

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



TESIS

**LA PROHIBICIÓN DE PROHIBIR DISPONER
BIENES ENTRE LAS PARTES Y EL EJERCICIO
ABUSIVO DEL DERECHO EN EL ESTADO
PERUANO**

Para optar	: El título profesional de abogado
Autores	: Bach. Pinchi del Aguila Rander : Bach. Vargas Coronel Marlo Omar
Asesor	: Mg. Vivanco Nuñez Pierre Moises
Línea de investigación institucional	: Desarrollo humano y derechos
Área de investigación institucional	: Ciencias sociales
Fecha de inicio y de culminación	: 29-08-2022 a 12-01-2023

HUANCAYO – PERÚ
2023

HOJA DE JURADOS REVISORES

DR. POMA LAGOS LUIS ALBERTO

Decano de la Facultad de Derecho

DR. CHIPANA LOAYZA PIERRE

Docente Revisor Titular 1

MG. SANCHEZ CORDOVA GLORIA ROSA

Docente Revisor Titular 2

ABG. SANTIVAÑEZ CALDERON KATYA LUZ

Docente Revisor Titular 3

MG. HUALI RAMOS DE AFAN JESSICA PATRICIA

Docente Revisor Suplente

Dedicatoria

Esta Tesis la dedico con todo mi cariño a mi madre Elvira Rodríguez Upiachihua; que, a pesar de la distancia, siempre creyó en mí, pues me educo para ser un hombre de bien. Del mismo modo, dedico estas líneas a mi hijo Dilan, quien actualmente es mi motor y motivo, como impulso de superación.

(Rander Pinchi del Águila)

Quiero dedicar el presente trabajo a mi señor padre Ernesto Vargas Quincho, que desde el cielo me cuida, además, quien hizo de mí, una persona educada en valores. Asimismo, a mi señora madre Eladia Coronel Quispe, quien incondicionalmente me aconseja y me apoya en mis decisiones.

(Marlo Omar Vargas Coronel)

Agradecimiento

Primeramente, damos gracias a dios que nos permitirme esta efímera experiencia de la vida, y, sobre todo, de llegar a esta etapa. Asimismo, agradezco a esta institución “Universidad Peruana los Andes”, por permitirnos cursar sus aulas, que en dicho proceso obtuvimos una educación gratificante. Seguidamente, queremos agradecer al Mag. Pierre Vivanco, por su tiempo, sus conocimientos y su amabilidad para aclarar nuestras dudas.

Finalmente, es de agradecimiento mutuo. Gracias al compañerismo, la confianza y la empatía que cultivamos desde inicios de ciclo universitario. La perseverancia, es la capacidad que formamos para seguir adelante.



UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
 FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
 DIRECCIÓN DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



CONSTANCIA

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN POR EL SOFTWARE DE PREVENCIÓN DE PLAGIO
 TURNITIN

El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, hace constar por la presente, que el informe final de tesis titulado:

“LA PROHIBICIÓN DE PROHIBIR DISPONER BIENES ENTRE LAS PARTES Y EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO EN EL ESTADO PERUANO.”

**AUTOR (es) : RANDER PINCHI DEL AGUILA
 MARLO OMAR VARGAS CORONEL**
ESCUELA PROFESIONAL : DERECHO
FACULTAD : DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ASESOR (A) : MG. VIVANCO NUÑEZ PIERRE MOISES

Que fue presentado con fecha: **05/04/2023** y después de realizado el análisis correspondiente en el software de prevención de plagio Turnitin con fecha: **11/04/2023**; con la siguiente configuración del Software de prevención de plagio Turnitin:

- Excluye bibliografía.
- Excluye citas.
- Excluye cadenas menores a 20 palabras
- Otro criterio (especificar)

Dicho documento presenta un porcentaje de similitud de **13 %**

En tal sentido, de acuerdo a los criterios de porcentajes establecido en el artículo N° 11 del Reglamento de uso de software de prevención del plagio, el cual indica que no se debe superar el 30%. Se declara que el trabajo de investigación: Si contiene un porcentaje aceptable de similitud.

Se otorga la presente constancia a solicitud del interesado, para los fines convenientes.

Huancayo, 12 de abril del 2023.

Dr. Oscar Lucio Ninamango Solís
 DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN
 DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.

Contenido

Acta de aprobación de los jurados.....	ii
Dedicatoria.....	iii
Agradecimiento	iv
Constancia de Similitud.....	v
Resumen.....	xiii
Abstract.....	xiv
Introducción.....	xv
Capítulo I: Determinación del problema	19
1.1. Descripción de la realidad problemática	19
1.2. Delimitación del problema	22
1.2.1. Delimitación espacial.....	22
1.2.2. Delimitación temporal	22
1.2.3. Delimitación conceptual	23
1.3. Formulación del problema.....	23
1.3.1. Problema general	23
1.3.2. Problemas específicos.....	23
1.4. Justificación de la investigación.....	23
1.4.1. Justificación social.....	23
1.4.2. Justificación teórica	23
1.4.3. Justificación metodológica	24
1.5. Objetivos de la investigación.....	24
1.5.1. Objetivo general.....	24
1.5.2. Objetivos específicos	24
1.6. Hipótesis de la investigación	24
1.6.1. Hipótesis general.....	24
1.6.2. Hipótesis específica	25
1.6.3. Operacionalización de categorías.	25
1.7. Propósito de la investigación.....	25
1.8. Importancia de la investigación.....	26
1.9. Limitaciones de la investigación	26
Capítulo II: Marco Teórico	27

2.1. Antecedentes de la investigación.....	27
2.1.1. Internacionales.....	27
2.1.2. Nacionales.....	33
2.2. Bases teóricas de la investigación.....	39
2.2.1. Prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes.....	39
2.2.1.1. Aspectos generales.....	39
2.2.1.1.1. Contexto histórico.....	40
2.2.1.1.2. Derecho a la propiedad.....	42
A. Bienes muebles e inmuebles.....	42
B. Dominio público y propiedad privada.....	42
2.2.1.1.3. Naturaleza jurídica.....	43
A. Visión antagónica de la propiedad.....	44
A.1. Propiedad individualista.....	44
A.2. Propiedad socialista.....	44
B. Teorías jurídicas del derecho real.....	44
B.1 Teoría clásica: el derecho real como poder absoluto.....	44
B.2. Teoría personalista: El derecho real impone un deber universal de abstención.....	45
B.3. Teoría ecléctica: El derecho como poder absoluto que impone un deber universal de abstención.....	45
B.4. Teoría analítica: El derecho real como medio para proteger el bien individual en concordancia con el bien común a través de normas constitutivas y regulatorias.....	45
2.2.1.1.4. Definición.....	46
A. Legal.....	46
B. Doctrina.....	47
C. Internacional.....	47
D. Otras posturas.....	48
2.2.1.1.5. Función de la propiedad.....	49
2.2.1.1.6. Objeto de la propiedad.....	49
2.2.1.1.7. Características.....	49
A. Derecho real (ius in re própria).....	49

B. Exclusiva.....	49
C. Absoluta.....	49
D. Inviolable.....	50
E. Interés social.....	50
F. Perpetua.....	50
G. Abstracción.....	51
H. Elasticidad.....	51
2.2.1.1.8. Ejercicio abusivo del derecho propiedad.....	51
2.2.1.1.9. Adquisición de la propiedad.....	52
2.2.1.1.10. Transmisión de la propiedad.....	53
A. Transmisión de bienes muebles.....	53
B. Transmisión de bienes inmuebles.....	54
2.2.1.1.11. Derechos y prohibiciones del propietario.....	54
A. Derechos.....	54
A.1. Derecho a la posesión.....	54
A.2. Derecho a cercar.....	54
A.3. Derecho de deslinde y amojonamiento.....	55
A.4. Derecho de cortar ramas y raíces invasoras del predio.....	55
B. Obligaciones.....	55
2.2.1.2. Libertad de contratación.....	55
2.2.1.2.1. La libertad contractual.....	55
2.2.1.2.2. La libertad de contratar.....	57
2.2.1.2.3. Limitaciones a la libertad de contratación.....	58
2.2.1.2.4. El contrato.....	59
A. Naturaleza jurídica.....	59
A.1. Teoría de la oferta.....	59
A.2. Teoría de la gestión de negocios.....	59
A.3. Teoría de la adquisición directa del derecho.....	59
B. Definición.....	60
C. Tipos de contratos.....	61
C.1. Bilateral y unilateral.....	61
C.2. Gratuitos y onerosos.....	61

C.3. Conmutativos o aleatorios.....	61
C.4. Principales y accesorios.....	62
C.5. Nominados o innominados.....	62
C.6. Ejecución instantánea y de tracto sucesivo.....	62
C.7. Adhesión y de libre discusión.....	62
D. Elementos de existencia.....	62
D.1. El consentimiento.....	63
D.2. El objeto.....	63
D.3. La solemnidad.....	63
E. Elementos de validez.....	63
E.1. La capacidad.....	63
E.2. La ausencia de los vicios de voluntad.....	63
E.3. La forma legal.....	64
E.4. La licitud en el objeto-hecho, motivo o fin.....	64
F. El contrato como fuente de las obligaciones.....	64
2.2.1.3. Problemas en el artículo 882 del Código Civil.....	66
2.2.1.3.1. Restricciones de grabar y enajenar.....	66
A. Fundamento principal de la prohibición.....	67
2.2.1.3.2. Análisis del artículo 882 del C.C.....	68
A. ¿Qué entendemos por enajenar y gravar un bien?.....	69
2.2.1.3.3. Proyecto reforma de ley N° 05072.....	69
2.2.1.3.4. Análisis del artículo 101 de la Ley General de Sociedades....	69
2.2.1.3.5. Análisis del artículo 1001 del Código Civil respecto del plazo del usufructo.....	70
2.2.1.3.4. Restricciones convencionales.....	71
2.2.2. Abuso del derecho.....	73
2.2.2.1. Contexto histórico.....	73
2.2.2.1.1. El abuso del derecho dentro del derecho romano.....	73
2.2.2.1.2. El abuso del derecho dentro del common law.....	75
2.2.2.1.3. El abuso del derecho dentro de la normatividad latinoamericana.	76
2.2.2.2. Definición.....	77

2.2.2.3. Naturaleza jurídica.	79
2.2.2.4. ¿Cuándo existe abuso del derecho?.....	83
2.2.2.5. Criterios para su determinación.	84
2.2.2.5.1. Criterio objetivo.....	85
2.2.2.5.2. Criterio subjetivo.	86
2.2.2.5.3. Criterio ecléctico.	87
2.2.2.6. Presupuesto del abuso del poder.	88
2.2.2.7. Teoría del abuso del derecho.....	89
2.2.2.7.1. La naturaleza del acto abusivo.	90
2.2.2.7.2. Valoración del uso, del abuso y del ejercicio antisocial del derecho.	90
2.2.2.7.3. El ejercicio abusivo del derecho dentro del Código Civil peruano.	91
2.2.2.8. Diferencias con figuras afines.....	93
2.2.2.8.1. Con el fraude a la ley.....	93
2.2.2.8.2. Con el abuso de poder.	93
2.2.2.8.3. Con la doctrina de los actos propios.....	94
2.2.2.8.4. Con la técnica de ponderación de derechos.....	95
2.2.2.9. El abuso de derecho como principio general del derecho.....	95
2.2.2.10. En el derecho comparado.	96
2.2.2.10.1. Suiza.	96
2.2.2.10.2. Alemania.....	97
2.2.2.10.3. Portugal.....	98
2.2.2.10.4. España.....	99
2.2.2.10.5. Venezuela.	100
2.2.2.10.6. Brasil.....	101
2.2.2.10.7. Argentina.	101
2.3. Marco conceptual	102
Capítulo III: Metodología.....	105
3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica	105
3.2. Metodología.....	106
3.3. Diseño metodológico.....	107

3.3.1. Trayectoria metodológica.	107
3.3.2. Escenario de estudio.	107
3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.	108
3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.	108
3.3.4.1. Técnica de recolección de datos.	108
3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.	108
3.3.5. Tratamiento de la información.	109
3.3.6. Rigor científico.	110
3.3.7. Consideraciones éticas.	110
Capítulo IV: Resultados	112
4.1. Descripción de los resultados	112
4.1.1. Análisis descriptivo de los resultados del primer objetivo.	112
4.1.2. Análisis descriptivo de los resultados del segundo objetivo.	129
4.2. Contrastación de las hipótesis.	131
4.2.1. Contrastación de la primera hipótesis.	131
4.2.2. Contrastación de la segunda hipótesis.	139
4.2.3. Contrastación de la hipótesis general.	142
4.3. Discusión de resultados	143
4.4. Propuesta de mejora	147
Conclusiones	148
Recomendaciones	149
Referencias bibliográficas	151
Anexos	160
Anexo 1: Matriz de consistencia	161
Anexo 2: Matriz de operacionalización de categorías.	162
Anexo 3: Matriz de la operacionalización del instrumento.	163
Anexo 4: Instrumento de recolección de datos.	164
Anexo 5: Validación de expertos del instrumento	166
Anexo 6: Solicitud dirigida a la entidad donde recolecto los datos	166
Anexo 7: Documento de aceptación por parte de la entidad donde recolectara los datos.	166

Anexo 8: Consentimiento o asentimiento informado de las personas encuestadas o entrevistadas	166
Anexo 9: Constancia de que se aplicó el instrumento de recolección de datos	166
Anexo 10: Evidencias fotográficas.....	166
Anexo 11: Declaración de autoría	167

Resumen

El presente trabajo tiene como **objetivo general** analizar la manera en que la prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho, como **pregunta general**: ¿De qué manera la prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano?, como **hipótesis general** que la prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes se relaciona de manera positiva con el ejercicio abusivo del derecho, como **método de investigación** se sigue el enfoque cualitativo teórico de corte propositivo, como postura epistemológica jurídica sigue escuela iuspositivista, y el uso de la interpretación exegética, como escenario de estudios al ordenamiento jurídico nacional, como técnica e instrumento de recolección de datos la observación documental y las fichas de cita, usando la argumentación jurídica para su tratamiento, el rigor científico se sustenta en el método iuspositivista. El **resultado** más relevante fue la prohibición de prohibir disponer bienes entre los contratantes no se encuentra ajustada a la libertad contractual de las partes, la **conclusión** fue que se ha demostrado la existencia de una relación positiva entre la prohibición del art. 882 del C.C con el ejercicio abusivo del derecho, la **recomendación** es la reforma del art. 882 del Código Civil, a fin de que ya no se siga ejerciendo abusivamente el derecho de prohibición por parte del Estado.

Palabras clave: La prohibición de disponer bienes, la propiedad, la libertad contractual, la libre circulación de bienes, el abuso de derecho.

Abstract

The present work has as a **general objective** to analyze the way in which the prohibition of prohibiting the disposition of goods between the parties is related to the abusive exercise of the right, as a **general question**: How does the prohibition of prohibiting the disposition of goods between the parties relate to the abusive exercise of the right in the Peruvian State?, as a **general hypothesis** that the prohibition of prohibiting disposing of assets between the parties is positively related to the abusive exercise of the right, as a **research method**, the theoretical qualitative approach of prepositive court is followed, As a legal epistemological position, it follows the positivist school, and the use of exegetical interpretation, as a scenario for studies of the national legal system, as a technique and instrument for data collection, documentary observation and citation records, using legal argumentation for its treatment, scientific rigor is based on the positivist method. The most **relevant result** was the prohibition of prohibiting disposing of goods between the contracting parties is not adjusted to the contractual freedom of the parties, **the conclusion** was that the existence of a positive relationship between the prohibition of art. 882 of the C.C with the abusive exercise of the right, **the recommendation** is the reform of art. 882 of the Civil Code, so that the right of prohibition is no longer abusively exercised by the State.

Keywords: The prohibition of disposing of assets, property, contractual freedom, free movement of assets, abuse of rights

Introducción

La presente tesis que tiene por título: “La prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes y el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano”, la cual tiene la finalidad de modificar el artículo 882 del Código Civil, a fin de evitar que el Estado siga ejerciendo abusivamente el derecho a prohibir enajenar o gravar los bienes entre las partes contractuales, vulnerando el derecho a la libertad contractual de las partes que brindan su libre manifestación y voluntad de acceder a dichos términos.

En cuanto, a la **metodología paradigmática** que siguió la presente tesis, tenemos que el enfoque metodológico que siguió es el cualitativo teórico de corte propositivo, con una postura epistemológica iuspositivista en base a que se investigó de manera analítica el derecho material denominado prohibición de prohibir disponer los bienes entre las partes regulado en el artículo 882 del Código Civil peruano y su relación con el ejercicio abusivo del derecho, así como también se hizo uso de la información recabada de la doctrina jurídica, normas nacionales e internacional con relevancia al tema tratado, mismas que fueron recabadas mediante la técnica de observación documental con el uso del instrumento de fichas textuales y de resumen, el tratamiento que se les dio fue mediante el uso de la **argumentación jurídica** a fin de analizar, contrastar y discutir los resultados.

En el **primer capítulo**, se ha desarrollado la problemática encontrada en la realidad que fue materia de análisis en el presente trabajo de investigación, la delimitación, la justificación, el objetivo general y específicos, las hipótesis planteadas, así como el propósito y los límites que ostentan la presente.

La presente tesis ha señalado como problema general: ¿De qué manera la prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano?, como objetivo general: Analizar la manera en que la prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano, teniendo como hipótesis general que: La prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes **se relaciona de manera positiva** con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano.

Dentro del **segundo capítulo**, vamos a desarrollar el marco teórico de la presente investigación, la cual contienen los antecedentes donde se desarrollaron trabajos de investigación que tenga relación con la presente investigación, las bases teóricas donde se desglosara a las variables y subvariables a fin de tener un sustento sólido y el marco conceptual donde se definirán las palabras claves del presente trabajo, a fin de brindar una mayor comprensión del enfoque que tiene el presente trabajo.

En el **tercer capítulo** se trata la metodología que siguió la presente investigación, donde se fundamenta el enfoque metodológico, la postura epistemológica que se siguió, la metodología paradigmática, el escenario de estudio, el diseño de investigación, la trayectoria metodológica, las técnicas de recolección, así como el instrumento que se usó para la recabación de datos.

Dentro del **cuarto capítulo** se va a desarrollar el (a) análisis, (b) contrastación y (c) discusión de resultados, donde (a) se describe de manera analítica los resultados más resaltantes recabados para la presente investigación, siendo los más resaltantes los siguientes:

- La propiedad es una de las ramas más relevante de los derechos reales que versan sobre el bien o el patrimonio de las personas, es así que el mismo tiene sus inicios dentro de la palabra latina *res mea est* la cual hace referencia a que la cosa es mía, como nos señala Arias (1986, p.233) la propiedad desde el derecho romano era comprendido como el derecho que otorga al propietario de un bien el disponer, usar y gozar como el gusta de la cosa o res, estableciendo la *ius fruendi*, *el iu disponendi*, y *el ius abutendi*, que hace referencia al derecho de disfrute, uso, disposición, y el de abusar de su propio bien.
- La naturaleza jurídica de la propiedad desde su enfoque individualista habla sobre que el hombre tiene la libertad de decidir sobre sus cosas y sus acciones a través de los privilegios de adquirir, disponer, disfrutar, la cual responde a la libertad que tiene la persona, esta posición se basa en la retribución del esfuerzo individual de la persona.
- El contrato dentro de nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulado en el artículo 1351 del Código Civil, donde señala que el contrato es el pacto

entre dos o más personas, dando alusión a que el contrato puede ser realizado por un mínimo de dos personas o más, además de ello señala que el pacto será con la finalidad de regular, modificar, crear o extinguir relaciones jurídicas económicas o patrimoniales entre ellas.

- La adquisición de una propiedad, puede darse mediante negocios jurídicos o legales de traslación o radicación del bien, como nos señalan dentro del artículo , p. 929 del Código Civil la apropiación regulada por la ley se da por la caza, pesca, por la apropiación de las cosas libres, hallazgo, la adquisición de la propiedad también se puede dar por especificación y mezcla la cual se encuentra regulada dentro del artículo 937 del Código Civil, que consiste en mezcla de derechos de propiedad con otros dueños; o por accesión como señala el artículo 938 del Código Civil que hace referencia a que el propietario se hace dueño o adquiere lo que se incorpora o adhiere a su propiedad, sin importar la artificialidad o naturalidad de las accesiones; La adquisición de bienes tramiten puede ocurrir mediante transmisiones de bienes muebles o inmuebles; también mediante prescripción adquisitiva cuando se cumple lo regulado dentro del artículo 950 del Código Civil.
- Por gravamen debemos entender cuando se establece alguna afectación o carga al bien, patrimonio, riqueza o propiedad que pertenece a una persona natural o jurídica; además debemos precisar que a través del gravamen se establece una garantía al acreedor con respecto al crédito bancario o personal que este brinda al favor del acreedor, la misma se diferencia de la carga en base a que normalmente cuando se grava un bien este puede culminar con el remate del mismo cuando no se ha cumplido con cumplir con el crédito brindado por parte del deudor.

Posterior a ello, se pasa a (b) a fin de contrastar los resultados obtenidos con las hipótesis planteadas en la presente investigación, primero pasando a contrastar las hipótesis específicas para posteriormente determinar si se ha confirmado o negado la hipótesis general, y en base a ello desarrollar la discusión de los resultados obtenidos con el fin de señalar la propuesta de solución que evitara que

la prohibición de prohibir disponer los bienes entre las partes se siga ejerciendo de manera abusiva.

Por último, se presentarán las conclusiones a las que se llegó con el presente trabajo, así como las recomendaciones a las que se arribó con el desarrollo de la presente investigación.

Esperamos que el presente trabajo puede ser útil para futuras investigaciones o proyectos de reformas legislativas para identificar el problema señalado y se modifique el artículo 882 del Código Civil a fin de evitar que se siga ejerciendo de manera abusiva.

Los autores.

Capítulo I: Determinación del problema

1.1. Descripción de la realidad problemática

Desde épocas memorables hasta la actualidad la propiedad es estudiada minuciosamente dentro de los diversos campos del derecho civil, comercial, empresarial y otros, que velen sobre el ámbito patrimonial de la persona, es más incluso Pipes (1999, p. 363) decía que la naturaleza jurídica de la propiedad ha nacido del instinto de la persona que se fundamenta en la frase “lo mío es mío y lo tuyo es tuyo”, es así que como el ser humano desde épocas antiguas tenía dicho instinto ha tratado de mejorar el campo del derecho a fin de regular y proteger sus propiedad, ya que, la frase señalada muchas veces puede generar diversas controversias entre definir qué cosa es mía y qué cosa es tuya, así es como han nacido muchas de los derechos, figuras e institutos jurídicos dentro del ordenamiento jurídico que regulan dichos comportamiento con la finalidad de proteger el derecho propio y la evolución de la sociedad.

Así es que a través del tiempo el legislador ha establecido diversas posturas con respecto a ella, por ejemplo con el nacimiento del Estado como ente protector de la sociedad, se busca que el mismo proteja los negocios jurídicos que tengan sus ciudadanos, pero se debe tener presente que el conflicto vino en cuál sería el papel del Estado dentro de ello, algunos señalaban la necesidad de un intervención necesaria del Estado, mientras otros postulaban que el Estado no puede ser inquisitivo, sino más bien debe constituirse en el papel de regulador externo, ello quiere decir que el Estado debe intervenir a través de sus órganos estatales con el fin de asegurar la subsistencia y evolución de la sociedad.

Por ello al hablar sobre una terminología jurídica como es la propiedad, es menester que el Estado sea un ente regulador a través del legislador, quien brindara las normas necesarias para que la sociedad cambie y se desarrolle, pero a la actualidad vemos que todavía existen muchas falencias por parte del mismo, ya que, suele brindar o ha brindado normativa que vulnera los derechos de los ciudadanos, bajo fundamentos que a simple vista parecieran encontrarse dentro de los parámetros que busca la sociedad y el derecho, pero al hacer un estudio más profundo de ello denota que dichos fundamentos son muy paradójicos.

Es en base a ello es que el **diagnóstico del problema** que se encontrado en la realidad actual, radica en la aplicación del término “(...) salvo que la ley lo permita.”, que establece el artículo 882 del Código Civil peruano misma que regula la prohibición de prohibir enajenar o gravar bienes de manera contractual, viendo desde la postura del legislador podemos señalar que el fundamento del artículo en cuestión deviene en la libre circulación de bienes, estableciendo que al establecer la prohibición de enajenar o gravar los bienes a futuro entre los contractuales puede generar un estancamiento de la circulación de los bienes dentro de la sociedad.

Postura que es señalada por muchos autores como Penteadó (2008, p. 216) quien señala que la razón de la existencia de la hipótesis en cuestión viene bajo un fundamento socialista, en base a si entre las partes se imponen cláusulas de deberes de actuación con respecto al objeto que es materia del contrato a futuro evitara que este pueda genere beneficios a futuro para la colectividad y el interés social.

En este último sustento dogmático jurídico señalado podríamos ver cierto fundamento valido para el derecho, más teniendo presente que una vez realizada el contrato de transferencia de derecho de un bien este pasa a ser derecho del receptor, por lo que, el emisor del contrato no puede establecer cláusulas prohibitivas de enajenar o gravar su bien, desde ese punto ya vemos la existencia de un problema relevante para el sistema contractual actual, ya que, como sabemos este sistema se basa en un conjunto de principios y normas, dentro de las cuales tenemos a la libertad contractual que no es otra cosa que el poder jurídico que la norma le ha otorgado a las personas para que estas tengan libertad plena de contratar o no contratar, además de determinar la materia del contrato, fijar su contenido y decidir con quien va a contratar, y justamente en ello es que hemos encontrado la problemática del caso al no respetar los interesas de las contratantes, claro siempre en cuando no sean irrazonables las cláusulas de las partes y contravengan los intereses de terceros.

A lo señalado, el **pronóstico del problema** (repercusión negativa) es que al establecer la prohibición de prohibir de enajenar o gravar los bienes entre las partes, salvo que la ley lo permita, ha devenido en un ejercicio abusivo del derecho hacia los contratantes, más si se tiene en cuenta que no se está respetando la voluntad de las partes contractuales.

Por consiguiente, la misma ley estaría ejerciendo de manera abusiva su derecho de prohibir disponer los bienes entre las partes contractuales, así como el derecho a la libertad contractual de las partes que contiene la voluntad de los contratantes, por lo que, el derecho de la propiedad del bien al no permitir que se disponga cómo el antiguo y nuevo propietario deseen pactar, más aún bajo supuestos jurídicos de que prohibir determinadas cláusulas que no atenten a terceros y estén de acuerdo las partes, además de ser razonables, se estaría atentando contra los interés público, las buenas costumbres y el orden público, sustento que sí sería válido para los contratos que sí sean considerados ilegales o simulados, cuestión que no se configura en el presente caso.

A lo acotado, **el control del pronóstico** (solución) que se plantea para la presente problemática es la modificación o reforma del artículo 882 del Código Civil peruano, ello mediante la previa consideración de la libertad contractual y voluntad contractual que tengan las partes contratantes, a fin de que se evita que se el Estado y la norma se siga ejerciendo abusivamente, ya que, al establecer la negatividad o prohibición por parte del estado se está disponiendo de la libertad que tienen los contratantes dentro del ámbito privado.

Con respecto a los trabajos de investigación recabados dentro campo internacional, tenemos a Carrió (2017) con su trabajo de investigación titulado “Hasta que la muerte los separa. Legítima, derecho de propiedad y prohibición de disponer del titular de los bienes: Un ejemplo práctico de inconsistencia normativa” el cual tuvo el objetivo de estudiar a la legítima, la propiedad con respecto a la herencia, del mismo modo tenemos el trabajo de investigación titulado “derecho de propiedad intelectual en Panamá” realizado por Valiente (2022) el cual tenía la finalidad de estudiar el panorama de la propiedad intelectual con respecto a su constitución y los derechos de propiedad intelectual de los ciudadanos.

Con respecto, de las tesis nacionales se ha encontrado al desarrollado por Vargas (2019), tesista que desarrollo la tesis titulada “Los reglamentos técnicos como restricciones al comercio contrarios al principio de libre circulación de mercancías consagrado en el Acuerdo de Cartagena” el cual tenía la finalidad de estudiar los reglamentos técnicos que son aprobados por los miembros de la Comunidad Andina – CAN, mediante las cuales se han impuesto restricciones al

comercio vulnerando el principio de libre circulación regulado en los artículo 73 y 72 del Convenio de Cartagena, así mismo, tenemos la tesis de investigación desarrollada por Rodríguez (2020) titulada “El ejercicio abusivo del derecho como sustento de contradicción en los procesos de ejecución de garantías reales” el cual tuvo la finalidad de investigar la contradicción regulada en el artículo 690 – D del Código Procesal Civil, y evitar que el ejecutante siga ejerciendo abusivamente basándose en los supuestos de uso de contradicción para que el magistrado le brinde las garantías.

Dentro de las tesis citadas podemos ver que los tesisistas han tenido la finalidad de investigar a las figuras de propiedad, libre circulación de bienes, la herencia, el abuso de derecho, entre otros que tienen cierta relación con el presente trabajo, pero dentro de los mismos no se ha investigado sobre la relación existente que existe entre la prohibición de prohibir disponer los bienes entre las partes y la figura del ejercicio abusivo del derecho que se estaría dando por parte de la ley.

Entonces, habiéndose comprendido la problemática encontrada es que planteamos la siguiente interrogante: ¿De qué manera la prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano?

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial

La delimitación espacial se centra en el espacio en el que se realizará un trabajo de investigación, y al ser el presente uno de naturaleza teórico jurídico, nos centraremos en el estudio y análisis de las variables a ser desarrollada, las cuales son: la prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes regulada por el artículo 882 del Código Civil y el ejercicio abusivo del derecho, normas que son de aplicación nacional.

1.2.2. Delimitación temporal

La delimitación temporal del presente trabajo se centra en el uso de toda la información relevante y actual, que encontraremos dentro de las leyes, normas, reglamentos, u otros, ello teniendo presente que la problemática hallada fue encontrada en la actualidad dentro del ordenamiento jurídico actual, eso es hasta el presente año 2022.

1.2.3. Delimitación conceptual

Las dos variables que serán objeto de análisis en la presente investigación son: la prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes regulado dentro del artículo 882 del Código Civil peruano y el ejercicio abusivo del derecho, todo ello desde un corte teórico siguiendo los parámetros de la escuela positivista – dogmático.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general

- ¿De qué manera la prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano?

1.3.2. Problemas específicos

- ¿De qué manera la prohibición de prohibir disponer bienes **enajenando** entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano?
- ¿De qué manera la prohibición de prohibir disponer bienes **gravando** entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano?

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Justificación social

El aporte jurídico que brindara a la sociedad el presente trabajo se centra en que las partes podrán pactar cláusulas de prohibir la venta o gravar un bien inmueble en tanto exista una voluntad razonable del por qué desean pactar ello, así como también brindar un aporte para los litigantes, legisladores y otros, a fin de que se evite que el Estado la realización del ejercicio abusivo del derecho por parte de la ley en el caso señalado, señalando las deficiencias y faltas encontradas dentro del artículo 882 que regula la prohibición de prohibir disponer libremente los bienes entre las partes contratantes.

1.4.2. Justificación teórica

La presente investigación jurídica busca brindar un aporte teórico jurídico con el mejoramiento normativo del artículo 882 del Código Civil peruano, a fin de evitar que se continúe con la negatividad o prohibición de poder disponer de los bienes impuesta por parte del Estado, vulnerando la libertad contractual que rige

los negocios jurídicos realizados dentro del ámbito privado. Por eso, mismo la presente investigación brindara aportes teórico jurídicos relevantes para el derecho civil, incorporando condiciones bajo fundamentos jurídicos que favorezcan la libre circulación de bienes entre las partes.

1.4.3. Justificación metodológica

Con respecto a la justificación metodológica, es preciso señalar que la presente investigación no brindara ningún aporte metodológico, ya que, se hará uso de métodos de investigación ya preestablecidos en otras investigación, así como las técnicas e instrumentos que se usarán para recabar la información que se usara, todo ello se sustenta en que el presente trabajo es una investigación de enfoque cualitativo – teórico, donde se investigara la relación existente entre la prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes con la figura del ejercicio abusivo del derecho, mismo que se encuentran reguladas dentro de la norma civil y la constitución que regula nuestro ordenamiento jurídico peruano.

1.5. Objetivos de la investigación

1.5.1. Objetivo general

- Analizar la manera en que la prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano.

1.5.2. Objetivos específicos

- Identificar la manera en que la prohibición de prohibir disponer bienes **enajenando** entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano.
- Determina la manera en que la prohibición de prohibir disponer bienes **gravando** entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano.

1.6. Hipótesis de la investigación

1.6.1. Hipótesis general

- La prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes **se relaciona de manera positiva** con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano.

1.6.2. Hipótesis específica

- La prohibición de prohibir disponer bienes enajenando entre las partes **se relaciona de manera positiva** con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano
- La prohibición de prohibir disponer bienes gravando entre las partes **se relaciona de manera positiva** con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano.

1.6.3. Operacionalización de categorías.

Categorías	Sub-Categorías	Indicadores	Ítems	Escala instrumento
La prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes	Enajenar	Al ser un estudio cualitativo teórico jurídico de carácter propositivo, se puede privar de indicadores, ítems y la escala de los instrumentos de recolección de datos, ya que las mismas solo se utilizan cuando se hace un trabajo de investigación de campo		
	Grabar			
El ejercicio abusivo del derecho	Criterio objetivo			
	Criterio subjetivo			

La categoría 1, está compuesta: “La prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes” la cual se relaciona con la categoría 2: “El ejercicio abusivo del derecho” con el fin de hacer brotar las siguientes preguntas específicas:

- **Primera pregunta específica:** Subcategoría 1 de la categoría 1 (La prohibición de prohibir disponer bienes enajenando entre las partes) + la categoría 2 (el ejercicio abusivo del derecho)
- **Segunda pregunta específica:** Subcategoría 2 de la categoría 1 (La prohibición de prohibir disponer bienes gravando entre las partes) + la categoría 2 (el ejercicio abusivo del derecho)

1.7. Propósito de la investigación

La finalidad o propósito de realizar la investigación se centra en demostrar si existe o no una relación entre la prohibición de prohibir disponer bienes entre las

partes regulada dentro de la última parte del artículo 882 del Código Civil peruano con el ejercicio abusivo del derecho, con la finalidad de modificar el término que permite hacer un ejercicio abusivo por parte de la ley, para que consecuentemente se evite los daños que se producen a los contratantes al prohibir disponer sus bienes libremente como ello consideren.

1.8. Importancia de la investigación

Radica en que a la fecha no existe ningún estudio, investigación, norma, legislación u otro que evite que la ley se siga ejerciendo abusivamente, establecimiento la prohibición de prohibir disponer los bienes de manera libre entre las partes contratantes, salvo que la ley lo permita; pese a que la ley la Constitución nuestra norma con mayor rango jurídico dentro de nuestro ordenamiento prohíbe realizar abusos de derecho.

1.9. Limitaciones de la investigación

Entre las limitaciones más relevantes que se ha presentado en el transcurso de la presente investigación, tenemos a la falta de expedientes judiciales, sentencias, entre otros, que permitan el análisis de los fallos adoptados por los jueces especializaste con respecto al tema de libre disposición de bienes y abuso de derecho.

Capítulo II: Marco Teórico

2.1. Antecedentes de la investigación

2.1.1. Internacionales.

Desde un punto de vista internacional tenemos el artículo de investigación denominado “Hasta que la muerte los separa. Legítima, derecho de propiedad y prohibición de disposición del titular de los bienes: Un ejemplo práctico de inconsistencia normativa” por Carrió (2017), publicada en la revista DOXA cuadernos de filosofía del derecho, en la ciudad de Barcelona-España; la cual tiene el propósito de examinar la institución jurídica de la legítima respecto de la relación entre los derechos de herencia y de propiedad, así como la disyunción de la titularidad. Ello guarda relación con nuestra investigación, debido a que, se pretende configurar una idea clara de lo que, conlleva hablar sobre la propiedad y como es la transmisibilidad de la misma. De ahí que, el autor arriba a los siguientes puntos para precisar lo transmitido:

- La legítima es una figura que tiene mucha importancia para la comunidad española, sin embargo, siempre estará sujeta a modificación, pues extinguirla sería una cuestión que acarrearía problemas para la sociedad.
- La herencia y la propiedad tienen idéntica titularidad, pues el texto constitucional de España configura a la propiedad con una característica que es, la de ser un derecho subjetivo, ya que, no tiene causas de restricción justificada para los fines mismos.
- El autor plantea que existe una inconsistencia respecto de la figura jurídica de la legitimidad, debido a que, no se ha hecho un análisis escrupuloso en la praxis con el fin de percibir los errores legales, ni las soluciones constructivas.

El presente artículo de investigación carece de una metodología de investigación, por lo que, dejamos el link en la bibliografía para que el interesado pueda corroborar lo acotado.

