

## La autoridad del antes: La metodología de la historia del derecho y su utilidad<sup>(\*)</sup>

*The authority of before: The methodology of legal history and its usefulness*

José Carlos Fernández Salas<sup>(\*\*)</sup>

Pontificia Universidad Católica del Perú

**Resumen:** Por su condición intermedia entre dos disciplinas, la metodología de la historia del derecho tiene un precario lugar tanto en la investigación académica como en la formación universitaria en el Perú. Ante ello, se han desarrollado algunos intentos de apología de la utilidad de la historia del derecho que se basan tanto en su utilidad práctica como en la historia social del derecho, es decir, en la mirada del derecho como un producto cultural de una sociedad determinada. En este artículo se analizan dichos intentos y se propone uno adicional – la utilidad de la historia del derecho por la autoridad del antes – que afirma que la historia y el derecho tienen una relación epistemológica especial debido al rol que juega el tiempo en la construcción del derecho y a que ambas profesiones se basan en la autoridad que proporciona la revisión de fuentes primarias para la solución de problemas teóricos y prácticos.

**Palabras clave:** Historia del Derecho – Historia Social del Derecho – Autoridad del Antes – Tiempo – Consciencia de Juridicidad – Derechos Reales – Sistema jurídico peruano

**Abstract:** Because of its intermediate condition between two disciplines, the methodology of legal history has a precarious place both in academic research and in professional education in Peru. Responding to this, some authors have developed attempts of defense of the usefulness of legal history based both on its practical utility and on the social history of law, that is, the view that considers law as a cultural product of a given society. In this article, I analyze these attempts and propose an additional defense – the utility of legal history because of the “authority of before” – which states that history and law have a special epistemological relation due to the role played by time in the construction of law and to the fact that both disciplines are based on the authority that reviewing primary sources gives in the solution of theoretical and practical problems.

**Keywords:** Legal history – Social history of law – Authority of before – Time – Belief of legality – Property Rights - Peruvian legal system

---

(\*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 6 de septiembre de 2021 y su publicación fue aprobada el 27 de septiembre del 2021.

(\*\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú) y Magíster en Urbanismo por la Universidad de Harvard. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP, Investigador Principal del Grupo de Investigación CONURB y Coordinador Adjunto del Grupo Peruano de Historia del Derecho del Instituto Riva-Agüero. Correo electrónico de contacto: [josec.fernandez@pucp.edu.pe](mailto:josec.fernandez@pucp.edu.pe) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2371-2161>

## 1. INTRODUCCIÓN

Que “[l]a colegiatura es obligatoria para el ejercicio de la profesión de historiador”. Y que “[p]ara ser miembro del Colegio Profesional de Historiadores del Perú se requiere haber obtenido título profesional de licenciado en Historia”. Así, reza el artículo 2 de la más reciente versión del proyecto de ley que crea el Colegio Profesional de Historiadores del Perú, que fue aprobado el 21 de mayo de este año en el Congreso peruano. Aunque la formación de una entidad gremial para la representación de los intereses de los historiadores es un reclamo que se tiene desde hace muchos años, lo que preocupa es el carácter restrictivo del contenido del proyecto por el requerimiento de la colegiatura para ejercer la historia y de la licenciatura en historia para colegiarse. Preocupa que, de convertirse esta autógrafa en ley, limite el desenvolvimiento de la práctica orgánica actual de la historia, así como de la reflexión sobre la disciplina como la que desde un punto de vista interdisciplinario se hace desde otras disciplinas.

Distintas personas y entidades, incluyendo la Academia Nacional de Historia, han criticado este proyecto de ley por las restricciones que podría establecer para el quehacer histórico. Se ha hecho referencia a casos como el de María Rostworowski, para mencionar lo equívoco que parece el requerimiento obligatorio de una licenciatura en historia para ejercer este oficio. En línea con ello, el presidente Francisco Sagasti remitió el pasado 22 de junio una comunicación observando la autógrafa de ley por no encontrar justificada la obligatoriedad de pertenecer al Colegio para ejercer la profesión, quedando ahora el proyecto en las manos del Congreso para evaluar su aprobación por insistencia. Hasta la fecha de redacción de este artículo no había entrado en vigencia la norma.

Uno de los grupos de investigadores que se encuentra observando desde un balcón este intercambio de pareceres son los historiadores del derecho. En tiempos en que la interdisciplinariedad parece una de las mejores virtudes para el investigador o profesional de casi cualquier disciplina, los historiadores del derecho en nuestro país aún se encuentran haciendo denodados esfuerzos por legitimar el espacio de acción que tienen a caballo entre la historia y el derecho. Dada la circunstancia de que en una gran parte de esos casos los promotores y practicantes de la historia del derecho son investigadores inicialmente formados en la disciplina del derecho, cabe hacer una pregunta casi de orden epistemológico: ¿tienen los juristas algo que decir respecto de la historia? ¿tiene la historia del derecho un espacio en el ejercicio tanto de la historia como del derecho?

Así, en el presente artículo, haré un breve recuento de las formas en que los historiadores del derecho han hecho una defensa de su espacio de acción en nuestro medio académico especialmente sustentando su posición desde la utilidad de las investigaciones histórico-jurídicas. Sobre dichos intentos de apología de la historia del derecho haré una evaluación y crítica para luego plantear que la relación entre la historia y el derecho es una de tipo estructural y que la separación entre ambas disciplinas es tenue y, a veces, solo un espejismo. Finalmente, describiré un ejemplo de uso de la metodología para clarificar las afirmaciones del artículo.

