de propiedad privada la cual es influida por el Code Francés. Sin embargo, el sistema de transferencia de titularidad adoptado es el denominado de doble causa (Art. 609 1095 Cc), mediante el cual la transferencia se realizará con la conjunción de dos hechos jurídicos denominados título y modo.

Así pues, dicho sistema causalista tiene influencia en la calificación registral toda vez que requiere se extienda no sólo a la calificación de lo extrínseco, sino también al contenido del negocio jurídico. En ese sentido, la calificación es más

---

*Del mismo modo apreciará la no expresión, o la expresión sin la claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad.*

<sup>264</sup> Art. 65.- Las faltas de los títulos sujetos a inscripción pueden ser subsanables o insubsanables. *Si el título tuviera alguna falta subsanable, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá anotación preventiva cuando la solicite el que presentó el título.*

*En el caso de contener alguna falta insubsanable se denegará la inscripción, sin poder hacerse la anotación preventiva.*

Para distinguir las faltas subsanables de las insubsanables y extender o no, en su consecuencia, la anotación preventiva a que se refiere este artículo, atenderá el Registrador tanto al contenido como a las formas y solemnidades del título y a los asientos del Registro con él relacionados.

amplia que -por ejemplo- el sistema alemán, el cual al ser abstracto, no debe evaluarse el negocio causal.

## 5. ANTECEDENTES EN EL PERÚ

En la búsqueda de antecedentes de la propiedad en el Perú antes de la conquista, podemos encontrar en el ayllu una forma primigenia de ocupación y explotación de la tierra (Pardo Márquez, 1966, p.8). Luego, en el régimen incaico, el ejercicio del gobierno se basaba en un poder teocrático y paternal, mediante el cual distribuía las tierras de cultivo de acuerdo con las necesidades de la familia.<sup>265</sup>

Posteriormente, con la conquista española de los pueblos de esta parte del continente, se concedieron las llamadas “capitulaciones” a los conquistadores, autorizándose establecer las *encomiendas*.<sup>266</sup> A la muerte de Pizarro, el Rey de España tomó la administración directa de las colonias nombrando a sus representantes *virreyes*, lo cual conllevó a la importación de sus sistemas e instituciones.<sup>267</sup> Un ejemplo de ello fue la imposición a todas las Colonias de

---

<sup>265</sup> Al nacimiento de un hijo varón correspondía un topo, y el de una mujer le correspondía medio topo.

<sup>266</sup> Las encomiendas consistían en el reparto de tierras con 300 indios para que prestaran servicios a los beneficiarios de los fundos, quienes a su vez asumían las obligaciones de instruirlos en la fe cristiana y prestar servicio militar al monarca cuando era requerido.

<sup>267</sup> En ese sentido "el primer libro de Registro de inscripciones de censos y tributos que gravaban la propiedad rústica y urbana de Lima, se mandó abrir en cumplimiento de la provisión real de la Audiencia de Lima de 3 de abril de 1565 y en aplicación de la Real Carta Orden expedida por el Rey Don Felipe u, derivada de los dos capítulos de las Cortes de Madrid de 1528 y de Toledo de 1539 (Cfr. *Novísima Recopilación de las Leyes de España mandada formar por el Señor Don Carlos IV. Ley II. Título XV, Libro X, y Ley I, Título XVI, Libro X. Madrid, 1805 -Edición facsimilar. Boletín Oficial del Estado. Tomo V. Madrid, 1976, pp. 76, 77 y 105). El primer asiento del libro está fechado el 2 de mayo de 1575, autorizado por el Escribano de Cabildo don Juan Gutiérrez, y el último llega a septiembre de 1600" (Cárdenas Quirós, 2000, pp. 16-17).*

América -mediante las Reales Cédulas de 8.5.1778 y 16.4.1783- la Pragmática del Rey Don Carlos III de 1768 la cual crea los *Oficios de Hipotecas*.<sup>268</sup>

Producida la independencia las normas españolas en materia registral continuaron aplicándose tomando en consideración que el Estatuto Provisional del General Don José de San Martín señalaba que quedaban con toda su fuerza y vigor las leyes españolas que no se opusieran a los principios independentistas.<sup>269</sup>

Después, en 1835, el Proyecto de Código Civil de don Manuel Lorenzo de Vidaurre se limitó a regular las cargas y gravámenes y no así las transmisiones inmobiliarias, siendo sin embargo considerado por algunos el primer ensayo individual de una legislación nacional de orden privado. (Perez Bonany, Alfonso, 1964, p.62).

En el gobierno de José Rufino Echenique se promulgó el Código Civil de 1852<sup>270</sup> el cual creó el oficio de hipotecas a cargo del escribano público el cual

---

<sup>268</sup> Tal como hemos indicado líneas arriba dicha pragmática si bien reglamentó la creada en 1539 en la práctica no funcionó en España, no siendo distinto en el Perú colonial, ya sea por las deficiencias de la propia normativa o por una indebida aplicación. Muestra gráfica de ello nos relata RICARDO PALMA "*Después de dar cuenta de la cédula en el Real Acuerdo, poníase sobre su puntales, cogía el papel o pergamino que la contenía, lo besaba si en antojo le venía, y luego, elevándolo a la altura de la cabeza, decía con voz robusta: Acato y no cumplo.*" (Palma, Ricardo, 1968, p.637).

<sup>269</sup> Esto se vio reflejado en el artículo 121° de la Constitución de 1823 que señalaba que las leyes anteriores a la misma, que no se opongan al sistema de independencia y a sus principios, se mantienen vigentes hasta la organización de los Códigos Civil, Criminal, Militar y de Comercio. Art. 121.- *Todas las leyes anteriores a esta Constitución, que no se opongan al sistema de la independencia, y a los principios que aquí se establecen, quedan en su vigor y fuerza hasta la organización de los Códigos civil, criminal, militar y de comercio.*

<sup>270</sup> Dicha norma fue afín al Code Francés el cual, por ejemplo, define la propiedad como "el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta sin más limitación que las



registraba las hipotecas sobre bienes situados en su respectivo departamento llevando un libro en el cual se tomaba razón de las hipotecas. La *calificación en estos libros*, al igual que en las normas precedentes, es mínima toda vez que sólo se limitaba a la verificación de las cargas y gravámenes, no así a la verificación de la validez del acto constitutivo de la obligación principal.

En este sentido, dicho articulado de normas no propició el aumento del crédito territorial ni impulsó el tráfico inmobiliario, los cuales habían entrado en crisis debido, entre otras cosas, a la guerra con España.<sup>271</sup> Frente a dicha realidad, se presentaron proyectos que buscaron paliar la situación. El Dr. Francisco García Calderón presentó un proyecto sobre el Banco de Crédito Territorial Hipotecario (Bustamante y Rivero, 1946, pág. 21 y 22) y Don José Félix Arias presentó el Proyecto de Banco Agrícola. Todo esto, en parte, se plasmó por obra de Don Mariano Ignacio Prado al expedir el Decreto Supremo de 31.1.1866 el cual fue ratificado por el Congreso Nacional el 28.1.1869 estableciendo el Banco de Crédito Hipotecario.

En ese sentido GARCÍA CALDERÓN analiza el contexto peruano de la época señalando: “(...) *El territorio de la República fue ocupado repetidas veces alternativa y sucesivamente por el ejército español y por el independiente; y cuando esta guerra terminó, principió la cadena de guerras civiles y de*

---

impuestas en las leyes y reglamentos en el Code, es similar – no igual- en nuestro código de 1852 “*La propiedad o dominio es el derecho a gozar y disponer de las cosas*”.

<sup>271</sup> Muestra de esto nos lo brinda PARDO MÁRQUEZ “*Después de la guerra con España de 1866, la agricultura se halló en estado de crisis. Los agricultores carecían de capitales propios y topaban con la dificultad de obtener créditos que les permitiera el dinero indispensable para cultivar los campos. La guerra civil empobreció al agricultor con los “cupos” que establecían los caudillos que se disputaban el poder; agravada esta situación con las elevadas tasas de intereses que cobraban los habilitadores o usureros, en razón de que los préstamos no se hallaban sólidamente respaldados. En esta premiosa situación económica, la solución no podía ser otra que buscar el apoyo del Estado a fin de adquirir préstamos para la agricultura en condiciones menos onerosas.*” (Pardo Márquez, Óp. cit., p.292).

*revoluciones, cadena que se compone ya de muchos anillos, y que no sabemos cuando terminará*” (García Calderón, 1868, pp. 10-11).

Luego, indica alguno de los motivos de la desocupación de la tierra y precarización de la agricultura: “En todo este tiempo los ataques a la propiedad mueble y semoviente de los agricultores, la desolación de los campos, y los empréstitos forzosos llamados “cupos” que se imponían a los dueños de predios, causaron tal abatimiento en la riqueza agrícola, que nadie quería tener propiedad territorial” (García Calderón, Francisco, Óp. cit., p.11).

Finalmente, luego de analizar la situación de nuestro país en aquella época, da una de las justificaciones para la creación del Banco Hipotecario y su apuesta por la agricultura: “*Estudiado atentamente el Perú. ¿Qué otra cosa puede ser sino agricultor? Inmensos valles cultivados brindan al hombre trabajo y pan: ricas minas lo convidan a excavar la tierra; y con la escasa población que tiene ¿le convendría abandonar esta riqueza positiva, para buscar otra que no conoce y que no sabe crear?*” (García Calderón, Francisco, óp. cit., p.17).

Posteriormente tenemos un periodo de cierta bonanza económica que fue opacado por la guerra que mantuvimos con Chile, la cual derivó en la ocupación de Lima<sup>272</sup> para una forzada firma de paz.<sup>273</sup> A esto le siguió las guerras internas (Cáceres – Iglesias, entre otros) de nuestro país.<sup>274</sup>

---

<sup>272</sup> “*Hacia mediados de enero la escasez y carestías de las subsistencias lleva a la desesperación tanto a la población civil como al ejército derrotado originándose así los graves desórdenes que son enfocados por la historiografía chilena con un énfasis tan exagerado que llega a distorsionar la realidad y le da un alcance que busca sólo denigrar a la población de Lima.*” (Guerra Martiniere, 1991, p. 76).

<sup>273</sup> Debe recordarse que luego de la invasión chilena se formó una junta de notables la cual nombró a Francisco García Calderón como presidente el que sin embargo, expresó su negativa a firmar la paz con cesión de territorio.

<sup>274</sup> Frase que resume lo sucedido en esa época es: “*País feliz cuyo entretenimiento constante e*

En este contexto - el crédito territorial casi nulo, agricultura en crisis, inseguridad jurídica, tráfico inmobiliario estancado - se promulgó la Ley de 2 de enero de 1888 la cual tenía como objetivo revertir dicha situación.<sup>275</sup> Si bien al promulgarse sufrió variación en su contenido – en comparación con el proyecto original<sup>276</sup>- la ley de 2.1.1888 dejó a la Corte Suprema<sup>277</sup> formular el Reglamento de los Registros.

En el Reglamento emitido por la Corte Suprema se señala en el artículo 53 que los Registradores calificarán la legalidad de las formas extrínsecas de los títulos y la capacidad de los otorgantes<sup>278</sup>, siendo que en caso encontrar algún defecto, se procederá a manifestarlo a fin de que sea subsanado<sup>279</sup>. Asimismo,

---

*inocente: es hacer revoluciones para elegir cada tres meses un nuevo presidente” (Löfeler, 1888 p.3)*

<sup>275</sup> “La Ley de 2 de Enero de 1888 tendió, pues, a evitar este mal (Crédito territorial casi nulo, tasa de interés altísima, entre otras cosas); y lo consiguió adoptando los principios de publicidad, especialidad y legalidad, de su modelo la primitiva Ley Hipotecaria española de 1861 (...)” (El añadido es nuestro). (Acevedo y Criado, 1959, p.96). Asimismo, diarios de la época manifestaban “La ley de 02 de Enero de 1888, que mandó a establecer en la República el Registro de la Propiedad Inmueble, resolvió en el Perú el doble problema que desde largo tiempo preocupaba la opinión pública y que estaba ya resuelto en todos los países progresistas: “adquirir sin temor de perder lo adquirido y prestar con seguridad sobre la propiedad raíz”. Y luego añadían “(...) Es de advertir, que el objeto de la ley del Registro es solo favorecer a los terceros interesados quedan de buena fe su dinero, y no afecta los derechos existentes entre los contrayentes; por lo que los efectos de la falta de inscripción se limitan a los primeros. (...)” En: (Gaceta Judicial, 1891).

