

# EL CÓDIGO CIVIL DE 1852: EL PROYECTO Y LAS INSTITUCIONES

Carlos Augusto Ramos Núñez\*

## SUMARIO:

1. El Proyecto de Código Civil de 1847 1.1. El imperio de la ley 1.2. Las personas 1.3. La familia 1.4. El Derecho de las cosas 1.5. Las herencias • 2. Fuentes y sistemática del Código Civil de 1852 • 3. Las instituciones 3.1. El predominio absoluto de la ley 3.2. Las personas 3.3. Las mujeres 3.4. La condición de los hijos 3.5. El matrimonio y divorcio 3.6. La propiedad

### 1. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1847

El *Proyecto de Código Civil para la República del Perú* de 1847 es el antecedente inmediato del Código de 1852. El Proyecto, se divide en un Título Preliminar y tres Libros: el Libro Primero, que se denomina «De las personas y de los derechos que como tales tienen»; el Libro Segundo, que se titula, «De las cosas, del modo de adquirirlas, y de los derechos que las personas tienen sobre ellas»; y el Libro Tercero, que se ocupa «De los derechos que unas personas tienen sobre otras, o de las obligaciones que nacen de los contratos o cuasi-contratos». El Libro Primero, se encuentra dividido en cinco secciones. La sección 1ª se ocupa de las personas

según su estado natural; la sección 2ª, de las personas según el estado civil; en la sección 3ª se regula la paternidad; la sección 4ª aborda a la familia; mientras que en la sección 5ª se reglamenta los derechos y las obligaciones de los guardadores. El Libro Segundo del Proyecto contiene siete secciones, cuyos encabezados son: 1ª «Nociones generales sobre las cosas»; 2ª «De los modos naturales de adquirir dominio»; 3ª «Del modo civil de adquirir dominio por la prescripción, enajenación o donación»; 4ª «Del modo de adquirir dominio por la herencia»; 5ª «De los derechos que los cónyuges tienen sobre sus bienes propios y comunes; y del de los padres sobre los bienes de sus hijos»; 6ª «De las servidumbres»; y 7ª «Del patronato y de las cape-

llanías». En el Libro Tercero, que es el más extenso de todos, se contemplan nueve secciones: 1ª «De las convenciones»; 2ª «De los contratos consensuales»; 3ª «De los contratos aleatorios»; 4ª «De los contratos reales»; 5ª «De los contratos fundados en la confianza»; 6ª «De las libranzas y letras de cambio»; 7ª «De los pactos y contratos que aseguran el cumplimiento de otras obligaciones»; 8ª «De las obligaciones que nacen del consentimiento presunto»; y 9ª «De los modos de acabarse las obligaciones».<sup>1</sup>

En conjunto la fuente que predomina en el Proyecto es el Derecho castellano histórico, destacando en importancia las *Siete Partidas*, las *leyes de Toro* y la *Novísima Recopi-*

---

\* Profesor de Historia del Derecho y de Metodología de la Investigación en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Lima.

<sup>1</sup> *Proyecto de Código Civil para la República del Perú, presentado á la Legislatura de 1847, op. cit., pp. 227-231, «Índice».*

lación. La división de las personas por su estado natural y por su estado civil si bien proviene del Derecho Romano, la especificidad de la estructura social en la que se incluyen a maestros, pupilos, labradores, profesores, discípulos, médicos, cirujanos, boticarios, sangradores, legos y eclesiásticos procede, en realidad, de las leyes españolas. Las Siete Partidas dispensaba a los ingenuos, siervos, libertos, varones, mujeres, clérigos y laicos una vasta regulación. La propia Novísima Recopilación, en la que se constata un predominio del Derecho Público sobre el Derecho Privado, regla en el Libro VIII la actividad de médicos, cirujanos, boticarios y barberos. La presencia de las Leyes de Toro se manifiesta en las disposiciones sobre herencias y el mantenimiento de cuotas hereditarias de los cónyuges e hijos naturales reconocidos voluntariamente por el padre quienes perciben la quinta parte de los bienes del padre (artículo 522).

El Derecho moderno también ejerció una repercusión importante. Así, la supresión de diferencias entre nobles y plebeyos, cuyo distingo es una nota característica de los dispositivos hispanos, queda implícitamente eliminada. No hay título nobiliario que se halle presente en las relaciones civiles o políticas. En este punto, la influencia filosófica de la Ilustración se armoniza con las prescripciones constitucionales de la República peruana y con la normatividad del Código napoleóni-

co al que se sigue en este criterio abolicionista de las diferencias nobiliarias.

En conjunto, se observa que el Proyecto de 1847 exhibe mayores lazos con el Derecho hispano que el propio Código de 1852. La insistencia en el matrimonio civil no debe sugerir el olvido del resto del artículo a la trama legislativa del Derecho castellano. El área más afrancesada se encuentra en la regulación de la propiedad y de los contratos, las áreas de una dinámica social más intensa.

### 1.1. El imperio de la ley

El Título Preliminar, en el que desfilan quince artículos, está expresamente orientado a servir de colector legal a todos los códigos, y no solamente al Código civil en cuyo proyecto se encontraba. No es otra la conclusión si se atiende a la frase que preside el Proyecto: «Título Preliminar a los Códigos». Como es usual en el Derecho moderno de la codificación, el Título Preliminar del Proyecto sitúa a la ley en la cima del sistema jurídico. Prácticamente, todos los artículos de ese apartado —con una u otra excepción—, se ocupan de la vigencia de la ley en el tiempo o en el espacio. Así, por ejemplo, el artículo I establece que «toda ley o mandato legislativo sancionado y publicado conforme a la Constitución prescribe un deber o concede un derecho». Aun cuando la estructura de los enunciados

normativos no siempre postule un deber u otorgue un derecho, para los legisladores la ley era concebida en términos tan obligatorios que no se imaginaba otra cosa que la conformidad o disconformidad de las conductas sociales con la legislación existente. Incluso, en el artículo IV del mismo Título Preliminar se consigna: «Las leyes obligan a todos los habitantes del Perú, los que no pueden dejar de hacer lo que las leyes prescriben, ni practicar lo que prohíben, pero pueden ejercitar el derecho que se les concede». Este galimatías gramatical no busca otra cosa que medir todo comportamiento humano a la luz de la ley positiva.

El Proyecto estipula que pasados doce días de la publicación en el diario oficial, las leyes entrarían en vigencia en la capital de la República, y en las provincias del departamento de Lima. En las provincias del interior la *vacatio legis* tendría una duración de dos meses, y sólo recién entraría en vigencia la ley. Se advierte un marcado realismo frente a las condiciones geográficas del país, y en este caso, más allá de consideraciones formalistas, el legislador se muestra sensible a la realidad. Habría sido muy difícil, seguramente, que una ley dictada en Lima y publicada en el Diario Oficial, pudiera ser conocida en provincias como Puno, Ayacucho, Chachapoyas, o Tarapacá, al día siguiente de su publicación.<sup>2</sup> El Proyecto se aferra, así mismo, al

<sup>2</sup> En un país como el Perú, en el que las distancias, geografía y medios de comunicación dificultaron históricamente la difusión de los textos legales, el debate sobre la vigencia de las leyes ha sido recurrente. La Constitución de 1979 fijaba en dieciséis días la *vacatio legis*, en tanto que la Constitución de 1993 la establece en veinticuatro horas. Vale la pena señalar que hasta la fecha no hay vuelos diarios a Amazonas, Madre de Dios y muchas otras localidades del país, por lo que no hay modo de que los jueces y más todavía, los litigantes, conozcan el contenido de las normas oficiales el mismo día en que éstas se publican. Por otro lado, un término muy dilatado podría dar lugar a la evasión de normas de carácter obligatorio. Tal vez lo más prudente consista en establecer un plazo de vigencia que concilie la realidad geográfica del país con la seguridad jurídica que demanda el cumplimiento oportuno de la ley.

dogma de la irretroactividad de las leyes (artículo III). Implícitamente acoge la teoría de los derechos adquiridos. La postura del Proyecto se revela tan radical como impracticable, puesto que abraza no solamente al Derecho Civil, sino también a otros cuerpos legales. Esa suerte de «Título Preliminar a todos los Códigos» haría inviable, por ejemplo, la retroactividad en Derecho Penal donde, como se sabe, constituye uno de los pilares de las teorías garantistas, que procuran favorecer a los reos con la pena más benigna. El purismo frente a la teoría de los derechos adquiridos distraía al legislador, y si antes, al regular la *vacatio legis* de la ley, mostraba un criterio razonable; en el punto referido a la retroactividad de las normas prevalecían las convicciones ideológicas de un liberalismo sin matices.

La recusación de otras fuentes formales distintas a la ley se manifiesta de diferentes formas. Por un lado, «los jueces no pueden dejar aplicar las leyes bajo ningún pretexto o excusa, ni juzgar por otras leyes que las de los códigos, y nunca por la costumbre o uso» (artículo V). Si por «uso» entendemos a la costumbre judicial, este artículo excluye tanto a la costumbre propiamente dicha como a la jurisprudencia de las cortes. Si el juez advierte duda, oscuridad, contradicción o falta de alguna norma, debe consultar a las Cortes Superiores, y éstas a su vez a la Corte Suprema (artículos VII y VIII). No queda muy claro si entre las prerrogativas de las Cortes Superiores y de la Corte Suprema está la de resolver en torno a las dudas, oscuridad, contradicción o falta de alguna ley. Pareciera que cuando se trata de duda, oscuridad o contradicción, tales prerrogativas estuvie-

sen implícitas. Sin embargo, de la lectura del artículo IX puede concluirse que los tribunales, incluyendo a la propia Corte Suprema, carecen a simple vista de la atribución de colmar lagunas cuando falta alguna ley, pues en tal caso, la Suprema solicitará a las cámaras legislativas integrar tales lagunas «pasándoles el respectivo proyecto». Según el Proyecto, hasta en caso de duda, oscuridad o contradicción, la Corte Suprema está obligada a consultar a las cámaras legislativas, y en su receso al Consejo de Estado (artículo X). A la Corte Suprema se le ha confiado actuar como vigilante de la plenitud legislativa del ordenamiento legal, desde que está obligada a dar cuenta a las cámaras legislativas de los defectos que encontrare en la legislación (artículo XII).

Probablemente, el artículo más valioso del Título Preliminar desde el punto de vista de la administración de justicia sea la admisión restringida de la equidad. En efecto, el artículo XI establece que mientras se absuelvan las consultas sobre la duda, oscuridad o contradicción, éstas «no impedirá el que los jueces resuelvan conforme a los principios de equidad». No obstante, las restricciones de tal facultad, la presencia de una concepción *iusnaturalista* que no se conforma con la sola legislación positiva deja una puerta entreabierta en el reconocimiento a los principios de equidad. En este aspecto el Proyecto de 1847 revela una superioridad técnica frente al Código napoleónico, que no llegó a plasmar en fórmulas legislativas el recurso a la equidad. Lamentablemente, el Código civil de 1852 eliminó a la equidad como un elemento de integración jurídica (artículo 9º). El Proyecto insiste en una precisión semántica, cuando en

el artículo XIII consigna que «en la palabra hombre se entiende comprendida la mujer, y las disposiciones de la ley abrazan ambos sexos, siempre que ella distinga expresamente». Finalmente, el Título Preliminar se empeñó en intentar todo un programa de codificación, inusual en este tipo de textos legislativos. Tal vez se explique por la necesidad de dotar al país cuanto antes de estos instrumentos legales. Los propios comisionados, por sí, o por presión del gobierno, querían tener a la vista un plan de elaboración de códigos. Su cumplimiento se haría ineludible si se prescribía en el propio Proyecto un programa de este género. Ni siquiera aquí el legislador declinó en su fe en los efectos de ley.

La confianza del legislador ante su fuente más preciada, la ley, lo habría de llevar a considerar, contra toda lógica y evidencia histórica, que «la costumbre o el desuso no derogan las leyes» (artículo VI). Cotidianamente nos encontramos ante normas que han sido derogadas por su desuso. Es quizá el artículo más ideológico de todos: ni siquiera figura en el *Code*, el cuerpo que por antonomasia instaura el imperio de la ley.

El Proyecto del Código Civil no hace suyo el principio de la *ignorantia iuris non excusant* (la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento), al que se afilian los Códigos modernos. Si bien el legislador sustrae la norma del Título Preliminar sirviéndose de este procedimiento para que en el campo del Derecho Público la dispensa no pueda oponerse, por ejemplo, si se desconocen normas de observancia obligatoria en el Derecho Penal, su incorporación entre los dispositivos interiores del Código Civil, conlleva

la dispensa de la ignorancia de la ley «para los efectos civiles» a ciertos sujetos entre los que se hallan «los labradores que viven en despoblado» y «a los pastores que viven errantes en despoblado» (artículo 12). Es curiosa la prescripción que con respecto a las mujeres sanciona el Código: «Las mujeres gozan de los derechos que les concede este Código; y están obligadas a lo que prescribe sin que les valga la ignorancia». Tal precepto debe ser aplicable, conforme indica el proyecto, a las mujeres que residen en los centros urbanos. La dispensa alcanzaría sólo aquellas mujeres que viven en despoblado y a las mujeres que hubieran contraído matrimonio con maridos que fueran labradores que viven lejos de un conglomerado urbano o que estuvieran casadas con pastores errantes o ubicados lejos de un centro poblado (artículo 14). El Proyecto no dispensa del conocimiento de la ley a las mujeres campesinas solteras, convivientes, divorciadas y viudas. Sin embargo, un juez inteligente habría incluido tales situaciones a partir de un simple argumento analógico *a pari* —allí donde hay la misma razón existe el mismo derecho—. La aceptación de esta dispensa ubicaba al Proyecto en un sitio de avanzada en el Derecho comparado de la época, desafortunadamente el Código de 1852 no hizo suya esta propuesta legislativa. Un lacónico artículo estipuló: «Los varones y las mujeres gozan de los derechos, y están sujetos a las obligaciones que establece este Código» (artículo 11).

## 1.2. Las personas

El Proyecto de 1847 clasificaba a las personas según su estado natural. Se contemplaba la distinción entre los nacidos y los que están

por nacer (artículo 1); entre varones y mujeres, a quienes se reconoce los mismos derechos y obligaciones, «exceptuándose los casos especificados en este Código» (artículo 10); entre mayores y menores (artículo 15); y entre capaces e incapaces (artículo 17). Ciertamente, la igualdad de los sexos ante la ley está muy restringida. Así, el legislador considera necesario señalar en artículos separados que «los varones gozan de todos los derechos y tienen todas las obligaciones» (artículo 11), mientras que en el caso de las mujeres, éstas «gozan de los derechos que les concede el Código, y están obligadas a lo que prescribe». En ambos supuestos se establece que la ignorancia de la ley no exime el cumplimiento de los deberes civiles, excepto a «los labradores que viven en despoblado», y «los pastores que viven errantes o en despoblado», tratándose de los varones; y a las mujeres casadas con éstos (artículos 12 y 14). La mayoría de edad se fijaba en los 25 años, cuando viviese el padre; y en 21, si hubiese muerto. La figura de la capacidad relativa estaba consagrada en el Proyecto, y favorecía a los menores de edad que hubieran alcanzado los 18 años de edad o estuviesen «próximos a la mayoría» (artículos 15 y 16). En este sentido, según el artículo 77 del Proyecto, los casados que hubiesen cumplido los 18 años de edad, pueden administrar por sí «los bienes propios y los de su mujer, y enajenar sus bienes raíces propios, sin precisión de probar la necesidad y utilidad, pero sin perjuicio de la restitución».

