

# PRESENCIA DEL CÓDIGO NAPOLEÓN EN EL PERÚ: LOS CONFLICTOS ENTRE TRADICIÓN Y MODERNIZACIÓN

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA  
*Pontificia Universidad Católica del Perú*  
*Academia Peruana de Derecho*  
*Academia Nacional de Historia, Perú*

## RESUMEN

El autor, tras referirse a los primeros intentos de codificación que hubo en el Perú, en que destaca la figura de Manuel Vidaurre, pasa a referirse al *Código Civil* de 1852, en que observa una resistencia al cambio y persistencia de elementos tradicionales en materia de propiedad, esclavitud, matrimonio, divorcio y tratamiento de los clérigos. Luego pasa a referirse a la difusión e importancia del *Código Napoleón* en el Perú, comparando sus disposiciones con las del referido *Código*, aunque por no ser el proyecto modernizador claro y decidido, despertó una gran cantidad de recelos en los propios sectores líderes.

*Palabras clave:* codificación en el Perú; Código Civil peruano de 1852; resistencia al cambio; tradicionalismo; esclavitud; matrimonio; divorcio; regulación de los clérigos; Código Napoleón; derecho comparado.

## ABSTRACT

The author, after an explanation of the first intents of codification occurred in Peru, in which he emphasizes the personality of Manuel Vidaurre, deals with the civil code of 1852, in which he observes a resistance to the change and a persistence of traditional elements such as property, slavery, marriage, divorce and the clergymen status. Then an outline is produced of the diffusion and importance of the Code Napoleon in Peru, comparing its dispositions to those of the peruvian Code, although by the fact of not being clear and determined the modernizing project, a pretty amount of defiance was born in the own sectors that lead its establishment.

*Key words:* Codification in Peru; Peruvian Civil Code of 1852; resistance to change; traditionalism; slavery; marriage; divorce; clergymen status; Code Napoleon; comparative law.

## 1. LAS PRIMERAS DÉCADAS DE INDEPENDENCIA POLÍTICA

### 1.1 EXHUBERANCIA DE CONSTITUCIONES Y DESIDIA CIVILISTA.

No cabe duda de que el *Code Napoléon* ejerce una fascinación extraordinaria en el mundo jurídico del siglo XIX e incluso de los comienzos del siglo XX y conoce un desarrollo universal hasta entonces inimaginable. Impuesto por los ejércitos napoleónicos que lo llevan en la punta

de sus bayonetas, es también sugerido, inculcado, presionado, por los embajadores de Napoleón para introducirlo en el mayor número de países de Europa. Pero además de ese beneficio otorgado a la fuerza, no cabe duda que también la sencillez, la elegancia, la sistematización y el espíritu de libertad que el *Código* trasunta, cautivan a muchos otros países incluso ajenos al entorno europeo, como Rumania, Italia, España y Portugal en la segunda mitad del siglo XIX, el Japón con el proyecto de *Código Civil* preparado por Boissonade en 1880, Egipto en 1875, Turquía en 1926 y otros, que lo buscan y lo acogen por decisión propia.

Sin embargo, el Perú, en los primeros años de vida independiente, da la impresión de que no tiene al *Código Civil* en la agenda del día; el Perú parece no tener interés en recibir la influencia del *Código* francés. Si exceptuamos –injustamente– el *Código Santa Cruz*, como se hace frecuentemente, el primer *Código Civil* que los historiadores patriotereros reconocen como peruano es el de 1852, recién 32 años después de la Independencia. Durante ese lapso, el Perú había puesto en vigencia y derogado sucesivamente nueve constituciones.

En cambio, a pesar de la “exhuberancia de constituciones”<sup>1</sup>, durante ese período apenas puede mencionarse un proyecto de *Código Civil* frustrado y otro rechazado. Este último es el código propiciado por el General Santa Cruz dentro del contexto de la Confederación Perú-Boliviana, que entró realmente en vigencia, pero que el Perú se ha negado siempre a reconocerlo como suyo, aunque no cabe duda de que la Confederación era una agrupación legítima de Estados y sus códigos fueron válidos en todo su territorio y no una imposición de Bolivia. La nacionalidad originalmente boliviana del primer Presidente de la Confederación es algo accidental; particularmente si se tiene en cuenta que su educación y sus afectos eran peruanos y que la Confederación sustituye a ambos países para constituir una unidad política mayor.

Durante este largo período inicial y con la excepción de los dos años de vigencia de los códigos Santa Cruz, paradójicamente el Perú se rige en materia civil por las antiguas leyes españolas, contenidas en la *Novísima Recopilación*. La Independencia constituye una ruptura política y un cambio en la fuente legislativa: a partir de entonces, el Perú será un país independiente que regirá sus propios destinos. Sin embargo, en materia jurídica, encontraremos más fenómenos de transición del tipo que René Ortiz<sup>2</sup> califica como continuidad (permanencia de normas legales anteriores cuya complejidad hace que no fueran objeto de una reforma inmediata), retorno (las normas anteriores son derogadas pero vuelven a entrar en vigencia por los vacíos o las reacciones que ello origina) y repetición (se promulga una nueva norma pero casi idéntica a la anterior), que los llamados de sustitución. La única condición para esa permanencia de ese Derecho anterior es que no esté en oposición con los principios de libertad e independencia que han sido proclamados con la Independencia<sup>3</sup>.

## 1.2 MANUEL VIDAURRE, CODIFICADOR APASIONADO

San Martín no tuvo tiempo de pensar en el Derecho Civil porque su mandato fue breve y estuvo abocado a un logro político fundamental: sustituir el gobierno virreynal por uno independiente. Bolívar comprende la necesidad de cambiar el caos normativo de la antigua legislación española por códigos debidamente estructurados, al estilo francés; posiblemente por influencia

<sup>1</sup> Jorge BASADRE. *Perú: problema y posibilidad. Ensayo de una síntesis de la evolución histórica del Perú*. Lima: F. y E. Rosa, 1931, p. 22.

<sup>2</sup> Videte René ORTIZ. *Derecho y ruptura. A propósito del Proceso Emancipador en el Perú del Ochocientos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1989.

<sup>3</sup> *Reglamento Provisional de San Martín de 12 de Febrero de 1821*, art. 18; *Estatuto Provisional de San Martín de 8 de Octubre de 1821*, Sección última.

del entonces Presidente de la Corte Suprema, Manuel Lorenzo de Vidaurre, un hombre de ideas nuevas hasta la excentricidad, liberal agresivo y enemigo del clero. Es así que Bolívar, en 1825, nombra una Comisión Codificadora bajo la presidencia de Vidaurre. Pero, como lo cuenta el propio Vidaurre, esa Comisión se reunió una sola vez y no avanzó más porque las bases políticas del país no estaban establecidas<sup>4</sup>. En realidad, los miembros de la Comisión no compartían el interés codificador de quien la presidía y la había organizado, al punto que después de la instalación dejaron de asistir.

Sin embargo, Vidaurre, después de la caída de Bolívar, decide redactar por su cuenta proyectos de todos los códigos incluyendo un *Código Eclesiástico*<sup>5</sup> y, por cierto un *Código Civil*<sup>6</sup>.

Vidaurre fue posiblemente un lector devoto del *Código Napoleón*. Pero su *Proyecto* no es una copia, sino una reinención dentro de los principios básicos de ese *Código*. En su *Proyecto*, se declara admirador de Locke, Grocio y Puffendorf<sup>7</sup>, realizando así una combinación racionalista y empirista del pensamiento liberal. Sin embargo, no se puede desdeñar la influencia profunda que recibe de Hobbes, aun cuando discrepe de la propuesta política autoritaria de este autor (lo que es una paradoja, porque Vidaurre era un partidario enardecido del autoritario Bolívar). Ferviente admirador de la Revolución Francesa y poseedor de una imaginación fértil hasta el exceso, asume los principios liberales con un calor inusitado.

Esta manera de pensar se refleja en un igualitarismo militante. Al hacer la exposición de su *Código* proclama:

“No hice como Justiniano distinciones de las personas. ¿Qué distinción podré hacer entre siervos y libres? ¿Entre vasallos y soberanos? ¿Entre nobles y plebeyos? Mi pulso hubiera temblado, mi conciencia me hubiera reprendido, el siglo me hubiera acusado. Mantengan algunas legislaciones europeas esos restos vergonzosos de la antigua barbarie y servidumbre; lo que en parte de la Europa y en el Asia y África se venera y respeta, en la América ilustrada es un crimen, un escándalo. Entre nosotros, todos los hombres nacen iguales, se desconocen las jerarquías...”<sup>8</sup>.

Siguiendo las bases de la estructuración económico-social que postula el *Code Napoléon*, defiende en forma exaltada el derecho de propiedad y considera que su negación es “la semilla de las contiendas y discordias”<sup>9</sup>. Ataca a quienes impugnan esta institución en los términos más duros; les dice:

“Hombres de mala fe, que devorados por la envidia, que ocasiona la miseria en que nacisteis, o en la que os han constituido vuestros vicios, os son insoportables las propiedades, entendad, que los brutos las tienen, las defienden y por mutua conveniencia las respetan”<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> Manuel Lorenzo de VIDAURRE. *Proyecto de un Código Penal: contiene una explicación prolija de la entidad de los delitos en general y de la particular naturaleza de los más conocidos. Se señalan las penas que parecen proporcionadas, al último se agrega una Disertación sobre la necesaria reforma del Clero. Obra escrita por el ciudadano M. L. de Vidaurre (...)*. Boston: Hiram Tupper, 1828. 230 + dos p.

<sup>5</sup> Fernando de TRAZEGNIES. *La idea de Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1979, pp. 153-159.

<sup>6</sup> Manuel Lorenzo de VIDAURRE. *Proyecto de Código Civil peruano dividido en tres partes, escrito por el ciudadano M.L. Vidaurre*. Lima: Imprenta del Constitucional, por Justo León, 1835.

<sup>7</sup> VIDAURRE, *op. cit.* (n. 6), 2ª parte, p. 13.

<sup>8</sup> *Ibid.*, Conclusión, p. 182.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 10-11.

Esta frase es muy significativa tanto porque atribuye la oposición a la propiedad como resultado del resentimiento de la miseria como también porque señala que incluso los animales tienen propiedad privada y la respetan, con lo que está diciendo que los que no creen en esta institución son menos que animales. De esta forma, el programa político-jurídico de Vidaurre consistía en asegurar las bases propietarias y comerciales de la sociedad liberal. “El Estado será dichoso y permanecerá tranquilo –afirmaba– cuando sean seguras las propiedades, fáciles y honestos los medios de adquirirlas”<sup>11</sup>.

