

# NOTAS SOBRE EL PROCESO DE CODIFICACIÓN CIVIL EN EL PERÚ EN EL SIGLO XIX. EL CÓDIGO CIVIL DE 1852. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO CIVIL PERUANO A PARTIR DE 1852

JORGE BASADRE AYULO  
*Universidad de San Marcos*

## 1. ANTECEDENTES DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1852

Producido el movimiento independentista que origina la república del Perú por acto solemne del 28 de julio de 1821, las instituciones civiles fueron reguladas por los antiguos textos españoles como las *Partidas*, la *Recopilación de las Leyes de Indias*, de 1680, el farrago de normas legales provenientes del siglo XVIII bajo la dominación borbónica y la *Novísima Recopilación*. El derecho privado empezó a adaptarse a la vida republicana por medio de las constituciones políticas y leyes aisladas que se dictaron después del congreso constituyente de 1822, como fueron la abolición de los títulos de nobleza (1822) y las condiciones para la emancipación (11 de enero de 1830), entre otros dispositivos específicos.

1.1 La codificación fue un deseo inicial de la nueva república peruana desde la proclamación de la independencia. El decreto número 18 del 31 de enero de 1825 dispuso el nombramiento de una comisión que redactara un código civil y un código procesal de esta materia<sup>1</sup>. Las turbulencias políticas y la inestabilidad institucional del Perú imposibilitaron el trabajo codificador. Otra comisión fue designada en 1831 para redactar los códigos penales sustantivo y adjetivo. Tampoco prosperó este trabajo codificador penal a que se refiere el decreto de 1831 por la anarquía política imperante<sup>2</sup>.

En la Constitución Política de 1834 (artículo 11 de las disposiciones transitorias) se insertó la orden para que la Corte Suprema de la República preparara un código para el año judicial siguiente, empezándose por el civil. En virtud de este mandato, el presidente de la Corte Suprema de la República, don Manuel Lorenzo Vidaurre y Encalada preparó un proyecto de código civil. Vidaurre insertó una exposición de motivos con ideas originales sobre el matrimonio y la situación jurídica de los clérigos cuya influencia se iradió a la primera comisión codificadora que preparó el Código Civil de 1852<sup>3</sup>. Este proyecto de Código Civil no mereció sanción legislativa y fracasó por su falta de técnica jurídica, su carácter anticlerical que chocó contra el conservadurismo de la sociedad peruana y sobre todo por la proyección de los sueños utópicos de Andrés de Santa Cruz de unir al Perú y Bolivia en una confederación.

1.2 Construido el andamiaje temporal de la Confederación Perú-boliviana entre los años 1836 a 1839, se adoptó el Código Civil boliviano de 1831 para los estados norte y sur peruanos, por decretos de 28 de octubre y noviembre de 1836 respectivamente<sup>4</sup>. Este código Civil importó una concesión del boliviano el que, a su vez, fue una recepción del texto

<sup>1</sup> Decreto N° 18 de 31 de enero de 1825, en *Colección de leyes, decretos y órdenes*, Lima, 1832, vol.2, pp. 56 - 57.

<sup>2</sup> Decreto N° 147 de 22 de octubre de 1831, en *Colección de leyes, decretos y órdenes*, Lima, 1837, vol.4 pp. 96 - 97.

<sup>3</sup> *Proyecto de Código Civil redactado por el ciudadano don Manuel Lorenzo Vidaurre*, Lima, 1834-36.

<sup>4</sup> *Código Civil Santa-Cruz del estado Nor-Peruano*, Lima, 1836. *Código Civil Santa Cruz del Estado Sud-Peruano*, Cuzco, 1837.

de Napoleón Bonaparte, siendo rechazado por la ciudadanía, abogados y jueces peruanos por razones patriotas que recusaban la adopción de un código extranjero impuesto por la fuerza aunque su influencia se irradió en el código de 1852<sup>5</sup>.

## 2. LA PREPARACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE 1852

Derogados los códigos de Santa Cruz después de su fugaz vigencia por el colapso de la Confederación Perú-Boliviana en el campo de Yungay, el Congreso de la República por ley de 9 de octubre de 1845 autorizó al Presidente de la República para que designara la comisión redactora del Código Civil, el penal y los de procedimientos de estas materias. La ley respectiva fue promulgada por Ramón Castilla como presidente del Perú siendo ministro de justicia don José Gregorio Paz Soldán.

A tal efecto, el Consejo de Estado preparó las ternas para la constitución de esta comisión redactora. La ley de 9 de octubre de 1845 dispuso que fueran 7 los miembros de la referida comisión. Se escogió para la tarea codificadora civil a prestigiosos juristas y magistrados de diversas ideologías: Manuel Pérez de Tudela que según anotaba Basadre era un magistrado conservador y antiguo partidario de Riva Agüero; don Francisco Javier Mariátegui de tendencia radical; don Manuel López Lisson, empujado de ideas conservadoras y que era abogado ejerciente de éxito; don Mariano Carrera, quien falleció poco tiempo después de instalada la comisión; José Julio Rospigliosi y José Gómez Sánchez, éstos dos cercanos en sus posturas ideológicas a Mariátegui, y José Manuel Tirado de una posición ideológica intermedia entre el radicalismo de Mariátegui y el conservadorismo de López Lisson<sup>6</sup>.

