

CARLOS RAMOS NÚÑEZ

CULTURA JURÍDICA, PROCESO Y HOMBRES DEL FORO



FUNDACIÓN

M. J. Bustamante de la Fuente

Lima - Perú



Preparando el fallo.

CARLOS RAMOS NÚÑEZ

CULTURA JURÍDICA, PROCESO
Y HOMBRES DEL FORO

FUNDACIÓN

Manuel J. Bustamante de la Fuente

Cultura jurídica, proceso y hombres del foro:
Cuatro ensayos de historia del Derecho

© Carlos Ramos Núñez

De esta edición:

© Fundación Manuel J. Bustamante De la Fuente
Francisco Masías N° 370 San Isidro
Telf. (51-1) 422-5258
correo-e: fundacionbustamante@lapositiva.com.pe

Primera edición: Lima, mayo 2014

Tiraje: 500 ejemplares

Edición a cargo de: *Ileana Vegas de Cáceres*

Carátula: *¡A fojas uno!*

Acuarelas y dibujos originales: *Teodoro Núñez Ureta*

ISBN: 978-612-46700-0-8

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-07232

Diagramación e impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156-164, Breña

Impreso en Perú / Printed in Perú

Prohibida la reproducción total o parcial de las características gráficas de este libro por cualquier medio sin permiso de los editores.



¡Esta es la prueba!

CONTENIDO

Presentación	13
A modo de introducción	15
1. Un panorama histórico del derecho civil en el Perú	17
1.1. La Ilustración jurídica en el mundo hispanoamericano	18
1.2. Vidaurre y su obra jurídica	24
1.3. Los códigos de la Confederación Perú-Boliviana	28
1.4. Derecho Intermedio (1821-1852)	33
1.5. El Código Civil de 1852	34
1.6. La doctrina civil de la segunda mitad del siglo XIX e inicios del novecientos	39
1.7. El Código Civil de 1936, sus instituciones y sus comentaristas	42
1.8. Las instituciones de transición	46
1.9. El intervencionismo estatal de la segunda mitad del siglo XX	50
1.10. El Código Civil de 1984	50
1.11. El neoliberalismo en la doctrina civil contemporánea	51
1.12. Orientación bibliográfica	53
2. Mentalidad e ideología en el Código Civil peruano de 1936	55
2.1. Juan José Calle: el conservador	56
2.1.1. La codificación: una labor didáctica	56
2.1.2. Código: reglamento de la vida social	56
2.1.3. Solo un retoque	56
2.1.4. Un hombre laborioso	57
2.1.5. Los bienes reservados: consuelo de la mujer casada	57
2.1.6. La mujer casada	58
2.1.7. Contra la teoría de la viabilidad	58
2.1.8. La regeneración del indio	59
2.1.9. Un protector para los indios amazónicos	59
2.1.10. El pródigo no es un incapaz	59

2.1.11.	La emancipación del menor trabajador	60
2.1.12.	La importancia del registro civil	60
2.1.13.	En defensa del matrimonio religioso	60
2.1.14.	La inconstitucionalidad del divorcio	61
2.1.15.	Incapacidad jurídica de los clérigos	61
2.1.16.	Igual sucesoria entre los hijos	61
2.1.17.	El afecto natural: base de la herencia	62
2.1.18.	La indagación judicial de la paternidad	62
2.1.19.	Temor a los pactos sucesorios	62
2.1.20.	Sí al fideicomiso hereditario	63
2.1.21.	La bondad del abuso del Derecho	63
2.1.22.	La función social del Derecho	64
2.1.23.	Herencia forzosa sí, herencia libre no	65
2.1.24.	Un nombre para las personas jurídicas	65
2.2.	Manuel Augusto Olaechea: el técnico	66
2.2.1.	Un código entre tradicional y moderno	66
2.2.2.	Interpretación auténtica	66
2.2.3.	La sistemática del código	67
2.2.4.	El reconocimiento del estado de preñez	67
2.2.5.	Un no a la interdicción legal del indio	68
2.2.6.	Los indios no son incapaces	68
2.2.7.	Mantener la desigualdad sucesoria	68
2.2.8.	Ampliar la libertad sucesoria	69
2.2.9.	Temor a la escritura testamentaria privada	69
2.2.10.	Herencia para los ex cónyuges	69
2.2.11.	Oposición al beneficio de inventario	70
2.2.12.	Teoría de los actos ilícitos	70
2.2.13.	La aparcería agrícola	70
2.2.14.	Contrato de juego y apuesta	71
2.2.15.	Títulos al portador y fideicomiso	71
2.2.16.	El usufructo	71
2.2.17.	El pago indebido	72
2.2.18.	La separación de bienes: un régimen subsidiario	72
2.2.19.	La conveniencia de la emancipación	73
2.2.20.	El usufructo legal de los padres	73
2.2.21.	Un afrancesado que quería ser germanista	73
2.2.22.	Control difuso no, control concentrado sí	74
2.2.23.	Los pródigos sin son incapaces	74
2.2.24.	El enriquecimiento indebido	74
2.2.25.	La vetustez de la viabilidad	75
2.2.26.	Mejorar la condición de los hijos ilegítimos pero no tanto	75

