

Após um considerável decurso de tempo, eis que voltamos à cena acadêmica desta bicentenária, sempre nossa, Universidad de Buenos Aires, com o vigésimo terceiro volume da Coleção REFLEXIONES SOBRE DERECHO LATINOAMERICANO.

Desejamos enfatizar, aqui, o prestígio e a consideração com que sempre nos distinguiu o Professor Dr. Ricardo Rabinovich, nosso estimado Diretor, apoiando e nos incentivando a continuar. Esperamos, portanto, seguir atendendo as expectativas dele para esta coleção.

Esta coletânea se iniciou e prosseguirá com o mesmo propósito: abordar temas distribuídos entre as mais variadas esferas relativas ao conhecimento inerente ao direito e aos demais ramos do saber a ele relacionados, para que se possa, ao compulsá-la, aquilatar e compreender o legado científico e sociocultural que os discentes dos cursos para o doutorado vêm, desde abril de 2011 (data do volume primeiro), construindo e reconstruindo dentro desta magnífica Universidad de Buenos Aires.

Temos certeza que a continuação desta coletânea servirá como elemento motivador de novas indagações, propostas e sugestões. Assim como as dúvidas ou anseios do seio do alunato será incentivado, surgindo, dessa forma, mais artigos para que possamos, por meio deles, deixar, cartulariamente, registrado o fruto de nossas pesquisas durante o tempo que passamos pelos bancos desta casa.

Nós Coordenadores, desejamos uma enriquecedora leitura a todos.

Buenos Aires, abril de 2018

Coordenadores

Paulo - José Marco - Leticia



“Si hay algo que puede hacer universitario a lo jurídico, parece, poco tiene que ver con la memorización de las normas vigentes, la repetición hipnótica de sentencias, la servil emulación de los autores que gozan (bien o mal) de fama. Si existe una cualidad que permita que los centros de enseñanza del derecho sean llamados facultades y no meras escuelas técnicas, difícilmente distinguibles de las de artes muy respetables y hasta antiguas, como la plomería o la mecánica, intuyo que se trata del fomento del pensamiento original y crítico, rebelde y constructor.

...Laura Lora, pues, apreciada por sus discípulos y por sus colegas, es genuina acreedora a este homenaje de nuestros estudiantes. Reconocimiento al que sin hesitar adhiero, hablando por mí y por los demás docentes del Programa, en el que ella desde sus inicios se desempeña con brillantez.

Los artículos que fueron integrando esta Colección han sido fecundo fruto de la pluma de mujeres y hombres de ciencia provenientes de casi todos los países de Iberoamérica (con predominio del Brasil), de algunas naciones africanas y de estados europeos. Son obras que exceden con mucho el terreno académico (en el que, de por sí, ya descuellan) para pasar a forjar el futuro de integración y fraternidad...

...La idea de esta Colección ha sido genial. No retaceo felicitaciones a sus tres inspiradores. Espero que se mantenga, que siga y prospere. Que continúe surcando los años. Que gane cada vez más vuelo.

Un vuelo que comprometa y lleve a comprometerse. Que involucre y se involucre con la lucha pacífica y sagrada de los pueblos por un mañana sin explotación, sin imperialismos, sin prepotencias hegemónicas. Sin delirios de supremacía o superioridad.

Por ese dulce atardecer de fraternidad, justicia e igualdad con que hemos de soñar, creo, en todas las facultades de derecho.”

Profesor Dr. Ricardo D. Rabinovich-Berkman
Director del Departamento de Ciencias Sociales
de la Facultad de Derecho y del Doctorado en
Derecho de la Universidad de Buenos Aires

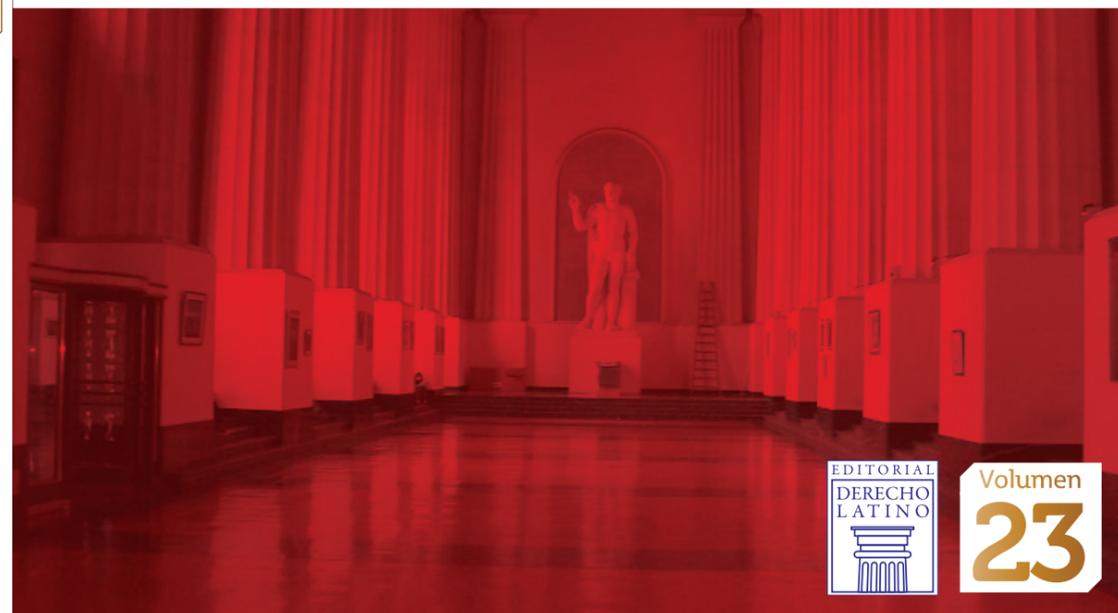
Volumen

23

Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano
Estudios en Homenaje a la Profesora Dra. Laura Noemí Lora



Coordenadores: Paulo Aragão - José Marco Tayah - Leticia Danielle Romano



Volumen
23

Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano

Estudios en Homenaje a la Profesora Dra. Laura Noemí Lora

Presentación: Ricardo D. Rabinovich-Berkman

- Paulo Aragão | Kamyllé Mourão
- José Marco Tayah
- Alicia Vargas Claire
- Carla Ledezma Castro
- Hugo Alexander Garcés G.
- Irani Santos Gil
- Irene Coppola | José Arimateia Barbosa
- Izabela Dornelas Corrêa
- Maria Gabriela de Assis Souza | Marcelo Lessa da Silva | Jannice Amóras Monteiro