Basadre explicaba que el reglamento de esta comisión codificadora fue expedido en diciembre de 1845. Debía elegirse un presidente de la comisión redactora que se encargara de la correspondencia con las autoridades políticas y con los tribunales, y de un secretario para realizar la redacción de los trabajos y el cuidado del archivo. Se dispuso que la comisión debía trabajar siete horas diarias incluyéndose los días festivos en el local de la Universidad Mayor de San Marcos. Fueron establecidos dos clases de trabajos: el común o preparatorio y después una labor privada de estudio de los textos. Un miembro de la comisión que era elegido por el presidente debía presentar el plan oral con el sistema más apropiado para distribuir el articulado del código. Cada ponencia era examinada por dos miembros de la comisión quienes debían emitir dictamen y aprobado el plan general "se distribuían los trabajos en orden de títulos, correspondiéndole a cada miembro de la comisión por comicios uno"<sup>7</sup>. Se acordó que la comisión trataría primero el código sobre el proceso civil cuyos trabajos de estudio y redacción duraron seis meses. Este trabajo codificador fue presentado al Congreso de 1846 y publicado<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> *Código Civil Santa Cruz*, La Paz de Ayacucho, 1831. El distinguido profesor de San Marcos don Julián Guillermo Romero en la primera década de este siglo calificaba los códigos de la Confederación como ultraje a la nación al exponer sus lecciones universitarias de derecho procesal a más de sesenta años del derrumbe de la Confederación Perú-boliviana.

<sup>6</sup> BASADRE, Jorge, *Copias de clase*. Año 1942.

<sup>7</sup> BASADRE, (n. 6), p.158.

<sup>8</sup> *Proyecto del Código de enjuiciamiento en materia civil presentada al gobierno por los individuos de la comisión nombrada en cumplimiento de la ley de 9 de octubre de 1845*, Lima, 1846. *Continuación del proyecto del Código de enjuiciamientos en materia civil presentado al gobierno por los individuos de la comisión nombrada en cumplimiento de la ley de 9 de octubre de 1845*, Lima, 1845.

2.1 Fue esta primera comisión de redacción del Código Civil peruano que se presentó un cisma en su seno en cuanto a la discusión derivada de la postura sostenida inicialmente por Manuel Lorenzo de Vidaurre en su proyecto de Código Civil: el matrimonio civil debía ser, de acuerdo a esta tesis, un acto previo al religioso e insertado en el Código Civil como un contrato consensual.

Este fue el temperamento de Manuel Lorenzo de Vidaurre que siguió latente pese a su fallecimiento en 1841. Su proyecto de Código Civil propugnó que los que pretendían contraer matrimonio debían presentarse ante el prefecto, subprefecto o gobernador para la celebración de este contrato y luego ante el sacerdote para realizar la ceremonia religiosa. La naturaleza contractual del matrimonio no fue la única divergencia en el seno de la comisión. Además, se consideraba conveniente por el grupo radical de Mariátegui que siguió la línea de Vidaurre que no debían existir diferencias entre la paternidad legítima y la ilegítima y que debía pretenderse un control sobre el clero para que sus miembros no pudieran obtener cargos políticos o civiles.

Este grupo radical constituido por Mariátegui, Rospigliosi y Gómez Sánchez prepararon el proyecto de Código Civil considerando el matrimonio civil como un contrato que debía ejecutarse ante la autoridad civil con carácter previo. Basadre opinaba que los otros miembros de la comisión fueron sorprendidos por este proyecto y no lo objetaron inicialmente. Pero, después Pérez Tudela y López Lisson lo impugnaron públicamente sosteniendo que su texto se oponía a las reglas del Concilio de Trento, sobre la celebración del matrimonio por lo que se retractaron del proyecto de Mariátegui<sup>9</sup>. Entonces ocurrió un cisma en la comisión del Código Civil, elaborándose dos proyectos de Código Civil separados entre sí por el debate sobre el matrimonio como acto religioso o civil<sup>10</sup>.

Esta dualidad de criterios pasó en discusión al Congreso en 1847, acordándose reservar los artículos del Código Civil que se referían al matrimonio. La comisión redactora había trabajado dos años en la elaboración de este proyecto de Código Civil. La minoría de legisladores, compuesta por los señores Tudela y López Lisson, por acuerdo de 6 de julio de 1817 presentó un proyecto de matrimonio (título I, sección 2, libro 3) conforme a las reglas del Concilio de Trento.