Sin embargo, como antes se ha dicho, no debe pensarse que estos ideales lo llevan simplemente a copiar el *Código* de los franceses. El mismo reconoce que su método es tomar un poco de todo lo que le parece bien, venga de donde venga. “Escojo entre las legislaciones pasadas –dice– aquellas particillas que me parecen divinas”<sup>12</sup>. Y no vacila en hacer excepciones a ciertas garantías liberales cuando piensa que éstas no serían bien utilizadas, dice, “entre los rústicos de nuestros pueblos interiores y las gentes de la plebe de las mismas capitales”<sup>13</sup>.

### 1.3 LOS LLAMADOS CÓDIGOS BOLIVIANOS

El siguiente intento de dar al Perú un código civil se produce durante el período de la Confederación Perú-Boliviana; lamentablemente, con mal resultado.

El General Andrés de Santa Cruz era un admirador de la cultura francesa y es posible que se sintiera el Napoleón sudamericano. Quizá el primero que tuvo una vocación de ser llamado de esta manera fue Bolívar. Pero no cabe duda de que Santa Cruz tenía un anhelo similar en la década del treinta.

Dentro de este espíritu modernizador napoleónico que había asumido, Santa Cruz comprendió que era preciso cambiar el contenido y la forma del Derecho si se quería promover un desarrollo moderno. La idea era que se necesitaba una legislación diferente, protectora del individuo, de su libertad de poseer bienes y de las materializaciones de esa libertad que son los contratos, para construir un país libre e impulsar el crecimiento económico. Por eso decide promulgar, entre otros cuerpos legales, un *Código Civil* para cada una de las tres regiones de la Confederación Perú-Boliviana, con un contenido casi idéntico. El propio Santa Cruz, con motivo de la promulgación del *Código Sud-Peruano*, dice: “Vuestra legislación ... era un verdadero caos”. Y agrega una crítica durísima a la práctica jurídica anterior:

“Hechos y derechos los más claros, con unas mismas circunstancias, eran disputados casi siempre en autos voluminosos, oscurecidos por la tenebrosa tela judiciaria y decididos muchas veces con la aplicación de leyes contrarias que la malicia o la ignorancia encontraba fácilmente entre los escombros de tantas y tan antiguas legislaciones”<sup>14</sup>.

A su vez, en los considerandos de la ley de 21 de Junio de 1836, que promulga el *Código Santa Cruz* en el Estado Sud-Peruano, critica a las leyes españolas por estar “esparcidas en diferentes volúmenes, contradichas por la práctica de los tribunales, y confundidas por la glosa de los comentadores”. La ley de 1º de noviembre que promulga el *Código Civil Nor Peruano*

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 11.

<sup>12</sup> *Ibid*, p. 3.

<sup>13</sup> Manuel Lorenzo de VIDAURRE. *Proyecto de Código Civil peruano dividido en tres partes*, escrito por el ciudadano M. L. Vidaurre, 3ª parte, tít. 1, artículo 9º.

<sup>14</sup> *Código Civil Santa Cruz del Estado Sud-Peruano*. Edición oficial. Cuzco: Imprenta de la Beneficencia, administrada por Pedro Evaristo González, 1837, p. iii.

hace referencia directa en sus considerandos a la protección de los intereses privados, denunciando los agravios y retardos que éstos sufren debido a una legislación tan imperfecta<sup>15</sup>.

Desde ese punto de vista, el *Código Napoleón* no podía dejar de ser un modelo. El *Code Napoléon* ejerció una intensa fascinación en los juristas peruanos debido a la facilidad de su manejo. En vez de las enormes compilaciones españolas, donde nunca se estaba seguro si una ley seguía vigente o estaba derogada y donde buscar un tópico era toda una especialidad, el *Code Napoléon* reunía en un pequeño libro, perfectamente ordenado por temas, todo lo fundamental en materia civil<sup>16</sup>.

Es así como se produce la primera experiencia oficial de importación del *Código Napoleón* en el Perú, vía Bolivia. Sin embargo, tampoco se trataba de un calco, porque Santa Cruz pidió a una comisión de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia que hiciera las adaptaciones del caso. Y, de hecho, esa comisión tuvo un papel muy importante en lo que se refiere al Derecho de Familia y al de Sucesiones, áreas en las que el Derecho Canónico y el Derecho antiguo español mantuvieron una participación significativa.

De todas maneras, las importaciones son decisivas. Entre ellas, puede destacarse el predominio de la ley como fuente normativa. Sin embargo, hay también algunas divergencias críticas. La familia continúa regida por la religión y, consecuentemente, se aparta de la familia laica francesa. En materia de propiedad y contratos, algunas reglas le dan cabida a la propiedad comunal tan diferente de la propiedad individualista liberal del *Code*.

Por consiguiente, se acogen en general los principios del *Código Napoleón*, aunque con ciertas precauciones; pero, de otro lado, el texto mismo de las normas y la agrupación de éstas en artículos es muchas veces cambiado por redacciones diferentes más acordes con el estilo local. Ahora bien, lo que se recibe sobre todo con entusiasmo es la nueva técnica legislativa que trae la idea de codificación.

Estos Códigos Santa Cruz, que corresponden al Estado Nor-Peruano, al Estado Sud-Peruano y a Bolivia, aun cuando mostraron su bondad durante más de cien años en Bolivia desde el punto de vista del resguardo de los intereses privados, no tuvieron en el Perú una larga vida. Apenas dos años después de su entrada en vigencia, dado que un grupo muy importante en el Perú era enemigo de la Confederación y ante la confusión que reinaba en el país, el propio Santa Cruz deja en suspenso estos códigos el 16 de Noviembre de 1838. Este temprano fin de tales códigos en el Perú estuvo fundado en motivos políticos; no jurídicos. Mariano Santos de Quirós, editor de una magnífica colección de leyes que se publicó a mediados del siglo XIX, dice que “los Códigos [se refiere a los Códigos Santa Cruz] permanecen en suspenso y permanecerán para siempre en desprecio como leyes de un conquistador que holló la Constitución y el honor del Perú”<sup>17</sup>.

Pero no todos los peruanos han estado de acuerdo con este juicio negativo. Jorge Basadre, prominente historiador, dice que estos cuerpos legales fueron calificados de ultraje y humillación al Perú, pero que quienes les dieron tal calificación fueron patriotas intransigentes

<sup>15</sup> MARIANO SANTOS DE QUIRÓS y JUAN CRISÓSTOMO NIETO. *Colección de leyes, decretos y órdenes, publicadas en el Perú desde su independencia en 1821*. Lima: Imprenta de don José Masías, 1842, t. v, p. 417.

<sup>16</sup> CARLOS RAMOS NÚÑEZ. *Historia del Derecho Civil peruano. Siglos XIX y XX. La codificación del siglo XIX: Los códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, t. II, pp. 36-38.

<sup>17</sup> SANTOS DE QUIRÓS y NIETO. *Colección de leyes, decretos y órdenes, publicadas en el Perú desde su independencia en 1821, y abraza el tiempo desde el 1° de Enero de 1838 hasta el 31 de Diciembre de 1840*. Lima: Imprenta de don José Masías, 1842, t. VI, p. 173 (nota 1).

y magistrados conservadores<sup>18</sup>. Quizá 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.

#### 1.4 LA DISONANTE COMISIÓN ENCARGADA DE LA PREPARACIÓN DEL *CÓDIGO CIVIL*: CONFUSIONES Y DESATINOS DE CONSERVADORES Y LIBERALES

Los años que siguieron a la Confederación fueron muy inestables y será necesario esperar hasta 1845 para que se nombre una comisión encargada de la redacción de un Código Civil. Mientras tanto, se volvió a aplicar las antiguas leyes españolas. Recién en 1845 se tranquilizan los ánimos políticos y se comienza a pensar nuevamente que la organización jurídica del mundo económico y civil es importante para el progreso de los pueblos. Santa Cruz ya lo había dicho. Pero el ultranacionalismo y la politiquería frustraron entonces toda posibilidad de pensar serenamente en la regulación legal de la vida privada.

Por otra parte, las clases tradicionales se resistían a la importación de un modelo liberal y ejercían una influencia conservadora muy importante en la evolución de la sociedad peruana. Sin embargo, ante la difusión generalizada de la filosofía de la Ilustración y del liberalismo, esas clases dirigentes peruanas se ven obligadas a aceptar un cambio de legislación; pero procuran que este cambio no toque dos aspectos fundamentales de la sociedad tradicional: la familia y la esclavitud.

Consecuencia de esta nueva conciencia es que, el 9 de octubre de 1845, el Congreso da una ley por la que se crea una Comisión para preparar el *Código Civil*, entre otros códigos. Esta Comisión estaría compuesta de siete miembros que debían ser nombrados por el Presidente de la República, a propuesta, en terna doble, del Consejo de Estado, para encargar así “esta penosa tarea a personas de luces, experiencia y demás cualidades que se requieren a fin de conseguir cuanto antes los códigos más necesarios”. El objetivo que se señaló a la Comisión estaba totalmente acorde con el espíritu del *Code Napoléon*: la seguridad y el acertado uso de las propiedades, así como el fomento de la libertad y el progreso del comercio entre los hombres<sup>19</sup>.

Sin embargo la composición de la Comisión refleja las contradicciones de la época. La Comisión redactora estaba conformada por personas de orientaciones contrapuestas. Mientras que el Presidente de ella, don Manuel Pérez de Tudela, era un aguerrido conservador, otro de sus miembros, Francisco Javier Mariategui, era un aguerrido revolucionario. Y los demás giraban en torno de estas posiciones, más afines a uno que al otro, pero dentro de esta gran disonancia. Las desavenencias en materia conceptual e ideológica eran tan grandes que uno de los miembros liberales, Francisco Javier Mariategui, al terminar el trabajo, calificó a la Comisión como “una orquesta de instrumentos discordantes” debido a que estuvo “compuesta de miembros poco uniformes en sus ideas”<sup>20</sup>. Por su parte, el representante conservador y Presidente de la Comisión, desde su discurso inicial después de jurar el cargo, había declarado que la redac-

<sup>18</sup> Jorge BASADRE. *Historia de la República del Perú*. – 5ª ed.– Lima: Editorial Perú América, 1961, t. I, p. 391.

<sup>19</sup> SANTOS DE QUIRÓS; NIETO, *op. cit.* (n. 17), t. IX, “que comprende los años de 1844, y 1845”. Huaraz: Imprenta de la Colección, por José Manuel Ortiz, 1852, p. 276, núm. 282. Ley del 9 de octubre de 1845.