Otro es el artículo de investigación titulado “Las restricciones a la libre circulación de las personas UE durante la era COVID-19: Hacia un futuro incierto”, por Martín (2020), publicado en la revista iberoamericana de filosofía, política, humanidades y relaciones internacionales, en España; la cual tiene el propósito de

estudiar la inadecuación del marco legal en relación a la libre circulación de personas sobre la coyuntura del COVID-19 en la Unión Europea y derecho internacional. El presente artículo de investigación acotado se relaciona a la nuestra, toda vez que, el marco regulador de la libre circulación no tenga un efecto a largo plazo, pues afecta un derecho primario. Entonces, el autor del artículo determina de manera precisa bajo los siguientes supuestos:

- El coronavirus es una crisis global, y claro ejemplo de que, la libre circulación de personas no coincide con la integración de medidas que, muchas veces se tiene prevista.
- Es discriminatorio y opresor no preservar derechos inherentes, asimismo, el mecanismo de control de los tribunales nacionales del TJUE y demás jurisdicciones debe respetar a la ciudadanía europea.
- La libre circulación debe exigir armonizar decisiones estructurales con mecanismos operativos. Asimismo, las medidas de restricción de la libre circulación deben obedecer criterios uniformes; con la finalidad de que sean útiles y contribuyan a la situación de una crisis, problemática o decadencia de las futuras generaciones.

El presente artículo carece de una metodología de investigación, por lo tanto, remitimos el link en la parte correspondiente para la corroboración por parte del interesado.

Otro artículo de investigación a nivel internacional es el denominado “Derecho de propiedad intelectual en Panamá”, por Valiente (2022), en la revista anuario de derecho, en Panamá; la cual tiene el propósito de reflejar un nuevo panorama de la propiedad intelectual, ya que, su carta magna tiene una severa dilación respecto de derechos ciudadanos y propiedad intelectual. El presente artículo de investigación se relación a nuestra investigación, debido a que, se busca reconocer los derechos patrimoniales, así como respaldar el valor jurídico de la contractualidad y exclusividad. Por tanto, se puede argüir en los siguientes puntos:

- La propiedad intelectual es parte de un derecho humano, pues su reconocimiento es un gran aporte para la sociedad. Los propietarios como tal, merecen que se protejan sus descubrimientos o creaciones, así como sus derechos patrimoniales y morales.

- Dentro del marco legal panameño existen tres ramas de protección: derecho de propiedad intelectual indígena, derecho de autor y derecho industrial; de ello se tiene que, el segundo ha sido modelo emblemático para la mayoría de países latinoamericanos.
- La protección de los derechos intelectuales, es función del estado panameño, por lo que, se regula y controla a través de una institución especializada en la rama.

El presente artículo de investigación carece de una metodología, pues se adjunta el link en la parte correspondiente para la corroboración respectiva por parte del lector.

Dentro del presente desarrollaremos los antecedentes internacionales que guardan relación con el presente trabajo de investigación, siendo el primero de estos el titulado: “El abuso del derecho y el desconocimiento de la buena fe” sustentado por Pineda (2017) en la ciudad de Bucaramanga – Colombia, para optar el grado de magister en Derecho por la Universidad Santo Tomás, el cual tuvo el objetivo de investigar el ejercicio abusivo que realiza la Empresa Colombiana de Petróleos S.A. del principio de la buena, durante la formación de sus relaciones contractuales, con el fin de remarcar la importancia que tiene dicho principio dentro del ámbito contractual colombiano, ello se relaciona en con nuestro trabajo, en cuanto, que también analizaremos la teoría del abuso de derecho y como ello se encuentra relaciona con el principio de buena fe entre los contratantes, relación que no puede ser limitada por la ley como se pretende con el artículo 882 del Código Civil, al estipular una condición de prohibición entre los contractuales atentando contra la libertad contractual de las personas, por ello, es que nuestra tesis tiene la finalidad de eliminar dicha prohibición reformando y mejorando el artículo 882 del Código Civil, las conclusiones a las que llego la tesis citado fue:

- La primera conclusión a la que se llego es que el principio de buena fe es un principio regulador del Estado y el legislador, donde se establece dentro de la Carta Magna colombiana que todas las personas, autoridades públicas, órganos estatales y otros, están obligados a actuar conforme a lo que establece dicho principio, ello quiere decir que su actuaciones deben ser acorde a la confianza mutua entre las partes actuantes o contratantes, además

debe existir decoro, credibilidad y honestidad entre ello, ya que, se presume que de dichas actuaciones civiles o contractuales se desprenderán las relaciones públicas y privadas entre las personas.

- Siguiendo lo señalado, es preciso concluir entonces que el principio de la buena dentro de las relaciones contractuales que se formen tiene un papel muy relevante, ya que en base a ella se formaran o constituirán diversas relaciones, por el movimiento de derechos o por el establecimiento de obligaciones entre las partes, lo que hace imperativo que las partes actúen dentro de los parámetros de la lealtad, la honestidad, el decoro, entre otros.
- Se concluye que el principio de la buena fe está conformado por dos manifestaciones: el respeto por el acto propio, y la confianza entre las partes, lo que a futuro evita que los operadores de justicia pueden ir contra las actuaciones civiles y contractuales realizadas bajo dicho principio.
- Entonces, podemos decir que se abusara de un derecho cuando el titular de dicho derecho la ejerce desconociendo el principio de la buena fe, cuestión que se ha suscitado cuando Ecopetrol solicita una póliza de seguros basándose en fundamentos de desconfianza con el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnización laborales, ya que, al ser un contratista quien se encarga del contrato de sus trabajadores considera que el contratista, por lo que, sustenta que requiere que todo el personal solo podrá ser contrato si el personal calificado de Ecopetrol considera que es apto para el puesto, demostrando la falta de desconfianza y su ejercicio abusivo como dueño de la empresa petrolera.

La metodología utilizada seguirá lo parámetros de una investigación empírica, usando solamente métodos cuantitativos, no señala el enfoque, tipo, nivel y diseño de investigación que uso, así como tampoco cual fue su población, unidad de muestra, la técnica e instrumentos de recolección de datos que uso, para su verificación se adjunta el respectivo link.

Otra de las investigaciones que se encontraron en el nivel internacional fue el artículo de investigación titulado: “Abuso de derecho y ponderación de derechos”, por Muñoz (2017) realizado en la ciudad de Madrid, el cual tuvo el objetivo de estudiar la relación conceptual y doctrinal existente entre la figura

jurídica del abuso de derecho con la técnica de ponderación de los derechos fundamentales de las personas, la cual se relaciona con nuestro trabajo, en tanto, que también se estudiaremos a la figura jurídica de abuso de derecho con relación al derecho de libertad contractual que tienen los contratantes, por ello es que la finalidad de nuestra investigación es modificar el artículo 882 del Código Civil a fin de evitar que la ley siga abusando su derecho de prohibición y se siga prohibiendo el disponer libremente de los bienes dentro de los contratos privados, las conclusiones a las que llego el artículo de investigación citado fue:

- La primera conclusión a la que se llegó, fue considerar que el abuso de derecho y la técnica de la ponderación de derecho tienen una relación secuencial, porque a palabras del autor es innegable que existe cierto aire de familia jurídica entre ellas, ya que, el determinar donde inicia el abuso de un derecho y donde nos encontramos frente a la ponderación de derechos entre dos personas es sumamente relevante para la justicia, más que nada porque es preciso tener presente que la ponderación se produce entre dos derechos subjetivos que le pertenecen a dos personas, pero que a diferencia del abuso de un derecho aquí si existe una vulneración a los fines sociales y económicos del derecho y la sociedad.
- Además de ello también es preciso tener claro que el derecho establece ciertos límites internos y externos para el correcto ejercicio de un derecho subjetivo, lo cual se va desarrollando de manera secuencial, por lo que, digamos en caso de encontrarnos con una conducta que desde si ya rebase límites internos por ser abusivo, este no puede ser objeto de ponderación con otro derecho que no, porque ello resultaría en absurdo.
- Entonces queda claro que el abuso de derecho no es el resultado de una ponderación de interés o derechos contrapuestos entre dos personas, sino que el abuso de derecho demuestra en su composición que esta es contraria a las normas y fines normativos y no normativos.

Por último, el artículo de investigación citado no señala que tipo de metodología habría utilizado para la realización del mismo, para su verificación se adjunta el respectivo link.

Otra de las investigaciones que se encontraron en el nivel internacional fue la tesis de investigación titulada “Manifestaciones del abuso del derecho en las sociedades colombianas” por Peláez & Vélez (2021) realizado en la ciudad de Medellín, para optar el título académico de Licenciatura en Derecho por la universidad EAFIT, el cual tuvo la finalidad de estudiar el problema encontrado con respecto al ejercicio abusivo de derecho que se relación con el derecho a voto de la población colombiana, lo cual se relaciona con nuestro trabajo, en el caso de que también se estudiara la relación de la figura del abuso de derecho con la prohibición de prohibir la libertad contractual por mandato ley como establece el artículo 882 del Código Civil, por ello la finalidad del presente trabajo es analizar en qué manera se relacionan esta prohibición con el ejercicio abusivo dentro del derecho peruano, las conclusiones a las que llego la tesis citada fue:

- Se concluye que los requisitos de configuración del abuso de derecho también son aplicables para la configuración de las otras figuras que fueron desarrolladas dentro del presente trabajo, pero podemos ver que las consecuencias y sanciones aplicables para el ejercicio abusivo del derecho dentro de la legislación resultan ser mucho más severas y efectivas que las sanciones que se aplican a otras figuras.
- Como hemos vista la sanción jurídica que se aplica para el abuso de derecho que ejercen dentro de la asociación explicada como el causar defraudación mediante contratos, es la extinción la asociación como personería jurídica dentro del mundo jurídico.
- Entonces, en aplicación no solo del hecho ilícito, si no de la figura de abuso de derecho tenemos que los integrantes de la asociación que ha causado la defraudación y consecuentemente perjuicios a terceros, es no solo su extinción, sino también el pago de una indemnización por las conductas fraudulentas que se han tenido.
- Se ha concluido que existe una necesidad dentro del ámbito jurídico de implementar un nuevo artículo jurídico que hable sobre el abuso de derecho dentro del ámbito societario, de litigio, de hecho, entre otros; y no solo se continúe con un solo artículo que establece las características de configuración de dicha figura.

Por último, el artículo de investigación citado no señala que tipo de metodología habría utilizado para la realización del mismo, para su verificación se adjunta el respectivo link.

2.1.2. Nacionales

Desde un enfoque nacional tenemos la tesis de investigación titulada “Los reglamentos técnicos como restricciones al comercio contrarios al principio de libre circulación de mercancías consagrado en el Acuerdo de Cartagena”, por Vargas (2019), sustentada en la ciudad de Lima-Perú, para optar el grado de Magister en derecho internacional económico, por la Pontificia Universidad Católica del Perú; la cual tiene el propósito de verificar de que, manera los reglamentos técnicos que son aprobados por los miembros de CAN imponen restricciones al comercio vulnerando los artículos 73 y 72 del Convenio de Cartagena. La presente tesis de investigación citada se relaciona a nuestra, pues cualquier tipo de restricciones en cualquier campo del derecho comercial derecho real y demás ramas similares afecta contundentemente al principio de la libre circulación. Por lo tanto, el autor de la investigación estima que:

- Los miembros de la Unión Europea, Comunidad Andina y la Organización Mundial de Comercio tienen funciones especiales respecto del comercio internacional, entonces, al crear un reglamento jamás se debe convertir en un óbice, ni proteger intereses particulares.
- La facultad reglamentaria negativa solo genera obstáculos técnicos que, no son correctos, ni proporcionales dando lugar a restricciones ilegales al comercio.
- En vista de la jurisprudencia internacional se tiene que, los reglamentos técnicos vulneran los artículos mencionados del Acuerdo de Cartagena y el principio de la libre circulación de mercancías, pues se observa una incompatibilidad y restricción.

La presente investigación detenta una metodología dogmática, exegética, deductivo e inductivo, por lo que, remitimos el link en la parte correspondiente para la verificación del asunto por parte del interesado.

La tesis de investigación denominada “La afectación del derecho de libre disposición del legatario por el artículo 761 del Código Civil en el Estado peruano”,

por Mucha & Veliz (2022), sustentada en la ciudad de Huancayo-Perú, para optar el título profesional de abogado, por la Universidad Peruana de Los Andes; la cual tiene el propósito de ver el grado de afectación del legado de un bien sujeto a usufructo, uso o habitación del artículo 761 del Código Civil peruano en relación a la libre disposición del legatario. La presente tesis de investigación acotada se relaciona a la nuestra, debido a que, se analizará el efecto de la titularidad y transmisibilidad de un derecho real respecto de un bien cedido en compra y venta con cláusulas especiales. Por lo tanto, las autoras de la tesis de investigación citada estiman que los resultados de análisis son los siguientes:

- El derecho de propiedad es vista desde dos enfoques: la primera es una clásica, en el cual, se tiene atribuciones y características sin limitaciones y la segunda es moderna, pues el límite se establece de acuerdo a la óptica social económica e interés social.
- Los derechos reales de habitación y uso comparten caracteres relevantes con el derecho de usufructo, debido que, todos tienen plazo de duración y se extinguen por los mismos motivos. Su incidencia se basa en la restricción del uso de facultades del propietario, de ahí que, están vinculadas al derecho de posesión.
- El artículo 761 de C.C. carece de un sustento que habla sobre la naturaleza de un bien en función a un fin económico e interés social. Por lo tanto, el artículo mencionado debe ser modificado en función a una excepción planteada para el derecho de habitación en caso de extrema necesidad del tercero para su perduración.

La presente investigación emplea un método de investigación hermenéutico, de tipo básico y fundamental, de nivel correlacional y de diseño observacional-no experimental, por lo cual, dejamos el presente link en la parte bibliográfica para corroborar lo mencionado

De ese modo, tenemos el artículo de investigación titulado “Propiedad y derechos reales”, por Varsi (2019), publicada por la revista gaceta civil & procesal civil, en Lima-Perú; la cual tiene el propósito de analizar las principales características del derecho de propiedad, pues este derecho es el más importante frente a los demás, ya que, de este nace la esencia de todos los demás derechos

reales. El presente artículo se relaciona a nuestra investigación, toda vez que, pretendemos resaltar la relevancia del derecho de propiedad y sus características para poder modificar el artículo 882 del Código Civil peruano respecto de la prohibición de disponer los bienes. Es por ello, que el autor recaba con los siguientes comentarios relevantes:

- La propiedad de un bien inmueble o mueble, por lo general, pertenece a un solo individuo, no obstante, cuando pertenece a más de dos la situación de la división se detalla en alícuotas, pues no se identifica la forma material su derecho sobre el objeto.
- Independientemente hablando de que estemos dentro de un derecho personal o real; la propiedad debe de presumirse libre con sus propiedades de tener un contenido, ser probado, una duración y libre ejercicio.

El artículo de investigación acotado carece de una metodología, por lo tanto, remitimos el link respectivo para la corroboración por parte del interesado

Dentro del presente acápite desarrollaremos los antecedentes nacionales que se encontraron con respecto a la trabajo de investigación desarrollado, siendo el primero de estos el titulado “Actuación fiscal y el abuso de derecho del propietario en casos de maltrato animal doméstico y silvestre en la ciudad de Lima, periodo 2021”, realizado por Herrera (2022) con el fin de optar el título de abogada por la Universidad de Huánuco en la ciudad 3de Huánuco – Perú, cuyo objetivo fue estudiar y demostrar la imposibilidad de los fiscales de emitir medidas efectivas a fin de evitar el abuso de derecho del propietario por los maltratos que le ocasiona a sus mascotas y a los animales silvestres que se encuentren dentro de su propiedad, misma que se relaciona con nuestro trabajo es tanto que también estudiaremos y determinaremos la existencia del abuso del derecho dentro de la norma vigente que habla sobre la propiedad de las personas, por ello es que la finalidad del presente trabajo de investigación es modificar y perfeccionar el artículo 882 del Código Civil peruano a través de la libertad contractual entre los contratantes, las conclusiones a las que llego la tesis citada fue:

- Se ha concluido que existe una relación significativa entre la actuación realizada por el representante del Ministerio Público y el abuso de derecho que realiza los propietarios de bienes inmuebles de la ciudad de Lima que

realizan actos de maltrato contra los mascotas y animales silvestres, además de ello se ha demostrado que existe una relación estrecha, más que nada porque los propietarios se encuentran prohibidos de realizar actos de maltrato contra los animales señalados, pero pese a ello se ha demostrado una falta por parte del Ministerio Público al no existir peritos que se encarguen del diagnóstico de los daños causados a las mascotas y animales silvestres por su maltrato o abandono.

- Otra de las conclusiones a las que se llegó fue que si bien en la actualidad la legislación peruana regula el abandono y el maltrato contra las mascotas y animales silvestres, el regularlos dentro de los delitos contra el patrimonio la ley señala que los mismo deben ser considerados como bienes ante la ley y nuestra Carta Magna, lo que permite que los propietarios abusen de dicho derecho con su maltrato hacia ello, además de que cuando los defensores de la justicia intentan incautar al animal herido para proteger se tiene que se estaría transgrediendo los derechos el agresor, al considerar a los animales con parte de sus bienes patrimoniales.
- Es preciso señalar también que se ha concluido que las mascotas y animales silvestres deben ser considerados como seres sensibles, que requieren de cuidados y protección, además de que concluye que deben ser considerados como sujetos de derecho, pero no como sujetos de obligaciones, ya que, por su condición de animales tiene falta de raciocinio y conciencia, lo que impide que puede ser objeto de obligaciones, este planteamiento también fue otorgado por la declaración universal del derecho de los animales.
- En conclusión, al ser los animales seres vivos y al convivir con nosotros, estamos obligados a brindarles protección y respetarlos, por ello debemos tener como obligación el cumplir la finalidad de decirle alto a todos los actos de violencia en su contra por el ejercicio abuso de los propietarios que los consideran como parte de sus bienes patrimoniales.

La metodología que usaron dentro de la presente investigación tuvo un enfoque cualitativa y cuantitativa o también llamada metodología mixta, es de tipo básica, con un nivel de investigación descriptivo correlacional, con un diseño no experimental y no transversal, se usó como población un total de 16 fiscales, 8

veterinarios y 25 ciudadanos de la ciudad de Lima, la muestra estaba comprendida de 02 fiscales, 2 veterinarios y 8 ciudadanos, la técnica de recolección de datos que se uso fue la encuesta y como instrumento se usó la ficha de encuesta y la ficha de análisis documental, la técnica para el procesamiento de datos fue la triangulación, para su verificación adjunto el link pertinente.

Otra de los trabajos de investigación que se encontró fue la titulada: “Abuso de derecho y el principio de buena fe: reclamos de telefonía registrados en la OD – OSIPTEL – LALA en los años 2018 – 2019” realizada por Andrade (2021) en la ciudad de Trujillo, a fin de optar el título profesional de abogado por la Universidad Nacional de Trujillo, la cual tuvo el propósito de investigar el ejercicio abusivo del derecho de reclamo de ciertos usuarios con el fin de adoptar ventajas sobre otros, además de la escaso diligenciamiento realizado por las empresas en los casos de reclamos presentados contra su compañía, lo cual se relaciona con nuestro trabajo, en tanto que también estudiaremos a la figura del abuso de derecho y como su ejercicio genera daños a los intereses económicos y sociales de terceros, por ello es que nuestra finalidad es demostrar la existencia de un abuso de derecho dentro del artículo 882 del Código Civil, al permitirle a la ley cierta ventaja para poder oponerse a la libre circulación de bienes entre los contratantes, las conclusiones a las que el tesista citado llego fue:

- Se demostró que dentro de los periodos que comprende el año 2018 - 2019 se presentaron diversos casos en las que diversos usuarios usaron abusivamente su derecho a reclamar en la OS-OSIPTEL-LAL vulnerando se esa forma el principio de buena fe procesal, abusos que se realizaron con la finalidad de obtener las ventajas que se entregan por la presentación de reclamos, y como se puede ver de los casos analizados la mayoría de ellos fueron ganados la mayoría de veces por la falta de respuesta del ente sancionado.
- Se identifico que entre todos los casos analizados 9 de las personas que presentaron sus reclamos la ejercieron de manera abusiva vulnerando el principio de la buena fe procesal, esto fue factible gracias al análisis de los anteriores reclamos que fueron encontrados dentro de las plataformas que registro que cuenta el ATUS, SISTRAM y OSIPTEL, donde se observó que

la mayoría de veces que se llegó a segunda instancia fue donde se demostró su modo operandi.

- Después de un análisis de los casos registrados dentro de OD-OSIPTTEL-LAL, se vio que el 10% de los reclamantes basaban su reclamo en las normas reguladas dentro de la Ley del Proceso Administrativo General la Ley 27444, y el uso excesivo de queja por la falta de respuesta de la administración pública, a fin de obtener una resolución en beneficio de sus intereses con la aplicación del silencio administrativo positivo.

La metodología utilizada en la tesis citada fue de tipo exploratoria – no experimental, teniendo como escenario de estudio la oficina desconcentrada de OSIPTTEL que se encuentra en la ciudad de La Libertad, los sujetos de investigación fueron los usuarios que ejercieron su derecho al reclamo de forma abusiva, teniendo como método de recolección de datos el análisis de datos, y como técnica de recolección de datos a la entrevista, el análisis documental, la observación no experimental, para su respectiva corroboración se adjunta el link pertinente.

Otra tesis de investigación encontrada dentro del campo nacional fue la titulada: “El ejercicio abusivo de derecho como sustento de contradicción en los procesos de ejecución de garantías reales” sustentada por Rodríguez (2020) en la ciudad de Chiclayo, para optar el título profesional de abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, el cual tuvo el objetivo de investigar la interpretación que se le otorga a la contradicción regulada en el artículo 690 – D del Código Procesal Civil, a fin de otorgarle garantías al ejecutado y evitar que el ejecutante utilice el abuso de derecho como contradicción, el cual se relaciona con nuestro trabajo, en tanto, que también estudiaremos el abuso de derecho encontrado dentro de uno de los artículos del Código Civil que permite que la ley ejerza abusivamente su oposición o su permisón de prohibiciones contractuales entre los contratantes, por ello, es que la finalidad de nuestra investigación es el modificar y perfeccionar el artículo 882 del Código Civil a fin de evitar que la ley siga ejerciendo abusivamente el derecho señalado que le pertenece únicamente a los contratantes, las conclusiones a las que llego la tesis citada fue:

- Primero concluimos que el proceso de ejecución, es un proceso efectivo que se usa a fin de hacer valer el derecho de crédito del ejecutante, a través de

la ejecución forzada del bien inmueble que fue otorgado por el ejecutado como garantía del adeudo, además, y la ley solo le otorga un plazo de tres días para que el mismo pueda cancelar el adeudo o formular contradicción y en caso de formular esta última opción, la ley solo le permite formularla en base a las causales establecidas dentro del artículo 690 – D del Código Procesal Civil.

- Se concluido que el ejercicio abusivo de un derecho es un principio general del derecho limitante que tiene como sustento a la buena fe y a las buenas costumbres de los ciudadanos, misma que se encuentra regulada dentro del artículo 103 de nuestra Carta Magna y dentro del artículo II del Título Preliminar del Código Civil, en aplicación del caso en concreto estudiado vemos que el ordenamiento jurídico peruano determina la existencia del abuso de derecho cuando el comportamiento es lesivo para el orden público y causa perjuicios a los fines económicos y sociales, en el caso se apreciado que hay un ejercicio abusivo de derecho al archivar un proceso de ejecución cuando la garantía no fue constituía válidamente o cuando la obligación aún se encontraba vigente.
- Otra de las conclusiones a las que se llego fue él se demuestra que existe un desequilibrio dentro de los procesos de ejecución de garantías, cuando se interpreta el artículo 690 – D del Código Procesal Civil, actos que no deberían ser consideradas ni toleradas por el órgano jurisdiccional, ya que, viendo desde el método extensivo y sistemático, los presupuestos de contradicción comprenden actos abusivos de derecho.

Por último, la tesis citada no presenta el tipo de metodología que utilizo durante el desarrollo del trabajo de investigación, para su debida corroboración por cualquier interesado se adjunta el link pertinente.

2.2. Bases teóricas de la investigación

2.2.1. Prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes.

2.2.1.1. Aspectos generales.

La normativa civil proscribire que, no se puede establecer la prohibición de gravar o enajenar contractualmente un bien, pues a nuestro criterio se estaría vulnerando los derechos inherentes a la propiedad como son el de: disponer bienes

o la libertad de contratar razón, por la cual, el objeto de la presente investigación es la reforma civil del artículo 882.

2.2.1.1.1. Contexto histórico.

La propiedad perteneciente a la rama de los derechos reales tiene la particularidad de ser el poder sobre los bienes inmuebles o bienes muebles. Etimológicamente, propiedad devine del latín *res mea est* que significa la “la cosa es mía” donde se determinaba el sentido de pertenencia entre propiedad y objeto, asimismo, también del latín *propietas* o *propierum* que significaba “lo que es propio de una persona o pertenece a ella”.

De ahí que, dentro del derecho romano se conocía como un derecho real de disponer, usar y gozar por parte del propietario, quien era sujeto defendible por una acción reivindicatoria y restricciones impuestas por las leyes romanas. Por otra parte, un derecho real en el sistema romano era abarcado como un privilegio sobre las cosas que, una persona posee, así como la obligación que nacía de los ciudadanos romanos.

Para entender el trasfondo de la institución jurídica de la propiedad los juristas romanos, tuvieron que agrupar el poder y los beneficios que recaía en ella, por lo tanto, surgió los elementos indispensables de la propiedad que son: **i) *Ius fruendi*, ii) *Ius utendi*, iii) *Ius disponendi*, y iv) *Ius abutendi***. La primera, significa del privilegio de disfrutar; también, el derecho del propietario de recoger las ganancias y frutos que podría producir su bien. El segundo, era claramente el privilegio de usar o sea el propietario tenía la facultad de utilizar el bien y servirse de ella. El tercero, se entendía como el privilegio del disponer y el ultimo se interpretaba como el privilegio de abusar, es decir, que el dueño del bien tenía la facultad de poder destruir, enajenar o donar su propiedad y tratarla según su derecho. De ahí que, estas expresiones latinas se volvieron fundamentales para poder comprender el derecho a la propiedad.

Por otro lado, la propiedad dentro del derecho romano se clasifico de la siguiente manera: **i) Propiedad quiritaria o *dominium ex iure quiritium*, ii) Propiedad pretoria-bonitaria o *in bonis habere* y iii) Propiedad de los peregrinos o *sin dominium***. La primera, era el dueño quiritario o ciudadano romano que adquiría una cosa *mancipi* por medio del *ius commercii*, teniendo en

cuenta las formas de adquirir que se plasmaban en el derecho civil romano. El segundo, de daba en el contexto de que el pretor protegía al que recibía la cosa emancipada, de tal modo, que escudará como si se tratase un bien de el mismo. El tercero, eran los ciudadanos extranjeros, los cuales, no podían ser titulares del *dominium*, por lo que, el pretor se encargaba de ejercer acciones ficticias para proteger el bien adyacente se fingía la ciudadanía del extranjero para fines legales sobre la propiedad.

La evolución histórica de derecho a la propiedad no se ha estancado, por el contrario, por muchos factores culturales, sociales o económicos se ha ido perfilando de acuerdo a las épocas del derecho romano, pues hablamos de distintas denominaciones técnicas que definían las propiedad, de las cuales, resaltan las siguientes: En primer lugar, el término *mancipium* se usó hasta la época clásica donde se hacía aprehensión material de un bien, por ello indica Arias (1986, p. 233) que, *Mancipio dare* o *mancipio accipere*, términos en latín que daban origen al mencionado, hacían referencia a la adquisición o transmisión de una propiedad. En segundo lugar, tenemos el *dominium* que menciona Fuenteseca (2004, p. 22 y ss.) el cual, surge a finales de la república y se refería estrictamente al poder legítimo del propietario quien será conocido como el *dominus*, asimismo, menciona que *propietas* es otra de las formas de denominar a la propiedad.

Por su lado, Ortega (1991, p. 55 y ss.) detalla adicionalmente que, dentro del periodo más arcaico del derecho romano no existía la propiedad individual o particular sino solo se reconocía la propiedad colectiva. En efecto, el primer *rex romanorum* “Rómulo” asignaba a cada ciudadano romano una porción de tierra y desde ese momento se consideraba como una herencia, entonces, al deceso del ciudadano beneficiado la parcela de tierra era cedida a los herederos, más no era transmitida a terceros, pues dicha costumbre era muy respetada entre los romanos. De ahí que, podemos esgrimir que el tema del derecho a la propiedad ha mantenido su esencia desde tiempos remotos hasta la actualidad.

Por consiguiente, dentro de la legislación peruana se puede apreciar que, el derecho a la propiedad siempre ha sido considerada en todas nuestras constituciones, en el caso, de la Constitución del Cádiz se reconoció en el artículo 4 donde establecía de manera literal que “La nación está obligada a conservar y

proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legitimados de todos los individuos que la componen”. Es así que, año tras año el derecho a la propiedad nunca se ha podido desligar del imperio de la ley, pues es esta, un componente esencial de toda sociedad.

2.2.1.1.2. *Derecho a la propiedad.*

A. Bienes muebles e inmuebles.

La clasificación moderna se origina desde el derecho romano con el *res nec mancipi* y *res mancipi*, entonces, en la actualidad el Código Civil hace una distinción vital que responde a presupuestos de una economía fundamental.

En primer lugar, un bien inmueble se considera como principal fuente de enriquecimiento y principio de organización social. Por su lado, el Código Civil determina que, son bienes inmuebles: los edificios, las tierras, construcciones y caminos que, por lo general, tienen la peculiaridad de estar en un determinado lugar de manera fija o no se pueden desprender de su lugar, ya que, destruiría su propia característica fundamental.

En segundo lugar, un bien mueble yace como una *res vilis* y tiene la característica fundamental de ser perecedera y fungible. La normativa civil menciona que son: Canteras, aguas, minas, los diques, construcciones provisionales en los lagos, costas o ríos, etcétera. Estos tienen su razón de ser en la movilidad, ya que, este tipo de bienes si los podemos desplazar de un lugar a otro sin afectar su esencialidad (partes separables).

Hoy en día conocer la importancia de su distinción (bien inmueble-bien mueble) es trascendental para el derecho civil, ya que, se considera como presupuesto idóneo para temas como la planificación de crédito y publicidad de derechos, mediante el registro de la propiedad.

B. Dominio público y propiedad privada.

En cuanto, a la propiedad privada y pública son formas de clasificación del derecho a la propiedad, sin embargo, estas dos formas se relacionan con los sujetos de derecho que son: el individuo y el Estado.

El Código Civil peruano desarrolla como tal una distinción entre estas dos expresiones legales, por su lado, la propiedad privada será un tema residual del público, pues la condición de especial indica que no se debe tratar de una propiedad

del estado, de ahí que, cualquier propiedad tiene el privilegio de pertenecer a cualquier ciudadano. Por su parte, la propiedad pública tiene una amplia tratativa, en primer lugar, una cosa pública es importante instrumento de reforzamiento del Estado y de centralización política frente a grupos comunitarios y corporativos, en segundo lugar, el dominio público natural son cosas que inherentemente pertenecer al Estado que son: La zona marítima- terrestre, mar territorial, ríos, cauces, espacio, aéreo, subsuelo, etcétera. De ello, podemos opinar que el dominio público siempre lo va tener el Estado, pues la justificación yace en que son bienes comunes en beneficio de la sociedad.

2.2.1.1.3. Naturaleza jurídica.

El derecho a la propiedad emana del derecho natural, pues estamos hablando de que, el ser humano siempre ha tenido el afán de adquirir. La adquisición es muy común en los seres vivos, así pues, al remontarnos a las formas más primitivas del ser humano se refleja que, siempre se ha visto relacionada a la forma de supervivencia del mismo. Es así que, Pipes (1999, p. 363) menciona que “las formas más refinadas, constituyen un rasgo esencial de la personalidad humana, en el que los logros y las adquisiciones son medios de autorrealización, lo cual a su vez se vincula directamente con la libertad individual”.

Por ejemplo, según la psicología en el caso de los infantes se revela un fuerte sentimiento a la posesión de los objetos, pues un niño de dos años desarrolla idóneamente la capacidad de distinción sobre “lo tuyo” y “lo mío”. De ahí que, se desprende la idea de propiedad que, a su vez estimula el desarrollo de la personalidad humana, en tanto, también se distingue el “tú eres tú” y “yo soy yo”, en efecto, se tiene que el comportamiento adquisitivo no tiene raíz cultural, sino se trata de un instinto.

Otro ejemplo, es el de los animales, ya que, se ha descubierto que el instinto de posesión territorial comprende a todo el reino animal. Esto es, que los animales dependen exclusivamente de un entorno físico para cumplir con su supervivencia. Ciertamente, no podríamos hacer una comparación con los humanos, pues estos al estar ocupando un espacio físico tiende a trabajar la tierra, cultivar, producir entre otras, entonces, la posesión en los animales se vincula únicamente al territorio. Con esto queremos decir que, el deseo de adquisición se origina, no solo en la cultura;

por el contrario, es un instinto muy particular que deviene por causas biológicas que satisfagan la subsistencia, procreación, contar con objetos, parcelas de tierra, etcétera.

A. Visión antagónica de la propiedad.

La idea sobre el derecho racional o natural se basa en la premisa de ideologías:

A.1. Propiedad individualista.

Está basada en una ideología liberal; en donde los hombres tienen la libertad de decidir sobre sus cosas y sus acciones a través de los privilegios de adquirir, disponer, disfrutar, la cual, responde indudablemente a la libertad del hombre. La Propiedad individualista impone el derecho de los dueños y se encuentra estrechamente vinculada con el sistema economista capitalista. La esencia de esta ideología se basa en retribuir el esfuerzo individual implicando el ahorro y el trabajo.

A.2. Propiedad socialista.

Se entiende básicamente como una ideología donde se mantiene la igualdad material, se suprime los medios producción y sobre todo restringir la autonomía bajo subordinación, pero en este contexto las medidas de regulación se vuelven de situación forzada. Por lo tanto, la propiedad socialista bajo este régimen político elimina la propiedad personal sobre aquellas cosas que, son elementales para la vida de las personas. En efecto, estamos hablando que los consumos, menaje, enseres y sobre todo la propiedad quedada reservada para ser manejados por el Estado, colectivo social o el pueblo. En resumen, este sistema es el poco aprobado, pues no tendrá efectividad la creatividad y esfuerzo, ya que, será un estancamiento económico y el máximo beneficiario será la colectividad.

B. Teorías jurídicas del derecho real.

B.1 Teoría clásica: el derecho real como poder absoluto.

Su raigambre se da desde el derecho común en pleno siglo XIX y según la naturaleza del derecho natural las leyes civiles no pueden proscribir lo ha sido condicionado por la razón, ni pueden permitir reglamentar lo que está prohibido por naturaleza. Es así que, al ser la propiedad mucho más anterior que el Estado las autoridades y gobernantes solo tienen que reconocerla en todos sus aspectos dentro

del marco legal. De ahí que, el absolutismo tiene la particularidad de ser subjetivo, pues estamos dentro de la esfera donde la voluntad del propietario va primar, de modo que, tiene libre albedrío sobre los bienes que le pertenecen.

B.2. Teoría personalista: El derecho real impone un deber universal de abstención.

La filosofía del derecho de Kant estima que, no se puede relacionar las personas con lo objetos, pues solo existe la relación entre una persona y otra. Esto, bajo el fundamento que un derecho acarrea un deber correlativo interpuesto a una persona, no obstante, a los bienes no se les puede imponer ningún tipo de deber; es así que, de darse el caso un derecho real se convierte en una estructura idéntica a la de un derecho obligacional. En consecuencia, se genera una relación jurídica donde los obligados serían todos los miembros de la sociedad teniendo en cuenta que, el deber vital es la abstención de no interferir a costa del derecho del titular o dueño de una propiedad.

B.3. Teoría ecléctica: El derecho como poder absoluto que impone un deber universal de abstención.

Esta teoría viene a ser una composición entre las mencionadas (la clásica y la obligacional) en donde, la primera, tiene como idea principal un poder inmediato y directo sobre el bien), mientras que, el segundo, es el deber de un tercero a no interferir en un bien que no le pertenece. De ahí que, las dos teorías son consideradas como defectuosas, por lo tanto, esta teoría encaja en un punto intermedio entre las dos que precisa la titularidad del bien, sin embargo, no se puede obligar a respetar la propiedad a los terceros, puesto que, solo tienen la condición de “no derecho”.

B.4. Teoría analítica: El derecho real como medio para proteger el bien individual en concordancia con el bien común a través de normas constitutivas y regulatorias.

Por su lado, Gonzales (2018, p.72) interpreta que “la teoría analítica configura el derecho real como un conjunto de relaciones, de ida y vuelta, que permiten explicar el carácter social de las prerrogativas jurídicas, así como la

concordancia entre el bien individual y el bien común, por lo que se aparta de la visión exclusivamente liberal”.

2.2.1.1.4. Definición.

Para precisar la presente investigación es necesario delimitar conceptualmente respecto del derecho a la propiedad, pero abarcando distintos puntos de vista de distintos profesionales interesados en la materia.

A. Legal.

Nuestro Código Civil trata respecto de la propiedad en el artículo 923 de la siguiente manera: “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía del interés social y dentro de los límites de la ley”.

Dentro del marco legal constitucional se abarca dentro del artículo 70, de modo que, es un derecho inviolable de toda persona, pues el Estado garantiza tal postura. Asimismo, condiciona que debe prevalecer en armonía con el bien común y límites que la ley detalla. De ahí que, a nadie se le puede privar el derecho a la propiedad, pero excepcionalmente se puede dar por la figura de la expropiación, sin embargo, estará sujeta a una indemnización justipreciada, ya que, la compensación será por el perjuicio generado al propietario del bien materia de expropiación, aunque ello debe estar justificado por necesidad pública o seguridad nacional.