## 2. LA APOLOGÍA EN BASE A SU UTILIDAD PRÁCTICA

La suerte de los historiadores del derecho, en el campo jurídico, no ha sido más afortunada que en el campo histórico. Así, uno de los reclamos fundamentales de los historiadores del derecho es

el lento pero consistente retroceso de este campo en la enseñanza del derecho en nuestro país (Ramos Nuñez, 2013), un fenómeno que también se reproduce en países de la región (Mijangos y Gonzalez, 2020). No se puede negar que la enseñanza y la profesión legal han caído presas cada vez más claramente de aquella faceta más práctica que tiene el derecho, que es la de ser lo que algunos llaman un artefacto y otros una tecnología (Larenz, 1980). Para esa parte de la práctica legal llena de cursos enfocados en ejercicios de debate y modelos discutibles de excelencia en la abogacía, el recurso de la historia del derecho, bien como enfoque, como disciplina o como herramienta en general, pierde un peso específico y las horas dedicadas a este campo se han ido reasignando por las facultades de derecho a especialistas en litigios arbitrales y en transacciones corporativas. Ante esa disminución de los espacios para la investigación en historia del derecho, se han realizado algunos intentos de apología de la utilidad de esta rama que ahora buscamos discutir.

Una primera línea de argumentación, ha estado referida a la utilidad profesional y hasta económica de la historia del derecho. En esa línea, se citan casos en los que la intervención de un análisis de tipo histórico sirvió para desenredar algún embrollo jurídico o donde se extrañó la intervención de un profesional que aplique una metodología de tipo histórico. Así, suele mencionarse el caso de las controversias internacionales en que el Estado peruano se ha visto involucrado como, por ejemplo, el diferendo marítimo entre Perú y Chile o el litigio y posterior acuerdo para la devolución de los objetos hallados en Machu Picchu por parte de la universidad de Yale al Estado peruano. También, se suele mencionar el caso de la naufragada embarcación Nuestra Señora de las Mercedes que implicó un litigio entre una empresa norteamericana y el Estado español en que la no intervención con argumentos de tipo histórico del Estado peruano hizo que este deje pasar la oportunidad de reclamar una posible participación en el valor del tesoro hallado en el mar Atlántico (Ramos Nuñez, 2013, 20).

El problema de este tipo de apología de la historia del derecho es que no puede soslayarse la residualidad de los casos en que el enfoque histórico juega, aparentemente, un rol central. Escarbar esas excepciones no hace más que reforzar la marginalidad del enfoque histórico entendido en esos términos. Lleva a la historia del derecho a ser considerada como un enfoque esporádico y hasta exótico. Por lo demás, también enfocar así la importancia de la historia del derecho no muestra ninguna conexión específica entre el derecho y la historia, dado que respecto de cualquier disciplina se podrían plantear casos en los que las fuentes históricas han servido para la solución de un problema. Por ejemplo, si alguna lección se ha sacado de la experiencia de la llamada Gripe Española para el manejo del COVID-19, ello, difícilmente, significa que la historia de la medicina juegue un rol central en el campo de la medicina contemporánea. Ese no es el caso del derecho en que la relación con la historia tiene unas raíces más profundas.

### **3. LA APOLOGÍA EN BASE A LA HISTORIA SOCIAL DEL DERECHO**

Una segunda línea de argumentación, en defensa de la importancia de la historia del derecho, tal vez la que justifica mejor dicha importancia, es la que recurre a la visión del derecho como un fenómeno social y de la historia como la observadora y crítica de los fenómenos sociales ocurridos en el pasado (Ramos Nuñez, 2013, 36). Esta perspectiva, contrapuesta a la visión positivista centrada en el ordenamiento legal presente o pasado, refleja una visión en parte contemporánea y, en parte

decimonónica, sobre lo que debe considerarse como lo jurídico. Ya Savigny, hace doscientos años, proponía mirar el derecho como una expresión particular de la sociedad y ponía de relieve la búsqueda del espíritu de la gente de un determinado pueblo (Gomez García, 2001). Sin embargo, es esta una expresión también contemporánea y reactiva frente al culto a la norma formal y su aparente neutralidad del cual aún hoy en el siglo XXI nos estamos desembarazando.

En sí, esta perspectiva tiene la gran virtud de complejizar el fenómeno jurídico. Esto porque esta mirada suele venir con una mayor atención al hecho de que el derecho no se acaba en la norma positiva, sino que debe entenderse en su despliegue cotidiano en la realidad de la vida (Herzog, 2015, pp. 262 – 264). Bien se dice que una mirada a un país como el nuestro, en base a su derecho positivo, nos daría la impresión de que estamos en Suiza. Pero, esa mirada fallaría en captar lo espontáneo, lo informal y, se podría decir, lo ilegal, que es tan o más importante para el análisis del jurista que lo legal (Ramos Nuñez, 2013, 31). La complejidad de la interacción entre el derecho y la realidad rebasa, pues, por mucho la perspectiva positivista y permite poner en cuestión la falsa identificación del derecho con la norma jurídica. Pocos mejor capacitados que el historiador para echar la mirada hacia el despliegue del derecho en la realidad.