Entre las normas relativas a la capacidad, se estableció que para gozar de ésta se requería tener «la razón sana y discernimiento». Serían incapaces, los locos, los *fatuos*,

y los «pródigos declarados» (artículo 17). Se especificaba que para ser declarado pródigo era necesario que se le pruebe haber dilapidado más de una tercera parte de sus bienes. La dilapidación consistiría en pérdidas de juego, «gastos de saraos, convites, paseos o mujeres públicas», «obsequiar a personas a quienes no se debe obligación», comprar cosas por el doble de su valor, vender cosas por menos de la mitad del valor, firmar obligaciones que no se ha contraído (artículo 20). En cuanto a la distinción entre las personas según el estado civil, tratada en la sección 2<sup>o</sup>, se define la condición de los naturales y extranjeros; así como lo tocante a los *vecinos*, *ausentes* y *transeúntes*. Se considera «vecino» al que tiene domicilio o la mayor parte de sus bienes en un pueblo (artículo 36). El tema de los ausentes, es decir, quienes se hallan fuera del lugar de domicilio o residencia, está desarrollado con amplitud por el legislador, en los artículos del 49 al 72 del Proyecto. Un aspecto novedoso que se contempla es el de los desaparecidos. El artículo 51 precisaba que si desaparece un padre dejando hijos menores de edad, sería la madre quien cuidará de ellos, y pasará a ejercitar todos los derechos del marido y la administración de los bienes de los hijos; si la madre hubiera muerto sin estar declarada la ausencia, según el artículo 52, se diferirá el cuidado de los hijos menores a un guardador provisional. Así mismo, los artículos 57 al 65 estaban consagrados a la posesión provisional de los bienes del ausente por parte de los herederos. Se establecieron las reglas de reputar vivo al ausente mientras no se pruebe lo contrario, y de considerarlo muerto si se ignorase su paradero hasta llegar a cumplir los noventa años de edad (artículos 66 y

67). El Proyecto introducía la categoría jurídica de los *transeúntes*, que era intermedia entre las del vecino y la del ausente, y que consistía en hallarse «de tránsito en un lugar para pasar a otro sin fijar residencia». Esta categoría, contenida en los artículos 73 y 74 del Proyecto, como otras, no lograría ser incluida en el texto del Código Civil de 1852.

Bastaría un rápido vistazo del Código –y de su Proyecto– para constatar que aquél está concebido para alguien que es varón, mayor de edad, propietario, casado y con renta para movilizar los bienes. Fuera del juego están las mujeres. A la mujer casada se le considera dentro del *pupillaje*, es decir, «bajo el poder de otro», junto a los menores de 21 años, que dependen aún de sus padres o guardadores, y los esclavos, que dependen de sus amos (artículo 79). A la mujer se le limita la personería en juicio y la capacidad para testar, así como se le restringe celebrar esponsales, administrar sus bienes –dote–, disponer los bienes de la sociedad de gananciales, celebrar contratos, o ejercer un oficio. Sucede que, a mediados del siglo XIX, en el Perú, las mujeres todavía asoman como objeto de placer en el imaginario de la época. Los viajeros extranjeros ofrecen nutrido material sobre este aspecto de la mentalidad urbana del Ochocientos. El paseante francés Max Radiguet (Landerneau, 1816 – París, ca. 1880), quien visitaba el Perú entre 1841 y 1845, recordando un conocido pasaje del proceso de canonización de Santa Rosa de Lima, condensa en sus

*Souvenirs de l'Amérique Espagnole*, de 1856,<sup>3</sup> la percepción habitual que se tenía de las mujeres de la capital: «¡Santa y limeña: primero tendré que ver llover rosas para creerlo!».<sup>4</sup>

Otros rasgos de la estructura social que se trasvasan al Proyecto, pero que no encontrarían cabida en el Código, son la diferenciación –inesperada en un código moderno– entre profesor y discípulo, contenida en el Título 5º de la sección segunda del Libro Primero, y la mención a los médicos, cirujanos, boticarios y sangradores, contenida en el Título 6º de la citada sección. Según los legisladores «el profesor de ciencias o artes está obligado a cuidar de los estudiantes o aprendices; a tratarlos bien y a enseñarles la ciencia, arte u oficio que el discípulo trata de aprender», pudiendo, si fuese necesario, «corregirlos con moderación y blandura» (artículos 84 y 85). Los discípulos, por su parte, estaban obligados a «respetar y obedecer al profesor; a tratarlo con atención, de palabra o por escrito; [y] a contraerse al estudio con asiduidad y empeño» (artículo 88). Es probable que dichas normas intentasen morigerar las duras condiciones de alumnos y aprendices frente a los maltratos de profesores y maestros pero, aun cuando un afán humanitario puede encontrarse en las disposiciones del Proyecto, resulta evidente el carácter jerarquizado de la relación. Se introduce una figura convencional por la cual los maestros pacten con los padres o guardadores, mediante instrumento público o privado, las condiciones de la enseñanza, inclu-

yendo el tiempo que deben estar el discípulo bajo su poder, los «servicios personales que han de exigir del aprendiz», y «quién debe darles alimentos, vestuario y la calidad de éstos» (artículo 90). Una norma curiosa ordenaba, bajo pena de multa, prisión o cierre del establecimiento, que ningún maestro con tienda pública o taller puede excusarse de recibir y hacerse cargo de no menos de cuatro aprendices (artículo 95).

Si el Título 6º se refería a los médicos, boticarios, cirujanos y sangradores, el Título 7º, en tanto, estaba consagrado al «estado religioso»: los legos y eclesiásticos (artículos del 101 al 117). Sin embargo, una de las inclusiones legislativas que mejor grafica el panorama social de la época es la que concierne a los ingenuos, siervos o libertos, prevista en el Título 8º de la sección segunda. La redacción asertiva del artículo 118 del Proyecto: «Con relación al estado civil son también las personas ingenuas, siervas y libertas», sin más, es matizada en el numeral equivalente del texto definitivo del Código, el artículo 95, en que se antepone un elemento suspensivo: «mientras subsisten los efectos de la antigua esclavitud». El artículo 119 del Proyecto definía como *ingenuo* –es decir, persona libre– al que «nace de madre libre; el hijo de madre liberta; y el hijo de aquella que hubiese nacido después de jurada la independencia». Sería considerado esclavo, si después no hubiere obtenido su libertad, únicamente «el que se hallaba constituido en clase de tal al tiempo del gobierno español o antes

<sup>3</sup> La versión castellana del libro de viajes de Radiguet, en la parte correspondiente al Perú, ha sido publicada con un estudio preliminar de Estuardo Núñez, bajo el título de *Lima y la sociedad peruana*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú, 1971.

<sup>4</sup> *Ib.*, p. 93.

que se hubiese jurado la independencia» (artículo 120). Se introduce la fórmula recogida por el Código de que «nadie nace esclavo en el Perú» y que el esclavo que viene al Perú se hace libre «por el solo hecho de pisar el territorio» (artículo 121). La norma contenida en el numeral 122, por la cual «los siervos están obligados a servir a sus amos», fue ampliada en el Código, en el artículo 99, al hecho de que esos servicios serían brindados en retribución de «los alimentos, protección y asistencia en sus enfermedades». En el caso de los libertos, éstos deberían servir a sus patrones hasta la edad de 21 años, por los alimentos, educación y vestido que han recibido desde su nacimiento. Pasado ese tiempo, los libertos serían adscritos al fundo para que trabajen a cambio de un salario, pudiendo separarse del servicio del patrono si acreditan tener otro oficio o industria, quedando en este supuesto bajo vigilancia de las autoridades locales (artículos 130 a 133). Se consideró necesario precisar que todo lo que adquieren los siervos o libertos por medios lícitos «es de su propiedad, sin participo alguno de los amos o patrones» (artículo 134). El título 9º, finalmente, se encargaba de regular la manumisión, que, excepto la norma que obligaba al liberto a asistir al

que fue su amo en la pobreza, vejez y enfermedades (artículo 144), pasó con leves modificaciones al texto definitivo del Código.

No obstante que en las páginas de los diarios de la capital *El Comercio* o *El Heraldo de Lima* abundaban avisos que ofrecían recompensas para quienes dieran información por la fuga de negros, asiáticos e indígenas de diversa edad, el Proyecto, calla cualquier referencia explícita a estos grupos étnicos, a quienes asimila a una condición igualitaria abstracta, que, la realidad se encarga de desmentir incluso tratándose de los hombres libres.<sup>5</sup>

El proyecto no regula el contrato de locación de servicios de domésticos. Una laguna que habrá de ser llenada por el Código Civil de 1852, entre los artículos 1632 y 1636, en una forma absolutamente asimétrica, como se verá luego al estudiar el Código mismo.

### 1.3. La familia

En cuanto a los temas de Derecho de la Familia, el Proyecto evidencia su deuda con la tradición hispana. La sección cuarta, en su Título 1º, se refería al «poder doméstico», que consistía en «la facultad ó au-

toridad que tiene el padre de familia sobre las personas de su mujer, hijos, criados y sirvientes» (artículo 196). De acuerdo con esa facultad, de ostensible cuño patriarcal, se consagraría en la legislación civil un tipo de familia de índole asimétrica, en la que el padre de familia –varón– ocupa un lugar de privilegio. Cabe destacar que los codificadores de 1847 adoptan aquí un tipo de «familia» que engloba no solamente a los miembros de una unidad cohesionada por los vínculos de consanguinidad y afinidad, sino que incorpora a una esfera de convivencia más amplia, que incluye a criados y sirvientes, y hasta a los hijos espurios. El Proyecto se adscribe así más bien a una noción de «grupo doméstico», que enlaza a todas las personas que conviven bajo un mismo techo, en torno a la autoridad de un cabeza de familia. La autoridad de la madre se encontraba en una condición supletoria, pues tendría «el mismo poder» en defecto de padre (artículo 202).

El Proyecto de 1847 acogía la institución del consejo de familia, a la que se dedicaba el Título 2º, de la sección cuarta. Desde entonces tal figura será objeto de regulación legislativa en todos los Códigos Civiles y proyectos del Perú.

<sup>5</sup> Las páginas de las revistas y periódicos están abarrotados de estos anuncios. Tan solo dos años después de la publicación del Proyecto de 1847 seguían siendo usuales avisos como los siguientes: «*Negra fugada*. Se dará una buena gratificación a la persona que entregue en el número 14 de la calle de los Ejercicios, propiedad del señor Navarrete, a una negra llamada Marceliana, quien antes estuvo en Monterrico Grande y hace 25 días huyó de Surquillo y está trabajando en el Valle de Ate. Es de estatura regular, con la cara manchada de pintas azules, muy risueña al hablar y de ojos dormidos» (*El Comercio*, del 15 de julio de 1850). En otro aviso contemporáneo se ofrece una buena gratificación a la persona «que entregue o dé razón del paradero de un negro huido el 2 del presente. Es de 40 años de edad, cara larga, estatura regular, sin barba y con bigote, le faltan dos dientes de la mandíbula, tiene ojos gachos y es cabizbajo. Se llama Melitón. La gratificación se dará en la Plazuela de San Agustín 166, altos» (*El Comercio*, del 10 de julio de 1850). Los anuncios no se ahorran detalles en la descripción de los fugitivos. Así, en un aviso publicado en *El Comercio* del 3 de julio de 1850, se lee: «Se gratificará a la persona que entregue o dé razón de un negro que ha fugado hace ocho días. Se llama Nicolás, es bajo de cuerpo, cara aguileña, cejas pobladas, boca regular, dientes picados y manos pequeñas. Es natural de Chocó». Pero, no sólo los negros se reclaman bajo recompensa: indios, chinos y hasta mestizos desfilan en el avisaje comercial de los diarios limeños. En un aviso del 20 de julio de 1850, se anuncia: «Se dará una buena gratificación a la persona que de razón o entregue a Felipe Calderón, de raza mestiza. Es de ojos grandes, metido de hombros, de buena cara y de 15 a 16 años de edad. En esta imprenta se dará razón de su patrón».

El parentesco por consanguinidad llega hasta el sexto grado en la línea colateral, mientras que no tiene límites en línea recta sea ascendente o descendente. El parentesco por afinidad en línea recta comprende a los suegros, suegras, yernos y nueras; mientras que el parentesco colateral por afinidad incluye a los cuñados y cuñada, que resultan parientes en segundo grado. El concepto que anima al proyecto es de la familia extendida. Grafica esta postura el artículo 196 que define al poder doméstico como «la facultad o autoridad que tiene el padre de familia sobre las personas de su mujer, hijos, criados y sirvientes». Ni más ni menos que el pater familias romanos con única diferencia que no se incluye a los hijos emancipados ni a sus mujeres.

La idea de matrimonio laico y matrimonio católico es el gran tema de debate de la época. Aún cuando predomina la ortodoxia católica, ya se oyen voces disidentes que con el transcurrir del siglo van in crescendo.

#### 1.4. El Derecho de las cosas

El Proyecto de 1847 no se adscribió ciertamente a la concepción ultraindividualista del *Code* en cuanto a la propiedad, como tampoco lo haría el Código de 1852. La larga defini-

ción de propiedad, o dominio, que brindaba el Proyecto, como «el derecho que se tiene sobre alguna cosa, por el cual se impide que otro la ocupe, con la facultad de disponer de ella, a no ser que la ley o el pacto lo impida» (artículo 319), guardaba un ostensible parentesco con el Derecho hispano.<sup>6</sup> Fue reemplazada por la redacción simple y técnicamente más moderna del artículo 460 del Código: «propiedad o dominio es el derecho de gozar y disponer de las cosas». Se observa en la redacción del Proyecto que el derecho de propiedad comprendería las facultades de excluir la ocupación de la cosa por un no propietario («se impide que otro la ocupe»), y de «disponer de ella»; sin embargo, no se dice nada de la facultad clásica del goce. Asoma, por lo demás, la limitación del ejercicio al titular del derecho sólo por ley o pacto. Es probable que en la intención de los codificadores estuviese presente más la protección de la propiedad inmueble que la idea más general de cosa que preside la redacción definitiva. Al referirse a los dominios «directo» y el dominio «útil», usando modismos más bien arcaizantes, el artículo 321 del Proyecto distinguía el dominio en *pleno*, cuando «el señor tiene en sí todos los efectos del dominio»; y *menos pleno*, cuando «están divididos los efectos del dominio entre dos señores». Y prose-

guía el artículo 322: «De los dos señores, uno es directo, y el otro útil; directo es el del terreno a quien se paga un cánon en reconocimiento del dominio, sea en dinero o en especie; señor útil, el que trabaja el terreno y percibe los frutos industriales o solo los naturales, pagando el canon en dinero o en especie».

El cuño arcaizante se evidencia en las conceptualizaciones más importantes del Derecho de las Cosas. Así, para los redactores del Proyecto, una cosa era «todo lo que presta utilidad al hombre, esté en su patrimonio o fuera de él», pero se precisaba que solo «las cosas en cuanto están en el patrimonio del hombre» son objeto de tratamiento legal (artículos 306 y 307). Esta redacción sería corregida en el texto definitivo, aunque no la teoría subyacente en el articulado: las cosas se dividían en *corpóreas* e *incorpóreas*, explicándose que las primeras eran «las que se tocan con los sentidos y son susceptibles de peso y medida»; las segundas, «las que no se pueden tocar, como los derechos y las acciones» (artículo 308). La división de las cosas en corpóreas e incorpóreas procede del Derecho Romano,<sup>7</sup> en tanto que la división de las cosas muebles e inmuebles tiene por sede al *Code*. Esta última división estaba marcada por el carácter de la cosa: inmue-

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, la definición que ofrece el *Manual del abogado americano*: «Dominio es el derecho o facultad de disponer de una cosa según su arbitrio, si no lo impide la ley, la voluntad del testador, o alguna convención». Vid. D.J.E. de O., *Manual del abogado americano*, op. cit., tomo I, p. 84.