2.2 La ley del 29 de diciembre de 1849 consideró que los proyectos de Código Civil y de enjuiciamientos preparadas por la comisión de 1845 debían ser sometidos al estudio de una nueva comisión de tres miembros constituida por tres parlamentarios, facultándose reservar los artículos objetables sobre el matrimonio principalmente. En consecuencia, esta comisión parlamentaria debía armonizar los criterios en discordia en el plazo de tres meses y emitir un informe razonado sobre la materia. El poder ejecutivo quedaba autorizado para promulgar un código con los artículos reservados. Basadre narra en sus clases de San Marcos que esta segunda comisión se excedió en sus facultades modificando el texto primigenio del Código Civil por lo que se arrogó indebidamente las facultades de una comisión redactora y no revisora del mismo<sup>11</sup>.

Próximo a cesar en el cargo de presidente de la república, Ramón Castilla promulgó los códigos civil y de enjuiciamiento civil por decreto de 22 de noviembre de 1850. El presidente Castilla procedió en esos momentos de apresuramiento movido por su afán de

<sup>9</sup> MARIÁTEGUI, Francisco Javier, *Vindicación que la mayoría de los vocales de la comisión de códigos presenta la público contra las imputaciones que se la hacen ... en la nota con que se pasó al ministerio el proyecto de Código Civil*, Lima, 1847. BASADRE, (n. 6), p. 160.

<sup>10</sup> *Proyecto del Código Civil para la República del Perú presentado a la legislatura de 1847 por la comisión nombrada conforme a la ley de 8 de octubre de 1845*, Lima, 1847.

<sup>11</sup> BASADRE, (n. 6), p. 160 - 161.

“emular su nombre a la codificación nacional”<sup>12</sup>. El Código Civil fue promulgado “en el estado en que había quedado después de la obra de la segunda comisión”. Debía de regir después de siete meses computado desde el decreto de 22 de noviembre de 1850. Era un código incompleto y que no había sido impreso<sup>13</sup>.

En el año 1851 Castilla entregó la presidencia al General José Rufino Echenique. El temperamento de éste era el de ser un conservador por estirpe. Jorge Basadre al tratar este aspecto sobre los antecedentes del Código Civil de 1852 decía que el Perú vivía bajo otro clima con Echenique, y con el surgimiento de nuevos problemas y de otras soluciones para éstos. El gobierno entrante de Echenique consideraba que no existía integridad y enlace en el texto del Código Civil preparado por las comisiones del gobierno de Castilla. Así, la ley de 7 de junio de 1851 suspendió la aplicación de los códigos civil y de enjuiciamientos civiles preparados y promulgados por el gobierno de Castilla. Dejó sin efecto hasta nueva resolución del mismo, los efectos del decreto de 22 de noviembre de 1850, de las leyes de 29 de diciembre de 1849 y del 9 de octubre de 1845. Este texto dispuso que el Parlamento nombrara por mayoría de sufragios una comisión de dos senadores y cinco diputados para el examen, reforma y corrección de los proyectos de Código Civil y de Enjuiciamientos civiles<sup>14</sup>.

El 17 de julio de 1851 se eligió la tercera comisión redactora de estos textos legales y que tuvo un carácter conservador. Estuvo constituida por los senadores Andrés Martínez, José Luis Gómez Sánchez y los diputados Manuel Toribio Ureta, Pedro Gálvez, Teodoro La Rosa, Juan Celestino Cavero y Pedro José Flores. Gálvez y Ureta fueron símbolos de la tendencia liberal imperante en el Perú, pero su actuación en la comisión no se hizo sentir en los trabajos de la comisión<sup>15</sup>.

El presidente de la comisión redactora fue el brillante jurista don Andrés Martínez, nacido en Arequipa, orador de verbo fácil, periodista agudo, conocedor del idioma y político infatigable. Este había actuado con Gamarra, con Salaverry y con Vivanco en las trifulcas de la política nacional. Martínez fue el artífice del Código Civil de 1852 y su estilo se nota claramente en muchos de sus artículos<sup>16</sup>.

2.3 La tercera comisión, presidida por Martínez, trabajó en el segundo semestre de 1851 rehaciendo el título sobre los clérigos y el matrimonio el que fue colocado dentro de las normas establecidas por el Concilio de Trento. Martínez “puso su estilo preciso, sobrio y a veces no exento de cierta belleza”, según expresaba Jorge Basadre en las clases que dictaba en la Universidad San Marcos. Para Gustavo Cornejo, el Código Civil de 1852 fue la aceptación de las ideas canonistas expuestas por Tudela y López Lisson en la comisión redactora<sup>17</sup>. El proyecto de Código Civil de Martínez no fue remitido al Congreso para la discusión ya que se había expedido la autorización para que se promulgara tan pronto la comisión culminara sus trabajos. Así, el Código Civil fue promulgado el 28 de Junio de 1852 y rigió desde el día siguiente hasta 1936<sup>18</sup>. Basadre mencionaba que fue obra de tres comisiones: la primera de carácter técnico que trabajó dos años; la segunda parlamentaria que duró tres meses y la tercera también parlamentaria cuya labor se ejecutó en seis meses. Se demoró dos años y nueve meses en su preparación total, lo que Basadre consideraba

<sup>12</sup> BASADRE, (n. 6), p. 161.