2.2.27.	La mujer y la autoridad marital	76
2.2.28.	El fin de las obligaciones naturales	76
2.2.29.	Eliminar a algunos contratos	77
2.2.30.	La obra de Olaechea: "la cúpula del Código Civil"	77
2.2.31.	El BGB alemán: la inspiración de una reforma	77
2.2.32.	La cláusula penal	79
2.2.33.	Enemigo de la lesión	79
2.2.34.	Doble jurisdicción para el matrimonio: civil y eclesiástica	81
2.2.35.	Un antidivorcista laico	81
2.2.36.	La propiedad: "concepto evolutivo"	83
2.2.37.	La usura: valoración judicial	83
2.2.38.	Entre registro y consensualismo: la realidad del país	84
2.2.39.	Relativización de la responsabilidad subjetiva	85
2.2.40.	Hacia la responsabilidad por riesgo	86
2.3.	Pedro M. Oliveira: el liberal	87
2.3.1.	Publicidad absoluta del registro civil	90
2.3.2.	Matrimonio civil y religioso	90
2.3.3.	Individualismo antieconómico	91
2.3.4.	Codificación: una sinfonía	92
2.3.5.	Codificación: una lenta maduración	92
2.3.6.	La codificación: una obra colectiva	94
2.3.7.	El código de 1852: obra defectuosa	94
2.3.8.	Contra la función didáctica de la legislación	98
2.3.9.	No al derecho al nombre para las personas jurídicas	100
2.3.10.	El registro civil	101
2.3.11.	Régimen matrimonial mixto: sistema de transición	102
2.3.12.	Defectos del matrimonio intermedio	102
2.3.13.	La aptitud nupcial de los adolescentes	109
2.4.	Alfredo Solf y Muro: el especialista	110
2.4.1.	Los derechos especiales	110
2.4.2.	El indio fuera de la ley	110
2.4.3.	Patria potestad	111
2.4.4.	En contra de la adopción	111
2.4.5.	El <i>judicial review</i>	112
2.4.6.	El nacimiento y la teoría de la personalidad	113
2.4.7.	La cuota de libre disposición y los hijos ilegítimos	113
2.4.8.	Feminismo jurídico	114
2.4.9.	El nombre comercial	114
2.4.10.	Carácter práctico del código	115
2.4.11.	Contra el divorcio	115

2.4.12.	La posesión	116
2.4.13.	La función social de la propiedad	117
2.4.14.	Las fundaciones y el Estado	119
2.4.15.	El Ministerio Público y las fundaciones	120
3.	Daniel Alcides Carrión: el método experimental <i>in extremis</i>	123
3.1.	El personaje y su tiempo	123
3.2.	Los hechos	126
3.3.	El proceso	128
3.4.	Corolario	135
4.	La cultura de la desigualdad del abogado peruano	139
	Bibliografía	145
	Anexo	151
	Participación de los comisionados en los anteproyectos	151
	Participación en los memorandos	154

PRESENTACIÓN DEL PRESIDENTE DE LA FUNDACIÓN

La Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente tiene como objetivo promover e incentivar la investigación en los campos jurídico, socioeconómico e histórico. Por ello, tenemos la satisfacción de incrementar nuestro Fondo Editorial con un estudio que abarca las áreas del derecho y de la historia con el fin de difundir el desarrollo de las ideas e instituciones jurídicas en el país.