<sup>276</sup> Como por ejemplo el régimen de inscripción obligatoria.

<sup>277</sup> Art. 8 de la Ley de 2.1.1888.- “El Reglamento á que se refiere el artículo anterior será formulado dentro de seis meses por la Corte Suprema, y sometido a la aprobación del Poder Ejecutivo. El mismo Tribunal nombrará y renovará a su juicio a los encargados del Registro de la Propiedad.”

<sup>278</sup> Art. 53.- Los Registradores calificarán la legalidad de las formas extrínsecas de los títulos que les sean presentados y la capacidad de los otorgantes, por sólo lo que resulte de los referidos títulos.

<sup>279</sup> Art. 54- Cuando el Registrador notara alguna falta en las formas intrínsecas de los títulos, ó incapacidad en los otorgantes, lo manifestará a los que pretendan que se extienda algún asiento para que subsanen la falta en el término de treinta días; y si no la subsanan a satisfacción del Registrador, devolverá éste los títulos al interesado para que entable los recursos correspondientes, sin perjuicio de extender anotación preventiva, como lo ordena el inciso 7º del artículo 96, si hubiere lugar a ella y la solicita el interesado.

se deduce que la calificación abarcaba también el estudio del título mismo, siendo que en caso que no se acarree la invalidez del mismo pero que adoleciera de algún defecto, podía ser sujeto de subsanación<sup>280</sup>.

Luego, si bien la Corte Suprema tuvo funciones respecto a registros en un inicio, mediante Ley de 25.11.1892 fue reemplazada por la Junta de Vigilancia la cual estaba conformada por un representante del Ministro de Justicia, un Fiscal de la Corte Suprema, un Fiscal de la Corte Superior, el Decano del Colegio de Abogados y del Director del Registro de la Propiedad Inmueble.

Posteriormente, la Junta de Vigilancia en 1905 crea el Reglamento Orgánico del Registro de la Propiedad Inmueble, el cual –en el tema de la calificación<sup>281</sup> por parte de los registradores- no varía sustancialmente de su antecesor recogiendo lo mismo: La legalidad, la capacidad<sup>282</sup> y validez del título.<sup>283</sup>

---

*En el caso de no extenderse anotación preventiva el asiento de presentación del título continuará produciendo sus efectos durante treinta días, contados desde su fecha.*

<sup>280</sup> Art. 117.- *Son faltas subsanables de los títulos presentados para inscripción o para anotación preventiva, las que afecten la validez del mismo título, sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en ellos constituida.*

*Si un título contiene alguna de estas faltas, el Registrador suspenderá la inscripción, y extenderá anotación preventiva, caso de que la solicite el que presentó el título.*

*Son faltas no subsanables, que impiden la anotación preventiva, las que producen necesariamente nulidad de la obligación. (El subrayado es nuestro).*

<sup>281</sup> “La función de calificación del Registrador consiste, en examinar la validez del título que justifique la transferencia cuando se trata de adquisición por acto distinto del contrato y, cuando el título es un contrato, la calificación se concretará a analizar el contenido del documento o documentos presentados a fin de comprobar la validez del consentimiento, la capacidad de las partes si tienen personería cuando proceden en nombre de otro si el inmueble está en el comercio y en general si se ha observado la legislación vigente sobre la materia. Únicamente los vicios internos del contrato escapan a la apreciación del Registrador.” (Pardo Márquez, Bernardo, Óp. cit., p.306).

<sup>282</sup> Art. 56.- *Los Registradores calificarán la legalidad de las formas extrínsecas de los títulos que les sean presentados y la capacidad de los otorgantes, por sólo lo que resulte de los referidos títulos.*

Posteriormente se dan diversas normas como Reglamento Orgánico de los Registros de la Propiedad Inmueble del 11.3.1911, la Ley 2402 del 3.12.1916 y su Reglamento, el Decreto del 30.12.1916, la ley N° 2411 de 30.12.1916, el Reglamento Interior de la Oficina de Registro de Lima de 27.9.1921, los aranceles de derechos de inscripciones del Registro de la Propiedad Inmueble de 1921, las leyes N°s 5931, 6665, 4740, 8686.

En el año 1926, mediante la Ley N°4675 se constituyó una Comisión, la cual formuló el "Proyecto de Ley Orgánica de los Registros Inmobiliarios e Industrial"<sup>284</sup> que entre otras cosas, busca asimilar la experiencia australiana del Acta Torrens. En principio, el propietario obtendrá un certificado de dominio que es un título inatacable. Dicho certificado se obtendría luego de la presentación de la copia literal de la primera inscripción en el Registro, un plano del inmueble, su tasación y además los documentos que acrediten en forma legal la tradición no interrumpida de sus derechos.

Los Registradores evaluarían los documentos presentados y tendrían la facultad de exigir documentos adicionales para acreditar la propiedad, así como ordenarían la publicación de avisos por treinta días alternados en el periódico indicando la petición de certificado de dominio a fin de que puedan oponerse los que se crean con derecho.

---

<sup>283</sup> Art. 124.- *Son faltas subsanables de los títulos presentados para inscripción o para anotación preventiva, las que afecten la validez del mismo título, sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en ellos constituida.*

*Si un título contiene alguna de estas faltas, el Registrador suspenderá la inscripción, y extenderá anotación preventiva, en caso de que la solicite el que presentó el título.*

*Son faltas no subsanables, que impiden la anotación preventiva, Ley Hipotecaria las que producen necesariamente nulidad de la obligación.*

<sup>284</sup> La cual formula la implantación y adaptación del sistema Torrens a los distritos inmobiliarios de Lima y Callao.

Luego, se citará a los colindantes, a los propietarios anteriores, al abogado fiscal y al agente fiscal. Si se formulase oposición de tercero, los Registradores remitirán al Juez competente todos los documentos o títulos que obren en su poder, quedando en suspenso la inmatriculación.

Una vez cumplidos todos los estudios, sin oposición de por medio, se otorgaría el 'certificado de dominio' por duplicado, uno para el propietario y el otro queda archivado en la oficina que lo expide. Al dorso del 'certificado de dominio' se hará constar los gravámenes a que se halla afecto el inmueble, siendo que el titular del mismo no responde por más gravámenes que los puntualizados en el dorso de dicho documento, es decir, el certificado es prueba plena de propiedad.

Tómese en cuenta, que dicha nueva fórmula de inmatriculación amplía la facultades de los registradores, pudiendo inclusive pedir nuevas pruebas, citar a diversos sujetos que tienen –o tuvieron- alguna vinculación con el bien a fin de poder “sanear” el bien. Lamentablemente, dicho innovador proyecto no prosperó.

Al formarse la Comisión Reformadora del Código Civil, entre otras cuestiones, se discutió sobre la adopción de distintos sistemas – como el Torrens o Germano- no siendo adoptado por la falta de catastro, el hecho de que gran parte de los inmuebles no estaba inscrito y el escaso desarrollo del conocimiento de los particulares del tema registral. En ese sentido, tampoco se adoptó a la inscripción como determinante para transmitir y constituir derechos reales sobre bienes inmuebles sino se optó a la sola obligación de dar para que opere el efecto transmisivo.<sup>285</sup>

---

<sup>285</sup> Art. 1172 del Código Civil de 1936.

El Código Civil de 1936 en su artículo 1044 señaló que el registrador debía apreciar la legalidad del título en lo concerniente a las partes y al contenido del acto, precisando que debe evaluarse solamente de acuerdo a lo señalado en el instrumento<sup>286</sup>.

En ese sentido indica AVENDAÑO *“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1044 del Código Civil, el Registrador debe apreciar la legalidad del título. La ley le confiere la calidad de Juez de Títulos y lo faculta para discernir si el título (acto jurídico) está o no arreglado a la ley y, por consiguiente, si debe ingresar al Registro o no.”* (Avendaño Valdez, Óp. cit., p.115)<sup>287</sup>

En el mismo año, la Junta de Vigilancia formula – y la Corte Suprema aprueba en acuerdo de 17.12.1936- el Reglamento de Inscripciones de 1936, en el cual la calificación del registrador<sup>288</sup> se basa en el principio de legalidad siendo facultado para admitir o rechazar la inscripción solicitada.

---

<sup>286</sup> Artículo 1044 del Código Civil de 1936.- *El Registrador deberá apreciar la legalidad del título respecto de la capacidad de las partes y su representación, y lo concerniente al contenido del acto, sólo como aparece del instrumento.* R. de las I. 19 Ver: Ejecutoria Suprema, 18-XII- 1922. Acuerdos de la Junta de Vigilancia, 14-VIII- 1923 y 31- X- 1952. Boletín Oficial nº 1, Segunda Época; p. 5.

<sup>287</sup> Asimismo, añade *“Contrariamente a lo que podría suponerse dado que los Registradores son verdaderos jueces que examinan la legalidad de los títulos, la inscripción no legitima el derecho que hace público. La publicidad entre nosotros no sana el título, ni si quiera lo hace mejor. En otros términos, a pesar del examen de los títulos que realizan los Registradores, puede haber inscritos, y de hecho los hay, títulos nulos o anulables. Así lo prevee el artículo 1051 del Código Civil, que establece el procedimiento a seguir en el caso de inscripciones nulas o erróneas. Es éste uno de los grandes defectos de nuestro sistema registral. La inscripción no es entre nosotros prueba del derecho. Es, simplemente, una garantía para el tercero, conforme hemos de ver más adelante. Pero en cuanto al título mismo, es decir al derecho que se publica, en nada lo mejora”* (Avendaño Valdez, Óp. cit., pp.115-116).

<sup>288</sup> Considerado como una especie de juez privativo, aunque sus resoluciones carecen de cosa juzgada. (Pardo Márquez, Óp. cit., p.438).

PARDO MÁRQUEZ nos relata *“El examen que debe verificar el Registrador en el aspecto sustancial de los títulos comprende todo lo concerniente al acto jurídico. Respecto a la capacidad tendrá presente la edad de los contratantes o del otorgante del acto unilateral; la facultad de disposición del que representa a otro en virtud del mandato o de la institución de la tutela o curatela; en cuanto al objeto, requiere descripción precisa de todas las circunstancias que sean necesarias para su perfecta identificación, tales como, límites, extensión, forma geométrica, canales de riego, servidumbres, etc. En cuanto a la forma de que debe revestir el acto o contrato, comprobará todos los requisitos que la solemnidad del documento exige a fin de asegurarse de su autenticidad. Paralelamente al análisis de los títulos presentados debe realizar una investigación en el registro para cerciorarse de que el inmueble está o no inscrito a favor del que trasmite o grava. Si los instrumentos presentados acreditan de modo perfecto la transferencia del inmueble inscrito, se llevará adelante la inscripción de la adquisición. Si no está inscrito a favor de ninguna persona se extenderá simplemente anotación preventiva.”* (Pardo Márquez, *Óp. cit.*, p.440).

Luego, el 18.6.1980 mediante Decreto Ley N° 23095 se crea la Oficina Nacional de los Registros Públicos, reemplazándose a la Junta de Vigilancia por el Tribunal Registral y a la Dirección General por la Jefatura, suprimiéndose la existencia de la denominada Comisión Facultativa. El 12.6.1981 a través del Decreto Legislativo N° 117 (Ley del Sector Justicia) la Oficina Nacional de los Registros Públicos era el organismo público descentralizado encargado de la inscripción y publicidad de los actos jurídicos que la ley determina, con el objeto principal de otorgar garantías a terceros. El 12.6.1981, el Decreto Legislativo N° 119 (Ley de la Oficina Nacional de los Registros Públicos) restableció la Junta de Vigilancia y la Comisión Facultativa como órganos de la institución, eliminando el Tribunal Registral. (Cárdenas Quirós, *Óp. cit.*, pp. 22-24).