<sup>7</sup> Las Instituciones de Justiniano (I. 2, 2) asumen como clasificación primordial, la división de las cosas en corpóreas e incorpóreas. Así, son corpóreas las que «por su naturaleza afectan nuestros sentidos, como un fundo, un esclavo, un vestido, el oro, la plata y otras innumerables cosas». Son incorpóreas, en cambio, «las que no afectan nuestros sentidos; cuales son las que consisten en un derecho, como la herencia, el usufructo, el uso y las obligaciones, de cualquier modo que se hayan adquirido». Nada importa que la herencia contenga cosas corpóreas; pues también son corpóreas los frutos que el usufructuario percibe del fundo; y del mismo modo, lo que se debe en virtud de una obligación es más veces un objeto corpóreo, como un fundo, un esclavo o dinero; y sin embargo, el derecho de herencia, y el derecho mismo de usufructo y de obligación, son incorpóreas. En el número de estas cosas están los derechos de los predios urbanos y rústicos, que también se llaman servidumbres.

bles son las cosas que no pueden pasar de un lugar a otro sin alterar su sustancia, los muebles, en cambio se mueven por impulso extraño. Las cosas —no se indica si corporales, incorporales, o ambas— «son también muebles e inmuebles: muebles, las que se pueden transportar de un lugar a otro conservándose intactas; inmuebles, las que no se pueden pasar de un lugar a otro sin destruirlas, ni hacer mudar su forma» (artículo 309). La opción del artículo 455 del Código Civil de 1852 fue llana: las cosas muebles son las que pueden ser trasladadas sin alteración; «las demás —simplemente— son inmuebles». Una definición casi risueña asoma en el artículo 310 del Proyecto: las cosas muebles «o se mueven por acción propia, o por un impulso extraño; las primeras se llaman semoventes [sic]». Esta diferenciación estaba pensada, sin duda, para una sociedad todavía orientada hacia el mundo rural. Hay, en efecto, más disposiciones sobre la propiedad inmueble que sobre la propiedad de los bienes muebles o inmateriales. Por otro lado, la distinción del artículo 311 entre las cosas fungibles, «que se consumen con el uso», y las no fungibles, «que no se consumen y sirven sin mudar de forma», fue cambiada en el artículo 458 del Código en la parte de que serían no fungibles las cosas «que no se consumen, aunque se deterioren con el uso». Aun cuando instalados en la tradición, al tratar sobre el Derecho de las Cosas, los codificadores de 1847 no echaron mano a la antigua distinción entre los derechos «en la cosa» (*in rem*) y los derechos «a la cosa» (*ad rem*).

En lo concerniente a la posesión, el Proyecto exhibe una teoría en que se equilibran los hechos y el *animus* subjetivo. Las ideas de Ihering (1818-1892) no llegaron a ser recogidas aún por los codificadores. Tampoco podría decirse que lo mismo de postura de Savigny (1779-1861) sobre la posesión. Lo que parece interesar más al legislador es una regulación práctica del derecho de las cosas, entroncada con el Derecho hispano y romano, y matizada por el *Code* napoleónico, antes que detenerse en los debates teóricos de los juristas alemanes de la Escuela Histórica, interesados básicamente por el examen heurístico de las fuentes romanas. En cualquier caso, no habría sido difícil que los codificadores estuvieran familiarizados con los exponentes de la escuela histórica. Circulaban ya ediciones francesas que divulgaron las ideas de Savigny y Puchta. Incluso, como hemos visto, un jurista peruano de la temprana época republicana como Vidaurre, hacia 1834, citaba a Savigny en su *Proyecto del Código Civil peruano*. La posesión, que para el Proyecto era «la aprehensión corporal de una cosa con ánimo de retenerla para sí» (artículo 326), se distinguía en natural y civil; de buena o de mala fe; natural o violenta; con justo título o sin justo título (artículos del 327 al 330). La posesión llamada natural «se tiene por mera aprehensión de la cosa», mientras que la posesión civil sería «la que se tiene por ministerio de la ley, aun sin la aprehensión corporal» (artículo 327). La posesión de buena fe era «la que tiene una persona que se cree señor de ella», frente a la posesión de mala fe o «injusta»,

que «se tiene creyendo que la cosa pertenece a otro» (artículo 328). La posesión natural es «la que se adquiere sin arrebatarla a otro», en tanto que la posesión violenta es «la que se adquiere tomando la cosa por fuerza y quitándola a otro aunque pertenezca al que la arrebató» (artículo 329). En cuanto a la posesión con justo título, sería que se obtiene por alguno de los medios previstos en el Proyecto (artículo 330). Los codificadores se refieren a la posesión precaria, que se tiene «sobre una cosa a nombre de su dueño y a voluntad de éste» (artículo 331).

En lo relativo a los modos de adquirir el dominio, la herencia hispana es de destacar. Así, en el artículo 323, se adopta la diferencia entre los modos *originarios* y *derivativos*, en que los primeros son los que permiten adquirir una cosa «que es de ninguno», mientras los segundos corresponderían «en propiedad a otro». Los modos originarios, según la teoría tradicional eran dos: la ocupación y la accesión, a los que se añadió después la invención; el modo derivativo era uno solo, la tradición o entrega de la cosa.<sup>8</sup> La transferencia de dominio por enajenación de la cosa se estipuló, a diferencia del *Code*, mediante la tradición, es decir, «la entrega que se hace a uno de una cosa, para que la posea y haga propia» (artículo 467). Según el *Manual del abogado americano*, se conocían la tradición *real*, «cuando se entrega la cosa de mano en mano, o por inducción en ella»; la tradición *de breve mano*, «cuando comprando una cosa que tenemos en nuestro poder por otro título

<sup>8</sup> D. J. E. de O., *Manual del abogado americano*, op. cit., tomo I, pp. 85-97.

como el de arrendamiento, se finje que la restituimos al dueño y que nos la entrega después»; la tradición *de larga mano*, «cuando estando v.g. el vendedor y comprador a la vista de la cosa dice aquel a éste que se la entrega; y la tradición *simbólica*, «cuando se da alguna señal, como las llaves del granero que encierra el trigo vendido».<sup>9</sup> Por lo demás la adquisición por ocupación (caza, pesca o hallazgo e invención) mereció un trato pormenorizado, que reproducía fielmente las normas del Derecho castellano en esa materia.<sup>10</sup>

### 1.5. Las herencias

El Proyecto, siguiendo al Derecho Romano, distingue a las herencias en testamentarias y legítimas (artículo 506); es decir, las que proceden de la voluntad testamentaria o del mandato de la ley ante la ausencia de testamento. La herencia alcanzaba hasta el sexto grado en línea colateral. Más allá de este grado, heredaba el fisco (artículo 520). El Código Civil de 1852 habría de reducir la vocación sucesoria al cuarto grado. Así mismo, se mantiene la figura hispana del quinto de los bienes del causante a favor de los hijos naturales. En ningún caso, el hijo natural –cuyos padres no se hayan casado, pero que carecen de impedimentos nupciales– pueda heredar igual a lo que

corresponde a cada hijo legítimo (artículo 523). El derecho al quinto del hijo natural se reduce ante los gastos del funeral y entierro, y se pierde cuando concurre a la herencia con otros hijos con derecho a alimentos (artículo 525).

De acuerdo al Proyecto de 1847, el derecho a testar se obtiene a los 18 años. Carecen del mismo «los religiosos y religiosas profesas, que no han obtenido a su vez excomunión». El Proyecto no distingue entre los votos plenos y perpetuos y los votos simples. La prohibición de testar no alcanzaría a quienes solo profesaron votos simples, quienes tienen la libre disposición de sus bienes. Curiosamente, que «los obispos solo pueden hacer testamento de los bienes patrimoniales, y de los adquiridos por cualquier otro medio que no sea el obispado» (artículo 555). La norma confunde aquí el aspecto civil y el eclesiástico, y confunde también la propiedad de individuo con la que detenta una persona jurídica o corporación como la Iglesia. En todo caso, el interés manifiesto por regular la vida religiosa, pone en evidencia este aspecto conservador de la propuesta legislativa. En la misma tónica, a la mujer se le otorga el derecho a testar; sin embargo se le impide el derecho testamentario, cualquiera que sea su estado civil o su nivel de instrucción.

Con un criterio liberal, que sigue a la política legislativa y a la orientación constitucional, no pueden ser herederas las «manos muestras», excepto los hospitales y casas de educación. Tampoco puede ser heredera «el alma del testador» (artículo 574). Esta norma persigue una circulación fluida de los bienes, e indirectamente pretende eliminar las capellanías laicas y eclesiásticas que intentaban garantizar que el alma del testador pasara del purgatorio al paraíso, merced a las oraciones tributadas a su memoria y gracias a las rentas que producían los bienes afectados. Tampoco podrían ser herederos el confesor de quien redactaba el testamento, los parientes del confesor en cualquier grado, siempre que no sean también parientes del testador; ni los ahijados del testador. La insistencia para excluir al confesor y a sus parientes ratifica el real protagonismo de los administradores de ese sacramento sobre el ánimo de quienes redactaban sus testamentos. El legislador quiere prevenir y limitar esa influencia. El artículo 620 inserta una indicación un tanto extraña: «si una persona muere de muerte violenta, están obligados los herederos a seguir la causa para el descubrimiento del crimen y castigo del reo; si no lo hacen pierden el derecho a la herencia». No hay ningún inconveniente en que se estipule que los herederos investiguen

<sup>9</sup> *Ib.*, pp. 82-83 (P. 3, tit. 28, ll. 46-47; tit. 30, l. 7).

<sup>10</sup> Así, en los artículos 344 a 359, se aprecia una detallada serie de dispositivos que remite a la realidad del campo y a las actividades venatorias y de pesca. Según el artículo 344 se consideran como cosas muebles sin dueño: las aves que vuelan por los aires, y los cuadrúpedos que deambulan por campos y montes; las fieras que no están encadenadas o encerradas en jaula; y los peces que se crían en el mar, ríos y lagos. El artículo 345 prescribe que «es común a todos el derecho de cazar», mientras el artículo 346 estipula que el derecho de pescar «es común a todos los naturales del país». Los artículos 347 a 349 prohibían cazar con armas de fuego o tender trampas o lazos en los caminos públicos; o cazar, sin consentimiento del amo, en huertas, cañaverales de azúcar y sembríos de cereales. Se permitía al cazador que hiere a una fiera, perseguirla y tomarla dentro de una propiedad particular; si ésta moría dentro de la propiedad, pertenecería al que la hirió o puso la trampa o red (artículos 352 a 354). Incluso se previno, en el artículo 355, que el ave silvestre «que se una al redil o pegujar de alguno», pertenecería al propietario de éste.

la causa de la muerte, y persigan al homicida si lo hay; pero de allí a negarles la herencia si no lo hicieran exhibe una pintoresca forma de exclusión hereditaria que se deja en manos del juez.

Los testadores, por otro lado, se hallan prohibidos a: «1º, dar poder para que un comisario extienda el testamento; 2º, la institución fideicomisaria; y 3º, poner en el testamento la cláusula derogatoria, llamada así porque si se hace nuevo testamento, no se entendía derogado el primero, si el segundo no la contenía» (artículo 621). La figura del comisario testamentario, consistía en aquella persona capaz de otorgar testamento en virtud al poder que el titular le confiere.<sup>11</sup> La figura había sido objeto de duras críticas por Manuel Lorenzo de Vidaurre,<sup>12</sup> quien argumentaba que los poderes tendrían lugar si fuese permitido hacer lo que el testador no pudo o no quiso hacer por sí mismo. Si el comisario no tiene autoridad para nombrar heredero, constituir mejoras, sustituir a los herederos o desheredar, ni para señalar legados, el poder sería inútil. Si, por el contrario, son arreglados a la voluntad del testador, entonces sería «una repetición del poder y nada más».<sup>13</sup> El Proyecto asume, pues, tal como se concibe en nues-

tros días, que el otorgamiento del testamento es un acto individual, en el que no cabe dar poder a otro para que en su nombre redacte y firme el testamento.

Según explicaba en 1831 el *Diccionario razonado* de Escriche, el heredero fideicomisario es «la persona a quien el heredero fiduciario está encargado por el difunto de restituir desde luego o pasado algún tiempo el todo o parte de la herencia. Llámase también heredero *oblicuo*, porque no percibe directa e inmediatamente del testador los bienes de la herencia, sino mediante la interposición de otra persona. Si el fideicomisario muere antes de la adición o recibo de la herencia, pasa a sus herederos el derecho que le compete, con tal que la sustitución sea pura y no condicional».

En cuanto a la prohibición de la herencia fideicomisaria, figura típica del Derecho Romano y castellano, el Proyecto quiere que no existan intermediarios entre el testador y sus herederos. La herencia fideicomisaria hacía posible que el testador dispusiera que la masa hereditaria, o parte de ella, pasara a un heredero fiduciario, quien a su vez debía de entregar los frutos o rentas a un heredero fideicomisario. De tal manera que el dominio no

era pleno ni para el fiduciario ni para el fideicomisario. La voluntad del testador se imponía, invadiendo inclusive el derecho de dominio de los herederos. Según el *Manual del abogado americano*, el fideicomiso «es todo aquello que con palabras oblicuas o precativas dispuso el difunto en testamento o codicilo, se diese a alguna persona». «Es, prosigue, de dos maneras: universal y singular».<sup>14</sup>

Se sientan las bases de un Derecho hereditario moderno, y hasta peruano: se concilia la voluntad testamentaria con la herencia forzosa; no se sigue un sistema puro, sino que asoma un hibridismo jurídico, que llega hasta el Derecho testamentario actual.

## 2. FUENTES Y SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1852

A pesar de la notable influencia ejercida por el *Code* sobre el Código Civil peruano de 1852, ella no debe sobrevalorarse. El aserto de que el texto peruano fue un Código afrancesado, último testimonio de aquellas «codificaciones tempranas» que recibieron la impronta del Código francés, como sugirieron, hace varios años atrás José Luis de los Mozos,<sup>15</sup> en Europa, y Estuardo Núñez,<sup>16</sup> en el Perú, debe ser revi-

<sup>11</sup> Vid. Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*. París: Imprenta de P. Dupont et G. Laguionie, 1831. Voz «Heredero fideicomisario», p. 256.

<sup>12</sup> Vid., Manuel Lorenzo de Vidaurre, *Proyecto del Código Civil peruano*. 3.ª Parte: «Comprende todo lo que corresponde a las últimas voluntades». Lima: Imprenta del Constitucional, por Justo León, 1836, pp. 20-23.

<sup>13</sup> *Ib.*, p. 22.

<sup>14</sup> D. J. E. de O., *Manual del abogado americano*, op. cit., tomo I, p. 156.

<sup>15</sup> José Luis de los Mozos, «Perspectivas y método para la comparación jurídica en relación con el Derecho privado iberoamericano». *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1976, p. 777, que postula una subordinación peruana al *Code*.

