

CODIFICACIÓN Y DERECHO INDIANO: EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1852.

JOSÉ FRANCISCO GÁLVEZ
Pontificia Universidad Católica del Perú

RESUMEN

El surgimiento del Estado moderno no sólo significó la instauración de un sistema político y cultural capaz de articular las ideas de razón, propiedad privada y libertad, sino que también implicó un giro copernicano en el derecho y su aplicación. Dichos cambios fueron aún más pronunciados en Hispanoamérica, en cuyos países imperaba un sistema de derecho casuista y asentado en el arbitrio judicial, notas que luego fueron reemplazadas por el concepto de sistema y aplicación legalista de la norma. De ahí que, el presente estudio procure develar las tensiones y fricciones que se presentaron en el tránsito del sistema de derecho indiano al derecho codificado en el Perú.

Palabras claves: *derecho indiano - codificación - liberalismo - racionalismo - derecho civil peruano.*

ABSTRACT

The rise of the modern State did not just mean the instauration of a political and cultural system capable of articulate the ideas of reason, private property and liberty, but also implied a Copernican twist in the law and its application. Such changes were even more pronounced in Hispanic America, in which countries imperated a casuistic system of law, established in the judicial arbitrament, characteristics that later were replaced by the concept of system and legal application of the rule. Thus, the present study intends to demonstrate the tensions and frictions that were present in the transition from the Spanish Colonial Law to the codificated law in Peru.

Key words: *Spanish Colonial Law - codification - liberalism - rationalism - Peruvian private law*

1. LA INFLUENCIA DEL LIBERALISMO EN EL DERECHO

Con el advenimiento de los Estados Modernos se hizo evidente la aplicación obligatoria de la ley con el propósito de uniformizar al Derecho. Así, la equidad y el arbitrio en el modelo casuístico aplicado por el magistrado cedían su lugar a la adaptación del caso a la ley, no pudiendo dejar de cumplirla. Propuesta proveniente del liberalismo que tuvo más impacto en Francia, cuya revolución aceleró el cambio como fenómeno social, político y jurídico el cual impactó en los

ideólogos peruanos. Este pensamiento planteaba que el acatamiento a la ley debía darse por la razón, ya que su elaboración se llevaba a cabo bajo características generales e impersonales con el objetivo primordial de servir de freno a la arbitrariedad de los intereses particulares de quienes detentaban el poder. Acatamiento que a su vez se basaba en la voluntad general y la soberanía inalienable, indivisible, infalible y absoluta de Jean Jacques Rousseau.

Esta concesión de otorgar a la ley una prelación frente a cualquier fuente jurídica creó el principio de legalidad cuyo propósito fue colocar al hombre y sus instituciones como el centro de la organización jurídico y política, donde el Derecho era la ley, la cual se despersonalizaba como garantía del individuo. Así, lo casuístico dio paso a la opción sistemática del liberalismo que encontró en el código y la Constitución sus mejores expresiones de la nueva concepción del Estado. El código era la ley, antítesis de las recopilaciones, que dejaba de lado a la heterogeneidad de normas, para que en razón de la materia civil, penal o criminal, de enjuiciamiento civil o criminal ofreciera un trabajo uniforme. Se evidenciaba una claridad y coherencia en una obra integradora, totalizadora bajo la tutela de un derecho positivo, escrito y legal. Este enfoque se dirigía a un sistema dirigido exclusivamente en razonamientos lógicos deductivos y a la unificación de un derecho nacional conocido como derecho patrio. Sin embargo, quedaba en esta nueva postura un conflicto permanente entre la modernidad impuesta y la tradición presente, lo que hizo indispensable un análisis externo del derecho a través de la historia del derecho para comprenderlo. En el siglo XIX, los diferentes gobiernos americanos se dedicaron a promulgar diversas constituciones para sentar las bases del manejo del poder al interior del Estado, más que a variar las relaciones jurídicas de la sociedad civil. Circunstancia que promovió que desde la autoridad se difundiera el legalismo a través de diferentes normas donde se puso de manifiesto la influencia de derecho francés proveniente del Código de los Franceses o Código Napoleón (1804) hasta llegar a instituirse en el sistema jurídico peruano:

“Art. 4. El juez que rehúse juzgar con pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser inculcado por denegación de justicia.

Art. 5 Tiene vedado los jueces adoptar disposiciones con carácter general o reglamentario sobre las causas que se les someten.

Art. 6 No se pueden derogar por acuerdos entre los particulares las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres”¹.

Entre el final del dominio español y el inicio del Estado independiente, el Derecho sirvió como elemento de estabilidad y agente de cambio, promoviendo nuevas pautas en los lineamientos de la sociedad y en los roles de los individuos, impulsada por la ley, acorde con el liberalismo. En este sentido, el tema del Derecho Público nos invita a distinguir el fenómeno de adecuación en el sistema jurídico indiano y más adelante nacional, a través de medidas concretas conforme fue fortaleciéndose el ente estatal peruano. En América el impulso de la versión legalista del Derecho de Europa continental apareció desde los inicios del régimen republicano complementándose con la cultura jurídica hispana existente que gozaba de un mecanismo de flexibilidad: *la ley se acata pero no se cumple*. En el aspecto político, el liberalismo impulsó en América los procesos de emancipación bajo el ideal de la libertad, sobre todo económica, que dio lugar al acto fundacional donde el territorio se emancipaba de la autoridad política existente para dar paso a la propia

¹ CLAVERO SALVADOR, Bartolomé. *Institución Histórica del Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 210.

2. EL FENÓMENO DE LA CODIFICACIÓN

Característica de los Estados americanos del siglo XIX la codificación reflejó el impulso por crear un Derecho de acuerdo a la modernidad, redactado de manera integrada, ordenada y sistematizada, cuyos artículos que en su interior regulaban las relaciones civiles de personas, sean naturales o jurídicas, girando en torno a la manifestación de voluntad del individuo. Característica saltante proveniente del *pactas sunt servanta* (el contrato es ley entre las partes) fue el espíritu del individualismo que formaba parte del código y de la dogmática francesa. Influencia impulsada con la presencia del ejército napoleónico en los diferentes países de Europa continental. Si bien conocemos que la elaboración del código en el siglo XVIII en Baviera con el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civiles* (1756) y luego el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (1792) por Federico de Prusia, su redacción no reflejaba los criterios de modernidad que la Ilustración colocaba en la corriente innovadora del Derecho.

De ahí que se reconozca al Código Civil de Francia (1804) como modelo a seguir por los países de la tradición jurídica occidental y no occidental. El Código se construyó teniendo como referencia las Instituciones de Gayo, luego reproducidas en el *Corpus Iuris Civile* de Justiniano, razón por la cual su estructura tuvo tres partes o libros: *Personas* (*personam*), *Cosas* (*res*): corporales e incorpóreas, sucesiones (hereditas), familia y obligaciones (obligaciones) y *Acciones* (*actiones*).

Los Libros estaban organizados en artículos. A su vez el texto contaba con el Título Preliminar que indicaba los principios generales del derecho, cuyo espíritu sustentaba las instituciones reguladas con el texto.

El impulso por el Código no sólo provino del texto mismo sino de la voluntad política del Estado. En Prusia, por decreto del 14 de abril de 1780, el rey Federico II decretó la prohibición que los jueces interpretasen las normas, convirtiéndolos en seres inanimados en cuanto a la aplicación del derecho, es decir *la bouche de la loi* (boca de la ley). Como señala Franz Neumann, en su texto: *El cambio del rol del derecho en la sociedad moderna*, incluso los propios textos legislativos establecían limitaciones a la magistratura: El artículo 4 de la Introducción al *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* prohibía las interpretaciones que discreparan con el sentido literal de las palabras o el sentido gramatical de los contextos en los que las leyes estaban encuadradas².