- Jorge Zevallos-Quñones Pita
- José Arimateia Barbosa | Cândida Carvalho
- José Francisco de Sousa
- Lisane Carvalho de Melo Costa Pinto
- Luciana Fernandes de Freitas
- Maria do Carmo Santos
- Mércia Pereira
- Neiva Lima dos Santos Buaiz
- Néstor Raúl Arturo Dorado
- Tânia Mota de Oliveira

Después de un transcurso de tiempo, volvemos a la escena académica de esta bicentenaria, siempre nuestra, Universidad de Buenos Aires, con el vigésimo tercer volumen de la Colección REFLEXIONES SOBRE DERECHO LATINOAMERICANO.

Deseamos enfatizar, el prestigio y la consideración con la que siempre se distinguió el Profesor Dr. Ricardo Rabinovich, nuestro estimado Director, apoyando e incentivándonos a continuar. Por eso, esperamos seguir satisfaciendo sus expectativas en esta colección.

Esta colección se inició y proseguirá con el mismo propósito: abordar temas repartidos entre las más variadas esferas relativas al conocimiento inherente al derecho y a las demás ramas del saber relacionadas, para que así se pueda impulsar, evaluar y comprender el legado científico y sociocultural que los estudiantes de los cursos para el doctorado están, desde abril del 2011 (fecha del primer volumen), construyendo y reconstruyendo dentro de esta magnífica Universidad de Buenos Aires.

Estamos seguros que la continuación de esta colección servirá como elemento motivador de nuevas investigaciones, propuestas y sugerencias. Así como el anhelo de indagación y exploración del alumnado será incentivado, surgiendo, de esta forma, más artículos para que podamos, por medio de ellos, dejar registrado el fruto de nuestras investigaciones durante el tiempo que pasamos por las bancas de esta casa.

Nosotros Coordinadores, les deseamos una enriquecedora lectura a todos.

Buenos Aires, abril de 2018

Coordenadores

Paulo - José Marco - Leticia

Reflexiones Sobre Derecho Latinoamericano

Estudios en Homenaje a la Profesora
Dra. Laura Noemí Lora



Coordinadores
Paulo Aragão
José Marco Tayah
Letícia Danielle Romano

Coordinadores Adjuntos
Carla Ledezma Castro 🇲🇵
Tânia Mota de Oliveira 🇧🇷
Virgilio Hernández Enríquez 🇲🇵
María de Lourdes Solórzano Vera 🇲🇵

Presentación de
Ricardo D. Rabinovich-Berkman



Fortaleza | Buenos Aires
2018

Copyright © 2016 por Paulo Aragão,
José Marco Tayah e
Letícia Danielle Romano
*Reflexiones sobre Derecho
Latinoamericano – Volumen 22*

Queda prohibido la reproducción
integral o parcial de esta obra, sea
por cualquier medio y para cual-
quier fin, sin la autorización previa,
por medio escrito, de los autores.

Obra protegida por la
Ley de Derecho de Autor.

**A venda dos exemplares é feita exclusivamente
para os autores | La venta de los ejemplares se la
hace solamente a los autores:**
uniuba@gmail.com

Capa e Editoração | Capa e Edición
Francisco Batista (fbatista29@gmail.com)

Assistente Editorial | Asistente Editorial
Kamylle Mourão

Impressão e Acabamento | Impresión y Acabado
Expressão Gráfica e Editora Ltda.

Nota Editorial: Dejamos expresa constancia que los artículos aquí expuestos fueron escritos y realizados por alumnos que actualmente están cursando en la Modalidad Intensiva del Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Tanto el contenido de los mismos, con la traducción al idioma español, son exclusiva responsabilidad de ellos. La Expressão Gráfica e Editora, o Consejo Editorial Latino y los coordinadores no se responsabilizan por el contenido de los mismos.

Nota de Esclarecimento: Cada um dos autores é integralmente responsável pelo conteúdo e tradução de seu artigo, não tendo a Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires e seus professores, a Expressão Gráfica e Editora, o Conselho Editorial Latino e os coordenadores da Coleção Reflexões sobre Direito Latino-americano qualquer espécie de responsabilidade por eventuais equívocos.

Paulo Aragão, José Marco Tayah e Letícia Danielle Romano
(*Coordenadores / Coordinadores*)

CIP – Cataloguing-in-Publication – Brasil Catalogação na Publicação

Ficha Catalográfica feita pela editora

T23u Aragão, Paulo; Tayah, José Marco; Romano, Letícia Danielle
Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano: Estudios en Homenaje a la Profesora Dra.
Laura Noemí Lora / Paulo Aragão; José Marco Tayah; Letícia Danielle Romano. – Fortaleza –
Buenos Aires: Expressão Gráfica e Editora, 2018.

384 p. : 16 x 23 cm ; Il. Foto

ISBN: 978-85-420-1203-3

1.Derecho. 2. Derecho Internacional Público. 3. Genocídio – Derecho Internacional.
4.Derecho Internacional Privado. 5. Derecho Latinoamericano. 6. Direito Civil. 7. Direito
Penal. 8. Direito Constitucional. 9. Direito do Trabalho I. Aragão, Paulo II. Tayah, José
III. Romano, Letícia Danielle IV. Título.

CDD 340
341.1

Índice para catálogo sistémico

1.Derecho. 2. Derecho Internacional Público. 3. Genocídio – Derecho Internacional. 4.Derecho
Internacional Privado. 5. Derecho Latinoamericano. 6. Direito Civil. 7. Direito Penal. 8. Direito
Constitucional. 9. Direito do Trabalho

Sumário

A MODO DE PRESENTACIÓN

Profesor Dr. Ricardo Rabinovich-Berkman | 9

NOTA DE LOS COORDINADORES | 13

NOTA DOS COORDENADORES | 15

LAS FUNDACIONES CORPORATIVAS EN BRASIL Y EN LOS ESTADOS UNIDOS

Paulo Aragão

Kamylle Mourão | 17

JULGAMENTO FICTÍCIO: CRAINQUEBILLE E A QUESTÃO DA JUSTIÇA

José Marco Tayah | 41

DIVISIÓN DEL PATRIMONIO EN EL DIVORCIO INTERNACIONAL

Alicia Vargas Claure | 69

SOBRE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS Y LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES

Carla Ledezma Castro | 89

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PELÍCULA “EL LABERINTO DEL FAUNO” (CINE, MITOLOGÍA Y DERECHO)

Hugo Alexander Garcés G. | 103

CRIMINOLOGIA E SOCIOLOGIA JURÍDICO-PENAL – ENTORPECENTES. TRÁFICO OU CONSUMO?