<sup>20</sup> FRANCISCO JAVIER MARIATEGUI. *Vindicación que la mayoría de los vocales de la Comisión de Códigos presenta al público contra las imputaciones que se le hacen por el S.D.D. Manuel Pérez de Tudela en la nota con que pasó al Ministerio el proyecto del Código Civil, escrita por uno de ellos*. Lima: Imprenta de Eusebio Aranda, 1847, p. 19.

ción del *Código* exigía “una meditación muy profunda y una grave imparcialidad”<sup>21</sup>. Y en la comunicación con la que envía el proyecto terminado de Código al Ministerio de Justicia dice que “la mayoría de los habitantes de la República no se halla en estado de admitir novedades que turbarían las conciencias y las expondrían a grandes abusos en perjuicio de la Religión y del Estado”<sup>22</sup>. La discusión interna en el seno de la Comisión había sido tan acalorada que Mariátegui tomó estas frases como un insulto contra su persona<sup>23</sup>.

El debate se centró fundamentalmente en decidir si el matrimonio tenía una naturaleza civil o una naturaleza canónica. La historia de esta polémica nos presenta varios hechos curiosos.

En primer lugar, aun cuando el tema del matrimonio era muy sensible, los miembros conservadores de la Comisión, incluyendo su propio Presidente, aceptan que sea un miembro liberal, José Luis Gómez Sánchez, quien se encargue de su tratamiento<sup>24</sup>. Por cierto que Gómez Sánchez reconoció como único jurídicamente válido al matrimonio civil, mientras que el matrimonio ante la Iglesia quedaba relegado a un requisito puramente religioso que, en todo caso, debía celebrarse después del civil y no tenía consecuencias jurídicas. Por otra parte, dispuso que este acto civil tenía la naturaleza de contrato y, por consiguiente, las reglas generales de los contratos le eran en todo aplicables; hasta el punto que se incluyó al matrimonio en la Sección dedicada a los contratos. Esto no había sucedido antes con ninguno de los proyectos porque incluso el de Vidaurre, que introducía también el matrimonio civil, se había cuidado de colocar sus normas en la parte del Código dedicada a los derechos de la persona. Hay que agregar que ni aun hoy en día en el Perú el matrimonio es tratado como un simple contrato. Cuando se establece el matrimonio civil, ya entrado el siglo xx, se lo trata como un acto *sui generis*, de naturaleza enteramente diferente a la contractual. Y los dos códigos que siguieron —el de 1936 y el de 1984— y que le dan únicamente valor legal al matrimonio civil, lo colocan sin embargo dentro de un libro especial denominado *Derecho de Familia*. Por último, como corolario de todo ello, el proyecto de Gómez Sánchez arrancaba la jurisdicción de los tribunales canónicos para entregarla totalmente a la administración de justicia civil.

Todo esto era demasiado para la mentalidad conservadora de ese tiempo. Pero aquí sucede el segundo hecho curioso. Cuando José Luis Gómez Sánchez, respaldado por los liberales Francisco Javier Mariátegui y José Julio Rospigliosi, presentó el proyecto a la Comisión, los dos representantes conservadores, Pérez de Tudela y López Lissón, votaron a favor. Este voto resulta inconcebible. Y lo era tanto que, al día siguiente, ambos se retractaron y retiraron el apoyo a la propuesta por considerarla contraria a sus creencias<sup>25</sup>.

Y el tercer hecho curioso se produce porque, en medio de todo este acre debate entre conservadores y liberales que se centraba en el matrimonio, tanto la defensa de la propiedad y el comercio, postulada por los liberales, como la inclusión de la esclavitud en el Código, postulada por los conservadores, no dieron lugar a mayor discusión; y así estos temas no aparecen como parte esencial del debate: aparentemente, liberales y conservadores estaban de acuerdo en estos extremos. Es verdad que desconocemos el detalle de las discusiones en el seno de la Comisión porque no se llevaron actas de las sesiones. Pero, en todo caso, el debate sobre

<sup>21</sup> RAMOS, *op. cit.* (n. 16), p. 179.

<sup>22</sup> *Proyecto de Código Civil para la República del Perú, presentado a la Legislatura de 1847, por la Comisión nombrada conforme a la ley del 8 de Octubre de 1845*. Lima: Imprenta del Correo Peruano, 1847, p. 115

<sup>23</sup> RAMOS, *op. cit.* (n. 16), p. 192.

<sup>24</sup> *Ibid.* (n. 16), p. 189.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 191; MARIÁTEGUI, *op. cit.* (n. 20), pp. 5-6.

el matrimonio trascendió las sesiones y tomó un carácter público; lo que no sucedió con los valores liberales que establecen una sociedad capitalista ni tampoco –paradójicamente– con la institución que consagra de manera más radical la desigualdad entre los hombres.

Con sólo la discrepancia sobre el matrimonio pendiente, la Comisión acordó salomónicamente presentar dos ponencias sobre este tema: una de carácter liberal, a cargo de Gómez Sánchez, Rospigliosi y Mariátegui; la otra de carácter conservador, preparada por Pérez de Tudela y López Lissón. El Congreso decidió tomar una actitud prudente y dio una ley el 22 de diciembre de 1847 que ordenaba que el proyecto de Código fuera materia de deliberación por el Congreso; pero agregó que esta discusión debía ser artículo por artículo. Esto no era una crítica a la labor de la Comisión, porque por otra ley del mismo día le prolonga el término para cumplir su encargo a fin de que termine el *Código de Comercio*, el *Código Penal* y los demás que le habían sido encomendados (el proyecto del *Código Procesal Civil*, denominado *Código de Enjuiciamientos Civiles*, fue entregado junto con el proyecto de *Código Civil*)<sup>26</sup>. Sin embargo, esta deliberación que es exigida por el Congreso no debía ser tampoco una mera formalidad, puesto que la ley precisa que deberá primero nombrarse comisiones para el estudio de los proyectos y luego debatirse cada artículo en cada Cámara<sup>27</sup>. Los considerandos de dicha ley revelan las preocupaciones de los congresistas. Es así como se dice en ellos que un código de tal importancia requería “un prolijo examen” porque la legislación propia que surgirá de ello debe ser “la más adecuada al carácter y costumbres de los pueblos en donde deba regir”<sup>28</sup>, lo que es indudablemente una postulación conservadora que hacía implícitamente referencia a las creencias religiosas.

El problema se presentó por el hecho de que una discusión tan minuciosa como ordenaba la ley a las comisiones, no podía hacerse dentro del plazo de 15 días prescrito; y a continuación se suponía que cada una de las Cámaras se abocara a la discusión del Código. Obviamente, el Congreso modificó numerosos artículos y dos años después el proceso de aprobación no había terminado. Una nueva ley dispuso el cambio de métodos. Esta vez serían sólo tres congresistas abogados, pero designados por el Poder Ejecutivo, quienes se encargarían de la revisión final<sup>29</sup>. Sin embargo, como el mandato del presidente Castilla –quien había hecho tantos esfuerzos por dar un *Código Civil*– llegaba a su fin, se expide un Decreto el 22 de noviembre de 1850<sup>30</sup> por el cual se promulga un texto que aún estaba plagado de vacíos y de problemas de congruencia por arreglar. Lo curioso es que en los considerandos de dicha ley se reconoce “estos inconvenientes y graves dudas” y sin embargo, aduciendo razones –no muy claras– de urgencia, procede a la promulgación y ordena “la impresión fiel clara y correcta” del *Código*, con el expediente de que el Congreso puede abocarse de inmediato a la tarea de reformarlo y que además el propio *Código* ha previsto remedio para los casos de insuficiencia u oscuridad otorgando a la Corte Suprema la facultad de dar reglas y establecer principios generales. Pero, antes de su entrada en vigencia, que estaba prevista para siete meses después, se produjo el cambio de gobierno, asumiendo la Presidencia el General Rufino Echenique. Este inmediatamente procede a hacer que el Congreso suspenda la promulgación del *Código* aprobado, por

<sup>26</sup> Mariano SANTOS DE QUIRÓS y JUAN CRISÓSTOMO Nieto, *op. cit.* (n. 17), t. x, “comprende los años de 1846 y 847”. Huaraz: Imprenta de la Colección, por José Manuel Ortiz. 1853, p. 572, núm. 250. Ley del 22 de diciembre de 1847.

<sup>27</sup> *Ibid.*, t. x, p. 573, núm. 251. Ley del 22 de diciembre de 1847, arts. 1° y 4°.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*, t. 11, “que comprende los años de 1848 y 1849”. Huaraz: Imprenta de la Colección, por Mariano Osorio, 1853, p. 426, núm. 162. Ley del 29 de diciembre de 1849.

<sup>30</sup> *Ibid.*, t. 12, “que comprende los años de 1850 y 851”. Huaraz: Imprenta de la Colección, por Mariano Osorio, 1853, p. 155, núm. 166. Ley del 22 de noviembre de 1850.



carecer de “integridad y enlace”<sup>31</sup>; y que nombre una nueva Comisión Revisora, integrada por congresistas elegidos por votación en sus respectivas Cámaras<sup>32</sup>. Un año más tarde, el 28 de julio de 1852, se promulgaba finalmente el primer *Código Civil* peruano<sup>33</sup>; o el segundo, si se considera antes al *Código Santa Cruz*.

## 2. EL CÓDIGO CIVIL DE 1852

### 2.1. ACEPTACIÓN PRECAVIDA DEL LIBERALISMO

El *Código* peruano recibe, sin duda, una fuerte influencia del Código francés tanto en sus objetivos sociales, en su espíritu y en su método. Sin embargo, su análisis nos mostrará también severas divergencias originadas en la resistencia de una mentalidad conservadora.

El Código Napoleónico se había propuesto crear un *corpus* legal en el área del Derecho privado que fuera simple sin llegar a la simpleza<sup>34</sup> y que proporcionara seguridad en la posesión de los bienes y libertad en la contratación para todos los hombres sin distinciones. En el fondo, lo que buscaba ese Código tanto en su propuesta metodológica como en su contenido era permitir la calculabilidad de los actos humanos a fin de que de esta manera los hombres pudieran ejercer más eficientemente su libertad natural. Esto aportaría la prosperidad y la paz<sup>35</sup>.