<sup>16</sup> Estuardo Núñez, *La influencia alemana en el Derecho Peruano*. Lima: Imprenta Gil, 1937. Reconoce Núñez, a diferencia del profesor De los Mozos, la influencia hispánica. Se lamenta, sin embargo, que no se recogiera el Derecho alemán «que empezaba a estructurarse en Prusia» (p. 6). Se refiere probablemente al ALR o *Landrecht* de 1794. El Código de Federico, en realidad, era conocido por el legislador peruano. Incluso Vidaurre, en su *Proyecto del Código Civil Peruano*, lo citaba. Pero, el paradigma ideológico y técnico seguía siendo el Código de Napoleón.

sada. Los pocos estudios comparatistas que se han formulado insinúan, más bien, la existencia de enfoques divergentes de numerosas instituciones y principios jurídicos.<sup>17</sup> Quedan por despejarse, sin embargo, muchas dudas. Lamentablemente las sucesivas comisiones que se ocuparon de su redacción no dejaron rastro alguno de los antecedentes utilizados, ni algún documento o exposición de motivos que diera luz para conocer las razones que impulsaron a los codificadores a seguir una u otra opción legislativa. Tampoco hasta hoy, dicho Código ha sido objeto de un estudio pormenorizado que aclare la procedencia de sus dispositivos. No es el momento de examinar aquí caso por caso la matriz de sus principios y de sus normas, pero coincidimos con el profesor Bernardino Bravo Lira, para quien el mencionado Código constituiría un «caso singular»<sup>18</sup> en el proceso codificador latinoamericano que precedió a la promulgación del Código Civil chileno de Andrés Bello. Sugiere Bravo Lira que el contenido de éste guarda similitudes con las obras de algunos textos prácticos españoles

como el *Febrero Novísimo* de Tapia, aparecido los años 1828 y 1845.<sup>19</sup> El peruano fue, en rigor, el primer Código latinoamericano pensado desde esta parte del mundo.

El Código Civil de 1852, considerado, a su vez, por Alejandro Guzmán Brito, como «la primera codificación autónoma» en América,<sup>20</sup> recogía ya en gran parte el bagaje jurídico tradicional. En cierta forma el Código constituía una suerte de «concentrado de Derecho Común».<sup>21</sup> Adviértase además, como ha reparado Sandro Schipani, que el Código peruano en cuanto fruto de la doctrina portaba consigo «esquemas jurídicos enraizados en un nivel muy profundo [...]».<sup>22</sup> No podía ser de otro modo, pues, en él se afinaba el Derecho Romano y el *Ius Commune* de los juristas medievales e hispanos. En el Perú, José Antonio Barrenechea, colaborador de la segunda etapa de *La Gaceta Judicial* (etapa de 1874 a 1876), emitía el siguiente juicio: «Su fondo fue la antigua legislación española y su forma la del Código de Napoleón».<sup>23</sup> Dos verdades a medias las suyas, puesto que las

notas originales de que está dotado el Código peruano no deben hacer olvidar que el *Code* napoleónico fue el modelo fundamental del que aquél tomó mucho de su contenido. Lo mismo ocurría con la sistemática, que si bien recogía el diseño en tres libros, como el arquetipo galo, ofrecía una distribución de las materias harto distinta. En el Libro Segundo del texto peruano se incluye lo atinente a la herencia y al régimen de bienes en el matrimonio; materias que en el francés se albergan en el Libro Tercero. Este último libro, en el Código francés, trata de los diferentes modos de adquirir la propiedad, mientras que en el equivalente peruano se concentra en las obligaciones y los contratos. No es cierto, pues, que la forma sea exactamente igual al Código francés, como tampoco lo fue todo su contenido.<sup>24</sup>

Varios autores, entre ellos Alfonso Benavides Loredó, en su tesis doctoral de 1918, *Bosquejo sobre la evolución política y jurídica de la época republicana del Perú*, han advertido la carencia de material que permita trazar los antecedentes

<sup>17</sup> Vid. el estudio realizado por el juez del Tribunal Civil de Rennes, Raoul de la Grasserie, *Code civil péruvien, précédé d'une introduction, et suivi des Traités de Droit international privé. Étude des Législations Étrangères. Résumés analytiques des principaux codes civils de l'Europe et de l'Amérique*. París: V. Giard & E. Brière, Librairies - Editeurs, 1896. Un extracto en versión castellana apareció como «Juicio del Código Civil Peruano» en Miguel Antonio de la Lama (ed.), *Código Civil anotado y concordado*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1905, pp. IX-LIX. En ese trabajo, Grasserie destaca sobre todo las diferencias entre el *Code* y el Código peruano. Similares obras de comparación emprendió con otros Códigos latinoamericanos. Véase también, José León Barandiarán, «Estudio comparativo del Código Civil de 1852 y el Código napoleónico». *Revista del Foro*, mayo-agosto, 1952, Lima, pp. 225-269.

<sup>18</sup> Bernardino Bravo Lira, «La codificación en Chile (1811-1907)». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, No. 12, Valparaíso, 1987-1988, p. 67.

<sup>19</sup> Bernardino Bravo Lira, «La difusión del Código de Bello en los países de Derecho castellano y portugués». *Revista de Estudios-Histórico-Jurídicos*, No. 7, Valparaíso, 1982, p. 88.

<sup>20</sup> Alejandro Guzmán Brito, «El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles de Hispanoamérica y España emprendidas durante el siglo XIX». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, No. 12, Valparaíso, 1987-88, p. 244.

<sup>21</sup> Alejandro Guzmán Brito, «Derecho romano e interpretación de los Códigos en los juristas latinoamericanos». *Revista Brasileira de Direito Comparado*, No. 10, Río de Janeiro, 1991, p. 32.

<sup>22</sup> Sandro Schipani, «Dal Diritto romano alle codificazioni latinoamericane: l'opera di A. Teixeira de Freitas», en *Diritto romano, codificazione e unità del sistema giuridico latinoamericano*, Studi Sassaresi 5, Milán: Giuffrè, 1981, p. 605.

<sup>23</sup> José Antonio Barrenechea. *Su vida y su obra (1829-1889)*, editada por sus hijos y nietos. Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1929, p. 446.

<sup>24</sup> Más detalles sobre la comparación en Carlos Ramos Núñez, *El Código Napoleónico y su recepción en América Latina*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pp. 160-179.

que inspiraron a los artífices del Código Civil de 1852. «Como antecedentes de él –dice Benavides– no se conserva ninguna memoria, ni acta documentada que permita determinar y establecer con exactitud el origen de las instituciones jurídicas que contiene; y que nos pueda dar a conocer las ideas de los codificadores».<sup>25</sup> Sobre el punto, se puede decir que el Código peruano tiene como fuentes a la antigua legislación española (las *Siete Partidas*, las *Leyes de Toro*, con sus glosas y comentarios), así como también la *Nueva Recopilación* y la *Novísima Recopilación*. El tratamiento dispensado a las personas, el matrimonio, las relaciones familiares, la sucesión y las formalidades testamentarias, lo mismo que la regulación de las capellanías, el patronato y de los censos enfiteutico, consignativo y reservativo, son de inocultable raigambre hispana. En su trabajo Benavides Loredo alude a la opinión del antiguo profesor de Derecho Civil de San Marcos, Eleodoro Romero Salcedo, de cuyos apuntes de clase se desprenderían «las analogías tan grandes que existen entre nuestra legislación civil vigente, y el Código boliviano de Santa Cruz, que éste años después dispuso fuese adoptado en el Perú».<sup>26</sup> Benavides se refiere sobre todo al enorme parecido entre el Título Preliminar de uno y otro Código. «Unas veces –dice el estudioso sanmarquino– se calcan casi íntegramente hasta en su numeración, como pasa con los artículos 1º y 2º del Título Preliminar del

Código Santa Cruz y del Código Civil vigente».<sup>27</sup> Para confirmar el nexo que une al Código Civil peruano con el Código santacrucino, Alfonso Benavides cita varios ejemplos. Así, el artículo I del Título Preliminar del Código Santa Cruz estipulaba que «las leyes obligan en todo el territorio del Estado, y serán ejecutadas en cada lugar en virtud de su solemne promulgación»; mientras que el artículo I del Título Preliminar del Código de 1852 precisaba que «las leyes obligan en todo el territorio de la República después de su promulgación». Más saltante era, según Benavides, la semejanza textual del artículo II de ambos documentos legislativos, al consagrar el precepto de que «la ley no dispone sino para lo venidero, y no puede tener efecto retroactivo». Dice Benavides que las mismas comparaciones podrían hacerse en los demás numerales del Título Preliminar de ambos Códigos. Añade el estudioso limeño que en otros artículos simplemente se altera el orden de la numeración o se varía una que otra palabra. Así, cita el artículo 89 del Código confederado, que establece que «no hay matrimonio, si los contrayentes no manifiestan, de un modo externo, su libre y mutuo consentimiento manifestado de un modo externo»; mientras que el artículo 133 del código de 1852 reza «no hay matrimonio, si los contrayentes no manifiestan, de un modo externo, su libre y mutuo consentimiento». Compara Benavides Loredo así mismo, el artículo 129 del código

santacrucino por el cual «los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad, socorros y asistencia»; en tanto que el artículo 174 del Código peruano estipula que «los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad, socorros y asistencia». Cita también el artículo 130 del texto confederado: «el marido debe proteger a su mujer, y ésta obediencia al marido»; que en el Código peruano se trasvasaría al artículo 175: «el marido debe proteger a la mujer, y la mujer obedecer al marido».<sup>28</sup> Por último, sostiene que en varios casos dos artículos del Código Santa Cruz han sido condensados en uno sólo del Código peruano, como en los artículos 8 y 11 del primero, que estipulan que «la extranjera que casare con un nor-peruano seguirá la condición de su marido», y que «la mujer nor-peruana casada con un extranjero seguirá la condición de su marido»; preceptos que, según Benavides, se habrían condensado en el artículo 41 del Código civil de 1852: «la peruana casada con extranjero, y la extranjera casada con peruano siguen la condición de sus maridos».<sup>29</sup> El estudioso registra también el fenómeno inverso, por el cual un artículo del texto confederado se convierte en dos numerales del Código de 1852. Servirían como ejemplo los artículos 169 y 173 del Código Santa Cruz, que en el código peruano corresponden a los numerales 221 y 222, y 264 y 268, respectivamente.<sup>30</sup>

Es posible, ciertamente, que los codificadores que elaboraron en dis-

<sup>25</sup> Alfonso Benavides Loredo, *Bosquejo sobre la evolución política y jurídica de la época republicana del Perú*, op. cit, pp. 246-247.

<sup>26</sup> *Ib.*, p. 247.

<sup>27</sup> *Ib.*

<sup>28</sup> *Ib.*, pp. 247-248.

<sup>29</sup> *Ib.*, p. 248.

<sup>30</sup> *Ib.*

tintos momentos el Código Civil de 1852 se sirvieran de los modelos santacrucinos. Sin embargo, es preciso tener en consideración que las normas a las que se refiere Benavides están también redactadas en los mismos términos en el *Code* napoleónico, de donde se deduciría que el Código francés tuvo al menos dos canales de penetración en el Código peruano: por vía directa y a través de la mediación de los Códigos Civiles confederados. La obra de Santa Cruz, aunque aborrecida, cumplió un papel que la historiografía jurídica no ha destacado: la economía legislativa. El esfuerzo de adaptación legal del Código galo ya había sido ejecutado parcialmente en el Código Civil santacrucino, lo cual facilitaba el trabajo de los comisionados que debían llevar a cabo una tarea parecida. No era lo mismo adecuar el *Code* directamente que hacerlo a través de un cuerpo legal que ya había practicado parecido empeño. En este caso, los Códigos Civiles de la Confederación cumplían un papel semejante al de un «pre-código», al de un proyecto o esbozo, que anticipaba al futuro Código peruano de 1852.

La presencia del pensamiento ilustrado europeo encontraría eco en la idea misma de codificación. La genuina ambición del presidente Ramón Castilla y de su ministro José Gregorio Paz Soldán, el esmerado esfuerzo de los comisionados, la abdicación ideológica de juristas radicales como Pedro Gálvez, Manuel Toribio Ureta y José Luis Gómez Sánchez, el acuerdo final entre libe-

rales y conservadores, y la determinación de Echenique para promulgar el Código, deben de ser entendidos bajo la ineludible directiva política de sucesivos gobiernos ilustrados de plasmar legislativamente los Códigos básicos, más allá de sus diferencias coyunturales. El lema de la época era –por lo menos desde la asunción de Castilla al poder en 1845– la codificación. No se explicarían, sin esta finalidad programáticamente pensada, los apuros del mariscal Castilla de dictar un proyecto inacabado. Como se sabe, el Iluminismo desde el siglo XVIII, inició un formidable ataque al *Ius Commune* y tributó un verdadero culto a la codificación. Bentham, joven ilustrado y discípulo de Blackstone defendería la *codificación* (palabra acuñada por él, en inglés, *codification*) en nombre de la *conocibilidad* (otra palabra de su creación). ¿Pero cómo –se preguntaba– se puede esperar que los ciudadanos respeten el Derecho si no lo conocen?<sup>31</sup> Los elocuentes discursos de Bentham, pronto traducidos al francés y posteriormente al español, tuvieron vasta repercusión en América. En las páginas de *El Mensajero*, periódico dirigido en Londres para el lector hispano por el inglés Rodolfo Ackermann y el español José Blanco White, corrían en cada entrega los postulados del jurisconsulto inglés a favor de la organización sistemática y sintética de las leyes. Los juristas peruanos que participaron en las distintas comisiones encaminadas a la formación de los primeros Códigos simpatizaban intensamente con esas ideas. Pero eran conscientes tam-

bién que necesitaban de ellas en la justa medida. ¿Acaso las codificaciones europeas que lograron plasmarse no fueron el resultado del buen juicio, la transacción y el cálculo? Ningún Código europeo fue el resultado de «cabezas calientes», sino más bien de «cabezas frías». Napoleón fue un político sagaz al respecto. Ante el fracaso de los proyectos codificadores de la revolución, llamó como sus colaboradores para su obra legislativa a juristas moderados, incluso políticamente comprometidos con el antiguo régimen que la revolución impugnaba. En lugar de filósofos radicales, convocó lúcidamente a *gens de loi*, a hombres de Derecho o juristas profesionales. Sólo a partir de esa convocatoria su aspiración codificadora tendría éxito.<sup>32</sup>

Al igual que los codificadores nacionales se representaban seguidores del moderado Portalis, Castilla y Echenique se veían a sí mismos como los soberanos europeos que dotaron de una legislación moderna a sus respectivas naciones, contemporizando la filosofía de las luces y la vieja tradición legal. La codificación peruana fue, en realidad, el fruto de un conjunto complejo de factores socio-políticos y de convicciones ideológicas. Adviértase el clima de prudencia y mesura que acompaña la etapa final del proceso codificador peruano. Nada de excesos, pocas innovaciones, respeto a la tradición castellana e intangibilidad de la fe católica. Los artífices sabían a carta cabal que una feliz combinación de idealismo y de pragmatismo aseguraría la efectiva

<sup>31</sup> Véase, Carlos Ramos Núñez, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, op. cit, capítulo 1º: «La codificación: fenómeno moderno».

<sup>32</sup> Jean-Louis Halpérin, *L'impossible Code Civil*. París: Presses Universitaires de France, 1992.

dación de los Códigos. De la misma manera que habían fracasado los proyectos de la revolución francesa, que nunca se convirtieron en textos legislativos, del mismo modo se frustrarían los proyectos radicales de Manuel Lorenzo de Vidaurre y la ponencias provocadoras de José Luis Gómez Sánchez y Francisco Javier Mariátegui. Es necesario enfatizar que las codificaciones exitosas del Ochocientos no fueron la factura de *jóvenes turcos*, sino de juristas conservadores, con los pies bien puestos sobre la tierra, como Manuel Pérez de Tudela y Andrés Martínez.