Igualmente, dentro del contenido de la Constitución Política del Perú el artículo 2 inciso 16 califica el derecho a la propiedad como un derecho fundamental, ya que, los artículos 70 y 73 habla respecto de la adquisición. Así pues, también el artículo 71 resume que, el derecho a la propiedad se hace extenso tanto para nacionales peruanos, como para los extranjeros

La sentencia del expediente N° 03881-2012-PA/TC de fecha 01/03/2016, menciona que, “El derecho a la propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona con el Estado social y democrático de la propiedad (corporal e incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico-social”

B. Doctrina.

De manera general, el derecho a la propiedad desde una concepción moderna se fundamenta por ser un poder unitario extenso que recae sobre el bien.

En cuanto, Avendaño (2015, p. 282) hace mención que, la propiedad puede ser definida e interpretada desde varias ramas o puntos de vistas: jurídico, sociológico, político, social, económico e histórico.

Por otra parte, González (2012) dice que, “Es el derecho real por antonomasia que tiene por objeto los bienes de contenido económico y de proyección social, y que confiere al titular los poderes materiales de usar, gozar, los jurídicos de disponer y reivindicar el bien, sin más limitaciones que las establecidas por la Constitución y las leyes” (p.332).

Por su parte, Vieira (2008, pp.664-665) hace un análisis de la institución jurídica de la propiedad y plantea las siguientes teorías para definirla de un modo más preciso: En primer lugar, la teoría de la personalidad contrasta que, se trata de una relación de pertenencia entre la cosa y el sujeto. En segundo lugar, la teoría de la pertenencia involucra la relación entre la persona y la cosa. En tercer lugar, la teoría del señorío determina la disponibilidad de la cosa por su dueño.

C. Internacional.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre menciona en su precepto (II) que, la finalidad de toda asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos vienen a ser los de la resistencia a la opresión, la propiedad y la seguridad. Por otro lado, el precepto (XVII) menciona que, el derecho de propiedad es sagrado e inviolable, puesto que, a nadie se le poder limitar a su acceso excepcionalmente por necesidad pública.

La Declaración Internacional de Derechos Humanos en su artículo 17.1 dice que, Nadie puede ser privado de manera arbitrariamente de su bien; toda persona tiene el privilegio de tener derecho a la propiedad colectiva e individual.

La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, primero, en su artículo 5 literales (d-v) promueve el derecho a ser propietario en asociación o individualmente. Asimismo, en su artículo 16.1 literal “h” donde recaba que tienen los mismos privilegios los cónyuges, ya que, en

materia de propiedad tienen la atribución de gozar, disponer, comprar, gestionar, etcétera.

El protocolo adicional al convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su artículo 1 que desarrolla, en primer lugar, la protección de la propiedad, en segundo lugar, el respeto a la persona moral o física respecto de sus bienes, en tercer lugar, inhibir la propiedad por utilidad pública, por ley o algún principio del derecho internacional.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 21 inciso 1, 2 y 3; mencionando sobre el derecho a la propiedad privada; **i)** El uso y goce son derechos de toda persona, sin embargo, el estado interviene el goce y el uso en base al interés social, **ii)** Ninguna persona puede ser privada de aquel derecho, no obstante, en caso de incurrir en ellas se debe indemnizar de una manera coherente dentro de un buen razonamiento jurídico y **iii)** La usura como otras formas de explotación están proscritas por la ley.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXIII indica que, todos sin excepción tiene derecho a la propiedad privada, independientemente, de las necesidades vitales de su vida decorosa, siempre y cuando, contribuyan al hogar y dignidad de la persona.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, diciembre del 2000) desarrolla en su artículo 17 que, el derecho a la propiedad la va tiene toda persona, a nadie se le priva y también se debe fomentar la protección de la propiedad intelectual.

D. Otras posturas.

Desde el punto de vista liberal, la propiedad encuentra asidero en el Estado, pues protege al propietario de la cosa, de modo que, este puede deshacer y hacer su voluntad respecto del bien, teniendo en cuenta que, la sociedad y el Estado serán los testigos frente al accionar del dueño.

Desde el punto de vista social, es una serie de restricciones y limitaciones al bien común en donde la propiedad tutelaré intereses colectivos, pues la autonomía pone en peligro el bien. Entonces, la propiedad no tendrá esencia sin no cumple una función social, la cual es, de limitar poderes del dueño.

2.2.1.1.5. *Función de la propiedad.*

La función social de la propiedad destaca en merito a que, responde a intereses familiares, humanos y sociales. Entonces, la función social más que, ser un concepto viene a ser una intuición o una idea, en ese sentido, Álvarez (1984, p. 40) subraya el aspecto social del hombre por encima del egoísmo inhumano y abusivo, pero si lo vemos desde un punto de vista jurídico-legal el sentido de función social no exterioriza matices claros por su excesiva generalidad, aunado a ello, un aspecto emotivo y programático.

2.2.1.1.6. *Objeto de la propiedad.*

El objeto esencial es la protección privada de todos los bienes. Ciertamente la propiedad civil implica a los bienes inmuebles y muebles, a su vez, estos tienen la particularidad de tener un valor económico y una apropiación exclusiva de acuerdo a la conciencia de la sociedad. Entonces, estamos hablando de que, el Código Civil en el arte de los derechos reales establece de manera hermenéutica que, la propiedad tiene la finalidad de tutelar legalmente los bienes independientemente de la tipología.

2.2.1.1.7. *Características.*

A. Derecho real (ius in re própria).

La propiedad viene a ser un derecho real típico, el primero de todos y real por su excelencia. Así pues, estamos hablando de que la propiedad dentro de la línea de tiempo es el más antiguo y por ende el más importante, ya que, de ahí surgen casi los demás derechos reales.

B. Exclusiva.

Para empezar a, describir esta característica Mariani (2009, p. 298) nos dice que “Dos personas no pueden tener en el todo el dominio de una cosa”. Entonces, esta característica tiene su esencia en que, solo una persona puede ser propietario de un bien, no obstante, cuando existen más de dos la diferencia se hace respecto de la parte alícuota.

C. Absoluta.

Dentro de la doctrina también es denominada como indeterminada, soberana o ilimitada. Para comprender esta característica debemos partir, en primer lugar, que el señorío tiene pleno sobre el bien, es decir, el titular disfruta de todos los

atributos sobre el bien (disponer, usar, reivindicar y disfrutar). De ahí que, el ejercicio del pleno derecho será facultad del propietario.

En segundo lugar, lo absoluto determina su carácter *erga omnes* (oponible a terceros) y el *ius persecuendi* (persigue el bien dónde y con quién esté). En este espacio se limita a los terceros, pues estos deben mantener una conducta donde se ejerzan actos no deseados sobre el titular.

D. Inviolable.

El sustento legal es de naturaleza constitucional, toda vez que, lo encontramos tipificado en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú y precisamente esta ley se encuentra dirigido para acreedores, tercero y el mismo Estado. Entonces, el derecho a la propiedad se altera y anula por la intervención de mala fe por parte de los terceros, por tanto, la norma constitucional respecto de la inviolabilidad va de la mano con la indemnización en los casos donde se exponga a vulneración la propiedad.

A modo de resumen, Álvarez (1986, p. 40) constriñe que, la propiedad es libre; cualquier derecho personal o real están sujetos a ser probados en relación a su duración, contenido y ejercicio, además la presunción también se extiende al modo y forma menos gravoso para la institución de la propiedad.

E. Interés social.

Tiene su razón de ser en la teoría de la función social, pues esta teoría tiene la característica de dignificar y legitimar. De ahí que, la propiedad es considerada como *munus publicus*, es decir, está al servicio de la sociedad y tiene el efecto de ser una obligación social sujeta a derecho.

Según el criterio de Penteadó (2008, p. 216) la función social es “una cláusula general que afecta a las situaciones jurídicas de las cosas, imponiendo a su titular un deber de actuar: i) de modo específico, cuando el titular de los bienes de producción, optimizando su capacidad generadora, comparte los beneficios del bien con la colectividad y ii) de modo general, usar el bien con fines transindividuales (medio ambiente, patrimonio cultural o histórico)”

F. Perpetua.

Esta característica tiene su origen del aforismo *semel dominus, semper dominus* que, significa una vez dueño siempre será dueño. Entonces, estamos

hablando de que a diferencia de la vida del hombre que tiene un inicio y un fin, no obstante, la propiedad no es lo mismo, pues al deceso del propietario; se transfiere de manera automática a los herederos forzosos para seguir a cargo del bien.

G. Abstracción.

A modo de que, el poder del titular fijo es autónomo de las funciones que integran su espacio, se puede separar una función sin que, la propiedad se altere.

H. Elasticidad.

Esta característica se entiende a base de los atributos de la propiedad, pues la elasticidad implica que la propiedad pueda extenderse y contraerse, pero eso va depender del periodo en el que se encuentra sujeto. De ahí que, la propiedad no puede destruirse por el simple acto de la elasticidad, más bien su dinámica implica que, los derechos propios del dueño se encuentren en constante movimiento si es que le propietario, así lo desease.

En el caso que, una persona dueño de un bien inmueble expande sus derechos es cuando entrega su bien en usufruto, en efecto, limita sus derechos que son de use y disfrute. Entonces, al cesar la relación jurídica que, surgió por el usufruto los atributos o derechos que se cedieron inicialmente volverán a su fase primaria, como consecuencia, estaremos en la actividad de regreso y recuperación de los derechos.

2.2.1.1.8. Ejercicio abusivo del derecho propiedad.

El Código Civil en su artículo 925 expresa que, la restitución del bien procede cuando alguien sufre o está amenazado de un daño al exceder o abusar de su derecho y como consecuencia se tiene que se adopten medidas o restitución del bien al estado anterior, además de cubrir un monto indemnizatorio por demás daños. Entonces, estamos hablando de que, el abuso del derecho de propiedad escapa de las manos del propietario, por ello, que se codifica como un acto ilícito.

De ahí que, el abuso del derecho se da cuando el propietario excede los límites de los atributos legales que emanan de la propiedad, asimismo, es una situación que vulnera el interés social o derecho común. Pues, la consecuencia es una responsabilidad extracontractual por el daño causado.

2.2.1.1.9. Adquisición de la propiedad.

Los modos de adquirir un bien son aquellos negocios o hechos legal que pueden crear una traslación o radicación del bien en un patrimonio determinado. Debido a ello, la doctrina ha hecho la clasificación respecto de las formas en que surge el derecho a la propiedad las cuales son: De título singular y universal; de título gratuito y oneroso. Aunado a ello, el Código Civil peruano de 1984 establece los modos en lo que se puede llegar adquirir una propiedad y que básicamente son actos lícitos civiles de adquisición.

La apropiación prescrita en el artículo 929 de C.C. involucra: i) La adquisición de caza y pesca, ii) Apropiación de las cosas libre, iii) Caza y pesca en propiedad ajena, iv) Gastos y gratificaciones por el hallazgo, v) Hallazgo de objetos perdidos, vi) Tesoros encontrados en predio ajeno, vii) Protección al patrimonio cultural de la nación y viii) Partición de tesoro. De todo ello, podemos mencionar que no existen los bienes muebles e inmuebles sin un propietario, pues el primero recibe el nombre de la aprehensión y el segundo, recibe el nombre de ocupación.

La especificación y mezcla se encuentra regulada en el artículo 937 del C.C. de la siguiente manera: “El objeto que se hace de buena fe con materia ajena pertenece al artífice, pagando el valor de la cosa empleada. La especie que resulta de la unión o mezcla de otras de diferentes dueños, pertenecen a éstos en proporción a sus valores respectivos”. De ello, se puede argüir que la especificación consiste en la producción autentica de un objeto por intermedio de una persona que hace uso de su arte y una materia prima. Por su lado, la mezcla se da por la combinación de dos bienes, cuerpos, muebles o sustancias que, serán difíciles de separar; ni por daño moral, ni material, sin embargo, se pierde la individualidad, por ejemplo, la copropiedad.

La accesión establecida en el artículo 938 y ss. de C.C. desarrolla el siguiente contenido (Accesión por aluvión, por avulsión, edificación de buena fe en terreno ajeno, mala fe del propietario del suelo, edificación de mala fe en terreno ajeno, invasión de suelo colindante, edificación o siembra con materiales, plantas o semillas ajenas y la adquisición de las crías). A modo de resumen, la accesión desde un punto de vista genérico se origina cuando el propietario adquiere lo que se

incorpora, adhiere, o une materialmente a su propiedad; sin importar la artificialidad o naturalidad.

La transmisión de la propiedad se encuentra prescrita en el artículo 947 de C.C. y básicamente involucra lo siguiente: i) Transferencia de un bien mueble, ii) Adquisición a “*non dominus*” de bien mueble y iii) Transferencia de bien inmueble. Debido a ello, se efectúa mediante la tradición a su acreedor, por lo que, Ramírez (1999, s.p.) señala que la tradición estriba en la entrega (jurídica o material) de la posesión de un bien inmueble o mueble por el interés de quien enajena (no puede ser siempre el dueño).

La prescripción adquisitiva se fija en el artículo 950 del C.C., por lo cual, este precepto abarca (Los requisitos de la usucapión de un bien inmueble, usucapión de bien mueble, declaración judicial de la usucapión y la interrupción del término prescriptorio). Asimismo, la jurisprudencia y doctrina nacional desarrolla una variación respecto del tema esbozado, sin embargo, solo mencionaremos que, la prescripción es una de las formas más conocidas de adquirir la propiedad, esta es, la famosa “posesión” o en otras palabras la formalización de la posesión prolongada durante el plazo que la ley establece de acuerdo al caso en concreto.

2.2.1.1.10. Transmisión de la propiedad.

A. Transmisión de bienes muebles.

El Código Civil desarrolla este tema en el artículo 947 indicando que, la transferencia del bien mueble se da por intermedio de la tradición a su acreedor. Entonces, este precepto reconoce que, el elemento esencial para la transferencia será siempre la tradición.

La teoría de la transferencia de bienes muebles hace la distinción entre modo y título de adquisición. El primero, consiste en entregar el bien, mientras que, el segundo, es un acto jurídico que contiene el acuerdo de la transmisión, pues dicho acto comprende la voluntad de enajenar. A modo de resumen, el título es el contrato que genera la obligación de transferir y el modo es la entrega.

Teniendo en cuenta que, el modo y el título son actos interdependientes, puesto que, existe una relación causa-efecto, es decir, que si el título es nulo o no tiene eficacia nunca se podrá efectuar exitosamente la transferencia. Por otra parte,

la tradición justificará la posesión, esto es, que el dueño o enajenante debe gozar de la facultad de enajenar.

B. Transmisión de bienes inmuebles.

De acuerdo, con lo establecido en el artículo 949 de C.C. señala que: “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario del bien (...)”. Esto quiere decir, que el contrato origina obligaciones, asimismo, solo a través de un acuerdo o consenso el contrato queda perfeccionado. Por ejemplo, la compraventa va generar la obligación al propietario de ceder la propiedad al comprador, pero estando al mismo tiempo al margen de una obligación se transmite la propiedad. Siguiendo con la idea, la ley no indica que, sea necesario suscribir un documento para inscribir o entregar la transferencia solo se limita a validar el acuerdo al que llegaron las partes.

El vendedor tiene que contar con el poder de disposición (enajenar), puesto que, no se puede derivar un derecho con el que, no cuenta. La última parte del artículo acotado hace mención a que: “(...) salvo disposición diferente”, esto hace referencia a los casos que, por ley tiene una distinta tratativa.

2.2.1.1.11. Derechos y prohibiciones del propietario.

A. Derechos.

Por su lado, la institución jurídica de la propiedad tiene los siguientes derechos:

A.1. Derecho a la posesión

El *ius possessionis* tiene que ser ejercido plenamente por el propietario sin intervención de terceros. Sin embargo, la doctrina de derecho hace mención de dos figuras importantes, la primera, la posesión inmediata que, es ejercida auténticamente por el propietario, segundo, la posesión medita se da a través del derecho de poseer.

A.2. Derecho a cercar.

La facultad que tiene el propietario de cerrar el espacio. Por su lado, González (2012, p. 363) menciona que: “al cercar, se precisan físicamente los límites de los cuatros puntos cardinales de un predio”. De ahí que, el dueño tiene que delimitar su bien inmueble y esto también está de acuerdo con lo que establece el artículo 995 del C.C.

A.3. Derecho de deslinde y amojonamiento.

También conocido como el derecho de cerramiento o exclusión que trata al amojonamiento como una acción de determinar y al deslinde como una acción de diferenciar. De ahí que, el propietario puede hacer uso de estas acciones y obligar a sus vecinos ejercer el amojonamiento y deslinde.

Puesto que, estas acciones son pertenecientes a los predios rurales, sin embargo, no escapa del contexto de los predios urbanos. El objeto principal de este derecho es el de enmarcar las colindancias entre dos terrenos con la fijación o el amojonamiento material de línea divisora o linderas (hitos).

A.4. Derecho de cortar ramas y raíces invasoras del predio.

En general, se trata sobre el atentado legítimo contra los bienes o también cuando se pueden notar la invasión de la propiedad por objetos pertenecientes a terceros. Además, este derecho tiene su base legal en el artículo 997 del Código Civil, ya que, es permitido cortar ramas de los árboles que tengan a crecer por encima del espacio que a su propietario le pertenece, asimismo, estima que se puede tomar la medida de la intervención de la municipalidad por interés del otro propietario afectado.

B. Obligaciones.

La propiedad está sujeta a obligaciones en un, primer momento, de modo particular con los demás vecinos que suelen cohabitar y en un, segundo momento, de modo general con la sociedad. La doctrina nacional e internacional establece un catálogo abierto de obligaciones, sin embargo, por ahora nos enfocaremos en dos que consideramos más esenciales que son:

- La expresa en el artículo 960 del C.C. respecto de paso de materiales de construcción por predio ajeno.
- Actos para evitar peligros en las propiedades vecinas en el artículo 959 de C.C.

2.2.1.2. Libertad de contratación.

2.2.1.2.1. La libertad contractual.

El marco legal de esta figura jurídica se encuentra fijada en el artículo 1354 de la siguiente manera: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del

contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”. Entonces, la ley reconoce a los particulares el poder de autorregular sus relaciones jurídico- económica, es decir, deciden libremente respecto de su patrimonio y así adoptar acuerdos sin la necesidad de que el Estado pueda intervenir.

Empero, el deber y derecho del Estado es respetar las decisiones abarcadas por los particulares, pero estos deben tener en cuenta que, no colisione con las leyes. Por ejemplo, un juez civil no podría declarar la ineficacia o nulidad de un contrato por el simple hecho de no estar de acuerdo o ser injusto, puesto que, si el contrato ha respetado los presupuestos para llevar a cabo un contrato; como lo menciona Torres (2012, p. 18):

- La manifestación de la voluntad de los actuantes de acuerdo con lo artículos (140 y 1351 del Código Civil).
- La capacidad jurídica de las partes; de acuerdo con el artículo (140.1 de C.C.).
- El objeto debe ser posible, ser lícito, determinable o determinado, de acuerdo con los artículos (140.2, 1402 y ss. Del C.C.).
- La causa fin lícita; de acuerdo con el artículo (140.3 del C.C.).
- La forma cuando ha sido prescrita bajo sanción de nulidad; de acuerdo con lo artículos (140.4 y 1411 del C.C.).

Es por ello que, un contrato llegaría a ser inválido, ineficaz o nulo si es que faltasen uno de estos elementos constitutivos, y según el ordenamiento jurídico deben ser concurrentes.

A nivel jurisprudencial, la casación en lo civil N° 1217-2013- Lima, publicado el 30/01/2015 en el diario oficial “El Peruano” enfatiza que, la libertad contractual estará sujeta a las limitaciones que la ley imponga, además gozan de libertad para decidir libremente respecto de los términos arribados en el contrato que, han decidido crear.

Asimismo, la casación 3418-2000-Ica ostenta que respetar los límites y reglas dan origen a un contrato normado, pues dichos indicadores son de carácter imperativo; de pactar en contra de lo normado el contrato pierde su concepción. Asimismo, el art. 1354 se relaciona con lo expresado en el art. V del Título preliminar del Código Civil, puesto que la contrariedad acarrea la nulidad del

contrato esto con el fundamento de proteger el interés público, social o ético y los principios de las buenas costumbres y orden público.

Otro es la casación N° 1304-2003/Ica; publicado el 24/10/2003 respecto de la reducción judicial de la hipoteca y la limitación a la autonomía de las partes. Lo que incide, es la forma de interpretación de la limitación a la autonomía de las partes, pues deben ejecutarse, celebrarse y negociarse con buena intención y buena fe para no afectar el interés social.

2.2.1.2.2. La libertad de contratar.

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

Dentro de una sociedad contractual y su creciente economía los vectores vitales siempre serán el consentimiento y la autonomía de la voluntad, por lo que, nuestro derecho económico que involucra los contratos está sometidos al respeto de la libertad adyacente mencionar que, los hombres son libres si todos son iguales. De acuerdo Gutiérrez (2005, p. 829) esgrima que: “Las limitaciones de la Constitución impone a este principio deben interpretarse como un esfuerzo por ordenar la libertad de las transacciones. Si en el plano económico, la libertad se ejerce por medio del contrato, no hay que perder de vista que todo contrato se ejecuta en un mercado y no hay economía ni mercado sin un orden jurídico que les permita funcionar”.

Entonces, la libertad de contratar que menciona la Constitución no se refiere a al poder de decidir con quien tratar y con quien no, sino esta se apega a la libertad de configuración interna, es decir, establecer obligaciones y derechos a cargo las partes que decidieron establecer un contrato. La teoría de los hechos cumplidos se relaciona con este dispositivo jurídico, puesto que, privilegia la eficacia de las normas, es de aplicación inmediata y favorece la innovación legal, ya que, esta teoría trata sobre la aplicabilidad de la norma a las situaciones, hechos o relaciones

legales en un respectivo periodo, o sea, desde la vigencia hasta la derogación o modificación de la misma.

En el caso que, dos personas desean llevar a cabo un contrato de locación de servicios, estos se verán obligados a respetar el contenido del artículo 62 de la carta magna. Ya que, el precepto acotado permite, en primer lugar, moldear el contrato a su libre albedrío, asimismo, con los términos y condiciones. Sin embargo, el tema de la limitación se refleja cuando aquellas partes no podrán decidir respecto del plazo, puesto que, la ley regula de manera específica uno de 6 años para servicios profesionales; de 3 años por otros tipos de servicios.

Desde el enfoque constitucional, los términos contractuales no pueden ser modificados por disposiciones o leyes de cualquier índole, salvo y excepcionalmente sea interés público, social o ético en extremo por orden público de buenas costumbres o normas imperativas.

2.2.1.2.3. Limitaciones a la libertad de contratación.

Es denominada como el principio de la autonomía privada, toda vez que, no se conoce el absolutismo de ningún derecho, esto es, que tiene un carácter de irrestricto o limitado. Entonces, el derecho fundamental a libertad contractual es exento a límites y esto se justifica a base del tipo Estado que es el social y democrático de derecho, pues esta tipología acoge derechos que no son del todo absolutos.

Los límites como tal son consustanciales a otros derechos primordiales. Así que, los únicos límites que, por la doctrina se establecen los siguientes dos puntos:

- **El orden público.** – Se presenta básicamente como una barrera a la autonomía privada, pero el orden público se desarrolla en el fundamento 28 de la sentencia del Tribunal Constitucional del expediente 03283-2003-AA de fecha 15/06/2003 de la siguiente manera:
(...) es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencia. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: La realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental

para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad.

De eso, podemos inferir que el orden público no puede afectar la existencia de los derechos fundamentales y de ser el caso se cuestionara mediante un proceso de inconstitucionalidad.

- **Otros derechos fundamentales.** – En este sentido, resulta que los acuerdos plasmados en un contrato legal no pueden vulnerar derechos y principios constitucionales, puesto que eso devendría en la nulidad del contrato perdiendo toda validez para lo pactado. El objeto principal es de armonizar de una forma pertinente la libertad contractual y la autonomía privada.

2.2.1.2.4. El contrato.

A. Naturaleza jurídica.

A.1. Teoría de la oferta.

Esta teoría resalta que, el promitente se obliga frente al que, es el estipulante, pues de ese modo el crédito ingresa en el patrimonio de este. Entonces, el estipulante oferta su crédito en oposición del promitente al tercero beneficiario. Seguidamente, la última aceptación configurará un segundo plano de la convención, En resumen, el crédito se mueve i) del patrimonio del estipulante; ii) al patrimonio del tercero, pero será previa aceptación. Es por ello, que los doctrinarios nunca estuvieron de acuerdo con el planteamiento de la teoría, pues va en contra de la esencia del contrato y el beneficio de un tercero adyacente la aceptación no es por el contrato, más bien por su derecho preestablecido.

A.2. Teoría de la gestión de negocios.

Normalmente esta teoría fue creada y adaptada dentro del marco legal argentino donde el estipulante tiene un rol de beneficiario para un tercero, mientras el promitente actúa por interés propio y particular.

A.3. Teoría de la adquisición directa del derecho.

En este plano el derecho nace de la celebración del contrato, puesto que, es un derecho directo. En síntesis, de la relación contractual del estipulante y el promitente, en ese acto, instantáneamente surge el derecho del tercero. Es así que, se prescribe en el artículo 1458 del C.C. respecto del origen y exigibilidad de

derecho de tercero que menciona: “El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. (...)”.

A.4. Teoría de la autonomía de la voluntad.

Esta referida básicamente al poder de autonomía de la voluntad privada que se ha mencionado reiteradas veces en el desarrollo de la investigación. Por lo cual, no es más que, la libertad contractual de las partes, ya que, estos pueden determinar libremente su contenido, efectos, beneficios, cláusulas y otros que tenga que ver. Pero, la norma advierte que no deben ser contrarias al ordenamiento jurídico. Pues, al encontrarnos en un derecho moderno nada impide a arribar contratos lícitos, pero no ilícitos.

A.5. Teoría de la voluntad unilateral.

La teoría se ciñe en que, la sola manifestación de la voluntad autónoma del promitente definirá la ventaja del beneficio por el tercero. La mayor influencia a lo largo de la historia fue dentro del derecho alemán y francés. De ahí que, el tercero beneficiado, es decir, acreedor situado y privilegiado.

B. Definición.

Según el artículo 1351 del Código Civil define un contrato como: El contrato es el pacto de dos o más personas para regular, modificar, crear o extinguir una relación jurídica económica o patrimonial.

Desde el punto de vista nominal el contrato describe la construcción de la institución, por lo que, la descripción consiste en que un contrato (es un convenio de uno o varias personas); a su vez, indica los efectos de (modificar, crear, regular y extinguir la relación basado en lo pecuniario). En efecto, lo definido por el Código Civil no es muy extenso dejando algunas dudas, esto es, un error de los avatares de codificación y no del legislador.

La jurista Belvedere la considera como una institución contractual y relaciona lo detallado en el Código Civil peruano con lo definido en el Código Civil italiano, pues lo único inusual en esta comparación es que, esta última no abarca aspectos como: El objeto, forma y causa y demás elementos que son vitales para la formalización del acto (1977, p. 139).

De ese modo, la jurisprudencia ha dado un gran aporte de noción de contrato como fuente de relaciones obligatorias en la casación N° 3358-2015-Cusco de la

siguiente manera: “El contrato, como principal fuente de obligaciones por el derecho civil patrimonial, es conceptualizado por nuestro ordenamiento jurídico como el acuerdo de dos o más partes para regular, modificar, crear o extinguir una relación jurídica patrimonial; pues así lo determina el precepto normativo 1352 del Código Civil”.

Asimismo, la casación de cuzco N°4242-2015 desarrolla al contrato como un supuesto de negocio jurídico, ya que, el contrato va a nacer de un acuerdo de voluntades (confluencia de consentimientos); el objetivo principal es la un negocio jurídico, pues la justificación es porque se relaciona con el contenido del artículo 1402 del C.C. lo que significa que las partes se involucran en un comportamiento determinado de prestaciones que, son las de dar, hacer y no hacer.

C. Tipos de contratos.

La doctrina civil nos ofrece un catálogo abierto de contratos para poder hacer una clasificación considerable respecto de lo contratos, pero en esta oportunidad nos encargaremos de detallar aquellos contratos que se vinculan necesariamente con la presente investigación.

C.1. Bilateral y unilateral.

La esencia de los contratos es que, la convención involucre a dos personas. Pero, cuando la doctrina hace la distinción de entre uno y otro, nos dice, que estamos frente a una bilateral cuando hay dos individuos con intereses opuestos. Por el contrario, estaremos frente a una unilateral cuando solo hay una parte que, desea manifestar su voluntad, por ejemplo, una donación.

C.2. Gratuitos y onerosos.

Se da la figura de uno gratuito cuando una de las partes sale beneficiada, pues estará libre de toda prestación o contraprestación. Por el contrario, los onerosos son básicamente cuando un contrato lleva de por medio un monto pecuniario o relación patrimonial económica, por ejemplo, la compraventa.

C.3. Conmutativos o aleatorios.

Teniendo en cuenta que esta clasificación solo aplica para los bilaterales, estaremos frente a un contrato conmutativo cuando al momento de celebrar el contrato; las prestaciones son ciertas como se puede apreciar en una compraventa.

Será aleatorio cuando la prestación que conlleva el contrato es incierta, pues no se determinara con precisión las ganancias o pérdidas.

C.4. Principales y accesorios.

Son los más comunes que podemos ver con mucha facilidad en la praxis, ya que, el principal será el que existe por sí mismo o es el contrato eje. Por su lado, el accesorio es aquel contrato de garantía que se adhiere al principal con el propósito de garantizar la efectividad del principal, por ejemplo, un principal es un derecho real de hipoteca, mientras que uno accesorio es el derecho personal de la fianza o aval.

C.5. Nominados o innominados.

Los contratos típicos son aquellos que están regulados en la ley y, por lo tanto, tienden a ser aceptados por el ordenamiento jurídico y sistema de justicia. Por el contrario, los atípicos tiene su base en los contratos *numerus apertus*, pues estos no se encuentran regulados como tal, pero no prohíbe que las partes no puedan llevarlos a cabo.

C.6. Ejecución instantánea y de tracto sucesivo.

El primero, es aquella obligación que nace al momento de la celebración del acto, sin embargo, nada impide que se pueda celebrar a plazos porque es válidamente la prórroga del tiempo. El segundo, la terminación o nulidad operan solo para hechos futuros.

C.7. Adhesión y de libre discusión.

Los de adhesión, por lo general, son típicos de tendencia general, carácter permanente y sobre todo muy minuciosos como es el caso de los seguros. Por su lado, los de libre discusión es respecto del contenido cuando las partes tiene la libre determinación de plasmar los acuerdos que, ellos deseasen.

D. Elementos de existencia

La presencia de los elementos son un factor importante para la existencia de un contrato, pues solo así se cumplirá los efectos del acto, por el contrario, no existirá como tal si se omite uno de estos.

D.1. El consentimiento.

Es la decisión voluntaria de la persona de querer llevar a cabo un contrato, en otras palabras, esta faceta se apega a lo disertado por la autonomía de la voluntad privada. En un primer momento se tiene la oferta, la cual, estará apegada a la decisión interior de la persona, en un segundo momento, está la aceptación donde se exterioriza la voluntad.

D.2. El objeto.

Existen dos tipos para esta situación: Primero, está el directo que, por naturalidad nunca cambia y siempre lo podemos notar, ya que, es la trasmisión de derechos y obligaciones. El segundo, está el indirecto que corresponde a la acción de dar, hacer y no hacer y, por último, de manera opcional; el material que llega a desprenderse del indirecto: Objeto o hecho.

D.3. La solemnidad.

Es un elemento esencial, puesto que, se utiliza en ocasiones que, la propia ley lo requiera. Por su lado, Gutiérrez expone que la solemnidad es un conjunto de elemento con carácter extrínseco, donde se configura el interés de los que pactan, y que la ley exige para la existencia del acto (1999, p. 295). Entonces, lo solemne se apega más a respetar las disposiciones de la ley.

E. Elementos de validez.

La presente sección tiene por objetivo fijar la validez de los efectos jurídicos de un contrato, es decir, se trata de la estructura de deben contener los actos para ser válidos.

E.1. La capacidad.

En términos específicos la capacidad sobresale por la aptitud que la ley nos da como personas de derechos y sujetos de obligaciones, entonces, que la ley nos menciona que existen dos tipos de capacidad que es ejercicio y de goce. La primera, se refiere a los derechos jurídicos, el cual, obtiene toda persona al cumplir la mayoría de edad. El segundo, es algo esencial de la persona, pues la obtiene por su propia condición al momento de nacer.

E.2. La ausencia de los vicios de voluntad.

Son los vicios que alteran el libre consentimiento del aceptante u oferente, dado que, el consentimiento debe darse bajo espontaneidad, plena conciencia y

absoluta libertad en la realidad. En efecto, estaremos frente a un consentimiento inválido cuando su decisión está siendo manipulada y desviada del propósito fundamental.

E.3. La forma legal.

La exigencia de la formalidad para cualquier tipo de acto está sustentada en base al interés público y seguridad jurídica. Por tanto, para cumplir con los fines que la ley ordena (conservación, creación, modificación, extinción o conservación) el acto debe revestir de formalidad que el mismo Código Civil peruano desarrolla con fines de evitar suposiciones, fraudes y simulaciones.

E.4. La licitud en el objeto-hecho, motivo o fin.

Es elemento decisivo para el acto contractual, en cuanto, la ley civil dispone que “se trate de un objeto y fin lícitos. La ilicitud lleva como consecuencia la nulidad según lo determine la ley. Asimismo, se relaciona con lo preestablecido por la autonomía privada de la libertad, ya que, tanto el objeto y el fin no deben contradecir disposiciones de orden público ni de las costumbres positivas.

F. El contrato como fuente de las obligaciones.

Como sabemos, toda obligación nace de un contrato. Por lo que, el jurista Bejarano señala que una obligación se define de acuerdo a dos posturas de los sujetos de la relación jurídica: Primero, desde la perspectiva del deudor, una obligación es la necesidad de ejecutar o satisfacer la prestación que tiene con el acreedor. Segundo, para el acreedor será la capacidad de requerir o pedir la prestación al deudor (2012, p. 68).

Entonces, claramente se puede apreciar que el deudor siempre quedara comprometido con el acreedor respecto de una relación jurídico patrimonial, por lo que, dentro de aquella relación existente tenemos que notar la presencia de los elementos constitutivos de las obligaciones: **i)** Un sujeto activo y uno pasivo, **ii)** Vínculo jurídico establecido por la ley para el reconocimiento de la prestación y **iii)** Es el objeto con carácter patrimonial sobre el cual recaerá la acción de dar, hacer y no hacer.

De manera que, la única fuente de una obligación es un contrato esta nace de los siguientes actos: Primero, está constituido por la declaración unilateral de la

voluntad, puesto que, es la exteriorización de la voluntad que será considerada como válida si respeta los lineamientos de la ley. Segundo, está constituido por la gestión de negocios que involucra a un gestor que tendrá la capacidad de representar a su dueño a través de un acto unilateral. Tercero, está constituido por la responsabilidad objetiva que, se refiere a la necesidad jurídica de una persona en este caso el deudor sobre el acreedor. Cuarto, está compuesto por el hecho ilícito que tiene a la conducta humana como culpable y negligente.

Los contratos tienen efectos que, son las consecuencias jurídicas, estas surgen al momento de ejecutarla o perfeccionarla, así pues, tienen lo hacen en dos momentos: En el de transmitir o constituir derechos reales; al nacer o transmitir obligaciones. De ello, podemos inferir los siguientes efectos: **i) La obligatoriedad, ii) La relatividad, iii) La intangibilidad y iv) La oponibilidad.**

La obligatoriedad es uno de los primeros efectos que vemos en relación al acto contractual, ya que, la voluntad al estar plasmada en las normas civiles tiene fuerza de ley. La relatividad según Sánchez (2001, p. 85) consiste en que: “El contrato beneficia o perjudica directamente a las partes y únicamente para ellas crea derechos u obligaciones, no para terceros”. La intangibilidad se refiere a que una de las partes no puede alterar el contenido del contrato por decisión propia o unilateral. La oponibilidad como característica natural de los derechos reales manifiesta que se debe hacer valer *erga omnes*, de ahí que, será oponible siempre y cuando este inscrito en “SUNARP”.

Para terminar con las ideas expuestas es necesario determinar la extinción de una obligación, esto es, cuando se disuelve la relación jurídica entre acreedor y el deudor, pero por lo general una obligación culmina con el pago del objeto o con la prestación debida, sin embargo, existen otras formas de extinción.

La novación se refiere cuando se reemplaza el contrato anterior por uno nuevo. La dación de pago se determina cuando el deudor propone pagar la prestación por medio de un objeto distinto, pero de proporcional al objeto del contrato. La compensación se trata de la reciprocidad que puede haber por parte de un tercero interesado. La confusión señala que la condición de acreedor y deudor la tiene una sola persona, por lo que, la obligación cesa por la existencia de esta figura dual.

2.2.1.3. Problemas en el artículo 882 del Código Civil.

2.2.1.3.1. Restricciones de grabar y enajenar.

Actualmente, vemos que en el contenido del artículo 882 hay demasiado cabos sueltos, debido a que, la norma no es muy precisa para explicar la prohibición atribuida al propietario, pues solo encuentra sustento justificable en base a que, se obstruye la libre circulación de bienes, la cual, afecta al mercado creando una suerte de factores negativos.

Inicialmente, tenemos a Gómez (c.p. Risco, 2011, p. 128) que menciona lo siguiente:

(...) el propietario puede ceder a otros el derecho de ejercer en su lugar, temporalmente, de forma completa o parcial, ciertas prerrogativas parciales asociadas al derecho de propiedad. Permite, en consecuencia, una gran flexibilidad en la forma de organizar, por medio de contratos, la asignación de los derechos de control y uso de los recursos productivos que tiene concedidos el propietario (...). Suprimir tal libertad significaría privar a la sociedad de las mejoras de productividad y posibilidades de especialización que derivan de un sistema de elección tan flexible y restringiría la capacidad de las partes para elegir el uso más apropiado a competencias y conocimientos.