El 1.3.1965 mediante Decreto Supremo N° 95 se creó la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, siendo que en julio de 1981, dicha Comisión formulaba un Proyecto de Código Civil. Por Ley N° 23403 se facultó al Poder Ejecutivo para promulgar mediante decreto legislativo el Código Civil, sobre la base del referido proyecto. Asimismo, por Acuerdo de la Corte Suprema del 16.5.1968 se aprueba el Reglamento General de los Registros Públicos.

Mediante Decreto Ley N° 25993 de 21.12.1992 (Ley Orgánica del Sector Justicia), se crea la Dirección Nacional de Registros Públicos y Civiles, en sustitución de la Oficina Nacional de los Registros Públicos, y constituyéndose en un órgano de línea del Ministerio de Justicia. Luego, mediante la Ley N° 26366 de 14.10.1994 se creó en el Perú el Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP).

Con la Ley N° 26366 no se trató de hacer de los diversos Registros uno solo, eliminando mediante la unificación la identidad de cada cual. Por el contrario, lo que se buscó fue integrarlos de tal forma que los diversos Registros formaran parte de un único sistema, reconociendo sus diferencias y particularidades.

A nivel normativo, permite establecer normas comunes y procedimientos similares. En el orden administrativo, hace posible racionalizar la administración de los Registros. En lo económico, se ofrecen las condiciones necesarias para el mejor equipamiento y organización de los Registros. En cuanto a lo funcional, permite centralizar la información que se requiere para los diferentes actos involucrados. Finalmente, a nivel geográfico, posibilita la interconexión de los Registros, contribuyendo a la integración geográfica del país.

Finalmente, el 21.3.2005 se publica el Texto Único Ordenado que recoge el Reglamento General de los Registros Públicos el cual se encuentra actualmente vigente, el que será materia de evaluación en el siguiente punto.

## **6. LA CALIFICACIÓN EN EL PERÚ**

La regulación de la calificación registral en sede nacional, principalmente, se ha regulado en el Reglamento General de los Registros Públicos, por lo que luego de haber revisado la justificación y naturaleza de la calificación, así como un análisis de ordenamientos ajenos afines y los antecedentes de nuestra normativa, nos proponemos revisar a continuación los alcances de la calificación en el Perú.

Dichos alcances deben partir de la distinción de 2 momentos en la calificación: La calificación propiamente dicha (acto valorativo o nivel de estudio de los títulos), y la redacción del asiento de inscripción (acto volitivo o calificación positiva).<sup>289</sup>

---

<sup>289</sup> Toda vez que al registrador – funcionario por la naturaleza de su función tiene una potestad otorgada por el estado, este debe discrecionalmente decidir si merece o no publicidad los actos materia de rogatoria. Así, mediante la discrecionalidad que le ha sido otorgada valora dentro de unos límites los actos contenidos en los documentos adjuntados, y luego de terminada dicha valoración, deciden y manifiestan su conformidad –inscripción- o disconformidad- observación, tacha, liquidación o anotación preventiva. (Barone, 1989, p.7) Ambos momentos son distinguidos porque la discrecionalidad se da propiamente en la etapa de valoración, aunque de por sí la voluntad está propiamente de la valoración. En los supuestos de responsabilidad hay que tener claro ambos momentos, dado que puede existir una valoración adecuada, pero la voluntad del agente puede ser mellada por intereses ajenos, lo cual podría de ser el caso eximir atenuar o eximir de responsabilidad.

## 6.1. LA CALIFICACIÓN PROPIAMENTE DICHA

El artículo 31<sup>290</sup> define a la calificación como una evaluación integral de los títulos, la cual conllevará o no a determinar la **procedencia** de la inscripción. Dicha norma concluye con una exhortación *propiciar y facilitar las inscripciones de los títulos ingresados al registro*. De la misma manera, el artículo 32 indica los alcances de la calificación y el artículo 33 da reglas operativas para la evaluación.

## 6.2 ALCANCES DE LA CALIFICACIÓN

Dar un marco para el presente estudio nos obliga a aproximarnos intuitivamente a lo que entendemos por *calificación integral* y *propiciar las inscripciones*. Dicha labor nos permitirá comprender mejor los 3 aspectos -los cuales arbitrariamente hemos adoptado- que debe tener en su análisis el registrador, no estableciendo un orden per sé, sino una secuencia que consideramos metodológicamente más adecuada cuando existen negocios jurídicos pasibles de inscripción: i) Análisis civil: Validez del acto ii) Análisis propiamente registral<sup>291</sup> iii) Determinación si el acto es inscribible.

---

<sup>290</sup> Artículo 31.- Definición. *La calificación registral es la evaluación integral de los títulos presentados al registro que tiene por objeto determinar la procedencia de su inscripción. Está a cargo del Registrador y Tribunal Registral, en primera y en segunda instancia respectivamente, quienes actúan de manera independiente, personal e indelegable, en los términos y con los límites establecidos en este Reglamento y en las demás normas registrales.*

*En el marco de la calificación registral, el Registrador y el Tribunal Registral propiciarán y facilitarán las inscripciones de los títulos ingresados al registro.*

<sup>291</sup> En este punto nos limitaremos a abordar sólo algunos principios.

## 6.2.1 MARCO GENERAL

### 6.2.1.1 CALIFICACIÓN INTEGRAL

La palabra integral proviene del latín *integrālis*, siendo que al actuar como adjetivo del sustantivo calificación debe entenderse como total, global. Esto quiere decir que al momento de ingresar el título en principio tendrá que ponerse atención en dos cosas: la rogatoria y los documentos que de adjunten en el título materia de evaluación.

La rogatoria de un título presupone se extiende a todos los actos inscribibles que contiene este<sup>292</sup>. De igual modo, los documentos contenidos en dicho título serán evaluados en forma global<sup>293</sup>. En ninguno de los 2 aspectos se puede dejar para un momento posterior dicha evaluación –salvo los casos de imposibilidad material de realizarla<sup>294</sup>–, por lo que en caso el registrador verificara que existen defectos en el título deberá pronunciarse sobre cada uno

---

<sup>292</sup> Calificación integral. *Como se desprende del artículo III del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, se presume la rogatoria respecto de todos los actos inscribibles conformantes del título presentado. En consecuencia, el Registrador debe efectuar la calificación integral de dichos actos siendo que, de encontrar defectos u obstáculos en el título o partida, emitirá la esquila respectiva señalando las deficiencias advertidas, no estando obligado a pronunciarse sobre los actos o derechos que se encuentran conformes.* (El subrayado es nuestro). Resolución N° 266-A-2006-L (2ª Sala del Tribunal Registral).

Principio de rogación. *“De acuerdo al principio de rogación, la rogatoria alcanza a los actos o derechos inscribibles contenidos en el título, por lo tanto, el pronunciamiento del Registrador debe estar vinculada al acto inscribible contenido en el título presentado para su inscripción.”* (El subrayado es nuestro). Resolución N° 181-2006-A (5ª Sala del Tribunal Registral).

<sup>293</sup> Calificación integral. *“La calificación integral de un título importa la evaluación de todos los documentos presentados inicialmente y los adjuntados para subsanar las observaciones formuladas, de modo tal que el Registrador no podrá solicitar los documentos que ya obran en el título.”* (El subrayado es nuestro). Resolución N° 387-2005-L (2ª Sala del Tribunal Registral).

<sup>294</sup> Por ejemplo, puede darse el supuesto que para la inmatriculación de un vehículo se ha presentado copia simple de la Declaración Única de Aduanas, por lo que el registrador deberá solicitar la original, reservándose por dicha imposibilidad en la documentación la evaluación el

de ellos en dicha oportunidad.<sup>295</sup> Por tanto, no es posible una segunda calificación.<sup>296</sup>

### 6.2.1.2 PROPICIAR LAS INSCRIPCIONES

El artículo 31 sufrió una modificación de su texto original<sup>297</sup> al cual se añadió “En el marco de la calificación registral, el Registrador y el Tribunal Registral *propiciarán y facilitarán las inscripciones* de los títulos ingresados al registro.”

Dicho añadido buscaría darle un mayor dinamismo al sistema, partiendo por positivizar aquello que –a nuestro criterio- ya era un criterio general de la legislación en sede registral<sup>298</sup>. Sin embargo, al parecer la cantidad de

---

formato de inmatriculación y demás documentos que contengan las características del vehículo.  
<sup>295</sup> Calificación registral. “*El Registrador Público al tomar conocimiento de un título deberá proceder con su calificación integral, al efecto se pronunciará sobre la totalidad los defectos que advierte indicando la base legal que fundamenta su observación o tacha, o proceder con la inscripción del título, previo pago de derechos registrales; no pudiendo abstenerse de la calificación registral amparándose en la existencia de títulos pendientes.*” (El subrayado es nuestro). Resolución N° 796-2006-L (3ª Sala del Tribunal Registral).

<sup>296</sup> Rectificación. *Al efectuarse una rectificación no puede volver a calificarse el título ya inscrito, pues la calificación positiva plasmada en la extensión de la inscripción no puede ser objeto de revisión en sede registral.* Resolución N° 141-2005-L (3ª Sala del Tribunal Registral).

Inscripción de venta de sublote. *No procede denegar la inscripción de la compraventa de un predio registrado fundamentándose en que dicha inscripción se extendió sin cumplir con los requisitos previstos.* Resolución N° 171-2005-L (3ª Sala del Tribunal Registral).

<sup>297</sup> Artículo 31.- *Definición. La calificación registral es la evaluación integral de los títulos en cuyo mérito se solicita la inscripción, que realizan el registrador, y en su caso, el Tribunal Registral, de manera autónoma, personal e indelegable. No pueden ser objeto de consulta los títulos sujetos a calificación.*

<sup>298</sup> Innecesario dicho añadido como técnica legislativa dado que podría extenderse dicha exhortación a cada parte del reglamento referente a las obligaciones del registrador. Por ejemplo, es como si se añadiera a la norma que contiene los plazos del TUO “*En el marco de la calificación registral, el Registrador y el Tribunal Registral propiciarán una calificación en el menor tiempo dentro del término legal los títulos ingresados al registro.*”

observaciones que se emitían, habrían motivado a los legisladores a proponer dicha fórmula a fin de flexibilizar la calificación<sup>299</sup>.

Lamentablemente, ya hemos expuesto que una mayor flexibilización puede llevar a la merma de la seguridad jurídica, lo cual en casos extremos, podrían ocasionar una crisis en el sistema.<sup>300</sup> En ese sentido, entendemos como *pro inscripción* aquellos casos en los cuales es innecesario el requerimiento de nuevos documentos toda vez que la información requerida puede obtenerse de los ya presentados<sup>301</sup> o de lo que constan en los registros.<sup>302</sup>

---

<sup>299</sup> Si bien no es materia de este trabajo el sustentar la razón de la gran cantidad de observaciones, consideramos pertinente señalar que consideramos que los incentivos para que los registradores flexibilicen sus criterios se ven sustancialmente mermados por la responsabilidad penal, civil y administrativa a la que están expuestos, los casos de falsificación de documentos, normas poco claras, confusas y contradictorias, así como la propia organización interna y carga a la que están sujetos que limitan y hacen proclives a los registradores a preferir observar que *arriesgarse* a inscribir un título.

<sup>300</sup> Véase como ejemplo el Reglamento de la Ley de Garantías Mobiliarias mediante en el cual el nivel de flexibilizaciones –consideramos- han generado distorsiones en nuestro sistema registral.