### 3. LAS INSTITUCIONES

#### 3.1. El predominio absoluto de la ley

El presidente Castilla había dispuesto en la Ley del 21 de diciembre de 1849 que apenas los nuevos Códigos «se pongan en observancia, será prohibido en lo absoluto, so pena de nulidad y responsabilidad, fundar los decretos, fallos y sentencias en materia civil en otras leyes, doctrinas, reglas o textos que los artículos de los Códigos» (artículo 5). Añadía luego categórico, en el mismo numeral: «Es prohibido igualmente a los abogados y a las partes, citar o apoyar sus recursos, alegatos o informes en otros textos que las citadas disposiciones de los Códigos». Se definía de este modo el monopolio de la ley —de la ley del Código— sobre las otras fuentes normativas. De un solo decreto se mataba la pluralidad de fuentes que había sostenido al Derecho común. De la misma manera como se limitaban las fuentes formales, Castilla y su Ministro de Justicia, Manuel Ferreyros, restringían la libertad interpretativa de la magistratura consignando el siguiente artículo:

«Los jueces no podrán hacer otra interpretación de los artículos, que la que resulte usual y gramatical de sus palabras, bajo la misma pena del artículo anterior» (artículo 6). Aquí se planteaba indirectamente el principio *in claris non fit interpretatio*, vale decir, que los textos normativos claros y evidentes no necesitan ser interpretados.

El legislador también preveía la posibilidad de lagunas y el modo de colmarlas: «Cuando los Códigos no hayan dispuesto para el caso que juzgue o estén oscuros en su decisión, el juzgado o tribunal que se hallare en tal embarazo, elevará los autos a la Corte Suprema, para que ésta declare el principio o regla que no estando comprendida en los Códigos, sirva al juez para decidir o para proceder en el pleito consultado, oyendo para el efecto dicha Corte Suprema el informe de dos Salas distintas de la Corte o Cortes Superiores que quiera consultar» (artículo 7). Conforme la Ley del 21 de diciembre de 1849 se creaba un equivalente del *referé legislatif*, confiando esta tarea no al Consejo de Estado, como ocurrió en Francia, sino a la Corte Suprema de la República. Esta se convertía en el cenáculo de las directivas interpretativas en torno a las disposiciones de los Códigos Civil y de Enjuiciamientos Civiles. Debe haber existido un alto grado de confianza política en dicho órgano para que un soberano aprehensivo como Castilla dejase en manos de la Corte Suprema esa tarea. En efecto, el artículo 8 de la mencionada Ley, dejaba abierto un amplio abanico de mecanismos de integración de las lagunas a discreción del tribunal más alto de la justicia peruana: «La Corte Suprema para hacer la declaratoria de que habla el artículo anterior, se apoyará en los principios

de jurisprudencia, en las reglas del Derecho común y en la equidad natural, sin hacer uso de los textos, de las compilaciones de leyes hoy vigentes; pudiendo los letrados en tales casos apoyar sus defensas en los mismos principios». El formalismo del legislador encuentra en este punto un límite crucial: el Derecho natural. De haber abrazado la política legislativa de Castilla un rígido esquema legalista, simplemente habría recurrido a operaciones analógicas de autointegración legislativa, pero no. El legislador acude a mecanismos de integración heterónoma que no se sitúan en el plano de un sistema legal herméticamente cerrado, sino en esferas que rebasan la frontera legal (los principios de jurisprudencia y las reglas del Derecho común) y que rebasan incluso el plano jurídico (la equidad natural). Llama la atención igualmente que se conceda a la defensa el uso de las mismas operaciones de integración heterónoma de las lagunas legales. Sólo es posible explicar esta postura a partir del entroncamiento visible de la codificación moderna —que el legislador juzgaba natural por el contexto histórico y la práctica judicial y forense— con la cultura jurídica del *Ius Commune*, habituada al recurso de fuentes no siempre legislativas. Sin embargo, la recurrencia a «los principios de la jurisprudencia», a «las reglas del Derecho común» y a «la equidad natural» debía de regirse por ciertas solemnidades. No era una concesión gratuita y sencilla, de extendida aplicación. Se trataba de una situación límite. De allí que el legislador tome sus precauciones: «La declaración de la Corte Suprema en los casos del artículo anterior, no servirá sino para decidir o proceder en el caso consultado, hasta causar ejecutoria, después de seguidas las instancias y trámites

establecidos. Pero se cuidará por la misma Corte Suprema de solicitar del cuerpo legislativo disposiciones generales para llenar estos vacíos, sometiéndole al efecto en sus primeras sesiones una memoria de los casos en que haya habido necesidad de las consultas» (artículo 9).<sup>33</sup> Se procura, como es obvio, desalentar una posible práctica repetida de esta atribución conferida a la Corte Suprema, pero recortada inmediatamente después.

La confianza política del presidente Castilla hacia la Corte Suprema, no obstante sus conocidas aprehensiones respecto a este órgano, no desaparecerían con el tiempo. La Ley del 22 de noviembre de 1850, dictada un año después, acusa nuevamente la persistencia del gobernante de premunirla del papel de *referé legislatif*. En el sétimo considerando de esta Ley, se lee: «Que entre tanto, el mismo cuerpo legislativo, en los artículos 7, 8 y 9 de la Ley [del 21 de diciembre de 1849], ha previsto el remedio para los casos de insuficiencia u oscuridad de los Códigos, autorizando a la Corte Suprema para que establezca o declare principios y reglas, cada vez que las Cortes Superiores o los Juzgados necesiten recurrir a ella consultando sobre las dudas y embarazos que se susciten en el seguimiento de los pleitos». Esta plena confianza en el tribunal de mayor jerarquía de la administración de justicia del país se conecta ciertamente con la presencia de jueces de su entera confianza. Resulta preciso recordar al lector distraído que las reformas de la judicatura en el país se inician con la

República y no consisten sino en el cambio y recambio de los elementos que componen los órganos judiciales, según su grado de adhesión o rechazo al gobierno de turno. De manera que no se hallan en juego consideraciones puramente teóricas. Por el contrario, la coyuntura política más deleznable tiene aquí un papel imprescindible. Fenecido el gobierno de Castilla e instaurado el de Echenique, como por encanto esa fe en la Corte Suprema se desvanece. Así, el Código Civil promulgado por el régimen de Echenique borra de un plumazo la figura del *referé legislatif*. Las reglas no serían otras que las estipuladas en el Código y, más específicamente, en el Título Preliminar.

Uno de los compiladores de las leyes, decretos y órdenes del Perú republicano, Juan Oviedo, tomó el cuidado de aclarar que las leyes del mariscal Castilla en torno a la valoración de las fuentes y a los mecanismos de integración de las lagunas habían sido derogadas, en virtud de los artículos VIII y X del Título Preliminar del Código Civil, así como por los artículos 1821, 22, 23 y 24 del Código de Enjuiciamientos Civiles, recientemente promulgados. ¿Qué estipulaban estas normas en materia de integración? El artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil de 1852 establecía que «los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes, ni juzgar sino por lo dispuesto en ellas». De esta manera se consolidaba la preeminencia de la ley sobre las otras fuentes formales como la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre. Sólo la ley nada más que la ley.

Este precepto en torno a la obligatoriedad de la magistratura a aplicar el texto legislativo contenido en el Código, partía de una idea cara a la Ilustración, conforme a la cual un Código trata de ser una ley completa y omnicomprensiva, en la cual quedan regulados todos los problemas de la materia unitariamente acotada, exactamente igual que un tratado de geometría, un Código no puede quedar interrumpido. Afirmados los axiomas básicos y los principios básicos debe procederse por vía deductiva hasta las consecuencias particulares. Una vez acotada la materia a tratar (a saber, el Derecho Civil) se establecen los principios generales, y de esas normas más amplias se infieren deductivamente todas las demás, de modo que en el Código quede contenida toda una rama del Derecho. Los ilustrados, a partir de un criterio racional y optimista, creían que este propósito de exhaustividad, de totalidad, era realizable. Pero, como anotaba Francisco Tomás y Valiente, «en épocas posteriores el Código ha reducido su pretensión y se ha conformado con regular tan sólo los *principales y más generales problemas* de un sector del ordenamiento jurídico».<sup>34</sup>

La figura del *referé legislatif*, que el presidente Castilla había incorporado tanto en la Ley del 21 de diciembre de 1849 como en el Decreto del 22 de noviembre de 1850, como atribución de la Corte Suprema —que ante la oscuridad o insuficiencia de las leyes— podía apelar a «los principios de la jurisprudencia», a «las reglas del Derecho común» y a la «equidad natural», se

<sup>33</sup> Juan Oviedo, *Colección de leyes, decretos y órdenes*, op. cit., tomo 10º, pp. 105-106.

<sup>34</sup> Francisco Tomás y Valiente, *Manual Historia del Derecho Español*. 4ª edición, tercera reimpresión. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1988, p. 467.

convierte en la versión final del Código Civil de 1852 en una facultad del Parlamento. Se lee en el artículo X del Título Preliminar que «las consultas [propuestas por los jueces] se elevarán al Poder Legislativo, por la Corte Suprema, con el respectivo informe favorable o adverso». La Corte Suprema pierde, pues, el papel directriz que se le había asignado en materia de interpretación. Sólo «está obligada a dar cuenta al Congreso, en cada legislatura, de los defectos que notara en la legislación» (artículo XI). Se extiende a esta misma obligación de dar cuenta de las omisiones legislativas a los jueces y tribunales superiores, los cuales, naturalmente no podrán recurrir directamente al Congreso, sino por intermedio de la Corte Suprema (artículo XII).

El Código peruano supera al francés en un punto esencial de la teoría del Derecho, puesto que mientras que el artículo cuarto del *Code* se limita a expresar que «el juez que se rehusara a juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de delegación de justicia», sin mencionar los medios a los que debe recurrir el juzgador; aquél, con gran acierto ofrece ciertas pautas: «Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia, por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes; en tales casos, resolverán atendiendo: 1.º al espíritu de la ley; 2.º a otras disposiciones sobre casos análogos, y 3.º a los principios generales del Derecho». El Código nacional en este aspecto sigue —y perfecciona— parcialmente

al Código Civil austríaco de 1811, que consignaba: «Si la ley no es aplicable enteramente a un hecho, el juez tomará en consideración los casos análogos, los motivos y, en defecto de estos, los principios de Derecho Natural y las circunstancias» (artículo VII del Título Preliminar). Esta norma sobre integración de las lagunas jurídicas, es quizás una de las más destacadas de nuestro antiguo ordenamiento civil. Su influencia en los códigos latinoamericanos posteriores es inculcable. Debe tenerse en cuenta que el código peruano es el primero en América Latina en recurrir a estos mecanismos de heterointegración. Ya el *Proyecto del Código Civil para la República del Perú* de 1847, había estipulado que sin perjuicio de las consultas a la Corte Suprema y a las Cámaras Legislativas (artículo X), los jueces debían colmar las lagunas «conforme a los principios de la equidad».<sup>35</sup>

Todo el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1852, del mismo modo que el Título Preliminar del *Code*, procura determinar con claridad la centralidad de la ley en el ámbito del sistema jurídico. Se encuentra semejanzas saltantes en casi todo el articulado del Título Preliminar. Es fácil colegir que el legislador peruano copia *ad literam* al Código galo. Por ejemplo, el artículo primero que estipula que «las leyes obligan en todo el territorio de la República», el artículo segundo que establece que «la ley no dispone sino para lo venidero y que no tiene carácter retroactivo», el artículo cuarto que prescribe que «las leyes de policía y de seguridad obli-

gan a todos los habitantes del Perú», son exactamente iguales a los numerales 1, 2 y 3 del *Code* napoleónico, respectivamente.

La ascendencia del Iluminismo legalista en el Código peruano es más categórica que en el francés al incluir una norma que no figura en el texto galo: «Las leyes no se derogán por la costumbre ni por el desuso» (artículo VI del Título Preliminar). Nuestro Código así, en este punto, como anota León Barandiarán, «se confesó más racionalista, dogmático y adscrito al *jus scriptum*, que el napoleónico».<sup>36</sup> Ello suponía la primacía de la ley sobre la costumbre. Esquizofrenia jurídica para un país marcado por el pluralismo cultural y la masiva presencia indígena. Los ilustrados asumieron que la ley era el único vehículo para la configuración del fenómeno jurídico, a la vez que subestimaban la costumbre, a la que describían como el producto de un pasado irracional, obra anónima, popular y desprovista de las luces de que eran portadores tan solo filósofos cultos y legisladores iluminados. Bentham, hacia 1802, escribió sobre el particular: «El Derecho escrito es el único que puede merecer en verdad el nombre de ley. El Derecho no escrito —decía— es propiamente hablando tan sólo un Derecho conjetural, una ficción de la ley. En la base de la ley escrita hay algo seguro, manifiesto: hay un legislador, hay una voluntad, hay una expresión de voluntad y se conoce perfectamente la época de su nacimiento. El Derecho no escrito no tiene nada de eso. Se desconoce su origen, crece continuamente,

<sup>35</sup> *Proyecto del Código Civil para la República del Perú*, op. cit., p. III.

<sup>36</sup> José León Barandiarán, «Estudio comparativo del Código Civil de 1852 y el Código napoleónico», op. cit., p. 258.

nunca puede estar terminado y se modificado sin que nadie se aperci- ba de ello [...]. La gran utilidad de la ley es su certidumbre». <sup>37</sup> En consecuencia, sólo los códigos ge- neran seguridad jurídica, certeza acerca de lo que es Derecho vigen- te, máxime cuando son pocos, bre- ves y de fácil lectura. No ocurre lo mismo con el Derecho consuetudi- nario, contenido —cuando lo está— en recopilaciones ilegibles y contra- dictorias.

### 3.2. Las personas

El Libro de las Personas, de factura adscrita al Derecho romano, canó- nico y castellano, asume desde el inicio una posición estamental. Nada hay que recuerde el carácter más o menos igualitario del *Code* napoleónico. Así, insiste en la divi- sión romana, seguida por la legisla- ción española de incluir las dos co- nocidas divisiones: «De las personas según su estado natural» y «De las personas según su esta- do civil». La primera división, «se- gún el estado natural», trae a su vez las siguientes subdivisiones: los nacidos y por nacer; los varones y mujeres; los mayores y menores de edad; los capaces e incapaces. La segunda división, «según el estado civil», se ocupa de las subdivisiones que siguen: de la dependencia e independencia de las personas en el ejercicio de sus derechos civiles, subordinando a mujeres casadas, hijos menores, huérfanos, esclavos e incapaces; de los peruanos y ex- tranjeros; de los vecinos y ausen- tes; de los clérigos, y de los inge- nuos, libres y libertos.

La minuciosa clasificación no res- pondía sólo a una técnica ingenua del legislador, carente de intencio- nes. Por el contrario, deja traslucir con claridad la composición social existente y la determinación de es- tatutos jurídicos diferenciados. Se observará, sin embargo, que el Có- digo promulgado acusaba ya una drástica reducción de las esferas estamentales, si se le compara con la legislación española y con el *Pro- yecto del Código Civil*, de 1847, en cuanto concierne la división de las personas por su estado civil, sin duda, como resultado de los cam- bios operados en la mentalidad y la estructura de clases de la época. Como hemos visto, el aludido Pro- yecto, que sirvió de base principal al futuro Código, traía en adición a las diferencias ya mencionadas, otras muchas: los transeúntes (como figura intermedia entre los vecinos y ausentes); los casados y solteros; los profesores y sus disci- pulos; los médicos, cirujanos, boti- carios y sangradores, y los legos y eclesiásticos. <sup>38</sup> La tipología socioló- gica del Proyecto constituye una acabada pieza legislativa que traza con perfección y al detalle el paisa- je estamental de su tiempo.