<sup>13</sup> CLAGETT, Helen, *A guide to the law and legal literature in Perú*, Washington, 1947.

<sup>14</sup> Citado en DE LA LAMA, Miguel Antonio, *Código Civil. Anotado y concordado*, Lima, 1914.

<sup>15</sup> BASADRE, (n. 6), p. 163.

<sup>16</sup> Se menciona entre los artículos el número 1343 cuyo texto consignó: “Se puede vender una esperanza

incierta; como si un pescador vende una redada antes de echarla”.

<sup>17</sup> CORNEJO, Ángel Gustavo, *Comentarios al Código Civil de 1842. De las personas y sus derechos*, Chiclayo, 1921, tomo I p. 151. En esta glosa, Cornejo recogió la opinión vertida por José Antonio Barrenechea en la *Gaceta Judicial*, número 120, año 1874.

<sup>18</sup> *Código Civil del Perú*, Lima, 1852.

corto tiempo, mencionando que Velez Sarsfield en Argentina necesitó cinco años para preparar el Código Civil argentino.

3. Algunos comentaristas del Código Civil de 1852 como Alfonso Benavides Loredo, Félix Navarro Irvine y José León Barandiarán han señalado la gran dificultad de realizar un trabajo hermenéutico de su texto por la falta de actas, memorias, exposición de motivos y de las notas que indiquen las fuentes de las instituciones que regulan<sup>19</sup>. Entre las fuentes mayores del Código Civil de 1852 podemos mencionar las siguientes: a) La propia versación jurídica de los legisladores cuya figura señera fue don Andrés Martínez Orihuela; b) El derecho romano de Justiniano y algunas obras de romanistas insignes como fue Savigny; c) El *ius naturalismo* que encarnó la filosofía jurídica imperante en busca de la racionalización y generalización de las formas de derecho y que se encontraron en el derecho romano; d) El Código Civil de Napoleón Bonaparte y algunos de los comentaristas de su texto y que se nota en la dogmática del texto de 1852. Entre los tratadistas franceses Delvincour, Pothier y Domat; e) Las *Partidas*, el *Fuero Real* y la *Novísima Recopilación*, que vienen a ser el vaso conductor del sistema jurídico castellano; f) El Código de la Confederación Perú-boliviana sobre todo en lo referente a la herencia de los colaterales al cuarto grado, aunque algunos de sus principios se pueden haber filtrado o irradiado a través del Código de Napoleón; g) El derecho canónico sobre las formalidades para el matrimonio, los impedimentos matrimoniales y las causales de su nulidad, el régimen de las capellanías y en la definición del clérigo, entre otros conceptos; h) La influencia que provino en forma indirecta por el derecho español a través del intento de codificación de 1821 y los proyectos de 1836-1851; y, i) El derecho alemán a través del influjo del jurista Juan Teófilo Heinecio mostrado en conceptos jurídicos como la definición del matrimonio y el criterio para la división de las personas.

También han sostenido algunos distinguidos juristas que el Código Civil francés de Napoleón Bonaparte y el Código Civil de la Confederación Perú-boliviana han servido de patrón único al texto civil de 1852. De otro lado, Jorge Basadre anotaba en sus clases las diferencias existentes entre el Código Civil de 1852 y el célebre *Code Civil* francés de Napoleón Bonaparte afirmando que el texto peruano era una reacción contra el proyecto de Vidaurre y su evidente anticlericalismo. No constituye una copia literal del texto francés separándose de éste en materias como prodigalidad, ausencia, régimen de clérigos, esponsales, matrimonio, filiación, prescripción liberatoria, mejoras, lesión y retracto.

4. El Código Civil de 1852 está dividido en un título preliminar y tres libros: el primero trata de *las personas y sus derechos*; el segundo de *las cosas y del modo de adquirir las*; y el tercero que fue más extenso de *las obligaciones y contratos*.

El título preliminar tiene doce artículos y el Código contiene 2301. Basadre anotaba que éste era el plan de las *Institutas* y no del Código Francés porque éste no contenía un libro especial para regular los contratos y las obligaciones "refundiéndolos" en el libro tercero tantas veces mencionado<sup>21</sup>. En el título preliminar se juntaron normas generales con aplicación en el llamado derecho privado y otras de derecho público. Sólo uno de

<sup>19</sup> BENAVIDES CORREA, Alfonso, *Bosquejo sobre la evolución política jurídica de la época republicana del Perú*, Lima, 1918, p. 246 y siguientes.

<sup>20</sup> BARANDIARÁN, José León, *Examen comparativo de los Códigos Civiles nacionales de 1852 y 1936*, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, año XX. Número 5. I - II - III, Lima, 1966. Inserto en José León Barandiarán, *Tratado de Derecho Civil*, Lima, 1991, tomo I.