<sup>301</sup> *“El nombre no constituye sino una de las vertientes de la identidad personal, la que se refiere a los signos distintivos que permiten individualizar a la persona y que se complementa con otros elementos, siendo que la evaluación de las discrepancias en el nombre debe fundamentarse en una apreciación conjunta de los elementos obrantes en el registro y los instrumentos públicos aportados por los solicitantes, que a través de distintos factores de conexión permitan colegir en forma indubitable que se trata de la misma persona”. Criterio adoptado en la Resolución N° 019-2002-ORLC/TR del 17 de enero de 2002, publicada el 3 de febrero de 2002. Precedente de observancia obligatoria N°6 emitido en el segundo pleno (Sesión ordinaria realizada los días 29 y 30 de noviembre de 2002. Publicado en el diario oficial El Peruano el 22 de enero de 2003).*

<sup>302</sup> Informe técnico del área de catastro. *“Cuando el área de catastro de la zona registral respectiva no sea capaz de concluir por propias limitaciones, como por ejemplo que no se cuenta con una base cartográfica, si un inmueble cuya inmatriculación se solicita se encuentra previamente inscrito o se superpone con otro predio, el registro no puede observar este hecho y por lo tanto debe proceder a la inmatriculación, a no ser que existan otros defectos en el título.”* (El subrayado es nuestro). Resolución N° 252-2005-L (3ª Sala del Tribunal Registral).

No debe entenderse como pro inscripción aquellos supuestos que por una mayor flexibilización se puede, por ejemplo, poner en peligro la esfera patrimonial de los sujetos<sup>303</sup> o se pueda distorsionar lo dispuesto por las normas que protegen bienes jurídicos.<sup>304</sup>

Dada la poca certidumbre en los límites de lo que significa la *pro inscripción*, los legisladores optaron por una exhortación y no por una obligación, lo cual deriva en dejar al criterio de los registradores la determinación de la flexibilización o no de los requisitos, o en todo caso, en segundo momento, sea el Tribunal Registral -mediante una opinión más estudiada- el encargado de tal determinación.<sup>305</sup>

---

<sup>303</sup> Por ejemplo el caso que en la copia del DNI de una persona salga como estado civil casada y presente una declaración jurada que es soltera.

<sup>304</sup> Como ejemplo puede tomarse en consideración el siguiente hecho: El 14.7.2005 se expidió el Decreto Supremo N° 017-2005-MTC (que modificó parcialmente el Decreto Legislativo N° 843) el cual imponía nuevos requisitos para el ingreso de vehículos usados al país. Tal cual se señala en la parte considerativa de dichas normas se busca proteger a la ciudadanía en general y evitar la saturación de tráfico automotriz con automóviles que ya han cumplido con su vida útil. No obstante esto, mediante Oficio N° 6423-2005 – MTC/15 del 02.11.2005 el Director General de Circulación Terrestre del Ministerio de Transportes y Comunicaciones señaló que se han seguido diversos procesos de amparo los cuales han determinado la inaplicación de dichos dispositivos legales, debe tenerse en cuenta, que por la naturaleza de dicho proceso, el amparo sólo beneficia a los sujetos que siguieron el proceso.

La calificación debe ir en ese sentido, sólo por sentencia firme (no medida cautelar) que ordene el libre tránsito de los vehículos, podrá solicitarse la inmatriculación.

<sup>305</sup> “Lo que la prohibición de la arbitrariedad condena es, justamente, la falta de un fundamento objetivo; la Constitución no admite que el poder público, en cualquiera de sus expresiones, se ejerza por a sola voluntad del agente o por su capricho, simplemente. Exige que en cualquier decisión del poder público se hagan presentes los valores superiores del ordenamiento jurídico que formula su artículo 1.º, como los menores, presentes cada uno en las distintas ramas del Derecho y en todas y cada una de sus instituciones. Si nuestro Estado es un Estado de Derecho, el Derecho y no el capricho del gobernante (el cual opera en cuanto tal como agente del Derecho) debe dominar la totalidad de sus decisiones.” (García De Enterría, 1991, p.225).

## 6.3 ASPECTOS DE LA CALIFICACIÓN

### 6.3.1 VALIDEZ DEL ACTO

A fin de introducirnos mejor en el tema de la validez del acto podemos esbozar 2 momentos en todo negocio jurídico. Un primer momento es el de formación o estructura, y un segundo momentos es el de despliegue de efectos.

Dentro del primer momento, en primer lugar, debe determinarse la existencia del hecho jurídico y el tipo de hecho que se configura – es decir, hecho jurídico en sentido estricto, acto jurídico en sentido estricto, y el negocio jurídico. Luego de esto, se evaluará los elementos y requisitos que lo conforman.

Debe señalarse, que sólo nos centraremos en el estudio de los negocios jurídicos y no así de los actos jurídicos<sup>306</sup>. En este sentido, podemos acercarnos al tema señalando que en el Perú el negocio jurídico ha sido recogido en el artículo 140 del Código Civil<sup>307</sup>, siendo la especie más conocida el contrato. Hay

---

<sup>306</sup> Debemos señalar que el desarrollo de esta parte se hará de manera general, siendo que somos conscientes de la complejidad del estudio del negocio jurídico. La distinción entre acto y negocio en la legislación peruana la podemos hacer tomando como definición de negocio jurídico “*un acto vinculante de regulación privada de intereses, que asume relevancia positiva para el ordenamiento estatal cuando los valores de los cuales es portador sean compatibles con los valores expresados por el ordenamiento.*” (Ferri, 2002, p.154). En ese sentido, se distingue del acto jurídico en sentido estricto, en que este no es producto de la autorregulación privada, sino de una decisión unilateral del ordenamiento jurídico, es decir, los efectos del acto jurídico derivan de la ley. (Santi Romano., 1983, p.13)

<sup>307</sup> Artículo 140.- *El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1.- Agente capaz. 2.- Objeto física y jurídicamente posible. 3.- Fin lícito. 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*



diversas clasificaciones que han sido propuestas por diversos autores, ya sea entre presupuestos, elementos y requisitos o elementos y requisitos. Nosotros vamos a adoptar esta segunda, incluyendo a las partes, manifestación de voluntad, objeto, causa y formalidad como elementos.

El segundo momento es el de los efectos que se generan producto del negocio jurídico, es decir relaciones obligatorias, efectos reales, entre otros.

Tal cual se ha mencionado en el presente trabajo, en materia de bienes inmuebles el artículo 949 del Código Civil ha establecido que sea el mero consenso el idóneo para constituir el contrato y generar los efectos traslativos. En cambio, en materia de bienes muebles, es necesaria la ocurrencia de dos hechos jurídicos, el título que genera la relación obligacional, y la tradición<sup>308</sup> que genera el efecto real. En ambos supuestos, al ser el registro declarativo, otorga el efecto de la oponibilidad de derechos frente a los terceros.

Tomando en consideración estos lineamientos, se señala que el sistema registral peruano es de tipo causalista, es decir que requiere la evaluación del negocio causal a efectos de establecer la inscripción del mismo. Dicha opción se separa con lo existente en otros países como Alemania, el cual es conocido por su sistema abstracto tal cual lo hemos visto, mediante el que la validez del negocio obligacional se desentiende del acto real, por lo que la invalidez del primero no afecta la inscripción.<sup>309</sup>

---

<sup>308</sup> Debe haber tradición para la inscripción de la transferencia de un vehículo. *Para la inscripción de la transferencia de un vehículo debe de declararse mediante otro instrumento notarial que se ha hecho la tradición del mismo, sí se desprende lo contrario del título que contiene la transferencia.* Resolución N° 58-2005-A (5ª Sala del Tribunal Registral).

<sup>309</sup> Esto no se colige de algunas resoluciones emitidas por el Tribunal Registral. Aspectos de calificación de la obligación garantizada con hipoteca. *“No corresponde al Registrador verificar la existencia ni la validez de la obligación cuyo cumplimiento pretende asegurar, sino*

En ese sentido, el estudio que hará el registrador debe abarcar la validez del negocio, con la limitación de tener como marco – por lo general- lo contenido en el título. Siendo esto así, se analizarán brevemente los elementos del negocio a continuación.

### **6.3.2 ANÁLISIS PROPIAMENTE REGISTRAL**

Una vez ya analizado propiamente el tema civil, el registrador deberá revisar los temas registrales. Puede ser que un contrato sea válido y eficaz, pero que al momento de desear la inscripción el enajenante no se encuentre inscrito como titular vigente –tómese en cuenta que nuestro registro no es constitutivo, salvo según la mayoría en materia de hipotecas-, entonces, a pesar de tener un contrato perfecto, este no será pasible de inscripción.

#### **6.3.2.1 LA LEGALIDAD EN SEDE REGISTRAL**

Ahora bien, imaginemos que se publica en el diario oficial la “Ley de Garantías Inmobiliarias” en virtud de la cual se deroga la “hipoteca legal” - regulada en el

---

*únicamente la constatación de que en el acto constitutivo de la hipoteca se ha enunciado al acreedor, al deudor y a la prestación. En cuanto a la prestación, ésta deberá ser determinada o determinable.”* Criterio sustentado en las siguientes resoluciones: Resolución N° P003-98-ORLC/TR del 30.1.998. Resolución N° 279-97-ORLC/TR del 7.7.1997. Séptimo precedente del décimosegundo pleno (Sesión ordinaria realizada los días 4 y 5 de agosto de 2005. Publicado en el diario oficial El Peruano el 13.9.2005). Imaginémonos que el negocio que dio origen a la obligación principal sea nulo, por accesoriadad a la hipoteca también deberá extenderse dicha patología. En ese sentido, de manera general, se han emitido otras resoluciones: Calificación de la obligación garantizada como hipoteca. *Ingresa con la hipoteca al registro la obligación garantizada, por lo tanto esta debe ser calificada por las instancias registrales.* Resolución N° 33-2005 (4 Sala del Tribunal Registral).

artículo 1118 del Código Civil<sup>310</sup> -, con carácter retroactivo, pese al mandato expreso del artículo 103 de nuestra Carta Magna.<sup>311</sup>

¿Cómo debería procederse en sede registral si, a pesar del nuevo dispositivo legal, un usuario solicitara se inscriba la hipoteca legal derivada de su contrato de compraventa de inmueble con saldo de precio celebrado con anterioridad a la dación de la ley?

Si nos guiáramos por el principio de legalidad tradicional debería denegarse tal solicitud, dado que la fuerza que tiene la ley en sede administrativa es vinculante, por lo que el usuario sólo tendría la vía jurisdiccional para hacer valer su derecho. Entonces, ¿una norma que es a todas luces inconstitucional será aplicada por los entes administrativos basada en el principio de legalidad?

A raíz de la sentencia dictada del Tribunal Constitucional publicada el 12.6.2005<sup>312</sup> y la del 24.10.2005<sup>313</sup> - aclarada mediante Resolución del

---

<sup>310</sup> Artículo 1118.- *Además de las hipotecas legales establecidas en otras leyes, se reconocen las siguientes: 1.- La del inmueble enajenado sin que su precio haya sido pagado totalmente o lo haya sido con dinero de un tercero. 2.- La del inmueble para cuya fabricación o reparación se haya proporcionado trabajo o materiales por el contratista y por el monto que el comitente se haya obligado a pagarle. 3.- La de los inmuebles adquiridos en una partición con la obligación de hacer amortizaciones en dinero a otros de los copropietarios.*

<sup>311</sup> Artículo 103.- *Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho. Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.*

*La Constitución no ampara el abuso del derecho.*

<sup>312</sup> Sentencia que declaró infundadas demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundada en parte demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 28449, que modificaron régimen pensionario regulado por el D.L. N° 20530.

13.10.2006 -, se habilitaron a los órganos administrativos (para ser más precisos a los Tribunales y órganos colegiados que imparten justicia administrativa a nivel nacional) la aplicación del control difuso.

Lamentablemente, la extensión de dicha medida – entendemos que por cautela más que por un sustento jurídico- no ha sido extendido a los entes administrativos, ni a aquellos que realizan funciones especiales como los registradores públicos- sin embargo consideramos que los registradores, cuando tengan un caso que vean vulnerados derechos fundamentales, deberían tener la posibilidad de aplicar el control difuso.