Más aún, la mirada histórica del derecho como fenómeno social también permite apreciar la forma en que la gente se ha apropiado de las instituciones jurídicas y las ha usado para una finalidad distinta a la que inicialmente fueron concebidas. Así, por ejemplo, un estudio de los archivos de los títulos de propiedad de la gran parte de distritos de una ciudad como Lima nos dirá que aquellas personas que urbanizan de manera no planificada lo hacen basadas en instituciones legales que son apropiadas por la gente de una manera distinta a como fueron concebidas. Piénsese en las constancias de posesión, las asociaciones de vivienda y la formalización de propiedad que son un esquema muy distinto al sistema de transferencia de propiedad del Código Civil (Fernández Salas, 2020, pp. 451-468).

Comparto esa visión amplia del derecho, que lo encuentra en forma de un fenómeno cotidiano, no solo en la ley que formalmente se publica en el diario oficial, sino también en el valor que las personas le dan, por ejemplo, al testimonio de la escritura pública de su casa. Sin embargo, la defensa de la historia del derecho desde esta perspectiva no deja de ser contingente. Nuevamente, esta perspectiva toma al derecho solamente como un objeto de la historia; un objeto que podría estar junto con muchos otros de la vida social. Así como el lenguaje, el Estado o la economía son fenómenos sociales, también lo es el derecho y, por tanto, cualquiera de ellos se puede historizar. En ese sentido, para el historiador el derecho no es nada más que uno de los tantos rubros a los que puede aplicar su método. También por ello, para el profesional del derecho parece muy difícil que la actividad de historiar vaya más allá que una actividad secundaria. La historia del derecho se encuentra, pues, desde esta perspectiva, al lado de la historia de la ciencia, de la historia política, la historia económica y la historia de la arquitectura. Es una más.

Sin embargo, lo que parece quedar de lado en estas líneas argumentativas es una relación más íntima, más estructural y más epistemológica entre la historia y el derecho, entre el historiador y el jurista. Veamos.

## 4. LA APOLOGÍA EN BASE A LA AUTORIDAD DEL ANTES

La historia y el derecho tienen una relación única debido a que el paso del tiempo genera consciencia de juridicidad. Ese es el punto central. La relación de la historia con el paso del tiempo es superflua de desarrollar, pues se encuentra en el corazón mismo de la disciplina. Más difícil es, naturalmente, responder a la pregunta de *por qué* el historiador mira hacia el pasado. Seguramente puede haber distintas razones que se esgrimen para ello, pero lo cierto es que el historiador, entre todos los científicos sociales, es quien trata de manera más cercana el pasado, el transcurso del tiempo. Esto, además, no lo hace como un mero consumidor del conocimiento del pasado, sino como el productor de dicho conocimiento a través del trabajo con fuentes primarias. Lo que me pregunto a continuación es cuál es el rol que juega el tiempo en el derecho, si alguno.

Hace algunas décadas, cuando Arguedas hacía su investigación doctoral en algunos pueblos del interior de España, se sorprendía de las afinidades que encontraba entre las comunidades de pueblos como el de Bermillo de Sayago y las comunidades del valle del Mantaro que él había estudiado. Uno de los fenómenos que observó fue la manera en que se trataban las tierras comunes en esos pueblos. Se trataba de zonas en las que el cultivo se hacía de una manera notoriamente menos productiva que en los terrenos de los miembros del pueblo. El origen de ello estaba en que para los vecinos era perturbadora la idea de una persona o familia utilizando el terreno común por más de un año. Esto debido a que, aunque todos supieran que se trataba de terrenos comunes, la inercia temporal respecto de las acciones de una persona dota de un casi espontáneo sentido de juridicidad a las acciones de esa persona (Arguedas Altamirano, 1987). Lo que se repite una y otra vez empieza a parecer algo correcto de hacer, empieza a parecer legal. Ese espontáneo sentido de juridicidad -- lo más opuesto que existe a la visión positivista del derecho -- es el lugar en el que se unen la historia y el derecho.

Lo descrito no es una interacción totalmente extraña al derecho. Por el contrario, se puede decir que hay cierto consenso en considerar como una de las fuentes del derecho a la costumbre. Así, aunque con mucha limitación, residualidad y hasta temor, un jurista considerará que una conducta pública y repetida puede tener una connotación jurídica. No está escrita en ningún lugar la obligación de hacer cola para entrar a un restaurante, pero es una regla jurídica que hasta la más caótica de las ciudades peruanas respeta. Interesantemente, la condición que se suele requerir de las prácticas repetitivas para pasar a ser consideradas dentro del castillo de naipes del sistema jurídico es que estén revestidas de una conciencia de obligatoriedad o de juridicidad (por ejemplo, la creencia de que es una regla a cumplir la de no adelantarse en la fila de personas). La pregunta es, entonces, cómo se forma esa consciencia de juridicidad y de dónde proviene ese sentido de obligatoriedad.

Parece que uno de los componentes de la respuesta a esa pregunta es el tiempo. Junto con otros sutiles elementos, como los ritos y ceremonias, uno de los elementos que forma esa consciencia de juridicidad por lo general de manera muy progresiva es el paso del tiempo. Esto en muchos casos no solo a falta de una norma formal sino en contra de una. A medida que se van repitiendo los actos, a medida que se va generando una anterior ocasión en que se hizo algo de determinada manera, ahí parece ir construyéndose el derecho en su sentido más puro o en su sentido más impuro, dependiendo de cómo se vea (López Medina, 2004).