Irani Santos Gil | 117

DERECHOS HUMANOS – DERECHO A LA SALUD

Irene Coppola

José Arimateia Barbosa | 125

LA SALUD DE LA MUJER PRIVADA DE LIBERTAD

Izabela Dornelas Corrêa | 159

A REMOÇÃO FORÇADA DOS MORADORES DE FAVELAS NO RIO DE JANEIRO PARA OS JOGOS OLÍMPICOS DE 2016: O CASO DA VILA AUTÓDROMO

Maria Gabriela de Assis Souza

Marcelo Lessa da Silva

Jannice Amóras Monteiro | 171

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN PRIMIGENIA DE LA ANTIGUA PROPIEDAD COLONIAL PERUANA: LOS BIENES INMUEBLES “AMARRADOS” A LOS VÍNCULOS LAICALES Y SU DESTRABE JUDICIAL. CASA CONCHA VS ROJAS CORZAGATÓN (1873-1904)

Jorge Zevallos-Quiñones Pita | 199

SEGURANÇA JURÍDICA DOS ATOS VIABILIZADOS POR MEIO ELETRÔNICO, A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A PRIVACIDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E PORTUGUESA RELATIVAMENTE AO REGISTO PREDIAL

José Arimateia Barbosa

Cândida Carvalho | 213

TUTELA DE URGENCIA Y TUTELA DE EVIDENCIA CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y EL DESCENTRALISMO JURIDICO EVIDENTE

José Francisco de Sousa | 235

O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO E A ESPECIFICIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ANTE A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 DO STF

Lisane Carvalho de Melo Costa Pinto | 251

ESCEPTICISMO MORAL Y LA FUNCIÓN DE LAS PENAS

Luciana Fernandes de Freitas | 275

REFLEXIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS HASTA LA LLEGADA DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Maria do Carmo Santos | 285

ESCLAVITUD INFANTIL EN LA CONTEMPORANEIDAD: LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Mércia Pereira | 309

RESPONSABILIDADE CIVIL E AMBIENTAL DAS MINERADORAS

Neiva Lima dos Santos Buaiz | 333

SENTENCIA DE TUTELA 254 DE 1994 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Néstor Raúl Arturo Dorado | 351

LA PERTINENCIA DE UNIFICAR LAS NORMAS DE FORMATO DE LA PRODUCCIÓN ACADÉMICA EN AMÉRICA LATINA

Tânia Mota de Oliveira | 361



A modo de Presentación

Si hay algo que puede hacer universitario a lo jurídico, parece, poco tiene que ver con la memorización de las normas vigentes, la repetición hipnótica de sentencias, la servil emulación de los autores que gozan (bien o mal) de fama. Si existe una cualidad que permita que los centros de enseñanza del derecho sean llamados facultades y no meras escuelas técnicas, difícilmente distinguibles de las de artes muy respetables y hasta antiguas, como la plomería o la mecánica, intuyo que se trata del fomento del pensamiento original y crítico, rebelde y constructor.

Claro está que una visión así es incompatible con la neutralidad. Impone una docencia jurídica proactiva, molesta, destructora de modelos prefabricados. Requiere de aulas inclinadas a la realidad terrible de nuestras sociedades injustas, de nuestro mundo desigual. Exige la aceptación humilde de nuestro fracaso como especie en la búsqueda de la felicidad común. Y todo ello cuaja en la inevitabilidad de un compromiso férreo con la construcción de un horizonte mejor.

De eso se ha tratado, en gran medida, cuando en enero de 2009, hace ya casi una década, inauguramos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (bajo la égida y el patrocinio del recordado Decano Atilio Alterini) el Programa de Cursos Intensivos válidos para el Doctorado. La brújula de esta propuesta fue, desde su modesto principio, y lo sigue siendo, el empleo de los estudios

avanzados de derecho, encarados con la mayor excelencia posible, como herramienta para erigir una Tierra de paz, respeto y fraternidad.

Estamos en abril de 2018. Superaron ya los cuatro mil el número de estudiantes que cursan o han cursado en dicho Programa. Llegados de una treintena de países, situados en América del Sur, Central y del Norte, África, Asia y Europa. Maravillosas personas de diferentes religiones, idiomas, colores de piel, creencias políticas, orientaciones sexuales... Hermanas y hermanos diversos que se entregan con transpiración sonriente al trabajo conjunto, serio y comprometido, de colocar la ciencia jurídica al servicio de la alegría.

Tanto los autores de todos los trabajos aquí compilados como sus cinco excelentes coordinadores (los brasileños Leticia Gregores Romano, José Marco Tayah y Paulo Aragão, a quienes esta notable colección se debe, y los ecuatorianos María de Lourdes Solórzano Vera y Virgilio Hernández Enríquez) han estudiado en el referido Programa de Cursos. E igualmente lo hicieron los responsables de las destacadas contribuciones reunidas en los volúmenes anteriores de la colección *Reflexiones sobre el derecho latinoamericano*, también nacida en 2009.

Esos tomos homenajearon a los Profesores Doctores Paulo Bonavides, Wilson Alves de Souza, Eugenio Raúl Zaffaroni, Eduardo Barbarosch, Lidia María Garrido Cordobera, Flavia Piovesan, Marta Biagi, Viridiana Díaz Aloy, Ana Kunz, Ignacio Tedesco, Raúl Gustavo Ferreyra, Daniel Rafecas, Isabel González Nieves, Enrique Del Percio, Andrea Gastrón, María Susana Ciruzzi, Jorge Bercholc, Silvia Nonna, Leandro Vergara, Carlos Ramos Núñez, Nancy Cardinaux y al que estos párrafos firma.