El nacimiento del derecho nacional conservó la cultura jurídica indiana pues se mantuvo de manera constante por reediciones hechas en Lima, Ayacucho y Arequipa además por la doctrina impartida tanto en los colegios mayores como en la Universidad de San Marcos. Podemos percibir que la autoridad buscó hacer compatible las disposiciones existentes el pensamiento que fundaba el nuevo régimen político. En este transcurrir el derecho republicano exigió continuidad en su aplicación ya que al no existir ésta podía ocasionar una inseguridad jurídica, con lo cual las nuevas normas no podían proponer cambios sociales drásticos, pues la resistencia de grupos de la sociedad ya era considerable. Los elementos formativos del derecho peruano o nacional provenían del derecho indiano, de la ilustración y de su similar francés. Así a la característica recopilatoria del sistema político anterior se incorporaron normas de carácter público (el Reglamento Provisorio y el Estatuto Provisional, ambos de 1821) y posteriormente la Constitución Política del Estado de 1823. Disposiciones con fuerza vinculante y que habían establecido, a partir de ésta última, un orden de prelación. En esta transición las normas adquirirían un papel

² NEUMAN, Franz, "El cambio del rol del Derecho en la sociedad moderna", en: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho*. Lima: Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1977, p. 308.

transformador que en opinión de los liberales peruanos debía producir medidas más radicales, amparado en el ejercicio de la soberanía: “Los derechos del pueblo no son sino el ejercicio de las leyes del pueblo” (Tribuno de la República Peruana, 2 de Julio de 1822).

El derecho nacional presentó en su desarrollo cuatro presupuestos de transformación y que permiten explicar la desaparición y el surgimiento de nuevas instituciones legales: continuidad, retorno, repetición y sustitución³. La propuesta de otorgar a la ley la condición de ser la primera fuente jurídica en ser invocada por magistrados, abogados y la persona tuvo su inicio desde los discursos oficiales hasta la expedición de las primeras normas republicanas y prosiguió hasta mediados del siglo XIX, fortaleciéndose con la intervención de los juristas como Toribio Pacheco, Manuel Atanasio Fuentes y Francisco García Calderón Landa, entre otros.

Las primeras décadas de la república nos permiten observar el establecimiento de una práctica con el orden de prelación de normas e indirectamente una adecuación entre las normas republicanas con las existentes:

“Por auto expedido por la Excma. Corte Suprema de Justicia en 13 del que se rije se ha ordenado que debiendo proveerse las plazas de relator con arreglo a la atribución 16 del art. 114 de la constitución y á las leyes 1ª y 2ª tit. 20 lib. 4º de la Novísima Recopilación se fijen los correspondientes edictos con noticia del señor Fiscal” (*El Comercio*, 7 de mayo de 1839).

Hecho que nos lleva a reflexionar si hubo en realidad un derecho intermedio como postulara Jorge Basadre Grohman en 1937, cuando en realidad apreciamos que el proceso de adecuación del derecho fue gradual y donde el establecimiento definitivo del modelo legalista estuvo condicionado a la producción de códigos y a la cultura jurídica imperante. Etapa que no excluyó críticas de algunos litigantes que demandaban cambios inmediatos pues las compilaciones de leyes eran insuficientes por carecer de unidad, faltarle método de principios generales y deducción a materias singulares, carecer de criterios hecho sobre la base de decisiones pretéritas referidas a casos particulares. Mientras tanto, la Recopilación de Leyes de Indias junto a las Siete Partidas continuaban siendo documentos de importancia en la práctica jurídica de la sociedad peruana, pues se pensaba que el derecho todavía no estaba acorde con el liberalismo, pues se requería de los códigos civiles que estuviesen en armonía con el sistema democrático representativo.

Ello demostraba que al margen de la codificación era necesaria la adopción de otras medidas que directamente afectaran a los grupos sociales desde la autoridad. Amparado en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, bajo el ideario de crear una sociedad que desterrase la característica estamental y corporativa del virreinato la autoridad peruana acudió al Derecho Público. Por ejemplo, en referencia a la persona se dictó la libertad de vientres, aplicada a los hijos de esclavos que nacidos a partir del 28 de julio de 1821 serían declarados libres por el Estado. Se dio apertura a los extranjeros concediéndole las mismas facultades como nacionales, quedaron abolidos los títulos nobiliarios (1823), prescindiendo de la distinción entre nobles y plebeyos. Del mismo modo, la protección del indio de la legislación tuitiva indiana quedó suprimida, bajo el argumento que todos debíamos ser iguales ante la ley desterrando todo elemento corporativo. Lo que fue contraproducente con el desconocimiento de la compleja realidad rural terminó por abolir las comunidades de indígenas en 1825.

Medidas que iban contra todo lo que se consideraba privilegio y cuyo pensamiento provenía desde finales del siglo XVIII, cuando los funcionarios borbónicos, amparados en la

³ ORTIZ CABALLERO, René, *Derecho y Ruptura. A propósito del Proceso Emancipador en el Perú del Ochocientos*. Lima: Fondo Editorial, 1989, p. 83.

ilustración y en la percepción de utilidad que el fisiocratismo aportaba, comenzaron a cuestionar las propiedades de las órdenes religiosas. Sobre todo el carácter de intangibilidad que evitaba su libre disposición por tener la condición de mano muerta. La crisis hispana de 1808 no afectó esta tendencia pues la Constitución española de 1812 planteaba el control de las órdenes y luego la desamortización de bienes eclesiásticos o venta de las tierras de la iglesia así como la abolición del mayorazgo. La derogación de dicha Constitución por el Protectorado en el Perú detuvo momentáneamente el control pero no supuso su exclusión ya que la inspiración del individualismo permitió al Estado la abolición de todo régimen que impida la enajenación de bienes de cualquier especie (régimen de manos muertas) sobre todo en momentos en que el ente estatal requería de fondos, pudiéndolos obtener a través del pago del impuesto de alcaba que gravaba tanto a vendedor como a comprador.

En 1826, durante el gobierno de Simón Bolívar mediante decreto se confiscaron los conventos que no estuviesen relacionados con la instrucción ni con la beneficencia ni que contaran con un número mínimo de 8 sacerdotes, pues para ideólogos como Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada eran considerados como *asilos de ociosidad e ignorancia* y que no afectó ni a la orden franciscana ni a las de mujeres. Por otro lado, se trató de limitar la presencia de los regulares colocándolos bajo el control de seculares, obispos o gobiernos eclesiásticos. Lo que no excluía que provisionalmente el gobierno devolviese a las órdenes la facultad de administrar sus bienes, produciéndose esta excepción hasta la siguiente década. Esta medida produjo la supresión de las vinculaciones laicales a los terrenos y predios o proceso de desamortización de bienes eclesiásticos que tenían como titulares a las órdenes religiosas y la del mayorazgo o derecho del mayor. Ésta última había servido para conservar el patrimonio con el linaje y sólo se concedía a varones, dado que la mujer al contraer matrimonio perdía el apellido. El beneficiario era el primogénito quien recibía los bienes de la familia en calidad de administrador, pudiendo vivir de los frutos, más allá de eso no podía le estaba prohibida la venta. Ello acarrea que hubiese limitaciones en la transferencia. Finalmente fue abolida por ley del 11 de Enero de 1830 aunque se ha encontrado casos de su pervivencia una década después. Supresión que fuera confirmada en el código civil peruano de 1852 en forma definitiva.

El vínculo del Estado con la Iglesia se encontraba en el derecho de patronazgo mediante el cual el monarca proponía a la Santa Sede los nombres de los candidatos a ocupar los cargos de la jerarquía eclesiástica en el virreinato peruano. De esta forma se estrechaban los vínculos de la autoridad temporal con la espiritual, bajo esta facultad personalísima del monarca y que siglos más tarde se incorporó al Estado peruano bajo la denominación de patronato nacional y que duraría mientras la religión católica, apostólica y romana fuese religión oficial del Estado. Como sostiene Juan José Ruda el traspaso de dicha facultad al modelo estatal peruano fue lento pero de gran magnitud ya que implicaba el reconocimiento por parte de la Santa Sede a la independencia peruana, reanudándose además el vínculo eclesiástico que en los hechos continuaba con las parroquias a lo largo del territorio nacional⁴. La Constitución de 1823 en su artículo 8° establecía la protección oficial de la religión católica y la obligación del Estado y la sociedad en protegerla, lo que motivó por parte de la autoridad el reconocimiento de un fuerte liberalismo religioso.