A través de herramientas con un componente empírico, es necesario que los investigadores jurídicos hagamos una búsqueda de aquellos espacios en los que se forma una creencia en la obligatoriedad o, al menos, un sentimiento de juridicidad solo por las repeticiones. Lo cierto es que, en esto se encuentra la razón de que cuando se elabora cualquier documento jurídico, ya sea este un contrato, un oficio, un escrito o un proyecto de norma, lo primero que siempre se utiliza es un modelo. No es solo un tema de practicidad. Es usualmente también un tema de validación y de confianza de que el acto que uno está realizando se ha hecho de determinada manera en el pasado. Esta casi imperceptible creencia difundida es virtualmente omnipresente en el derecho. Incluso, en un sistema jurídico que se precie de funcionar bien, vistas en panorama, las normas positivas pueden llegar solamente a un determinado nivel de especificidad. Todos los intersticios en los que se desenvuelve la actividad de los juristas y de los ciudadanos, en general, se llenan mediante un proceso continuo de validaciones en base a lo que se hizo en ocasiones anteriores. En otras palabras, en base a la autoridad del antes.

Tal es el espacio en el que el rol del jurista y el del historiador se vinculan. Como se ve, el jurista y el historiador son dos actores que conviven cotidianamente con el pasado. Su autoridad les viene en ambos casos de ser los que acceden a las fuentes primarias. Y es que la propia razón de validez de las normas se encuentra en su permanencia temporal. No hay nada más que mirar el ámbito de la jurisprudencia para observar que la acumulación de las decisiones del pasado suele ser lo central para determinar las reglas del presente. No nos sorprenda entonces la próxima vez que escuchemos un aforismo romano. Esa cita a juristas romanos que pocos conocen y que es blanco de críticas por los abogados contemporáneos pervive aún hoy como mecanismo sencillo pero efectivo de argumentación. Y es que tiene una misteriosa autoridad para la gente saber que, hace dos mil años, frente a un mismo problema se adoptó una determinada solución. El derecho, se dice, es al fin y al cabo nada más que el revestimiento formal del tiempo.

## **5. EL CASO DE LA ENFITEUSIS DEL MONASTERIO DE LA CONCEPCIÓN**

Esas tres formas de ver la utilidad de la historia del derecho, en base a su utilidad práctica, en base a la historia social del derecho y, en base a la autoridad del antes, las examinaremos ahora tomando un caso en concreto que proviene de una investigación reciente realizada respecto de un caso legal conocido en la ciudad de Lima (Fernández Salas, 2021).

El Monasterio de la Concepción, fundado en el año siglo XVI<sup>(1)</sup>, era uno de los monasterios más opulentos e importantes de la época colonial (Pino Bazalar, 2020). Dentro de la rectilínea disposición de la Lima colonial, el Monasterio ocupaba dos manzanas entre los actuales jirones Huallaga, Andahuaylas y Ucayali y la avenida Abancay (Capristan Nuñez, 2020). Todavía hoy se puede apreciar la Iglesia de la Concepción en la esquina de la avenida Abancay con el jirón Huallaga. El Monasterio

(1) Según Marco Antonio Capristán el Monasterio habría sido fundado en 1592 (Capristan Nuñez, Marco Antonio. “Mercado central de Lima. Evolución histórica”. En: Conferencia virtual “El Mercado Central de Lima”. Instituto Riva-Agüero PUCP. 4 de junio de 2020).



de la Concepción se encuentra en estos días en medio de una complicada gestión legal con el objetivo de sanear su derecho de propiedad sobre un inmueble en el centro de Lima.

Se trata de un predio sobre el que se constituyó, en el siglo XIX, un derecho real de enfiteusis. El acto lo realizó el Monasterio de la Concepción a favor del señor José María Puente Arnao en 1853 sobre terrenos que tenía en las cercanías de la Iglesia de la Concepción. Así, por escritura pública otorgada ante el Notario José de Zelaya el día 4 de agosto de 1853, la Reverenda Madre Abadesa del Monasterio de la Concepción dio en venta enfiteútica a favor de José María Puente Arnao unos terrenos conocidos como “la Ollería y Huerta Perdida” en ese entonces “ubicados en las afueras de esta capital”. La venta enfiteútica se dio por el plazo de 150 años y por un canon de 360 pesos al año<sup>(2)</sup>. Puente Arnao, quien sería posteriormente alcalde de Lima como reemplazo de Antonio Gutiérrez de la Fuente (Gunther Doering, 1983, p. 19), recibía con esto un tipo de derecho que representaba un desdoblamiento de la propiedad típico de la época.

Después de 150 años de la original venta enfiteútica, el mencionado derecho ha quedado finalmente extinguido y el Monasterio de la Concepción exige a los registros públicos que publiciten la consolidación de su derecho sobre el predio. Sin embargo, en medio de malentendidos de los funcionarios públicos y los abogados involucrados acerca del desdoblamiento del dominio directo y del dominio útil que acarrea la enfiteusis y la forma de publicitar estas titularidades en el registro de propiedad inmueble, el Monasterio ya está por cumplir 20 años sin poder solucionar el inconveniente. El caso proporciona un acercamiento de primera mano a las complejidades que los sistemas abiertos o semiabiertos de derechos reales generaban en la gestión de la propiedad inmobiliaria hasta el siglo XIX. Así, permite reducir la lejanía que dichos argumentos de tipo histórico podrían tener en el sustento del clásico principio de *numerus clausus* de los derechos reales.