En este volumen se brinda merecido reconocimiento a una profesora simpática, inquieta, profunda y comprometida. Laura Lora (apodada con cariño “Lady Laura” por sus alumnos, que la admiran) es una persona atrevida, a menudo políticamente incorrecta, sincera y sonriente. Ama la vida (es normal encontrarla cenando o tomando unas copas con grupos de estudiantes) y la ciencia.

Laura es una autora prolífica de estilo agradable y claro. Motor indómito de eventos memorables: congresos, jornadas, mesas redondas. Actividades fundamentalmente dedicadas a los temas que la obsesionan: la niñez desprotegida, la adopción, la situación de las madres encarceladas y sus hijos y, en los últimos años, los derechos de los animales no humanos. Por si todo eso fuera poco, es una madre dedicada y cariñosa, venerada por sus inteligentes hijas.

Laura Lora, pues, apreciada por sus discípulos y por sus colegas, es genuina acreedora a este homenaje de nuestros estudiantes. Reconocimiento al que sin hesitar adhiero, hablando por mí y por los demás docentes del Programa, en el que ella desde sus inicios se desempeña con brillantez.

Trato (aunque sean muchos y mi cerebro esté cada vez más anquilosado) de conocer a mis estudiantes por el nombre. Me gusta interiorizarme de sus inquietudes, aprehender sus proyectos académicos, saber de su vida científica. Cada uno de los autores que publican en esta Colección ha pasado por el Programa de Cursos Intensivos con valor para el Doctorado, que me ha tocado el honor de dirigir desde su creación. De modo que puedo decir que los conozco a todos.

Es por ello que me siento en humildes condiciones de prestar testimonio del nivel de cada uno de ellos como mujeres u hombres de ciencia. Y declaro sin tapujos que es, en general, lo suficientemente elevado como para dar lugar a un conjunto de obras excelentes, de enorme interés para los estudiosos del derecho.

Esta Colección, en sí misma, no tiene precedentes reales en el mundo. Se trata de una (ya larga) serie de libros colectivos, surgidos de los referidos cursos preparatorios para el Doctorado de una de las principales Facultades de Derecho del mundo. La Casa de cuyos claustros saliera el primer Premio Nobel latinoamericano (el Dr. Carlos Saavedra Lamas), dos de los filósofos más relevantes del continente (Carlos Cossio y Carlos Santiago Nino) y quince presidentes constitucionales de la República Argentina.

Los artículos que fueron integrando esta Colección han sido fecundo fruto de la pluma de mujeres y hombres de ciencia provenientes de casi todos los países de Iberoamérica (con predominio del Brasil), de algunas naciones africanas y de estados europeos. Son obras que exceden con mucho el terreno académico (en el que, de por sí, ya descuellan) para pasar a forjar el futuro de integración y fraternidad.

La paz, creo modestamente, no se construye con tratados (la historia lo demuestra hasta el hartazgo). Se levanta, en cambio, con hechos concretos que derriban, a fuerza de sonrisas y manos dadas, las barreras de prejuicio y odio, los arquetipos de desconfianza, entre las gentes.

La idea de esta Colección ha sido genial. No retaceo felicitaciones a sus tres inspiradores. Espero que se mantenga, que siga y prospere. Que continúe surcando los años. Que gane cada vez más vuelo.

Un vuelo que comprometa y lleve a comprometerse. Que involucre y se involucre con la lucha pacífica y sagrada de los pueblos por un mañana sin explotación, sin imperialismos, sin prepotencias hegemónicas. Sin delirios de supremacía o superioridad.

Por ese dulce atardecer de fraternidad, justicia e igualdad con que hemos de soñar, creo, en todas las facultades de derecho.

Profesor Dr. Ricardo Rabinovich-Berkman

*Universidad de Buenos Aires
abril de 2018*

**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN PRIMIGENIA DE
LA ANTIGUA PROPIEDAD COLONIAL PERUANA:
LOS BIENES INMUEBLES “AMARRADOS” A LOS
VÍNCULOS LAICALES Y SU DESTRABE JUDICIAL. CASA
CONCHA VS ROJAS CORZAGATÓN (1873-1904)**

Jorge Zevallos-Quñones Pita

**1. EL VALOR DE LOS FALLOS JUDICIALES PARA LA HISTORIA
DEL DERECHO CONSTITUCIONAL**

1.-Ayer como hoy, el estudio de los fallos judiciales es imprescindible para entender al derecho en su dimensión real. Más allá del debate doctrinal y de la enseñanza universitaria –muchas vertical- del derecho, el uso y aplicación del magistrado, de la doctrina y de la ley, que se plasman en la elaboración de la propia sentencia, resultan de suma utilidad pues permiten conocer su aplicabilidad real (no exenta de errores y suspicacias, incluso). Por eso, para el suscrito, el derecho es, ni más ni menos, “lo que decidan los jueces” según la célebre frase del Juez norteamericano Oliver Wendell Holmes.

Y el asunto adquiere mayor relevancia si, al situarnos en el razonamiento judicial del siglo XIX, se advierte, entre sentencias y autos judiciales, remisiones explícitas al Derecho Constitucional, disciplina ignota e incipiente, importada súbitamente de Europa y de los Estados

Unidos de Norteamérica¹.

Ahora, en el Perú es prácticamente nula la investigación de los fallos judiciales con la técnica de la Historia del Derecho, pese a que esta disciplina "...investiga el origen, la evolución y tendencias de las instituciones y sistemas jurídicos que han tenido vigencia en nuestro territorio"². El único estudio de jurisprudencia del pasado, fue hecho por el insigne Historiador del Derecho Jorge Basadre Grohmann, curiosamente, sobre el mismo caso que nos ocupa, las vinculaciones laicales. Se expurgaron treinta y nueve sentencias ³ bajo el dominio del Código Civil de 1852, sin recurrir a los expedientes judiciales, sino, más bien, a los extractos que se publicaron en una Gaceta de Tribunales de ese tiempo.⁴ Igual, resulta meritoria dicha investigación.