En el Perú, los propósitos para dar un código se inspiraban ciertamente en ese mismo modelo liberal. Incluso un representante tan destacado del conservadurismo como es el Presidente de la Comisión Redactora no deja de ver el interés de tener un código a la francesa ni de percibir la necesidad social de seguridad jurídica de ese mundo capitalista que se asoma en el horizonte. Manuel Pérez de Tudela, al jurar el cargo ante el Presidente de la República, dice en su discurso que “*Nada más sabio que sustituir la regla a la arbitrariedad y un Código de leyes al capricho de los mandatarios. Un pueblo en su infancia puede dejarse gobernar arbitrariamente, o por disposiciones extrañas, incompatibles tal vez con su estado político...*”. Pero cuando adquiere conciencia, ese pueblo quiere ser gobernado por “*leyes protectoras de su libertad, propiedad y seguridad...*”. No hay duda que estamos aquí ante el programa napoleónico. Y sigue Pérez de Tudela de manera muy categórica dentro de esta línea: “*...un Código que afiance con solidez sus derechos contra el capricho y la arbitrariedad*”<sup>36</sup>. También, como antes se ha dicho, la propia ley de 5 de octubre de 1845 que crea la Comisión Redactora señalaba en sus Considerandos que el objetivo era tener una legislación que protegiera “*la seguridad y acertado uso de las propiedades*” y también “*la libertad y progreso del comercio*”<sup>37</sup>. Lo que se busca es la unificación de la fuente formal normativa en la ley, la uniformidad de leyes civiles para todo el territorio nacional, la no retroactividad de la ley y otros principios generales del

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 221, núm. 58. Ley del 7 de junio de 1851.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 222, núm. 59. Ley del 7 de junio de 1851.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 350, núm. 254. Ley del 29 de diciembre de 1851.

<sup>34</sup> Jean-Etienne-Marie PORTALIS. *Discours préliminaire sur le Projet de Code Civil présenté le 1<sup>er</sup> Pluviôse an IX par la Commission nommé par le Gouvernement Consulaire*, en: *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, publiés par le Vicomte Frédéric Portalis. Joubert, Paris: Librairie de la Cour de Cassation. 1844, p. 6.

<sup>35</sup> PORTALIS, *op. cit.* (n. 34), p. 4.

<sup>36</sup> Diario *El Comercio*. Lima, 2 de enero de 1846, Cfr. por Carlos RAMOS: *op. cit.*, pp. 178-179.

<sup>37</sup> SANTOS DE QUIRÓS y NIETO, *op. cit.*, (n. 17), t. IX, “que comprende los años de 1844, y 1845”. Imprenta de la Colección, por José Manuel Ortiz. Huaraz, 1852, p. 276, núm. 282. Ley del 9 de octubre de 1845.

Derecho moderno que los codificadores franceses introdujeron en el *Code Napoléon* y que más tarde Max Weber<sup>38</sup> ha señalado como condiciones jurídicas esenciales para el funcionamiento de una sociedad liberal-capitalista y que, a su vez, Lon Fuller ha calificado como la moralidad interna del Derecho<sup>39</sup>.

## 2.2 EL PLAN DEL CÓDIGO

Por ello, el plan del *Código* peruano sigue muy de cerca el plan francés, dividiendo las materias civiles también en un Título Preliminar y tres libros. Sin embargo, introduce algunas innovaciones. Mientras que el *Code Napoléon* divide en “Personas”, “Bienes” y “Formas de adquirir la propiedad”, incluyendo dentro de este último libro tanto la sucesión como todos los contratos, el *Código* peruano coloca la adquisición natural, aquella por prescripción y la derivada de sucesión en el Libro II, denominado sobre los Bienes, y agrega las normas para invocar estas formas no contractuales de adquisición. En cambio, el Libro III está dedicado únicamente a obligaciones y contratos.

Sin embargo, los codificadores peruanos habían sido formados como juristas bajo las leyes españolas y, consecuentemente, la influencia hispana es notoria en el *Código de 1852*. Bernardino Bravo Lira ha hecho notar que existe gran similitud entre este *Código* y los llamados *Febreros*, particularmente los de 1828 y de 1845<sup>40</sup>.

Los *Febreros* eran una suerte de tratados prácticos del Derecho español, que comprendían la explicación de una gran variedad de ramas substantivas y procesales y se actualizaban de tiempo en tiempo a través de nuevas ediciones completas de varios volúmenes. Su título viene de don Joseph Febrero, Escribano del Colegio de Madrid, quien escribió a fines del siglo XVIII un libro bajo el título de *Librería de Escribanos*<sup>41</sup> que se hizo muy conocido por el apellido del autor. A tal punto que, cuando la obra es retomada por Joseph Marcos Gutiérrez, éste denomina su publicación como *Febrero reformado o Librería de Escribanos*. Más tarde, fue el Licenciado D. Miguel Aznar quien continuó con la obra, denominándola *El Febrero Adicionado*<sup>42</sup>. Luego el compromiso fue asumido por don Eugenio de Tapia, quien continuó la publicación hasta mediados del siglo XIX con el nombre de *Febrero Novísimo*<sup>43</sup>.

Si colocamos frente a nosotros el *Código* peruano de 1852 y sostenemos en cada mano, de un lado, el *Code Napoléon* y, del otro, el *Febrero* de 1845 –fecha en que se nombra la Comisión redactora peruana– encontraremos que los codificadores tomaron de una y otra fuente, según las conveniencias.

<sup>38</sup> MAX WEBER. *Economía y sociedad. Esbozo de Sociología comprensiva* [1922]. México: Fondo de Cultura Económica. 1974, t. I, pp. 173-174, 511, 639 *et passim*. Cfr. Anthony T. KRONMAN. *Max Weber*. Stanford, CA: Stanford University Press. 1983, p. 72 y ss.

<sup>39</sup> LON L. FULLER: *The Morality of Law*. Yale University Press, 1964.

<sup>40</sup> BERNARDINO BRAVO LIRA. “Codificación Civil en Iberoamérica y en la Península Ibérica (1827-1917). Derecho Nacional y europeización”, en *Codificación y decodificación en Hispanoamérica*. Chile, 1999, t. I, p. 159.

<sup>41</sup> JOSEPH FEBRERO. *Librería de Escribanos*. Madrid: en la Imprenta de Pedro Marín, 1789.

<sup>42</sup> LIC. D. MIGUEL AZNAR. *El Febrero adicionado o Librería de Escribanos, abogados y jueces*. París: en la Imprenta de C. Farcy. 1828.

<sup>43</sup> EUGENIO DE TAPIA. *Febrero novísimo o Librería de jueces, abogados, escribanos y médicos legistas, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un Tratado del Juicio Criminal y algunos otros*. París: Nueva edición. Librería de Leconte y Cie. 1845.

### 2.2.1 Título preliminar y Libro sobre las Personas.

El Título Preliminar es indudablemente de origen francés, ya que esta sección es una de las novedades del *Code*.

El Libro de Personas se acerca más a la legislación española y tiene efectivamente similitudes notables con el plan de exposición del *Febrero*. El orden de los títulos es diferente al francés: mientras que éste tiene una parte en sus inicios muy extensa sobre los registros de actos civiles, el *Código* peruano deja este tema para la última Sección de dicho Libro. Pero, si leemos las páginas correspondientes del *Febrero* encontraremos que las secciones y títulos de aquel corresponden a las divisiones temáticas hechas por éste<sup>44</sup>.

Las personas pueden ser consideradas en estado natural o en estado civil, dice el *Febrero*, lo que corresponde exactamente a las dos primeras secciones del Libro de Personas del *Código* peruano<sup>45</sup>.

En el primer caso, caben tres distinciones.

En primer lugar, pueden ser nacidas o por nacer<sup>46</sup>. Es interesante destacar que aquí el *Febrero*, siguiendo la legislación española, indica que el no nacido se considera nacido en todo lo que le favorezca, siempre que cumpla con cuatro condiciones:

- a) que tenga un cierto número de meses de gestación;
- b) que tenga figura humana;
- c) que cuando nazca, viva cuando menos 24 horas; y
- d) que sea bautizado, aun cuando fuere de emergencia.

Estos principios son recogidos por el *Código* peruano y estatuidos como normas expresas; con la única excepción de la condición de que sea bautizado, que es omitida. Pero lo interesante es que el *Code Napoléon* no contenía norma directa alguna sobre este punto; y es solamente a través de la interpretación de un artículo sobre la herencia y otro sobre la donación, que el Derecho francés llega a conclusiones relativamente similares. Por consiguiente, esta parte del *Código* peruano decididamente no fue tomada del *Code* sino del Derecho español.

La segunda distinción de las personas en estado natural es la de varones y hembras, como las llama el *Febrero*; el *Código* peruano coloca un título denominado: “Varones y mujeres”<sup>47</sup>.

Finalmente, la tercera distinción, dice el *Febrero*, es la de la edad en función de la capacidad. El *Código* peruano crea dos títulos en relación con la capacidad: “De los mayores y menores de edad” y “De los capaces e incapaces”<sup>48</sup>.

En el segundo caso –es decir, consideradas en su estado civil– explica el *Febrero* que dan lugar a otras tantas divisiones, que corresponden todas a los títulos de las partes del *Código Civil* peruano.

Es así como las personas pueden ser nacionales o extranjeras, lo que corresponde al Título II de la Sección Segunda del *Código Civil* peruano que se denomina “De los peruanos y extranjeros”. Luego hay que considerarlas como vecinos o transeúntes. El *Código Civil* peruano habla de lo mismo y agrega –quizá por influencia del *Code*– a los ausentes<sup>49</sup>. A

<sup>44</sup> Vid. Eugenio de TAPIA. *Febrero novísimo o Librería de jueces, abogados, escribanos y médicos legistas, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un Tratado del Juicio Criminal y algunos otros*. París: Nueva edición. Librería de Lecoq y Cie., 1845, pp. 1-12.

<sup>45</sup> Secciones I y II del Libro I del *Código Civil* peruano.

<sup>46</sup> Título I de la Sección I del Libro I del *Código Civil* peruano.

<sup>47</sup> Título II de la Sección I del Libro I del *Código Civil* peruano.

<sup>48</sup> Títulos III y IV de la Sección I del Libro I del *Código Civil* peruano.

<sup>49</sup> Título III de la Sección II del Libro I del *Código Civil* peruano.

continuación el *Febrero* clasifica a los hombres desde el punto de vista de su estado civil en nobles, hidalgos y plebeyos; clasificación que ciertamente no es incorporada dentro del *Código* peruano de 1852 por cuanto la nobleza había quedado abolida, no con la Independencia –ya que San Martín la mantiene e incluso crea una nueva nobleza independiente– sino algo después, cuando Bolívar asume el poder. Pero luego el *Febrero* menciona a los eclesiásticos y legos que corresponde al título del *Código* peruano denominado “De los clérigos”<sup>50</sup> y también a los libres, esclavos y libertos, que corresponde al título del *Código* de 1852 denominado “De los ingenuos, siervos y libertos”<sup>51</sup>, el cual acoge esta categorización sin mayor problema de consciencia o de coherencia.