La diferencia entre profesores y dis- cípulos había sido objeto de una cuidadosa regulación en el Proyec- to. La distinción entre legos y ecle- siásticos, basada en el otorgamien- to de órdenes clericales fue, en el *Proyecto*, mucho más extensa que en el propio Código, en el que se suprime la alusión al término *lego* y cualquier mecanismo de regulación de su comportamiento, que se asu- me comprendido entre las leyes ci-

viles en general. El marcado interés por regular la vida religiosa denota la notable presencia que en la vida cotidiana y política tienen la Iglesia y sus ministros. El *Proyecto* prohi- bía a los religiosos recurrir a Roma por dispensas, indultos u otra gra- cia, mientras que el Código suprime la prohibición, limitándose a señalar que tales trámites se harán por in- termedio del Supremo Gobierno. En este aspecto, aún cuando no exis- tan actas de debates que compul- sen los conflictos ideológicos des- atados, en el interior de la Comisión Reformadora, entre libera- les y conservadores, no se puede dudar del triunfo de los segundos, quienes, sin asumir una postura plenamente eclesial y papista, pre- servando los intereses del Estad evitan prohibir expresamente tale trámites.

El Código de 1852, como es bien sabido, no eliminaba la figura de la esclavitud. Más allá del estigma po- lítico e ideológico de esta carencia en un cuerpo legal que se juzgaba moderno, suprimida con apuro me- diante Decreto en 1854, la línea re- tardataria frente al abolicionismo, terminaría por imponerse. El papel de los liberales habría consistido en aliviar la condición de los esclavos y en incluir normas que facilitasen su manumisión. Ante el desconoci- miento de las actas de debates, que, como se dijo, nunca se publi- caron y de las que no existen ras- tros en los archivos, resulta preciso compulsar el *Proyecto* (en el que los liberales tuvieron un mayor pro- tagonismo) con el propio Código. De una lectura atenta de los mis- mos se concluye que las reglas son

<sup>37</sup> Vid. Francisco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho español*, op. cit., p. 471.

<sup>38</sup> *Proyecto del Código Civil para la República del Perú*, op. cit., pp. 4-15.

esencialmente las mismas. En principio, quien hubiera nacido esclavo en el Perú antes de jurada la independencia, esto es, el 28 de julio de 1821, habría de continuar en tal estado. Figurémonos que nació el esclavo 27 de julio de ese año, a la fecha de la entrada en vigor del Código, el 29 de julio de 1852, tendría 31 años, en consecuencia se mantendría esclavo mientras viva. Si esclavo viviese setenta años –caso raro– entonces habría de adquirir la libertad el año de 1892. Fecha en la que desaparecía la esclavitud, a no ser que el esclavo –caso insólito– alcanzase una edad mayor. De donde resulta que, lejos de modificar la fecha determinada por San Martín, en 1821, se le confirmaba, con el propósito de postergar la abolición general de la esclavitud.

La inclusión de numerosos artículos dedicados a los domésticos en el área reservada a la locación de servicios, en lugar de configurar una relación jurídica simétrica y horizontal, propia de la locación de servicios, sanciona un régimen vertical e inarmónico, cuyas disposiciones acentúan el rol subordinado de los domésticos. Así, conforme al artículo 1633, la tasa, pago y buenas cuentas de los jornales o salarios de criados, merece entera fe el señor, mientras no se pruebe lo contrario. Según el artículo 1634, los criados de cualquiera clase que sean, pueden ser despedidos en todo tiempo, aunque no se exprese la causa, sin otra obligación que el pago de su jornal o salario devengado. Por otro lado, el artículo 1635 estipula que los criados pueden ser despedidos cuando los patronos quieran, si no han recibido anticipaciones de vestido o de dinero. «En caso de haberlas recibido – agrega el dispositivo– se les obliga-

rá a servir por el tiempo y precio convenido, salvo que hubiese alguna causa grave para su salida». Mediante este mecanismo era muy fácil alegar que los sirvientes habían recibido vestido y dinero para extender el tiempo de sus servicios. Además de esta especie de derecho de retención que autoriza el Código sobre las personas, se halla implícita también la posibilidad de que sean perseguidos por la fuerza pública o por cualquier particular para ser repuestos en la casa del patrón, si hubieran optado por la fuga, bastaba que se arguyese que habían recibido anticipos de vestido y dinero. Los afectados con dichas normas serían especialmente negros, chinos e indígenas. Los diarios de la época, *El Comercio* y *El Heraldo de Lima* están llenos de avisos que ofrecen recompensa a quien diera noticia o lleve consigo a casa a cualquier «chinito», «negrito» o «indiecito», tal vez perdido, pero, más probablemente, fugado.

### 3.3. Las mujeres

La historia legislativa de los derechos de la mujer en el Perú republicano acusa un tránsito gradual a la ampliación de su ejercicio. El Código Civil de 1852 encierra, sin embargo, el elenco más acabado de restricciones. Si las normas generales del cuerpo civil cuidan de atribuirle facultades y obligaciones generales cuando estipulan que las mujeres se someten a las leyes de la República (artículo 11) o cuando con la expresión «hombre» la ley también se refiere a ellas (artículo 10); las normas particulares no dudan plasmar una sistemática limitación de sus prerrogativas. Así, la mujer casada se halla bajo la patria potestad del marido (artículo 28, inciso 1); sigue su condición si siendo peruana se casa con extran-

jero y si siendo extranjera contrae nupcias con peruano (artículo 41), y tiene por domicilio el del marido (artículo 50). Está también obligada a habitar con el marido e, incluso, «a seguirlo donde él tenga por conveniente residir» (artículo 176). Bajo una típica fórmula patriarcal, «el marido debe proteger a la mujer, y la mujer obedecer al marido» (artículo 175). Una clara disparidad entre varones y mujeres fluye, así mismo, en una causal de divorcio polémica: el adulterio que puede ser invocado por el marido de ser cometido por la mujer –aunque fuera una sola vez–. Por el contrario, la mujer no podía demandar al marido sino por concubinato con otra, o por incontinencia pública (artículo 192, incisos 1 y 2).

El Código restringía severamente la actuación económica de la mujer cuando le prohibía dar, enajenar, hipotecar, adquirir a título gratuito u oneroso, mientras no interviniese el marido, o sin que éste prestara su consentimiento escrito (artículo 182). Para el código consagraba una incapacidad general de contratación a la mujer casada (artículo 1247). De manera que los contratos que practique la mujer casada, sin autorización del marido, son rescindibles (artículo 2281), salvo si se refieren a algún ramo de la industria o comercio en el que ejerzan públicamente (artículo 2284). En materia de sucesión legal la mujer será considerada heredera, sólo si no hubiesen parientes dentro del cuarto grado y mientras no se haya divorciado por culpa suya (artículo 880). Es verdad que se le confiaba la cuarta conyugal, es decir, la cuarta parte de los bienes del marido que haya muerto con testamento o sin él, pero en tal caso, es preciso que la viuda acredite carecer de lo necesario para subsistir

(artículo 918) Estaba igualmente incapacitada de demandar por sí, o ser demandada o presentarse en juicio sin autorización del marido. Paradójicamente, no requería de tal autorización si era acusada en una causa criminal (artículo 179). Sólo estaba dispensada de aquella autorización en las causas de nulidad de matrimonio (artículos 164 a 169), o cuando estuviera divorciada (artículo 145 del Código de Enjuiciamientos Civiles), o ausente el marido (artículos 147 y 148 del Código de Enjuiciamientos), o si éste se halla imposibilitado de prestar su consentimiento (artículo 146 del Código de Enjuiciamientos).

La mujer en general, sin interesar su estado, no puede participar como testigo testamentario (artículo 683, inciso 2). Por su género, tampoco podía ser guardadora de menores, salvo que fuera ascendiente del menor (artículo 331, inciso 2), ni fiadora (artículo 2082, inciso 4). Tampoco estaba facultada para actuar como apoderada, a no ser del marido. Si fueran solteras o viudas únicamente podían representar a sus parientes en línea recta o a sus colaterales en segundo grado (artículo 199, inciso 4 del Código de Enjuiciamientos Civiles). Así mismo, no podían expedir libranzas, es decir, emitir un mandato para que una persona entregue a un tercero cierta cosa o cantidad determinada (artículo 1956 de Código Civil).

A pesar de la condición disminuida en la que se halla, el Código, sin

embargo, concede a la mujer ciertos beneficios, que en ocasiones parecen más bien pesadas cargas. Así, es guardadora del marido incapaz (artículo 322), defiende a su marido ausente (artículos 184, 185 y 188 del Código de Enjuiciamientos Civiles). Puede contraer matrimonio a los 16 años, cuando la edad mínima de la aptitud nupcial de los varones es de 18 (artículo 141). También tiene el derecho de ejercer la patria potestad sobre sus hijos legítimos en ausencia, incapacidad o impedimento del marido (artículo 73), lo mismo que la patria potestad de todos sus hijos ilegítimos (artículo 286), incluyendo en ese amplio rubro a los naturales reconocidos (artículo 285). El otorgamiento del derecho materno a la patria potestad habría de dar pie a una consulta legislativa de la Corte Suprema de Justicia de la República, que, en realidad, estaba más cerca de una nota de protesta, exigiendo la derogatoria de los artículos 285 y 286, porque estimaba que:

«La educación doméstica, la debilidad del sexo, los peligros que corren en el tráfico con los hombres y en el manejo de los negocios, las hacen por lo regular insuficientes e incapaces para la administración de los bienes, que requiere siempre la energía del varón y su experiencia [...] Razón por la que este cargo se ha estimado viril en todas las legislaciones, dejando a juicio de los padres, encargar a las madres la tutela de los me-

nores, cuando las han juzgado capaces de esta función y han discernido que solas o acompañadas podían superar su debilidad natural, alentadas por el amor, que suele, a veces, obrar prodigios».<sup>39</sup>

El Código al consignar el derecho a la patria potestad de la madre sobre los hijos legítimos, legitimados y adoptivos, en defecto del padre; y de todos los ilegítimos con respecto a ella misma, superaba la vieja tesis del Derecho Romano clásico, conforme a la cual la patria potestad era atributo exclusivo del padre. La mujer, bajo esta perspectiva tradicional, sólo podía ejercer la tutela o guarda de sus hijos menores. Un notable comentarista de la legislación civil, Toribio Pacheco, salió precisamente al paso de la postura de la Corte Suprema. Pacheco calificaba de «injuriosa para las madres» la nota cursada por el más alto tribunal de justicia. Privar a las madres de la patria potestad constituiría una «intolerable monstruosidad», porque se desconocería «los deberes que la naturaleza ha grabado en el corazón del hombre y de todo hijo bien nacido».<sup>40</sup>

La legislación civil de 1852 acordaba también el derecho de la mujer casada, de mantener a sus hijos en su poder, a pesar del divorcio, siempre que sea honesta (artículo 202). La mujer no responde, así mismo, de las deudas del marido, aunque se obligue mancomunadamente (artículos 188 a 190). Tiene, por otro lado, derecho a adquirir

<sup>39</sup> Véase la transcripción de la consulta de la Corte Suprema en el *Tratado de Derecho Civil* de Toribio Pacheco. 2ª edición. Lima: Imprenta del Estado, 1872, tomo 1º, «Apéndice», p. XVI. Sobre el particular, consúltese también el artículo de Pedro M. Oliveira, «Discurso por el centenario de la fundación de la Corte Suprema». *Revista del Foro*, No. 1, 1925, p. 75.

<sup>40</sup> Vid. Carlos Ramos Núñez, *Toribio Pacheco, jurista peruano del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, pp. 211-212.

servidumbres reales (artículo 1171) y goza del derecho de retracto en la venta judicial que se haga de los bienes para pagar las deudas del marido (artículo 1501, inciso 1, art. 1504). Por otra parte, tiene la hipoteca legal en los inmuebles del marido por razón de dote y bienes parafernales (artículo 2033, inciso 5). En el supuesto que no haya firmado una escritura extendida por el marido sobre los bienes dotales se presume que no prestó su consentimiento y sobre el particular no se admitirá prueba en contrario (artículo 1014). Como se dijo, también puede ser mandataria de su marido (artículo 1929). No requiere, finalmente, autorización de su cónyuge para testar o suceder por testamento o *ab intestato* con beneficio de inventario (artículo 183).

#### 3.4. La condición de los hijos

La distinción entre hijos legítimos e ilegítimos era notoriamente marcada en el Código Civil de 1852, traduciendo en ese sentido los valores de la época. Pero si bien la condición de los hijos naturales —procreados por padre y madre que no tuviera impedimento para contraer matrimonio en el momento de la concepción— era sustancialmente menor; los adulterinos e incestuosos estaban virtualmente relegados a la condición de parias. Los hijos legítimos estaban bajo el amparo de la patria potestad del padre (artículos 285 y 290), eran también los primeros parientes llamados a la sucesión del padre (artículo 874); tenían el *status* de herederos forzosos de sus padres, abuelos y demás ascendientes (artículo 638) y, además, las hijas o descendientes legítimas gozaban del derecho de recibir dote de su ascendiente paterno (artículo 980, inciso. 1). Los hijos ilegítimos en general estaban

bajo la potestad de la madre (artículo 286). Los padres estaban obligados a prestar alimentos «a toda clase de hijos», por lo que se incluía también a los hijos adulterinos (artículo 244, inciso 3). Sin embargo, los descendientes ilegítimos no podían exigir alimentos en los casos siguientes: cuando hubieran cumplido veintiún años, a no se que se hallen habitualmente enfermos; cuando se les ha asegurado la subsistencia hasta la misma edad, y cuando se les ha enseñado alguna profesión, arte u oficio con que puedan subsistir (artículo 263). El hijo ilegítimo podía, así mismo, contradecir su filiación materna y paterna (artículo 241). Incluso eran considerados herederos forzosos de la madre, siempre que ésta no dejase descendientes legítimos (artículo 896). La madre igualmente, en reciprocidad era considerada heredera forzosa de sus hijos ilegítimos, siempre que no sean adulterinos (artículo 904). Los hijos ilegítimos, así mismo, podían heredar a sus parientes maternos, aun cuando hubiesen sido reconocidos por su padre natural (artículo 908). En la herencia testamentaria, los padres y ascendientes, cuando tuviesen hijos o descendientes legítimos o hijos adoptivos sólo podían disponer libremente hasta el quinto de sus bienes, sea favor de sus descendientes o deudos, o sea en favor de extraños (artículo 696). Por esta vía podía muy bien beneficiarse a los hijos ilegítimos con un quinto de sus bienes (artículo 736). Finalmente, los hijos naturales reconocidos por sus padres eran considerados herederos forzosos, conforme a las siguientes reglas: a) heredarían todo cuando el padre carezca de descendientes, ni ascendientes legítimos ni madre partícipe de la herencia; b) heredarían la mitad cuando no hubiesen descendientes

legítimos, pero sí ascendientes del causante; c) heredarían el quinto, habiendo hijos o descendientes legítimos (artículo 892, incisos 1, 2 y 3). Incluso para el goce de las capellanías, si no existiesen descendientes legítimos, podían ser llamados los naturales reconocidos (artículo 1193).

A los hijos adulterinos, es decir, a los concebidos por padre o madre casados con terceros, les asistía sólo un derecho alimentario como a cualquier hijo ilegítimo (artículo 244, inciso 3). Empero, la obligación de alimentar al hijo ilegítimo procreado por hombre casado, correspondía a la madre antes que al padre (artículo 254). Se creía posiblemente que con esta norma se desincentivaba a las mujeres solteras a involucrarse con hombres casados, siendo que se incentivaba a los hombres casados a buscar relaciones fuera del matrimonio, porque ello les aseguraba cierto grado de impunidad. Ahora bien, la obligación de prestar alimentos del hijo adulterino hacia sus padres sólo favorecía a la madre, pues «este hijo jamás debe alimentos a su padre» (artículo 254). Por otro lado, el hijo adulterino respecto de la madre, es decir, el concebido por mujer casada, «no goza de los derechos que respecto de ella tienen, sin distinción, los ilegítimos en general» (artículo 243), como por ejemplo, el estado de familia y derechos hereditarios. En este caso tampoco la obligación alimentaria recíproca se extiende más allá de la madre y el hijo (artículo 254). Esta suerte de *apartheid* legal de los hijos adulterinos los privaba igualmente del derecho de suceder en la herencia legal. El artículo 913 reza sobre el particular, con indiferencia burguesa: «Respecto del padre, sus hijos ilegítimos que no son naturales re-

conocidos, así como respecto de la madre sus hijos adulterinos, no tendrán derecho de heredar *ab intestato*, sino únicamente a que se les dé alimentos». Para que no queden dudas sobre la restricción patrimonial del hijo adulterino, especialmente del concebido por mujer casada, en quien la ley se ensaña con especial intensidad, el artículo 894 del Código Civil, consagra: «No hay distinción entre los hijos ilegítimos para suceder en los bienes e la madre, o de los parientes maternos. Se exceptúan —recalca— los hijos adulterinos por parte de la madre». La norma que sigue a continuación, el artículo 895, prescribía adicionalmente: «los hijos adulterinos por parte de la madre no están comprendidos sino en las disposiciones que se refieren expresamente a ellos».