Huelga decir que si no hay estudios sobre la casuística judicial peruana del siglo XIX, tampoco existen trabajos donde se hayan analizado en las actuaciones judiciales decimonónicas, elementos de Derecho Constitucional o legislación Constitucional, pese a la montaña de expedientes que guarnecen tanto en el Archivo General de la Nación como el Archivo del mismo Poder Judicial y entonces, uno se pregunta, si a lo mejor, hay un divorcio entre nuestras cátedras de Historia del Derecho y la investigación de la actuación judicial jurisdiccional.

Para el caso que comentaremos más adelante, hemos tenido a la vista un interesante expediente judicial comprado en un mercado de

1 "...La aparición del fenómeno de la modificación del sistema jurídico-hispano a través de las constituciones políticas, con notoria influencia extranjera": Jorge Basadre Ayulo. *Historia del Derecho*. Fundación M.J. Bustamante De la Fuente. Lima (1994) p. 379-380

2 Federico Gen Delgado. *Historia del Derecho Peruano*. Ediciones Jurídicas Lima (2005) p. 9

3 Aunque se respeta el término usado, decir "jurisprudencia" en el Perú del siglo XIX (y XX) es una licencia utópica. El terrible culto a la literalidad de la ley han hecho tabla rasa de la creatividad judicial. Solo a partir de la recepción de la Justicia Constitucional y de los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional del Perú (año 2000 para adelante, exceptuando la etapa de su "captura" por el fujimorismo) es que hemos visto la aparición de fallos con efecto vinculatorio obligatorio en nuestro país.

4 Jorge Basadre Grohmann. *Historia del Derecho Peruano*. II edición, Editorial Edigraf SRL., Lima (1984). 383 y ss.

pulgas⁵ y que obsequiaremos en su oportunidad al Archivo del Poder Judicial.

2. INSTITUCIONES JURÍDICAS COLONIALES Y SU SUPERVIVENCIA DURANTE EL DERECHO REPUBLICANO: LOS VÍNCULOS COLONIALES

2.- Tanto, de la copiosa literatura jurídica peruana sobre Historia del Derecho, así como de los diversos Códigos que se elaboraron en el siglo XIX (Civil, Comercial, de Enjuiciamientos Civiles, etc.) se aprecia que un conjunto de instituciones jurídicas coloniales fueron mantenidas, atendiendo en algunos casos, a su bondad, y en otros caso no, al no poder resistir los cambios ideológico-jurídicos que trajo el proceso independentista y que se plasmó en cartas constitucionales y en nuevas leyes. Ni que decir de los conceptos capitales de la Teoría Política, que barrieron con las formas medioevales de rumiar el poder, incluso, antes de los procesos independentistas latinoamericanos⁶

El caso que a continuación vamos a estudiar versa sobre los bienes laicales, un conjunto de inmuebles que, pese a pertenecer al mundo privado con su universo teóricos de testamentos, sucesiones y donaciones, sufría restricciones en su independización y transferencia –onerosa o graciosa- a terceros, por estar amarrados, por así decirlo, a formas jurídicas como el mayorazgo, las fundaciones perpetuas y otros, conforme lo establecía una profusa legislación Indiana que bien podía remontarse hasta las siete partidas en múltiples formas que si bien luego, fueron destruidas por las ideas de igualdad de sexos y libre circulación del patrimonio para agilizar el comercio que trajeron ideas

5 Los mercados de pulgas o baratillos son fuentes de hallazgos interesantes, eso no quita la total indiferencia estatal que no premia los rescates documentales y más bien, se agazapa en el cómodo y muchas veces arbitrario decomiso.

6 Como en el caso de los conceptos sobre “soberanía popular” y “voluntad general”, cfr. Juan Pablo Pampillo: *El Primer Constitucionalista de México: Talamantes, Ideología y Proyecto para la América Septentrional*. Porrúa México (2010) pp. 45 y ss.

capitales⁷ insertadas en la Constitución de 1828⁸, no fue nada fácil lograr su recepción física y vulgarización dentro de nuestra sociedad, incluso, con una abierta reactividad a materializarla judicialmente hasta bien entrado el año de 1849⁹.

3. CASA CONCHA VS JOSÉ ROJAS: CONTROVERSIA, PARTES Y JURISTAS LITIGANTES

3.- El 6 de Diciembre de 1873, José Rojas Corzogatón, heredero testamentario legatario de CIERTOS BIENES INMUEBLES QUE EMANARON DE LA MITAD DE LOS TRES EX VÍNCULOS (MAYORAZGOS) DE LA CASA CONCHA¹⁰, EL CONDADO DE TORRES, MARQUESADO DE SANTIAGO, CONDADO DE BELAYAS Y SEÑORÍO DE ALTALAYA (y que en su momento pertenecieron a la señora Josefa Encalada Santiago y Concha, fallecida el 23 de Septiembre de 1871, heredera a su vez por fallecimiento de su señora madre, Doña Teresa Santiago Concha) presentó un escrito ante el Juez de Primera Instancia de Lima Don Adolfo Quiroga (a quién después sucedería el Doctor Puente Arnao), oponiéndose al pretendido pedido de POSESION Y COBROS DE ARRENDAMIENTO SOBRE CIERTOS INMUEBLES LIMEÑOS QUE AUN ESTARÍAN BAJO LOS MAYORAZGOS ARRIBA SEÑALADOS, que el ciudadano chileno Don Melchor de Santiago Concha reclamaba para sí, a propósito de cierta Ejecutoria Suprema que éste había adjuntado (y que

7 El notable sacerdote y Constituyente Bartolomé Herrera fue el más influyente político que encausó este asunto, según Alex Loayza Pérez en su *Trabajos de Historia, Religión, Cultura y Política en el Perú, siglos XVII-XX*. UNMSM, (2011) p. 172

8 "...La Constitución peruana de 1828, inscribió el principio de la supresión de las vinculaciones...si en un momento se apuntaba a las vinculaciones laicales, también se evocó el caso de las religiosas": Bernard Bodinier Et.Al. *De la Iglesia al Estado. Las Desamortizaciones de Bienes Eclesiásticos en Francia, España y América Latina*. Prensa Universitaria de Zaragoza (2009) p. 257 y ss.