## 5.1. EL DEBATE SOBRE EL PRINCIPIO DE NUMERUS CLAUSUS

Hoy en día, no se ven enfiteusis ni censos enfiteúuticos en las negociaciones de contratos ni en solicitudes de inscripción en registros públicos. La razón de ello es la existencia del principio de *numerus clausus* que rige el campo de los derechos reales. El artículo 881 de nuestro actual Código Civil señala que solo son derechos reales los regulados en el libro V de dicho cuerpo de normas o los regulados en otras leyes.

Así, este principio de *numerus clausus* determina que no se pueden utilizar derechos reales antiguos, que ya no se encuentran regulados en nuestro Código Civil. Los censos, capellanías y mayorazgos usados de manera corriente hasta el siglo XIX se encuentran en buena cuenta prohibidos de utilizarse hoy en día. Como un corolario de lo anteriormente señalado, no se puede tomar un derecho real existente y darle una regulación particular al punto de desconfigurar su contenido legal.

Este principio de *numerus clausus* es objeto de algunas críticas especialmente por su naturaleza restrictiva de la libertad de los particulares. Así, desde una perspectiva funcional-liberal, se cuestiona la exclusión del rol que pueden cumplir los propios ciudadanos en la determinación de cuál es el derecho real que podría satisfacer mejor sus intereses particulares. Desde esta perspectiva, la

---

(2) Asiento 1 de fojas 325 del tomo LVI del Registro de Propiedad Inmueble de Lima

imposición de una regla que impide la creación de derechos ad-hoc genera ineficiencias y reducciones en el bienestar general potencial. Se agrega que, en el aspecto institucional nuestra actual Constitución es una que prioriza las libertades económicas y que no existe mayor razón para que dentro de los derechos patrimoniales sobre bienes solo algunos de ellos tengan las protecciones especiales que tienen los derechos reales (Mejorada Chauca, 2014, p. 179).

En contra de esa postura de modificar el principio de *numerus clausus*, tanto en el extranjero como a nivel nacional, existen voces que explican de qué manera incluso en un sistema económico liberal el principio tiene una razón de ser (Barboza de las Casas, 2018, pp. 30-33). Su utilidad principal se encuentra en que este principio reduce los costos de investigación en que tienen que incurrir los operadores económicos al momento de contratar respecto a derechos reales. Al tener tipos preestablecidos, tanto los adquirentes de derechos reales como los terceros pueden saber con más rapidez cuáles son las ventajas y desventajas de un tipo real específico. Estos costos de averiguación son en última instancia costos de transacción, por lo que su minimización es beneficiosa para la celebración de acuerdos en el mercado.

En esta encrucijada se hace difícil tomar posición de manera certera hacia alguno de los lados. Se requeriría, en mi opinión, de un componente empírico en el estudio, es decir, el análisis de cuáles son los niveles de dificultad que un sistema abierto de derechos reales generaría a un usuario. Sin embargo, ese estudio empírico es más complicado debido a que ese es un sistema que no tenemos en nuestro país. Ahí es donde la historia del derecho resultó una herramienta útil.

## 5.2. LA ENFITEUSIS COMO EJEMPLO DE DERECHO REAL DECIMONÓNICO

Aunque las enfiteusis tuvieron gran utilidad en un contexto de tráfico inmobiliario más estático y con fuerte presencia de las instituciones religiosas en la tenencia de los inmuebles, se fue viendo con el tiempo que este tipo de derechos eran un obstáculo para el progresivo desarrollo tanto urbano como agrario basado en la propiedad individual (Basadre Grohmann, 2014, p. 230). La existencia de un “doble dominio” complejizaba los juicios por tierras (Armas Asín, s/f, p. 12). Fernando Armas menciona el ejemplo de la complicación que significó este tipo de desdoblamientos de la propiedad para la construcción de la avenida La Colmena (hoy avenida Nicolás de Piérola) debido a que, si bien el dominio directo se encontraba en gran parte de los casos en la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima, el dominio útil pertenecía a titulares que exigían sumas demasiado altas para la cesión de sus derechos para la realización de esta obra pública (Armas Asín, s/f, p. 12).

Como parte de un progresivo proceso de eliminación de este tipo de desdoblamientos de la propiedad, la distinción entre el dominio directo y el dominio útil que se daba con los censos enfiteúticos quedó excluida de la baraja de opciones del sistema de derechos reales con la Ley 1447 del 7 de noviembre de 1911. Mediante dicho dispositivo aprobado en el primer gobierno de Augusto Leguía, se dispuso la consolidación de las enfiteusis a través de un procedimiento que debía ejecutarse ante el juez de primera instancia de la provincia en que se encontrara el inmueble. La finalidad de esta reforma era la de prohibir la constitución de este derecho y eliminar las trabas a la libre disposición de los bienes que estas implicaban (bien por el desdoblamiento de la propiedad, bien por los derechos de *fádinga* y *laudemio* que aplicaban ante cualquier transferencia) (Basadre Ayulo, 1992, pp. 155-156). Esta reforma iba en línea con las sucesivas modificaciones legislativas destinadas a



la redención de censos (en 1864 y 1893) y la administración por las beneficencias públicas de los bienes de las cofradías, archicofradías y obras pías (en 1889) (Basadre Ayulo, 1992, p. 155).