En América hubo la preocupación por crear cuerpos organizados de leyes bajo un proceso de tecnificación de la ciencia jurídica. La influencia del Código Napoleón era innegable en Iberoamérica. Pues, estableció una innovación en el derecho en general, que no se llegó

⁴ Vid. RUDA SANTOLARIA, Juan José, *Los sujetos de derecho internacional. El caso de la Iglesia Católica y del estado de la Ciudad del Vaticano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995.

a copiar textualmente. Nos referimos a los códigos franceses: el civil (1804), el de procedimientos civiles (1806), el de comercio (1807), el de instrucción criminal (1808) y el penal (1810). La Carta peruana de 1823 (artículo 60º, numeral 1) señaló como facultad exclusiva del Congreso la de: “Decretar y sancionar las leyes, interpretarlas, modificarlas o derogarlas”, cuyo antecedente lo encontramos en la Constitución de 1812, artículo 131º que asignó a las Cortes la función de “...Proponer, decretar las leyes, é interpretarlas y derogarlas en caso necesario”. En la versión peruana el nuevo derecho no fue ajeno a la defensa del Contrato Social y de la libertad e igualdad que planteara el tribuno José Faustino Sánchez Carrión, la que hallamos en el artículo 4º de la primera Carta:

“Si la nación no conserva o protege los derechos legítimos de todos los individuos que la componen, se ataca el pacto social: así como se extrae de la salvaguardia de este pacto cualquiera que viole alguna de las leyes fundamentales”. El Estado creyó conveniente dar inicio al proceso codificador a través del artículo 106º de la Carta de 1823: “Los códigos civil y criminal prefijarán las formas judiciales. Ninguna autoridad podrá abreviarlas ni suspenderlas en caso alguno”⁵.

Mientras tanto el régimen ya había convocado para la redacción del Reglamento de Tribunales (10 abril de 1822) a juristas como Manuel José Bravo de Rueda decano del Colegio de Abogados de Lima en esa fecha, Gaspar Antonio de Aguirre, posterior decano del Colegio de Abogados de Lima en 1825 y José Manuel Villaverde, que posteriormente colaborarían con el proyecto de siglo. Ínterin se producían los nuevos códigos en el Perú se recalcó que *mientras tanto seguían vigentes las leyes que no se opusieran a los principios de la Constitución*.

La influencia liberal sostenía que con la finalidad de responder ante las arbitrariedades del ejercicio de poder era necesario sentar las bases para que a través de la ley se limitase su actuación. Los códigos se constituyeron como los ejemplos más palpables de la sistematización del derecho objetivo, imparcial y abstracto. La publicidad y la seguridad se convirtieron en los baluartes de esta disciplina. Este proceso nos demuestra que el Estado no fue ausente propició mediante el poder político ciertos lineamientos pero las circunstancias no sólo políticas sino también sociales impidieron esta labor. No podríamos argumentar que sólo los grupos de poder evitaron el cambio en la normatividad legal, puesto que ciertas disposiciones requirieron de una maduración para ser aceptadas por los distintos cuerpos sociales. Este fue el panorama en el siglo XIX en acercar dos ópticas legales que no solamente se diferenciaban por la prioridad, en tanto fuente del derecho, sino además que el uso de la ley, adecuándola a una visión muy peculiar denominada legalismo. Sólo que éste era construido sobre la imagen de hombre europeo, de ahí su incompatibilidad con el contexto americano.

El proceso de codificación iniciado con el Código civil continuó con el de enjuiciamiento civil, posteriormente el de comercio, más adelante el penal y el de enjuiciamiento penal. Otros textos que completan dicho proceso estuvieron referidos a la ordenanza naval de 1802 fue usada por San Martín para la creación de la Marina de Guerra del Perú y cuyos lineamientos sirvieron más adelante para la redacción y promulgación del Código de la Marina Militar en 1890. En cuanto a materia castrense, las ordenanzas españolas fueron modificadas gradualmente desde 1728 y posteriormente en 1788. Disposiciones que trataron sobre el ejército y la marina y que regirían hasta finales del siglo XIX pues con ocasión de la reestructuración del ejército por la misión militar francesa invitada durante el gobierno de Nicolás de Piérola, se creó conveniente la dación del Código de Justicia Militar el 20 de diciembre de 1898, el mismo que rigió un

⁵ GARCÍA BELAUNDE, Domingo; GUTIÉRREZ Camacho, Walter, *Las Constituciones del Perú*. Lima: Edición oficial del Ministerio de Justicia, 1993, p. 55.

mes después. Por último, la regulación de las faenas agrícolas se continuó con el Reglamento de Aguas expedido por Ambrosio Cerdán y Pontera en 1793 para los valles de Lima y luego fue ampliado a otros valles costeros, sirviendo para la administración de los regadíos, permaneciendo vigente hasta el 25 de febrero de 1902 en que se promulgó el Código de Aguas durante la gestión del ingeniero López de Romaña. Éste a su vez rigió hasta la expedición del Decreto Ley 17766 o Ley de Reforma Agraria del 24 de junio de 1969, expedido por el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas. Estas manifestaciones legales nos señalan el rol del Estado peruano en tanto autoridad y la manera como vinculó la regulación de las diferentes materias jurídicas en términos de continuidad y compatibilidad legal, histórica y cultural, superando gradualmente la falta de cohesión y de un programa a largo plazo que por el contrario facilitaba la improvisación legislativa.

3. LAS COMISIONES CODIFICADORAS

Durante el régimen de la dictadura de Bolívar por Decreto del 31 de enero de 1825, se constituyó la primera comisión codificadora:

“I. Que el régimen de la República demanda urgentemente esta organización, como conforme con la ley fundamental y como la única capaz de evitar las dudas y contradicciones que con frecuencia se advierten en la aplicación de las leyes. II. Que este objeto no puede lograrse sino por medio de un proyecto de código civil y criminal que se forme por una comisión especial que facilite las tareas del congreso. ...Se nombra una comisión compuesta por el Presidente de la Corte Suprema”.

Al trabajo de Manuel Lorenzo de Vidaurre se le sumaron Francisco Valdivieso y Prada, Manuel Villarán, Justo Figuerola para esta primera codificación. Tarea que concluyó al año siguiente y que aunque el congreso ordenó publicar el proyecto, el gobierno no tuvo interés en hacerlo.

Más adelante, hacia 1831 y mediante decreto, el Presidente de la República Agustín Gamarra nombró la segunda comisión codificadora que tuvo al mismo presidente de la Corte Suprema Vidaurre quien era un convencido que debía dejarse de lado el Derecho Indiano y poner más énfasis en la ley peruana. Para lo cual *se había de juzgar por las leyes de la patria como era justo* más no por la ley romana ni por el derecho canónico⁶. Las nuevas normas debían ser pensadas teniendo a la protección a los derechos individuales y la defensa de la separación de poderes como referentes obligados; redactadas bajo criterios objetivos y razonables que fortalecerían el modelo legalista. Sin embargo, el propio Vidaurre reconocía que más allá del rechazo del régimen independiente a las leyes españolas promulgadas, conservábamos la cultura jurídica y los abogados se seguían formando a la usanza de entonces. Claro ejemplo lo constatamos en lo señalado por Vicente Salvá, editor de la nueva edición de la Novísima Recopilación de Leyes de España cuando afirmaba:

“...como en muchas de las nuevas repúblicas americanas, son las ordenanzas de Bilbao, uno de los textos legales más usados...⁷. Nuevamente, el Congreso en la Constitución de 1834 reinició las labores de codificación al indicar en las disposiciones transitorias artículo 11º lo siguiente: *En la apertura de cada sesión anual*

⁶ VIDAURRE, Manuel LORENZO, “El Plan del Perú”, en: *Colección Documental de la Independencia del Perú: Los Ideólogos*. Lima: Imprenta Colegio Militar Leoncio Prado, 1971, Tomo I, vol. V, p. 53.