#### **6.4 APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO EN EL ÁMBITO REGISTRAL**

Antes de la sentencia del Tribunal Constitucional en el año 2005 era claro para los órganos registrales que estaban impedidos de aplicar el control difuso, dado que mediante Directiva No.009-2003-SUNARP/SN aprobada mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos No. 370-2003-SUNARP/SN, publicada en el diario oficial El Peruano el 2.8.2003 se indica “(...) *El sistema jurídico nacional, en lo referente al Derecho Administrativo, el cual comprende a los Registros Públicos como servicio público, no regula el control difuso en sede administrativa; lo que significa que ningún funcionario público puede inaplicar leyes o normas de menor rango, en analogía a la situación de los órganos jurisdiccionales, ya que dicha atribución no está contemplada constitucionalmente ni legalmente. (...)*”

---

<sup>313</sup> Sentencia que declara FUNDADA la demanda de amparo, por lo cual se ordena a la Municipalidad Distrital de Surquillo admita a trámite el medio de impugnación interpuesto por el recurrente contra el acto administrativo que determinó una sanción de multa, sin exigirle previamente el pago de una tasa por concepto de impugnación. EXP. N.º 3741-2004-AA/TC.

En el mismo sentido la jurisprudencia del Tribunal Registral en resoluciones recurrentes denegaba la aplicación del control difuso ya sea en el caso de personas jurídicas “*CONTROL DIFUSO La denegatoria de inscripción no debe sustentarse en el control difuso de las normas ya que el Registrador Público no es competente para efectuar tal análisis, en tanto dicha facultad se encuentra reservada para los jueces, conforme lo establece el artículo 138 de la Constitución Política del Perú.*”<sup>314</sup>; o para la cancelación de hipotecas en el registro de predios bajo una supuesta inconstitucionalidad del Art. 172 de la ley 26702<sup>315</sup> o de la ley de caducidad de hipotecas 26639.<sup>316</sup>

Posteriormente a la sentencia se dan ciertas aproximaciones a través del denominado control de legalidad.

Así ocurrió en el caso que se solicitó el levantamiento de una prenda, en la cual se confirió poder irrevocable a la compradora y deudora a fin que otorgue y suscriba la minuta y la escritura pública con el objeto de levantar y dejar sin efecto la prenda una vez que la compradora hubiera cancelado la totalidad del precio de la transferencia. En dicha ocasión se solicitó la ratificación del poder dado que en mérito de la Resolución SUNARP No. 463-2002-SUNARP-SN luego de un año de otorgado un poder irrevocable caducaban tanto la calidad de irrevocable como el poder mismo.

En razón de ello, tomando en consideración lo resuelto por el Tribunal Constitucional de la Primacía Constitucional sobre normas de inferior rango, así como las de segundo rango sobre las inferiores (control de legalidad), se

---

<sup>314</sup> R. No. 557-2004-SUNARP-TR-L de 17.9.2004.

<sup>315</sup> R. No. 269-2005-SUNARP-TR-L de 13.5.2005.

<sup>316</sup> R. No. 298-2005-SUNARP-TR-L de 25.5.2005. Téngase en cuenta que este tema fue resuelto posteriormente indicándose que la norma recogida Art. 172 no es inconstitucionalidad dado que puede interpretarse conforme a la Constitución. R. No. 694-2010-SUNARP-TR-L de 21.5.2010.

inaplicó dicha directiva en el caso en concreto, ordenando la inscripción del título.<sup>317</sup>

En el mismo sentido, el registrador observó un título inaplicando dicho Art. 68 dado que no basta dicha escritura unilateral para cancelar un asiento por resolución de contrato.<sup>318</sup>

Y es que el Art. 68 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios señala “ *La transferencia de propiedad como consecuencia de la ejecución de la cláusula resolutoria expresa a que se refiere el artículo 1430 del Código Civil, se inscribirá en mérito a escritura pública o formulario registral legalizado por Notario, otorgado unilateralmente por la parte que goza del derecho de resolver el contrato, en el que se indique la prestación incumplida, debiendo adjuntar la carta notarial u otra comunicación indubitable cursada al deudor en el sentido que quiere valerse de la cláusula resolutoria, salvo que se encuentre inserte en la escritura pública.*”

El registrador señaló la insuficiencia de dichos requisitos, los cuales pueden perjudicar los derechos del supuesto adquirente. No obstante ello, el Tribunal registral revocó dicha observación ordenando su inscripción.

Finalmente, en lo concerniente al Tribunal Registral, este órgano no ha aplicado el control difuso, salvo el caso del supuesto de tacha sustantiva especial que a continuación explicaremos.

---

<sup>317</sup> R. No. 210-A-2007-SUNARP-TR-L de 13.4.2007

<sup>318</sup> R. No. 1592-2010-SUNARP-TR-L de 5.11.2010

#### 6.4.1 CONTROL DIFUSO APLICADO POR EL TRIBUNAL REGISTRAL

Mediante Resolución 141-2011-SUNARP/SN publicada el 1.6.2011 en el diario oficial El Peruano se aprobó la modificación de los artículos 2, 41 y 43A<sup>319</sup> del Reglamento General de los Registros Públicos.

En los artículos 2<sup>320</sup> y 43-A se reguló la tacha especial de los títulos en cuyo mérito se solicita la independización, cuando estos no cuenten con los respectivos planos de independización y de localización (ubicación) visados por los funcionarios competentes, caso contrario, el registrador ***sin efectuar la calificación integral*** procede a tachar el título, concluyendo el procedimiento registral.

---

<sup>319</sup> Artículo 43 A del Reglamento General de los Registros Públicos.- Tacha especial de títulos de independización por no contener planos. En los casos a que se refieren los artículos 43, 44 y 46 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, cuando al presentar el título sobre independización por el Diario, no se hubiera cumplido con presentar los planos de independización y localización (ubicación) del área que se desmembra visados por funcionario competente, o de ser el caso, firmado por verificador inscrito en el índice de verificadores del Registro de Predios; el Registrador procederá a tachar el título, luego de verificar que éste no contiene dichos planos.

Esta tacha será irrecurrible y determina la finalización del procedimiento en sede registral; por lo cual, el Registrador no efectuará la calificación integral del título." Artículo incorporado por el Artículo Tercero de la Resolución N° 141-2011-SUNARP-SN, publicada el 01 junio 2011.

<sup>320</sup> Artículo 2 del Reglamento General de los Registros Públicos.- Conclusión del procedimiento

El procedimiento registral termina con:

- a) La inscripción;
- b) La tacha por caducidad del plazo de vigencia del asiento de presentación;
- c) La aceptación del desistimiento total de la rogatoria.
- d) La tacha especial en el supuesto regulado en el artículo 43 A de este reglamento."(\*)

(\*) Literal incorporado por el Artículo Segundo de la Resolución N° 141-2011-SUNARP-SN, publicada el 01 junio 2011.

En razón de ello se adiciona una causal adicional de conclusión al procedimiento administrativo registral, la tacha especial para los títulos de independización que no cuenten con la documentación ya indicada.

Dicho supuesto de tacha especial tuvo entre sus fundamentos la inexistencia de apelación si no existen documentos mínimos para su calificación. Al ser el Tribunal Registral el órgano de segunda instancia en materia de calificación, no habría base para poder realizar el análisis.

El artículo 209<sup>321</sup> de la ley 27444 prevé el fundamento de la apelación cuando se trate de cuestiones de puro derecho o diferentes interpretaciones sobre pruebas producidas, condiciones que no se darían en este supuesto.

Se verificaron en el procedimiento una serie de problemas como el de las partes de querer dilatar el plazo del asiento de presentación sin ningún sustento, lo cual implica mecanismos que perjudican a los terceros de forma abusiva.

Téngase en cuenta que si lo que se requiere es documentación mínima que permita realizar la calificación, en el caso concreto para la independización – según el Reglamento de Inscripciones del registro de Predios en sus artículos 41 y 42- era la presentación de planos, no se cumplía.

---

<sup>321</sup> Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo en General.-

Artículo 209.- Apelación:

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.



No obstante ello, mediante acuerdo del Septuagésimo Octavo Pleno del Tribunal Registral de la SUNARP, publicado por resolución de la Presidenta del Tribunal Registral N° 232-2011-SUNARP/PT que fue rectificada mediante Resolución N° 239-2011-SUNARP/PT, publicado el 21.11.2011 en el diario oficial El Peruano, se resolvió la inaplicación de los artículos 2 y 43-A, incorporados mediante Resolución 141-2011-SUNARP/SN, al considerar que:

#### Control de Constitucionalidad.

“Que, el inciso d) del artículo 2 del Reglamento General de los Registros Públicos, en el que se señala que la tacha especial regulada en el artículo 43A será irrecurrible y determina la finalización del procedimiento en sede registral, por contravenir la Constitución Política del Perú, bajo el fundamento de afectar los principios constitucionales del debido proceso administrativo y acceso a la jurisdicción”.

#### Control de Legalidad.

“Que, el artículo 43-A del Reglamento General de los Registros Públicos, dispone que en caso proceder la tacha especial el Registrador no efectuará la calificación integral del título, por contravenir el artículo 2011 del código civil, bajo el fundamento de afectar el principio de calificación registral”.

Fundamento de esto lo encontramos en la supuesta vulneración del debido proceso, el cual es abordado en el ámbito registral en su sentencia N.º 8605-2005-AA/TC, publicada del 10.5.2006, que señala *“Se reitera que el debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están*

*garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. El debido procedimiento administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto -por parte de la administración pública o privada- de todos los principios y derechos normalmente protegidos en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139º de la Constitución”*

Ahora bien, en aplicación del test de proporcionalidad podemos decir que la norma puede perseguir un fin válido dado que se busca la eficiencia del sistema, verificándose la existencia de una problemática en los casos de independizaciones de predios, en el que los usuarios no adjuntaban a su solicitud de independización, la información gráfica (planos de independización y ubicación), que son necesarias para una oportuna calificación, lo cual generaba observaciones y suspensiones de títulos posteriores.

Por lo que la finalidad de la resolución bajo comentario, es de viabilizar y garantizar la continuidad a los procedimientos registrales que permanecen en prolongada inactividad, evitando afectar el derecho de calificación registral a los demás títulos expectantes de inscripción.

La necesidad de implantar la tacha especial se generó para agilizar trámites inactivos que causaban retrasos innecesarios en la calificación de títulos posteriores. La proporcionalidad se generaría entre el plazo razonable en el derecho fundamental de petición, el derecho fundamental de la seguridad jurídica que involucra los principios básicos del sistema registral, y el debido procedimiento administrativo, que involucra el respeto a todas las garantías constitucionales y legales que implica el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva.

En este caso, habrían medidas menos gravosas para una sanción con los efectos de la tacha sustantiva especial y es que según la resolución “...*la tacha especial es irrecurrible, que implica la imposibilidad jurídica de impugnación ante el Tribunal registral deviene en inconstitucional, máxime si la propia ley de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos, ley 26366, ha establecido en su artículo 5 que el procedimiento registral mantendrán la primera y segunda instancia administrativa registral*”.

En razón de ello, dicha resolución No.141-2011-SUNARP/SN debería inaplicarse en los casos en concreto cuando se presente por los registradores públicos, dado que no podría ser –en principio- aplicable por parte del Tribunal Registral dado que el supuesto de tacha especial es irrecurrible.

#### **6.4.2 LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y EL DERECHO DE PROPIEDAD: NOTAS SOBRE EL CASO DE ABANDONO EN EL RIMAC**

Producto de un estudio realizado en el distrito de El Rímac y otros centros urbanos por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en los años 2005 y 2006 se promulgó la Ordenanza 121-2006-MDR.