La ley 1447 no significó, sin embargo, la desaparición de todas las enfiteusis existentes en nuestro territorio. La consolidación se trataba, al fin y al cabo, de un procedimiento voluntario. Por lo tanto, en aquellos casos en los que no se había seguido dicho procedimiento se mantenía vigente el derecho. Así lo dispusieron también los códigos civiles posteriores a la ley 1447. El Código Civil de 1936 estableció que se registrarían por la legislación anterior los derechos nacidos según ella de hechos realizados bajo su imperio, aunque dicho código no los reconociera<sup>(3)</sup>. Del mismo modo, el actual Código Civil de 1984 recoge una disposición idéntica a la del Código del 1936 entre sus disposiciones transitorias<sup>(4)</sup>.

De este modo, la enfiteusis constituida por el Monasterio de la Concepción, que durante el siglo XX ya había quedado en beneficio de la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima, sobrevivió tanto a la vigencia de la ley 1447 como a la promulgación de los códigos civiles de 1936 y de 1984. La única modificación que tuvo el predio en décadas posteriores a las últimas transferencias fue el cambio de nombre de la calle para pasar a llamarse el Jirón Ayacucho, quedando como numeración del inmueble el número 965<sup>(5)</sup>.

Como se dijo, la enfiteusis fue originalmente constituida por el plazo de 150 años. La conclusión del plazo se dio el 3 de agosto del año 2003. Sobre eso se dejó constancia en la partida registral del inmueble al inscribirse la extinción de la enfiteusis el 24 de agosto del 2004 a solicitud del Monasterio de la Concepción<sup>(6)</sup>. En línea con ello, el Monasterio de la Concepción, representado por el señor Augusto Estacio Hermoza, presentó el día 30 de marzo de 2005 ante la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) un título solicitando la aclaración del asiento de dominio de la partida registral del inmueble. Pedía como aclaración que se consigne que el dominio directo del inmueble corresponde al Monasterio de la Concepción. El título fue tachado por la registradora a cargo, Pelma Tricia Casimiro Julca, por el argumento de que no se trataba de un acto inscribible. En la apelación a la decisión de la registradora, el Monasterio aclaró la historia que se ha detallado en este texto resaltando que, en paralelo a las sucesivas transferencias del dominio útil del inmueble, la titularidad del dominio directo siempre permaneció en el Monasterio. Por lo tanto, al inscribirse la extinción de la enfiteusis debía aclararse que la propiedad se había consolidado en el Monasterio, lo cual no se hizo en dicha inscripción.

En respuesta a esta apelación, el Tribunal Registral aceptó que, como consecuencia del vencimiento de la enfiteusis, el dominio útil había retornado a su anterior titular, el Monasterio de la Concepción<sup>(7)</sup>. Sin embargo, luego el Tribunal Registral señaló que cuando se constituyó la enfiteusis se inscribió en la partida registral únicamente el dominio útil y no el dominio directo de este. En ese

(3) Artículo 1826 del Código Civil de 1936.

(4) Artículo 2120 del Código Civil de 1984.

(5) Asiento B0001 de la Partida Electrónica N° 07016236 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima.

(6) Asiento E0001 de la Partida Electrónica N° 07016236 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima.

(7) Fundamentos 1 al 9 de la Resolución del Tribunal Registral N° 427-2005-SUNARP-TR-L de fecha 20 julio de 2005.

sentido, al considerar que en dicha partida no se encontraba inscrita la titularidad del dominio directo, el Tribunal señaló que no se podía publicitar al Monasterio de la Concepción como el titular de la propiedad consolidada del inmueble. El Tribunal señaló que, en todo caso, el Monasterio tendría que acreditar con los respectivos títulos su titularidad del dominio directo<sup>(8)</sup>.

Desde mi punto de vista, es un error el rechazo que hace el Tribunal Registral de la aclaración solicitada por el Monasterio de la Concepción. El error consiste en que se toma la partida como si esta solo contuviera el dominio útil del inmueble cuando considero que en dicha partida se encontraban inscritos tanto el dominio directo como el dominio útil. La organización del registro de propiedad inmueble se rige por el principio de especialidad, según el cual se abre una partida registral por cada bien. En este caso, se trata del bien inmueble ubicado en Jirón Ayacucho N° 965 que en cierto momento se desmembró del antiguo predio llamado la Huerta Perdida en el centro de Lima. Siguiendo ello, en esta partida registral se encontraba contenido el derecho de propiedad original del Monasterio de la Concepción y en esta partida también se registró el posterior desdoblamiento de la propiedad entre el dominio directo y el dominio útil.