9 Fernando de Trazegnies Granda. *La Idea del Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX*. PUCP. Fondo Editorial (1992), Lima. p. 48

10 http://es.wikipedia.org/wiki/Marquesado_de_Casa_Concha

infortunadamente no se observa en el expediente objeto de este estudio). Es de advertir que, desde octubre de 1874, (a fojas 21 de dicho expediente) son los herederos del señor Rojas quienes continúan el proceso, debido al fallecimiento de este último.

El 20 de octubre se apersona al proceso, el señor Fidel Garmas, como apoderado del demandado, Señor Gaspar de Santiago Concha. El abogado defensor de aquel era el reputado jurista limeño Don Luis Felipe Villarán Angulo (1845-1920), abogado de fuste de la ciudad de Lima y quién en vida alcanzó todas las preseas intelectuales y políticas que puede alcanzar un hombre de leyes aunque, baste saber en ese momento que era profesor de Derecho Constitucional¹¹. Esa misma semana, Don Román Alzamora Mayo (1847-1883), notable jurista peruano (y fundador de la cátedra de Historia del Derecho en el Perú, a la par de hacer el primer texto sistemático sobre esta disciplina en América Latina¹²) asomaría como abogado defensor de los herederos del extinto demandante José Rojas.

4. LOS ARGUMENTOS LEGALES DE LAS PARTES

4.- El demandado, mediante escrito neurálgico del 21.01.1875 (apunte autógrafo del jurista Luis Felipe Villarán) aduce como “Único fundamento de prueba” Que doña Teresa de Santiago Concha hizo suya la mitad del vínculo y que su hija Josefa Encalada y Santiago Concha **(la que dejó ciertos bienes inmuebles en su testamento al demandante José rojas Corzagatón)** adquirió la otra mitad entonces, la ilegalidad del petitorio estribaría en que si bien la Constitución de 1828, (promulgada el 18.03.1828) prescribía en su artículo 160 que: **“La Constitución no reconoce empleos ni privilegios hereditarios ni vinculaciones laicales. Todas las propiedades son enajenables a cualquier objeto a que**

11 http://es.wikipedia.org/wiki/Luis_Felipe_Villar%C3%A1n

12 Carlos Ramos Núñez. *Historia del Derecho Civil Peruano: Siglos XIX y XX. Tomo V. Los Agentes del Cambio. Volumen 1: Los Repertorios y el Periodismo*. PUCP. Fondo Editorial Lima (2005). p. 182

pertenezcan”, también dice, a continuación que **“...La ley determinará el modo y forma de hacer estas enajenaciones”**. Este principio constitucional, entonces, reservó para una ley posterior la manera de cumplirlo.

Y esa ley se dio el 20 de Diciembre de 1829 con el precepto principal de decir que **“..Todos los bienes de vinculación laical de cualquier género son enajenables. Los actuales poseedores pueden disponer de la mitad de ellos y transmitirlos libremente por cualquiera de los medios que reconoce la ley con tal que no sea a favor de “mano muerta”¹³; la otra mitad se reserva para el inmediato sucesor que tiene la misma facultad sin reservar cosas alguna”**, empero, La fecha de muerte de la madre de la causante (cuya disposición testamentaria es motivo de la Litis), Doña Teresa de Santiago Concha ocurrió el 11 de Noviembre de 1829, o sea, antes de la dación de la ley mencionada líneas atrás; en consecuencia, a la causante no le alcanzarían los beneficios señalados en el ya mencionado artículo 160 de la Constitución Política de 1828 y por lo mismo, la herencia invocada por el demandante José Rojas Corzagatón sería nula ipso jure puesto que solo a partir del 20 de Diciembre de 1829, según la ley de desarrollo constitucional aludida, los poseedores de dichos vínculos adquirirían dicho dominio de propiedad.

Queda claro, entonces que, según los demandados, de acuerdo a dicho precepto constitucional, la fecha de la sucesión hereditaria y la fecha de promulgación de la ley interpretativa del artículo 160 de la Constitución Política de 1828, las enajenaciones del que hablaba la constitución no podía hacerse porque no estaba señalada la manera de materializarlas. Es evidente que Doña Teresa de Santiago Concha

13 “...Nombre aplicado a todo instituto o corporación imposibilitado de enajenar la hacienda raíz que constituía su dotación permanente. Estas <<manos muertas>> eran La Iglesia, La Nobleza e Hidalguía, con sus bienes mayorazgos, las corporaciones municipales, las órdenes militares e incluso La Corona”: Feliciano Barrios. *Derecho y Administración Pública en Las Indias Hispánicas, Volumen II* Universidad Castilla-La Mancha (2002) p. 1065

(la madre de la causante que favoreció al demandante) adquirió dichos bienes de manera falsa e ilegítima...” incurriendo sí en el absurdo de ver en los poseedores del vínculo, derechos declarados por una ley cuando ella estaba bajo tierra”.

En el escrito de réplica del demandante (6.02.1875: manuscrito autógrafo del jurista Román Alzamora), se puede vislumbrar la estrategia argumentativa: Se pide la restitución de la posesión de las fincas (en manos de la familia Santiago Concha) explicando que en 1744 se hizo la división y partición de bienes dejados por el Marqués de Casa Concha, dejándose entre otros bienes, la casa del Vique (entre Bodegones y Bataneros) con muchos arrendamientos, bien inmueble objeto de la Litis bajo análisis. Esta casa fue poseída por Doña Teresa de Santiago Concha hasta su fallecimiento (16.11.1829). Luego su hija Doña Josefa Encalada y Santiago Concha (la causante que favoreció al demandante) la poseyó hasta el 23 de Septiembre de 1871, cuando falleció. La finada, mediante el testamento citado líneas atrás, había instituido como único y universal heredero al demandante.