De todo ello, podemos inferir que, el propietario puede desembrar sus *dominium*, puesto que, como mencionábamos inicialmente no puede ir en contra de leyes establecidas, todo ello, en base al derecho constitucional de la libertad contractual. Entonces, si supuestamente el contenido del artículo 882 del C. C. es muy idóneo porque su contrapartida afecta a la libre circulación de bienes, pero su propósito legal genera tanta incertidumbre al momento de interpretarlo.

Por su parte, Borda (1984, p. 255) opina que, las atribuciones de enajenar y grabar deben tener un efecto temporario, no obstante, no se podría concebir el desmembramiento o desprendimiento definitivo de los atributos esenciales de la propiedad, pues ello, significaría desnaturalizar este derecho. Entonces, si ponemos como ejemplo las situaciones en que, el propietario pueda ceder sus derechos los hace por medio de un contrato, por lo que, transfiere sus atributos a un tercero excepcionalmente de manera temporal.

Sin embargo, dentro de un contrato se pueden establecer intereses privados que, válidamente van a ser respetados por las partes, por ejemplo, (caso de limitación de uso) se puede pactar de manera positiva que, un bien no pueda ser utilizado para un fin determinado o no se realice algún tipo de actividad u obra. Asimismo, (caso de limitación de disfrute) se puede negociar que, el bien se limite de cierta actividad productiva o limitar algún tipo de relación jurídica adicional al momento de arrendar el bien.

De los pactos mencionados en los ejemplos serán eficaces y válido de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, pues se encuentran amparadas dentro de las limitaciones de estatuto ordinario adyacente no son contrarias a las disposiciones imperativas, ni rechazadas por el orden público.

De acuerdo, con lo que opina Del Risco (2011, p. 132) acerca de las prohibiciones relativas y absolutas es que, ambas se encuentran plasmadas en el artículo bajo análisis, ya que, el dispositivo jurídico no hace la diferencia entre los dos tipos de prohibiciones. Entonces, según lo cánones de interpretación normativa, no puede ser posible determinar excepciones a la aplicación de la norma cuando está no ha regulado de manera expresa.

A. Fundamento principal de la prohibición.

Otro punto a, tener en cuenta es la justificación del artículo 882 del Código Civil, pues está orientada a garantizar la libre circulación de bienes. Ya que, el ordenamiento jurídico afirma que facultar a los particulares a pactar libremente la prohibición de enajenar conduce a un inmovilismo jurídico de los bienes, consecuentemente, afectaría perjudicaría el régimen económico y la dinámica comercial en su conjunto. De ese modo, también la prohibición de gravar afecta el acceso al crédito.

Asimismo, la razón del artículo acotado tiene su finalidad en generar seguridad jurídica, debido a ello, es que el legislador opto por la medida radical de la prohibición. Consecuentemente, la idea principal es que al establecer la prohibición y enajenación se crea una suerte de seguridad jurídica para los particulares, en especial, para aquellas inmobiliarias que, en la actualidad tienden a mover la economía a través de su comercio en la venta de terrenos.

A razón de ello, se tiene que la libre circulación de bienes es fundamento principal de la economía del país, pues si llegase a obstaculizar este movimiento la economía de capitales se ve truncada. Por ejemplo, es preciso señalar un caso de las personas y su hábito de ahorrar; si bien es cierto es una buena forma de prosperar, pero el efecto negativo es que el dinero no tiene circulación, lo cual, afecta radicalmente a la economía del país.

2.2.1.3.2. Análisis del artículo 882 del C.C.

Un gran sector de la doctrina comenta que permitir tales límites al artículo acotado genera una suerte de inmovilismo jurídico, pues se estaría afectando la libre circulación de bienes. Sin embargo, Bullard considera que la problemática no parece tener sustento suficiente a una prohibición tan extrema y drástica, tanto que, ni en el texto literal se proponía una excepción de temporalidad o determinaba un periodo definido de tan acto (2020, p. 14).

Sin embargo, es de libre albedrío del propietario actuar al amparo del principio de la libertad contractual, puesto que, si esta renuncia a sus atributos de disponer y gravar lo hará bajo su criterio lógico y racional. Ya que, por lo común habrá un interés económico que beneficie al propietario, así la contraparte optará por abonar ese monto económico siempre y cuando el beneficio que va recibir es mayor que la compensación que otorga.

De manera, precisa lo explica Bullard (2020, p.14) la renuncia debe ser valorada por la otra parte, así la compra de la renuncia solo funcionará si el beneficio es mayor al costo, es decir, el resultado es positivo. Por ejemplo, Juan tiene en mente vender su propiedad colindante, pero él tiene las expectativas de tener un vecino tranquilo con los mismos ideales y valores con los que él fue formado. Entonces, para asegurar su tranquilidad de él y su familia decide venderle a José.

De acuerdo, con el principio de la libertad contractual el caso no se sale de los límites, puesto que, Juan desea un beneficio por otro, entonces venderá su predio a un precio menor a lo que ofrece el mercado, por su lado, José también tendrá que otorgar un beneficio por otro, entonces se reserva su derecho de gravar y enajenar. De ello, se tiene que ambas partes se benefician y alcanzan sus intereses, asimismo, el contrato no incurre en ningún vicio e imposibilidad y efectuarlo.

Por lo tanto, no se puede privar de una manera estricta la voluntad de pactar de las partes, así como restringir la autonomía privada y cambios sin justificación. Sin embargo, por un tema sucesorio se puede suponer que, a la muerte de la parte originaria se transmiten sus bienes, derechos y obligaciones a sus herederos lo que conllevaría una modificación del contrato, en consecuencia, quedaría sin efecto para los herederos. Por lo que, el artículo debe apartarse de lo estricto y plantear una excepción (Bullard, 2020, p. 15).

A. ¿Qué entendemos por enajenar y gravar un bien?

Debemos comprender por enajenación de un bien el acto de transmitir un derecho real o dominio de la cosa a favor de un tercero. (Azañero, 2018, p. 275) Azañero (2018, p. 318) nos dice que por gravamen debemos entender cuando se establece algún afectación o carga al bien, patrimonio, riqueza o propiedad que pertenece a una persona natural o jurídica; además debemos precisar que a través del gravamen se establece una garantía al acreedor con respecto al crédito bancario o personal que este brinda al favor del acreedor

2.2.1.3.3. Proyecto reforma de ley N° 05072.

El proyecto de reforma que, inicialmente fue propuesto por la bancada de cambio 90 a cargo del congresista Jorge Muñoz Ziches el 18 de agosto de 1999 que tenía las intenciones de modificar el contenido del artículo 882 de Código Civil peruano, por lo que, es necesario tenerlo en cuenta para analizar la problemática que encierra la improcedencia de prohibición de enajenar y gravar (Congreso, 1999)

La Comisión Reformadora del Código Civil expone sus motivos en base a la idea principal de que el impedimento del artículo 882 C.C. vulnera derechos inherentes a la propiedad, a su vez, la libertad de disposición de bienes y de la libertad de contratar dejando a salvo lo que corresponde a la legítima.

2.2.1.3.4. Análisis del artículo 101 de la Ley General de Sociedades.

El propósito de la presente investigación es llegar a la modificación del artículo 882 del Código Civil, pero nada impide que hagamos una comparación excepcionalmente tomando en comparación algunas leyes del ordenamiento jurídico peruano, por ejemplo, el artículo 101 de LGS menciona respecto de las limitaciones y prohibiciones aplicables a las acciones. Por lo que menciona:

No puede significar la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar las limitaciones a transferencia, el gravamen o a la afectación de acciones, estas limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas mismos o entre accionistas y terceros, que hayan sido informados a la sociedad. Las limitaciones previamente acordadas en el estatuto, pacto social o decisión de un titular accionista se plasmarán en una matrícula y si requiere en un certificado, asimismo, es válido la prohibición de transferir, afectar o gravar acciones y/o otra manera de afectación, pero debe hacerse de acuerdo a la junta general mediante votación; sin que rijan en este caso los requisitos de la ley o del estatuto para la modificación del estatuto.

Asimismo, el artículo acotado continúa detallando acerca de la temporalidad de la prohibición de la siguiente manera: “La prohibición debe ser el plazo determinable o determinado sin exceder el plazo de diez años prorrogables antes del vencimiento por periodos no mayores. Las condiciones y términos de la prohibición temporal deben ser expresados en los certificados y las matrículas de acciones, documento o anotaciones en cuenta que evidencie la titularidad de la respectiva acción”

Entonces, del artículo podemos inferir que, hay una situación paradójica, pues una norma no puede justificarse respecto de la restricción y prohibición con el objetivo de proteger el tráfico económico. Por otra parte, si el propietario que se arriesga a ofrecer ese atributo fundamental es porque la otra parte está dispuesta a sacrificar algo, debido a ello, la existencia de una obligación de no hacer en la relación jurídica contractual debe tener excepciones legales que satisfaga a las partes y respetar su criterio.

2.2.1.3.5. Análisis del artículo 1001 del Código Civil respecto del plazo del usufructo.

De manera referencial es importante tener en cuenta lo expresado en el artículo 1001 del C.C., puesto que, en ello vemos la excepción de la que mencionábamos en el desarrollo de la investigación de la siguiente manera: El usufructo es temporal, pues no puede exceder el plazo de los 30 años, no obstante,

si se fijase un plazo mayor al establecido quedará subsumido al plazo determinado por la ley. Sin embargo, al tratarse de bienes inmuebles la ley establece un plazo máximo de 99 años.

La doctrina civil respecto del usufructo menciona que, al momento de la aparición de esta figura dentro de una relación contractual se priva los atributos de uso y disfrute que, propiamente pertenecen al dueño, entonces, estamos frente a una desmembración de la propiedad, aunque lo interesante de este artículo es que se observa un plazo legal, pese a que, se ceden algunas facultades propias de esta figura jurídica.

De ese mismo modo, Pozo (2020, p. 667) indica que el artículo 1001 del C.C. debe interpretarse, de acuerdo con el artículo 1021 del mismo código, pues esto se debe a que, el usufructo tiene la posibilidad de extinguirse con la muerte o renuncia del usufructuario al no existir plazo de duración, por ende, se entiende que el usufructo tiene término de duración vital.

Por lo tanto, lo que el autor entiende es que el usufructo tiene un punto de inicio y final, sin embargo, el plazo vitalicio como tal no está regulado en el Código Civil, pero hace especial énfasis en una interpretación a nivel doctrinaria de que, el desmembramiento de los atributos de la propiedad tiene que estar establecido en el ordenamiento jurídico para evitar una interpretación errónea.

2.2.1.3.4. Restricciones convencionales.

Una restricción legal se entiende como una limitación en el ejercicio de alguna facultad o derecho atribuida a las personas naturales o jurídicas. Por ende, debe tenerse en cuenta que, las limitaciones convencionales al dominio deben ser analizadas a través de un método restrictivo, debido a que, por regla fundamental la propiedad se presume libre.

Al respecto de esto Messineo (1979, p. 268) infiere que:

Al final de la larga enumeración de restricciones del derecho del propietario, debe, sin embargo, reafirmarse el principio de la libertad de la propiedad (...), en el sentido de que, formalmente, la libertad sigue siendo la regla, y el límite es la excepción (...).

De ello, se tiene que el principio de la libertad encuentra sustento en las figuras de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, aunque estas hayan

sufrido notables y un sinnúmero de restricciones, pero no debe apartarse de la idea que son bases del derecho privado y régimen contractual.

En primer lugar, para dejar enmarcada la idea de la restricción tomaremos como aporte fundamental el contenido del artículo 2019.5 del Código Civil peruano respecto las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito. De ahí que, son susceptibles de inscripción en la Sunarp, los contratos y actos que manifiesten, constituyan, extingan, transmitan, limiten o modifiquen los derechos reales respecto de los bienes.

Asimismo, sobre el inciso en mención, Del Risco (2011, p. 134) explica que, un derecho inscrito por parte del titular puede acarrear determinadas restricciones que, se establecen contractualmente, por ejemplo, se puede establecer una cláusula de “no subarrendamiento”, aunado a ello, la publicidad de la ley estima que, no se puede hacer referencias de las restricciones, puesto que, dicha publicidad será suficiente para entender e identificarla.

De ahí que, no hay menor duda de que, se puede acceder a la publicidad registral e inscribir una limitación convencional de dominio, pues estamos afirmando algo que acoge el Código Civil peruano de 1984. Por su lado, el Tribunal Registral en la resolución N° 1261-2009-SUNARP-TR-L se pronuncia de la siguiente manera: “Las restricciones establecidas por pacto entre las partes que importen una limitación a alguno de los atributos del derecho a la propiedad sí son actos inscribibles en el registro”. Por ello que, el registro existe para describir la situación jurídica, con sus características especiales, a cada bien matriculado, no obstante, el registro no existe para concebir o transmitir derechos reales.

En segundo lugar, tomamos también con caso esencial del contenido del artículo 926 del Código Civil que puntualiza el efecto legal de toda restricción respecto de la propiedad se dará previa inscripción en el registro. Es así que, si hablamos de las limitaciones que menciona el precepto normativo acotado, estos tienen la prerrogativa dentro de la autonomía privada, por ello, que irrumpen las reglas de los derechos reales los cuales son: la tradición jurídica y el *numerus clausus* del sistema.

En tercer lugar, tenemos el artículo 2012 del Código Civil donde la publicidad de las inscripciones se presume sin admitir prueba en contrario. De ello,

podemos apreciar que, existen dos elementos registrales importantes la publicidad y la inscripción. La primera, se entiende como el acto de hacer mediático un derecho real con fines apegados a la seguridad jurídica, mientras el segundo; significa el acto final del trámite registral. Por otro lado, la presunción de no admitir prueba en contrario es que, la buena fe registral estará involucrada en los actos de inscripción de los usuarios.

Sin embargo, Puente (2000, p. 61) comenta críticamente que, las presunciones legales *iure et de jure* no se admiten en el derecho actual, ya que, no son disposiciones netamente jurídicas, es decir, normas legales, pues son simplemente ficciones legales.

Por lo tanto, la ley es clara a mencionar que nadie puede alegar que no conoce la existencia de derechos inscritos en el sistema registral, pues esto en base a que, la ley no admite que se alegue tal situación. Por ejemplo, en un contrato de compra y venta será impertinente señalar que no tiene cargas y/o gravámenes dentro de una de sus cláusulas, puesto que, no tendrá efecto si se diera el caso de que el bien inmueble registra esas dos características en el sistema de los registros públicos, aunado a ello, se tiene que prevalecer lo que dice en Sunarp y no lo que se pacta en el contrato.

A modo de resumen, de todo lo mencionado es preciso indicar que, la imprecisión del artículo 882 del Código Civil es abismal, pues la regulación es muy parca en sus efectos y es un obstáculo para la decisión de los jueces, fiscales, abogados y demás operadores jurídicos. Por ello, genera incertidumbre de las partes contractuales, la eficacia de sus convenios y en la manifestación de su voluntad.

2.2.2. Abuso del derecho.

2.2.2.1. Contexto histórico.

2.2.2.1.1. El abuso del derecho dentro del derecho romano.

El abuso del derecho al igual que muchas otras figuras e instituciones jurídicas ha ido evolucionando a través del tiempo, los mismos que van cambiando debido a los diversos factores sociales, políticos, entre otros que se van produciendo durante el transcurso de la vida, mismas que no han dejado que las distintas figuras e instituciones del derecho se mantenga estáticas, es por ello que es importante resaltar ciertos puntos importantes en la historia que son de relevancia para el

estudio del abuso de derecho, es así que, nos remontamos al siglo XIX donde la aparición del abuso del derecho se presentó como una respuesta para los problemas jurídicos que se desataban tras la creciente influencia del capitalismo dentro de la sociedad y el derecho. (Gaviria, 1980, p. 30)

Y justamente ahí es que se concibió al abuso de derecho desde dos concepciones: una desde un enfoque individualista, donde el abusivo ejercicio del derecho era entendido como aquella acción que era realizada por la persona que tenía titularidad sobre dicho derecho, en otras palabras, el ejercicio podía realizarse de manera doloso o culposa por parte de ella, doloso en tanto que el titular del derecho sabía que al ejercerlo genera perjuicio a un tercero, o culposo cuando el titular del derecho ejercía dicha titularidad sobre ella sin tener voluntad de querer causar daños o perjuicios, pero igual las causaba; pero como nos señalaba Alessandri (c.p. Gaviria, 1980, p. 30) ello no quedaba lejano de que el ordenamiento jurídico siempre obligaba a los sujetos titulares de dichos derechos a actuar de buena fe y de la mejor manera que no termine causando perjuicio a terceros; la segunda concepción que se otorgó al abuso de derecho fue de corte socialista donde se señala que el ejercicio abusivo del poder iba contra las finalidades económicas y sociales tanto del derecho como de la sociedad, ya que, su ejercicio contravenía contra ella.

Mediante un estudio del derecho durante el siglo XIX podemos ver que los ideales del derecho tenían cierta ineficacia en su aplicación, ello puede ser debido a que durante dicha época la doctrina individualista se encontraba en pleno apogeo, mismos que planteaban sobre la liberalidades y las restricciones de la norma, ya que, desde su postura solo la ley podía determinar cuáles eran los límites de ejercicio de la misma, por lo que las personas no aceptaban que el límite comienza donde empieza el derecho de otra persona, lo que hacía que todos actuaran sin ningún tipo de restricción sustentándose que si actuaron bajo los límites de la ley, la intención del titular que afectaba a otras personas no debía ser investigada, fue recién durante el siglo XX que dichos pensamientos fueron poco a poco absorbidos por la nueva postura de pensamiento denominada solitario, donde el derecho subjetivo empezó a ser visto desde un enfoque más social, donde las limitaciones

de ejercicio se restringían por el derecho a otra persona, donde primaba el interés mutuo de la sociedad como miembros de ella. (Hess, Louge & Zarate, 2010, s/p.)

2.2.2.1.2. *El abuso del derecho dentro del common law.*

Durante la Inglaterra medieval podemos ver que la figura del abuso del derecho ya se venía presentando en casos de *leading, decoy case*, donde durante los años de 1706 se vieron diversos casos en los que las personas ejercían de manera abusiva sus derechos, como es el caso en la que una persona solía usar su arma para ahuyentar a las aves que se posaban cerca de su vivienda, mismas aves que eran el sustento alimenticio y económico de su vecino causándole de ese modo diversos daños, por ello el magistratura fallo a favor de declarar que no se podía hacer uso de un arma de fuego u otro con fines maliciosos para alejar a las aves que eran de sustento para el vecino, ya que, dicho comportamiento hostil atentaba contra su vida, además de ello durante dichas épocas se presentó otro caso en el que un vecino usaba su arma de fuego con el fin de asustar e instar el aborto de las hembras de zorro plateado que criaban los vecinos, pese a que el dueño del arma de fuego alego que al disparar no causaba ningún tipo de perjuicio a nadie, ya que, el mismo solía disparar dentro de su propiedad como entrenamiento para la cacería, se demostró que el ejercicio de su derecho vulneraba los límites normativos al causar perjuicios económicos al criador de zorros, por lo que, el fallo de la corte fue declarar como *nuisance* a quien contraviniera la prohibición de disparar con el fin de incentivar dichos abortos. (Espinoza, 2005, pp. 24 – 26)

Y del mismo modo, se fueron presentando diversos casos de abuso de derecho dentro de Francia, siendo uno de los primeros casos que datan en 1855 donde un vecino construyó una chimenea increíblemente alta para aquellos tiempos, con la finalidad de evitar que la luz del sol ingrese a la casa del vecino, mismo que alegaba que no había ningún tipo de interés propio del fin más que nada porque al ser propietario de la tierra donde construía tenía derecho a construir tan alto como le pareciera, además de ello se presentó otro caso que a través de diversas mociones llego hasta el Tribunal Supremo, donde se discutía el comportamiento del dueño de una propiedad que había construido e instalado murallas y puertas extremadamente peligrosas para la misma propiedad y para con los vecinos que transitaban con sus vehículos, con la finalidad de vender dicha propiedad a un precio favorable para el

dueño, llegando así el Tribunal a la conclusión de que un derecho no puede ser ejercido fuera las finalidades que el legislador le ha otorgado, en otras palabras, pese a que la ley permita al propietario poder construir cualquier tipo de arquitectura dentro de su propiedad, la ley no le permite que dichas construcciones causen perjuicios irreparables a terceros. (Espinoza, 2005, pp. 27 – 28)

Dentro de Alemania por su parte, se habló sobre los fines egoístas del titular que ejerce sus derechos de manera abusiva con el fin de oponerse a ciertas circunstancias, como es el caso del padre que impedía el ingreso de su hijo a la tumba de su esposa y madre por el simple hecho de encontrarse en malos acuerdos y porque la tumba se encontraba dentro de la propiedad del padre, el caso señalado hasta la fecha se ha presentado como jurisprudencia de gran relevancia, ya que, en ella el Tribunal fallo a favor del hijo, estableciendo la existencia de ciertos limitantes y prohibiciones en el ejercicio de los derechos, además de ello se vio en que en el presente caso el titular del derecho (el padre) se oponía al ingreso de su hijo solo bajo fundamentos egoístas. (Espinoza, 2005, pp. 27 – 28)

Pasando todo ello se ha visto que durante la década de 1930 a 1970 se fue integrando y otorgándole una mayor atención a la figura del abuso de derecho, dentro de los países de Checoslovaquia, España, Rusia, España y Polonia, sin embargo, dentro del ordenamiento jurídico italiano se regulaba la misma a través del principio de la buena fe y la corrección, formándose como parámetro dominante dentro de la legislación internacional y nacional, ya que, como sabemos hasta hoy en día la legislación italiana ha servido como inspiración para la formación de la legislación actual. (Espinoza, 2005, p. 28)

2.2.2.1.3. El abuso del derecho dentro de la normatividad latinoamericana.

Ingresando dentro de Latinoamérica podemos ver que los países pertenecientes a ella no se han quedado atrás hasta la fecha, muestra de ello es el Código Civil argentino de 1869 donde se estableció y regulo dentro de su artículo 1071 al abuso de derecho como aquel comportamiento que se realiza con la intención de causar daño a terceros, sin importar si existe interés por parte del titular, si no, tan solo se ve si el titular tuvo diversas formas de ejercer su comportamiento, pero pese a que había otro camino menos dañoso eligió ejercer su

derecho de manera abusiva causando daños a otros, también se estableció como requisito que el daño causado si o si debe de ser anormal o excesivo, en otras palabras si el daño el leve no podrá determinarse que ha existido un abuso de derecho, además de ello se requiere que el comportamiento activo u omisión del titular sea en contra de la buena costumbre, a la lealtad, a la confianza social y reciproca. (Espinoza, 2005, p. 28)

Teniendo ello como antecedente podemos ver que a los demás países como Paraguay, Cuba, Venezuela, México e incluso nuestro propio ordenamiento jurídico nacional fueron incluyendo a la figura del abuso de derecho dentro de sus Códigos Civiles. (Espinoza, 2005, p. 28)

Dándole una relevancia a nuestro Código Civil peruano, vemos que la figura del abuso del derecho cumple con las delimitaciones generales al proporcionar elementos que la configuren, como que se debe tener en cuenta la situación jurídica subjetiva del titular que ha ejercido el derecho, además de ello se debe de vulnerar o perjudicar un deber jurídico, el acto será considerada como ilícito o sui generis, debe de vulnerarse intereses patrimoniales propios de una tercera persona, el comportamiento debe de ejecutarse de manera irregular, además de ello se ha señalado que no se requerirá la verificación del daño causado, ya que, no nos encontramos frente a la determinación de una responsabilidad civil sino ante la teoría de un derecho. (Espinoza, 2005, p. 29)

2.2.2.2. Definición.

Lizana (2018, p.62) señala que el abuso de derecho se da cuando:

“(...) el titular de un derecho subjetivo actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del derecho igualmente, es el accionar de quien en ejercicio de un derecho actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y causando daños a terceros”

A lo que ella se refiere es que quien ejerce abusivamente un derecho contraviene a las buenas costumbres de la sociedad, ya que, si bien la ley determina que la misma tiene libertad de ejercicio sobre dicho derecho, dentro del mismo ordenamiento jurídico se han plasmado diversas figuras que sostiene la convivencia

pacífica entre sus ciudadanos como son la moral, la buena fe de las personas, su buena costumbre, entre otros, por lo que, podemos decir que el límite no solo lo establece la ley de manera directa, si no, que lo hace a través de diversas instituciones y figuras que determinan dichos límites.

Aunque bien solo nos encontraremos con que su ejercicio es abusivo cuando el mismo ha sido realizado fuera de dichos límites causando perjuicios a terceros, sin importar si dicho ejercicio fue realizado con culpa o dolo.

También, es preciso señalar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico encontramos a la figura del abuso de derecho dentro del artículo II del Título Preliminar del Código Civil peruano, la cual la establece como una norma direccional tanto para la parte subjetiva y objetiva de la norma civil, así mismo, dentro de la Casación N° 2182- 2006- Santa se señaló que el abuso de derecho es cuando“(...) se ejerce un derecho fuera de la finalidad económica social para la que fue concebido, atropellando un interés legítimo, aun no protegido jurídicamente (...)”, en otra palabras, el ejercicio de un derecho no puede ir contra los fines sociales con la que fue creado, entonces debe comprenderse que el legislador debe establecer su normativa basándose en las necesidades de cumplir dichas finalidades.

Así mismo, dentro de la Casación Nro. 2182-2006-Santa se establecido que el ejercicio abusivo del derecho se da cuando una persona ejerce su derecho con el fin de dañar a otra aún si dicho ejercicio no le causa ningún tipo de beneficio, entonces no importan si el ejercicio genera beneficios a su titular, basta el simple hecho de ver causa perjuicio a terceros.

Siguiendo la misma sintonía en la que nos encontramos es preciso citar nuevamente a Lizana (2018, pp. 62-63), la cual alega que el ejercicio abusivo del derecho es un ejercicio contrario a la norma, puesto que el mismo contraviene a la ley volviéndose en un comportamiento ilegítimo para el ordenamiento jurídico, también señala que todos los organismos jurídicos del Estado tienen claro que para poder distinguir el abuso del derecho, se centra en si el comportamiento se encuentra fuera de los límites normativos no prescritos pero que a la actualidad se encuentran vigentes y son aceptadas dentro del campo normativo con el fin de promover y mantener un estado de paz y tranquilidad.

Dentro de los países latinoamericanos podemos ver que, dentro de distintos ordenamientos jurídicos, como el chileno que la teoría del abuso del derecho se centra en definirlo como aquel comportamiento que va acorde al derecho, pero superando los límites sociales no prescritos causando de ese modo distintos perjuicios a terceros, misma que nacido desde la doctrina que regulaba el derecho civil patrimonial, donde se veía al derecho patrimonial como un ejercicio abusivo del derecho a la propiedad, por lo que, en consecuencia se estableció que el ejercicio abusivo del derecho podía darse tanto cuando se excediera los límites normativos establecidos por ley, como también se podrá ejercer cuando no se exceda ningún límite legal, pero si se esté causando perjuicio a terceros. (Barranza, 2021, pp. 35-36)

En palabras de Cuentas nos dice que el fundamento para comprender al ejercicio abusivo del derecho reside en el hecho de que ninguno de los derechos que regula la norma son derechos ilimitados, ya que, existen límites con los derechos que tienen los demás miembros que pertenecen a la sociedad, otra forma de decir que no existe ninguna sociedad donde el mismo se divida en dos grupos donde el primero pertenezca a todas las personas que pueden ejercer como titulares todos los derechos, y otro donde las personas solo sean sujetos a cumplir obligaciones. (1997, p. 468)

2.2.2.3. Naturaleza jurídica.

La conformación de sociedad y su evolución en sí, se debe a la unión de las personas y sus familias dentro de ella para poder conformar así una nación, pero muchas veces las personas que pertenecen a ella suelen actuar en instinto del egotismo, la mala fe con la finalidad de generarse a sí mismo ciertos beneficios en perjuicios de otros, es por ello, que es deber del Estado el proteger y regular dicho comportamiento con el fin de evitar que estos comportamientos generen afectaciones relevantes a otros, ello con la finalidad de que exista armonía y paz dentro de la sociedad. (Cuentas, 1997, p. 464)

En ese contexto, entendemos a la norma jurídica como aquellos parámetros de control de actividad de las personas, tanto para el ejercicio de sus derechos como para el ejercicio de sus obligaciones, entonces ello implica que dentro de la norma jurídica una sola persona muchas veces podrá actuar tanto como sujeto activo y

sujeto pasivo, lo que nos conduce a entender que la norma puede ser entendida desde dos aspectos, uno desde su aspecto subjetivo en el que la norma le otorga facultades a las personas de poder ejercer y exigir el cumplimiento de sus derechos, y el aspecto objetivo que está compuesta por el conjunto de todas las normas que pueden ser ejercidas y también son expresiones de obligaciones a ser cumplidas. (Cuentas, 1997, p. 464)

Habiendo precisado ello, tenemos que el derecho subjetivo puede ser apreciado en dos momentos: uno cuando el derecho en su manifestación estática dentro de la normatividad, y dos en su momento dinámico o cuando su titular la ejerce, mencionar ello es importante, ya que, el abuso del derecho lo podremos encontrar durante su etapa dinámica, es decir que la encontraremos cuando el sujeto está ejerciendo la facultad que tiene sobre su derecho subjetivo, por ello dice Cuentas que es mejor usar la terminología de ejercicio abusivo del derecho que solo abuso de derecho, por el ejercicio implica el movimiento o ejercicio de él. (1997, p. 465)

Ahora el ejercitar un derecho implica tener presente ciertas limitaciones objetivas y subjetivas que también son reguladas por la norma, la primera establece que los límites están establecidos por ley o en otras palabras los límites objetivos son todos los límites que la norma establece de manera expresa, la segunda nos habla sobre la finalidad de la norma y su ejercicio dentro de la sociedad, y su influencia económica y social como límites de ejercicio del derecho. (Cuentas, 1997, p. 465)

Dentro de la doctrina podemos ver que existe una diversidad de posturas con respecto a cuál es la naturaleza jurídica del abuso de derecho, dicha postura es la señalada por Marcel Planiol (c.p. Cuentas, 1997, p. 465) quien alega que la naturaleza jurídica del abuso de derecho recae en entender al mismo como un acto ilícito, porque este sobrepasa los límites del derecho objetivo, por lo que, el titular del derecho subjetivo la ejerce sin derecho a ella.

Como vemos existen diversas posturas con respecto a la naturaleza jurídica del abuso del derecho, por ello, vamos a sustentar lo señalado por Fernández (2014, pp. 153-159) con respecto al ejercicio abusivo del derecho:

- 1. Presentación del tema.** – Primeramente es importante establecer que la figura de abuso de derecho se encuentra dentro de las ciencias jurídicas, mayormente dentro del derecho civil, pero como sabemos todas las ramas

pertenecientes a las ciencias jurídicas se encuentran estrechamente ligada, por lo que, podemos decir entonces que encontraremos a esta figura dentro de esta diversidad de ramas, donde se delimitan sus características, las consecuencias y los efectos que fueran a producirse, más que nada teniendo presente que dicha acción solo se produce por el ejercicio de la voluntad lícita o ilícita del titular del derecho que está siendo ejercido abusivamente. El autor también señala que esta figura no puede encontrarse dentro del ámbito penal, ya que, dentro del ordenamiento jurídico actual no pueden existir infracciones que no se encuentren tipificadas como tal dentro del catálogo de conductas ilícitas que tenemos dentro del Código Penal, ello en base al principio *nullum crimen nulla poena sin previa lege* que establece que no habrá crimen ni pena si la existencia de una ley previa que la señala como ilícita.

- 2. Como acto ilícito.** – Como sabemos el derecho desde tiempos inmemoriales ha existido con la finalidad de cumplir ciertos objetivos que se centran en brindar una estable relación entre las personas que pertenecen a una sociedad mediante ciertas normas, leyes, reglamentos, que buscan el cumplimiento de dicho fin, en otras palabras el derecho no se ha creado con la finalidad de hacer uso de ella con la finalidad de daños o causar perjuicios a otros, por eso es que se señala que el derecho no puede ser entendido desde un aspecto absolutista, si no debe ser vista de manera relativa, ya que, el mismo se encuentra limitado con el cumplimiento de los fines para los que fueron creados.

Y justamente en ello, diversos autores se sustentan en que la naturaleza jurídica del abuso del derecho radica en el hecho de que la misma aparecerá cuando la conducta se aleje de los deberes jurídicos que tenemos hacia la sociedad, la buena fe, las buenas costumbres, la moral. Y afines.

- 3. Entre lo lícito e ilícito.** – Otra de las posturas nos señala que la naturaleza jurídica del abuso del derecho se encuentra en el punto intermedio o zona intermedia entre lo que es considerado como lícito e ilícito dentro de la sociedad.

Ya que, el ejercicio abusivo del derecho no inicia siendo un acto ilícito, si no que el titular del derecho la empezara a ejercer dentro del campo legal y lícito, y recién tomara una forma incorrecta o ilícita cuando el titular lo ejerza de manera desproporcionada y cause perjuicios, ubicando al abuso del derecho dentro de la denominada zona gris o zona intermedia.

El autor también señala que Giorgianni seguía dicha postura, afirmando que la naturaleza jurídica del abuso del derecho se encuentra en los lícito e ilícito, ya que, el ejercicio abusivo sigue siendo lícito dentro del campo formal del derecho, pero se ve como un acto ilícito por la vulneración de los valores, la cultura, la buena fe del ordenamiento jurídico y de la sociedad.

4. **Como acto ilícito “sui generis” o “atípico”.** – Citando a Atienza, el autor señala que la naturaleza jurídica del abuso del derecho reside en el hecho de ser un acto atípico juntamente con la figura del fraude procesal, pues nos señala que naturalmente los acto ilícitos son aquellos actos que contraviene las normas establecidas dentro del ordenamiento jurídico, pero que resulta ser atípico cuando dicha conducta se genera a partir del ejercicio de un derecho que se encuentra establecido dentro de una normatividad vigente, pues se está usando la buena fe de las normas para vulnerar los principios generales y finalidad social, económica del derecho.

Así mismo, nos señala que para determinar si nos encontramos frente a un ejercicio abusivo del derecho es preciso determinar la existencia de los cuatro presupuestos que el señala: pues afirma 1. el titular del derecho siempre accionará o ejercerá su derecho con respaldo de la norma, 2. Que de dicho accionar se va a producir daños o perjuicios a terceros, 3. El daño causado no tendrá justificación alguna y, 4. Que de acuerdo a dicho estado se establecerán nuevos criterios reguladores para eliminar dichas conductas prohibidas.

5. **Otras opiniones.** – El autor nos señala que López alegaba que el abuso de derecho fue creado con la finalidad de confrontar aquellos comportamiento en los que los titulares de un derecho la ejercían de manera ilícita o anti funcional, pero señala que el abuso de derecho no puede ser visto como un acto ilícito pues dentro del Código Civil, se establecen normas que

contrarrestan los actos ilícitos, entonces señala que el abuso de derecho debe ser vista como aquel acto que es disfuncionalmente ejercido, puesto que, pese a que la norma establece la facultad de ejercer la titularidad de ciertos derechos estos no pueden ser ejercidos de manera abusiva.

2.2.2.4. *¿Cuándo existe abuso del derecho?*

Para podemos ingresar a este punto, es necesario volver a recalcar lo que en párrafos anteriores se han venido estableciendo, pues como ya se mencionó el abuso de derecho es aquella acción que comete el titular de derecho de forma abusiva, en otras palabras, es el acciones un derecho fuera de los límites que la ley establece, para tener una idea más clara es preciso señalar que se entiende por abuso, desde el ámbito constitutivo subjetivo se entiende al abuso como la acción de un persona que contiene intenciones malas que tiene la finalidad de dañar a otro y como argumenta Barraza (2021, p. 36) argumenta el abuso se sustenta en que el accionamiento se basara en la persecución de sus intereses propios, sin importar si con dicho comportamiento puede causar o no daño a un tercero.

Linares (2016, p. 4) argumentaba que existirá abuso de derecho con el comportamiento activo de la persona que es titular de un derecho, en otras palabras, el ejercicio abusivo de un derecho solo podía ser por acción del titular, así mismo, señala que se entiende como conducta pasiva al comportamiento que se configure por dolo o culpa sin distinción, que contradice los límites de la legalidad.

Pineda (2017, p. 74) señalaba que tanto la jurisprudencia como la doctrina señalan que el abuso de derecho existirá cuando se demuestre que el titular de un derecho subjetivo lo ha ejercido de manera desviada de la finalidad u objetivo que la ley ha establecido para dicho derecho, así mismo, señala que el acto de puede dar por la acción u omisión del titular, lo más relevante es demostrar si con dicho ejercicio se han vulnerado derecho de un tercero.

También precisa que la teoría del abuso del derecho determina de la existencia de criterios subjetivos y objetivos para la determinación de su existencia, por lo que, se comprende que el abuso de derecho puede ejercer ya sea por culpa o dolo del titular que ejerce el derecho de manera abusiva, ya que, a palabras de Pineda “habrá un abuso del derecho sin importar los motivos de quien lo ejerce” (2017, p.74)

Por ello, es que el abuso de derecho incluso puede constituirse cuando el titular del derecho que ha sido ejercido de manera abusiva no quería causar daño a otros con sus actos, pero ello no la exime de responsabilidad civil, pues la ley establece un tipo de responsabilidad civil contra la titular a fin de que la misma repare o indemnice los daños que ha causado, pero para esto último si será imperativo demostrar el nexo causal entre el comportamiento abusivo y los daños producidos. (Pineda, 2017, p.75)

Es preciso señalar también que la existencia del abuso de derecho no convierte el comportamiento abusivo en un acto ilícito, que como se señaló líneas arriba el abuso de derecho no puede presentarse dentro del campo de protección del derecho penal, misma que si tiene competencia con respecto a los actos ilícitos.