### 3.5. El matrimonio y divorcio

En el *Proyecto del Código Civil* de 1847 asomaban dos posturas claramente diferenciadas en materia de regulación matrimonial. Los comisionados liberales José Luis Gómez Sánchez, Julio Rospigliosi y Francisco Javier Mariátegui, suscribieron un proyecto en mayoría; mientras que el presidente de la Comisión de Códigos, Manuel Pérez de Tudela y el comisionado Manuel López Lisson, entregaron su propia ponencia en minoría.<sup>41</sup> La mayoría liberal incluía el matrimonio entre los contratos consensuales. Así, el artículo 971 del Proyecto estipulaba: «El

matrimonio considerado civilmente, es un contrato consensual por el que un hombre y una mujer se reúne en sociedad con el objeto de procrear y educar a la prole y de prestarse recíprocos auxilios»;<sup>42</sup> recalcarían a continuación que «para los efectos civiles y políticos, la ley considera al matrimonio como un contrato» (artículo 972). Por su parte, los comisionados en minoría, si bien estiman al matrimonio como un «contrato consensual», no ubican la figura en el título relativo a los contratos consensuales, sino en el Libro de las Personas, con un título independiente denominado «del matrimonio». Insistieron además en que conforme al matrimonio «un hombre y una mujer se unen en *sociedad indisoluble y de por vida*, con el fin de procrear y de prestarse recíprocos auxilios».<sup>43</sup> Pareciera que con este énfasis (que hemos resaltado) hubieran querido los codificadores evitar el peligro del divorcio vincular. Mientras que los comisionados de la mayoría prescriben que el matrimonio civil sea contraído ante funcionarios del Estado como los gobernadores, subprefectos y prefectos (artículos 1001 a 1005); los comisionados en minoría por el contrario planteaban en el artículo 10 de su ponencia que sigan siendo los ministros de la Iglesia católica, conforme a los ritos del «Santo Concilio de Trento» quienes lo celebren.<sup>44</sup> Las causas matrimoniales derivadas de la nulidad del matrimonio o del divorcio, según Mariátegui, Gómez Sánchez

y Rospigliosi, debían de ser de conocimiento de los tribunales civiles ordinarios; López Lisson y Pérez de Tudela patrocinaban, en cambio, la jurisdicción eclesiástica. Según el artículo 75 de su proyecto minoritario: «Los tribunales eclesiásticos son los únicos competentes para fallar sobre todas las causas relativas al matrimonio y divorcio; quedando a los jueces seculares expedida su jurisdicción para la de esponsales, alimentos, cuidado de los hijos, *litis expensas*, restitución de dotes y criminales sobre adulterio».<sup>45</sup>

Mariátegui, en la ya citada *Vindicación* redactada con motivo de la nota cursada al Ministerio de Justicia por el Presidente de la Comisión de Códigos, Manuel Pérez de Tudela, plantearía la necesidad de adoptar una serie de reformas en el campo del Derecho familiar. Así, entre los artículos que, a su juicio, deben de agregarse al Código Civil, incluye uno dedicado al divorcio por consentimiento mutuo. De allí que convenga con el inciso 15º del artículo 1,039, propuesto en su ponencia por Gómez Sánchez, y que no obtuvo mayoría, por la oposición del comisionado Rospigliosi. Pronunciándose a favor de esa postura, Mariátegui argumenta *in extenso* a favor del divorcio por consentimiento mutuo y, en un tono que bien podría ser suscrito hoy por un jurista contemporáneo, en contra del carácter contencioso del proceso sobre divorcio:

<sup>41</sup> «Proyecto del Título 1º de la Sección 2ª del Libro 3º, que sobre el tratado del matrimonio presentan los señores Dr. D. Manuel Pérez de Tudela y Dr. D. Manuel López Lisson, a mérito de lo acordado en la sesión del 6 de julio corriente». En *Proyecto del Código Civil para la República del Perú*, op. cit., pp. 114-123.

<sup>42</sup> *Proyecto del Código Civil para la República del Perú*, op. cit., p. 101.

<sup>43</sup> *Ib.*, art. 9 del proyecto en minoría, p. 115.

<sup>44</sup> *Ib.*, p. 115.

<sup>45</sup> *Ib.*, p. 122.

«No conoce el corazón humano —dice Mariátegui—, el que no está cerciorado de que tanto los hombres como las mujeres son variables, y que muchas veces se fastidian hoy de aquello que más apetecieron ayer. No conoce el mundo, el que ignora que muchos casados se separan voluntariamente, y cada uno va a vivir en su casa y sin contacto el uno con el otro. Es esto un mal, y un mal que la ley no puede evitar, y sobre el cual guardan las vigentes un misterioso silencio. Y debe ser así. ¿Podría la ley obligar a que viviesen juntas personas que no se aman, que se ven con fastidio, y que tal vez se detestan? ¿No sería crear el desorden en lugar de reprimirlo? ¿No podría ser esta unión forzada, causa de riñas, de escándalo, y de que se ocurriese tal vez al puñal o al veneno, para romper un lazo que violentamente se quería estrechar? ¿Y la ley no produciría males en lugar de bienes? ¿Y no enseña la razón, y lo ha demostrado Jeremías Benthan, que no debe sancionarse la ley que produce más males que bienes, y que debe derogarse si alguna existe de esta clase?»

Y prosigue:

«Nadie puede negar que existen casados que viven separadamente, y cada uno por su cuenta. Pero si hay bienes, los administra el marido, que es tal vez causa de esa separación y que

o nada da a la mujer o lo hace con tanta parsimonia, que no puede con ella subsistir. La necesidad la obliga a ésta a la prostitución o a entablar contra el marido un juicio de divorcio. ¡Cuánto tiene que sufrir! ¡cuánto que gastar! ¡cuánto tiempo que perder! Y tal vez el medio que adoptó para verse libre de resbalar, es la causa principal de su caída, y de los males que le deben sobrevener. Si el divorcio en cuanto a la habitación existe de hecho, si la ley no lo puede impedir, si el tratar de impedirlo produciría más males que bienes ¿por qué no concederlo el Derecho? ¿por qué no evitar pleitos? ¿por qué en el Código no ha de haber consecuencia y conformidad en el plan?».<sup>46</sup>

Mariátegui cuestiona los efectos que genera un pleito de divorcio, que debería obtenerse «sin gastos, sin las molestias de un juicio y sin los funestos resultados que un pleito trae consigo». Acota luego:

«Si el capricho separa a los cónyuges, es necesario que el legislador impida que ese capricho degeneren en odio, para que mejor acordados vuelvan aquellos a unirse, y cese el mal de la separación. Estoy seguro de que si el pleito se entabla, la separación es eterna. He visto casados que después de una separación han vuelto a unirse: pero no he visto esa unión después de un pleito».<sup>47</sup>

Empero, sugiere el codificador que no pueda intentarse el divorcio por mutuo convenio: a) si existe prole del matrimonio; b) si no han transcurrido tres años del matrimonio; y c) si han pasado más de 25 años después de que se celebró.<sup>48</sup> Solicitaba también, como antes había sugerido Vidaurre, siguiendo a Platón y Montesquieu, que las causas de divorcios puedan decidirse por jueces árbitros en virtud de compromiso, y terminarse por transacción. En el caso de transacción plantea que no podrán las partes llevar a efecto el divorcio convenido, sino en uno de los tres casos previstos.<sup>49</sup>

Aunque Mariátegui no simpatiza mucho con las causas no consensuales de divorcio, sostiene la idea que sea sometidas ya sea a tribunales arbitrales, que presumiblemente estarían conformados por amigos y parientes de los cónyuges, más entendidos que un juez en los problemas que afectan la relación de los casados; o en todo caso, que los procesos sea hallan bajo la jurisdicción civil. En abierta polémica con Pérez de Tudela y López Lisson, esgrime:

«No hay un solo práctico que deje de enseñar que las causas que se promuevan sobre el matrimonio son de las que llaman los juristas *mixti fori*: que los jueces civiles deben conocer de todo lo relativo al contrato, y los eclesiásticos sólo de lo que pertenece al Sacramento. Sin embargo, los Señores Tudela y López

<sup>46</sup> Francisco Javier Mariátegui, *Vindicación*, op. cit., pp. 70-71.

<sup>47</sup> *Ib.*, p. 72.

<sup>48</sup> *Ib.*

<sup>49</sup> *Ib.*

pez Lisson establecen, que los tribunales eclesiásticos son los únicos competentes para fallar sobre las causas relativas al matrimonio y divorcio. ¡Qué variación tan caprichosa! ¡Qué abatimiento! ¡Qué sumisión tan ciega, de hombres que admitieron el cargo de legislar! El público tiene a la vista las razones que compeleron a la mayoría de la Comisión para presentar su proyecto: la gente de buena fe y que busca el acierto, le dará la razón; la turba, que no piensa, se escandalizará y blasfemarán: no se darán los Códigos, y saldrán defectuosos si se dieran: y todo esto se deberá a los Señores Tudela y López Lisson».<sup>50</sup>

A la larga, como se sabe, predominaría en el Código promulgado la posición conservadora. El artículo 132 sancionaría: «Por el matrimonio se unen *perpetuamente* el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida en común, concurriendo a la conservación de la especie humana». Ratificaría esta postura en forma categórica el artículo 134: «El matrimonio legal contraído es *indisoluble*; *acábase sólo por la muerte de alguno de los cónyuges. Todo lo que se pacte en contrario es nulo y se tiene por no puesto*». Al estilo de un texto constitucional, el legislador civil pretende evitar futuras reformas que introduzcan el divorcio absoluto, las mismas que de introducirse serían írritas y sin efecto legal. Naturalmente, esta postura no pasaba de ser una simple declaración de principios, que no tenía el poder de detener modificaciones futuras. De allí

que entre 1931 y 1933, cuando todavía se hallaba en vigencia el Código Civil de 1852, el legislador hubiera decretado diversas formas de divorcio vincular, valiéndose simple y llanamente de leyes del mismo rango que las derogadas.

El Código Civil decimonónico también sancionó el sometimiento de las causas relativas al matrimonio y al divorcio a los tribunales eclesiásticos. Unicamente, los juicios por esponsales, alimentos, cuidado de los hijos, *litis expensa*, liquidación y devolución de bienes, causas criminales sobre adulterio, y «en general de todas las causas sobre los efectos civiles del matrimonio y del divorcio», serían competencia de los jueces seculares (artículo 138). Se trataba, pues, de una victoria retardada del proyecto en minoría. En ese sentido, los artífices del título sobre el matrimonio no fueron precisamente los miembros de la tercera comisión de Códigos, sino Pérez de Tudela y López Lisson, integrantes de la primera comisión de reforma.

El divorcio, así mismo, quedaría establecido como la simple separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial (artículo 191). Entre las causas de divorcio figuran el adulterio de la mujer, el concubinato o la incontinencia pública del marido, la sevicia o trato cruel, el atentado contra la vida del cónyuge, el odio capital (manifestado en riñas graves), las injurias repetidas. A dichas causas se sumaban: los vicios incorregibles de juegos, la embriaguez, disipación y prodigalidad; la negativa del marido a prestar alimentos a la mujer; el

abandono de la casa común; la negativa al desempeño de las obligaciones conyugales; la ausencia sin justa causa por más de cinco años; la locura o furor permanente que haga imposible la cohabitación; una enfermedad crónica contagiosa, y la condena de uno de los cónyuges a pena infamante (artículo 192). El diseño de estas causales, así como las razones de excusa (el perdón, cohabitación o reconciliación en el adulterio) definirían desde entonces el rumbo causalístico del divorcio en el Perú. Con artículos más o con artículos menos, los códigos de 1936 y de 1984 reproducirían el edificio legal construido por el viejo código de 1852. Este es quizás uno de los más clamorosos casos de subsistencia institucional durante la época republicana.

### 3.6. La propiedad

En el Libro Segundo del Código peruano («De las cosas. Del modo de adquirirlas, y de los derechos que las personas tienen sobre ellas»), se acusa también respecto al *Code* una serie de diferencias. La factura ultraindividualista de éste al definir la propiedad como «el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta», sin otra limitación que la impuesta por las leyes y los reglamentos (artículo 544), es reemplazado en el Código nativo por una fórmula menos declamatoria: «Propiedad o dominio es el derecho de gozar y disponer de las cosas» (artículo 460). Se suprime la expresión «de la manera más absoluta», pero, se prescinde también de la limitación de las leyes y los reglamentos.

<sup>50</sup> *Ib.*, p. 74.

El Código peruano reproduce literalmente, en el artículo 462, la norma francesa (artículo 545) conforme a la cual no se puede obligar a nadie a ceder su propiedad, sino por utilidad pública, legalmente declarada y previa indemnización de su justo valor. Pueden encontrarse aquí una serie de normas bastante afines. Un punto importante en el que difiere es en la transferencia del dominio, pues, mientras para el *Code* basta el simple consentimiento, el artículo 574 de aquel, precisa que la enajenación se completa con la tradición de la cosa. Era impensable además que el Código francés, renuente a toda forma de propiedad vinculada, regulase las capellanías y el patronato como lo hacía el nuestro (artículos 1189 a 1218). En cuanto a los demás aspectos del Derecho de las cosas, como la posesión, o los modos de adquirir el dominio de los bienes, los legisladores se atuvieron en gran medida a lo incluido en el Proyecto de 1847.

Finalmente, en materia de obligaciones y contratos se detecta una marcada similitud. La definición de contrato contenida en el artículo 1101 del *Code*, como el convenio celebrado entre dos o más personas, por el que se obligan a dar, hacer o no hacer alguna cosa, es la misma que fluye del artículo 1226 del Código peruano. Los requisitos de validez de los contratos contemplados en el artículo 1235 de este último, no hacen más que repetir el numeral 1109 del *Code* francés. Así mismo, el artículo 1236 del Código peruano sanciona con nulidad el contrato practicado por error sobre

la sustancia de la cosa, exactamente igual al artículo 1119 del modelo galo. El artículo peruano 1245, que establece la capacidad para contratar, es una copia del artículo 1123 del Código francés. Lo es también el artículo 1255, que sanciona como ilícita la causa contraria a las leyes, idéntico al artículo 1133 del *Code*. Igualmente, el 1257 del Código nativo, establece el principio de obligatoriedad de los contratos, reproduce literalmente el artículo 1135 del ordenamiento galo. En el área contractual, se observan, sin embargo, una serie de rasgos distintivos que evidencian con nitidez el esfuerzo de los legisladores por adecuar el orden legal a la realidad existente. Se halla, por ejemplo, el rubro dedicado a los domésticos (artículos 1633 a 1636) al regular la locación de servicios. El contenido de estos artículos, examinados ya en el presente trabajo al tratar de las personas, trasuntan sin eufemismos una inmensa desigualdad social, exhibiendo descarnadamente en paños menores al Derecho Civil de la época.