Dicha norma tuvo por finalidad, dentro de la zona histórica del Rímac, la desprecarización de los derechos de propiedad en 370 fincas (casonas, quintas, callejones y /o corralones) de alta ruinosidad, abandonadas o bajo riesgo inminente de colapso, y la consecuente capitalización de 8.100 familias que

habitaban desde hace décadas dentro de dichas fincas en viviendas tugurizadas.<sup>322</sup>

Así pues, dicha Ordenanza tenía como fin la renovación urbana con inclusión social, estableciendo procedimientos para desprecuarizar la propiedad. En uno de ellos se encontraban los procedimientos de Declaración de Abandono dominial para programas de renovación urbana; Prescripción Adquisitiva de Dominio (a favor de los particulares o del Municipio); y Regularizaciones de oficio, contenidas en dos procedimientos: uno para edificaciones y otro para habilitaciones urbanas truncas. Luego, se encontraba el procedimiento para solicitar nuevas licencias de construcción, aplicable únicamente a las áreas construidas menores a 400 metros cuadrados.

De esta forma, al amparo de la Ordenanza 121-2006-MDR y del numeral 4 del Art. 968° del Código Civil, la Municipalidad de El Rímac inició el procedimiento de Declaración de Abandono Dominial sobre 31 fincas que congregaban 653 unidades de vivienda para igual número de familias.

No obstante ello, el registrador del Registro de Predios de Lima emitió tacha sustantiva contra el título que lo contenía (Nº 2006-00425386) cuestionando la competencia de la Municipalidad para emitir dicha norma *“no resulta competente para la expedición de dicho acto administrativo en razón de que importa el ejercicio de una función que no le ha sido conferida dentro del respeto al dispositivo legal que fija a su vez las competencias y materias dentro de las cuales los Gobiernos locales pueden expedir sus respectivas ordenanzas”*.

---

<sup>322</sup> La Ordenanza en mención logrará esta meta a través de la asignación de derechos de propiedad a favor de las asociaciones de vecinos que se han organizado en cada finca con la finalidad de asumir los derechos y obligaciones propios del dominio, y bajo la condición de desarrollar la renovación, rehabilitación o puesta en valor de cada inmueble.

El fundamento que esgrime es claro “(...) *la interpretación así esgrimida resulta contraria a la inviolabilidad que respecto del derecho fundamental de propiedad garantiza la norma constitucional siendo que su aplicación se constituiría, como tal, en un medio fácil e indebido (en nuestro concepto) de enervar el precepto constitucional prenotado, salteando así la prohibición contenida en el artículo 70 de nuestra Carta Política, la cual establece que nadie puede ser privado de su propiedad sino a través de un procedimiento expropiatorio.*”

El Registrador inaplicó la Ordenanza, dado que vulneraba la norma Constitucional al afectarse sustancialmente el Derecho de Propiedad.

#### **6.4.3 LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y LA REVERSIÓN DE LAS TITULARIDADES A FAVOR DEL ESTADO**

Existen contratos vigentes en los cuales mediante un acto de liberalidad el estado transfirió las titularidades sobre sus bienes a favor de ciertos ciudadanos a fin de que los mismos los destinen para un objetivo en particular.

En los contratos se estipuló que en caso de incumplimiento, el estado tenía el derecho potestativo de revertir dicha titularidad a su favor – en general – mediante Resolución Administrativa.

En un esquema tradicional de calificación, en el cual el principio de legalidad responde sólo a la dación de los actos administrativos, bajo la presunción de validez de los mismos, debería inscribirse de manera casi inmediata la decisión de la administración de hacer suya la cláusula de reversión, privándose de manera unilateral la titularidad de los verdaderos propietarios.

A fin de evitar ello, en principio las propias normas registrales protegen la titularidad mediante el requerimiento de adecuación por vulneración del

principio de tracto sucesivo,<sup>323</sup> o en algunos supuestos de incluso de prioridad Registral<sup>324</sup>. En caso de errores, se habilitará el resarcimiento a las víctimas.<sup>325</sup>

Asimismo, se tienen otros filtros que deberán verificar los funcionarios registrales a fin de proteger la propiedad, como que previamente se haya anotado como carga el derecho de reversión o, en todo caso, que el titular registral haya intervenido en el procedimiento de reversión<sup>326</sup>, a pesar de ser un acto administrativo bajo la presunción de validez.<sup>327</sup>

Lo contrario implicaría la privación indebida de los actuales propietarios vulnerando su derecho a la propiedad, lo cual está proscrito en nuestro ordenamiento.

---

<sup>323</sup> R. N° 1923-2009-SUNARP-TR-L.

<sup>324</sup> R. 106-2009-SUNARP-TR-A

<sup>325</sup> R. 182-2008-SUNARP-TR-T

<sup>326</sup> R. 129-2010-SUNARP-TR-T

<sup>327</sup> R. N°955-SUNARP-TR-L, R. N° 720-2008-SUNARP-TR-L R. N° 1842-2009-SUNARP-TR-L.

## CONCLUSIONES

1. En el Perú la calificación registral ha estado limitada históricamente al principio de legalidad, entendido como respeto absoluto a lo indicado en la Ley.
2. Con el redimensionamiento del principio de legalidad, la calificación también ha cambiado, dado que debe tomarse consideración los derechos fundamentales contenidos en la Constitución.
3. Así pues consideramos que no existen razones objetivas para limitar al Registrador Público el aplicar el control difuso.
4. En ese sentido, al reconocer nuestro ordenamiento como derecho fundamental a la propiedad, su privación o limitación deben ser materia de denegatoria en sede registral.

## CONCLUSIONES Y BALANCES FINALES

Iniciamos el presente trabajo con la premisa de que nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho, el cual recoge la supremacía de un texto constitucional, el control y la limitación del poder, y, el respeto y tutela de los derechos fundamentales.

En virtud de ello, el punto de referencia para cualquier ente estatal o ciudadano es la Constitución. Recordemos que (Prieto Sanchís, 2003, 114) “[l]os operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida en que aquella disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de modo permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional”

Así pues, hemos indicado que la administración pública también está obligada a privilegiar lo indicado en la Constitución sobre cualquier otra norma.

Ahora bien, consideramos que sólo se ha habilitado a los Tribunales Administrativos como a los Órganos Colegiados a aplicar el control difuso en sede administrativa por razones prácticas más que de fondo. Y es que sería arriesgado que cualquier funcionario pueda aplicar dicho mecanismo de control constitucional.

En el presente trabajo creemos haber dado argumentos para acreditar que el Registrador es un funcionario público, técnico, el cual a través de la calificación registral garantiza la publicidad registral de los derechos sustantivos de los ciudadanos.



Dicho profesional, debe realizar un estudio pormenorizado de los títulos que se le presentan, teniendo libertad de criterio a partir de lo establecido en el ordenamiento y siendo autónomo e independiente en su calificación.

Ahora bien, en la calificación de títulos que contienen afectaciones o actos de disposición de la titularidad de los derechos de propiedad, este debe realizar un estudio cuidadoso del título.

Esto porque la propiedad ya no es parte sólo material del derecho civil, sino que su fuente se encuentra en la configuración constitucional. Entonces, cualquier vulneración al derecho de propiedad por norma inferior, debe de inaplicarse a fin de no vaciar de contenido dicho derecho.

Tal como lo hemos señalado líneas arriba, los registradores vienen aplicando en algunos casos el control de constitucionalidad vía la observación de sus títulos (casos del Rímac y de reversión, entre otros).

Consideramos que el respeto y hacer respetar la constitución no es sólo de los órganos colegiados y tribunales administrativos, sino de todos los funcionarios públicos.

Sin embargo, desde un plano pragmático, sólo ciertos funcionarios por su labor podrían aplicar el control difuso, dentro de los cuales se encontrarían los registradores públicos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acevedo y Criado, Ismael. La institución del registro de la propiedad inmueble del Perú, sus antecedentes legales y formas más urgentes. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. Lima, 1959.
- Almeida Costa, Mário Julio de. Direito das obrigações. En *Derecho de las relaciones obligatorias. Lecturas seleccionadas y Traducidas para uso de los Estudiantes Universitarios*. León Hilario, Leysser. Lima: Jurista, 2007.
- Alvarez - Gendín, Sabino. El problema de las incompatibilidades de los funcionarios públicos. En *Revista de Administración Pública* N° 39, septiembre – diciembre, 1962.
- Álvarez Caperochipi, José Antonio. *El Registro de la Propiedad y el Sistema de Preferencias Crediticias*. Madrid: Comares, 1995.
- Álvarez Caperochipi, José Antonio. *Derecho inmobiliario registral*, segunda edición. Granada: Ed. Comares, 2006.
- Alvarez Rico, Manuel y González – Haba Guizado, Vicente Ma. *Administración y función pública en España*. Madrid: Prodhifi, 1992.
- Aragón Reyes, Manuel. *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
- Arruñada, Benito. *Sistemas de titulación de propiedad: un análisis de su realidad organizativa*. Lima: Palestra, 2004.
- Avendaño Valdez, Jorge. Apuntes de Derecho Registral. *Derecho: Órgano de la facultad de derecho* XIX. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1960.
- Balarezo, Teodoro. *Obligatoriedad de la inscripción inmobiliaria*. Tesis para optar por el grado de doctor en Derecho. Lima, 1930.
- Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos. Regime Jurídico dos funcionários públicos*. São Paulo: Editora dos tribunais, 1975.
- Barone, Giuseppe. Voce: “Discrezionalità. I) Diritto amministrativo.”

*Enciclopedia Giuridica del Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, 1989.*

- Battini, Stefano. *Il Personale*. En: *Trattato di Diritto Amministrativo a cura di Sabino Cassese. Diritto Amministrativo Generale*. Tomo primo. MILANO: Dott. A. Giuffrè editore, 2000.
- Beltrán Fustero, Luis. Rasgos más destacados del régimen jurídico de las propiedades de la Iglesia Católica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°408, 1962.
- Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo. Los agentes de la administración pública funcionarios y empleados. El dominio público*. Buenos Aires, La Ley, Tomo III, 1964.
- Bon, Pierre. *El estado constitucional del derecho de propiedad en Francia*. En: *Revista Chilena de Estudios*. Vol. 25, SF.
- Brahm García, Enrique. *Eigentum und Enteignung im Dritten Reich*. Steinbach. Taunus, 1985.
- Bullard Gonzales, Alfredo. *Kelsen de Cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas*. En *Themis*, No. 51, 2005.
- Bullard Gonzales, Alfredo. Conferencia brindada en la Zona Registral No. IX - Lima. *Derechos Reales Vs. Derecho de las Obligaciones*. 10.5.2011.
- Bustamante Alarcón, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Lima: Ara editores, 2001.
- Bustamante y Rivero, José Luis. *La Ideología de don Francisco García Calderón*. París: Descléem de Brouwer, 1946.
- Cabanillas Sánchez, Antonio. *La propiedad*. En: *Estudios en Homenaje a la profesora Teresa Puente*. Valencia: Departament de Dret Civil Univeritat de Valencia, 1996.
- Calamadrei, Piero. La illegittimità costituzionale delle leggi nel proceso civile. En Fernández Segado, Francisco. *El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: Crónica de un fracaso anunciado. Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo: Honrad – Adenauer-Stiftun, 1999.

- Cappelletti, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Giuffrè editore. Milán, 1979.
- Cárdenas Quirós, Carlos. Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil del Perú de 1984) *Folio Real, Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, año I, N° 3, noviembre, 2000.
- Carnevali, Ugo. Voz Mandato I)Diritto Civile. En: *Enciclopedia giuridica*, (Volume XIX), Roma: Istituto de la enciclopedia Italiana, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1990.
- Clarke Adams, John. El Derecho Administrativo Norteamericano. (Título original: Il diritto amministrativo americano. Cenni istituzionali di diritto amministrativo comparato, Zanichelli: Ed. Bologna, 1957, Traducción de Diosinio Petriella). Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1964.
- Corral García, Esteban. Los supuestos indemnizatorios y la Ley 16/2005 urbanística de Valencia. Capítulo 45. En *Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana*. La Ley Grupo Wolters Kluwer – El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2006.
- Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918 - 1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- Chico Y Ortiz, José María. *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*. Madrid: Marcial Pons, 1994.
- Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Traducción de Gómez de Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948.
- Chironi, Giampietro. *La culpa en el derecho civil moderno*. Traducción de la segunda edición italiana corregida y aumentada por C. Bernardo de Quirós. (Tomo II) Segunda edición, Madrid: Ed. Reus, 1948.
- Danós Ordoñez, Jorge E. Regulación jurídica de la función pública en el Perú. En *La profesionalización de la función pública en Iberoamérica. Informes y documentos*. Madrid: Instituto nacional de administración pública, 2002.