2.2.2.5. Criterios para su determinación.

Para determinar si una acción está siendo ejercida de manera abusiva, es necesario tener ciertos criterios o parámetros de determinación, habiendo precisado ello es que desarrollaremos los criterios determinados por el autor Rubio (c.p. Morales, s.f.), el cual señala que debe de aplicarse un método de integración, a fin de determinar si el ejercicio de un derecho se encuentra dentro de los parámetros y límites de los derechos.

Para ello el autor nos señala los siguientes requisitos que den ser cumplidos de manera copulativa, para determinar la existencia del abuso de derecho:

- Primeramente, se debe demostrar la existencia de una norma jurídica que determine un derecho.
- Segundo, el derecho identificado debe ser relativo, o en otras palabras tiene que tener limitaciones.
- Tercero, el ejercicio del derecho debe ser por la acción u omisión del titular, y que dicho accionar cause u ocasionen perjuicios a los intereses de un tercero.
- Cuarto, no debe existir ninguna limitación u ejercicio tipificada dentro de cualquier norma de manera expresa el hacer ejercicio u omisión de un derecho.
- Quinto, que la afectación causada al tercero no tiene que encontrarse protegido dentro de cualquier norma positiva.

- Sexto, sea la acción u omisión por la que inicie el ejercicio abusivo de un derecho, esta debe ser contraria a la buena fe, buenas costumbres, moral, cultura y normas que regulan la convivencia pacífica de la sociedad.

Entonces, debemos comprender por copulativa es imperativo el cumplimiento de todos los requisitos de determinación para declarar que nos encontramos frente a un ejercicio abusivo del derecho.

Como se ha señalado, primero, alude al principio de legalidad y al requisito de la taxatividad y la expresión concreta del derecho dentro de una norma positiva, el segundo, nos hace referencia a la relatividad de la norma, ello en tanto que la norma si bien puede ser positiva debe encontrarse dentro de los parámetros sociales, ya que, una norma no solo se encuentra protegidas por la norma o el marco teórico de un país, sino también por la sociedad además se debe tener presente que las normas son creadas con la finalidad de salvaguardar la convivencia pacífica de los ciudadanos, tercero, señala que los títulos de los derechos se encuentran sujetos a los parámetros establecidos por ley, en otras palabras, solo las individuos sujetos a ley, así mismo, nos señala que la conducta realizada por dicho titular que está ejerciendo su derecho de manera abusiva puede ser activa o de omisión, el cuarto requisito planteado nos señala la existencia de una falta de deber por parte del Estado, ya que, pese a que la norma se encuentre tipificada, no tienen ningún extremo limitante de la misma, el quinto establece que dentro de las normas del marco legal nacional que la afectación legítima del derecho del tercero se encuentre protegida den manera taxativa dentro de ella y, el sexto y último requisito establece que el accionar del titular del ejercicio abusivo de un derecho debe ir contra de las normas sociales como las buenas costumbres, buen fe, moral, en otras palabras como las normas no reglamentadas o positivizadas.

2.2.2.5.1. Criterio objetivo.

Desde la postura de Duran (2012, p. 11) nos dice que para determinar si el ejercicio fue abusivo o no desde el criterio objetivo, es preciso tener presente los tres requisitos que estos deben cumplir, el primero consta de integrarse por la conducta activa o de omisión del agente agresor o titular del derecho con el fin de vulnerar ciertos derechos económicos u otros contra un tercero en específico o contra un interés colectivo, el segundo alude a el titular del derecho debe de

oponerse mediante su conducta abusiva a los fines y necesidades del Estado y, tercero nos señala que se requiere que la acción u omisión realizada por titular del derecho que ha sido ejercido abusivamente sea en contra de las normas no normativizadas del derecho, como la moral, la buena fe, las buenas costumbres, entre otras, en otras palabras, el titular de un derecho protegido por la norma positivizada va a ejercerla de manera abusiva por el simple hecho de ser titular, causando de ese modo perjuicios contra un tercero o contra los fines sociales de todo el Estado.

En comparación con el criterio subjetivo, podemos decir que el criterio objetivo es mucho más complejo, ya que, en el presente se requiere la concurrencia de ciertas acciones que superen las limitación sociales del titular que la ejerce, en cambio en el criterio subjetivo solo se determinar y estudiara la intención que tuvo el título del derecho que se ha ejercido abusivamente, donde se estudia el comportamiento desde un ideal de balance entre el comportamiento realizado dentro de los limites en contra peso con el comportamiento abusivo de un derecho que fue realizado fuera de los límites. (Rodríguez, 2020, pp. 103 - 104)

Espinoza (2005, p. 176) nos señala que el criterio objetivo del abuso de derecho está comprendido por la contrariedad que emite el ejercicio hacia los fines económicos y sociales de la norma, de la moral, de la buena, de las buenas costumbres establecidas dentro de las normas positivas y no positivizadas.

2.2.2.5.2. *Criterio subjetivo.*

Teniendo claro en que consiste en criterio objetivo, es preciso ahora determinar cuando el comportamiento de la persona se adecua a los parámetros establecidos por el criterio subjetivo, habiendo señala ello Angulo (2006, p. 05) alegaba que la conducta del titular del derecho que fue ejercido de manera abusiva, debe ser una conducta activa preferentemente y que la misma puede ser realizada de manera grupal o individual, además de ello nos menciona que se requiere que el comportamiento cumpla con tres requisitos importantes, los cuales son:

- El comportamiento debe ser negligente.
- Debe existir un legítimo y serio interés de respetar el derecho de un tercero.

- Se requiere del *animus nocendi*, el cual hace alusión a la voluntad de causar perjuicios del agente accionante.

Angulo (2006, p. 05) expresaba que pese a que se tenían claros los requisitos para la determinación del criterio subjetivo del ejercicio abusivo del derecho, nos señala que estos eran insuficientes dentro de la antigua Inglaterra de 1895, precisamente dentro de la cámara de los Lores, se presentó un caso de gran relevancia que demostró dicha deficiencia, caso que versaba sobre la conducta de un vecino que contaba con tierras o fundos por donde cruzaba un río que abastecía de agua a toda la localidad de Bradford, pero el Lord decidió cortar el paso del agua cambiando la corriente, ocasionando graves perjuicios a la comunidad, todo con la finalidad de hacer que la municipalidad de Bradford pagara un precio al Lord para que pudiesen acceder a dichos caudales de agua, y una vez planteado dicho litis el Tribunal decidió fallar declarando que no se había encontrado ningún interés por parte del Lord, si no que solo existían especulaciones con respecto a que el mismo planteaba vender su propiedad, por lo que, en conclusión no había ningún tipo de abuso, demostrando mediante dicha resolución que el sentido jurídico en esas fechas resultaba en repugnante y degradando para la justicia.

Dentro del ejemplo podemos ver que no basta con que se encuentre la existencia de un interés legítimo por parte del titular del derecho, sino que se observó que pese a la existencia de que, si existía un interés legítimo de causar perjuicios a la comunidad de Bradford, la magistratura y el ordenamiento jurídico inglés demostraron que a pesar de ello no podía declararse la existencia de un abuso de derecho.

Con respecto al criterio objetivo Espinoza (2005, p. 176) señalaba que está comprendida por la intención o el motivo del titular que ha ejercido el derecho de manera abusiva, aunque citando a otros autores como Colin dice que este comportamiento también puede ser causado por culpa, no importa si ha existido utilidad del mismo.

2.2.2.5.3. Criterio ecléctico.

Angulo (2006, pp. 06 – 07) nos dice que además de los criterios subjetivos y objetivos tenemos al criterio ecléctico o también conocido como criterio mixto que tiene la misma finalidad de demostrar cual es la configuración del ejercicio

abusivo del derecho, y cuando nos encontramos frente a ella, si bien a diferencia de los otros dos criterios señalados nos decía que este es el criterio más completo al comprender dentro de él a los criterios arrojados por el criterio objetivo y subjetivo.

Además de ello nos dice que el criterio electico nos establece la existencia de tres requisitos específicos para la determinación del ejercicio abusivo del derecho, los cuales son: que el derecho se ejerza de manera abusiva, que exista la intención objetiva y subjetiva por parte del titular del derecho que se ha ejercido de manera abusiva, y que exista una obligación de respetar la buena fe y las buenas costumbres por parte del titular que este siendo quebrantada.

2.2.2.6. Presupuesto del abuso del poder.

Desde la postura de Fernández (2014, pp. 163 – 164) para la existencia del ejercicio abusivo de un derecho se requiere de la existencia de los siguientes presupuestos:

- a) El ejercicio abusivo de un derecho inicia como la determinación del ejercicio de un derecho subjetivo perteneciente al titular que la ejerce de manera legal o lícita a un inicio, pero al pasar el límite de lo ilícito y comienza a afectar los intereses de un tercero o causar perjuicios a otros, ya nos encontramos frente a un acto abusivo.
- b) Se requiere la transgresión de un deber genérico que se encuentre dentro del derecho subjetivo, en otras palabras, se requiere que el comportamiento abusivo sea en contra de los deberes establecidos dentro de la norma no positivizada, aunque si las encontraremos dentro de nuestro ordenamiento jurídico como principios limitantes del comportamiento de las personas, como el principio de la buena fe, la razonabilidad, la solidaridad, las buenas costumbres, la moral, entre otros.
- c) El titular del derecho debe ver ejercido su derecho de manera antisocial, inmoralmente o debe ir en contra de los regular del derecho, ya que, nos encontramos frente a un acto ilícito, que fue resultado de la vulneración de la moral, la buena fe y todo lo socialmente aceptable.
- d) Se requiere de la vulneración del interés o derechos de terceros no tutelados de manera positivizada, dañando de esa forma dicho interés, derechos o

causando perjuicios a los mismos, por ello, es que se requiere la tutela o protección del tercero afectado con el comportamiento abusivo del titular.

- e) Se requiere la existencia de un nexo causal entre el ejercicio abusivo del derecho y la afectación a los intereses y derechos de un tercero.
- f) Que, los daños causados solo puede ser imputados al titular del derecho que ha sido ejercido de manera abusiva, no importa si su conducta fue culpable o dolosa, solo si el comportamiento fue realizado mediante un comportamiento anormal, irregular o irracional, así como también se tendrá presente si se ha procedido con necesidad o utilidad, además si el comportamiento se desligo de la buena fe y las buenas costumbres, o en otras palabras, si el titular actuó fuera de las finalidades propias del derecho con la sociedad.
- g) Como podemos ver dentro del artículo que regula al abuso del derecho no se determina necesariamente la existencia de un comportamiento doloso o culposo por parte del titular, entonces solo se determinar si el comportamiento fue de manera arbitraria, irregular o anormal y si con dicho comportamiento sin importar si fue doloso o culposo ha causado daños o perjuicios a un tercero.

2.2.2.7. *Teoría del abuso del derecho.*

Gaviria (1980, pp. 31 – 32) respecto a la teoría del abuso del derecho alegaba que el comportamiento que determinaba su existencia no debía ser comprendido como un acto doloso o culposo, ya que, al darle reconocimiento que el comportamiento puede realizarse en cualquiera de dichas circunstancia le restaríamos eficacia y validez a la teoría del abuso de derecho, encontramos tan solo frente a la configuración de un acto criminal o cuasi criminal, encontrándonos así que estos casos podrían presentarse con la posibilidad de no poder inculpar el acto abusivo.

En cambio, Cuentas nos decía que la teoría del abuso del derecho se centra en comprenderlo a través de sus continuos cambios y evoluciones dentro del ordenamiento jurídico nacional, ya que, si bien nuestra ordenamiento se ha basado en otras legislaciones internaciones, es importante estudiar la inclusión de dichas teorías dentro de nuestro aquel remedio que se presentó con la finalidad de acabar

con los problemas sociales que se presentaban con respecto a los límites de ejercicios de derechos de cada individuo perteneciente al Estado nacional.

2.2.2.7.1. La naturaleza del acto abusivo.

Debemos tener presente que para la existencia de un derecho se debe tener claro la existencia de ciertos límites para su ejercicio e interponer dichos límites es deber del Estado mediante el legislador, por ello Hess, Emiliozzi y Zarate señalaban que la naturaleza jurídica del abuso del derecho reside en comprenderlo como un principio general del derecho que se utiliza como limitante del ejercicio de derechos de las personas, además de ello señalan que para determinar su configuración se requiere la concurrencia de los criterios de su determinación. (2010, p. 04)

Dentro de dicho contexto, es preciso tener en cuenta que el criterio subjetivo se determinara cuando se demuestre que el titular del derecho que se ejercido abusivamente tuvo un comportamiento con la intención de causar perjuicios a un tercero, sin importar si la conducta fue culposa o dolosa, criterio que fue muy utilizado dentro del ordenamiento jurídico francés, pero hasta aquí tenemos que solo la determinación de dicho criterio resulta en insuficiente, por lo que, resulta necesario de la determinar del criterio objetivo, el cual consiste en determinar que la conducta del titular que ejerció su derecho de manera abusiva ha causado perjuicios relevantes a un tercero, en conclusión para terminar la configuración del abuso de derecho es necesario la complementación de estos dos criterios. (Hess, Emiliozzi & Zarate, 2010, pp. 04 – 05)

Entonces, podemos decir que el abuso de derecho debe ser entendido como un principio rector que limita el ejercicio de un derecho por parte del titular del mismo, con el fin de evitar que dicho derecho sea ejercido de manera abusiva. (Hess, Emiliozzi & Zarate, 2010, pp. 11 – 12)

2.2.2.7.2. Valoración del uso, del abuso y del ejercicio antisocial del derecho.

Ennecerus (c.p. Martin, 1979, p. 446) exponía que es importante tener claro cuando es permisivo hacer uso de un derecho, ya que, si bien el acto de ejercicio de un derecho puede causar perjuicios a una persona no siempre este ejercicio puede ser considerado como un acto abusivo del derecho, eso teniendo en cuenta que en algunas ocasiones el ejercer un derecho va a resultar en posibles daños a otro pese

a que el titular haya actuado frente a los límites jurídicos y no jurídicos que pudiesen existir durante el momento de su ejercicio, además de ello nos dice que el titular de un derecho no puede limitarse a no ejercer su derecho por el simple hecho de causar perjuicio a un tercero, más que nada si su comportamiento se encuentra dentro de los roles sociales que se espera.

En conclusión, podemos decir que el autor no señala que van a ver ocasiones en las que el ejercer un derecho algunas veces va a ocasionar lesiones o perjuicios a otro, pero no por ello dicho comportamiento será considerado como un ejercicio abusivo, como por ejemplo en caso de un desalojo de los inquilinos, el propietario por su cuenta no puede desalojar o cortar la energía eléctrica o agua potable con la finalidad de que los mismos desalojen su propiedad, por el simple hecho de tener el derecho de propiedad del inmueble que poseen sus inquilinos, ya que, realizar dichos actos sería considerado como actos abusivos del derecho al vulnerar distintos derechos de los inquilinos, aparte de que el propietario estaría actuando de manera ilícita, en cambio desde otro panorama el propietario puede ejercer mediante vía legal la pretensión de desalojo de sus inquilinos y desalojarlos mediante el lanzamiento de los mismos previa sentencia judicial, en este último supuesto vemos que también se le va a causar perjuicios a los inquilinos, ya que, como sabemos las audiencias de lanzamiento mayormente terminan en diversos daños a los bienes patrimoniales del inquilino, pero en este caso el propietario no estaría ejerciendo abusivamente su derecho a la propiedad, si no que estaría actuando dentro de los parámetros y límites jurídicos y no jurídicos.

2.2.2.7.3. El ejercicio abusivo del derecho dentro del Código Civil peruano.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico peruano vemos que el abuso del derecho es visto como un principio rector limitante del derecho, principio que atraviesa por dos motivos, el primero denominado como fisiológico el cual consta del elemento de la buena fe del titular del derecho como limitante de su ejercicio y, el segundo, denominado como patológico que viene a considerar al abuso del derecho como un resultado de representación, donde se busca el poder determinar la responsabilidad de ciertas normas que son ineficaces al día de hoy. (Espinoza, 2003, p.24)

Dentro de nuestra legislación nacional, podemos decir que uno de los primeros casos de mayor relevancia para determinar la existencia de un ejercicio abusivo del derecho, se presentó en los 80' un caso de nulidad de acto jurídico por parte de la esposa del causante, con el cual se casó en el año de 1943 pero se separaron de hecho en el año de 1962, pero un año después el esposo ya tenía una nueva pareja con quien adquirió una propiedad dentro de la sociedad de gananciales que tenía con su primera esposa, los puntos resaltantes aquí fueron que la nueva propiedad fue adquirida por el marido como producto de su nueva relación, pero en el año de 1982 el esposo falleció dejando a su nueva pareja el derecho de propiedad en su totalidad de todas las propiedades que habían adquirido durante su convivencia, pero la primera esposa demandó para declarar la nulidad de dicho testamento, y se le pusiera a disposición de los bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales. (Espinoza, 2005, pp. 29–30).

En el caso presentado la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, declaró la inadmisibilidad de la pretensión solicitada por la primera esposa, bajo los fundamentos de que en el caso se presentaba claramente un ejercicio abusivo del derecho por parte de la primera esposa, y que no existía ningún tipo de armonía social, más que nada teniendo en cuenta que la propiedad fue adquirida con la nueva pareja del fallecido. (Espinoza, 2005, pp. 29–30).

Continuando, Espinoza (2005, pp. 29 – 30) señala que para la existencia o configuración del abuso del derecho se requiere de la concurrencia de ciertos requisitos, los cuales son:

1. El derecho que es ejercido de manera abusiva tiene que encontrarse protegido dentro del marco jurídico legal y vigente en el ordenamiento jurídico nacional.
2. Con el comportamiento abusivo se debe vulnerar o perjudicar el interés de otra persona.
3. Que el perjuicio causa no tenga protección legal.
4. Debe verse vulnerado los principios de la buena fe, buenas costumbres, y los límites normativos y no normativos establecidos dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Además de ello, nos señala que la apelación que se pida con respecto al pago o indemnización de los daños y perjuicios causados será sin efecto suspensivo con calidad de diferida o con efecto devolutivo.

2.2.2.8. Diferencias con figuras afines.

2.2.2.8.1. Con el fraude a la ley.

Puede que durante el desarrollo de la presente variable pareciera que el abuso del derecho y el fraude procesal tengan ciertas similitudes, pero debemos tener presente que estas no las hacen iguales, ya que, como demostraremos a continuación estas tiene ciertas diferencias circunstanciales.

Fernández (2014, p. 166) señala que la mayor diferencia entre estas dos figuras recaía en el hecho de que el abuso de derecho normalmente suele perjudicar intereses de la esfera del ámbito privado, mientras que la figura del fraude procesal se trató de un tipo penal que se configura principalmente mediante la desviación de la conducta intencional de una persona que va en contra del ordenamiento jurídico causando de ese modo no solo intereses privado sino que causara principalmente los intereses sociales y generales de la sociedad.

Entonces nos dice que podemos considerar al abuso de derecho y al fraude a la ley como una relación de genero – especie entre ellas, entendiéndose que el abuso del derecho se configura mediante la concurrencia de sus presupuestos y criterios tanto objetivos como subjetivos, causando de ese modo perjuicios y transgrediendo la finalidad y límites impuestos por la ley normativa y no normativa causando perjuicios a derechos subjetivos, en cambio el fraude de la ley normalmente causa vulneración al derecho objetivo de la persona.

En conclusión, podemos decir que el fraude a la ley se hace un mal uso del derecho objetivo de la persona causando lesiones generales a la esfera social, en cambio el abuso de derecho se causa por el ejercicio excesivo del derecho subjetivo de la persona, causando perjuicio a la esfera que interés privado de un tercero.

2.2.2.8.2. Con el abuso de poder.

La diferencia entre las figuras de abuso de poder y abuso de derecho reside en el hecho de que la primera se basa en el comportamiento de un persona que ejercer un poder establecido por ley de manera inadecuada, en cambio el abuso de derecho se basa en una función social, donde el poder no da autoridad al titular del

derecho que la ejercer, aunque si bien su poder de ejercicio de su derecho también le son atribuidas por ley, se determina la existencia del abuso cuando se demuestra la desviación de la finalidad del poder otorgado. (Fernández, 2014, p. 167)

Entonces podemos decir que su diferencia reside en el hecho de que el abuso de poder requiere que el actor tenga cierto poder administrativo y que la ejerza, mientras que el abuso del derecho viene a ser un principio rector limitante del derecho que establece ciertos límites de desviación del ejercicio de un derecho a su titular, con el fin de evitar que dicho ejercicio rebase los límites de lo legal y socialmente permitido.

2.2.2.8.3. *Con la doctrina de los actos propios.*

La doctrina que habla sobre los actos propios nos dice que no debe ser considerada como un principio general del derecho, sino debe ser entendida como una regla del derecho que se deriva del principio de la buena fe de las personas, con respecto a ello, tenemos el siguiente fundamento:

El sustento de la doctrina de los actos propios es el principio de la buena fe porque su propósito es fomentar que las personas actúen de modo coherente, sancionando a quienes incurran en contradicciones. Algunos autores distinguen a la coherencia de la buena fe, invocando ambos conceptos como fundamentos de la doctrina de los actos propios que operan de forma autónoma e independiente. (O'Neill, 2005, p. 47)

Algunos doctrinarios suelen señalar la existencia de una leve semejanza entre la doctrina de los actos propios y el ejercicio abusivo del derecho, en los efectos que producen a los derechos subjetivos, en el hecho de por ejemplo una persona no puede acceder a vía judicial a contradecirse a sí mismo, o requerir algo que sea contradictorio con su conducta anterior, si eso llegase a suceder el recurrente perdería todo el amparo legal de la ley, misma consecuencia que se suscita cuando las personas tratan de acceder a vía judicial para amparar sus ejercicios abusivos de derecho, en los dos casos podemos ver que existe una grave vulneración al principio de la buena fe, pero también podemos observar que existen diferencias claras. (Bullard, c.p. Rodríguez, 2020, p. 68)

2.2.2.8.4. *Con la técnica de ponderación de derechos.*

Si bien desde el sentido lato, el abuso de derecho puede ser comprendido como una forma de ponderación de derechos entre dos personas que tienen involucrados sus derechos subjetivos en medio de la controversia, pero es preciso también tener presente que al determinar si nos encontramos frente a un ejercicio abusivo de un derecho se va a tener que verificar el derecho subjetivo en cuestión, pero que a diferencia de la ponderación de derechos fundamentales de las personas y su valor, aquí se va a determinar si el ejercicio de dicho derecho se encuentra dentro de las reglas normativas y no normativas, ello quiere decir que uno de los derechos que se encuentre en ponderación va a ser ejercido en contra no solo de las normas, sino también en contra de los principios de buena fe, la moral, las buenas costumbres, que incluyen la honestidad, la honra, entre otros (Muñoz, 2017, p. 39)

Entonces, podemos decir que si bien existen ciertas condiciones concomitantes que hacen que el ejercicio abusivo del derecho y la técnica de ponderación de derecho se asemejen, no las vuelven en iguales ni mucho menos en secuenciales, ya que, se usa la técnica de ponderación a fin de valorar el peso subjetivo de un derecho fundamental de la persona que también es subjetivo, en cambio, al determinar si se ha dado la configuración de la figura abusiva de derecho nos encontramos con actos que son contrarios a las normas positivizadas y no normadas por ser dañinas y perjudiciales para otra persona. (Muñoz, 2017, p. 40)

2.2.2.9. *El abuso de derecho como principio general del derecho.*

Como Montesquieu señalaba “La libertad es el derecho a hacer lo que las leyes permiten. Si un ciudadano tuviera derecho a hacer lo que estas prohíben, ya no sería libertad, pues cualquier otro tendría el mismo derecho” (s.f.) basándonos en ello podemos decir que nuestra libertad se restringe en base a lo que la ley manda, porque al otorgar ello el Estado y la ley nos entregan seguridad de que no se nos van a vulnerar nuestros derechos, si no que nos encontramos protegidos por ello.

Es por eso que dentro del artículo 103 de la Constitución Política se establece la prohibición de realizar un ejercicio abusivo del derecho, que como nos señala el mismo artículo “(...) la Constitución no ampara el abuso del derecho.”, a ello muchos doctrinarios nacionales e internacionales señalan que debe verse al abuso como un principio general de derecho de prohibición o principio regulador

de la conducta o comportamiento de las personas, además se debe reconocer su función integradora como principio, que como nos señala Peláez & Vélez el abuso de derecho tiene una función integradora, en tanto, “se encarga de determinar el conjunto de normas y consecuencias aplicables a cada caso” (2021, p. 10).

Además, es importante ver la presencia y relevancia que tienen a la actualidad los principios de abuso de derecho y buena fe, ya que, no solo se basan en su prevalencia dentro de la jurisprudencia, sino con el hecho de que también se encuentra protegidos y regulados dentro de la Constitución.

Siguiendo dicho fundamento, debemos señalar que los principio general del derecho ostentan cierta obligatoriedad de cumplimiento dentro del marco del ejercicio del ordenamiento jurídico, como nos señala Castro, (c.p. Peláez & Vélez, 2021, p. 11) los principio general del derecho son fuente de decisión de los Tribunales, los cuales reconocen su carácter obligatorio, misma que fue señalada incluso dentro de la jurisprudencia por varios magistrados, desde ese punto podemos decir que si el abuso de derecho es considera como un principio general de derecho también tendrá dicho carácter obligatorio de cumplimiento por parte de todas las personas, en el sentido que como nuestra Carta Magna señala el ejercicio abusivo de un derecho está completamente prohibido y sancionado con una reparación civil a favor del tercero al que se le ha causado un daño o perjuicio por dicho acto.

Castro señalaba que “allí donde comienza el abuso, termina el derecho” (c.p. Peláez & Vélez, 2021, p. 13), dando a entender que la teoría del ejercicio abusivo del derecho determina que cuando un derecho está siendo ejercido de manera abusiva, el derecho deja de cumplir la finalidad y función por la que fue creada, pasando a ser un ejercicio abusivo y contrario a las normas.

2.2.2.10. En el derecho comparado.

2.2.2.10.1. Suiza.

La legislación suiza también ingreso dentro de su sistema de normas a la figura del abuso de derecho, regulándolo dentro de su artículo 644 de su Código Federal de 1907 estableciendo el criterio subjetivo como único requisito para la configuración del abuso de derecho, además de ello incorporo dentro de su artículo II la obligación y deber de todas las personas de ejercer sus derechos de manera

adecuada, ya que, si fuera evidente que su comportamiento no es adecuado se determinara que el mismo está siendo ejercido de manera abusiva. (Cuentas, 1997, p. 478)

Siguiendo dicha postura Rossel (c.p. Cuentas, 1997, p. 478) los comportamientos con intenciones maliciosas serán considerados como actos de mala fe en el ejercicio del derecho que está siendo ejercido de manera abusiva, además de ello el código suizo establece que la víctima es quien debe demostrar cual es el agravio que se le está causando, y que dicho ejercicio sea contrario a la buena fe y la moral, por ello, es que la conducta de las personas deben ser acorde a la buena fe, la moral y las buenas costumbres cuando ejercer sus derechos o durante el acatamiento de su deber.

Por su parte, dentro del Título Preliminar del Código Civil suizo de 1907 se ha establecido dentro de su artículo II que los límites que se imponen al ejercicio de un derecho van acorde a la buena fe y buenas costumbres de la sociedad, es por ello que los titulares de un derecho deben manejar y ejercer la titularidad de sus derechos de manera razonable. (Angulo, 2006, p. 16)

En los casos de aplicación del derecho al hecho, el juez deberá de realizar un razonamiento sencillo para poder determinar la existencia de un ejercicio abusivo del derecho. (Angulo, 2006, p. 16)

2.2.2.10.2. Alemania.

Dentro del Código Civil alemán de 1896 se ha definido al abuso del derecho en su artículo 226 el cual expresaba que el ejercicio abusivo del derecho se dará cuando el comportamiento no permitido del titular del derecho haya sido con intención de causar perjuicios a un tercero, teniendo como la intención del sujeto como criterio subjetivo determinante del ejercicio abusivo de un derecho.

Por ello es que se realizaron diversas implementaciones dentro de su legislación a fin de cubrir ciertos vacíos, como el artículo 27 y 29 del Landrecht Prusiano donde se estableció como principio limitante que las personas pueden ejercer sus derechos sin la necesidad de abusar de ella con el fin de causar lesiones a un tercero, así mismo, dentro del artículo 26 se estableció como consecuencia la indemnización del daño que se produjese por el ejercicio abusivo del titular lo que se entiende como el ejercicio fuera de los límites del derecho, también nos señala

que uno de los requisitos para otorgar dicha indemnización es demostrar que el comportamiento de la persona fue realizado con malicia, y si no fuera así no podrá indemnizarse dicha situación. (Cuentas, 1997, p. 476)

En otras palabras, podemos ver que dentro del ordenamiento jurídico alemán la indemnización por el daño ocasionado de un ejercicio abusivo de derecho solo podrá aplicarse en caso de que el titular haya cometido dicho acto como malicia, sin especificar si el mismo debido ser doloso o culposo o una acción u omisión, por lo que entendemos que el comportamiento puede adecuarse a cualquiera de ellos.

Prosiguiendo en dicho contexto, es que en el año de 1900 se estableció dentro del artículo 226 del Código Civil alemán ciertos límites de configuración del abuso de derecho, teniendo como presupuesto configurativo al criterio subjetivo del titular del derecho teniendo como principal característica el determinar la intención del sujeto, misma que debe ser contraria a la buena fe y con intenciones de dañar a otra persona, punto que es compartido con el autor Martín (c.p. Angulo, 2006, p. 15)

Como podemos ver dentro del Código Civil alemán o Landrecht Prusiano se establece un tipo de indemnización del daño causado por el comportamiento irregular o abusivo del titular de un derecho, misma que debe ser considerada como un comportamiento de mala fe con el fin de dañar a terceras personas o a los fines del derecho y la sociedad. (Angulo, 2006, p. 16)

La doctrina nos ha mostrado que dentro del artículo 226 se ve una supuesta regulación y esquema de protección ante los ejercicios abusivos del derecho, pero Duran señala que al establecer como requisitos necesarios el criterio subjetivo se vuelve muy difícil el concluir el nivel probatorio, ya que, el misma consta de demostrar la intención maliciosa del titular que ha ejercido abusivamente su derecho cuestión que se vuelve muchas veces difícil de demostrar. (Duran, 2012, p. 23)

2.2.2.10.3. Portugal.

El abuso de derecho dentro de Portugal data desde la aplicación del Código de Portugal de 1967, el cual incluyó dentro de su artículo 334 a la figura del abuso de derecho donde se establece que el país no reconoce las conductas que sobrepasen la buena fe de las personas, por ello, es que se entiende que si ejercicio de un

derecho por el titular de manera abusiva y contraria a la buena fe, el fin económico y las buenas costumbres no será protegido por el país ni sus normas.

Sessarego (c.p. Angulo, 2006, p. 19) señala que el Código Civil portugués citado adopta no solo el criterio subjetivo, sino también que se rige más por el criterio objetivo, ya que, cuando se habla del abuso de derecho nos encontramos frente a un ejercicio de derecho que realiza el titular de dicho derecho pero con un comportamiento que infringe los fines económicos y sociales de la ley y el país, siendo de esta forma uno de los primeros códigos en regular de manera expresa que el comportamiento abusivo de un derecho es ilegítimo.

2.2.2.10.4. España.

En España se vio que dentro de su Código Civil de 1899 no se reguló de manera expresa dentro de sus artículos a la figura jurídica del abuso de derecho, pero durante su transición de implementación el mismo sistema jurídico la rechazaba durante la primera etapa de la evolución del marco legal, ya que, el sistema jurídico español aún se basaba en los principios rectores dejados por los romanos los cuales establecían que las personas no pueden ejercer de sus derechos con el fin de vulnerar a otras personas, ya durante la segunda etapa de la implementación del abuso del derecho dentro del marco legal español, se puede decir que se planteó un ordenamiento tácito de dicha figura.

Siendo recién durante la tercera etapa que inicia su ingreso expreso del abuso del derecho dentro de la norma positivizada, aprobándolo y reconociendo sus fundamentos, ya durante la cuarta etapa vemos que se desarrollaron los distintos principios del derecho que será de aplicación para el abuso del derecho, ya durante su última o quinta etapa es que la aplicación de la norma a los hechos fácticos creando jurisprudencia vigente y de gran relevancia para futuras situaciones.

Ogayar (c.p. Angulo, 2006, p. 17) alega que el abuso de derecho debe ser considerado como aquel principio que regula el cumplimiento del derecho a la igualdad entre todas las personas, y además de ello establece un limitante de ejercicio de derechos de las personas, con la finalidad de evitar los daños o perjuicios que podrían ocasionarse a otros con el ejercicio abusivo de un derecho.

En línea a lo señalado, es que podemos ver dentro del artículo 7 del Código Civil español de 1974 que el ejercicio de un derecho debe ser en base a los principios

de buena fe, determinando que la ley solo protege el ejercicio del derecho que se encuentre dentro de los parámetros normativos y no normativos, y que no protegerá aquellas conductas que sean consideradas como abusivas, antisociales, y cuando se suscitasen estos últimos comportamientos se impondrá una sanción al titular que la ejerció a fin de que el mismo pague una indemnización por los daños ocasionados.

También debemos precisar que el monto indemnización solo puede ser determinado por el juez, además de ello se le otorga poder a los magistrados de disponer medidas judiciales y administrativas que estos considere, el autor refiere que estas condiciones le recuerdan mucho a los requisitos que componen al criterio objetivo de la teoría del abuso de derecho desarrollada por el autor Salcilles, señalando que este último autor era quien consideraba al abuso del derecho como un acto anormal que no cumple con las finalidades económicas y sociales del derecho. (Cuentas, 1997, p. 479)

2.2.2.10.5. Venezuela.

Por su parte Venezuela establecido dentro del segundo párrafo del artículo 85 de su Código Civil de 1942 que las personas a las que se le causaron daños por un ejercicio abusivo de un derecho, deberán ser resarcidas por el titular que el ejercicio de manera abusiva, pero deberá demostrarse los daños causados, que el comportamiento del titular fue en contra del principio de la buena fe de las personas, las buenas costumbres, la moral, entre otros. (Cuentas, 1997, pp. 448 – 499)

Recién en el año de 1982 se modificó el Código Civil de 1942 ingresando de ese modo dentro de su catálogo de normas una sección determinada para regular los comportamientos que nacen de los hechos ilícitos, estableciendo de esa forma del inciso 2 del art. 1185 que la configuración del abuso de derecho que deberá ser reparado puede ser causado por imprudencia o intención, dando paso a que el comportamiento del titular del derecho puede ser doloso o culposo, así mismo, señala que se requiere que el comportamiento abusivo sea causa del daño causado, además de que debe ser contraria a la buena fe, las buenas costumbres y debe sobrepasar los límites prescritos legalmente, si se da la concurrencia de todos los mencionados, nos dice que recién nos encontraremos con un ejercicio abusivo del derecho. (Angulo, 2006, p. 23)

2.2.2.10.6. Brasil.

En comparación con la normativa carioca podemos ver que el Código Civil brasileño de 1916 ha regulado a la figura del abuso de derecho de manera superficial dentro de su artículo 160, donde solo reconoce que los actos que sean contrarios a los fines sociales o económicos del derecho y la sociedad, y a las que van contra las exigencias étnicas del país serán consideradas como actos que nacieron del ejercicio abusivo de un derecho, pese a que dentro de la normatividad internacional se ve que el abuso de derecho se ha presentado como un ejercicio regular y limitante de comportamiento de los ciudadanos. (Cuentas, 1997, p. 449)

Además de ello dentro del artículo 187 de su Código Civil de 1916 se ha establecido que cuando el comportamiento del titular del ejercicio de un derecho sea ilícito, se extralimite como los límites sociales y económicos, la fe, la moral y las buenas costumbres, se configurara nada más en base a los criterios objetivos señalados, no siendo necesaria la configuración del criterio subjetivo. (Angulo, 2006, p. 24)

2.2.2.10.7. Argentina.

Dentro del ordenamiento jurídico argentino podemos señalar que no se ha regulado dentro de su sistema de leyes contenidas en su Código Civil al abuso de derecho de manera expresa, si no, que el mismo ha sido implementada de manera tácita dentro de su artículo 1071 donde se expresa que cuando se ejerza un derecho propio o se cumpla un obligación de manera abusiva, los mismos no pueden justificarse en ello para lesionar los derechos de otras personas, ya que, dicho acto será considerado como un acto ilícito, además también podemos decir que dentro del Código de Vélez ya se había regulado de una manera muy similar, tomando como inspiración el artículo 1071 citado y los estudios realizados por distintos doctrinarios como Bibiloni que sustentaba por qué se debía consentir a la teoría del abuso del derecho dentro del ordenamiento jurídicos nacionales. (Hess, Emiliozzi & Zarate, 2010, pp. 06 – 07)

Es importante precisar también que durante los años de 1927 y 1937 se generó la idea de aplicar y regular a la figura del abuso de derecho, de acuerdo a los aspectos señalados dentro de la jurisprudencia argentina. (Hess, Emiliozzi & Zarate, 2010, pp. 06 – 07)

Angulo (2006, pp. 21 – 22) por su parte señala que el artículo 1071 del Código Civil argentina establece *conditio sine qua nom* haciendo referencia a la necesidad del ejercicio del abuso de derecho dentro de la norma argentina a fin de velar por los fines sociales y económicos del derecho y la sociedad.