Si bien el Código establecía que «ninguno puede vincular bienes en el Perú ni fundar capellanías», determinándose con claridad que «todas las propiedades son enajenables» (artículo 1194), acabó por aceptar como un hecho consumado su existencia. Posición muy distinta a la del *Code* napoleónico que puso fin a toda forma de propiedad vinculada y a diversas formas de desdoblamiento de la propiedad. Un proyecto liberal habría suprimido sin miramientos las capellanías, pero nuestro Código optó por pro-

hibir su instalación y a regular las existentes. El estudio de la folletería forense arroja evidencias que no obstante las prohibiciones legislativas en el Perú seguían constituyéndose propiedades vinculadas, es decir, sustraídas al mercado inmobiliario, incluso después de la dación del Código Civil el 28 de julio de 1852. Hasta hubo necesidad de dictar un dispositivo, el Decreto del 10. de agosto e 1846, mediante el que se disponía que los fiscales y agentes fiscales se opongán a la institución de vinculaciones en los testamentos y que los escribanos no las autoricen.<sup>51</sup> Otra Ley, la del 5 de setiembre de 1849, acordó disponer la nulidad de las disposiciones sobre bienes vinculados a favor de manos muertas que se hubieran celebrado contra lo dispuesto en la Ley del 20 de diciembre de 1829.<sup>52</sup> Nuestro ordenamiento civil adoptó ciertamente una postura realista sobre el particular, pero también una perspectiva conservadora. La eliminación de la propiedad vinculada, como las capellanías, por ejemplo, estaría bajo el gobierno de una política legislativa gradual y programática. Para corroborar lo expresado aquí basta advertir que la prohibición para vincular bienes no preside el título de las capellanías, sino un apartado artículo del mismo título con lo que se lastimaba una franca desvinculación de la tierra y los predios urbanos. El artículo 1189, bajo el cual se inicia el tratamiento de las capellanías sólo trae una definición clásica de las mismas: «es la fundación de una renta de que debe gozar una persona con la obligación de celebrar o hacer celebrar un número de

<sup>51</sup> Mariano Santos de Quirós, *Colección de leyes, decretos y órdenes*, op. cit., tomo 10º, pp. 203-204.

<sup>52</sup> Mariano Santos de Quirós, *Colección de leyes, decretos y órdenes*, op. cit., tomo 11º, pp. 336-337.

misas o desempeñar ciertos cargos». El artículo siguiente, el 1190, distingue las capellanías entre sí: «son colativas las [...] instituidas con autoridad eclesiástica, y que sirven de título para ordenarse; las demás son legas». El artículo 1191 insiste en otra clasificación procedente del viejo Derecho castellano: «Son de libre nominación las capellanías en que se puede nombrar, para su goce, a cualquiera persona que tenga los requisitos exigidos en la fundación; y son de familia las capellanías en que se debe nombrar persona de familia determinada». A su vez el artículo 1192 fijaba como regla a seguir la voluntad del fundador. ¿Qué necesidad había para incorporar estas reglas? Su inclusión constituía, en verdad, una especie de invitación a que continuasen existiendo. Esto es tan cierto que el artículo 1207, que regula el patronato privado, establecía que éste consistía en el derecho de presentar la persona que ha de obtener el beneficio o la capellanía vacante.

El proceso de desamortización inmobiliaria en el Perú, es decir, el levantamiento de las cargas que sustraían los bienes a la ley de la oferta y la demanda, se remontaba a las reformas borbónicas que fueron incluidas en las *Novísima Recopilación* del año 1805. Así, una Real Resolución del rey Carlos IV, fechada el 20 de febrero de 1796, confirmada por una circular real del 20 de setiembre de 1799, recogida en

el libro I, Título 12, ley 6 de la *Novísima*, prohibía hacer capellanías u otras fundaciones perpetuas sin la licencia real y previa consulta de la cámara. Esta autorización regia habría de considerar «la necesidad conocida o la utilidad pública de la fundación; la renta con la que se haya de hacer que sea suficiente congrua para mantener con decencia al clérigo que la haya de poseer; y del servicio que éste haya de prestar a la iglesia o capilla donde se funde».<sup>53</sup> Otra Ley española del 27 de setiembre de 1820, que se supone debía regir también en el Perú, suprimió y restituyó a la clase de libres todos los mayorazgos, patronatos y cualesquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o de cualquier otra naturaleza, disponiendo que «nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora, ni por otro título ni pretexto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes o de derechos, ni prohibir directa o indirectamente su enajenación».<sup>54</sup>

Durante el Perú republicano, las saludables medidas adoptadas en España por la *Novísima Recopilación* (que exigía para la constitución de las capellanías la autorización regia) y la ley del 27 de setiembre de 1820 (que sencillamente abolía las capellanías) sufrieron serios tropiezos y postergaciones. Podría decirse que la política desamortizadora es-

pañola, a pesar de hallarse impulsada por un gobierno de monarquía absoluta, fue mucho más enérgica que la tendencia legislativa del régimen republicano instaurado en el Perú. En efecto, una de las leyes más importantes del Perú del siglo XIX, fue dictada por el presidente Agustín Gamarra, con la autorización de su ministro José María Pando, el 20 de diciembre de 1829. De conformidad con el artículo 160 de la Constitución de 1828, que establecía que todas las propiedades eran enajenables a cualquier objeto que pertenezcan; se dispuso que «todos los bienes de vinculación laical de cualquier género sean enajenables, con la calidad de no poder disponer de ellos en favor de manos muertas».<sup>55</sup> Como se puede observar, la norma no incluye en el proceso de desamortización a las capellanías eclesiásticas o «colativas» (llamadas así porque se confieren por colación del obispo), sino únicamente a las de naturaleza laical. No obstante esta restricción asumida de antemano, seguramente con el propósito de evitar fricciones con la Iglesia católica, la misma tendencia desamortizadora asumió una posición minimalista respecto de las llamadas capellanías laicales, legas o «mercedarias» (así denominadas porque el sacerdote que las celebra lo hace en virtud de la *merced* o estipendio respectivo). Por esta razón, el artículo 2 de la Ley del 20 de diciembre de 1829 se limitaba a prescribir que «los actuales posee-

<sup>53</sup> *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, mandada formar por el Señor Don Carlos IV, Librería de don Vicente Salvá, París, 1846, tomo I, p. 100.

<sup>54</sup> Joaquín Escriche, *Diccionario de Legislación*. 2.ª edición española. Madrid: Imprenta del Colegio Nacional de Sordo-Mudos, 1838-1845, Tomo I, pp. 653-654. Esta segunda edición del Diccionario tiene la virtud de incluir las disposiciones legales, a diferencia de la primera edición de 1831. Véase mayores precisiones en la parte I del tomo 1º de la presente obra, «El orbe jurídico ilustrado».

<sup>55</sup> Artículo 1º de la Ley del 11 de enero de 1829. Vid. Mariano Santos de Quirós, *Colección de leyes, decretos y órdenes*, op. cit., tomo 3º, pp. 258-259.

dores [de las capellanías legas, no de las eclesiásticas o colativas] podrán disponer libremente, con arreglo a las leyes, en sus días, o para después de ellos, de la mitad de los bienes vinculados, reservando la otra mitad para el inmediato sucesor, quien tendrá la misma facultad en su caso, sin reservar cosa alguna». Únicamente si faltase los llamados a la fundación, los actuales poseedores podrán disponer libremente de los bienes vinculados (artículo 4). Un desincentivo para que los poseedores se acogieran a la libre disposición de la mitad de los bienes de las capellanías (si concurrían con los llamados a disfrutar de ellas) tenía lugar cuando se les obligaba al reconocimiento y pago de las pensiones que graven los bienes y a la cancelación de los derechos alimentarios de quienes debían percibirlos (artículo 5).

Es posible que en esta tibia política desamortizadora concurrieran más consideraciones prácticas que de principio. De un análisis de la legislación intermedia sobre desamortización (la que transcurre entre la Independencia y la promulgación del Código Civil) acusa un repetido interés de los gobiernos de turno por hacer suya la renta y las pensiones que las capellanías generaban, probablemente con el objeto de sufragar los gastos ordinarios del Estado y los que demandaban las consecutivas guerras civiles.<sup>56</sup> El

artículo 1195 del código, cuando establecía que «los actuales poseedores de capellanías de familia pueden disponer de ellas y enajenar los capitales, salvas sus pensiones, sujetándose a las leyes especiales», no hacía sino ratificar los alcances de la Ley del 20 de diciembre de 1829. Lo propio hacía el artículo 1194 del Código Civil que estipulaba la prohibición de vincular bienes en el Perú ni fundar capellanías, desde que no extinguía las vinculaciones realizadas antes de la dación del Código. La propia norma convalidaba implícitamente la existencia de capellanías que se hubieran fundado irregularmente contrariando la ley, entre el 11 de enero de 1829 y el 27 de julio de 1852, pues esta prohibición cerraba las puertas para las fundaciones venideras, mas no de las ya constituidas. Visto que las capellanías colativas no podían enajenarse libremente por tratarse de bienes eclesiásticos, el Código civil recurrió a su laicalización para facilitar que se desvinculasen. Así, las capellanías colativas que no alcanzan para la congrua sustentación de los capellanes, quedan reducidas a la clase de legas y sujetas a sus mismas reglas (artículo 1169). Por consiguiente, quienes las posean al tiempo de su laicalización se hacen dueños de la mitad y conservan durante toda su vida el usufructo de la otra mitad, para que a su muerte la goce el inmediato sucesor. Este se hace dueño de la mitad

reservada y se convierte en dueño de la mitad reservada, extinguiéndose recién la capellanía.<sup>57</sup> Aún así no son de libre disposición de los poseedores los capitales correspondientes a las pensiones de misas y seminarios con que están gravadas las capellanías. De allí que la parte que pueden disponer los capellanes sea sólo de la mitad que quede libre, después de deducir lo que corresponde a esos gravámenes.<sup>58</sup> Habría bastado que el Código, después de derogar la ley del 20 de diciembre de 1829, en lugar de introducir soluciones mediatizadas y confusas, hubiera planteado la desaparición pura y simple de toda forma de capellanía sea lega o eclesiástica, suprimiendo al mismo tiempo el pago de cualquier pensión o renta, fijando tal vez algún monto para su rescate por parte de los poseedores y a favor de los beneficiarios.

El Código Civil, por otro lado, ratifica la supresión de los mayorazgos. Consistía el mayorazgo en un derecho que tiene el primogénito más próximo de suceder en los bienes dejados, con la condición de que se conserven íntegros perpetuamente en su familia. Esa palabra, usada como sustantivo, provenía de la expresión latina *major natu* («mayor de nacimiento», «primogénito»),<sup>59</sup> porque el derecho de suceder suele pasar de primogénito en primogénito. El mayorazgo ataba, pues, el

<sup>56</sup> Mariano Santos de Quirós, *Índice General alfabético y por fechas de los 6 tomos de la Colección de leyes, decretos y órdenes, publicadas en el Perú desde su Independencia, en el año de 1820 hasta el 31 de diciembre de 1840*, Imprenta de J. Masías, Lima, 1845, Tomo 7º, pp. 96-97.

<sup>57</sup> Francisco García Calderón, *Diccionario de Legislación*, op. cit, Tomo I, pp. 344- 345.

<sup>58</sup> Según mandato de la Ley del 20 de diciembre de 1829 y de la Ley del 2 de setiembre de 1849.

<sup>59</sup> Vid. Joan Corominas, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*. 6 tomos. Madrid: Gredos, 1980, Tomo 3º, p. 890. En sus *Comentarios a las Leyes de Toro*, glosando la ley XL, Antonio Gómez explicaba que «Mayorazgo en general es cierta dignidad y prerrogativa de suceder que tiene el primogénito entre sus cognados. Esta sucesión prelativa proviene de Derecho divino, del de Gentes y del positivo». Cfr. Antonio Gómez, *Compendio de los Comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*. Edición facsimilar de la madrileña de 1785. Madrid: Editorial Lex Nova, 1981, p. 142.

patrimonio de una familia –sobre todo el inmobiliario– por causas nobiliarias, bajo la esperanza de que al nombrar a un familiar no desapareciese de la memoria de los hombres. Su sana extinción, en términos de la economía moderna, se remontaba a la política desamortizadora de Carlos III a fines del siglo XVIII. Este monarca por decreto del 28 de abril y cédula del 14 de mayo de 1789, sancionó la prohibición de fundar mayorazgos y perpetuar la enajenación de bienes raíces sin real licencia. La norma, incluida en la Ley XII, Título XVIII de la *Novísima Recopilación* estipulaba que

«Teniendo presente los males que dimanaban de la facilidad que ha habido en vincular toda clase de bienes perpetuamente, abusando de la permisión de las leyes y fomentando la ociosidad y soberbia de los poseedores de pequeños vínculos y patronatos, y de sus hijos y parientes, y privando de muchos brazos al

Ejército, Marina, agricultura, comercio, artes y oficios; he resuelto, que desde ahora en adelante no se puedan fundar mayorazgos, aunque sea por vía de agregación, o de mejora del tercio y quinto, o por lo que no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente la enajenación de bienes raíces o estables por medios directos o indirectos, sin preceder licencia mía, o de los Reyes mis sucesores; la cual se concederá a consulta de la Cámara».

En el Perú republicano por medio de normas constitucionales se determinó la prohibición de fundar mayorazgos.<sup>60</sup> Las leyes especiales del período intermedio –entre la Independencia y los primeros Códigos– harían lo propio.<sup>61</sup> Como también los Códigos, el de Santa Cruz primero y el de 1852 después (artículo 1194). La legislación observaría una postura realista frente a los mayorazgos ya constituidos, incluso

frente aquellos que lo habían sido en contra de la Ley.<sup>62</sup> Debe convenirse, sin embargo, que la actitud gubernamental fue más enérgica frente a la subsistencia de los mayorazgos que frente a las capellanías. Posiblemente, la forma de gobierno republicana adoptada y la consecuente supresión de los títulos nobiliarios concurrieron a esta posición más beligerante. Por otro lado, es probable que el Estado estuviese más inclinado a tolerar la subsistencia de vinculaciones basadas en las convicciones religiosas como las capellanías, que por intermedio de las preces de los beneficiarios instituidos, facilitarían el tránsito del purgatorio (donde iban a parar el mayor número de almas, porque nadie pensaba que fuera tan malo como para irse al infierno ni tan bueno como dirigirse al cielo) hacia el paraíso; que de los mayorazgos, fundados en un sentimiento aristocrático que hasta cierto punto colisionaba con las formas institucionales de la República.

---

<sup>60</sup> El artículo 193, inciso 8 de la Constitución de 1823 garantizaba la libertad de la agricultura, industria, comercio y minería. La Constitución de Huancayo de 1839 consagraba una prohibición específica en el artículo 163: «[La ley constitucional] no conoce empleos, ni privilegios hereditarios, ni vinculaciones laicales. Todas las propiedades son enajenables». Más tarde, la Constitución liberal de 1856 establecería la misma prohibición: «En la República no se reconoce privilegios hereditarios, ni fueros personales, ni empleos en propiedad. Tampoco se reconoce vinculaciones, y toda propiedad es enajenable en la forma que determinen las leyes» (artículo 6).

<sup>61</sup> Los Decretos del 1 de agosto de 1846 y 5 de setiembre de 1849, antes citados.

<sup>62</sup> El artículo 1089 del Código de Enjuiciamientos Civiles consagraba el derecho de los poseedores de bienes vinculados a favor de mayorazgos, aniversarios o capellanías legas de familia a pedir su división y parte que les corresponda, según las leyes especiales.