También el demandante se remite a la Constitución de 1828 (promulgada el 18 de Marzo de ese año, como ya se dijo), estipulándose en el artículo 160 que “La Constitución no reconoce empleos ni privilegios hereditarios ni vinculaciones laicales. Todas las propiedades son enajenables a cualquier objeto a que pertenezcan”, también dice, a continuación que “...La ley determinará el modo y forma de hacer estas enajenaciones”. De igual modo, el demandante también trae a colación la Ley del 20 de Diciembre de 1829, que principalmente dice: “... Todos los bienes de vinculación laical de cualquier género son enajenables. Los actuales poseedores pueden disponer de la mitad de ellos y transmitirlos libremente por cualquiera de los medios que reconoce la ley con tal que no sea a favor de “mano muerta”; la otra mitad se reserva para el inmediato sucesor que tiene la misma facultad sin reservar cosas alguna”,

Empero, el demandante saca de la manga una Resolución Legislativa dada por el Congreso el 1 de Diciembre de 1829, (suerte de interpretación auténtica del artículo 160 tantas veces mencionado de la Constitución de 1828) cuyo importante tenor reza así: **“El Congreso enterado de la petición hecha por Don Domingo Sirio sobre que se declare si los poseedores de los antiguos vínculos adquirieron derecho de propiedad en alguna parte de ellos y si de consecuencia han podido enajenarlos después de promulgada la Constitución, ha resuelto que los poseedores de bienes vinculados desde la publicación de la Constitución son [están] obligados al cumplimiento de los contratos que hayan celebrado en la parte que la ley sobre enajenaciones les conceda la libre disposición”**.

Esto, en buen cristiano jurídico significaba que los poseedores de bienes vinculados, tienen ya, en virtud de la Constitución de 1828 y desde la fecha de promulgación de ésta (18 de Marzo de ese mismo año), de hecho y de derecho, la mitad de los bienes vinculados que poseían y que por lo mismo Doña Teresa de Santiago Concha (madre de la causante cuyos bienes dados en testamento son objeto de la Litis que se analiza) era poseedora de ese vínculo desde el 18 de Marzo de 1828 y que al fallecer (16 de Noviembre de 1829) transmitió ese vínculo, como heredera forzosa que era, a su hija Josefa de Encalada y Santiago Concha (la causante que favoreció al demandante), la otra mitad, conforme al artículo 2 de la Ley del 20 de Diciembre de 1829, ley tantas veces citada aquí por lo que se debería concluir que Doña Josefa de Encalada y Santiago Concha siempre tuvo en su acervo patrimonial, los bienes de libre disponibilidad, materia de la Litis que aquí se estudia.

Finalmente, en nueva dúplica, el demandado niega que se haya producido una interpretación auténtica, sino más bien una especie de **voto consultivo Congresal no vinculante**.

5. LAS SENTENCIAS Y EL RAZONAMIENTO JUDICIAL CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XIX

5.- El 12 de Junio de 1875, el Juez de primera instancia Doctor Puente Arnao, pronunció su sentencia, dándole la razón a los demandados haciendo suya, al 100%, la tesis del jurista Luis Felipe Villarán. Es decir, aceptando, a rajatabla, la irretroactividad de la ley del 20 de Diciembre de 1829 y la imposibilidad que el pronunciamiento Congresal del 1 de Diciembre de 1829 haya pretendido obrar como una interpretación auténtica del artículo 160 de la Constitución Política de 1828. He aquí el extracto principal: “...**que la interpretación dada por el Congreso en primero de Diciembre del mismo año, sobre ser (por ser) anterior a dicha ley, se concretó a declarar la obligación de los poseedores de bienes vinculados, en orden al cumplimiento de los contratos, que hubiesen celebrado, acogiéndose (sic) a la Carta Política, y no tiene por lo mismo aplicación en el caso actual; que habiendo hecho suya Doña Josefa Encalada tan solamente la primera mitad de los bienes vinculados, es evidente, que por causa de su fallecimiento ha quedado vacante la otra mitad del vínculo , de que ya se ha dado posesión a Don Melchor de Santiago Concha en cumplimiento de la sentencia ejecutoriada de fojas ciento cuarenta y seis del expediente agregado. Por estos fundamentos y administrando justicia en nombre de la Nación FALLO: que debo declarar como en efecto declaro infundada y sin lugar la demanda interpuesta por Don José Rojas; y que los bienes a que ella se refiere, constituyen la mitad del Vínculo de Casa Concha, vacante por el fallecimiento de Doña Josefa Encalada y Santiago Concha”.**

Cuatro meses después, la Corte Superior de Justicia, confirmó la sentencia de vista. De acuerdo a los paradigmas procesales de la época, no era necesario que el Colegiado esbozara argumento alguno que justificara el consenso con el juez inferior. No es difícil presumir cuantas trapacerías podrían escudarse detrás de este pronunciamiento

totalmente arreglado al Código de Enjuiciamientos de la época, criticado por más de un investigador¹⁴

Es en la Corte Suprema, donde el demandante reencausa el proceso, logrando se admita su petitorio y en consecuencia, se declare fundada la demanda. Son cuatro los considerandos capitales que llevaron a la máxima instancia judicial a proteger los derechos de propiedad del demandante:

- I. “...que al declarar la resolución legislativa de primero de Diciembre de mil ochocientos veintinueve, que los poseedores de bienes vinculados desde la publicación de la Constitución de mil ochocientos veintiocho estaban obligados al cumplimiento de los contratos que hubiesen (sic) celebrado, en la parte que la ley sobre enajenaciones les concediese la disposición libre, reconoció, por ese mismo hecho, que dichos poseedores tenían un derecho real sobre esos bienes, aunque indeterminado hasta que se expidiese la expresada ley”

De arranque, la Corte Suprema implícitamente reconoce un valor de interpretación auténtica a la Resolución Legislativa del 1 de Diciembre de 1829 (la que como se recuerda, a propósito de una pregunta formulada por un particular, emitía una opinión, salvaguardando y dando como válidas a todas las disposiciones patrimoniales hechas sobre los bienes vinculados que se habían liberado, si bien con cierta imprecisión, al día siguiente de la promulgación de la Constitución Política de 1828).