2.3. Marco conceptual

Dentro del presente subcapítulo desarrollaremos el ámbito conceptual, a fin de poder dar una mayor comprensión de los términos usados que tendrán gran relevancia para el entendimiento del presente trabajo de investigación:

- A. **Abuso:** El abuso dentro del marco legal o jurídico es entendido como un comportamiento excesivo por parte de una persona, con la finalidad de causar perjuicios a una persona o al interés social de la comunidad, por ello, el juez debe de emitir una resolución solicitando la detención de dicho exceso, además de ello también debe comprenderse que el abuso puede configurarse por el comportamiento activo o de omisión de una persona cuando le toca cumplir cierta obligación. (Azañero, 2018, p. 17)
- B. **Buena fe:** Es entendida como aquel buen proceder de una persona, en otras palabras, se comprende como el comportamiento recto y honesto de las personas (Cabanellas, 1979, p. 98), así mismo, debemos comprender por buena fe al estado mental de honradez y rectitud de un asunto, y nos encontraremos frente a un acto de buena fe cuando el comportamiento fue realizado de manera lícita y justa, entonces debemos comprender que cuando una persona señala que actuara dentro de la buena fe, es que la misma actuara dentro de los parámetros establecido por ley. (Azañero, 2018, p. 17)
- C. **Buenas costumbres:** “Conformidad que debe existir entre los actos humanos y los principios de la moral”, (Cabanellas, 1979, p. 99), también debemos comprender que las buenas costumbres es el conjunto de todas las normas no positivizadas que regulan la sociedad, en otras palabras, viene a ser un conjunto de normas morales que se mantienen vigentes dentro de nuestra cultura, y que cuando dichas normas son vulneradas son merecedora de una sanción. (Azañero, 2018, p. 112)

- D. **Conditio sine qua non:** Misma que viene de la teoría de la *conditio sine qua non*, que viene de un vocablo latín que significa “condición sin la cual” haciendo referencia a que sin ella no podrá aplicarse, estableciendo como requisito necesario para su configuración. (Cabanellas, 1979, p.119)
- E. **Fraude:** Dentro del derecho se considera como fraude aquel comportamiento que fue realizado mediante el ardid o engaño de una persona hacia otra, causándole con dicho acto serios perjuicios económicos, morales, sociales, u otros; por ejemplo, cuando una persona simula cierta condición de su patrimonio frente a sus acreedores con el fin de no saldar sus deudas con ellos, o cuando una persona usa el engaño a fin de despojar de dinero a terceras personas, entre otros. (Azañero, 2018, p. 306)
- F. **Acta notarial:** Documento público que contiene la narración de un acontecimiento y en el que a requerimiento de parte se hace constar un hecho que presencie o le conste al notario (Poder Judicial, 2022).
- G. **Iure et de iure:** Dicho de una presunción legal: Que no admite prueba en contrario (Poder Judicial, 2022).
- H. **Arrendamiento:** Contrato de alquiler por el que se cede el uso de un bien a una persona para que pueda disponer de ella durante un plazo de tiempo determinado y con el pago periódico de una cantidad de dinero (Poder Judicial, 2022).
- I. **Titular:** (Derecho Civil) Quién ostenta una cosa, una facultad o potestad. Según Cabanellas, quién goza legítimamente de un derecho declarado o reconocido a su favor. / Según Flores Polo, quién ejerce un cargo o función por derecho propio, basado en un nombramiento; lo opuesto en suplente o reemplazante (Poder Judicial, 2022).
- J. **Uso:** (Derecho Civil) Derecho real por el cual el poseedor de un bien, puede servirse de él conforme a su naturaleza (Poder Judicial, 2022).
- K. **Usufructo:** (Derecho Civil) Facultad, otorgada por el propietario de un bien no consumible, para que otro lo use y se beneficie de sus frutos por un tiempo determinado, a cambio de que lo cuide y mantenga en buenas condiciones. Se diferencia del arrendamiento en que el propietario lo otorga

a título gratuito. /Derecho de utilizar lo ajeno y percibir sus frutos (Poder Judicial, 2022).

- L. **Validez:** (Teoría General del Derecho) cualidad de la norma o del acto jurídico, por su procedimiento legal de formación, tiene efectos jurídicos, por tanto, debe cumplirse lo dispuesto en él (Poder Judicial, 2022).

Capítulo III: Metodología

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica

El enfoque que se siguió en el presente trabajo es el **cuantitativo**, misma que se basó en el proceso inductivo, como nos señalan Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p. 18 “(...) es el proceso que va desde lo particular hasta lo general (...), con el fin de comprender un fenómeno complejo (...)” entendiéndose que los trabajos de enfoque cuantitativo siguen la lógica, con la finalidad de poder describir y transmitir lo explorado con respecto a la problemática encontrada, y así poder brindar soluciones para mejorar o evitar que el problema suscitado siga produciéndose.

Del mismo modo, debemos señalar que la presente sigue el enfoque **cuantitativo teórico** con corte **propositivo**, ya que, nos encontramos frente al análisis de un artículo jurídico, y si el mismo se relaciona con otra figura jurídica, ello teniendo en cuenta lo alegado por Witker quien alega que las investigaciones teóricas – jurídicas son aquellas que plasmas al problema jurídico encontrado en la realidad desde un sentido estrictamente formalista, dejando de lado los elementos facticos o subjetivos que desvirtúen la investigación realizada a la norma jurídica, estructura legal u otra que se encuentre en cuestión.

Entonces, debemos tener claro que la presente tuvo el objetivo de realizar un estudio estrictamente formalista o desde otra perspectiva puramente teórica, ya que, estudiaremos e investigaremos una norma legal actual que se encuentra vigente dentro del ordenamiento jurídico naciones y no hechos facticos encontrados en la realidad, además de que en la presente investigación no verso sobre el estudio de elementos tangibles, sino más bien de ideales jurídicos, como son la prohibición de prohibir disponer los bienes entre las partes y su relación con el ejercicio abuso del derecho.

El fundamento científico en el que se sustenta el presente trabajo es que se ha seguido la doctrina de la epistemología jurídica establecida por la escuela iuspositivista, escuela donde ven al derecho y a la norma como expresiones positivizadas de la misma siempre desde su enfoque dogmático, para ello Vivanco (2017, pp. 36-41) señala que la escuela iuspositivista nos señala que se debe tener claro 3 cuestiones durante el desarrollo de la investigación: (a) **el objeto** en cuestión

que va a ser investigado, estudiado y analizado, (b) **método** que se va a usar para permitir un correcto análisis del objeto analizado mediante la hermenéutica jurídica, y (c) **la finalidad** o el porqué del estudio.

Teniendo ello presente, tenemos que (a) es cualquier norma que se encuentre vigente dentro del ordenamiento jurídico nacional, (b) todos los métodos que coadyuven a encontrar respuestas para el problema encontrado mediante la interpretación, (c) siempre se deben realizar este tipo de investigación con la finalidad de buscar la mejora del ordenamiento jurídico, misma que puede realizarse con la modificación, la derogación de la norma o una reforma de la norma que tras el estudio se considere que está transgrediendo los fines para los que fue creado, la constitución o sea contrario o insuficiente.

Entonces, podemos decir que en la presente investigación (a) vino a ser la prohibición de prohibir disponer los bienes entre las partes y el ejercicio abusivo del derecho, (b) vino a ser la hermenéutica jurídica, teniendo presente el método sistemático, exegético, teleológico, etc., que coadyuven a realizar un análisis correcto, y (c) vino a ser la modificación del artículo 882 del Código Civil peruana, a fin de que la ley siga ejerciéndose abusivamente vulnerando así la libertad contractual que tienen los contratantes.

3.2. Metodología

Como ya hemos señalado la presente investigación tiene un **enfoque cualitativo teórico**, con un norte **propositivo** que como nos señala Aranzamendi (2010, p. 163) aquellas investigación con enfoque cualitativo teórico con corte propositivo tiene la finalidad de analizar y cuestionar dos categorías o variables jurídicas, a fin de demostrar si la relación entre ellas es positiva o negativa, ello en base a un análisis de las deficiencias que se han encontrado en la realidad, que consecuentemente terminan en proposiciones de modificaciones, reformar o derogación de la normativa analizada.

A lo acotado, es preciso señalar que en la presente investigación se está investigando dos categorías jurídicas que también son normas jurídicas actuales, con el objetivo de poder determinar si existe una relación positiva entre ellas, todo ello siguiendo la doctrina de la escuela iuspositivista.

En conclusiones, podemos decir que el corte propositivo señalado coincide con el enfoque, y doctrina iuspositivista que ha seguido el presente trabajo, más que nada porque se va a analizar y cuestionar dos categorías jurídicas o normas vigentes dentro de la legislación nacional, las cuales vienen a ser la prohibición de prohibir disponer los bienes entre las partes regulado dentro del artículo 882 del Código Civil peruano y su relación con el abuso de derecho regulado dentro del artículo II del Título Preliminar del Código Civil.

3.3. Diseño metodológico

3.3.1. Trayectoria metodológica.

Dentro del diseño metodológico tenemos a la trayectoria metodológica que ha seguido la investigación, o también cual fue el camino metodológico que se realizó en la investigación desde el comienzo, durante su desarrollo y al finalizar, en otras palabras, el trayecto que se va siguió desde el planteamiento de la problemática, los objetivos, las hipótesis, la recabación de información, la contrastación, discusión y los resultados que se obtendrán.

Teniendo presente el enfoque, corte y doctrina que siguió la presente investigación, es preciso señalar que se hizo uso de la interpretación exegética mediante el análisis sistemático, lógico y doctrinal de las categorías jurídicas a ser analizadas a fin de demostrar la existencia de la relación entre la categoría de prohibir disponer los bienes entre las partes contractuales regulado dentro del artículo 882 del Código Civil con el ejercicio abusivo del derecho.

Por otro lado, la información de las dos categorías jurídicas fue recabada mediante el uso de fichas, las cuales fueron analizadas mediante un proceso inductivo, sistemático y objetivo haciendo uso de la argumentación jurídica.

3.3.2. Escenario de estudio.

Como la presente es una investigación **teórica**, el escenario de estudios que tendrá es el ordenamiento jurídico peruano, ya que, dentro de ella encontramos a las dos categorías jurídicas que van a ser analizadas, variables que serán interpretadas de manera sistemática, lógica y exegéticamente, para ello se buscó la doctrina que brinde un claro conocimiento sobre los límites y deficiencias de las variables a ser estudiadas, mismas deficiencias que fueron plasmadas como hipótesis.

3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.

Los sujetos o fenómenos a ser investigados en el presente trabajo de investigación con enfoque cualitativo teórico son: la prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes regulada dentro del artículo 882 del Código Civil peruano y su relación con el ejercicio abusivo del derecho y sus respectivas sub categorías.

3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

3.3.4.1. Técnica de recolección de datos.

Con respecto a la técnica que se usó para la recolección de datos, es la denominada como **observación documental**, que como nos dicen Ñaupas, Mejía, Novoa & Villagómez (2014, p. 201) las técnicas que se usa para recolectar datos tienen que ayudar al tesista a poder recabar la información que usará para el tipo de investigación que está realizando, ya que, la misma fue usada para demostrar o contraponerse a las hipótesis.

Por ello, es que en el presente trabajo se ha escogido utilizar la técnica de la **observación documental**, misma que ayuda al tesista a centrarse en el análisis activo de las doctrinas, leyes, jurisprudencias, textos legales y otros que brinden la información necesaria para el desarrollo del trabajo de investigación. (Ñaupas, Mejía, Novoa & Villagómez, 2014, p. 207)

3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.

Si bien ya se ha determinado la técnica de recolección de datos, es preciso señalar cuáles fueron los instrumentos que se usaron para recabar la información encontrada, y para ello se debe tener presente el enfoque de la investigación y la técnica de recolección de datos.

Como nuestra investigación tiene un enfoque cualitativo teórico, y se usó como técnica de recolección de datos la observación documental, el instrumento a ser usado serán las fichas textuales y de resumen, las cuales nos coadyuvaron a brindar un aporte sólido y objetivo, mismos datos que serán plasmados dentro del marco teórico de la presente investigación. (Witker & Larios, 1997, p. 193).

3.3.5. Tratamiento de la información.

En tratamiento que se brindó a la información recabada, es el de sistematizar los resúmenes, citas, textos y otros recolectados, dentro del marco teórico del presente trabajo.

Además de ello, es preciso señalar que toda la información recabada fue objeto de un análisis formal con la finalidad de hacer un buen uso del tiempo designado para la interpretación objetiva, para que de ese modo se evite la subjetividad de la información recabada, por ello es que se presentó un marco teórico firme, coherente, lógico y objetivo, dejando de lado la subjetividad, (Velázquez & Rey, 2010, p. 184). Adjuntamos un modelo del esquema de las fichas que va a ser usadas como instrumento de recolección de datos:

<p>FICHA TEXTUAL o RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)</p> <p>DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.</p> <p style="text-align: center;">CONTENIDO:</p> <p>“.....”</p>

La presente ficha presentada, es de gran relevancia para la recolección de información que se usó para el desarrollo del presente trabajo de investigación, ya que, debido a su composición de premisas y conclusión recabadas mediante el uso de la argumentación jurídica. (Aranzamendi, 2010, p. 112).

Las fichas que fueron usadas son: (a) coherentes, (b) razonables, (c) idóneas y (d) claras, a fin de facilitar la interpretación correcta de la información que se recabe de las variables a ser analizadas sean objetivas y claras.

Como se ha precisado líneas arriba en el tratamiento de la información recabada se hizo a ser uso de la argumentación jurídica misma que puede ser entendida como al conjunto secuencias de razonamientos, explicaciones, y otros que tienen la finalidad de persuadir a un determinado oponente intelectual, misma que tiene una estructura lógica en base de premisas como es el uso de la premisa

mayor, la premisa menor, y las conclusiones, las cuales se harán uso para la contratación de la hipótesis. (Maletta, 2011, pp. 203-204)

3.3.6. Rigor científico.

Casadevall (c.p. Vasconcelos, Menezes, Ribeiro & Heitman, 2021, p. 5) señalaba que el rigor científico de un trabajo de investigación se sustenta en el hecho de brindar solidez y fuerza científica al trabajo, ya que, este determina que el presente cuenta con información confiable.

Teniendo ello presente, es menester recordar que dentro de la metodología paradigmática del presente capítulo se ha desarrollado el rigor científico que siguió la presente investigación, mismo donde hemos señalado que se tuvo como norte al método del iuspositivismo, por lo que se hizo uso de los diversos métodos y técnicas interpretativas como la interpretación sistemática, histórica, sociológica y gramatical con el fin de obtener información objetiva que se aleje de la subjetividad de los hechos. (Witker y Larios, 1997, p. 193).

Por ello, se hace uso de la epistemología jurídica y la postura del método iuspositivista con la finalidad de que el presente trabajo cuenta con la solidez científica requerida, al ser un trabajo de naturaleza jurídica dogmática que se centrará en el análisis e investigación de una norma jurídica vigente, a fin de mejorar el ordenamiento jurídico nacional y evitar se diga vulnerando los derechos a la libertad contractual entre los contratantes.

Para cumplir con señalado, se ha brindado información que se aleje de los valores axiológicos, sociológicos, entre otros, que agregue subjetividad a la información recabada, por ello a fin de evitar ello se seguirá la postura epistemológica que nos señala que los datos obtenidos deben ser precisos y objetivos siguiendo la postura doctrinaria de la legislación que será obtenida de documentos sólidos, sin ningún tipo de influencia moral.

3.3.7. Consideraciones éticas.

Como se ha señalado el presente trabajo tiene un enfoque cualitativo teórico de corte propositivo, donde se hizo uso de la observación documental como técnica de recolección de datos y a las fichas textuales y de resumen como instrumentos de recolección de datos, por lo que, no hay necesidad de brindar protección al derecho

de dignidad, honor u otro de terceros, ya que, no se hizo uso de las encuestas o entrevistas a terceros como instrumentos de recolección de datos.

Capítulo IV: Resultados

4.1. Descripción de los resultados

4.1.1. Análisis descriptivo de los resultados del primer objetivo.

El primer objetivo que es objeto de análisis es: “Analizar la manera en que la prohibición de prohibir disponer los bienes **enajenando** entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano”, para ello primero pasamos a determinar los resultados más relevantes obtenidos de la investigación:

Primero. – Para pasar a desarrollar de manera analítica los datos obtenidos con respecto a la variable de prohibición de prohibir disponer los bienes enajenando entre las partes, es necesario hablar de manera general con respecto al derecho de propiedad y sus derechos subsecuentes, el contrato, la libertad contractual y otros que pasamos a desarrollar a continuación:

Como ya hemos señalado la materia de investigación del presente trabajo viene a ser el análisis del artículo 882 del Código Civil peruano que regula la libre circulación de bienes en la sociedad, y por ello el legislador ha considerado necesario el establecer dentro de la misma una prohibición para los contratantes a fin de que los mismos no puedan establecer dentro sus cláusulas la posibilidad de prohibir enajenar o gravar a futuro.

La propiedad es una de las ramas más relevante de los derechos reales que versan sobre el bien o el patrimonio de las personas, es así que el mismo tiene sus inicios dentro de la palabra latina *res mea est* la cual hace referencia a que la cosa es mía, como nos señala Arias (1986, p.233) la propiedad desde el derecho romano era comprendido como el derecho que otorga al propietario de un bien el disponer, usar y gozar como el gusta de la cosa o *res*, estableciendo la *ius fruendi*, *el ius disponendi*, y *el ius abutendi*, que hace referencia al derecho de disfrute, uso, disposición, y el de abusar de su propio bien.

Así mismo, el autor nos señala que la propiedad dentro del derecho romano podía ser obtenida mediante el comercio llamada *quiritaria o dominium ex iure quiritium*, o en el contexto de actuar como pretor, o en los casos de adquisición de un bien siendo extranjero o también llamada propiedad de los peregrinos los cuales

no tenían el *dominium* de la cosa, por lo que, se le encargaba al pretor para disponer de dichos derechos.

Además de ello, Ortega (1991, p. 55) nos dice que dentro derecho romano arcaico no existía la propiedad privada, sino tan solo la propiedad pública, ello en base a que durante el gobierno de Rómulo el Estado romano le entregaba una parcela de tierra a cada ciudadano y cuando este fallecía la parcela se cedida a sus herederos, imposibilitando la posibilidad de transferir dicha propiedad a un tercero.

Segundo. – Con respecto a la cosa o *res*, misma que puede dividirse en bienes muebles e inmuebles u otras formas, los bienes muebles son todos aquellos muebles que son factibilidad de movilidad, en cambio los bienes inmuebles se determinar por constituirse en un solo lugar, como los edificios, las parcelas de tierra, caminos, y otros, estos últimos bienes se caracterizan también por ser considerados como una fuente principal de enriquecimiento para la sociedad.

También, tenemos que la propiedad puede ser calificada como de dominio público o privado, la propiedad que es de dominio público es importante para el reforzamiento del Estado, y en beneficio de la sociedad, en cambio la propiedad privada se encuentra apartada del dominio público, bajo el supuesto de que cada ciudadano tiene el privilegio de poder ostentar el derecho de propiedad sobre cualquier bien.

Tercero. – La naturaleza jurídica de la propiedad radica en el derecho natural, ya que, como nos señala Pipes (1999, p. 363) la adquisición de la cosa es común de todos los seres vivos, misma que se demuestra cuando nos remostamos a las formas primitivas del ser humano, donde vemos que es un instinto supervivencia natural el tomar como propiedad los objetos o bienes que son útiles para su supervivencia, claro a la fecha eso ya no se aplica porque ya no somos seres que se controlan por su instinto si podemos decir que han quedado rasgos residuales en la personalidad de la persona, pero eso es un tema que se podría abordar en otro campo, en el presente es preciso señalar que la posesión de los objetos se estimula con el desarrollo de la persona, pues desde niños crecemos con el entendimiento de que lo mío es mío y lo tuyo es tuyo.

El autor también hizo una leve comparación sobre los instintos humanos con los instintos animales de poseer la cosa, si bien a diferencia de los animales nos dice

que los humanos ocupan la tierra o el bien a fin de producir con ella, en cambio los animales solo la usan mientras la necesitan para su supervivencia.

Otra postura sobre la naturaleza jurídica de la propiedad se presenta desde el punto de vista antagónica de la propiedad donde ven a la propiedad desde su enfoque individualista y su enfoque colectivo, la primera habla sobre que **el hombre tiene la libertad de decidir sobre sus cosas** y sus acciones a través de los privilegios de adquirir, disponer, disfrutar, la cual responde a la libertad que tiene la persona, esta posición se basa en la retribución del esfuerzo individual de la persona, por parte del enfoque socialista se señala que la propiedad es para el beneficio del Estado, por lo que, los consumos, menajes y enseres serán solo en beneficio de la sociedad, lo cual la convierte en una de las posturas más rechazadas por la sociedad capitalista actual.

Desde la teoría jurídica del derecho real que se concebían en pleno siglo XIX, se señalaba que la naturaleza jurídica de la propiedad venia de un poder absoluto, ello quiere decir que la voluntad del propietario primaba sobre su patrimonio, entendiéndose que tiene el libre albedrio sobre lo que hará con lo que le pertenece; la teoría personalista por su parte seguía la postura kantiana que señala que el derecho real impone un deber universal de abstención por parte de terceros, ello quiere decir que los no propietarios no pueden interferir en el derecho de propiedad del dueño; naciendo así la teoría ecléctica que señala que el derecho real se concibe tanto como un poder absoluto del propietario como el deber universal de abstención de tercero; por último, tenemos la teoría analítica que habla sobre la propiedad como un medio para proteger el bien individual en concordancia con el bien común y social.

Cuarto. – Es preciso delimitar conceptualmente al derecho a la propiedad dentro del campo legal nacional, internacional y doctrinario, precisado ello debemos entender que el derecho a la propiedad dentro de nuestro ordenamiento jurídico peruano se encuentra regulado dentro del artículo 923 del Código Civil el cual señala “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía del interés social y dentro de los límites de la ley.”, así mismo, tenemos el término de la propiedad dentro del artículo 70 de nuestra Carta Magna donde señala que la misma es un derecho inviolable de

toda persona, ello incluye tanto a los ciudadanos nacionales como internacionales, aunque también precisa a la figura de la expropiación, pero la misma se encuentra sujeta a una indemnización justipreciada en favor del propietario que está siendo expropiado, además los fundamentos de la misma deben justificarse en la necesidad o seguridad pública, la sentencia del Exp. Nro. 03881-2012-PA/TC de fecha 01 de marzo del 2016 también recalca la importancia del derecho a la propiedad y su relación con otros derechos como la libertad personal.

Avendaño (2015, p. 282) alega que el derecho a la propiedad puede ser visto desde distintas posturas, ya sea jurídico, sociológico, político, económico, histórico.

Por su parte González (2012, p. 332) señala que el derecho a la propiedad le otorga al titular del derecho el poder material de usar, gozar, y el poder jurídico de disponer y reivindicar el bien.

Vieira (2008, pp. 664 – 665) plantea el derecho de propiedad desde diversas teorías, la primera, denominada como la teoría de la personalidad que contrasta la relación existente entre la cosa y la persona, el segundo, es la teoría de la permanencia que recalca la relación entre la persona y el bien y, por último, la teoría del señorío que habla sobre la disposición del dueño sobre su bien.

Dentro del campo internacional tenemos regulado al derecho de propiedad dentro de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en la Declaración Internacional de los Derechos Humanos, en la Convención Internacional, en el Protocolo de la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, normativas donde recalcan la importancia y relevancia del derecho a la propiedad del ser humano.

Otras posturas, señalan que el derecho a la propiedad debe ser vista desde su función social, eso quiere decir que si no se cumple con dicha función el Estado puede limitar los derechos y poderes del propietario.

Quinto. – Las características de la propiedad vienen a ser las siguientes:

- Es un derecho real por excelencia, es más viene a ser el derecho real principal, ya que, de él surgen los demás derechos reales.
- Es exclusivo, como nos dice Mariani “dos personas no pueden tener en el todo el dominio de una cosa” (2009, p. 298), aunque aquí cabría

preguntarnos sobre la copropiedad, pero debemos tener presente que en la copropiedad solo se hace diferencia con respecto a la alícuota que le corresponde del bien material.

- Es absoluto, en tanto que el propietario tiene el derecho de disponer, usar, reivindicar y disfrutar sobre toda la cosa de manera indeterminada.
- Es inviolable, como hemos señalado líneas arriba el derecho de propiedad se encuentra protegido como un derecho inherente a la naturaleza del ser humano, que se encuentra ligado a muchos otros derechos como el de la libertad.
- Tiene una característica social, con respecto a la función que cumple de dignificar y legitimar, tiene un efecto de ser una obligación social, ya que, el titular tiene un deber social de compartir los beneficios del bien con la colectividad.
- Es perpetua, ello quiere decir que quien es dueño será dueño para siempre, incluso al deceso del propietario, el derecho se transmite a sus herederos.
- Es abstracto, porque se puede separar cualquier de las funciones del propietario, sin que la propiedad sea alterada.
- Es elástica, en tanto que el propietario puede tanto expandirla comprando la propiedad de sus linderos o reducirla con un simple acto.

Sexto. – Respecto a los derechos y prohibiciones del propietario, por un lado, la ley establece que quien ostente el derecho de propiedad sobre un bien, tiene el derecho a la posesión del mismo, esta puede ser de manera inmediata o inmediata, también tiene derecho a cercar el bien como González (2012, p. 363) “al cercar, se precisan físicamente los límites de los cuatro puntos cardinales de un predio”, entonces el derecho a cercar tiene su fundamento en el derecho que tiene el propietario de delimitar su inmueble, fundamento que también es de uso para el derecho al deslinde y amojonamiento, el cual se mayormente se da como establecer hitos entre dos terrenos o predios.

El derecho a cortar las ramas y raíces invasoras, el artículo 997 del Código Civil le otorga al propietario el derecho de cortar las ramas o raíces que invadan su propiedad.

Respecto a las obligaciones que tiene el propietario, tenemos que uno de las principales obligaciones el propietario de un bien inmueble es el de cohabitar con sus vecinos y la sociedad, si bien la doctrina y la normas establecen una serie de obligaciones por parte del propietario, para el presente trabajo será necesario recalcar dos de ellas:

La primera, es la establecida dentro del artículo 959 del Código Civil que habla sobre al pasa de materiales para la construcción de bienes ajenos y que el propietario no puede realizar actos que pongan en peligro las propiedades de sus vecinos.

Séptimo. – Es importante hablar sobre el contrato, debido a que el mismo es mayormente utilizado para realizar las transferencias o enajenación de bienes, así como el gravamen que el propietario dispusiera establecer, y para ello es preciso ahondar un poco en los aspectos generales del mismo.

Primero, la naturaleza jurídica del contrato es plasmada desde distintas teorías o posturas jurídicas, la primera, de ella se ve desde la teoría de la oferta que señala que el contrato es un acto que se basa en la oferta y la oposición, donde el promitente inicia el estímulo de ofertar, para posteriormente pasar a la oposición u oferta del tercero, por último, viene la aceptación del tercero.

Otra de las teorías de la denominada teoría de la gestión de negocios que ve al promitente actuar bajo su interés propio y particular, donde el estimulante será en beneficio del tercero adquirente, teoría que es aceptada dentro del marco legal del derecho argentino.

La teoría de la adquisición directa del derecho, nos dice que la naturaleza jurídica del contrato radica en que su constitución genera en automático y de manera directa el derecho del tercero, mismo que se encuentra regulada dentro del artículo 1458 del Código Civil.

La teoría de la autonomía de la voluntad, señala que la naturaleza jurídica del contrato radica en la libertad contractual que tienen las partes contratantes, siendo que son estos últimos quienes tienen la facultad de determinar el contenido, los efectos, beneficios, cláusulas y otros que requiere el contrato de manera libre, y la misma debe ser velada y protegida por el derecho.

La teoría de la voluntad unilateral, establece que en algunas ocasiones la naturaleza jurídica del contrato radica en la simple manifestación de voluntad de una de las partes, donde el mismo emitirá su voluntad en beneficio de un tercero, esta teoría ha tenido un mayor enfoque dentro del derecho civil alemán y francés.

Octavo. – El contrato dentro de nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulado en el artículo 1351 del Código Civil, donde señala que el contrato es el pacto entre dos o más personas, dando alusión a que el contrato puede ser realizado por un mínimo de dos personas o más, además de ello señala que el pacto será con la finalidad de regular, modificar, crear o extinguir relaciones jurídicas económicas o patrimoniales entre ellas.

Por su parte, Belvedere (1977, p. 139) señalaba que la definición señalada dentro de nuestro Código Civil no es muy diferente a la definición que le otorga el Código Civil italiano, la única diferencia radica en el hecho de que en nuestro código no se señala con respecto al objeto, forma, causa y demás elementos del contrato como si lo hace el código italiano.

Aunado a ello, la Casación Nro. 3358-2015-Cuzco ha señalado que el contrato debe ser vista como la fuente principal de obligaciones por el derecho civil patrimonial, así mismo, la Casación Nro. 4242-2015 señala que el contrato es un supuesto negocio jurídico, el cual nace por la voluntad de las partes contratantes, como vemos dentro de nuestra jurisdicción nacional se hace mucho énfasis a la necesidad de la expresión de voluntad de las partes para constituir un contrato de transmisión, enajenación o gravamen de un bien mueble e inmueble.

Noveno. – Dentro de la doctrina civil se ha abierto un catálogo abierto o *numerus apertus* de contratos existentes dentro del ámbito jurídico los cuales pasamos a resaltar:

1. Pueden ser bilaterales o unilaterales, ello quiere decir que el contrato puede realizarse por la manifestación de voluntad de dos personas como en los casos de compra venta, gravamen, hipoteca, entre otros, o puede ser un contrato unilateral donde basta la sola manifestación de una de las partes para que el contrato se perfeccione como en los casos de las donaciones, de préstamo, entre otros.

2. Puede ser gratuitos u onerosos, lo que implica que a veces no se requerirá del pago como contraprestación, siendo que, en los contratos gratuitos uno de las partes sale más beneficiada, con respecto a los contratos onerosos si implica la necesidad de una prestación y contraprestación.
3. Son conmutativos o aleatorios, esta solo es de aplicación para los contratos considerados como bilaterales o que requieren la expresa manifestación de voluntad de ambas partes contratantes, donde se denomina conmutativo cuando las prestaciones son claras y ciertas, mientras que será aleatoria cuando las prestaciones son inciertas.
4. Son principales o accesorias, normalmente un contrato accesorio es aquel que se emergen del contrato principal, por ejemplo, un contrato de compra venta puede ser el contrato principal, y el contrato accesorio puede ser un contrato de garantía de entregar el bien inmueble conforme se estableció en el contrato principal.
5. Son nominados o innominados, los primeros hacen hincapié al hecho de que los contratos nominados son aquellos que la ley las establece de manera expresa dentro de su ordenamiento jurídico, mientras que los innominados son los contratos atípicos que tienen su base en los contratos de *numerus apertus*.
6. De ejecución instantánea, cuando la obligación nace del solo perfeccionamiento del contrato mientras los contratos de tracto sucesivo, la obligación o terminación operan solo para hechos futuros.
7. La adhesión y de libre discusión, son los contratos típicos de tendencia general como los seguros, mientras de los de libre discusión son aquellos en los que las partes tienen la libertad de determinar los acuerdos que ellos deseen.

Decimo. – Los elementos para el perfeccionamiento de un contrato son un factor importante para la existencia del mismo, puesto que solo si se confirma que se ha cumplido con todos los elementos el contrato puede ser considerado como un acto jurídico valido para el derecho, los elementos del mismo se dividen en elementos de existencia y elementos de validez.

Los elementos de existencia del contrato son los siguientes:

1. El consentimiento, consiste en la manifestación de voluntad de los contratantes de querer llevar a cabo el contrato, el mismo se manifiesta a través de dos momentos, uno en la oferta y otro con la aceptación.
2. El objeto, consiste en que el bien que va a ser materia contractual puede ser directo, indirecto u opcional.
3. La solemnidad, solo cuando la propia ley lo requiera.

Los elementos de validez del contrato son:

1. La capacidad, es la aptitud que la ley nos da por ser sujetos de derechos y obligaciones, en la actualidad tenemos dos tipos de capacidad uno de ejercicio y otra de goce, la primera se obtiene al cumplir la mayoría de edad, mientras que el segundo se obtiene por el simple nacimiento de la persona.
2. La ausencia de los vicios de voluntad, se da cuando los contratantes no han brindado su libre consentimiento de manera espontánea, plena conciencia y absoluta libertad en la realidad, por lo que, estaremos ante un consentimiento inválido si el mismo fue manipulado o desviado de su propósito.
3. La forma legal, se sustenta en salvaguardar el interés público y la seguridad jurídica de fraudes, simulaciones o suposiciones.
4. La licitud en el objeto-hecho, motivo o fin, ya que, la ilicitud deviene en la nulidad del contrato.

Decimo primero. – El contrato como fuentes de las obligaciones, como sabemos las obligaciones pueden nacer de dos maneras, por ley o mediante contrato, ello quiere decir que el contrato también es fuente de obligaciones, como nos señala Bejarano (2012, p. 68) la obligación puede ser vista desde dos posturas, desde la postura del deudor donde la obligación viene a ser la necesidad de ejecutar o satisfacer la prestación, mientras que desde la postura del acreedor viene a ser la capacidad de requerir o pedir la prestación al deudor.

La obligación nacida del contrato, puede constituirse por la declaración unilateral del obligado, por la simple exteriorización de su voluntad, o puede constituirse por la gestión de un negocio que involucra a un gestor en nombre del dueño para realizar el acto, o mediante la responsabilidad objetiva, mediante la cual

se constituye la obligación entre el deudor y el acreedor por la manifestación de voluntad de ambos.

Los contratos generan obligaciones al momento de ejecutarla o perfeccionarla, pueden hacerlo en dos momentos al transmitir el derecho o la constituir los derechos reales. De ello se infiere los siguientes efectos: i. la obligatoriedad, la relatividad, la intangibilidad y la oponibilidad.

Se señala que tienen un efecto de obligatoriedad, en base a que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes; la relatividad, hace referencia a que solo entre las partes contratantes se genera beneficios y perjuicios, y no para terceros; la intangibilidad refiere a que las partes no pueden alterar el contenido del contrato que ya se ha firmado por decisión propia; la oponibilidad como característica natural de los derechos reales manifiesta que se debe hacer valer *erga omnes*, siempre que se encuentre inscrito en Registro Públicos.

Décimo segundo. – Sobre la libertad de contractual, dentro del artículo 1354 del Código Civil peruano se señala que “La partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la norma legal de carácter imperativo.”, dándonos a entender entonces que la ley le ha otorgado la facultad de autorregular sus relaciones jurídicas económicas a los particulares, dejando que los mismos pueden disponer de su patrimonio de manera libre sin la necesidad de la intervención del Estado.

Por lo que, el deber y el derecho del Estado es respetar las decisiones de los particulares, en otras palabras, ningún ente del Estado puede declarar la ineficacia del contrato por el simple fundamento de no encontrarse de acuerdo con lo pactado entre las partes, más si el contrato a respetado los presupuestos de ley para perfeccionar el contrato:

- La manifestación de voluntad de las partes.
- La capacidad jurídica de las partes.
- El objeto materia del contrato debe ser posible, lícito, determinable o determinado.
- La causa debe tener un fin lícito.
- Y la forma, solo en los casos en los que la ley la prescribe bajo sanción de nulidad.

Y solo en caso de que faltase uno de los presupuestos señalado es que el contrato puede ser declarado como inválido.

A nivel jurisdiccional, tenemos a la Casación Nro. 1217-2013-Lima de fecha 30 de enero del 2015 quien establece que la libertad contractual está sujeta a las limitaciones que la ley le imponga, además también precisa que son las partes quienes tienen libertad plena sobre las cláusulas que determinen el contrato.

La Casación Nro. 3418-2000-Ica, también señala que el realizar el contrato bajo los límites y reglas configuran un contrato normado por ley, ya que, en caso de pactar en contra de lo normado hace que el contrato pierda su concepción, más si el mismo va contra el interés público, social, ético o los principios de las buenas costumbres y el orden público regulado en el artículo V del Título Preliminar.

A nivel constitucional, vemos que la libertad contractual se encuentra protegida dentro del artículo 62 de la Constitución donde se señala que “la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos no pueden ser modificados por las leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley (...)”

Gutiérrez (20005, p. 829) nos dice que las limitaciones que señala nuestra carta magna se basan en que el contrato se realiza en base al mercado y la economía del mismo, ya que, sin mercado no habría un orden jurídico que les permita funcionar.

Entonces, desde el enfoque que nos da la constitución es preciso resaltar que las cláusulas de un contrato no pueden ser modificadas por ningún ley o disposición legal, salvo que el mismo atente contra el interés social o ético, o las buenas costumbres y el orden social.

A lo acotado, cabe precisar cuáles serían las limitaciones de la libertad contractual, como ya se ha señalado la libertad contractual es concebida como un principio de autonomía privada de las partes, precisado ello señalamos los siguientes límites:

- El orden público, consiste en el conjunto de valores, principio y pautas de comportamiento social de las personas, alude a la finalidad de equilibrar la vida en comunidad.
- Otro límite que tiene la libertad contractual es que no pueden vulnerar derechos y principios constitucionales entre ellos o que afecten a terceros.