Esta investigación del notable historiador y jurista Doctor Carlos Ramos Núñez, ganador del Premio Manuel J. Bustamante de la Fuente 2012, constituye un profundo análisis histórico de la evolución de nuestro derecho civil. Asombrará y conmoverá al lector los avances y las sucesivas conquistas que se han dado a lo largo de los siglos XIX y XX en torno a los derechos de las personas, así como la crónica sobre el caso de Daniel Alcides Carrión y el proceso legal generado a partir de su muerte víctima de la verruga, quien aun siendo estudiante de medicina y buscando el desarrollo de la ciencia, insistió en la inoculación del virus.

Sin más preámbulo, dejamos en sus manos este minucioso estudio de la vida de los peruanos durante los siglos XIX y XX, trasluciéndose a lo largo de cada página el desarrollo del derecho durante estos años.

Manuel Bustamante Olivares
Presidente



El escribano de los buenos tiempos.

A MODO DE INTRODUCCIÓN

El abogado y hasta un jurista del derecho positivo podría sorprenderse de la creciente importancia, no diré académica (que la tiene y bastante), sino profesional de la historia del derecho. ¿Qué es lo que ocurre? ¿Acaso los casos judiciales, administrativos y arbitrales se historizan; esto es se vuelven dependientes de la historia?

Quizás lo que ocurre se explique por la fugacidad normativa: las leyes duran muy poco tiempo. De este modo, acaban cada vez más reglas jurídicas aparentemente en el baúl de los recuerdos, pero no. En realidad, muchas normas nuevas repiten a las antiguas o solo se cambian detalles. El historiador del derecho tiene entonces ante sí un enorme campo de estudio y en un espectro inmenso de disciplinas jurídicas como también de ideas, experiencias sociales y representaciones culturales que transitan desde el derecho público hasta el derecho privado y otros claroscuros intermedios.

Entre el historiador del derecho y el abogado, ya sea individual o que forme parte de un bufete puede establecer una interesante y fecunda relación profesional. La mirada histórico-jurídica ilumina con provecho el análisis de normas e instituciones: establece nexos entre lo contemporáneo y las tradiciones jurídicas; dinamiza al derecho comparado; permite conocer los principios generales que subyacen a la normativa. En realidad, no solo el abogado –el litigante, consejero, informante y hasta el jurisconsulto– puede servirse de esta contribución sino también el juez y los árbitros. Creo que su utilidad práctica, profesional y técnica, es un buen motivo (quien sabe si superior o por lo menos equivalente en el plano formativo y humanista) para que la disciplina (la historia del derecho) tenga el carácter de obligatorio, como ocurre ya en muchas universidades, en la educación superior.

Los textos que presentamos, “Un panorama del derecho civil en el Perú”, “Mentalidad e ideología en el Código Civil de 1936”, “Daniel Alcides Carrión, el método experimental *in extremis*” y “La cultura de la desigualdad del abogado peruano” están concebidos precisamente como refiere el título, como ensayos. Contienen información es cierto, en ocasiones difícil de encontrar, pero también reflexiones del autor. Es la tradición latina académica, libre y,

a veces, subjetiva, de Miguel de Unamuno, José Enrique Rodó, José Faustino Sarmiento, Juan Bautista Alberdi, Rui Barbosa, Manuel González Prada, José de la Riva-Agüero, José Carlos Mariátegui. Es verdad que tan ensayos no son porque van precedidos de una investigación (el típico ensayo se basa en lecturas, en la cultura del individuo y en su inspiración), pero están escritos con un afán de divulgación. Queremos que la historia del derecho salga de un cerrado círculo endogámico. Por eso mismo, como pretendo dirigirme principalmente a un público no especializado, hemos optado por disminuir ostensiblemente las referencias a pie de página.