### 2.2.2 El Derecho de Familia

En lo que se refiere a lo que hoy podríamos denominar Derecho de Familia y que básicamente se refiere a matrimonio y paternidad, el *Febrero*<sup>52</sup> comienza con la paternidad mientras que el *Código* peruano comienza con esponsales y matrimonio y luego sigue un rumbo al parecer más independiente, tomando de un lado y de otro.

Un detalle muy significativo es que el *Febrero*, aun siendo la exposición de un Derecho como el español, tradicional y católico, no tiene escrúpulo en hablar del matrimonio como contrato, aun cuando lo considere un contrato de otra naturaleza e indisoluble. Pero no vacila en decir que el matrimonio, “Como contrato es necesario para su validación el mutuo y libre consentimiento de varón y hembra”<sup>53</sup>. En cambio, el *Código* peruano revela un mayor conservatismo al evitar cuidadosamente la palabra “contrato” en todo lo referente al matrimonio.

### 2.2.3 El Libro sobre los Bienes

En materia de bienes, el *Código* peruano se acerca más al napoleónico. La clasificación de los bienes presenta muchas similitudes en ambos. Además, el *Código* peruano acoge la división entre bienes muebles e inmuebles, cuya importancia no es de origen romano como a veces se piensa<sup>54</sup> sino más bien francés.

Sin embargo, la expresión legislativa de los dos códigos no es exactamente igual. El *Código* francés se limita a distinguir entre muebles e inmuebles, mientras que el peruano, a mi juicio adelantándose a su tiempo, distingue primero entre cosas corporales e incorporeales.

En esta parte de cada uno de los códigos, el peruano parece más compacto, más conceptual, mientras que el francés presenta un panorama bastante casuístico. Así, el francés tiene un artículo específico para determinar la naturaleza de los molinos de viento o de agua, otro para los granos, otro para la leña y hasta las cañerías tienen una norma independiente. El *Código* peruano no deja de mencionar esos bienes pero resume su carácter de inmuebles en un sólo artículo con tres categorías separadas en incisos. Otras veces, el *Código* francés realiza enumeraciones absurdamente detalladas, donde aparecen los animales de arado, los utensilios para arar, las semillas entregadas a los colonos, las palomas de los palomares, los conejos, las colmenas de abejas, los peces de los estanques, los calderos, alambiques, las cubas

<sup>50</sup> Título IV de la Sección II del Libro I del *Código Civil* peruano.

<sup>51</sup> Título V de la Sección II del Libro I del *Código Civil* peruano.

<sup>52</sup> Eugenio de TAPIA. *Febrero novísimo*, ed. cit. de 1845, pp. 13-20.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>54</sup> Fernando de TRAZEGNIES. “Bienes, naturaleza y los romanos”, en *El Comercio*, Lima, 21 de diciembre de 1982.

y los toneles, etc<sup>55</sup>. El *Código* peruano de 1852 no deja de mencionar algunas de esas cosas que tienen importancia en un mundo todavía bastante rural, pero parece más sintético, agrupa varias cosas bajo un solo término, tiene una mayor pretensión de abstracción.

En general, el *Código* peruano hace una división de bienes en forma de árbol: primero, los bienes se dividen en corporales e incorporales; luego, los corporales se dividen en muebles e inmuebles; y, finalmente, los muebles se dividen en fungibles y no fungibles. Por otra parte, el *Código* peruano elimina la dualidad de naturaleza de los animales que, dentro del *Código Napoleónico*, eran en unos casos muebles y en otros inmuebles<sup>56</sup>: para el legislador peruano, los semovientes son siempre muebles<sup>57</sup>. Los bienes públicos merecen un capítulo aparte con seis artículos en el *Código* francés<sup>58</sup>, mientras que son tratados en un solo artículo en el *Código* peruano<sup>59</sup>.

#### 2.2.4 Los Contratos.

En materia de contratos, tanto el orden de los temas como las normas específicas son muy parecidos a los del *Code*. Quizá ésta es la parte del *Código* peruano que sigue más de cerca no sólo el espíritu pero también la letra del *Código* francés, en el sentido de que, como decía Portalis, “*En general, los hombres deben poder tratar libremente sobre todo lo que les interesa*”<sup>60</sup>.

### 2.3 RESISTENCIA A LOS CAMBIOS Y PERSISTENCIA DE ELEMENTOS TRADICIONALES

Vemos, entonces, que el *Código* peruano de 1852 no copia el *Código Napoleón* sino que lo digiere y ofrece un producto propio, como resultado del alimento jurídico español y del napoleónico. De todo ello aparece que la recepción de lo francés fue moderada y prudente porque, aun cuando las novedades del *Código Napoleón* era la expresión de revolucionarios moderados, como Cambacères, como Portalis, sus propuestas eran todavía demasiado atrevidas para un medio tan tradicional como el peruano, en el que la sociedad intentaba abandonar su atmósfera de Corte virreynal pero mantenía viva una tradición que la obligaba a muchas lealtades culturales.

#### 2.3.1 La propiedad

Incluso en temas que encarnan aspectos cruciales dentro del espíritu del *Code Napoléon*, encontramos cercanías pero también diferencias. La definición de propiedad, tan fundamental dentro del *Código* francés, no ha sido tomada al pie de la letra por el *Código* peruano sino que, situándose dentro de una línea similar, deja ver algunos matices. Es así como la formulación peruana<sup>61</sup> suprime la referencia al uso y disposición “*de la manera más absoluta*” de su

<sup>55</sup> *Code Civil des Français*, artículo 524.

<sup>56</sup> *Ibid.*, artículo 522.

<sup>57</sup> *Código Civil* peruano de 1852, artículo 455, *in fine*.

<sup>58</sup> *Code Civil des Français*, artículos 537 a 543.

<sup>59</sup> *Código Civil* peruano de 1852, artículo 459.

<sup>60</sup> “*En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les interesse*”. Vd.: Jean-Etienne-Marie PORTALIS, *op. cit.*, p. 48.

<sup>61</sup> *Código Civil* peruano de 1852, artículo 460: “Propiedad o dominio es el derecho de gozar y disponer de las cosas”.

antecedente francés<sup>62</sup>, lo que parece atenuar un poco el radicalismo del pensamiento liberal; pero, al mismo tiempo, suprime la referencia al uso prohibido por las leyes y reglamentos que está presente en el *Código* francés. Probablemente esta última supresión obedeció a la consideración de que el uso prohibido no necesita prohibirse nuevamente; pero también es cierto que ese artículo era prácticamente un paradigma de la institución y que esa mención estaba reconociendo que la ley podía prohibir ciertos usos de la propiedad.

Pero, en materia de bienes, un aspecto particularmente interesante es que el *Código* peruano recoge de la antigua legislación española una institución que es casi medieval, como la posibilidad legal de que existan dos dueños independientes sobre un mismo bien, sin ser condóminos, uno del dominio directo y el otro del dominio útil<sup>63</sup>, prolongando de esta manera la existencia de instituciones premodernas como las capellanías, los censos y las manos muertas. De otro lado, admite que hay una religión del Estado y que los bienes que pertenecen al culto de ella configuran un tipo distinto de propiedad<sup>64</sup>.

Por otra parte, el *Código Civil* peruano todavía reconoce la existencia de bienes inmuebles que pudieran no tener dueño y que, por tanto, se encuentran vacantes o mostrencos<sup>65</sup> y, consiguientemente, acepta la ocupación como un modo natural de adquirir la propiedad de una cosa que no tiene dueño<sup>66</sup>.

### 2.3.2 La esclavitud

Y, en medio de los cambios, se levantan las persistencias tradicionales.

Ante todo, está la cuestión sobre la igualdad entre los hombres. Si bien ésta era proclamada en las cartas constitucionales, los efectos de tal afirmación no habían llegado todavía al dominio privado. En este sentido, el *Código* peruano de 1852 es no solamente retrógrado con relación al napoleónico sino incluso respecto de los anteriores proyectos peruanos de *Código Civil*.

Mientras que el proyecto de Vidaurre, 17 años antes, se pronunciaba por el igualitarismo, el *Código Civil* de 1852 todavía admite esclavos. El *Código* peruano prescribe que los esclavos son personas que están bajo la potestad de otros, categoría ésta última que comprende a la mujer casada, los hijos menores y los incapaces<sup>67</sup>. Notemos que la sumisión de la mujer

<sup>62</sup> *Code Civil des Français*, artículo 544: “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”.

<sup>63</sup> *Código Civil* peruano de 1852, artículo 463: “Los efectos del dominio pueden estar distribuidos entre dos dueños: uno directo, como el derecho del terreno a quien se paga un canon en reconocimiento del dominio; y otro útil, como el dueño del uso y de los frutos, que está obligado a pagar el canon”.

<sup>64</sup> *Código Civil* peruano de 1852, artículo 459: “*Son públicas las cosas que pertenecen a una nación, y cuyo uso es de todos; comúncelas que pertenecen colectivamente a una corporación legalmente reconocida; de particulares, las que pertenecen a una o más personas consideradas individualmente; destinados al culto, los que sirven para el ejercicio de la religión del Estado; y de ninguno, los que no están en propiedad de alguien o se hallan vacantes*”.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Código Civil* peruano de 1852, artículo 479: “Ocupación es la aprehensión de una cosa que no tiene dueño, con ánimo de conservarla para sí”; artículo 480: “El que, por ocupación quiera hacer suya una cosa inmueble que no tiene dueño, se arreglará a lo prescrito en el Código de Enjuiciamientos sobre aplicación de bienes mostrencos”.

<sup>67</sup> *Código Civil* peruano de 1852, artículo 28: Están bajo la potestad de otros: 1) las mujeres casadas, que dependen de sus maridos; 2) los hijos menores, que dependen de sus padres; 3) los huérfanos, que dependen de sus guardadores; 4) los esclavos que dependen de sus amos; 5) Los incapaces, conforme a lo dispuesto en el Título 4º de la Sección precedente.

casada al marido y la del menor a sus padres, estaba también en el *Code Napoléon*. Pero la sumisión del esclavo al amo era algo inconcebible para los ideales de la Revolución Francesa; y aun cuando la esclavitud se mantiene en Francia en la práctica mediante leyes especiales aplicables a los territorios de ultramar, el *Code* no quiere contaminar su liberalismo y simplemente ignora esa condición del ser humano. Sin embargo, el Título v del Libro de Personas del *Código* peruano establece detalladamente los derechos y deberes de los amos y de los esclavos y libertos. Además, el Título vi se ocupa de la manumisión, que es una institución que no tiene sentido si no hay esclavitud. Cabe recordar sin embargo que, aun cuando el *Code Napoléon* no contempla la esclavitud, en realidad ésta se mantuvo de manera vergonzante en las colonias francesas hasta 1848, año en que fue realmente abolida<sup>68</sup>.