Décimo tercero. – La adquisición de una propiedad, puede darse mediante negocios jurídicos o legales de traslación o radicación del bien, como nos señalan dentro del artículo 929 del Código Civil la apropiación regulada por la ley se da por la caza, pesca, por la apropiación de las cosas libres, hallazgo, la adquisición de la propiedad también se puede dar por especificación y mezcla la cual se encuentra regulada dentro del artículo 937 del Código Civil, que consiste en mezcla de derechos de propiedad con otros dueños; o por accesión como señala el artículo 938 del Código Civil que hace referencia a que el propietario se hace dueño o adquiere lo que se incorpora o adhiere a su propiedad, sin importar la artificialidad o naturalidad de las accesiones; La adquisición de bienes tramiten puede ocurrir mediante transmisiones de bienes muebles o inmuebles; también mediante prescripción adquisitiva cuando se cumple lo regulado dentro del artículo 950 del Código Civil.

Justamente en este punto es que hablaremos sobre la sub variable de **enajenación** la cual hace referencia a la transferencia de propiedad por voluntad propia del acreedor, la norma nos dice que el propietario puede hacer la transmisión de su propiedad, sean bienes muebles o inmuebles.

En los casos de bienes muebles, la ley nos dice que la misma se realiza por la tradición, a través de un acuerdo de transmisión entre las partes que contienen su **voluntad de enajenar**, teniendo como título de transmisión el contrato y el modo de realización la entrega.

El modo y el título son actos interdependientes, donde existe una relación de causa efecto, ello quiere decir que si el título de transferencia es nulo o le falta eficacia el modo de transferencia del bien no se va a realizar, también es preciso señalar que la tradición implica que el obligado ostente el derecho de posesión del bien y la facultad de enajenar el inmueble, para que la transferencia se haga con éxito.

Con respecto a las transferencias de los bienes inmuebles, el artículo 949 del Código Civil nos señala que “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de un bien (...)”, ello nos hace comprender que los contratos no solo generan transferencias de derecho, sino también genera obligaciones entre las partes, uno a entregar la propiedad y el otro a pagar el justiprecio pactado entre ambas partes.

Aunque, queda muchas dudas con respecto a si la ley con lo señala hace referencia a la no necesidad de suscribir un contrato, ya que, al no señalarlo se limita a la idea de que la expresa voluntad de las partes puede ser de manera tacita o expresa.

Al igual que en los bienes muebles, el propietario que esta **enajenando su propiedad** requiere tener el derecho de disposición sobre el mismo para poder disponer de ella a voluntad, ello implica que tenga todos los derechos reales que está transfiriendo, entonces si transfiere la propiedad el propietario vendedor debe ostentar el derecho de posesión, disposición, de uso, de disfrute del mismo.

Así mismo, el artículo citado señala en su última parte “(...) salvo disposición diferente.”, haciendo referencia a que la ley puede requerir en algunas ocasiones el poder establecer una tratativa diferente.

Décimo cuarto. – Ahora pasaremos a desarrollar de manera analítica los datos recabados con respecto a la categoría jurídica del ejercicio abusivo del derecho, para ello primeramente desarrollaremos un poco el contexto histórico del mismo, a fin de comprenderlo.

Durante el siglo XIX el abuso de derecho apareció como una respuesta para la solución de conflictos que a la fecha se iban suscitando por la creciente influencia del capitalismo dentro la sociedad y el derecho (Gaviria, 1980, p. 30)

Estableciéndose así dos enfoques, uno de manera individualista donde el ejercicio de derecho era realizado por quien tenía la titularidad del derecho que se estaba ejerciendo, ejercicio que podía realizarse de manera doloso o culposa, y la siguiente concepción se daba en base a un corte socialista donde el ejercicio abusivo del derecho era entendido como aquel ejercicio que contravenía a los fines sociales y económicas del derecho.

Aunque, mediante un estudio se demuestra que los ideales del derecho durante el siglo XIX no se cumplían en base a que las personas tenían impuesta cierto criterio liberal sobre el ejercicio de derecho, en base a que el límite solo lo impone la ley, por lo que, muchas veces muchas personas ejercían sus derechos sin tomar en cuenta los daños que se le podría causar a otras personas.

Recién en el siglo XX dichos pensamientos fueron absorbidos por una nueva postura socialista, donde se incluyó un aspecto subjetivo al mismo a fin de que las personas lo vieran desde un enfoque más social, donde las limitaciones del ejercicio de un derecho se limitaban en base al derecho de otra persona, donde debía primar el interés mutuo de la sociedad. (Hess, Louge & zarate, 2010, s/p)

Durante los años de 1706 en la Inglaterra medieval se podía ver que el abuso de derecho se presenta en casos de *leading, decoy case*, donde diversas personas aún solían ejercer abusivamente su derecho como: el caso en que una persona disparaba a los patos o aves que se posaban en su vivienda a fin de ahuyentarlo, cuando sabía que su vecino vivía de ellas, o cuando otro señor disparaba a fin de asustar e instar el aborto de las hembras de los zorros plateados que su vecino criaba. (Espinoza, 2005, pp. 24-26)

Así se fueron presentando diversos casos como en Francia donde uno de los primeros casos de abuso de derecho que llegaron a los tribunales fue en el año de 1855, donde un hombre había construido una chimenea gigante a fin de tapar la luz del sol que llegaba a la vivienda de su vecino, donde el Tribunal Supremo señaló que pese a que la ley le otorgue la facultad al propietario de poder construir cualquier arquitectura en su inmueble, la ley no permite que las construcciones causen perjuicios irreparables a terceros. (Espinoza, 2005, pp. 27-28)

Casos similares se presentaron en Alemania donde un padre no le permitía el ingreso a su propiedad a su hijo, para que este último pueda visitar la tumba de su madre, solo bajo fundamentos egoístas, por lo que la Corte determinó que la ley no puede amparar dichas conductas.

Dentro de Latinoamérica también podemos ver que se han suscitados diversos casos de abuso de derecho que han hecho que los países pertenecientes a ella no se quedan atrás, como en Argentina en su Código Civil de 1868 se ha

establecido al abuso de derecho como aquel comportamiento que ejerce el titular de un derecho a fin de causar perjuicio a terceros.

Décimo quinto. – Lizana (2018, p. 62) nos dice que el ejercicio abusivo de un derecho solo puede ser causado por el titular del mismo, y en un principio el comportamiento del titular se encontrara conforme a lo que la norma establece, pero que de su ejercicio el mismo será contradictorio a la buena fe, la moral, las buenas costumbres, estableciendo que la finalidad de establecer el no abuso de derecho dentro de la norma se justifica en buscar la plena convivencia pacífica entre los ciudadanos.

Es así que, a la fecha el ejercicio abusivo del derecho se encuentra regulado dentro del artículo II del Título Preliminar del Código Civil, además dentro de la Casación Nro. 2182-2006-Santa donde señala que será considera abusivo cuando su ejercicio fue fuera del fin social y económica que la norma le brindado a dicho derecho, la misma casación señala que se configurara el ejercicio abusivo de un derecho cuando el titular la ejerció con el fin de causar un daño a un tercero, pese a que el mismo no le pudiese causar ningún beneficio.

Décimo sexto. – Con respecto a la naturaleza jurídica del abuso de derecho (Cuentas 81997, p. 464) nos dice que puede ser visto desde dos aspectos:

Desde su aspecto subjetivo, donde la norma les otorga facultades a las personas.

Desde su aspecto objetivo, visto como el conjunto de normas que contiene los derechos que pueden ser ejercidos.

Además de ello el autor señala que el derecho subjetivo debe ser visto desde dos momentos, uno en su etapa estática donde la norma esta manifiesta en la norma, y desde su etapa dinámica donde el titular del derecho la ejerce.

Dentro de la doctrina podemos ver que existe diversas posturas con respecto a la naturaleza jurídica del abuso de derecho, en el presente pasamos a desarrollar la postura señala por Fernández (2014, pp. 153-159), quien señala que la naturaleza jurídica del abuso de derecho radica:

- **Como acto ilícito**, ya que el ejercicio de un derecho no puede ser entendido desde un sentido absolutista, si no debe ser visto de manera relativa, donde

el mismo se encuentra limitado con el cumplimiento de los fines que la ley le ha otorgado.

- **Como un acto que se encuentra entre lo lícito y lo ilícito**, ello en base a que algunos señalan que el ejercicio abusivo del derecho se encuentre en medio de ser un acto lícito e ilícito, en base que el ejercicio del derecho es lícito y se encuentra permitido por ley, pero cuando este se presenta como un acto abusivo se convierte en un acto ilícito.
- **Como acto ilícito “*sui generis*” o atípico**, donde el ejercicio abusivo del derecho reside en ser un acto atípico juntamente con la figura del fraude procesal.
- **Otras opiniones**, señalan que la naturaleza del abuso de derecho radica en la finalidad por la que fue creada, la cual es el confortar aquellos comportamientos que son ilícitos o anti funcionales con el derecho.

Décimo séptimo. – Como determinamos la existencia del abuso de un derecho, se requiere los siguientes criterios:

Barraza (2021, p. 36) alega que el titular va a ejercer o accionar su derecho con el fin de buscar sus propios intereses, sin importarle si ha causado algún daño o perjuicio a tercero.

Linares (2016, p. 4) señala que se requiere el comportamiento activo del titular del derecho.

Pineda (2017, p. 74) se necesita demostrar que el titular del derecho lo ejerce de manera desviada a la finalidad u objeto de la ley, además de que habrá abuso de derecho sin importar los motivos de quien lo está ejerciendo, así mismo, el ejercicio abusivo del derecho no puede presentarse dentro del campo del derecho penal, misma que tiene competencia con respecto a los actos ilícitos.

A lo acotado, también es preciso tener en cuenta los siguientes criterios objetivos y subjetivos para la determinación de la existencia de un ejercicio abusivo del derecho, Rubio (c.p. Morales, s.f.) señala que debe tenerse en cuenta los siguientes:

1. Una norma que determine la existencia del derecho.
2. El derecho es relativo, debe tener limitaciones.
3. El ejercicio debe ser por acción u omisión del titular.

4. No hay limitaciones expresas que eviten su ejercicio abusivo.
5. La afectación no debe encontrarse protegido por una norma positiva.
6. Debe ser contraria a la buena fe, las buenas costumbres, la moral, la cultura, y las normas.

Duran (2012, p. 11) por su parte señala que para la existencia del abuso de derecho debe tenerse en cuenta los tres requisitos para la configuración del criterio objetivo que consta en determinar si el ejercicio abusivo de un derecho:

1. Debe haber una conducta activa u omisiva por parte del agresor o titular del derecho.
2. El titular debe oponerse a las finalidades del Estado mediante su conducta abusiva.
3. Se requiere que el ejercicio sea contrario a las buenas costumbres, la buena fe, la moral, u todas las normas no positivizadas.

Angulo (2006, p. 05) señala que los criterios subjetivos a tener presente son:

1. El comportamiento debe ser negligente.
2. Debe existir un legítimo y serio interés de respetar el derecho de un tercero.
3. Se requiere el *animus nocendi* el cual hace alusión a la voluntad de causar perjuicios.

Décimo octavo. – Fernández (2014, pp. 163-164) nos dice que para la existencia del abuso de derecho se requiere los siguientes presupuestos:

1. La determinación del ejercicio de un derecho subjetivo que pertenece al titular que la ejerce de manera legal o lícita en un inicio, pero al pasar el límite y comienza a afectar los intereses de terceros.
2. Se requiere de la vulneración de un deber genérico que se encuentre dentro del derecho subjetivo.
3. El titular del derecho debe ejercerlo de manera antisocial, inmoralmente o debe ir en contra de lo regular del derecho.
4. Se requiere de la vulneración de los interés o derechos de terceros no tutelados de manera positivizada, dañado de esa forma dicho interés, derechos de terceros no tutelados de manera más positivizada.
5. Se requiere la existencia de un nexo causal entre el ejercicio abusivo del derecho y la afectación a los intereses o derechos de un tercero.

6. Los daños que se han causado solo pueden ser imputados al titular que ejerció abusivamente su derecho, no importa si la conducta fue doloso o culposa.
7. El comportamiento debe ser arbitrario, irregular o anormal y que cause daños a terceros.

Décimo noveno. – Para culminar con el presente es necesario tener presente lo que señala Ennecerus (c.p. Martín, 1979, p. 446) con respecto a que no todo ejercicio de derecho que cause perjuicio puede ser considera como un ejercicio abusivo del derecho, sino solo aquel que no va acorde a los roles sociales que se espera.

También es preciso no confundir al abuso de derecho con otras figuras como el fraude a la ley, la doctrina de los actos propios, con el abuso de poder y con la ponderación de derechos; el primero no solo busca causar perjuicios a los interesa privados, sino también a los intereses públicos; el segundo, se asemeja al abuso de derecho en tanto que los dos vulneran el principio a la buena fe, pero se diferencian en los efectos que producen a los derechos subjetivos de la persona; el tercero, buscan ejercer una prerrogativa personal por el cargo que ostenta y el ultimo se diferencia en que no se busca determinar si uno ha ejercido fuera de los límites de sus derechos.

4.1.2. Análisis descriptivo de los resultados del segundo objetivo.

El segundo objetivo que es objeto de análisis es: “Determinar la manera en que la prohibición de prohibir disponer bienes gravando entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano” para ello primero pasamos a determinar los resultados más relevantes obtenidos de la investigación:

Primero. – Como se tiene de los fundamentos primero al décimo segundo ya se ha desarrollado analíticamente sobre los aspectos generales que versan sobre la propiedad, la libre circulación de bienes; del mismo modo dentro de los fundamentos décimo cuarto al décimo noveno se ha desarrollado el análisis del ejercicio abusivo del derecho, por lo que, ahora es menester desarrollar a profundidad con respecto a la subvariable de gravar con respecto a la prohibición de prohibir disponer los bienes entre las partes.

Segundo. – Para hablar sobre la subvariable de **gravar**, primero debemos definir que entendemos por gravar dentro de un acto jurídico, negocio jurídico y/o contrato, para ello el autor Azañero (2018, p. 318) nos dice que por gravamen debemos entender cuando se establece alguna afectación o carga al bien, patrimonio, riqueza o propiedad que pertenece a una persona natural o jurídica; además debemos precisar que a través del gravamen se establece una garantía al acreedor con respecto al crédito bancario o personal que este brinda al favor del acreedor.

Tercero. – Del análisis del artículo 101 de la Ley General de Sociedad, vemos que dentro de su primer párrafo establece “Las limitaciones a la transferencia, al gravamen o a la afectación de **acciones no pueden significar la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar. (...)**” [El resaltado es nuestro], podemos ver que dentro del párrafo señala el artículo recalca la necesidad de que las limitaciones de enajenar y gravar una acción no puede ser absoluta, dándonos a entender que la misma puede ser una opción para los accionistas, es más de los demás párrafos del artículo citado podemos ver que habla sobre la temporalidad de las prohibiciones señaladas como dice “(...) Igualmente **es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones**, adoptada mediante acuerdo de la junta general, en cuyo solo alcanza a las acciones de quienes han votado a favor de acuerdo (...)” [El resaltado es nuestro], vemos que existe cierta situación paradójica entre la normativa que establece el Código Civil peruano de 1984 con el artículo citado y con el artículo 62 de la Constitución Política de 1993, pues una norma establece respecto a la prohibición de limitar la disposición de bienes entre los contratantes, mientras que otra norma acepta establecer dichas prohibición en base a fundamentos sólidos y de manera temporal respetando el art. 62 de la Constitución que nos habla sobre la libertad contractual de las partes.

Cuarto. – Por último, es preciso señalar que diversos autores señalaban que debemos tener en cuenta la temporalidad social y normativa en la cual fue creada el artículo 882 del Código Civil de 1984, ya que, como sabemos todos los peruanos durante los años 80´ la economía peruana se encontraba en crisis, por lo que, el mercado se encontraba en un estado estático, además las múltiples diferencias que

hoy se presentan con la Constitución y otras normas se deben a que durante los años 80 el Estado trataba de establecerse su poder de manera inquisitiva en todos los procesos sociales y económicos del país a través de las normas, siendo una de ellas el artículo analizado, además a que tener en cuenta que nuestra Constitución fue creada 9 años después de la promulgación del Código Civil actual, misma con la que la intervención del Estado paso a ser solo un ente regulador externo.

4.2. Contrastación de las hipótesis.

4.2.1. Contrastación de la primera hipótesis.

Teniendo presente que ya ha realizado un análisis descriptivo de toda la información relevante recabada para el desarrollo del presente trabajo de investigación es necesario realizar una debida contrastación de las hipótesis planteadas dentro del proyecto de investigación con los datos obtenidos, a fin de poder confirmar o rechazar las hipótesis trazadas, a lo acotado es preciso señalar que la primera hipótesis a ser contrastadas viene a ser: “La prohibición de prohibir disponer bienes enajenando entre las partes se relaciona de manera positiva con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano”, entonces así pasamos a hacer uso de la argumentación jurídica para contrastar lo señalado:

Primero. – Dentro del presente acápite vamos a desarrollar los fundamentos más relevantes que fueron recabadas con respecto a la subcategoría de la prohibición de prohibir disponer (**enajenar**) entre las partes, mismos que fueron desarrollados dentro de los fundamentos primero al décimo tercero del análisis descriptivo del primer objetivo:

- Dentro del derecho romano no existía la propiedad privada, si no tan solo la propiedad pública, donde se entendía que todas las tierras le pertenecían al emperador, fue recién Rómulo quien entrego parcelas de tierras a los ciudadanos romanos quienes transferían dicha propiedad a sus hijos, pero tenían prohibido enajenar la propiedad a un tercero ajeno.
- La naturaleza jurídica del derecho a la propiedad se comprende como un derecho inherente al humano que ha nacido del derecho natural formado del instinto del ser humano por apropiarse de las cosas y definir lo que le pertenece y por ende el hombre tiene la libertad de decidir sobre sus cosas.

- La propiedad es el derecho real más antiguo y primordial de donde emergen todos los demás derechos reales como el de posesión, usufructo, servidumbre, y otros.
- El derecho a la propiedad dentro de nuestro ordenamiento jurídico es comprendido como el poder jurídico que se le otorga al titular del misma para que pueda usar, disponer, disfrutar y reivindicar su bien, todo ello en armonía con los límites que la ley establece y sin vulnerar los intereses sociales.
- Dentro de la sentencia del Exp Nro. 03881-2012-PA/TC se ha determinado la importancia del derecho a la propiedad y su relación con el derecho a la libertad personal.
- El derecho a la propiedad se caracteriza por ser un derecho real, exclusivo, absoluto, inviolable, perpetua, abstracta, elástica y con fines sociales.
- El contrato es un medio por el cual el propietario puede transferir, enajenar o gravar su propiedad, su naturaleza jurídica radica en que la misma se basa en la oferta, en ser un negocio con interés propios y particulares, es una manera directa de generar derechos a terceros, en la libertad contractual que tienen las partes para contratar, y en la libre voluntad que tiene una persona de poder decidir los fines que su bien tomara.
- Nuestro Código Civil define al contrato dentro de su artículo 1351, donde señala que es un pacto realizado entre dos personas a más, que tienen la finalidad de regular, modificar, crear o extinguir relaciones jurídicas económicas o patrimoniales entre ellas.
- La Casación Nro. 3358-2015-Cuzco señala al contrato como una fuente principal de obligaciones.
- Los contratos pueden ser: bilaterales o unilaterales, gratuitos u onerosos, conmutativos o aleatorios, principales o accesorias, nominados o innominados, de ejecución instantánea o de tracto sucesivo, de adhesión y de libre discusión.
- Para el perfeccionamiento de un contrato se requiere que se cumplan con sus (a) elementos de existencia y sus (b) elementos de validez, siendo (a) el

consentimiento, el objeto, la solemnidad, y (b) la capacidad, la ausencia de los vicios de voluntad, la forma legal, y con fin lícito.

- Toda persona tiene libertad contractual, como nos señala el artículo 1354 del Código Civil “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la norma legal de carácter imperativo”, misma que está regulada por la Constitución en su artículo 62 “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (...)”
- La Casación Nro. 3418-2000-Ica, también señala que el realizar el contrato bajo los límites y reglas configuran un contrato normado por ley, ya que, en caso de pactar en contra de lo normado hace que el contrato pierda su concepción, más si el mismo va contra el interés público, social, ético o los principios de las buenas costumbres y el orden público regulado en el artículo V del Título Preliminar.
- Los límites de la libertad contractual de las partes radican en que los mismo no pueden atentar contra las buenas costumbres, el orden público, la buena fe y los fines económicos de la sociedad y el libre mercado.
- La adquisición y enajenación de una propiedad se da a través de negocios jurídicos de traslación o radicación de un bien, como lo estipula el artículo 929 del Código Civil.
- La enajenación de un bien hace referencia a la transferencia de bienes por voluntad propia del propietario, la norma respeta la voluntad del propietario que quiere transferir su propiedad, sean bienes muebles o inmuebles bajo las cláusulas que el considere.
- En los casos de bienes muebles, la ley nos dice que la misma se realiza por la tradición, a través de un acuerdo de transmisión entre las partes que contienen su voluntad de enajenar, teniendo como título de transmisión el contrato y el modo de realización la entrega.
- El propietario que esta enajenando su propiedad requiere tener el derecho de disposición sobre el mismo para poder disponer de ella a voluntad, ello

implica que tenga todos los derechos reales que está transfiriendo, entonces si transfiere la propiedad el propietario vendedor debe ostentar el derecho de posesión, disposición, de uso, de disfrute del mismo.

- El artículo 882 del Código Civil peruano establece la prohibición de prohibir enajenar los bienes entre las partes, salvo que la ley lo permita bajo el fundamento de que dicha prohibición impediría la libre circulación de bienes dentro del mercado.

A lo señalado, debemos ver que pese a que el derecho de propiedad es considerado un derecho inherente al ser humano y se encuentra estrechamente ligada con el derecho a la libertad contractual que habla sobre la voluntad del propietario, el artículo 882 del Código Civil establece una prohibición de prohibir enajenar los bienes entre los contratantes, sin determinar si los mismos se encuentran conformes con ellos.

Segundo. – En el presente acápite vamos a desarrollar los fundamentos más relevantes que fueron recabadas con respecto a la variable del ejercicio abusivo del derecho, mismos que fueron desarrollados dentro de los fundamentos décimo cuarto al décimo noveno desarrollados en el análisis descriptivo del primer objetivo.

Como se ha establecido dentro del fundamento décimo séptimo Duran (2012, p. 11) para la existencia del abuso de derecho se requiere determinar la configuración de los criterios objetivos:

1. Debe haber una conducta activa u omisiva por parte del agresor o titular del derecho, en el presente caso vemos que existe una conducta omisiva por parte del Estado al permitir que la ley siga ejerciendo abusivamente su poder de prohibir y limitar el ejercicio de derecho de los propietarios.
2. El titular debe oponerse a las finalidades del Estado mediante su conducta abusiva, actualmente el artículo 882 del Código se opone a la finalidad de la libre circulación de bienes, ya que, al limitar la conducta de los contractuales evita que los mismos puedan contratar en libertad de su derecho.
3. Se requiere que el ejercicio sea contrario a las buenas costumbres, la buena fe, la moral, u todas las normas no positivizadas, como sabemos las costumbre se determinar en base a la temporalidad, porque lo que hoy puede

ser considera como moral mañana puede que no, en base a ello vemos que el Código Civil de 1984 que contiene el artículo de 882 fue establecida durante una época en que el Estado quería ser intermediario en todas las acciones que estuvieran relacionadas con el mercado, pero al contrario de ir a favor de las buenas costumbres que establece la ley el artículo cuestionado va en contra de ellas e incluso contra la libertad contractual que se encuentra regula dentro del mismo código y dentro de nuestra Carta Magna.

Angulo (2006, p. 05) por su lado también refiere que debe configurarse los siguientes criterios subjetivos:

1. El comportamiento debe ser negligente, actualmente el Estado está siendo negligente al no cumplir con su deber como Estado democrática de derechos donde primar la protección de los derechos de los ciudadanos, y el mismo debe de erradicar todas las formas de comportamiento contenidas en leyes u otras que vulneren los derechos de sus ciudadanos.
2. Debe existir un legítimo y serio interés de respetar el derecho de un tercero, a la fecha existe un legítimo interés de proteger y respetar los derechos de los contratantes que se ven afectados con la aplicación del artículo 882 del Código Civil.
3. Se requiere el *animus nocendi* el cual hace alusión a la voluntad de causar perjuicios, misma que se demuestra con la intención del Estado de querer intervenir a la fuerza dentro de los actos privados realizados por los contratantes, pese a el derecho nacional e internacional ha señalado en números veces que la norma tiene el deber de reconocer los negocios privados realizados entre los contratantes, cuando los mismos hayan manifestado su voluntad de querer realizar dicho contrato.

Tercero. – Ahora, pasaremos a plantear un **caso clínico o hipotético**, a fin de generar una mejor comprensión sobre la problemática planteada:

X tiene una casa de una extensión superficial de cuatrocientos metros cuadrados, dentro de cincuenta metros cuadrados del mismo se encuentra un jardín con un pozo de más de 100 años de antigüedad que fueron cuidados de generación en generación por los ancestros de X, pero ahora los hijos de X recibieron una oferta de compra de los doscientos metros (que contiene los cincuenta metros donde se

encuentra el jardín) del bien inmueble que aún propiedad de X (pues aún no ha muerto y tampoco dejó testamento) por una empresa constructora para que ahí construyan un edificio de departamentos, pero X no accede a dicha oferta debido a la tradición que ha seguido por sus ancestros, además que él quiere que sus hijos continúen con dicha tradición, pero a la insistencia de sus hijos X se da cuenta que los mismos no cambiaran de opinión, por lo que, decide vender la propiedad a uno de sus pupilos (persona quien tiene su misma doctrina) quien accede a no transferir, ni gravar los cincuenta metros cuadrados del bien inmueble que contiene el pozo y el jardín que X quiere preservar y a cambio con X le hará un descuento en el precio del terreno.

Sus hijos al enterarse de dicho contrato deciden demandar para declarar la nulidad del mismo, en base al artículo 882 del Código Civil, ya que, X no puede establecer una cláusula de prohibir enajenar el bien a su pupilo, pero pese a que X y su pupilo señalan que estaban de acuerdo con dicha cláusula, el juez declara la nulidad del mismo en base a que el mismo es contrario a la libre circulación de bienes.

En el presente caso podemos ver que, pese a que X y su pupilo se encuentran conformes con el contrato que firmaron entre ambos, la ley impide que los mismos puedan contratar conforme a la voluntad que estos desean, pese a que la norma nacional e internacional señala que el derecho de propiedad es un derecho primordial e inherente al ser humano y además se encuentra estrechamente relaciona con el derecho a la libertad que tiene el propietario de disponer sobre su bien como el considere.

Cuarto. – Teniendo plasmado la contrastación de la hipótesis y el caso planteado es preciso analizar si la hipótesis planteada va a ser confirmada o rechazada, con respecto a si existe una relación positiva entre la prohibición de prohibir enajenar los bienes entre las partes con el ejercicio abusivo del derecho, en el presente caso podemos ver que si existe una vulneración al derecho de los propietarios del bien inmueble, ya que, pese a que el anterior propietario X y el nuevo propietario “el pupilo” están de acuerdo con establecer su cláusula de no enajenar la parcela que contiene los jardines y el pozo, la ley se presenta como una suerte de prohibición y limitación evitando que los mismo puedan acceder a su

derecho de forma libre y en protección del derecho, por lo que, entonces dentro del caso clínico o hipotético planteado podemos demostrar la existencia de un ejercicio abusivo de derecho de prohibir por parte de la ley.

Quinto. – Como se ha demostrado existe una relación positiva entre la prohibición de prohibir enajenar bienes entre las partes regulada dentro del artículo 882 del Código Civil peruano con el ejercicio abusivo del derecho, y para ello se debe establecer una modificación que evite que el mismo continúe ejerciéndose de manera abusivamente, por ejemplo, en el presente caso podemos señalar una limitación de tiempo de prohibición, ya que, si la prohibición fuese eterna el nuevo propietario ya no tendría el derecho de disponer en 100% de todo su patrimonio, por ello, en el caso presentado la solución que se puede plantear es establecer reglas claras para no ejercer un desequilibrio al ordenamiento jurídico.

Sexto. – Fuera de los planteamiento señalados es preciso señalar algunos puntos de vistas o fundamentos contradictorios con respecto a lo presentado que podrían ser señalados por los doctrinarios, juristas, litigantes o entendidos en la materia que el hecho de retirar, quitar o limitar una facultad de la propiedad, como la que es de disponer, al nuevo propietario se estaría vulnerando sus derechos, a ello debemos recalcar que en el presente no se pretende vulnerar el derecho de propiedad del nuevo propietario, más bien se busca que se respete el derecho a la libertad contractual que tienen ambas partes, tanto el propietario anterior del bien como del actual propietario, además tampoco se ha planteado una prohibición eterna, si no una limitada que evite que el artículo 882 siga ejerciéndose de manera abusiva, en tanto el artículo vigente, deja una clara excepción al prescribir: “salvo que la ley lo permita”, lo cual quiere transmitir o declarar, que sí es posible si es a favor del Estado, pero no entre las partes, el cual no habría fundamento para consignar tal idea, sino más bien declarar una incongruencia.

Por otro lado, también cabría la posibilidad de que alguno podría tratar de crear una antítesis al afirmar lo siguiente: “No es necesario que exista una regla como tal, esto es de prohibir la disposición de un bien, porque si hay acuerdo entre las partes y se comprende que hay un *pacta sunt servanda* que una de las partes le está confiando que cuidará o cumplirá el fin como se plasmó en el caso clínico, se hará, porque confió en dicha persona, así que no es necesario un contrato, sino el

pacto de caballeros, ya que no se puede limitar el derecho de una persona por un mero gusto o tradición, de serlo así, debería tener solo un resguardo moral de cumplimiento, y a esto se le llama, el pacto de caballeros o el famoso aforismo *pacta sunt servanda*".

Ciertamente, a ello se debe responder que en ciertas personas sí sea posible la aplicabilidad del aforismo mencionado, pero debemos recordar que el hombre es falible e imperfecto, además de voluble, por lo que, las teorías actuales fundamentan el Estado en base a un "Contrato social", un documento que no solamente sea un formalismo, sino un pacto que si alguno lo quebranta debe sufrir las consecuencias de hacerlo, de lo contrario habría una anarquía, porque tarde o temprano el hombre sucumbe al animal que lleva dentro, el cual es necesario controlar.

Dicho ello, no se puede ser ajeno a un problema latente que hasta el día de hoy sigue vigente, esto es la fiabilidad de un medio probatorio de que un hecho jurídico ha acontecido, de allí que solo ciertos hechos jurídicos se realizan mediante la manifestación de voluntad en forma oral, pero en los demás casos, mediante documentos, más aún si son más importantes para la seguridad jurídica del hombre, por lo que, cabría la posibilidad de que la persona podría vender a un precio simbólico (ínfimo), a fin que la otra parte bajo aseveramientos verbales diga que nunca venderá, sin embargo, solo lo esté engañando, para que una vez que esté a su nombre, haga todo lo contrario o quizá si se mantuvo fiel al *pacta sunt servanda*, pero al tener una familia a quien mantener y tutelar deba hacer lo que en un primer momento juró o prometió no hacer, de esa manera, la moralidad a veces no basta, sino que debe estar plasmado en un documento y tener repercusiones de que si lo hace, dicha compra venta será nulo, y para ello deberá estar en registro públicos dicha cláusula.

Finalmente, por razones de equidad deberá bajar el vender el precio hasta las 2/5 partes del valor del bien debidamente tasado, pudiendo incluso ser por mucho menos el precio del bien, esto es que cumpliría la finalidad de que el bien no tenga el objetivo de lucrar o generar un desequilibrio (injusticias entre las partes) al sistema jurídico, sino establecer el punto de confiar el cuidado del bien al que fue llamado, por lo que, el vendedor se somete a dar su bien a un precio simbólico, esto es de no lucrar o encontrar ganancias a cambio de que la otra parte cuide sus

intereses y el comprador adquiriera el bien a un precio ínfimo, incluso casi regalado, a fin de que cumpla los intereses del vendedor.

En consecuencia, podemos decir que **la primera hipótesis planteada, ha quedado confirmada** y se ha demostrado que existe una relación positiva entre la prohibición de prohibir enajenar los bienes entre las partes con el ejercicio abusivo del derecho, porque al establecer la prohibición de prohibir se vulneran los derechos de propiedad y libertad contractual que tienen los contratantes de realizar su contrato en base a los términos que ellos consideren prudente.

4.2.2. Contrastación de la segunda hipótesis.

Con respecto a la segunda hipótesis a ser contrastada con la información obtenida, es preciso señalar que la misma fue: “La prohibición de prohibir disponer bienes gravando entre las partes se relaciona de manera positiva con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano” entonces así pasamos a hacer uso de la argumentación jurídica para contrastar lo señalado:

Primero. – Dentro del presente acápite vamos a desarrollar los fundamentos más relevantes que fueron recabadas con respecto a la sub variable de la prohibición de prohibir gravar bienes entre las partes, mismos que fueron desarrollados dentro de los fundamentos segundo al cuarto del análisis descriptivo del segundo objetivo:

Por gravamen debemos entender cuando se establece alguna afectación o carga al bien, patrimonio, riqueza o propiedad que pertenece a una persona natural o jurídica; además debemos precisar que a través del gravamen se establece una garantía al acreedor con respecto al crédito bancario o personal que este brinda al favor del acreedor. (Azañero, 2018, p. 318)

Del análisis del artículo 101 de la Ley General de Sociedad, vemos que dentro de su primer párrafo establece “Las limitaciones a la transferencia, al gravamen o a la afectación de acciones **no pueden significar la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar.** (...)” [El resaltado es nuestro], podemos ver que dentro del párrafo señala el artículo recalca la necesidad de que las limitaciones de enajenar y gravar una acción no pueden ser absolutas.

Se debe tener presente también la temporalidad y la sociedad en la que se establece el artículo que hoy es materia de investigación, el artículo 882 del Código Civil de 1984, ya que, como sabemos todos los peruanos durante los años 80’ la

economía peruana se encontraba en crisis, por lo que, el mercado se encontraba en un estado estático, además las múltiples diferencias que hoy se presentan con la Constitución y otras normas se deben a que durante los años 80 el Estado trataba de establecerse su poder de manera inquisitiva en todos los procesos sociales y económicos del país a través de las normas.

Segundo. – En el presente acápite vamos a desarrollar los presupuestos y criterios que se deben determinar para la existencia de un ejercicio abusivo de derecho.

Fernández (2014, pp. 163-164) nos dice que para la existencia del abuso de derecho se requiere los siguientes presupuestos:

- La determinación del ejercicio de un derecho subjetivo que pertenece al titular que la ejerce de manera legal o lícita en un inicio, pero se pasa del límite y comienza a afectar los intereses de terceros, la norma le facultado a la ley la posibilidad de establecer una prohibición de prohibir disponer bienes enajenando o gravando un bien a los contratantes, mismo acto que sobrepasa los límites al simple hecho de ejercerla, ya que, al ejercerla vulnera los intereses patrimoniales y económicos de los contratantes.
- Se requiere de la vulneración de un deber genérico que se encuentre dentro del derecho subjetivo, la ley y el Estado tienen el deber de proteger los derechos fundamentales de todos los ciudadanos e individuos que se encuentren en territorio nacional, y como se ha recalcado de la presente investigación se ha demostrado que nacional e internacionalmente la norma establece al derecho de propiedad como un derecho inherente al ser humano al igual que a la libertad contractual, mismo deber que se estaría incumplimiento.
- El titular del derecho debe ejercerlo de manera antisocial, inmoralmente o debe ir en contra de lo regular del derecho, como hemos señalado la moralidad y lo antisocial es materia subjetiva que se determina por la temporalidad en la que se encuentra la sociedad, en la época en la que se estableció el artículo cuestionado el Estado ostentaban un intervencionismo extremo en la sociedad a través de las normas, misma que se suscitó en una crisis durante la época de los 80, pero con la aplicación de la nueva

Constitución de 1993 donde se establece al Estado un papel de regular externo se puede decir que la presente norma se tornó en antisocial, al no permitir que las contratantes puedan determinar a libertad las condiciones de su contrato.

- Se requiere de la vulneración de los intereses o derechos de terceros no tutelados de manera positivizada, dañado de esa forma dicho interés, derechos de terceros no tutelados de manera más positivizada, en el presente caso vemos que se estaría vulnerando los derechos de los que quieren contratar con el uso de dichas cláusulas bajo plena facultad de sus voluntades y aceptación, pero debido al mismo y más porque el derecho no presenta una solución factible para evitar dicho perjuicio.
- Se requiere la existencia de un nexo causal entre el ejercicio abusivo del derecho y la afectación a los intereses o derechos de un tercero.
- Los daños que se han causado solo pueden ser imputados al titular que ejerció abusivamente su derecho, no importa si la conducta fue dolosa o culposa.

Tercero. – Ahora, pasaremos a plantear un caso clínico o hipotético a fin de generar una mejor comprensión sobre la problemática planteada:

X es propietario de un bien inmueble, en donde existe un jardín de 100 metros cuadrados que han sido debidamente conservados de generación en generación, sin embargo, los hijos de X tienen la intención de vender al mejor postor y no seguir con la tradición de la conservación de dicho jardín, por lo tanto X decide buscar y vender a la persona adecuada para que cumpla las exigencias que él solicita, y con el tiempo encuentra a dicha persona, por lo que, acepta el comprador no vender, ni gravar, sino cuidar el bien, cumpliendo obviamente lo debatido en el considerando sexto de la contrastación de hipótesis uno, esto es de que este en registros públicos y se haya dado en un precio en base a las 2/5 partes, siendo el nuevo propietario: Z.