- De La Vallina Velarde, Juan L. Sobre el concepto de funcionario de hecho. En *Revista de la administración pública*, N°29, mayo-agosto, 1959.
- De Los Mozos, José Luis. La formación del concepto de propiedad que acoge el Código Civil. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°609, 1992.
- De Mena Y San Millán, José María. *Calificación registral de los documentos judiciales*. Barcelona: Bosch, 1985.
- De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. (2ª edición 7ª reimp.) Barcelona: Ariel, 1999.
- De Soto, Hernando. *El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo*. (Traducción de Mirko Lauer y Jessica Mc Lauchlan). Lima: El Comercio, 2000.
- De Trazegnies, Fernando. Presencia del Código de Napoleón en el Perú, los conflictos entre tradición y modernización. P. 261,262 En: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RCHD/article/viewPDFInterstitial/5138/5022>
- Delgado Scheelje, Álvaro. Aplicación de los principios registrales en la calificación registral. En *Ius et Veritas* N°18, junio, 1999.
- Diener, Roger. *Wandlung des Eigentumsbegriffs*. Deutsches Recht, 1935.
- Díez, Manuel María. *Derecho Administrativo III*. Buenos Aires: Plus ultra, 2ª edición, 1974.
- Díez - Picazo, Luis. *Sistemas de Derecho civil*, (Volumen III). Madrid: Tecnos, 1997.
- Dolle, Hans. *Bürgerliches Recht und Reichserhofsgesetz*, Hamburg, 1935.
- Duguit, León. *Las transformaciones del derecho. público y privado*. (Traducción por Adolfo G. Posada, Ramón Jaén y Carlos G. Posada) Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 1975.
- Eckert, Jörn En: *SCHULZE*, Reiner y otros. *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*. Nomos, 6a edición, 2009.
- Ehrenberg, Víctor. Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit, mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister. En: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Digitale Bibliothek des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Bd. 47 = 2.F. Bd. 11, 1904.

- Enzinger, Alfred. *Das Enteignungsrecht im nationalsozialistischen Staat*, Diss. München, 1935.
- Espinoza – Saldaña, Eloy. El control difuso: su ámbito de acción en el derecho comparado y sus alcances en el Perú. *Revista Jurídica del Perú*. Año LV N°62 Mayo/Junio, 2005.
- Esteban Morcillo, María José. La función del registrador y la seguridad jurídica. En *La calificación registral* (Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral), GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier (editor) (tomo I), *Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*. Madrid: Civitas, 1996.
- Evangelio Llorca, Raquel. *El ámbito de las relaciones de vecindad*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°659, 2000.
- Ferri, Giovanni Battista. *El negocio jurídico*, Traducción y notas de Leysser L. León. Lima: Ara Editores, 2002.
- Ferri, Luigi. *Lecciones sobre el contrato, Curso de derecho civil*, Traducción de Nélvor Carreteros Torres, Presentación, notas y edición por Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, Primera edición en castellano de la segunda edición italiana (1982). Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004.
- Fontana, Josep. *La crisis del Antiguo régimen 1808 – 1833. Guías de historia contemporánea de España*. Barcelona: Crítica, 1979.
- Friedman, Milton. *Preface: Economic Freedom Behind the Scenes*. In: *Economic Freedom of the World 2002 Annual Report*, edited by J. Gwartney and R. Lawson, xvii-xxi. Vancouver: Fraser Institute, 2002.
- Fukuyama, Francis *Confianza*. Buenos Aires: Atlántida, 1996.
- Gaceta Judicial: Diario de doctrina, legislación, jurisprudencia y crónica. Lima, 21.3.1891.
- GACETA JUDICIAL: Diario de doctrina, legislación, jurisprudencia y crónica. Lima, 21.3.1891.
- Galindo Camacho, Miguel. *Teoría de la administración pública*. México D.F.: Porrúa, 2000.

- Gallego Anabitarte, A. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la administración. En *Revista de Administración Pública*. N°34, Ene.-Abr. 1961.
- Gallego del Campo, Germán. Ideología y progresismo en la legislación hipotecaria del siglo XIX. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* N°574, mayo-junio, 1986.
- García Belaúnde, Domingo *Judicial Review in Peru: Its Origins, Development and Present Situation*. Obtenido el 20.1.2012 desde [http://www.garciabelaunde.com/articulos/Judicial\\_Review%20in\\_Peru.pdf](http://www.garciabelaunde.com/articulos/Judicial_Review%20in_Peru.pdf) 2007.
- García Calderón, Francisco. *Estudios sobre el Banco de Crédito Hipotecario y las leyes de hipotecas*, Lima, 1868.
- García de Enterría y Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I*. (9ª edición) Madrid: Civitas, 1999.
- García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. (3ª edición) Madrid: Civitas, 1988.
- García de Enterría, Eduardo. ¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? *Revista de la Administración Pública*. N° 124, enero – abril, 1991.
- García de Enterría, Eduardo. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Civitas, 2001.
- García García, José Manuel. La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. *Ponencias y Comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, (Tomo I) Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Centro de Estudios registrales, J. San José S.A., 1993.
- García García, José Manuel. La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Número conmemorativo de los 50 años de la reforma hipotecaria de 1944, N°625, noviembre – diciembre, 1994.
- García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. (Tomo 1) Madrid: Civitas, 1999.

- Garrido Falla, Fernando. Tendencias actuales en relación con el perfeccionamiento de las categorías superiores de la función pública. En: *Revista de la administración pública*. N°20, mayo – agosto, 1956.
- Garrido Falla, Fernando. La administración pública como objeto de ciencias jurídicas y no jurídicas. En: *Revista de la administración pública*, N°23, mayo – agosto, 1957.
- Gaudemet, P.M. La eficacia en el servicio civil británico. (Traducido por J.G.H.) En: *Revista de Administración Pública*. N°11, mayo-agosto, 1953.
- Gómez Gállico, Francisco Javier. La calificación registral en el pensamiento de Don Jerónimo González. Su vigencia actual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid: Colegio de Registradores de España N°619, noviembre – diciembre, 1993.
- Gómez Gállico, Francisco Javier. Análisis histórico de la calificación registral. En *La calificación registral. Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral*. Gómez Gállico, Francisco Javier (Editor). (Tomo 1) Madrid: Civitas. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996.
- Gómez Gállico, Francisco Javier. *La Calificación Registral. Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral*. (Tomo I). Madrid: Civitas, 1996.
- Gomez Gállico, Javier. *Revista Registradores de España*, N°42, enero – febrero III época, 2008.
- Gonzáles Barrón, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*. Segunda edición. Lima: Jurista editores, 2004.
- Gonzáles Barrón, Gunther. *Propiedad y derechos humanos. Superación del modelo liberal y codificado de la propiedad*. Lima: El Jurista Editores, No.6, 2011.
- González y Martínez, Jerónimo. Principio de Legalidad. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°32, febrero, 1927.
- Goodnow, Francisco J. Derecho Administrativo Comparado. Análisis de los sistemas administrativos de los Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania. MADRID: La España moderna – Tomo II, 19--.



- Grossi, Paolo. *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*. Civitas, Madrid, 1992.
- Guaita, Aurelio. El ascenso de los funcionarios públicos. En *Revista de Administración Pública* N° 39, septiembre – diciembre, 1962.
- Guerra Cruz, Guillermo. *Función pública. El personal al servicio del estado*. Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego de Trujillo, 1994.
- Guerra Martiniere, Margarita. *La ocupación de Lima (1881-1883)*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.
- Guevara Manrique, Rubén y Guevara Bringas, Rubén. *Derecho Registral*. (Tomo I) Lima: Horizonte, 1999.
- Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*. México: UNAM, 2001.
- Herrera Guerra, Carlos A. *La despublicación del derecho administrativo. El por qué y el cómo de la orfandad del administrado y usuario*. Lima: Instituto peruano de estudios sobre administración pública y el estado, 2004.
- Hoyos Henrechson, Francisco. *Temas fundamentales de derecho procesal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1987.
- Infante Lacouture, Jaime. *Apuntes sobre la carrera administrativa*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Tesis, 1985.
- *Informe Final. Estudio para la modernización progresiva de los registros públicos. Proyecto de análisis, planeamiento y ejecución de políticas (PAPI)* (Convenio USAID-Gobierno Peruano), 1994.
- Izquierdo Hernandez, Fco. Javier y Molina García, Mónica. *La laborización de los funcionarios públicos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.
- Jèze, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo. Tomo II Vol. 1. La noción de servicio público. Los agentes de la administración pública*. (Traducción directa de la 3ª edición francesa. Les principes généraux du droit administratif. París: Ed. Marcel Girard, 1930, por Julio N. San Millán Almagro) Buenos Aires: Ed. Depalma, 1949.
- Jiménez Horwitz, Margarita. *La protección del derecho de propiedad en el marco del convenio de Roma* (Sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2000, asunto ex-rey de Grecia

y otros c. Grecia) En: *Derecho Privado y Constitución* Núm. 15. Enero-Diciembre, 2001.

- Jordano Fraga, Jesús. *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997.
- Kemelmajer De Carlucci, Aída. *Calificación Registral de Documentos que tienen Origen en Decisiones Judiciales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España –Centro de Estudios registrales, 1996.
- Kresalja Rosselló, Baldo y Ochoa, César. *Derecho constitucional económico*. PUCP: Lima. Fondo Editorial, 2009.
- Kutscher, Hans. *Die Enteignung*. Stuttgart, 1938.
- Landa Arroyo, César. *El Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. (2ª edición) Lima: Palestra, 2003.
- Lange, Heinrich. *Liberalismus, Nazionalsocialismus und Bürgerliches Recht*. Tübingen, 1933.
- Larenz, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, segunda edición, Barcelona: Ariel, 2001.
- Lasagabaster Herrarte, Iñaki. *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid: Civitas, 1994.
- Lehmann, Heinrich. *Doctrina del nacimiento, extinción y modificación de los derechos, doctrina del supuesto de hecho. Tratado de Derecho Civil*. Traducción de José M. Navas. MADRID: Ed. Revista de Derecho Privado, volumen I, 1956.
- Lehmann, Heinrich. *Doctrina del nacimiento, extinción y modificación de los derechos, doctrina del supuesto de hecho. Tratado de Derecho Civil*. (volumen I). (Traducción de José M. Navas). Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1956.
- Leyva de Leyva, Juan Antonio. Planteamiento General de los Registros Públicos y su división en registros administrativos y registros jurídicos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Marzo - abril, N°591, 1989.

- Loewenstein, Karl. *Una antigua teoría: la separación de poderes*. En: Blancas Bustamante, Carlos, Landa Arroyo, César y Rubio Correa, Marcial. *Derecho Constitucional General. Selección de Lecturas de Derecho Constitucional*. (Tomo II). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1995.
- Löfeler, Carlos. *La guerra civil en el Perú*. (Traducción del alemán) Lima: *El comercio*, 10 de marzo, 1888.
- Lozano Paredes, Carlos. *Naturaleza jurídica de la función pública*. Lima: Pucp, Tesis, 1946.
- Madison, J. *Property*. In *The Writings of James Madison*, Vol. 6, 1790 -1802, edited by G. Hunt, 101-3. New York: G. P. Putnam's Sons, Nickerbocker, [1792] 1906.
- Martín - Retortillo Baquer, Sebastián. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*. Madrid: Civitas, 1996.
- Martín - Retortillo, Lorenzo. ¿Funcionarios Públicos por gracia del Partido? Consideraciones en torno a las relaciones entre funcionarios públicos y partidos políticos. En *Revista de Administración Pública* N° 39, septiembre-diciembre, 1962.
- Martín Mateo, Ramón. La inamovilidad de los funcionarios públicos. En: *Revista de Administración Pública* N° 51, septiembre – diciembre, 1966.
- Martínez de Pisón Aparicio, Iñigo. *Régimen jurídico de la función pública y el derecho al cargo*. Madrid: Civitas, 1995.
- Martínez Velencoso, Luz María. *La protección de los adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán: Caracteres y efectos de la Vormerkung*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°657, 2000.
- Méndez González, Fernando. La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del derecho. En *La Calificación Registral. Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral*. Gómez Gáligo, Francisco Javier (Editor), (Tomo I) Madrid: Civitas. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996.
- Méndez, Aparicio. *La teoría del órgano*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo Sección III LVIII, 1949.