Es muy significativo que, teniendo el Perú un Código teóricamente inspirado en el de Napoleón, todavía los diarios de Lima anuncien ventas y trueques de esclavos, como aquel aparecido el 8 de Agosto de 1853, después de un año de que el *Código* había entrado en vigencia, en el que se ofrece cambiar a una esclava de 21 años, buena lavandera, cocinera y costurera, pero que tiene un hijo libre de cinco años de edad, por otra joven y de buenas costumbres que, aunque no posea tantas cualidades y sólo sea útil para el servicio de mano, cuando menos no tenga un hijo a su cargo<sup>69</sup>.

Claro está que la esclavitud a estas alturas del siglo era prácticamente insostenible porque ya no era posible defenderla ideológicamente.

En realidad, San Martín había de alguna manera proclamado la abolición de la esclavitud en 1821 declarando que nadie nace esclavo en el Perú y que nadie puede ingresar a su territorio con la condición de esclavo: siguiendo la tendencia británica, había prohibido el comercio de esclavos pero no la esclavitud misma. De esta forma, la esclavitud debía terminar en una generación. San Martín, en forma prudente, para evitar un colapso de la agricultura, no se había atrevido a proclamar la abolición general e inmediata; pero había sentado las bases jurídicas para prohibir *ipso facto* la trata internacional de esclavos y para que en una generación terminara la esclavitud residente.

Sin embargo, unos años más tarde, con el pretexto de que los negros no sabían todavía vivir en libertad y por eso se dedicaban a asaltar en los caminos, el Congreso peruano decidió que los hijos de esclavos nacían libres, pero no podían ejercer la libertad sino al cumplir los cincuenta años; y que mientras tanto estaban sujetos a un patronazgo del amo que equivalía enteramente a la esclavitud.

Pero en 1854, dos años después de promulgado el *Código Civil*, la abolición de la esclavitud no se hizo esperar más tiempo. Las circunstancias concretas en las que se produjo tienen el carácter de tragicomedia. Existían dos Gobiernos al mismo tiempo, uno legal presidido por el General Echenique, otro revolucionario presidido por el General Castilla. El General Echenique dispuso que quedaban liberados todos los esclavos que pelearan contra Castilla. Pero Castilla fue más radical y más taimado: dispuso que quedaran liberados todos los esclavos sin excepción... salvo los que pelearan por Echenique. Como la revolución de Castilla triunfó -probablemente, entre otras cosas, porque ningún negro peleó por Echenique- los esclavos quedaron libres a partir de entonces<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Hay quien dice que la prohibición de la esclavitud no fue incluida en el *Code Napoléon* porque Josephine, que era de Martinique, le pidió que, sin perjuicio de lo que ocurría en Francia, en las colonias -que tenían una realidad diferente- no se alterara el régimen de trabajo.

<sup>69</sup> Diario *El Comercio*, Lima, 8 de agosto de 1853

<sup>70</sup> Fernando de TRAZEGNIES, *op. cit.*, pp. 170-172. *Vide etiam*, Fernando de TRAZEGNIES, y el grito de libertad finalmente en sus costas se oyó... Estudio sobre la abolición de la esclavitud en el Perú, en:

No obstante, este espíritu no igualitario y esclavista se mantiene aún después de derogada legalmente la esclavitud, utilizando esta vez contratos civiles. Debido a que el campo necesitaba mano de obra –algún viajero extranjero de la época dijo que la agricultura peruana era como la Venus de Milo: bella pero sin brazos– se decidió importar chinos con contratos de ocho años que eran continuamente renovadas. Entre 1849 y 1874 llegaron cerca de 100,000 chinos a trabajar en condiciones verdaderamente lamentables<sup>71</sup>. Y aun cuando el *Código Civil* tenía inspiración napoleónica que colocaba el acento en el individuo y en la libertad, la realidad concreta en la que se aplicaba el Derecho llevaba a resultados absolutamente antiliberales y muy cercanos a la esclavitud.

### 2.3.3 El matrimonio y el divorcio

El otro gran tema de discrepancia con el *Code Napoléon*, que antes ya ha sido mencionado, fue el del matrimonio y el divorcio.

El llamado *Código Civil* de los Franceses contenía todos los puntos centrales del programa liberal y laicizante, producto de la Revolución: matrimonio exclusivamente civil, naturaleza meramente contractual del matrimonio, divorcio vincular y fuero civil para las cuestiones de familia. Sin embargo, a pesar de este esquema radical, posiblemente gracias a la influencia de Portalis, había intentado ser moderado y prudente en el articulado sobre la familia. Por ejemplo, al tratar sobre el divorcio, lo limita notablemente a casos específicos para evitar, dice Portalis, que “*el más sagrado de los contratos*” se convierta en “*el juego de los caprichos*”<sup>72</sup>.

En realidad, salvo quizá el tratamiento del matrimonio como un contrato, todos los demás aspectos fueron incluidos tarde o temprano en la mayor parte de las legislaciones contemporáneas. El Perú los incorpora a principios del siglo xx. Pero a mitad del siglo xix todavía era demasiado pronto para aceptar propuestas de este tipo

En el seno del grupo liberal de la Comisión Redactora, José Luis Gómez Sánchez había propuesto que el matrimonio civil fuera el único válido y que las ceremonias religiosas se realizaran después del matrimonio civil. Como consecuencia de ello, sostenía, todas las causas relativas al matrimonio debían que ser vistas por los tribunales civiles y no por los eclesiásticos<sup>73</sup>. Por su parte, José Julio Rospigliosi, también representante liberal dentro de la Comisión, se encargó de redactar la parte del divorcio y estableció el divorcio por mutuo consentimiento. Pero retiró esta propuesta cuando vio que –¡desconcertantemente!– el otro miembro liberal, Gómez Sánchez, quien hacía de revisor, no estaba de acuerdo con ella<sup>74</sup>.

La posición conservadora fue rotunda en su negativa de aceptar cualquier planteamiento que pudiera llevar a una concepción jurídicamente laica de la familia. He dicho ya cómo, en este único aspecto, la Comisión Redactora presentó al Gobierno dos proyectos absolutamente diferentes, uno liberal y otro conservador, como la única forma de salvar la Comisión misma. Por otra parte, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo tuvieron el fundado temor de que una reforma liberal del matrimonio y del divorcio pudiera llevar a serias dificultades

---

Conmemoración del 150° aniversario de dicha abolición y del Centenario de la Academia Nacional de la Historia. *Opúsculos del Fondo Pro Archivo* 5. Lima, 2005.

<sup>71</sup> Sobre este tema, *vide* Fernando de TRAZEGNIES, En el País de las Colinas de Arena. Reflexiones jurídicas sobre la inmigración china en el Perú del siglo xix desde la perspectiva del Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1994.

<sup>72</sup> “...il faut qu'elles [les lois] empêchent que le plus saint des contrats ne devienne le jouet du caprice, de l'inconstance...”. Jean-Etienne-Marie PORTALIS, *op. cit.*, p. 31.

<sup>73</sup> Carlos RAMOS, *op. cit.*, pp. 189-190.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 193.



políticas. Por ese motivo, los congresistas adoptaron una actitud muy cauta; al punto que la ley de 29 de diciembre de 1849 que nombra una nueva Comisión Revisora establece expresamente que “*Se declaran desde ahora reservados los artículos relativos al matrimonio considerado como contrato civil*”<sup>75</sup>, lo que equivalía a decir que esos artículos no merecían siquiera que fueran considerados en el urgente trabajo que tenía la Comisión por delante; además, la misma ley dispone que “*Las causas meramente eclesiásticas se sustanciarán y decidirán conforme a las disposiciones canónicas*”<sup>76</sup>.

Como resultado de ello, obviamente el matrimonio no aparece entre los contratos consensuales como en el Código francés sino dentro del Libro de Personas. Y el artículo 156 establece que “*El matrimonio se celebra en la República con las formalidades establecidas por la Iglesia en el Concilio de Trento*”. Por otra parte, aun cuando hay un título sobre el divorcio, a éste se le define como “*la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial*”<sup>77</sup>; de esta manera, se ha salvado la discrepancia en forma puramente verbal, ya que se introduce la palabra “*divorcio*”, para dar gusto a los liberales, pero no el concepto, para dar gusto a los conservadores. Por eso los autores posteriores revelan una cierta incomodidad al explicar esta parte del *Código*. Así, Francisco García Calderón señala que

“Esta palabra [divorcio] tomada en el sentido que le daban las leyes romas, designa la disolución del matrimonio por una causa grave; pero entre nosotros se llama divorcio a la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo. No conocemos el divorcio propiamente dicho...”<sup>78</sup>.

Adicionalmente, el conocimiento de las causas sobre matrimonio y divorcio fue mantenido dentro de la jurisdicción eclesiástica<sup>79</sup>.

#### 2.3.4 El tratamiento de los clérigos

Entre otras reminiscencias de la legislación tradicional que pasan al *Código Civil* de 1852 en contra de su espíritu napoleónico, está el tratamiento de los clérigos. El Título iv de la Sección II del Libro de Personas se refiere específicamente a ellos, como personas con un régimen diferente siempre que usen corona abierta –es decir, tonsura– y hábito talar<sup>80</sup>. A estas personas se les reconoce privilegios como el de estar exentos de la obligación de ejercer cargos de concejal<sup>81</sup>; y, lo que quizá es más importante, el derecho de recibir del Romano Pontífice dispensas, indultos u otras gracias que pueden llegar hasta la exoneración de la pena por un delito cometido<sup>82</sup>. A su vez el Estado colabora con la jerarquía eclesiástica prohibiendo a los clérigos regulares vivir fuera de su convento, salvo con permiso de sus preladados y conocimiento de la autoridad civil<sup>83</sup>.

<sup>75</sup> SANTOS DE QUIRÓS y NIETO, *op. cit.* t. 11, “que comprende los años de 1848 y 1849”. Huaraz: Imprenta de la Colección, por Mariano Osorio. 1853, p. 426, núm. 162. Ley del 29 de diciembre de 1849. Artículo 4°.