A continuación, la Corte Suprema incorpora, de oficio, una ley no citada por las partes a lo largo del proceso, La ley del 5 de Septiembre de 1849 cuyo artículo 11 y según el considerando segundo de la sentencia:

- II. “...se dispuso que esta se tuviera como declaratoria y adicional a la de veinte de Diciembre de mil ochocientos veintinueve y a la expresada resolución de primero del mismo mes y año que señala el

14 Jorge Basadre Ayulo ha detectado un sinnúmero de serias deficiencias en dicho código, Op. Cit., p. 428-429.

día de la promulgación de la Constitución dada en mil ochocientos veintiocho sobre enagenaciones (sic) de bienes vinculados”

En otras palabras, para el máximo tribunal había un engranaje perfecto entre el artículo 160 de la Constitución Política de 1828, la Resolución Legislativa del 1 de Diciembre de 1929 y la ley del 20 de Diciembre de 1829. Los actos de liberalidad que los poseedores de los bienes vinculados ejercieron sobre sus bienes vinculados, liberados al día siguiente de la promulgación de la Constitución tantas veces referida, eran perfectamente legítimos y ajustados a ley. Por lo mismo, La Corte Suprema, en su considerando tercero, fijó indubitadamente que Doña Teresa de Santiago Concha transmitió legalmente, su parte de libre disposición, desde que la Constitución de 1828 liberó los bienes vinculados, por lo mismo, dicho Colegio declaró en su considerando cuarto **“...que por el artículo ciento sesenta de la recordada Constitución de mil ochocientos veintiocho se concedió a los poseedores de vínculos un derecho real, sujeto solo a una reglamentación posterior, y no son derechos meramente expectativos: DECLARARON NULA la sentencia de vista pronunciada por la Ilustrísima Corte Superior de este Departamento [Lima], corriente a fojas sesenta y cuatro, su fecha veinticinco de Noviembre de mil ochocientos setenta y cinco y REFORMANDO esta y REVOCANDO la de PRIMERA INSTANCIA, a que se refiere DECLARARON igualmente haberse extinguido en la persona de Doña Josefa Encalada el vínculo de que se trata y FUNDADA, por consiguiente, la demanda interpuesta por Don José Rojas”**.

Se puede hablar de un razonamiento constitucional en este caso ¿? sí, pero es embrionario, no es erudito, no es comparatista, no se remite a ni a doctrina (foránea o nacional) ni a textos escritos en sede nacional. Pasada la mitad del siglo XIX, hablar de Derecho Constitucional en el Perú era vincularse exegéticamente a la legislación constitucional y a leyes ordinarias que pudieran haber desarrollado o

dejado sin efectos preceptos constitucionales. El alud de Constituciones, asambleas constituyentes y revoluciones en el Perú del siglo XIX no habían podido darle esa solemne aurea de fijeza que necesitan las normas fundamentales sobre las que reposa el devenir de una nación. Por otro lado, la misma disciplina estaba en su etapa auroral, confundida con el Derecho Administrativo y la teoría política.

A guisa de colofón, traemos las palabras del profesor español García Cuadrado, que encajan con lo que hemos expuesto (Perú era un país sustantivamente tributario de la cultura jurídica española en el siglo XIX) “...en general, los tratados españoles de Derecho Político a lo largo del siglo XIX [ha de incluirse en esta expresión al Derecho Constitucional]...no estudiaron ni examinaron, salvo como pura anécdota, el Derecho Positivo vigente en cada momento, sino como una amalgama de principios de Filosofía Política, Historia y Ética Social. El llamado Derecho Político era más bien una “enciclopedia” de la Ciencia Política”¹⁵

6. CONCLUSIONES FINALES

6.1 VISLUMBRAMOS ALGUNAS CONCLUSIONES:

- En el Perú, el estudio de sentencias dentro de la Historia del Derecho es muy escaso y casi nulo, siquiera, que se hayan compilado sentencias con elementos de legislación constitucional.
- El tránsito de la Colonia a la República de diversas instituciones jurídicas vinculadas a la propiedad privada no ha sido pacífico. Su inclusión en preceptos constitucionales y leyes de desarrollo no han bastado para vivir en paz con justicia social por lo que se ha tenido que provocar la función jurisdiccional del Poder Judicial para ello.
- Transcurridos más de 50 años de la Independencia de Perú, supervivían razonamientos legales y judiciales pretendiendo la vi-

¹⁵ *Derecho, Estado y Constitución. El estatuto Científico y Otros Temas Fundamentales del Derecho Constitucional*. Editorial Club Universitario (2010) España., p. 85

gencia de figuras jurídicas prácticamente derogadas y repudiadas por el nuevo orden social.

- A estar al razonamiento judicial de las tres instancias judiciales decimonónicas, hablar de la “supremacía de la Constitución” en el siglo XIX, era prácticamente inexistente. Si triunfa la tesis fijada en el artículo 160 de la Constitución Política de 1828, es simple y llanamente, porque es la norma más antigua del caso sub-exánime.
- Se duda que, en la época de ese caso judicial, la disciplina llamada Derecho Constitucional (enseñada en San Marcos por el abogado de la parte demandada) haya tenido un hondo contenido doctrinal y presupuestos temáticos definidos, siendo más bien, una mezcolanza de disciplinas diversas.

7. BIBLIOGRAFÍA

1. Barrios, Feliciano. *Derecho y Administración Pública en Las Indias Hispánicas*. Volumen II Universidad Castilla-La Mancha (2002)
2. Basadre Ayulo, Jorge. *Historia del Derecho*. Fundación M.J. Bustamante De la Fuente. Lima (1994)
3. Basadre Grohmann, Jorge. *Historia del Derecho Peruano*. II edición, Editorial Edigraf SRL., Lima (1984).
4. Bodinier, Bernard Et. Al. *De la Iglesia al Estado. Las Desamortizaciones de Bienes Eclesiásticos en Francia, España y América Latina*. Prensa Universitaria de Zaragoza (2009)
5. García Cuadrado, Antonio. *Derecho, Estado y Constitución. El estatuto Científico y Otros Temas Fundamentales del Derecho Constitucional*. Editorial Club Universitario (2010) España.
6. Gen Delgado, Federico. *Historia del Derecho Peruano*. Ediciones Jurídicas Lima (2005)

7. Loayza Pérez, Alex. *Trabajos de Historia, Religión, Cultura y Política en el Perú, siglos XVII-XX*. UNMSM (2011)
8. Pampillo, Juan Pablo: *El Primer Constitucionalista de México: Talamantes, Ideología y Proyecto para la América Septentrional*. Porrúa México (2010)
9. Ramos Núñez, Carlos. *Historia del Derecho Civil Peruano: Siglos XIX y XX. Tomo V. Los Agentes del Cambio. Volumen 1: Los Repertorios y el Periodismo*. PUCP. Fondo Editorial Lima (2005).
10. Trazegnies Granda, Fernando de. *La Idea del Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX*. PUCP. Fondo Editorial (1992), Lima