<sup>21</sup> Entre las formas romanistas del Código de 1852 se enunciaba la fuerza de la tradición en lugar de la publicidad en la transferencia de los derechos reales; la solidaridad extendida a casi todos los efectos accidentales de las obligaciones respectivas; la ausencia con largo plazo; la prescripción larga; el carácter absoluto del dominio; la renta vitalicia; la anticresis y la responsabilidad *ultra vires*.

estos principios fue reproducido en el Código Civil de 1936<sup>22</sup>. El primer libro reunió materias distintas como el estado civil, la patria potestad, la capacidad de las personas y aún disposiciones de índole procesal como las referentes a los registros de estado civil. El libro segundo del Código de 1852 trató de objetos diferentes como son los bienes, la propiedad y otros derechos conexos y a su vez agregó la materia sobre la prescripción, la donación, la sucesión y la sociedad legal entre marido y mujer por razón del matrimonio. El libro tercero del Código Civil peruano se extendió más en los contratos agregando el de libranza que participa de la letra comercial y del cheque. Las hipotecas se insertaron en el libro de los contratos.

4.1. En cuanto a una crítica del Código Civil de 1852 podemos mencionar siguiendo al maestro José León Barandiarán que el artículo I del Título Preliminar hace referencia a la promulgación, pero no a la derogatoria de la ley. Se refiere a la costumbre y al desuso prescribiendo que éstas no derogan la ley, con ventaja sobre el texto napoleónico, así como en el supuesto caso de aplicación de la ley que permitía de existir oscuridad o una laguna legal, buscan la solución desentrañando su espíritu<sup>23</sup>.

Sobre la regulación de la costumbre, Jorge Basadre explicaba que el Código Civil de 1852 no fue anticostumbrista ya que "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"<sup>24</sup>. El valor de la costumbre no fue así recusado por el legislador civil peruano. El Código Civil de 1852 reconoció sólo el valor de la costumbre y el desuso según ley, desestimando el valor de la costumbre contra el derecho y fuera de él (artículo VI). Su texto contuvo sólo algunos principios de derecho internacional privado, regulándolo por la vía de remisión a los tratados que podría celebrar el Perú. No puede decirse, en consecuencia, que el Código Civil peruano de 1852 fue anticostumbrista<sup>25</sup>.

4.2. En el libro primero del Código Civil de 1852 se reconoció la mayoría de edad sin distinción de sexos (artículo 12); no se legisló sobre la situación del sordomudo, y al loco y al fatuo se les consideraba en igual situación de incapacitación que los pródigos (artículo 16); regulaba sobre los clérigos (artículos 83 y siguientes); en los esponsales fijó una multa indemnizatoria en los casos de incumplimiento de la promesa de matrimonio que fue erradicada en el Código de 1936 (artículos 120 y siguientes); en cuanto a la celebración del matrimonio el artículo 156 remitió las formalidades del mismo a las reglas del Concilio de Trento; no se aceptó el divorcio absoluto, pero sí la separación de los casados con la subsistencia del vínculo matrimonial que se llamó divorcio (artículo 191); el matrimonio fue declarado indisoluble vincularmente; y, la patria potestad fue mancomunada. Los títulos V y VI de la sección segunda legislaron sobre los ingenuos, siervos y libertos y

<sup>22</sup> En 1922 quedó designada una comisión reformadora del Código Civil que terminó en catorce años de trabajo el texto de 1936.

<sup>23</sup> BELAUNDE GUINASSI, Manuel, *Programa razonado de historia del derecho*, Lima, 1961, p. 72.

<sup>24</sup> BASADRE, Jorge, *Copias de clase*. Año 1944, p. 182.

<sup>25</sup> Basadre encontraba referencias a la costumbre en los artículos 1569 inciso 2; 1587 inciso 5; 1595 inciso 6; 1633 inciso 2. El contrato de locación conducción estaba regulado por la costumbre a falta de convenio y en los casos de rebaja de rentas por casos de calamidades que menoscaban la cosecha. El doctor

Vicente Ugarte del Pino tuvo distinta opinión. En las clases que dictaba el doctor Vicente Ugarte del Pino en San Marcos sostenía que la costumbre no fue incluida en el Código Civil de 1852 por un afán de romper con el pasado. El distinguido profesor Ugarte del Pino indicaba que la remisión a la costumbre en algunos artículos había un influjo tenue hacia el costumbrismo. UGARTE DEL PINO, Vicente, *Historia del derecho peruano. U.N.M.S.M. Programa académico de Derecho II Parte. Elaborada por la JD 78-noche con coordinación con el catedrático del curso: Doctor Ugarte*, Lima, 1983, pp. 41 y siguientes.

la manumisión del esclavo. El Código de 1852 ignoró a las personas jurídicas, y entre ellas a las comunidades de indígenas.