⁷ SALVÁ, Vicente (Ed.), *Novísima Recopilación de Las Leyes de España, mandadas a formar por el señor Don Carlos IV*. París, 1846, Tomo I, p. vi.

presentará al Congreso la Corte Suprema el proyecto de uno de los códigos de la legislación, principiando por el civil...".

Con lo cual la voluntad política quería provocar ya el cambio legal acorde con la autoridad:

"Y es así que el Supremo Tribunal comisiona para tal fin a sus magistrados Manuel Lorenzo Vidaurre (limeño), Nicolás Aranibar (tacneño), Justo Figuerola (lambaye-caño) y Manuel Pérez de Tudela (arequipeño). A José Cabero y Salazar (Lima) se le asignan labores de apoyo, consistentes en redacción y corrección de textos"⁸.

Medidas que llevaron a cabo la conformación de la tercera comisión redactora del Código Civil. Ante ésta Vidaurre presentó su proyecto de Código que no pudo prosperar.

"Su dogmática jurídica o sea sus principios formativos llegaban a veces a ser brillantes y novedosos pero también pecaban de contradictorios y a veces ostentaban un carácter avanzado incompatible con la época, como, por ejemplo, cuando daba al matrimonio el contenido de un contrato al que el sacramento resultaba subordinado. Su técnica legislativa parecía endeble al lado del código francés que ya Bolivia había adoptado con algunas enmiendas. En conjunto, la obra de Vidaurre apareció más bien como un tratado por la larga exposición de motivos que acompañaba a cada uno de sus tomos"⁹.

En palabras de Basadre, Vidaurre no había logrado desarrollar un texto legal que sentara las bases de las tendencias jurídicas que arribaban con el liberalismo y el capitalismo al Perú.

Como indica Bacacorzo aún cuando la estructura del proyecto estaba acorde con la codificación misma al organizarlo en tres tomos: personas; dominio y contratos, la redacción no se apartaba de la manera como habían funcionado las instituciones dentro de una sociedad corporativa y católica, manteniendo el espíritu del Derecho Indiano.

El proyecto de código civil tomó del código francés el Consejo de Familia, incluyendo además pautas del código de procedimiento del mismo país pero conservando las indicaciones del Derecho Romano. No podemos negar que, aunque Vidaurre tuvo conocimiento de las innovaciones jurídicas y de la racionalidad que se hallaba en el modelo legalista de la época, carecía de una política jurídica así como de una técnica legislativa, razón por la cual sus proyectos no llegaron a tener éxito. Si nos atenemos al desarrollo de los códigos en Francia donde se impulsó provino de la pujante burguesía; en el Perú al no darse un caso similar debido a la crisis económica que siguió a la independencia hubo resistencia de la elite a la promulgación de los códigos ya que hubo falta de una mentalidad burguesa no que impulsara desde el cuerpo legislativo esta nueva tendencia jurídica.

Debido al establecimiento de la Confederación Perú Boliviana (1837), los textos legales bolivianos fueron aplicados al Perú. Fue el propio Andrés Santa Cruz el propulsor de este cambio jurídico para lo cual fue asistido por una comisión de la Corte Suprema de Bolivia a la que se le facultó para realizar las adaptaciones necesarias del Código francés al país altiplánico. A pesar de las innovaciones que aportaron al derecho nacional:

⁸ BACACORZO, GUSTAVO, "Antecedentes histórico del Código Civil Peruano de 1852", en: GUEVARA PEZO, VÍCTOR (Coord.), *Instituciones del Derecho Civil Peruano (visión histórica)*, Tomo I, Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, Universidad Femenina del Sagrado Corazón, 1996, Tomo I, p. 51.

⁹ BASADRE GROHMAN, JORGE, *Historia de la República del Perú*. Santiago de Chile: Talleres Cochrane, 2000, Tomo 5, p. 1.108.

“...la razón principal de esa oposición peruana obedeció a que los Códigos no fueron una creación de la confederación misma sino que habían estado primero varios años vigentes en Bolivia y fueron después impuestos en el Perú”¹⁰.

En la parte concerniente a las personas, en las formalidades del matrimonio estuvieron presentes las disposiciones del Concilio de Trento. En cuanto a sucesiones, en lo relativo al llamamiento de colaterales hasta el cuarto grado, se observa lo dispuesto por las leyes 3era. títulos 9 y 10 del libro 1ero. de la Recopilación de Leyes de Indias. Sin embargo, la resistencia de los letrados y magistrados peruanos fue tal, por lo novedoso pero por considerarlos extranjeros que el propio Andrés de Santa Cruz, Protector de la Confederación los dejó en suspenso. Circunstancia que se vería agravada con la efímera duración del régimen que los códigos no volvieron a regir, retomándose la vigencia del derecho indiano con el triunfo político del mariscal Agustín Gamarra en el Perú.

Este período también muestra la incidencia del régimen en plantear la reforma judicial para ello se expidió el Reglamento Orgánico de los Tribunales y Juzgados del Estado Nor-Peruano, según el cual se establecían nuevas funciones jurisdiccionales, sustituyéndose la denominación de vocales por ministros y que fuera extendida luego al Estado Sud-Peruano. La corta vigencia de los Códigos bolivianos permitió apreciar a los letrados los beneficios de claridad, concisión y transparencia que aportaba el proceso de codificación que superaba al orden del modelo casuístico propio del derecho Indiano.

Durante el gobierno de Ramón Castilla, cuando el país gozaba de un clima de estabilidad, la ley del 9 de octubre de 1845 nombró la cuarta comisión redactora para el Código Civil. Ésta estuvo presidida por Manuel Pérez de Tudela quien junto con José Luis Gómez Sánchez, Mariano Carrera, encarnaba el criterio conservador mientras que el liberal estaba representado por Francisco Javier Mariátegui. José Manuel Tirado, Manuel López Lissón y José Julio Rospigliosi. Misión que concluyó en 1847, presentando el proyecto al Congreso para su revisión y donde el discurso liberal o: “...área más afrancesada se encuentra en la regulación de la propiedad y de los contratos”¹¹... Característica que nos permite sostener que el cambio estaba dirigido más hacia la parte económica bajo estas dos modalidades jurídicas.

Mientras tanto en 1846 se promulgó el Reglamento para Juzgados y Tribunales de la República el cual comprendió disposiciones de derecho sustantivo, las mismas que quedaron sin efecto con el establecimiento del Reglamento de 1854 que confirmó las incompatibilidades con textos del Código Civil así como el de Enjuiciamientos Civiles.

En 1851 se estableció la comisión revisora, según ley del 7 de junio de 1851, presidida por Andrés Martínez (conservador) e integrada el clérigo Francisco de Paula González Vigil (liberal), Pedro Gálvez Egúsquiza (liberal), Manuel Toribio Ureta (liberal), Teodoro La Rosa (liberal), José Luis Gómez Sánchez (liberal), Juan Celestino Cavero (conservador), y Pedro José Flores (conservador) para examinar, reformar y corregir el texto. Todos ellos miembros del Congreso nacional que sometieron al pleno el proyecto de código, siendo finalmente promulgado el 28 de julio de 1852 durante el gobierno del general José Rufino Echenique, presidente constitucional del Perú con lo cual oficialmente se procedía a la codificación, cuyo proceso llegaría hasta el siglo xx. A la misma comisión se le encomendó la materia procesal y que daría lugar al segundo texto legal: El Código de Enjuiciamientos Civiles.

¹⁰ DE TRAZEGNIES, Fernando, *La idea del Derecho en el Perú Republicano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, p. 9.

¹¹ RAMOS NUÑEZ, Carlos, *Historia del Derecho Civil Peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 13.

4. EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1852

Desde la autoridad y en mérito a la protección del individuo como sujeto de derecho se expedieron normas que cautelasen la propiedad, seguridad y libertad, teniendo a ésta última como el fin supremo. Ello implicaba la necesidad de sistematizar las disposiciones a las que se hacía referencia.

Sin embargo, la elaboración de la norma en el caso peruano no se ciñó a la dogmática solamente pues la costumbre:

“...aparece como elemento inspirador del legislador, pues los hombres que redactaron la ley tuvieron una actitud respetuosa ante la costumbre que su dogmática se negaba a aceptar”¹².

Lo que nos permite observar que si el derecho quería ser un factor de cambio debía considerar en su propuesta la cultura jurídica que acompañaba a éste.

Pero, por otro lado, la costumbre se mantuvo en otros ámbitos del Derecho. El artículo 121° de la Constitución de 1823 planteó que “... los principios que aquí se establecen queden en vigor y fuerza hasta la organización de los Códigos Civil, Criminal, Militar y de Comercio”. De modo tal que no podemos afirmar que el Código Civil fuese anticostumbrista aunque hallemos en él la influencia sistemática del derecho así como el principio de legalidad: “Los jueces no pueden dejar de aplicar la ley ni juzgar, sino por lo dispuesto en ellas...”. Ello refleja el proceso de transición pues se dejaba abierta la posibilidad de apelar a los principios generales del Derecho, donde la costumbre ocupaba un papel importante. El código mantiene una estructura basada en tres libros: Libro de personas (derechos de las personas y derechos de familia).

Libro de las cosas (derechos reales, la donación, la herencia y el régimen de bienes (propios y comunes). Libro de obligaciones y contratos (Obligaciones en general sobre contratos y obligaciones derivadas; contratos en particular, los cuasi-contratos, obligaciones emanentes de delitos y cuasi-delitos, modos de acabarse las obligaciones)

Además de la doctrina señalada líneas arriba, el profesor Guzmán Brito sostiene que el código parece inspirado en los textos redactados por Eugenio de Tapia, litigante español, conocidos como *Febrero novísimo o librería de jueces, abogados y escribanos* (Valencia, 1828) y *Febrero novísimamente redactado* (Valencia, 1845)¹³. De ahí la mixtura del modelo casuista y del sistemático, lo que fue puesto en evidencia al distinguir la influencia de los elementos formativos del Código Civil en los libros e instituciones jurídicas como señala el trabajo de César Luna Victoria:

A. El antiguo derecho romano, de donde provienen las definiciones y distinciones jurídicas en general.

B. El derecho castellano influyó también en su doble vertiente de derecho civil peninsular (elaborado para España) y como derecho especial para América (derecho indiano).

C. El derecho español pervivió. Algunos ejemplos darán muestra de ello. La institución de la esclavitud... y consecuentemente las disposiciones... sobre manumisión, ingenios, siervos y libertos provienen de este derecho. La posición final del matrimonio como sacramento, la actitud anti divorcista y la sujeción al Concilio

¹² BASADRE AYULO, Jorge, *Historia del Derecho Peruano*. Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, 1994, p. 245.

¹³ GUZMAN BRITO, Alejandro, “El tradicionalismo del Código Civil peruano 1852.”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* N° 23, p. 551, Valparaíso, 2001.

de Trento también proviene del derecho colonial, aunque la influencia más directa corresponde al derecho canónico. La legislación previa y el mismo código pretendieron dinamizar el libre comercio inmobiliario aboliendo las vinculaciones laicales pero sobrevivieron las eclesiásticas.

D. El derecho canónico, además de su sobre presencia en el tema de matrimonio tuvo influencia indudable en las regulaciones sobre los clérigos, la desigualdad de los hijos, las capellanías y las vinculaciones eclesiásticas¹⁴.

De esta lectura se puede percibir que no existió influencia jurídica de los países de la región, aunque la existencia de los textos de Santa Cruz de los años treinta nos plantea que su conocimiento por parte de los juristas y abogados, pudiendo ser utilizados por los juristas nacionales en la redacción del código peruano. Su estructura fue dividida en tres libros: personas, cosas, obligaciones (que incluía contratos)

En este ínterin de establecimiento del código se generó incertidumbre en la cultura jurídica existente, pues no dejando de cesar las consultas sobre las disposiciones legalmente vigentes y aquellas que pasarían posteriormente a enriquecer el andamiaje doctrinario. Circunstancia que fuera cubierta con la aparición del Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia de Joaquín Escriche (1852) o el Diccionario de Legislación Peruana elaborado por Francisco García Calderón Landa (1860).

4.1 TÍTULO PRELIMINAR

El código toma de su similar francés el papel de la ley, como abstracta, impersonal y coercitiva debido a que elaboración parte del Estado, bajo la concepción sistemática que gradualmente se aplicaba en nuestro país. Circunstancia que no pasó desapercibida en el Ministerio de Gobierno y Relaciones Exteriores para aclarar el grado de importancia entre una norma general y una especial:

“La aparente contrariedad entre estas dos leyes está salvada con la observación de que la primera, como especial, no está ni puede estar derogada por otra que es general sino que necesitaría una expresa y especial revocación...”

(El Comercio, martes 5 de mayo de 1839). De esta manera, la autoridad asumía un papel como garante y supervisor del sistema jurídico, de ahí que se sostuviera que el control del ejercicio del poder sólo podía darse a través de los propios mecanismos que creaba el derecho, tal como se señalará más adelante el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1852:

“Art. I: Las leyes obligan en todo el territorio de la República después de su promulgación. Art. III. A nadie puede impedirse la acción que no está prohibida por la ley. Art. VIII. Los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes ni juzgar sino por lo dispuesto en ellas”.

Por otro lado, aunque doctrinariamente se sabía que la norma no amparaba el abuso del Derecho, el código omitió este principio. De la misma forma no se precisó la solución frente al conflicto de leyes.

Consecuente con el modelo descrito en el decreto del 16 de agosto de 1790, en el caso de insuficiencia o ambigüedad los magistrados debían elevar en consulta el expediente para que el superior jerárquico se dirija a su vez al Congreso a fin que modifique la norma. Ello se entendía de

¹⁴ LUNA VICTORIA, César, “Código Civil de 1852, lo nacional y lo importado”, en: *Derecho*. N° 42, pp. 81-82. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988.

acuerdo al razonamiento que en tanto que Legislativo encarnaba la voluntad general era el único llamado a ejercer esta facultad, pues estaba prohibido que los jueces dejaran de aplicar la norma. Y por otro lado, el Código de 1852 recogió el artículo de la Constitución de 1834 que señalaba la intervención mediante un informe de la Corte Suprema al Congreso sobre la administración de justicia y el ordenamiento legal. Facultad que fue ampliada en la Carta de 1856 en su artículo 63° inciso 3: “Son iniciativas de ley: Los [proyectos] de la Corte Suprema de Justicia”.

4.2 LIBRO DE PERSONAS

(DERECHOS DE LAS PERSONAS Y DERECHOS DE FAMILIA)

El código civil mantuvo la influencia de la impronta hispana reunida en las Partidas, las Leyes de Toro, la Novísima Recopilación de Indias, el Derecho romano y el canónico. En cuanto al reconocimiento del nacido dicho código en sus artículos 1° al 4° recogió los lineamientos de la Partida 4ª, Título 23, Leyes 1ª al 5ª: Que el concebido hubiese nacido vivo cuando menos veinticuatro horas y que tuviese figura humana, y que el nacimiento se haya producido entre el séptimo, noveno y décimo mes, mas no en el octavo ni undécimo, circunstancias que generaban la validez de los derechos de la persona y del goce de toda prerrogativa en tanto le favoreciera. Respecto a la capacidad jurídica señalada por las Partidas, ésta era adquirida a los veinticinco años, límite que fue sustituido por el de los veintiuno como mayoría de edad, según el código. Sin embargo, era factible contraer matrimonio desde los catorce para el varón y la hembra desde los doce, lo cual también fue reemplazado por el artículo 141° del código de 1852 por dieciocho para el varón y dieciséis para la mujer, gozando de los efectos civiles desde ese momento. Diferencia que también se debía contemplar a raíz de la distinción entre peruanos y extranjeros.