Pero la SUNARP no procedió siguiendo esa línea. En un segundo intento de inscripción de la consolidación del derecho, por parte del Monasterio de la Concepción, en el año 2017, el Tribunal Registral rechazó nuevamente su pedido<sup>(9)</sup>. Dicho órgano repitió y transcribió los mismos argumentos que se habían utilizado en la resolución del Tribunal Registral del año 2005. Ante ello, el Monasterio de la Concepción se encuentra actualmente siguiendo la vía de una solicitud de formación de títulos supletorios de dominio con el Notario de Lima Juan Belfor Zárate del Pino que también parece estar teniendo inconvenientes en su tramitación en registros públicos. Desde el año 2003 hasta la fecha son ya 18 años los que ha tenido que invertir el Monasterio en la gestión del saneamiento de su derecho de propiedad sobre este predio.

### 5.3. LA UTILIDAD DE LA HISTORIA DEL DERECHO EN EL CASO

Este caso, es una muestra de la utilidad que puede tener la historia del derecho de los puntos de vista descritos anteriormente. Comenzando por el aspecto de la utilidad práctica, basta con mencionar que este es un caso que en la actualidad viene generando honorarios profesionales para abogados que, en el ejercicio cotidiano de su profesión, se encuentran tratando de resolver un problema práctico. Naturalmente, el caso se hace más interesante tratándose de una institución icónica como el Monasterio de la Concepción y de un derecho real en cuyas sucesivas transferencias uno puede encontrar a la esposa de un cuestionado presidente de la república del siglo XIX, un alcalde de Lima, un senador de la república, un famoso empresario de ferrocarriles y hasta al ancestro de un actor de la farándula peruana contemporánea.

(8) Fundamento 10 de la Resolución del Tribunal Registral N° 427-2005-SUNARP-TR-L de fecha 20 julio de 2005. El voto discordante en dicha resolución concuerda con la opinión principal en que se necesitan los títulos del Monasterio para proceder a la inscripción de su dominio directo. Solo difiere con la opinión mayoritaria en que considera que el dominio útil se ha extinguido junto a la enfiteusis y no corresponde decir que dicho dominio ha retornado al Monasterio de la Concepción.

(9) Resolución del Tribunal Registral N° 2087-2017-SUNARP-TR-L de fecha 15 de setiembre de 2017.

La mirada desde la historia social del derecho también nos permite entender de manera más amplia el contexto socioeconómico de la constitución y uso de derechos reales que actualmente no se encuentran vigentes. Así, nuestra regulación contemporánea de los derechos reales es heredera del proceso de reforma liberal que operó en el derecho privado en el siglo XIX. Esto implicó un quiebre a veces drástico y a veces más progresivo con un conjunto de instituciones políticas, económicas y también jurídicas del antiguo régimen. En el caso de la regulación legal de la propiedad inmobiliaria, la visión fue que debían reducirse o eliminarse todas aquellas figuras que implicaban desdoblamientos de la propiedad. La razón de dicha opción político-legislativa era que entorpecían una de las características principales de la economía moderna que es la facilidad de intercambiar bienes en el mercado.

Uno de los actores centrales, en este proceso de desamortización de la propiedad, fue la Iglesia. Las instituciones eclesiásticas eran el principal titular o concedente de este tipo de derechos, a los que comúnmente se conoce como vinculaciones. Aunque en el siglo XX la Iglesia fue reduciendo su importancia como actor económico, su rol central en el manejo de propiedad inmobiliaria hasta el siglo XIX fue parte de la problemática a la que la reforma liberal trató de responder. La dificultad de entender cuáles eran los titulares de un inmueble y en qué términos lo eran se acrecentaba cuando había de por medio un censo enfiteútico o una capellanía y esta problemática motivó reformas legislativas en el ámbito del derecho civil.

Un ejemplo de dichas reformas fue la generalización del principio de *numerus clausus* de los derechos reales. Con este principio se buscó tener en la codificación civil un listado taxativo y comprensible de los derechos reales que se encuentran a disposición de los ciudadanos. Los enmarañamientos de los juicios de tierras ya no serían tales, debido a que las titularidades sobre los bienes raíces ya no serían tan complejos de entender. Uno de los objetivos principales de las codificaciones liberales del siglo XIX, la protección del tráfico de bienes, se protegía y facilitaba mediante el principio de *numerus clausus*.

Actualmente, este principio se observa con ojos distintos. Antes hemos mencionado la existencia de voces que cuestionan el paternalismo estatal de imponer una tipicidad específica respecto de los derechos reales y la limitación de la libertad de configuración contractual que esto representa para los ciudadanos. Hemos señalado también que la evaluación de las propuestas legislativas de eliminación o mediatización del principio de *numerus clausus* debe incorporar un componente empírico, tal vez con una medición de los costos de transacción que se darían con este principio y sin este principio. Sin embargo, el insumo contextual que proporciona la perspectiva de la historia social del derecho es uno al que el debate doctrinario no ha recurrido lo suficiente.

Finalmente, lo interesante es que este mismo caso se presta también para reflexionar sobre el valor de la historia del derecho desde la perspectiva de la autoridad del antes. Cada uno de los argumentos esgrimidos en el procedimiento registral implica recurrir tanto a las prácticas como a las inscripciones registrales antecedentes al caso en discusión. Una gran parte de la forma en que se extienden los asientos registrales contemporáneos se basa en la práctica que van construyendo los registradores y que solo después se recoge bien en jurisprudencia o bien en normas reglamentarias. Pensemos, por ejemplo, en la lógica de los rubros de las partidas registrales y cómo este llega a las partidas electrónicas desde el formato anterior, las fichas registrales. Tal vez la mejor forma de aprender (y enseñar) derecho registral inmobiliario es tomar una partida registral y seguir el rastro

de los antecedentes para identificar la forma en que las inscripciones registrales han ido basándose en prácticas anteriores.