En el libro segundo, el Código Civil de 1852, estableció que la propiedad o dominio es el derecho de gozar y disponer de las cosas (artículo 460); admitió como modos naturales de adquirir el dominio de una cosa la ocupación, la accesión y el hallazgo o invención, así como la prescripción, la enajenación y la donación (artículo 464); en la posesión siguió la tesis de Savigny con los elementos clásicos de *animus* y *corpus* (artículo 464). Contrariamente, el Código Civil de 1936 siguió la tesis de Ihering que eliminó el *animus* en la posesión siguiendo así la tónica alemana, suiza, y brasilera. Belaunde Guinassi señalaba que por un criterio conservador y siguiendo la huella del derecho español, se legisló sobre las capellanías y los patronatos en una sección especial del Código adoptando así, una posición contraria al código napoleónico.

En cuanto a la sucesión *mortis causa*, el Código Civil del año cincuentidós marcó un evidente carácter conservador. Distinguió entre la sucesión legal y la testamentaria. Sancionó la responsabilidad *ultra vires*, salvo que la transferencia *mortis causa* fuese con beneficio de inventario. La herencia del hijo natural se restringió a un quinto del patrimonio relicto cuando concurrían con hijos, la mitad con ascendientes legítimos y el todo si no hay hijos legítimos ni ascendientes. Sólo se admitieron los siguientes testamentos: el público, el cerrado, el escriturario y el verbal, omitiéndose el ológrafo. Tampoco se recogió el testamento de los aborígenes inserto en el Código de la Confederación Perú-boliviana, lo que fue una medida acertada por cuanto este acto de libre disposición podía ser manejado por terceros en perjuicio del testador.

La mejora testamentaria surgió con una singular característica de supervivencia. Mantuvo el Código la legítima de un quinto y la mejora de un tercio y un quinto. Se siguió con la regulación de reservas en sus formas ordinaria y extraordinaria.

El libro tercero es de obligaciones. León Barandiarán señalaba que esta parte del código peruano tenía analogías estrechas con el *Code Civil* presentando algunos desaciertos, como la no inclusión de las normas sobre el acto jurídico que era materia desconocida en el *Code Civil*, sobre la declaración unilateral de voluntad y la confusión de las obligaciones solidarias con las mancomunadas que fue destacada por el gran maestro sanmarquino doctor Jorge Eugenio Castañeda cuando dictaba sus clases de derecho civil.

5. Finalmente cabe realizar un enjuiciamiento del Código Civil de 1852. Basadre decía que su texto apareció “como una fuerza de continuidad hasta 1936 en un país a veces disconforme e incoherente con revoluciones liberales entre los años 56 y 66 y conservadoras en el 57 y 68”<sup>26</sup>. Fue testigo mudo de la tragedia de la guerra con Chile, la ocupación de territorio peruano y la grandeza de la reconstrucción nacional. Rigió con el aparecer del siglo XX que Churchill llamó sangriento y Fukuyama tilda de pesimista; estuvo vigente durante el oncenio de Leguía y duró hasta casi el inicio de la segunda conflagración mundial<sup>27</sup>. Reguló situaciones nuevas cuando aparecieron el tranvía eléctrico, el automóvil, el teléfono, la aviación civil y comercial, el cine, la radiotelefonía y la migración paulatina de las masas humanas a la capital.

Cabe agregar, de acuerdo a la postura de Basadre expuesta el San Marcos, que el texto de 1852 fue un Código Civil dictado de acuerdo al momento conservador en que vivió el país con marcadas tendencias romanistas y francesas y como una reacción contra el anticlericalismo del texto de Vidaurre. León Barandiarán opinaba que el Código de

<sup>26</sup> BASADRE, (n. 24), p. 184

<sup>27</sup> BASADRE, Jorge, “Hacia una interpretación histórica del Código Civil de 1852”, en *Revista de De-*

*recho y Ciencias Políticas*, año VI, número I, Lima, 1942, pp. 48 y ss. Se publicó el trabajo en *Historia del Derecho Peruano*, Lima, 1988.

1852 fue una obra discreta, pero constituyó un esfuerzo plausible en el derecho privado de evitar las influencias extranjeras, y sirvió como instrumento eficiente a través de la obra jurisprudencial<sup>28</sup>.

## 6. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO CIVIL A PARTIR DE 1852

Los cambios en el Código Civil se sucedieron casi inmediatamente después de su promulgación “orientados en cuatro direcciones: a) a la intensificación del carácter democrático y laico enunciado en los dogmas de la Revolución de la Independencia; b) el nacimiento de la legislación social como una rama propia y autónoma; c) la aparición de normas para el más rápido y mejor desarrollo de la riqueza; y, d) un aumento de las normas destinadas a la simplificación o tecnificación del derecho”<sup>29</sup>.

Basadre explicaba que los cambios insertos en los rubros a) y b) estaban situados dentro del concepto del “romanticismo jurídico”, es decir, el acervo contenido en las disposiciones que pretendían satisfacer pasiones humanas, dar campo a la libertad para ser feliz, violentando los canones impuestos por un prudente racionalismo o por la ética tradicional.