<sup>76</sup> *Ibid.*, artículo 17.

<sup>77</sup> *Código Civil* peruano de 1852, artículo 191.

<sup>78</sup> FRANCISCO GARCÍA CALDERÓN. *Diccionario de la Legislación Peruana*. Lima: Imprenta del Estado, por Eusebio Aranda. 1860, t. 1, voz *Divorcio*, p. 816.

<sup>79</sup> *Código Civil* peruano de 1852, artículo 138.

<sup>80</sup> *Ibid.*, artículo 84, inciso 1.

<sup>81</sup> *Ibid.*, artículo 85.

<sup>82</sup> *Ibid.*, artículo 92.

<sup>83</sup> *Ibid.*, artículo 86.

Sin embargo, el Estado no ha querido crear simplemente una laguna del Derecho a favor de los clérigos sino que, afirmando su soberanía, ejerce un cierto control sobre la relación clerical en cuanto a sus efectos civiles.

En primer lugar, para que la gracia o dispensa sea válida, debe ser tramitada por intermedio del Supremo Gobierno, sin lo cual no surtirá efectos civiles<sup>84</sup>. Por otra parte, el Estado vela porque quienes ingresen al clero lo hagan plenamente concientes y con la capacidad suficiente. Así, el *Código* peruano establece que no pueden prestar votos religiosos quienes no hayan cumplido los 25 años, sean hombres o mujeres<sup>85</sup>.

Además, el *Código* considera necesario regular los efectos civiles de la profesión religiosa pues ella, al someter íntegramente al religioso a la ley eclesiástica, equivale a la muerte civil. Esta muerte supone la renuncia previa a todos sus bienes temporales, que debe hacerla antes de profesar<sup>86</sup>; si no la hace, se la entiende hecha por el acto mismo de la profesión<sup>87</sup>. Tal renuncia es, como explica Toribio Pacheco, una disposición de última voluntad, por lo que sus términos se rigen por las normas sobre testamentos; de ahí que si no renuncia en forma expresa a favor de ciertas personas, el acto de la profesión que equivale a la muerte da origen a una sucesión *ab intestato*<sup>88</sup>. A partir de entonces, en su condición de difunto, no puede otorgar un nuevo testamento ni recibir herencias ni ser nombrado albacea, ni suscribir contratos<sup>89</sup>.

#### 2.4 ECOS DE LAS CONTRADICCIONES, EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA DEL SIGLO XIX

Durante el resto del S. XIX se advierte ecos de esta contradicción que he descrito: de un lado, una permanente recurrencia a los principios del liberalismo revolucionario que encarna el *Código Napoleón*; de otro lado, crispaciones y retrocesos hacia el mundo tradicional. Algunos ejemplos pueden mostrar el estado de ánimo complejo y confuso que predominaba en ese entonces.

Veinte años después de haber entrado en vigencia el Código, el jurista Pacheco se pregunta con angustia cómo se hace para casar a una pareja que no es católica. Y contesta que prácticamente es imposible porque la ley sólo reconoce el matrimonio religioso y, por su parte, ni los párrocos ni los contrayentes querrán representar una suerte de obra de teatro porque los contrayentes no creen en la ceremonia. Sólo encuentra una solución –aunque deficiente– para el caso de extranjeros no católicos: en la práctica, dice, éstos se casan ante sus Cónsules, pero ello no satisface la ley peruana ante la cual no son esposos y sus hijos no son legítimos. Por eso, dice Pacheco con añoranza, hubiera sido mucho mejor adoptar el sistema de la ley francesa que instituye un matrimonio civil, paralelo o independiente del matrimonio religioso<sup>90</sup>.

En la práctica judicial, las cosas eran también muy confusas en este punto y ello invita a los jueces a reflexionar en términos de los principios del *Código Napoleón*. Una sentencia de 1885 autoriza a una menor de religión evangelista para casarse con un ex-sacerdote, matrimonio al cual se había opuesto el Ministerio Pupilar. Los argumentos que usa el Juez para sostener que un ex-sacerdote no está impedido de casarse son netamente liberales y basados

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> *Ibid.*, artículo 87.

<sup>86</sup> *Ibid.*, artículo 88.

<sup>87</sup> *Ibid.*, artículo 90.

<sup>88</sup> T. PACHECO, *Tratado de Derecho Civil*. 2ª ed. Lima: Impr. del Estado. Lima, 1872, t. I, p. 127.

<sup>89</sup> *Ibid.*, pp. 127-128.

<sup>90</sup> *Ibid.*, Apéndice, pp. XXV-XXXV.

en la doctrina francesa. El juez se apoya en la libertad de pensamiento y en la inexistencia de vínculos o votos perpetuos dentro de la legislación civil peruana. Por otra parte, rechaza el argumento del Fiscal de que los hijos serían sacrílegos, respondiendo que esto no es correcto porque el futuro esposo ya no es clérigo ni lo será cuando tenga los hijos. Cita en su apoyo a los autores franceses más importantes, entre ellos a Portalis. Y concluye que procede el matrimonio civil porque ninguno de los dos contrayentes es católico: ella por evangelista y el por renegado<sup>91</sup>.

Otra apreciación sobre el *Código Napoleónico* la encontramos en un colaborador de una revista jurídica peruana de fines del S. XIX, quien decía que el *Código Civil* francés fue

“la obra más perfecta y acabada de su época y el epitafio más grande del monarca que iniciara su formación y bajo cuyos auspicios se diera, Napoleón I”, agregando que “continuará siempre siendo, no obstante los progresos alcanzados en la jurisprudencia moderna, un dechado, a este respecto, por su método, por su estilo e instituciones”<sup>92</sup>.

Pero en la misma página en que se hacía este panegírico del *Código Napoleón* aparece una comunicación indignada del Ministerio de Justicia al Prefecto del Departamento de Ancash en la que le ordena que investigue lo sucedido en la Provincia de Huaylas donde parece que el SubPrefecto ha contraído nupcias solamente ante el Alcalde y no ante el Párroco como corresponde de acuerdo al Derecho Canónico reconocido como Derecho válido en el Perú para regular el matrimonio. Por eso, califica este acto de pseudo-matrimonio al parecer impuesto por violencia contra la joven y la familia; y, lo que es aún más grave, todas estas infracciones a la ley han sido cometidas por una autoridad, como es el SubPrefecto<sup>93</sup>.

### 3. EL CODE NAPOLÉON EN EL PERÚ DEL SIGLO XX

En las primeras décadas del S. XX, el *Bürgerliches Gesetz Buch* (B.G.B. o *Código Civil* alemán de 1900) ejerció una gran fascinación en los juristas peruanos.

Es por ello que cuando en los años veinte se nombra una Comisión para reformar el *Código* de 1852, el *Código* alemán se convierte en la mayor influencia. Aun cuando los codificadores peruanos no leían alemán, recurrieron para este efecto al *Código Civil* suizo en su versión francesa y al brasileño.

Sin embargo, esos codificadores habían sido formados dentro del espíritu y la técnica del *Código Napoleón* a través del *Código* de 1852. Por consiguiente, el nuevo *Código Civil* peruano de 1936 mantuvo un contacto indirecto con la legislación francesa. Por otra parte, los autores franceses continuaron siendo grandemente utilizados tanto en la cátedra como en la práctica profesional.

Por último, en 1984 se promulga en el Perú un tercer *Código Civil* que trae las influencias de los *Códigos* de 1936 y 1852 pero también, en forma muy notable, del *Código Civil* italiano de 1941. Y quizá actualmente la doctrina italiana ha desplazado a la doctrina francesa y a la doctrina alemana.

<sup>91</sup> Sentencia de 14 de noviembre de 1885, en: *El Derecho*, año I, N° 5, Lima, 9 de enero de 1886.

<sup>92</sup> G.E.H. [Genaro E. Herrera: *Estilo de las leyes*, en: *El Derecho*, año II, N° 57, Lima, 5 de febrero de 1887, p. 457].

<sup>93</sup> Documentos oficiales, en: *El Derecho*, año II, N° 57, Lima, 5 de febrero de 1887, p. 457.

## 4. REFLEXIONES FINALES

La experiencia del *Código* de 1852, aquel que recibió más directamente la influencia napoleónica, merece dos reflexiones finales.

4. 1. *El proyecto modernizador*

En primer lugar, cabe preguntarnos la razón de esas reacciones que advertimos frente al cambio, de esas dudas y vacilaciones, esos entusiasmos momentáneos por lo nuevo y esos temores profundos por abandonar los viejos sistemas.

Quizá la explicación no se encuentra en el Derecho sino en la Sociología y en la Política. El problema probablemente fue causado porque el proyecto modernizador no era claro ni decidido. Por el contrario, despertaba una gran cantidad de escrúpulos y recelos en los propios sectores líderes.

Ese proyecto modernizador no era conducido por nuevas clases emergentes sino por las clases predominantes tradicionales; o cuando menos por personas que aún no habiendo pertenecido en forma destacada a esas clases durante el Virreynato, habían adoptado su posición social y muchos de sus valores. Y estas clases tenían la preocupación de que podrían perder su posición dirigente si la modernización alcanzaba niveles más profundos y generalizados. De esta manera, la propuesta fue siempre incompleta: se trataba de una modernización desde arriba -quizá al estilo de la japonesa, pero menos radical- que cuidaba que las categorías de arriba y abajo permanecieran intocadas a pesar de los cambios modernos que ellos mismos propugnaban para la sociedad peruana<sup>94</sup>.

Es interesante comprobar la gran desconfianza e incluso el escándalo que sentían los modernizadores peruanos a lo largo de todo el siglo XIX en relación con los autores europeos que habían sentado las bases de la modernización política: Bartolomé Herrera critica persistentemente a Rousseau por proclamar la soberanía del pueblo, habla de "*los errores impíos y antisociales que difundió la Revolución Francesa*"<sup>95</sup>, declara que los enciclopedistas franceses están "*ebrios de la revolución que sufren y hacen sufrir a la patria tormentos inefables, hasta que caen aletargados*"<sup>96</sup> y condena acremente a Bentham por egoísta<sup>97</sup>; Miguel Antonio de la Lama critica a Bentham porque le da demasiada importancia a las mayorías<sup>98</sup>; Luis Felipe Villarán censura a Hobbes y a Rousseau porque considera que las ideas de estos autores dan lugar a un cuestionamiento general del orden social, con lo que no está de acuerdo<sup>99</sup>.

<sup>94</sup> Sobre el carácter de modernización tradicionalista en que tuvo lugar la transformación de la sociedad peruana del siglo XIX, diferente de la modernización propiamente liberal, *vide* Fernando de TRAZEGNIES. *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo. XIX*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980.