La sociedad peruana de mediados del siglo XIX conservaba aún la clasificación de hombres libres, siervos y esclavos, pese a que desde la independencia el poder político sentara las bases para la igualdad legal. Como institución, la esclavitud había sufrido una serie de medidas provisionales y paliativas mientras no se concluyese con su extinción. Desde 1821 se concedió la libertad de vientres para todos aquellos nacidos a partir de la fecha de proclamación de la independencia peruana. También se propició la incorporación de esclavos en las filas del ejército chileno-argentino durante la campaña emancipadora. Una vez finalizada ésta se concedían las autorizaciones de libertad, sin embargo esta medida se restringió desde 1823 por presión de los hacendados. Como tercera alternativa se dispuso el sorteo de esclavos en Lima, donde se concentraba la mayor cantidad, cada 8 de setiembre, fecha del desembarco de la expedición libertadora en Pisco. Años más tarde la libertad de vientres quedaba supeditada a la formación de un patronazgo de los amos de sus padres hasta los cincuenta años (El Comercio, lunes 16 de diciembre de 1839).

La injerencia política en el tema de la abolición motivó las críticas del conservador José María de Pando en 1833, quien sostuvo que se privaba a los propietarios de esclavos de legítimos derechos sin compensación alguna. Los esclavos se hallaban bajo el ámbito de la propiedad privada y dado que este derecho era inviolable se requería de una indemnización en caso de utilidad pública, legalmente declarada y previa indemnización de su justo valor. Opinión dada años atrás Bernardo Monteagudo quien añadió que debido a la escasez de recursos era imposible la abolición por el Estado. La Constitución Política de 1828 había estipulado que:

“Art. 165° Es inviolable el derecho de propiedad. Si el bien público, legalmente reconocido, exigiere la propiedad de algún ciudadano, será previamente indemnizado su valor. Art. 129° Quedan abolidos: ... 2° La confiscación de bienes”.

A ello se debió que el código civil de 1852 mantuviese en los títulos 5 y 6 las regulaciones sobre los ingenuos, siervos y libertos, así como el proceso de la manumisión, transcribiendo en el artículo 98° la disposición constitucional que establecía que nadie nacía esclavo en el

Perú. Marco jurídico-político que cambiaría a partir del decreto de abolición de esclavitud en diciembre de 1854. Por otro lado, la Constitución del Estado peruano dio por concluido el vínculo de la institución medieval del vasallaje al propiciarse la abolición de los cuerpos o repúblicas para entrar legalmente a la sociedad igualitaria. El 4 de agosto de 1821 se decretó la abolición de los vínculos del Antiguo Régimen, con lo que las justicias señoriales (derecho corporativo) eran reemplazadas por un nuevo sistema judicial, procediéndose además a la “1º Abolición de la venalidad de los cargos judiciales. 2º Igualdad de todos ante la justicia, quedando suprimidos los privilegios de jurisdicción...”¹⁵.

En el nuevo sistema jurídico el vínculo matrimonial entre marido y mujer, aunque quiso privilegiar el procedimiento civil no excluyó los cánones del sacramento de la Iglesia, dado que conservó las disposiciones del Concilio de Trento, de ahí que las personas que no profesaban la religión católica tuviesen restringido el ejercicio de su derecho lo que sería subsanado más adelante por ley del 23 de diciembre de 1897. El artículo 132º del código civil estableció que por matrimonio se unen perpetuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida en común, concurriendo a la conservación de la especie humana, con lo cual se recogía en parte el propósito del “ayuntamiento de enlace de hombre y mujer hecho con intención de vivir siempre en uno guardándose mutua felicidad”¹⁶. Acto que se daba de manera notoria e indubitable recogiendo la formalidad del derecho romano canónico. El texto republicano recibió las figuras de los impedimentos matrimoniales expresándolas de manera pormenorizada. Se introdujo el término divorcio aunque en realidad se trataba de la separación, la que debía producirse de acuerdo a ley, que incluía el incumplimiento de los deberes del matrimonio, lo cual era difícil de probar. La separación se declaraba judicialmente ponía término a los deberes conyugales en cuanto al lecho y habitación y disolvía la sociedad legal de bienes (artículo 208º). Al no existir propiamente el divorcio era imposible contraer nuevas nupcias. Aquí se aparta del Código francés que orientó esta institución al ámbito civil con una naturaleza contractual con el divorcio vincular, de ahí que no aparezca dentro de los contratos consensuales.

Respecto a los hijos, se conservó la distinción entre legítimos (los habidos dentro del matrimonio) y naturales (o fuera de matrimonio), así como la posibilidad de legitimar a éstos mediante su reconocimiento. Al respecto el artículo 238º del Código Civil permitía este acto por escritura pública entre otras formas, influenciados por el modelo francés, para que posteriormente se inscribiese en el registro ante el funcionario respectivo. Perfeccionando de este modo dicho reconocimiento, lo cual le otorgaba validez. Hecho que en su momento fue materia de la jurisprudencia, cuyos magistrados ampararon esta pretensión:

“Siguiendo esta tendencia se ha admitido el reconocimiento al margen de las partidas parroquiales aplicando la ley que lo permite en los Registros del estado Civil (Anales 1912, 1916), el que aparece de escritura pública celebrada por el padre como representante legal del hijo (Anales 1887) y el que aparece en los actuados judiciales (Anales 1907, 1908)”¹⁷.

Frente a dificultades que pudiesen existir con los hijos se estableció el Consejo de Familia, se suprimió la arrogación, excepcionalmente se quitó el usufructo de sus bienes castrenses a los hijos. La influencia de la desacralización de funciones político administrativas fue recepcionada por el código al impulsar la creación del registro civil para hacer constar el nacimiento,

¹⁵ QUIMPER, José María, *Derecho Político General*. Lima: Benito Gil Editor, 1887, tomo II, p. 302.

¹⁶ Partida 4, Título 2, Ley 9. En: ALFONSO X, el Sabio: Las Siete Partidas. Antología. Madrid: Odes Nuevos. [1260] (1992).

¹⁷ ARENAS Y LOAYZA, Carlos, “Desenvolvimiento de las instituciones judiciales en el Perú y la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en: *Revista del Foro*, N° XII. vol. 2, p. 95, Lima, 1925.

el matrimonio y la muerte de las personas. Aquí, el libro primero recoge del texto francés la declaración de ausente cuyo tratamiento no había sido contemplado en las leyes españolas. Durante la república los datos poblacionales permanecieron en manos de las parroquias, hasta que dicha preocupación fuese retomada en 1873 por el gobierno de Manuel Pardo a través de la Ley de Municipalidades. Más adelante, el segundo Código civil (1936) con una influencia laica más notoria señaló que en adelante la obligación de la celebración del matrimonio ante autoridades civiles, dejando el de carácter religioso como facultativo. Otros aspectos que dejó pendiente el primer código fue lo relativo a la formación de las personas jurídicas, el resarcimiento equitativo de los gastos y los perjuicios sin causa justa en el caso de los esponsales; los bienes reservados a la mujer así como la separación de los mismos aún sin disolución del matrimonio; la falta de precisión en los grados de parentesco para conyugues e hijos (filiación, patria potestad, legitimación y adopción) así como la declaración judicial de paternidad.