6.1 Entre los principios que se introdujeron al Código Civil de 1852 después de su promulgación fue la derogatoria de los títulos referentes a ingenuos, siervos, libertos y la manumisión el año 1854. Así, un código civil que podía catalogarse de esclavista se convirtió en un texto que sancionó el principio revolucionario de la igualdad ante la ley, la misma que no admitía distingos de raza según el célebre decreto de 3 de diciembre de 1854 y con el triunfo del ejército revolucionario de Ramón Castilla, quedó consumada la desaparición de la esclavitud, pagándose trescientos pesos por cada esclavo. En consecuencia, quedaron suprimidos los artículos del Código referentes a la esclavitud y el dinstingo de las personas en el estado civil, que eran de ingenuos, siervos y libertos<sup>30</sup>.

Y, en concordancia con los principios igualitarios, la Constitución política de 1860 modificó el Código Civil que hacía depender de los tratados internacionales el derecho de adquisición de inmuebles por los extranjeros estableciéndose que éstos podrían adquirir inmuebles de acuerdo a la legislación vigente, conforme a los derechos y obligaciones de los ciudadanos peruanos.

6.2 Dentro de la tendencia igualitaria, la legislación peruana se dirigió hacia el laicismo después del Código del cincuentidós. Así apareció el principio de que habían de existir registros de estado civil, los que recién se instauraron en 1874. Entonces, este fenómeno de liberalismo recién se implementa en la práctica veintidós años después de promulgado el Código Civil.

Y en cuanto al movimiento lento al laicismo, Basadre veía en el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852 un retroceso a esa evolución, porque este cuerpo legal otorgaba validez procesal a las partidas parroquiales<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> BARANDIARÁN, (n. 20), p. 321.

<sup>29</sup> BASADRE, Jorge, en el prólogo a *Legislación social del Perú*.

<sup>30</sup> El decreto del 12 de agosto de 1821 declaró libres a todos los peruanos nacidos desde el 28 de julio de ese año, y para conceder paulatinamente la libertad a los esclavos que existían, se mandó que anualmente se rescatase a un número de ellos designados por la suerte,

pagando el Estado su valor. Se concedió idéntica gracia a quienes se acogían al ejército. Desde esa época era libre todo esclavo que venía del exterior, salvo en el período entre los años 1835 a 1839, que corresponde a la acechanzas externas que tuvo el Perú con motivo de la instauración de la Confederación Perú-boliviana.

<sup>31</sup> BASADRE, (n. 24), p. 188.

El problema originado por esta tendencia al laicismo se acentuó con el trato conferido al matrimonio por la ley civil. Como se ha expuesto, en el texto de 1852 se remitió la formalidad del matrimonio a las normas del Concilio de Trento. Es decir, las personas que no eran católicas estaban imposibilitadas de contraer matrimonio en el Perú. Por esta razón, recién en 1897 se preparó un proyecto de ley recepcionado de la legislación española de 1870 para autorizar el matrimonio de los no católicos. La ley fue promulgada el 23 de diciembre de 1897 por Nicolás de Piérola y, permitió así el matrimonio de quienes no profesaban la religión católica.

Y, a partir de 1918 se notó un movimiento tendiente a legalizar el divorcio vincular, que fue detenido por el presidente Augusto B. Leguía durante su gobierno instaurado en 1919 y que duró once años. Fue recién en 1930, por razones políticas y en clara y sorda oposición a la política leguista, la junta de gobierno presidida por Luis Sánchez Cerro puso en vigencia el matrimonio civil obligatorio conforme a la ley de 23 de diciembre de 1897 (decreto ley 6889). Y el decreto ley 6890 reglamentó el divorcio, estableciendo que los procesos sobre nulidad de matrimonio y divorcio eran de competencia del fuero civil ordinario. La ley 7893 ratificó estos dos decretos leyes: 6889 y 6890 sobre divorcio absoluto y matrimonio civil obligatorio y fue más tarde recepcionado por el Código Civil de 1936.

6.3 El derecho civil posterior al año 1852 tuvo una tendencia a la protección de los débiles, comprendiendo en éstos a las mujeres, al hijo natural, a los niños y a los trabajadores en general, materias que no habían sido tratadas en su texto, ya que los códigos napoleónicos y los posteriores a él fueron protectores de las clases sociales y de las profesiones.

6.4 En cuanto a la protección de las mujeres, marcó un hito la ley del 23 de octubre de 1890 que reconoció la validez de las obligaciones contraídas por éstas. La ley 2851 de 1918 reguló el trabajo de la mujer. El trabajo de las mujeres como obreras, empleadas, domésticas y profesionales generó una variada y frondosa legislación en el siglo XX que fue ampliándose a partir de la primera década. El Código de 1852 fue a casos extremos en el caso de la mujer: perdía ganancias si incurría en adulterio o la viuda se prostituyere (artículos 1052 y 1053).