Ahora bien, con el tiempo Z se casa y tiene hijos, y así como la vida nos presenta una serie de desafíos y retos imprevistos como el Covid 19, uno de sus hijos necesita de cuidados intensivos, por lo que, Z tras haber gastado ya todo su dinero, el bien que tiene para el cuidado siente la obligación de hipotecarlo, esto es

de gravar, pues no tiene otra alternativa, en todo caso cabe la pregunta: ¿podrá gravar el bien inmueble?

Cuarto. – Sin duda alguna, sí debería y podría gravar el bien por circunstancias de salud e integridad debidamente acreditadas, sin embargo, para que se cumpla el objetivo planteado de cuidar el bien inmueble, el acreedor deberá ser consciente de que no podrá realizar acción legal alguna que el derecho le asiste hasta que el nuevo propietario fallezca, y ese es el riesgo que debe correr el acreedor, asimismo siempre deberá componerse el gravamen por la cuantía de 1/5 del valor del bien inmueble por el alto riesgo de cobro a futuro o acción legal truncada, ya que una vez que muera el bien inmueble tendrá el valor real correspondiente para los herederos y al mismo tiempo el acreedor podrá cobrar rápidamente dicho monto o sino hacer el remate del bien.

En consecuencia, podemos decir que **la segunda hipótesis planteada, ha quedado confirmada** y se ha demostrado que existe una relación positiva entre la prohibición de prohibir gravar los bienes entre las partes con el ejercicio abusivo del derecho, por qué no se estaría respetando el derecho a la libertad contractual de las partes, ya que si el acreedor acepta que a futuro recién podrá accionar legalmente su derecho en caso de incumplimiento de pago por el gravamen realizado es porque está asumiendo un riesgo, en tanto no se está causando ningún perjuicio a los intereses privados o terceros, además que solo dará un máximo de 1/5 del valor del bien tasado.

4.2.3. Contrastación de la hipótesis general.

En el presente trabajo de investigación la hipótesis general planteada fue: “La prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes se relaciona de manera positiva con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano”, misma que pasaremos a contrastar en adelante bajo los siguientes fundamentos:

Primero. – Como ya se han contrastado las dos hipótesis específicas, es necesario brindarles un peso valorativo a cada uno de ellas, a fin de poder confirmar o rechazar la hipótesis general planteada, entonces en el presente caso tenemos dos hipótesis copulativas, por ello es importante otorgarle un peso valorativo a cada uno de ellas a fin de poder confirmar la hipótesis general planteada en el presente trabajo de investigación.

Segundo. – Teniendo presente lo señalado es que se le otorga un peso de 50% a cada uno de las hipótesis específicas, ello teniendo en cuenta que existe un nexo de unión entre ellas, en otras palabras, si una de ellas es rechazada la hipótesis general no podrá ser confirmada, más al saber que las dos subvariables que contienen las hipótesis específicas se encuentran tipificadas dentro de un mismo articulado.

En suma, podemos decir que la simple confirmación de una de las hipótesis específicas hará que en efecto domino la otra también sea confirmada, por ende, la hipótesis general también podrá ser confirmada.

Tercero. – Entonces como en el presente caso las dos hipótesis específicas han sido confirmadas, podemos decir que la hipótesis general es confirmada en un 100%.

Por lo que, **se confirma** que existe una relación positiva entre la prohibición de prohibir disponer los bienes entre las partes con el ejercicio abusivo del derecho por parte de la normativa civil específicamente el artículo 882 del Código Civil peruano.

4.3. Discusión de resultados

En la presente investigación se ha **demostrado** que existe una relación positiva entre la prohibición de prohibir disponer los bienes entre las partes con el ejercicio abusivo del derecho, dado que:

- 1) Como hemos visto de la recolección de datos, análisis y contrastación la libre circulación de bienes se encuentra estrechamente regulado con el derecho a la propiedad, el contrato y la libertad contractual de las partes contratantes.
- 2) El establecer una prohibición de prohibir disponer los bienes mediante la enajenación o gravamen entre las partes no cumple con asegurar que la libre circulación de bienes en el mercado, es más su sola aplicación impide que las partes contractuales pueden realizar contratos en beneficio a sus intereses privados.
- 3) Como se ha señalado el artículo 882 del Código Civil peruano está permitiendo un ejercicio abusivo por parte del derecho al ejercer

abusivamente su derecho de protección y prohibición de actos que podría vulnerar los intereses primados.

- 4) Vemos también que se pueden suscitar casos en los que no se vulneran interés privados ni sociales en los que las prohibiciones de enajenar o gravar entre las partes resultan más bien en un beneficio a sus intereses.
- 5) Cabe recalcar, que si bien el artículo se ha establecido bajo fundamentos de asegurar la libre circulación de bienes en el mercado, es preciso resaltar que el determinar que solo la ley y no las partes contratantes, tiene el derecho de determinar cuándo se va a prohibir el enajenar o gravar bienes, resulta en una imposición inquisitiva por el Estado quien debería brindar las facilidades para que los contratantes pueden ejercer libremente su derecho a contratar y hacer uso de su propiedad como ellos disponga.
- 6) El establecer una prohibición de enajenar o gravar bienes eterna si resulta en un acto contrario a las normas y fines económicos y sociales del derecho, pero el establecer una prohibición de enajenar o gravar bienes de manera limitada puede incluso resultar en beneficio para los contratantes, pues allí está la libertad contractual, claro siempre en cuando sea justificada la limitación.
- 7) Es necesario un urgente cambio de una normativa que claramente ya no cumple su función dentro de la sociedad actual, ya que, como se ha determinado muchas veces la función del derecho es regular las relaciones de las personas dentro de una sociedad, **no restringirlas y mucho menos prohibirlas** más si los fundamentos por lo que fueron creados no cumplieron con la finalidad que ostentaban, como es el caso del artículo cuestionado en la presente investigación.
- 8) Como hemos visto dentro del derecho societario si se permite hacer uso de una prohibición de enajenar y gravar acciones entre los socios de manera limitada y por un plazo determinado, lo que demuestra que dicha prohibición no atenta contra las buenas costumbres de la sociedad, ni mucho menos contra la moral, buena fe u orden público, ya que, si así fuera tampoco se permitirá este tipo de prohibición dentro del campo comercial.

La **autocrítica** que podemos presentar hacia el trabajo de investigación realizado, versa sobre el no uso de entrevistas, encuestas sobre la libre circulación de bienes, la prohibición de prohibir disponer bienes y el ejercicio abusivo del derecho, que ha impedido poder comprender cual es la postura con respecto a la misma de los ciudadanos, juristas, notarios, magistrados, entre otros, aun así, el derecho no se construye sobre populismo, sino en base a cimientos constitucionalistas y ponderaciones.

Lo encontrado se **condice y se debate también** con otras investigaciones que fueron tomadas en cuenta y plasmadas dentro de los antecedentes del marco teórico, aún ello es importante resaltar alguna de ellas como es el trabajo de investigación realizado por Carrió (2017) titulado: “Hasta que la muerte los separa. Legítima, derecho de propiedad u prohibición de suposición del titular de los bienes: Un ejemplo práctico de inconsistencia normativa” cuyo aporte más resaltante fue que ha quedado demostrado que la obligatoriedad de establecer una legítima en favor de los herederos forzosos es una suerte de prohibición de disposición del patrimonio del testador, más en sentido que el mismo se encuentra obligado a no disponer la parte que les corresponde a sus herederos.

El trabajo se condice con el nuestro, en tanto que también hablamos sobre la prohibición de disponer bienes por facultad propia del propietario dentro los actos jurídicos pertinentes.

Se debate en el hecho de que a diferencia de en el trabajo citado, en el presente se ha hablado sobre la prohibición de disponer bienes mediante contratos, con relación a la libre circulación de bienes, el derecho a la libertad contractual de las partes contractuales y como dicha prohibición se está ejerciendo de manera abusiva en el derecho.

Otro trabajo que se condice con el nuestro es el realizado por Valiente (2022) con su trabajo de investigación titulado “Derecho de propiedad intelectual en Panamá”, cuyo aporte más resaltante fue que el derecho a la propiedad intelectual no puede quedarse atrasado juntamente con la sociedad debido a que es importante proteger y reconocer los derechos sociales y patrimoniales de quien generan nuevas creaciones o descubren aportes importantes a la sociedad, en otras palabras el derecho a la propiedad no puede quedarse estático.

La cual se condice con nuestro trabajo en tanto que al ser la libre circulación de bienes un hecho que resulta de la propiedad de las personas, esta no puede quedarse estancada en el tiempo, por lo que, resulta necesaria su adecuación y modificación para adecuarse con las necesidades actuales,

Se diferencia con nuestro trabajo en el hecho de que no se ha hablado sobre las prohibiciones de disponer bienes ni sobre si existe un ejercicio abusivo de derecho dentro del derecho de propiedad intelectual en la normatividad panameña.

Por último, el trabajo a presentar es el realizado por Herrera (2022) con su tesis titulada “Actuación fiscal y el abuso de derecho del propietario en casos de maltrato animal doméstico y silvestre en la ciudad de Lima, periodo 2021”, cuyo aporte más resaltante fue que las mascotas son consideradas como bienes patrimoniales de sus dueños, por lo que, cuando su propietario ejercer un abuso hacia ellos, estaría ejerciendo abusivamente su derecho a la propiedad.

Lo cual se condice con nuestro trabajo con respecto a que en el presente también se ha hablado sobre el abuso de derecho que se ejercen con relación al derecho de propiedad de las personas.

Se debate en el hecho que en el presente se busca determinar que del abuso de derecho material regulado en el artículo 882 del Código Civil peruano se estaría vulnerando el derecho a la propiedad y los derechos que de él se desprenden.

Los **resultados obtenidos** servirán para concientizar la necesidad que urgen en hacer cambios legislativos a nuestro Código Civil de 1984, ya que, al demostrar que la aplicación de su artículo 882 deviene en un ejercicio abusivo del derecho en algunos casos, es menester que el Estado busque forma de evitar que el mismo siga causando repercusiones, perjuicios y vulneración a los derechos de los propietarios.

También sería beneficioso si **futuros investigadores** promueven la investigación sobre como afecto la aplicación del artículo 882 del Código Civil peruano a la economía peruana de los años 80, así como también sería beneficio el estudio sobre la posibilidad de hacer una compra venta de bienes inmuebles o muebles mediante la transferencia del bien a cambio de una contraprestación en servicio u otro acto que sea no monetario.

4.4. Propuesta de mejora

Habiendo concluido con la etapa de análisis, contrastación y discusión de resultado podemos concluir que se ha demostrado la urgencia de un cambio o modificación del artículo 882 del Código Civil, pues su reforma es necesaria para evitar que la ley siga ejerciendo abusivamente su derecho a prohibir disponer los bienes entre las partes, ahora:

Art. 882. – Libre circulación de bienes

No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.

Después de su modificación el mismo sea establecido de la siguiente manera:

Art. 882. – Libre circulación de bienes

No se permite la prohibición absoluta de enajenar o gravar bienes por los contratantes.

La prohibición de enajenar bienes que puedan pactar las partes debe estar sustentado en base al interés público y privado, en este último caso deben estar fundamentados por cuestiones de conservación patrimonial de índole personal, familiar o social de forma expresa.

La prohibición de gravar solo se limitará, esto es que se realizará siempre en cuando sea probada fehacientemente por cuestiones de salud del nuevo propietario o su familia hasta el cuarto grado de consanguinidad en línea colateral y que además el futuro acreedor comprenda que solo podrá hacer efectivo su derecho como tal, siempre en cuando muera el nuevo propietario.

La cláusula de prohibición no es hereditaria, esto que dicho derecho se extingue a la muerte del nuevo propietario.

El vendedor tendrá que bajar el precio hasta las 2/5 partes del precio tasado, pudiendo ser la compraventa por un menor precio, a fin de que se aplique la cláusula de prohibir la disposición por motivos de equidad, asimismo dicha voluntad deberá ser inscrito ante registros públicos bajo sanción de nulidad.

Conclusiones

- Se identificó que la manera en que la prohibición de prohibir disponer bienes enajenando entre las partes se relaciona de manera positiva con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano, ya que, la misma vulnera los derechos de propiedad y libertad contractual que tienen los contratantes de realizar su contrato en base a los términos que ellos consideren prudente y bajo ciertas reglas tales como: (1) justificar las razones del por qué el vendedor desea aplicar la cláusula de prohibición, (2) inscribir la voluntad de no disponer el bien ante registros públicos y (3) el vendedor deberá bajar el precio del bien tasado hasta las 2/5 partes, siendo incluso el justiprecio menor a ello, justificándose por razones de equidad.
- Se determinó que la manera en que la prohibición de prohibir disponer bienes gravando entre las partes se relaciona de manera positiva con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano, porque no se estaría respetando el derecho a la libertad contractual de las partes pese a que no se cause ningún perjuicio a los intereses privados pactado entre las partes, salvo que sea por razones de salud del nuevo propietario o de su familia hasta el cuarto grado de consanguinidad y siempre en cuando el acreedor acepte que solo podrá accionar legamente sus derechos en caso de incumplimiento que dio origen al gravamen cuando fallezca el nuevo propietario.
- Se analizó que la manera en prohibir disponer bienes entre las partes se **relaciona de manera positiva** con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano, a razón de que cuando no se tiene reglas y excepciones explicadas y justificadas anteriormente, sí se vulnera la libertad contractual entre las partes.

Recomendaciones

- Se recomienda **publicar** los resultados de la presente, en los artículos de investigación de la universidad, dentro de las clases universitarias y otros.
- Se **adiestrar y/o capacitar** debidamente a los operadores de justicia y estudiantes a nivel nacional, sobre las modificaciones realizadas al artículo 882 del Código Civil.
- Se recomienda **no malinterpretar** que el presente trabajo busca la derogación del artículo 882 del Código civil, ya que, la finalidad es modificar el mismo a fin de evitar que se siga ejerciendo de manera abusiva.
- Se recomienda **llevar adelante los resultados** a los que se ha llegado en la presente investigación y modificar el artículo 882 del Código Civil, para que el mismo sea establecido de la siguiente manera:

Art. 882. – Libre circulación de bienes

No se permite la prohibición absoluta de enajenar o gravar bienes por los contratantes.

La prohibición de enajenar bienes que puedan pactar las partes debe estar sustentado en base al interés público y privado, en este último caso deben estar fundamentados por cuestiones de conservación patrimonial de índole personal, familiar o social de forma expresa.

La prohibición de gravar solo se limitará, esto es que se realizará siempre en cuando sea probada fehacientemente por cuestiones de salud del nuevo propietario o su familia hasta el cuarto grado de consanguinidad en línea colateral y que además el futuro acreedor comprenda que solo podrá hacer efectivo su derecho como tal, siempre en cuando muera el nuevo propietario.

La cláusula de prohibición no es hereditaria, esto que dicho derecho se extingue a la muerte del nuevo propietario.

El vendedor tendrá que bajar el precio hasta las 2/5 partes del precio tasado, pudiendo ser la compraventa por un menor precio, a fin de que se aplique la cláusula de prohibir la disposición por motivos de equidad, asimismo dicha voluntad deberá ser inscrito ante registros públicos bajo sanción de nulidad.

- Se recomienda **hacer nuevas investigaciones** que promuevan la investigación sobre como afecto la aplicación del artículo 882 del Código Civil peruano a la economía peruana de los años 80, así como también sería beneficioso el estudio sobre la posibilidad de hacer una compra venta de bienes inmuebles o muebles mediante la transferencia del bien, mediante el truke mientras las partes manifiesten su voluntad.

Referencias bibliográficas

- Aguila, G. & Capcha, E. (2010). El ABC del derecho civil, Lima-Perú, 4° Edic. Editorial EGACAL.
- Álvarez, J. (1984). Derecho inmobiliario registral, Madrid-España, Editorial Civitas.
- Álvarez, J. (1986). Curso de derechos reales, Vol. 1, España-Madrid, Ed. Civitas.
- Andrade, E. (2021). Abuso del derecho y principio de buena fe: Reclamos de telefonía registrada en la OD-OSIPTTEL-LAL. (tesis pre grado, universidad nacional de Trujillo, Trujillo, Perú). Recuperado de <https://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/17805>
- Angulo, I. (2006). *El abuso del derecho y la responsabilidad extracontractual*. (Tesis optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile). Recuperado de <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2006/fja594a/doc/fja594a.pdf>
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Lima: Grijley.
- Arias, J & Arias, A. (1986). Derecho romano, Tomo I, Madrid-España, Editorial Edersa.
- Avendaño, J. (2015). La constitución comentada. Análisis artículo por artículo. 3° edición, vol. 1, Lima-Perú, Gaceta Jurídica.
- Azañero, F. (2018). Diccionario de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil. Primera Edición. Lima – Perú: Editorial Colecciones JOVIC
- Barraza, J. (2021). *El abuso del derecho en material procesal*. (Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile). Recuperado de: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/180053/El-abuso-del-derecho-en-materia-procesal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Bejarano, M. (1998). Manual de obligaciones civiles, México, Edi. Oxford.
- Beldevere, A. (1977). Problema delle definizioni nel codice civile, Milan-Italia, Editorial Milano.
- Borda, G. (1984). Tratado de derecho civil, derechos reales. Buenos Aires, Tomo I. 3° Ed. Editorial Perrot.

- Bullard, A. (2020). Código Civil comentado. Derechos reales, Tomo V, 4° edición, Lima-Perú, Edi. Gaceta Jurídica.
- Cabanellas, G. (1979). Diccionario jurídico Elemental. Recuperado de: https://www.academia.edu/download/38161902/DICCIONARIO_JURIDICO_ELEMENTAL.Cabanellas_Ed.2003.pdf
- Carrió, A. (2017). Hasta que la muerte los separa. Legítima, derecho de propiedad y prohibición de disposición del titular de los bienes: Un ejemplo práctico de inconsistencia normativa. *Revista DOXA cuadernos de Filosofía del Derecho*, 40 (12), 301-316. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/132347877.pdf>
- Cas. N° 1304-2003/Ica; de fecha 24/10/2003. Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bd5e568043eb7ad0a227e34684c6236a/3.+Secci%C3%B3n+Judicial+-+Salas+Civiles.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bd5e568043eb7ad0a227e34684c6236a>
- Cas. N° 1217-2013- Lima, de fecha 30/01/2015. Recuperado de: <https://works.bepress.com/luiggiv-santycabrera/117/download/>
- Cas. 3358-2015-Cusco; fecha de publicación 30/01/2017. Recuperado: <https://www.scribd.com/document/349116762/Casacion-N-3358-2015-CUSCO>
- Código Civil. (25/07/1984). Decreto Legislativo N° 295.
- Congreso de la República del Perú. (18/08/1999) CLProLey 1995 [web-Congreso]. Recuperado de: <https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey1995.nsf/38ad1852ca4d897b05256cdf006c92c8/1a63f09b5aad89c505256df000799790?OpenDocument>
- Constitución Política del Perú (29/12/1993).
- Cordero, E. & Aldunate, E. (2008). Evolución histórica del concepto de propiedad. *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, (30) (1), 345-385. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/1738/173819211013.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (24/10/2003). Casación N° 1304-2003/Ica. Recuperado de:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bd5e568043eb7ad0a227e34684c6236a/3.+Secci%C3%B3n+Judicial+-+Salas+Civiles.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bd5e568043eb7ad0a227e34684c6236a>

Corte Suprema de Justicia de la República. (30/01/2015). Casación N° 1217-2013-Lima. Recuperado de: <https://works.bepress.com/luiggiv-santycabrera/117/download/>

Corte Suprema de Justicia de la República. (30/01/2017) Casación N° 3358-2015-Cusco. Recuperado: <https://www.scribd.com/document/349116762/Casacion-N-3358-2015-CUSCO>

Cuentas, E. (1997). El abuso del Derecho. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 51(1), 463-484. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085322>

De la Puente, M. (2000). Cláusulas generales de contratación. Contrato y mercado. Lima-Perú, Gaceta Jurídica, Lima.

Del Risco, L. (2011). Las restricciones convencionales al derecho de propiedad y su oponibilidad a terceros. *THEMIS: Revista de Derecho*, (60) (1), 124-136. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5110599>

Durán, M. (2012). *El abuso del derecho en la responsabilidad extracontractual*. (Tesis pregrado, Universidad Andrés Bello, Santiago, Chile). Recuperado de: http://repositorio.unab.cl/xmlui/bitstream/handle/ria/6772/a84515_Duran_M_El_abuso_del_derecho_en_2012_Tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Espinoza, J. (2005). El ejercicio abusivo del derecho en las decisiones de las juntas de acreedores dentro de un procedimiento concursal. *THEMIS Revista De Derecho*, (51), 171-178. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8799>

Fernández, C. (2014). Abuso de derecho. Editorial, ediciones legales E.I.R.L. Recuperado de: [file:///C:/Users/admin/Downloads/ABUSO%20DE%20DERECHO%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/admin/Downloads/ABUSO%20DE%20DERECHO%20(2).pdf)

- García, D. (2015). La metodología de la investigación jurídica en el siglo XXI. En W. Godínez & J. García (Coord.), *Metodologías: Enseñanza e investigación jurídicas. 40 años de vida académica-Homenaje a Jorge Witker*, (pp. 449-465). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gaviria, E. (1980). El abuso del derecho. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 49(1), 27-34. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212337>
- Gavidia, C. & Guerra, K. (2022). El abuso de derecho en el embargo de cuentas sueldos por el proceso de embargo en un procedimiento de cobranza coactiva (Tesis para obtener el título de abogado, universidad nacional de Trujillo, Trujillo, Perú). Recuperado de: <https://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/19078>
- Gonzales, G. (2018). *Teoría general de la propiedad y del derecho real*, I edición, Lima-Perú, Gaceta Jurídica, Editorial El Búho E.I.R.L.
- González, N. (2012). *Derecho civil patrimonial. Derechos reales*, Lima-Perú, Ed. Jurista.
- Gutiérrez, E. (1999). *Derecho de las obligaciones*, México, Edi. Porrúa.
- Gutiérrez, W. (2005). *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*, 1° edición, Tomo I, Lima-Perú, Edi. Gaceta Jurídica.
- Hernández, R., Fernández, C. & Batpista, M. (2016). *Metodología de la investigación*. México, México: MCGrawHill.
- Hernando, C. (2021). Las prohibiciones de disponer como limitación al derecho de dominio. (Tesis para optar el grado académico de derecho, por la Universidad de Valladolid, Valladolid-España). Recuperado de: <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/47992>
- Herrera, A. (2021). Actuación fiscal y el abuso de derecho del propietario en casos de maltrato animal doméstico y silvestre de la ciudad de Lima, periodo 2021. (Tesis pre grado, universidad de Huánuco, Huánuco, Perú). Recuperado de <http://repositorio.udh.edu.pe/handle/123456789/3530>
- Hess, E. Louge, E. & Zarate, J. (2010). La naturaleza jurídica del abuso del derecho. *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*. 18(1),

- 1-27. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3736893>
- Huanaco, R. (2021). Abuso del derecho de familia en la pensión de alimentos en los hijos mayores de edad casos especiales (Tesis para obtener el título de abogado, universidad autónoma San Francisco, Arequipa, Perú). Recuperado de: <http://repositorio.uasf.edu.pe/handle/UASF/375>
- José Miguel Laceros (08/09/2022). Recuperado de: <http://www.josemiguellecaros.cl/v2/wp-content/uploads/2014/11/Los-contratos-Parte-general.pdf>
- Linares, A. (30/04/2016). *Responsabilidad civil por el ejercicio abusivo del derecho*. Asuntos legales. [Internet]. Recuperado de <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/responsabilidad-civil-por-el-ejercicio-abusivo-del-derecho-2374626>
- Lizana, J. (2018). *Uniones de hecho impropias frente al abuso del derecho*. (Tesis pregrado, Universidad Nacional de Piura, Piura, Perú). Recuperado de <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/nociones-generales-sobre-el-abuso-del-derecho/>
- Maletta, H. (2011). *Epistemología aplicada: Metodología y técnica de la producción científica*. Lima: Universidad Pacífico-Centro de investigación.
- Mariani, M. (2009). *Derechos reales*, Vol. 1, Buenos Aires-Argentina, Ed. Zavalia.
- Martin, J. (1979). Nuevas consideraciones valorativas en la teoría del abuso del derecho. *Anuario de derecho civil*. 32(2-3), 437-462. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1980326>
- Martín, M. (2020). Las restricciones a la libre circulación de las personas en la UE durante la era del COVID-19: Hacia un futuro incierto. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 22 (45), 311-335. Recuperado de: <https://idus.us.es/handle/11441/125306>
- Messineo, F. (1979). *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires-Argentina, Edic. Jurídicas Europa América.

- Morales, A. (s.f.). *El abuso del derecho en el Derecho Societario Peruano*. Agnitio. [Internet]. Recuperando de <http://agnitio.pe/artículo/el-abuso-de-derecho-en-el-derecho-societario-peruano/>
- Mucha, R & Veliz, K. (2022). La afectación del derecho de libre disposición del legatario por el artículo 761 del Código Civil en el Estado peruano. (Tesis para optar el título profesional de abogado, por la Universidad Peruana de Los Andes, en ciudad de Huancayo-Perú). Recuperado de: <https://hdl.handle.net/20.500.12848/3922>
- Muñoz, A. (2018). Abuso de derecho, Ponderación. *Cuadernos de Filosofía del derecho*, 41, 35-48. Recuperado de <https://rua.ua.es/dspace/handle/10045/78868>
- Ñaupas, H. Mejía, Novoa & Villagómez. (2014). Metodología de la investigación. Perú – Lima: Ediciones de la U, Tercera Edición.
- O’Neill, C. (2005). “El cielo de los conceptos jurídicos” versus la solución de problemas prácticos. A propósito de la doctrina de los actos propios. *Themis*, N.º 51, 43-55. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/8789/9178>
- Ortega, A. (1991). La propiedad y los modos de adquirirla, en el derecho romano y en el Código Civil, Granada-Colombia, Editorial Impredisur.
- Peláez, M. & Vélez, S. (2021). Manifestaciones del abuso del derecho en las sociedades colombianas (Tesis para obtener el título de abogado, universidad EAFIT, Medellín, Ecuador). Recuperado de: <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/29958>
- Penteado, L. (2008) *Direito das coisas*, 2º edición, Sao Paulo-Brasil, Ed. Revista Dos Tribunais.
- Pineda, L. (2017). El abuso del derecho y el desconocimiento de la buena fe en las relaciones contractuales de la Empresa Colombiana de Petróleos S.A. (tesis post grado, Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia). Recuperado de <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/10693>
- Pipes, R. (1999). Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia, México, Fondo de Cultura Económica.

Poder Judicial del Perú. (07/10/2022). Diccionario jurídico [web-PJ]. Recuperado de:

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_servicios/as_enlaces_de_interes/as_orientacion_juridica_usuario/as_diccionario_juridico

Pozo, J. (2020). Código Civil comentado. Derechos reales, Tomo V, 4° ed., Lima-Perú, Gaceta Jurídica.

Quintero, R. (2019). Abuso del derecho del arrendador en el contrato de arrendamiento de vivienda urbana en Colombia (Tesis para obtener el título de abogado, universidad Santiago de Cali, Cali, Colombia). Recuperado de: <https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/1612/EL%20ABUSO%20DEL.pdf?sequence=1>

Ramírez, E. (1999). Tratado de derechos reales. Propiedad y copropiedad, tomo I, Lima-Perú, Editorial Rhodas.

Resolución N° 1261-2009-SUNARP-TR-L de fecha (14/08/2009). Recuperado de: <https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/index.asp>

Rodríguez, J. (2020). El ejercicio abusivo de derecho del acreedor y su incidencia en el proceso de ejecución de garantías. *IUS - Revista de investigación de la facultad de derecho*, 9(1), 101-122. Recuperado de: <https://revistas.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/329>

Sala Civil Transitoria. (19/12/2006). Casación N° 2182-2006-Santa. Recuperada de <https://es.scribd.com/document/237690126/Cas-2182-2006-Santa-Abuso-Del-Derecho>

Sánchez, R. (2001). De los contratos civiles, México, Edi. Porrúa.

Sentencia. N° 03283-2003-AA/ Lima, de fecha 15/06/2003. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03283-2003-AA.html>

Sentencia N° 03881-2012-PA/TC (01/03/2016). Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/03881-2012-AA.pdf>

Torres, A. (2012a). Teoría general del contrato, Tomo I, Lima-Perú, Edi. Pacífico.

Torres, A. (2012b). Teoría general del contrato, Tomo II, Lima-Perú, Edi. Pacífico.

- Tribunal Constitucional (15/06/2003). Sentencia N° 03283-2003-AA/Lima.
Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03283-2003-AA.html>
- Tribunal Constitucional (01/03/2016). Sentencia N° 03881-2012-PA/TC.
Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/03881-2012-AA.pdf>
- Valiente, A. (2022). Derecho de propiedad intelectual en Panamá. *Anuario de Derecho*, 50 (1), 147-165. Recuperado de: https://www.revistas.up.ac.pa/index.php/anuario_derecho/article/view/3029
- Vargas, S. (2019). Los reglamentos técnicos como restricciones al comercio contrarios al principio de libre circulación de mercancías consagrado en el Acuerdo de Cartagena. (Tesis para optar el grado de Magister en derecho internacional económico, por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima-Perú). Recuperado de: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/14524>
- Varsi, E. (2019a). Propiedad y derechos reales. Análisis jurídico. Las características del derecho de propiedad. *Revista Gaceta Civil & Procesal Civil*, 68 (1), 71-79. Recuperado de: https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/7987/Varsi_derecho_propiedad.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Varsi, E. (2019b). Tratado de los derechos reales. Posesión y propiedad, Tomo II, 1° edic. Lima-Perú, editorial Universidad de Lima.
- Vasconcelos, S. Menezes, P. Ribeiro, M. & Heitman, E. (2021). Rigor científico y ciencia abierta: desafíos éticos y metodológicos en la investigación cualitativa. *Scielo en Perspectiva*, 2021. Recuperado de <https://blog.scielo.org/es/2021/02/05/rigor-cientifico-y-ciencia-abierta-desafios-eticos-y-metodologicos-en-la-investigacion-cualitativa/#.Yplun6hBzIU>
- Velázquez, A. & Rey, N. (2010). Metodología de la investigación científica. Lima: Editorial San Marcos.
- Vieira, J. (2008). *Direito reais*, Coimbra-Portugal, Editora Coimbra.
- Vivanco, P. (2017). Fundamentos para una concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas (Tesis de maestría, Pontificia Universidad

Católica del Perú, Lima, Perú) recuperado de:
https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9860/Vivanco_Nu%c3%blz_Fundamentos_concepci%c3%b3n_justicia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Witker, J. & Larios, R. (1997). Metodología jurídica. México: MacGraw-Hill.

Anexos

Anexo 1: Matriz de consistencia

PREGUNTA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL	CATEGORÍAS	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL	<p>Categoría 1 La prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes</p> <p>Subcategorías Enajenar Grabar</p> <p>Categoría 2 Ejercicio abusivo del derecho</p> <p>Subcategorías Criterio objetivo Criterio subjetivo</p>	<p>Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica</p> <p>Cualitativo teórico - iuspositivista</p> <p>Metodología paradigmática Propositiva</p> <p>Diseño del método paradigmático</p> <p>a. Escenario de estudio Ordenamiento jurídico peruano</p> <p>b. Caracterización de sujetos o fenómenos Sujetos: Categoría 1: la prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes y la categoría 2: el ejercicio abusivo del derecho</p> <p>c. Técnica e instrumento Observación documental – fichas de resumen, de citas, textuales.</p> <p>d. Tratamiento de la información Argumentación jurídica</p> <p>e. Rigor científico Se uso el método iuspositivista, centrándonos únicamente en argumentos sólidos, objetivos, encontrados en la doctrina que coadyuven con la modificación del artículo 882 del C.C. peruano.</p>
¿De qué manera la prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano?	Analizar la manera en que la prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano.	La prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes <u>se relaciona de manera positiva</u> con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano		
PREGUNTAS ESPECÍFICAS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS		
¿De qué manera la prohibición de prohibir disponer bienes enajenando entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano?	Identificar la manera en que la prohibición de prohibir disponer bienes enajenando entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano	La prohibición de prohibir disponer bienes enajenando entre las partes se relaciona de manera positiva con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano		
¿De qué manera la prohibición de prohibir disponer bienes gravando entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano?	Determinar la manera en que la prohibición de prohibir disponer bienes gravando entre las partes se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano	La prohibición de prohibir disponer bienes gravando entre las partes <u>se relaciona de manera positiva</u> con el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano		

Anexo 2: Matriz de operacionalización de categorías

Categorías	Sub-Categorías	Indicadores	Ítems	Escala instrumento
La prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes	Enajenar	El reglamento establece que en las investigaciones de enfoque cualitativo teórico se puede prescindir de indicadores, ítems y escala de los instrumentos, a causa de que los mismos son de uso para las investigaciones cuantitativas o de campo.		
	Grabar			
El ejercicio abusivo del derecho	Criterios objetivos			
	Criterios subjetivos			

Anexo 3: Matriz de la operacionalización del instrumento

Nos regimos al reglamento universitario que establece que las investigaciones con dicho enfoque pueden prescindir de este anexo al ser una investigación de enfoque cualitativo teoría.

Anexo 4: Instrumento de recolección de datos

Se utilizarán una serie de fichas textuales y de resumen, por lo que se pondrá en evidencia alguna de ellas:

FICHA TEXTUAL: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

“.....

” [Transcripción literal del texto]

FICHA RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

.....

 [Resumen de lo analizado, sea de uno, dos, tres o un párrafos]

Las presentes fichas presentadas, son de gran relevancia para la recolección de información que se usa para el desarrollo del presente trabajo de investigación, ya que, debido a su composición de premisas y conclusión recabadas mediante el uso de la argumentación jurídica. (Aranzamendi, 2010, p. 112).

Las fichas que fueron usadas son: (a)coherentes, (b) razonables, (c) idóneas y (d) claras, a fin de facilitar la interpretación correcta de la información que se recabe de las variables a ser analizadas sean objetivas y claras.

Por ello mismo, se adjunta la siguiente ficha a modo de ejemplo, pues las mismas serán transcritas dentro de las bases teóricas del presente trabajo.

FICHA TEXTUAL: Sobre el abuso de derecho

DATOS GENERALES: Lizana, J. (2018). Uniones de hecho impropias frente al abuso del derecho. (Tesis pregrado, Universidad Nacional de Piura, Piura, Perú). Recuperado de <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/nociones-generales-sobre-el-abuso-del-derecho/>

CONTENIDO: “(...) el titular de un derecho subjetivo actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del derecho igualmente, es el accionar de quien en ejercicio de un derecho actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y causando daños a terceros”

FICHA RESUMEN: Sobre el fraude

DATOS GENERALES: Azañero, F. (2018). Diccionario de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil. Primera Edición. Lima – Perú: Editorial Colecciones JOVIC

CONTENIDO: Dentro del derecho se considera como fraude aquel comportamiento que fue realizado mediante el ardid o engaño de una persona hacia otra, causándole con dicho acto serios perjuicios económicos, morales, sociales, u otros; por ejemplo, cuando una persona simula cierta condición de su patrimonio frente a sus acreedores con el fin de no saldar sus deudas con ellos, o cuando una persona usa el engaño a fin de despojar de dinero a terceras personas, entre otros.

Anexo 5: Validación de expertos del instrumento

Nos regimos al reglamento universitario que establece que las investigaciones con dicho enfoque pueden prescindir de este anexo al ser una investigación de enfoque cualitativo teoría.

Anexo 6: Solicitud dirigida a la entidad donde recolecto los datos

Nos regimos al reglamento universitario que establece que las investigaciones con dicho enfoque pueden prescindir de este anexo al ser una investigación de enfoque cualitativo teoría.

Anexo 7: Documento de aceptación por parte de la entidad donde recolectara los datos

Nos regimos al reglamento universitario que establece que las investigaciones con dicho enfoque pueden prescindir de este anexo al ser una investigación de enfoque cualitativo teoría.

Anexo 8: Consentimiento o asentimiento informado de las personas encuestadas o entrevistadas

Nos regimos al reglamento universitario que establece que las investigaciones con dicho enfoque pueden prescindir de este anexo al ser una investigación de enfoque cualitativo teoría.

Anexo 9: Constancia de que se aplicó el instrumento de recolección de datos

Nos regimos al reglamento universitario que establece que las investigaciones con dicho enfoque pueden prescindir de este anexo al ser una investigación de enfoque cualitativo teoría.

Anexo 10: Evidencias fotográficas

Nos regimos al reglamento universitario que establece que las investigaciones con dicho enfoque pueden prescindir de este anexo al ser una investigación de enfoque cualitativo teoría.

Anexo 11: Declaración de autoría

En la fecha, yo RANDER PINCHI DEL AGUILA, identificado con DNI N° 74417505, domiciliado en Jr. Guillermo Geraldino 1744 –Cercado de Lima – Lima, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “La prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes y el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 12 de enero del 2023



RANDER PINCHI DEL AGUILA

DNI N° 74417505

En la fecha, yo MARLO OMAR VARGAS CORONEL, identificado con DNI N° 46621658, domiciliado en Jr. Agata 1369 Urb. Angélica Gamarra – Los Olivos – Lima, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “La prohibición de prohibir disponer bienes entre las partes y el ejercicio abusivo del derecho en el Estado peruano”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 12 de enero del 2023



MARLO OMAR VARGAS CORONEL

DNI N° 46621658