4.3 LIBRO DE LAS COSAS

(DERECHOS REALES, LA DONACIÓN, LA HERENCIA Y EL RÉGIMEN DE BIENES (PROPIOS Y COMUNES))

Respecto al Libro segundo o de las cosas hubo mucha afinidad con el código francés aunque el Código civil de 1852 estableció una fórmula flexible: Artículo 460º: “La propiedad ó dominio es el derecho de gozar y disponer de las cosas”. Pues por un lado hizo referencia al uso y disposición de la manera más absoluta como su antecedente francés (artículo 461º) acorde con el radicalismo liberal, pero al mismo tiempo suprimió las limitaciones en referencia a la prohibición señalada por las leyes y reglamentos. Respecto a los bienes, el código adopta de Francia la división entre bienes muebles e inmuebles, partes integrantes y accesorios. En cuanto a la transferencia de dominio de la cosa prefirió optar por la tradición (artículo 574º) y no por el consentimiento que traía la versión francesa. Por otro lado, este libro es muy innovador en cuanto la reducción del término de la prescripción así como el número de cosas imprescriptibles. Aquí la tendencia se orientó a favorecer al individuo al hacer más fácil las transferencias de tierras y rompiendo con toda reminiscencia que las limitase. El artículo 535º permitía la prescripción contra la Iglesia, las tierras comunales y el propio Estado, en este último caso bastaban 10 años de posesión (artículo 143º), demostrar algún título (artículo 539º) que el poseedor creía válido (artículo 540º) y la propiedad ya se perfeccionaba. Sin embargo, se conservaron vinculaciones como las de las capellanías y cofradías (artículo 1194º) pero indicando que estaban prohibidas nuevas vinculaciones ya que la tierra era enajenable.

A través de la lectura de los expedientes judiciales se puede observar que:

“...el período siguiente a la promulgación del Código Civil... [se] llega a conclusión de que es bastante notorio el interés de la Corte Suprema en desvincular la propiedad, colaborando así con la intención del legislador”¹⁸.

El derecho castellano, influenciado por el derecho romano, sostuvo que una persona formulaba su declaración de voluntad acerca de lo que deseara luego de su muerte. A través de ésta se generaba la transferencia de sus derechos, adoptando de esta manera el principio fundamental de instituir heredero. Propuesta reflejada en el artículo 633º del código civil que definía al heredero como la persona que tiene derecho de suceder en los bienes de otra que ha fallecido. El beneficiario de este derecho fue clasificado por el texto de Alfonso El Sabio como necesario y voluntario; esquema que fue trasladado al texto republicano en el artículo 638º estipulando de los padres, abuelos y demás ascendientes eran herederos forzosos los hijos, nietos y demás descendientes legítimos, sin distinción de matrimonios. Aspecto que fuese recogido por

¹⁸ DE TRAZEGNIES, *op. cit.* (n. 10), p. 188.

interpretación excluyente en la causa sobre herederos seguida por Manuela Maza contra Luis Ponce. El tribunal resolvió que había libertad de dejar beneficiarios cuando no existen herederos forzosos en la clase de ascendientes y descendientes (Ejecutoria del 28 de abril de 1856).

En el mismo tema de las herencias, las Partidas ya habían establecido la necesidad de demandar la apertura del testamento por quien tuviese interés, en cuanto al aspecto formal y concluyente de la sucesión. Aquella modalidad sin haber expresado voluntad testamentaria fue trasladada al código civil, lo que no limitó los litigantes invocasen a la jurisprudencia como fuente para la resolución de su controversia. Ejemplo de esto lo vemos en la causa sobre nulidad de testamento de Antonio Irigoyen, donde las partes invocaron que quien sucediese al finado en los bienes, derechos y acciones debía disponer de ellos como verdadero dueño (Partida 6ª, Título 13, ley 6 cuyo razonamiento se repite en la ejecutoria del 14 de julio de 1856). En el caso de Gertrudis Llanos contra la testamentaría de Josefa Muñoz, el abogado Manuel Lorenzo Vidaurre había invocado años atrás que la protección de los bienes de la madre para los hijos legítimos del primer compromiso de acuerdo a la Partida 5ª, Título 13, Ley 26; la que permanecía vigente.

“Y para qué se fatigó el Tribunal en variar el nombre de dote en donación? Fuese dote o donación, fuese lo que fuese o désele el nombre que quiera, el marido que pasa a segundas nupcias tiene que reservar para los hijos del primero...” (El Comercio, martes 19 de enero de 1840).

Respecto al codicilio, el código recogió la práctica de la ampliación de la voluntad del testador, sin modificar en lo sustancial los aspectos ya planteados, considerándose como puestos en el testamento (Partida 6, Título 12, Ley 3). Respecto a los menores de edad, es decir por debajo de los veinticinco años, el texto de Alfonso el Sabio indicó que a través de los guardas se protegían sus derechos. El código peruano realizó una modificación al reducir la mayoría de edad a 21 años, sin embargo se conservaron las disposiciones referidas a la restitución, haciéndose de tal modo que uno recibiera el íntegro de su derecho.

En cuanto a derecho sucesorio se establecieron variaciones en las formalidades para el otorgamiento de testamento, se abolieron los fideicomisos así como los poderes para testar, de las cláusulas derogatorias y de los testamentos en común. Se innovó además las estipulaciones para la sucesión de hijos legítimos, que respecto a las propiedades había el interés del Estado que éstas no quedaran concentradas en un solo heredero. De ahí que el artículo 696º estipulara la obligación que la herencia sea distribuida en proporción a los herederos, dejando una quinta parte de libre disposición al testador. Intención que recoge el Código en los artículos 2136º al 2145º al señalar la división entre los herederos de sucesiones indivisas.

4.4 LIBRO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

(OBLIGACIONES EN GENERAL SOBRE CONTRATOS Y OBLIGACIONES DERIVADAS;
CONTRATOS EN PARTICULAR, LOS CUASI-CONTRATOS, OBLIGACIONES EMANENTES DE DELITOS
Y CUASI-DELITOS, MODOS DE ACABARSE LAS OBLIGACIONES)

Esta sección nos muestra las relaciones jurídicas bajo la modalidad de préstamos, contratos de mutuo, comodato y depósitos, permuta, donaciones, compra-venta, arrendamientos, compañías o sociedades, la promesa, la fianza, la hipoteca y la prenda, el pago y finalmente la cesión de bienes, producto de la práctica habitual del hombre.

Las figuras jurídicas antes aludidas se trasladaron al libro de obligaciones y contratos del primer código peruano, siendo sistematizadas y afinadas bajo la influencia de su similar francés de 1805. Carlos Ramos deja entrever que este trabajo se debió al interés de los sectores económicos que clamaban por normas más flexibles de acuerdo a sus intereses. Así sus artículos

estaban "...atenuados adaptándolos a los intereses y valoraciones de la clase dirigente, de la cual los codificadores formaban parte"¹⁹. Se estipuló en los contratos relacionados con tierras que el propietario del dominio útil podía venderlo como si fuese un inmueble (artículo 1900°, inciso 7) y en cuanto al arrendamiento podía darse hasta por 10 años (artículo 1551°). Aunque se reconocía la existencia de censos, éstos no podían establecerlos a perpetuidad (artículo 1909°). Bajo esta lógica de favorecer al individuo propietario, el Código mantuvo la preferencia a favor de éste asignándole la presunción de certeza en caso de duda sobre tasas, pagos y verificación de cuentas donde el empleado para rebatirlo estaba obligado a probar. (artículo 1633°) Ejemplo que se reproducirá en el caso de los hacendados así como de los introductores de colonos a raíz de las contratas chineras o contratos que fueron el sustento de la inmigración china al Perú.