- Merk, Walter. *Das Eigentum im Wandel der Zeiten*, Langensalza, 1934.
- Molitor, Erich y Schlosser, Hans. *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*. Traducción de Ángel Martínez Carrión. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A., 1980.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Concepto de constitución*. En: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. (Tomo I). Montevideo: Honrad – Adenauer- Stiftung, 2005.
- Monroy Gálvez, Juan. *Introducción al proceso civil* (Tomo I). Santa Fe de Bogotá: Temis – De Belaúnde & Monroy, 1996.
- Morales Hervias, Rómulo. La irrevocabilidad del poder. A propósito de un inútil debate jurídico. En *Revista Peruana de Jurisprudencia*, año 7, número 54, agosto, 2005.
- Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, (4ª edición), 2005.
- Müller – Freienfels, Wolfram. *Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt. Rechtsvergleichende Studien zur Stellvertretung*. Vittorio Klostermann GmbH Frankfurt am Main, 1982.
- Murillo Ferrol, Francisco. El régimen jurídico de la administración inglesa. En: *Revista de la administración pública*, N°1, enero – abril, 1950.
- Nieto, Alejandro. La condición política de los funcionarios federales en Alemania occidental. En: *Revista de la administración pública*, N° 30, setiembre – diciembre, 1959.
- Nieto, Alejandro. El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemana. En: *Revista de la administración pública*, N° 32, mayo – agosto, 1960.
- Ortega, Luis. La función pública en el ordenamiento histórico italiano. En: *Revista de administración Pública*. N°96, Septiembre-diciembre, 1981.
- Pacora Bazalar, Marco Antonio. *La calificación de las “partidas registrales provenientes de un registro administrativo. (A propósito del Registro de*

*Propiedad Vehicular y el tratamiento de la reconstrucción de antecedentes*).  
*Folio Real*, Año 2, N° 5, 2001.

- Palma, Ricardo. Una Hostia sin consagrar, *Tradiciones peruanas completas*, sexta edición. Madrid: Aguilar, 1968.
- Parada Vásquez, José Ramón. Los registradores de la propiedad (A propósito de la presentación del Libro “Práctica Hipotecaria”) En *La Calificación Registral (Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral)*. Francisco Javier (Editor). (Tomo 1) Madrid: Civitas. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996.
- Parada, Ramón. *Derecho Administrativo I Parte general*. Barcelona: Marcial Pons, 13ª edición, 2002.
- Parada, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. (15ª edición) Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- Pardo Márquez, Bernardo. *Derecho Registral Inmobiliario en el Perú*. Segunda Edición. (Tomo I). Lima: Huascarán, 1966.
- Pardo Núñez, Celestino. Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación de capital. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°623, julio-agosto, 1994.
- Pardo Nuñez, Celestino. “La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el derecho comparado”. En: Francisco Javier (Editor). *La Calificación Registral (Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral)*. (Tomo I). Madrid: Civitas. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996.
- Pareja de Alarcón. F. Planteamiento de la ley hipotecaria (Tomado del Faro Nacional N°182, 12.3.1861, p.113) En: Gómez Gállego, Francisco Javier (Editor). (Tomo 1) Madrid: Civitas. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996.
- Patrón Faura, Pedro y Patrón Bedoya, Pedro. *Derecho administrativo y administración pública en el Perú*. 8ª edición. Lima: Grijley, 2004.
- Pau Pedrón, Antonio. *Panorama del sistema inmobiliario alemán*. Madrid: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N°551, 1982.

- Pau Pedrón, Antonio. Efectos de la inscripción en la constitución de derechos reales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número conmemorativo de los cincuenta años de la reforma hipotecaria de 1944, noviembre – diciembre, N°625, 1994.
- Pau Pedrón, Antonio. *Bienvenido Oliver, en el pensamiento español del siglo XIX*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1997.
- Peces – Barba Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, 1999.
- Peña Bernaldo de Quirós, Manuel. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Segunda edición, Madrid: Sección de publicaciones de la universidad de Madrid, 1986.
- Perez Bonany, Alfonso. Manuel L. de Vidaurre. *Biblioteca Hombres del Perú*. Lima: Universitaria, 1964.
- Piras, Aldo. Voce: Discrezionalità amministrativa. En *Enciclopedia del Diritto*, N°XIII, Varese: Dott. A. Giuffrè edición, 1964.
- Pizarro Aranguren, Luis. *Reflexiones sobre el libro de registros públicos del Código Civil*. *Themis*, N° 30, 1994.
- Pose, Guillermo. *Régimen Jurídico de la Función Pública*. Buenos Aires: Ed. De Palma, 1985.
- Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- Pugliatti, Salvatore. *La trascrizione. La pubblicità in generale*. (Volume XIV, tomo I). Milano: Dott. A Giuffrè editore, 1957.
- Rodolfo Comadira, Julio. La profesionalización de la administración pública. En *La profesionalización de la función pública en iberoamérica. Informes y documentos*. Madrid: Instituto nacional de administración pública, 2002.
- Romaní Calderón, J. Carácter de la función calificadoradora ¿Es de naturaleza judicial o administrativa? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 26, febrero, 1927.

- Royo – Villanova, S. La formación de los funcionarios públicos. En: *Revista de Administración Pública* Nº 2, mayo – agosto, 1950.
- Rubio Correa, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. (Tomo 5). Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1999.
- S. Portocarrero, Felipe. *Curso de derecho administrativo del Perú*. Lima: Escuela Tip. Salesiana, 1944.
- Sanchez Morón, Miguel. *Derecho de la función pública*. Madrid: Tecnos, 2a edición, 1997.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General I*. Madrid: Iustel, 2004.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general I*. Madrid: Iustel, 2004.
- Santi Romano. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano: Giuffrè editore, 1983.
- Santi Romano. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano: Giuffrè editore, 1983.
- Sarria, Consuelo. Profesionalización de la Función Pública en Colombia. En: *La Profesionalización de la Función Pública en Iberoamérica*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002.
- Schmitt, Carl. *La defensa de la Constitución*. (Sánchez Sarto traducción). Madrid: Tecnos, 1983.
- Serrano Guirado, Enrique. Los actos del procedimiento de selección de funcionarios. En: *Revista de Administración Pública*, Nº8, mayo – agosto, 1952.
- Severo Giannini, Massimo. *Diritto amministrativo*. (Volume primo, 3ª edición) Milano: Giuffrè editore, 1993.
- Severo Giannini, Massimo. *Diritto amministrativo*. (Volume secondo, 3ª edición) Milano: Giuffrè editore, 1993.
- Tarazona Alvarado, Fernando. *La calificación registral y el control difuso*. En: *Actualidad Jurídica* Nº 155, Lima: Gaceta Jurídica, 2006.

- Thomas M. Cooley. *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, SF.
- Vélez García, Jorge. *Los dos sistemas del derecho administrativo. Ensayo de Derecho Público Comparado*. Santa Fe de Bogotá DC: Institución universitaria Sergio Arboleda, 2ª edición, 1996.
- Vidal Francés, Pablo. La problemática actual en la calificación registral. En: *La calificación registral. Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral*. Gómez Gállico, Francisco Javier (Editor). (Tomo 1) Madrid: Civitas. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996.
- Villar Palasí, José Luis y Villar Ezcurra, José Luis. *Principios del Derecho Administrativo I*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Sección de publicaciones tomo I, 3ª edición, 1992.
- Villares Picó, Manuel. Principios hipotecarios en la Ley de 1861. Sus antecedentes y evolución. (Curso de conferencias sobre derecho inmobiliario) En GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier (Editor). *La Calificación Registral Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral*. (Tomo I). Madrid: Civitas. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996.
- Villegas Basavilbaso, Benjamín. *Derecho Administrativo II. Estructura jurídica de la administración*. Buenos Aires: Tipográfica editora argentina, 1950.
- Villegas Basavilbaso, Benjamín. *Derecho Administrativo III. Instituciones Fundamentales (Primera parte) Servicios Público –Función Pública*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1951.
- Waldo, Dwight. *Administración pública. La función administrativa, los sistemas de organización y otros aspectos*. Mexico DF: Ed. Trillas, 1967.
- Weber, Werner. Presente y futuro del alto funcionario en Alemania. Traducción por Alejandro Nieto. En: *Revista de la administración pública*, N°39, setiembre – diciembre, 1962.
- Zagrebelski, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il mulino, 1977.



## **PÁGINAS ELECTRÓNICAS**

- Asociación Peruana de Derecho Administrativo  
<http://www.derechoadministrativoperu.com> obtenido el 10.12.2006.
- <http://buscon.rae.es/drael/> visitado el 9.12.2007.
- <http://www.clad.org.ve/cartaibero.pdf> obtenido el 7.2.2008.
- <http://www.larepublica.com.pe/content/view/126421/483/> obtenido el 21.5.2008.
- <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-58.html> obtenido el 7.2.2008.

## **RESOLUCIONES JUDICIALES**

- Resolución N° 3088-06 Lima
- Resolución N° 106-2009-SUNARP-TR-A
- Resolución N° 129-2010-SUNARP-TR-T
- Resolución N° 182-2008-SUNARP-TR-T
- Resolución N° 283-2009-SUNARP-SN
- Resolución N° 415-2004-SUNARP-SN
- Resolución N° 1923-2009-SUNARP-TR-L
- Resolución N° 955-SUNARP-TR-L
- Resolución N° 720-2008-SUNARP-TR-L
- Resolución N° 1842-2009-SUNARP-TR-L.
- Resolución N° 1592-2010-SUNARP-TR-L de 5.11.2010
- Resolución N° No. 210-A-2007-SUNARP-TR-L de 13.4.2007
- Resolución N° No. 269-2005-SUNARP-TR-L de 13.5.2005.
- Resolución N° 298-2005-SUNARP-TR-L de 25.5.2005.
- Resolución N° 557-2004-SUNARP-TR-L de 17.9.2004.
- Resolución N°. 694-2010-SUNARP-TR-L de 21.5.2010.
- Resolución de Tribunal Constitucional Exp. 4854-2005-AA/TC.
- Resolución N.º 0048-2004-AI/TC del 31.3.2005
- Resolución N° 141-2005-L
- Resolución N° 171-2005-L
- Resolución N° 194-2006-T
- Resolución N° 211-2006-T
- Resolución N° 252-2005-L
- Resolución N° 266-A-2006-L
- Resolución N° 33-2005
- Resolución N° 387-2005-L
- Resolución N° 58-2005-A
- Resolución N° 796-2006-L

- Resolución N° P003-98-ORLC/TR del 30.1.998.
- Resolución N° 279-97-ORLC/TR del 7.7.1997.
- Resolución N° 415-2004-SUNARP-SN
- Resolución No. 171-2007-SUNRAP-TR-A del 24.8.2007
- STC 5614-2007-PA/TC
- Resolución N° 008-2003-AI/TC publicado el 1.6.2005.
- Resolución N° 008-2003-AI/TC publicado el 1.6.2005.
- Resolución N° 5567-2006-AA/TC del 16.8.2006 publicado el 12.8.2007
- Resolución N° 0864-2009-PA/TC publicado del 22.9.2009
- Resolución N° 3741-2004-AA/TC.
- Resolución N° 7060-2006-PA/TC publicado el 24.5.2007.
- Resolución N° 2397-2003-AA/TC
- Resolución N° 2397-2003-AA/TC.
- Resolución N° 01735-2008-PA/TC