<sup>95</sup> Bartolomé HERRERA. *Escritos y Discursos*. Lima: Biblioteca de la República. F. y E. Rosay, 1929, p. 79.

<sup>96</sup> HERRERA, *op. cit.*, pp. 228-229.

<sup>97</sup> HERRERA. *Compendio de Derecho Público Interno y Externo por el Comendador Silvestre Pinheiro Ferreira*, traducido y anotado por Bartolomé Herrera para uso del Colejio de San Carlos. Lima: Imprenta del Colejio, 1848, pp. II y III.

<sup>98</sup> Miguel Antonio DE LA LAMA. *Lecciones de Filosofía del Derecho y de Principios de Legislación*, 2ª ed., Lima: Santiago E. Ledesma, editor, p. 58.

<sup>99</sup> Luis Felipe VILLARÁN. *Derecho Constitucional filosófico. Lecciones dadas en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas por el Dr...* Lima: Imprenta de J. F. Solís, 1881, pp. 13-14 y 11-13.

En cambio, el medio jurídico peruano del siglo XIX acoge a los autores que pudiéramos llamar eclécticos, aquellos que intentan conciliar la modernidad liberal con ciertas tradiciones. Pero aún estos son recibidos con extraordinaria cautela. Así se aplaude la opinión de Taparelli cuando afirma que Locke y los ingleses son unos “*sensualistas vergonzosos*” y que Kant, fiel a su espíritu alemán, no hace sino desarrollar “*vagas y nebulosas doctrinas*”<sup>100</sup>. Sin embargo, Ahrens, que representa muy bien el eclecticismo europeo, no es considerado en el Perú suficientemente ecléctico y se teme que su lectura directa por los alumnos pueda ser peligrosa. Según afirmaba Agustín de la Rosa, era preciso dar detalladas explicaciones si se quería presentar a Ahrens a los alumnos, porque de lo contrario se podrían “*beber el veneno aún sin sospecharlo*”<sup>101</sup>. Bartolomé Herrera va aún más lejos en este sentido: adopta a Ahrens como guía en los cursos de Filosofía del Derecho y de teoría política de la más importante institución de enseñanza de la época; pero, en vez de recomendar su lectura, prefiere entregar a los alumnos sólo unas notas que contienen sus propios resúmenes de Ahrens en los que ha expurgado todo aquello que consideraba todavía demasiado moderno e irrespetuoso con la tradición<sup>102</sup>.

#### 4.2 La originalidad en el Derecho

La segunda pregunta que cabe plantearse es si la legislación peruana del siglo XIX fue una mera imitación, un calco de la legislación europea, o si tuvo rasgos propios.

Pienso, de acuerdo a lo expuesto, que no puede decirse que el legislador peruano se haya limitado a copiar el *Código francés*.

Para bien o para mal, hay un trabajo indudable de introducir aquello que el legislador peruano consideraba todavía esencial en cuanto al espíritu y a las opciones sociales e ideológicas que debía tener el Derecho: esclavitud, matrimonio canónico, distinción entre dominio directo y dominio útil, *res nullius*, etc. no pasan desapercibidos. También hay una preocupación constante por suprimir cualquier herencia del modelo que pudiera ser contraria a las creencias religiosas: el divorcio y el reconocimiento de los derechos de los concubinos.

Por otra parte, podemos percibir igualmente la presencia de una tarea conceptual propia, que se esfuerza en todo momento por reorganizar las normas de manera lógica, por agruparlas en categorías repensadas, tratando incluso de mejorar la sistemática del *Código francés*. También puede señalarse la presencia de un mayor número de definiciones convertidas en normas a fin hacerlo más inteligible a todo el pueblo, acentuando la función didáctica del *Código*, probablemente porque se pensaba que este mayor número de definiciones era más necesario en un país joven como el Perú que en un país como Francia. Por último, hay modificaciones de redacción de las mismas normas, con el objeto de hacerlas más claras y con un estilo a veces más elegante que el de su modelo francés.

Pero, más allá de todo ello, las leyes no pueden ser comprendidas únicamente por su texto sino que es importante ubicarlas dentro del contexto social, económico y cultural en el

<sup>100</sup> Luis TAPARELLI S.J. *Ensayo Teórico de Derecho Natural apoyado en los hechos*. Madrid: Imprenta de Tejado, a cargo de R. Ludeña. 1866, t. I, p. 2.

<sup>101</sup> Agustín DE LA ROSA. *Refutación de la obra titulada “Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho”, formada con arreglo al estado de esta ciencia en Alemania, por H. Ahrens*. Guadalajara, México: Tipografía de Rodríguez, 1855, p. 3.

<sup>102</sup> Vd. Fernando de TRAZEGNIES. *La idea de Derecho en el Perú Republicano del siglo XIX*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 1947, p. 89 y Jorge BASADRE. *Historia de la República del Perú*, ed. cit. t. II, p. 259.

que actúan: es preciso verlas no estáticamente como simples dictados sino dinámicamente como partes de un proceso social en el cual adquieren su última y verdadera significación. Dos textos legales idénticos pueden ser interpretados de manera completamente diferente en dos entornos sociales distintos. Por eso no hay dos Derechos iguales.

El gran historiador peruano Jorge Basadre reconoce que se ha sostenido muchas veces y por personalidades importantes que el Derecho peruano no es sino “*una serie sucesiva o simultánea de transcripciones o imitaciones foráneas*”<sup>103</sup>. Sin embargo, Basadre rechaza esta acusación porque la identidad del Derecho peruano no está en las normas legales ni en los conceptos técnicos sino en la dialéctica entre esas normas y conceptos y la realidad social, política, cultural y económica.

En ese sentido, dice Basadre tajantemente (y cito sus palabras) que “*Si la historia de un pueblo es la historia de la vida, la historia del Derecho es la historia del funcionamiento de ese Derecho*”<sup>104</sup>. Y explica esta afirmación de la siguiente manera: “*En resumen, pues, el Derecho de un Estado y de un pueblo consiste, desde cierto punto de vista, en el producto de las integraciones de ingredientes diversos*”; y el Derecho peruano es así un Derecho “*derivado y compuesto*”. Porque,

“aparte de sus aspectos genealógicos, una historia jurídica alberga la vida del Derecho dentro de su ámbito temporal y espacial propio, o sea el proceso de la transformación interna de las ideas y de las instituciones; su adecuación mayor o menos a la realidad, el movimiento de los distintos factores que las preservan, reviven, exaltan o hacen caducar. Se trata entonces” –sigue Basadre– “de la realidad jurídica que viven los ciudadanos o residentes de ese país en su vida diaria, a través de las generaciones, ignorando, sin duda, de dónde partieron o cómo llegaron las distintas modalidades del sistema que los rige. El examen de orígenes y antecedentes, influencias y relaciones, tiene una gran importancia. Pero no es incompatible con el estudio mismo del Derecho del Estado, de los juristas o del pueblo y de su perenne espíritu creador”<sup>105</sup>.

Los legisladores del *Código* peruano de 1852, en todo caso, nunca pensaron en hacer un calco del *Code Napoléon* porque en todo momento insisten con gran lucidez en la necesidad de tener leyes propias. La ley peruana de 22 de Diciembre de 1847 que ordena que los proyectos de Código sean discutidos en el Congreso es muy clara cuando dice que “*es urgente y necesario tener una legislación propia, que sea la más adecuada al carácter y a las costumbres de los pueblos donde deba regir*”<sup>106</sup>. Esto descarta una mera importación o calco. Pero es interesante notar que Portalis, uno de los hombres con más sentido común de la Historia, manifiesta en su Discurso preliminar que los legisladores franceses también se habían propuesto crear leyes “*adaptadas al carácter, costumbres y situación del pueblo para el que están hechas*”<sup>107</sup>, al punto que la frase del Considerando de la ley peruana parece tomada directamente de esa afirmación.

Portalis postulaba que la cuestión sobre si legalizar o no el divorcio dependía fundamentalmente de las costumbres del país. “*¿Qué debe hacer el legislador?*”, se preguntaba Portalis. Y respondía:

<sup>103</sup> Jorge BASADRE. “La personalidad histórica del Derecho peruano”, en *El Comercio*. Lima

<sup>104</sup> Jorge BASADRE, artículo periodístico citado.

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> SANTOS DE QUIRÓS y NIETO, *op. cit.*, t. x, p. 573, núm. 251. Ley del 22 de diciembre de 1847, 2º Considerando.

<sup>107</sup> “*...qu’elles doivent étre adaptées au caractère, aux habitudes, a la situation du peuple pour lequel son faites*”. PORTALIS, *op. cit.*, p. 5.

“Sus leyes no deben jamás ser más perfectas que lo que pueden tolerar los hombres a quienes son destinadas. El legislador debe consultar las costumbres, el carácter, la situación política y religiosa de la nación que representa. ¿Hay una religión dominante? ¿Cuáles son los dogmas de esta religión? o más bien ¿todos los cultos son autorizados indistintamente? ¿Es una sociedad que nace o una sociedad que envejece? ¿Cuál es su forma de gobierno? Todas estas cuestiones influyen más de lo que se piensa sobre el divorcio”<sup>108</sup>.

Acogiendo el planteamiento de Portalis, puede decirse que el apartamiento del *Código Napoleón*, como lo hizo el *Código peruano*, podría considerarse como una forma inteligente de seguir precisamente los propios principios de los autores del *Código Napoleón*.

El autor reflexiona acerca de las tensiones políticas existentes dentro del grupo dirigente del Perú en la primera mitad del siglo XIX, entre liberales revolucionarios y tradicionalistas, estudia los proyectos de codificación civil y en particular el trato jurídico de la persona, el matrimonio, la esclavitud y los religiosos. También menciona de manera tangencial como la doctrina y la jurisprudencia fueron parte de esta disputa, dejando claro que de ella salió un derecho original adaptado a la realidad social y económica de su época.

---

<sup>108</sup> “*Que doit faire le législateur? Ses lois ne doivent jamais être plus parfaites que les hommes a qui elles sont destinées ne peuvent le comporter. Il doit consulter les moeurs, le caractère, la situation politique et religieuse de la nation qu’il représente. Y a-t-il une religion dominante? Quels sont les dogmes de cette religion? ou bien tous les cultes sont-ils indistinctement autorisés? Est-on dans une société naissante ou dans une société vieillie? Quelle est la forme du gouvernement? Toutes ces questions influent plus qu’on ne pense sur celle du divorce*”. PORTALIS, *op. cit.*, p. 28