Bajo la influencia del liberalismo se rechazó toda limitación a la compra venta respecto a la transferencia de dominio ya que todo podía ser sujeto de comercio. Tendencia cuyo contexto se localiza en momentos del auge del guano o fertilizante, como producto de exportación al mercado internacional, dio lugar a la circulación de una gran cantidad de dinero que demoró en crear una burguesía y por el contrario robusteció a la oligarquía terrateniente, cuyo ánimo de comercio la llevó a ser agroexportadora. La práctica judicial demostró la recepción gradual del principio de legalidad en la cual los litigantes invocaban las Partidas como norma principal o supletoria, en función del contexto y los años:

- a. Causa de José María de la Puente con Isidro Aramburu sobre propiedad de la hacienda Palao. De la Puente hizo prevalecer el criterio que siendo el contrato de compra-venta consensual, a falta de consentimiento del dueño no existía venta y por lo tanto todo lo actuado era nulo (Partida 5, Título 5, Ley 1).
- b. Causa de José Domingo Apesteguía con Francisco Sotil sobre la hacienda San Antonio de Chávez, donde el primero adujo que los inmuebles podían ser dados en prenda (Partida 5, Título 13, Ley 2)
- c. Causa de Anselmo Arce con María del Rosario Velasco sobre obligación de pago cuando hay novación. Sin embargo la novación de un contrato no se presume, pues debía ser expresa y sustentarse en un contrato anterior (Partida 5, Título 14, Ley 15).
- d. Causa de Micaela Alatrística con Gabina Rivera en la cual la primera era acreedora y a quien le favorecía una acción hipotecaria. Según la Partida 5, Título 13, Ley 14 dicha acción era real es decir contra toda persona y por lo tanto es plausible de ser perseguida cualquiera que fuese su poseedor.

Ya desde antes la práctica había sentado precedentes en casos elevados a consulta ante la autoridad político-administrativa. Francisco Casas, coronel del ejército, se dirigió al Consejo de Estado solicitando su intervención para actualizar la cuantía que por concepto de indemnización le correspondía al pasar al retiro en 1840. Según la Partida 5, Título 4, Ley 9, la indemnización ascendía a 500 maravedíes, ¿monto que equivaldría a 500 pesos peruanos o haciendo un cálculo de acuerdo al poder adquisitivo debía ser éste de 1.285 pesos? (El Comercio, martes 27 de octubre de 1840)²⁰.

En este proceso gradual, la litigiosidad conservaba aún el espíritu de equidad difundido desde Roma. Por ejemplo, en el cuasi-delito el principio de responsabilidad se hallaba vinculado al principio del riesgo profesional lo que demandaba en opinión de los jueces que la cobertura se extendiese a terceros. Según el Código Civil los daños causados a los operarios

¹⁹ RAMOS NUÑEZ, Carlos A., *El Código Napoleónico y su recepción en América Latina*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 275.

²⁰ GALVEZ MONTERO, José Francisco, "Aproximación al estudio de la pervivencia de Las Partidas en el Derecho Peruano", en: *Revista del Magíster en Derecho Civil* (Lima), vol. 2-3, p. 85, Escuela de Graduados, PUCP, 1998-1999.

eran de responsabilidad del patrón, lo que no incluía a los familiares en rigor tratándose de víctimas por accidentes de trabajo:

“Sin embargo, por una ejecutoria de 1877 se condenó a la empresa del Ferrocarril Central a indemnizar a la madre de un operario muerto y por otra ejecutoria de 1909, se condenó a la empresa del tranvía a Chorrillos a indemnizar a la viuda e hijos del finado”²¹.

5. CONCLUSIONES

El paso gradual del Derecho Indiano sustentado en el casuismo hacia el Derecho nacional en Perú no significó un cambio abrupto en el funcionamiento de sus instituciones, aunque desde el poder se planteara el imperio de la ley con el advenimiento de los primeros gobiernos nacionales. Los efectos del principio de legalidad en el cual concurrían la seguridad jurídica y la publicidad nos permiten apreciar que la generación de normas fue concebida teniendo como perfil al hombre propietario que se vio privilegiado con la expedición de los nuevos códigos, sobre todo el de materia civil. La dogmática recogió del liberalismo el individualismo y lo volcó en la tesis del *pactas sunt servanda* la cual se derivó a los contratos donde el Estado intervenía imponiendo el cumplimiento forzoso de éstos. Los testimonios recogidos de la sociedad de entonces a través de los periódicos nos permiten apreciar la variación en la aplicación del Derecho a partir de la relectura de las Partidas en el siglo XIX. El período aludido también indica que no todo cambió, pues si bien iniciamos el trasplante del modelo francés a la realidad peruana, no podemos afirmar que el magistrado nacional haya quedado reducido a un ser inanimado o convertirse en la boca de la ley, como diría Montesquieu, más aún cuando en nuestro país la cultura jurídica de los nuevos abogados seguía siendo la indiana, donde la costumbre, la doctrina y la interpretación eran las fuentes más recurrentes junto con la norma, pro venga del derecho indiano o del derecho peruano.

El código civil de 1852 hace uso del esquema occidental en la regulación de las instituciones a través de sus tres libros; sin embargo podemos afirmar que en la parte concerniente a personas y sobre todo matrimonio pervivieron características propias de una sociedad religiosa que el Estado había confirmado al haber dotado el carácter de oficial a la religión católica, apostólica y romana. Pero por otro lado, el desarrollo económico liderado por un sector emergente vinculado con el comercio, lo que comprueba con la manera como la regulación de contratos y propiedad tuvo una relación directa con las innovaciones de mediados del siglo XIX. De esta manera, podemos concluir que el proceso de codificación fue innovador representando una mixtura entre lo tradicional y lo moderno.

6. FUENTES

ALFONSO X, el Sabio, Las Siete Partidas. Antología. Madrid. Odris Nuevos. [1260] (1992).

BIBLIOGRAFÍA

ARENAS Y LOAYZA, Carlos. “Desenvolvimiento de las instituciones judiciales en el Perú y la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en: *Revista del Foro*, N° XII, vol. 2, Lima, 1925.

²¹ ARENAS Y LOAYZA, *op. cit.* (n. 17), p. 96.

- BASADRE AYULO, Jorge. *Historia del Derecho Peruano*. Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, 1994.
- BASADRE GROHMAN, Jorge. *Historia de la República del Perú*. Santiago de Chile: Talleres Cochrane, 2000.
- CLAVERO SALVADOR, Bartolomé. *Institución Histórica del Derecho*. Madrid: Marcial Pons. 1992.
- GALVEZ MONTERO, José Francisco. "Aproximación al estudio de la pervivencia de Las Partidas en el Derecho Peruano", en: *Revista del Magíster en Derecho Civil* Vol. 2-3, Lima: Escuela de Graduados. PUCP. 1998-1999.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo y GUTIÉRREZ Camacho, Walter. *Las Constituciones del Perú*. Lima: Edición oficial del Ministerio de Justicia, 1993.
- GARCÍA CALDERÓN LANDA, FRANCISCO. *Diccionario de la Legislación Peruana*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2003.
- GUEVARA PEZO (Coordinador). *Instituciones del Derecho Civil Peruano (visión histórica)*. Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente. Universidad Femenina del Sagrado Corazón. 1996. Tomo I
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. "El tradicionalismo del Código Civil peruano 1852.", en: *Revista de Estudios Histórico - Jurídicos*, N° XIII, Valparaíso: 2001.
- LUNA VICTORIA, César. "Código Civil de 1852, lo nacional y lo importado", en: *Derecho*, N° 42, Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- QUIMPER, José María. *Derecho Político General*. Tomo II. Lima: Benito Gil Editor. 1887
- RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil Peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.
- RUDA SANTOLARIA, Juan José. *Los sujetos de derecho internacional. El caso de la Iglesia Católica y del estado de la Ciudad del Vaticano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995.
- SALVÁ, Vicente (Ed.). *Novísima Recopilación de Las Leyes de España, mandadas a formar por el señor Don Carlos IV*. París: 1846.
- TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. *Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho*. Lima: Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1977.
- *La idea del Derecho en el Perú Republicano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.
- VIDAURRE, Manuel Lorenzo. "El Plan del Perú". En: *Colección Documental de la Independencia del Perú. Los Ideólogos*. Lima: Imprenta Colegio Militar Leoncio Prado. Tomo I. Volumen V.
- Enlace en internet: CONGRESO DE LA REPÚBLICA: Archivo Digital de Leyes: <http://www.congreso.gob.pe>

PERIÓDICOS:

El Tribuno de la República. Año 1822.

El Comercio (Lima). Años 1839, 1840 y 1841.