Por ello, en la investigación que se ha reseñado lo que se hizo fue un recuento del caso de la enfiteusis del Monasterio de la Concepción a través del archivo registral con que cuenta la SUNARP sobre la propiedad inmobiliaria. Además de un historiador y su cotidiana visita a los archivos para desempolvar información, analizarla y ofrecerla al público y con ello empujar las fronteras del conocimiento de nuestro pasado, ¿cuál es el otro profesional que pasa tanto de su tiempo en los archivos? Es el abogado que en su consultoría sobre la situación legal de un inmueble visita los Registros Públicos, paga su tasa y solicita los títulos archivados para examinarlos y extraer de ellos consejos y soluciones al problema legal de su cliente.

Las labores del historiador y del abogado en este punto son ostensiblemente afines. Son ellos los continuos visitantes de archivos registrales, pero también de archivos notariales y archivos judiciales. Las sutilezas y hasta mañas de la visita a un archivo, la forma de organizar las fotos que le toman a determinadas páginas de los documentos antiguos o hasta la lupa con que se esfuerzan por descifrar la caligrafía de un registrador de inicios del siglo XX son puntos en común entre ambas profesiones. Y es también esa la misma fuente de su autoridad intelectual. Son el historiador y el abogado las figuras a quienes la sociedad encomienda el conocimiento de las fuentes primarias y es, por tanto, a ellos a quienes recurre para evitar las distorsiones que la revisión de fuentes secundarias ocasiona. De ahí que se puede afirmar que quien estudia o practica el derecho no hace más que practicar una forma concretizada del método histórico. Hablar de la “historia del derecho” es, luego de todo lo discutido, casi una tautología.

## Referencias bibliográficas

- Arguedas, J. (1987). *Las comunidades de España y del Perú*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana.
- Armas, F. *Enfiteusis y contexto económico: el comportamiento de las instituciones religiosas en la ciudad de Lima, siglo XIX*. Sin fecha, p. 12. [http://gondolin.udg.edu/Portals/87/IRH/CRHR/Armas\\_Complert\\_4.pdf](http://gondolin.udg.edu/Portals/87/IRH/CRHR/Armas_Complert_4.pdf) (revisado el 19 de octubre de 2020).
- Asiento 1 de fojas 325 del tomo LVI del Registro de Propiedad Inmueble de Lima.
- Asiento B0001 de la Partida Electrónica N° 07016236 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima.
- Barboza, G. (2018). *Fundamentos para la Flexibilización del Tipo en los Derechos Reales*. [Tesis para optar el grado de académico de magíster en derecho civil. Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Basadre, J. (1992). Notas sobre el proceso de codificación civil en el Perú en el siglo XIX. El Código Civil de 1852. Las transformaciones del derecho civil peruano a partir de 1852. *En: Revista Chilena de Historia del Derecho* (17).
- Basadre, J. (2014). *Historia de la República del Perú. 1822-1933*. Tomo 3. Lima: Cantabria
- Capristan, M. (2020). Mercado central de Lima. Evolución histórica. *En: Conferencia virtual “El Mercado Central de Lima”*. Instituto Riva-Agüero PUCP.

- Fernández, J. (2020). La propiedad y el común. Reflexiones sobre el valor de la comunidad en el presente de crisis. *En: Derecho de los Desastres: Covid-19. Tomo I.* Lima: Facultad de Derecho PUCP, pp. 451-468.
- Fernández, J. (2021). La enfiteusis del Monasterio de la Concepción: un análisis inductivo del numerus clausus de los derechos reales. *En: Ariano Deho, Eugenia (Coord.) Derecho Civil y Postmodernidad.* Lima: Grijley, 2021.
- Gomez, J. (2001) *El historicismo filosófico-jurídico de F.K. Von Savigny.* Madrid: UNED,
- Gunther, J. (1983). *Planos de Lima 1613-1983.* Lima: Municipalidad Metropolitana de Lima.
- Herzog, T. (2015). *Frontiers of Possession: Spain and Portugal in Europe and the Americas.* Cambridge: Harvard University Press, , pp. 262-264.
- Larenz, K. (1980). *Metodología de la Ciencia del Derecho. Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero.* Barcelona, Carcas, México: Editorial Ariel.
- López, D. (2004) *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana.* Bogotá: Legis.
- Mejorada, M. (2014) Derechos sobre bienes y el numerus clausus. *En: Themis-Revista de Derecho,(66),* p. 179.
- Mijangos & Gonzalez, P. (Coord.). *Historia del derecho, ¿para qué?* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.
- Pino ar, D. "La Iglesia de la Concepción". *En: Lima la Única.* 21 de julio de 2011. <http://www.limalaunica.pe/2011/07/la-iglesia-de-la-concepcion.html> (revisado el 19 de octubre de 2020).
- Ramos, C. (2013). *Derecho, tiempo e historia. Discursos académicos.* Lima: Legisprudencia.
- Resolución del Tribunal Registral N° 427-2005-SUNARP-TR-L de fecha 20 julio de 2005.
- Resolución del Tribunal Registral N° 2087-2017-SUNARP-TR-L de fecha 15 de setiembre de 2017.