6.5 El niño y su tutela jurídica, que fue ignorado en el Código de 1852, también mereció atención especial, sobre todo a partir de 1900. El siglo XIX desconoció el rol de la visitadora social, que propugna la ayuda de la madre y coadyuda a la solución de problemas relacionados con la vida familiar. La legislación indiana de carácter protector se proyectó entonces como antecedente al Código de Menores dictado recién en 1962. Se reguló la instrucción primaria obligatoria, la dación de becas para quienes destacaban en sus estudios y carecían de recursos económicos y la alimentación de los escolares y niños.

6.6 El Código Civil de 1852 respetó las trabas impuestas al régimen de libre disposición de la propiedad inmueble al aceptar y reglamentar los censos ya constituidos a ese año. La legislación posterior al año 1952 se volvió hacia una posición "liberadora" del derecho de propiedad. La rendición de los censos fue establecida por la ley de 15 de diciembre de 1864 y completada por la de 17 de octubre de 1893. Las "manos muertas" también tendieron a desaparecer, ya que por ley de 2 de noviembre de 1889 todos los bienes de cofradías, archicofradías y obras pías pasaron a la administración de las beneficencias públicas y la ley al 30 de diciembre de 1901, estableció que los conventos y monasterios tienen plena administración de sus bienes. El 7 de noviembre de 1911 se dictó la ley número 1447 de consolidación de enfiteusis que se ejecutaba ante el juez de primera instancia de la provincia en que se encontraba situado el bien enfiteutico. Esta consolidación de la enfiteusis, que operó en el año 1911, tuvo por fin prohibir su constitución y a su

vez fijar la forma para ponerle fin, mediante proceso formal ante el juez civil de primera instancia.

6.7 Empezó también a surgir una legislación social que fue avanzando con gran dinamismo en el siglo xx. Adquirió relevancia en materia contractual la ley número 1378 de 20 de enero de 1911, que estableció la responsabilidad del empresario por accidentes que ocurran a sus obreros y empleados en el hecho del trabajo o con ocasión directa de él. Entonces, a partir de esa ley número 1378 quedó enterrada la noción clásica de responsabilidad extracontractual, y desde ese dispositivo sólo era necesario establecer la efectividad del daño y su conexión con el trabajo para obtener la indemnización a favor del trabajador, modificando así un principio antiguo del derecho civil y que primó en la legislación peruana durante el siglo xx.

6.8 Si el siglo xix fue de respeto a la palabra empeñada en el contrato, apareció en sus últimos años el fenómeno de su decadencia. El contrato se convirtió en un acto intervenido por el Estado, lo que sería una característica del derecho en el siglo xx. Se vivió después del Código de 1852 una época de decadencia de la soberanía contractual<sup>32</sup>.

6.9 El Código Civil de 1852 no legisló sobre los registros públicos, por lo que no otorgó seguridad al régimen inmobiliario. En consecuencia, al amparo del texto civil dictado por Echenique, no se propendió a la publicidad registral y a la inscripción de sus transferencias domínicas, proliferando las hipotecas ocultas. Ello fue subsanado en parte con la ley de 28 de enero de 1888 dictada después de la guerra entre Perú y Bolivia con Chile. Esta ley estableció que la inscripción de las hipotecas en el registro de la propiedad inmueble era facultativa y opcional, primando consideraciones económicas y la falta de un registro inmobiliario adecuado. La inscripción registral fue transcriptoria del derecho y no saneaba el título.

6.9.1 Esta ley inmobiliaria fue complementada por la ley de 2 de enero de 1889 sobre bancos hipotecarios. Éstos podían conceder préstamos con garantía inmobiliaria amortizándose el pago de las prestaciones debidas hasta en treinta años<sup>33</sup>.

6.10 Los juristas que de alguna forma u otra trabajaron en la redacción del Código Civil del año 1852 aprovecharon la coyuntura de estabilidad política para establecer la era de la codificación en el Perú, transformándose así el sistema jurídico privado que databa del lejano sistema hispano-indiano. El Código de 1852 puso el carácter de normatividad a las relaciones de los individuos entre sí en la misma forma como lo habían hecho las constituciones políticas y los reglamentos en cuanto a la vida pública de los habitantes del Perú. Se afirmó la supremacía de la ley en el ámbito jurídico, pero se demostró la insuficiencia del Código Civil de 1852 para regular las transformaciones complicadas de la vida privada en el siglo xix y en los tres decenios de este siglo xx, adaptándose a las nuevas exigencias mediante dispositivos especiales que empezaron a promulgarse inmediatamente después del Código.

<sup>32</sup> Ver GARCÍA SAYÁN, Enrique, "Las nuevas tendencias en el derecho contractual y en la legislación peruana", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias*

*Políticas*, tomos VI y VII.

<sup>33</sup> BASADRE, Jorge, *Historia de la República del Perú. 1821-1933*, Lima 1983, tomo VII p. 118.