Uno de los propósitos de este libro consiste en rescatar nuestra tradición jurídica. Demostrar que existe una cultura jurídica latinoamericana y peruana en particular. Muchos de nuestros colegas, me refiero también a los historiadores del derecho, más aún si son latinoamericanos, están convencidos que sus argumentos cobrarán mayor peso intelectual si sus citas se apoyan en autores europeos (quizás menos norteamericanos porque no los conocen); sin embargo, una sola mención a una fuente primaria suple a decenas de referencias secundarias. Conversaba hace unos meses con un joven colega brasileño, entendido en teoría del Derecho (a estos efectos la especialidad y la nacionalidad resultan irrelevantes), alumno mío en el Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que me mostraba un texto suyo y me llamaba la atención por la profusión de autores europeos que cita, pero ni uno solo latinoamericano, ni siquiera brasileño. Cuando le pregunté la razón por la cual omitía todas esas referencias, me contestó que de otro modo no lo respetaban académicamente. Los *doctrinadores* (como se suele llamar a los jurisconsultos en portugués), a su juicio, solo pensaban en alemán, italiano y (algo menos) en inglés o francés. Detrás de esa concepción, por supuesto, anida un tremendo complejo de inferioridad cultural que transparenta la idea muy afincada de la existencia de un metrópoli y de unos satélites en el campo del saber.

Estimo, por el otro lado, ocioso el debate sobre si la historia del derecho es parte de la historia o parte del derecho, tan cara para ciertos colegas ibéricos. En realidad, dicha dicotomía, exhibe toda su esterilidad a la luz de un contundente documento, a la vista de una prístina entrevista o ante la lectura de un tratado, el hallazgo de un archivo. Ahora bien, en los expedientes, en los autos judiciales no son encontramos datos jurídicos, como señalara Donald Kelley, hallamos también ideas sobre política, el poder, la sociedad misma y hasta lo que podríamos llamar la filosofía de toda actividad humana en una enorme variedad de acciones sociales.¹ Este es precisamente el caso sobre Daniel Alcides Carrión, que, voluntariamente quiso experimentar consigo mismo y a costa de su vida, en el que hasta el inicio de una medicina positivista se emparenta con el Derecho.

¹ KELLEY, Donald. *The Human Measure: Social Thought in the Western Legal Tradition*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1990.

1. UN PANORAMA DE LA HISTORIA DEL DERECHO CIVIL EN EL PERÚ

El derecho civil peruano, conformado legislativamente a partir de la imitación de modelos foráneos, en el plano doctrinario y jurisprudencial acabaría por adecuarse al estado general del país y a su medio intelectual. Definida la Independencia, no se produjo en el nivel legislativo otro cambio sustancial que la puesta en marcha de los textos constitucionales que favorecían la configuración del nuevo Estado. La literatura jurídica hispanoamericana de esa época se nutre de los ideales de la Ilustración española. Recogerá parcialmente el antirromanismo y una posición refractaria al *Ius Commune* de los glosadores y comentaristas medievales. Por otro lado, el *Proyecto del Código Civil peruano* de Manuel Lorenzo de Vidaurre, primer esbozo de codificación autónoma en Latinoamérica, por su postura laicalizante y anticlerical, su casuismo antitécnico, por su mixtura entre Ilustración y tradicionalismo, por su curioso y temprano liberalismo económico y su incoherencia sistemática, no logró plasmarse en una ley positiva.

Hacia 1836, los Códigos civiles de la Confederación Perú-Boliviana se inscriben en el interior de la cultura jurídica de la Ilustración, de la que Santa Cruz era partidario, pero están acomodados parcialmente a la tradición jurídica española y los postulados matrimoniales de la Iglesia católica. Todo indica, por otro lado, que la trama codificadora de 1852 fue el resultado de la calculada medida de "cabezas frías", como Manuel Pérez de Tudela y Andrés Martínez, antes que el producto exótico de "cabezas calientes" como Vidaurre o Francisco Javier Mariátegui. La necesidad técnica por los códigos básicos y la urgencia de dotar al país de nuevos códigos parecen haber postergado a un segundo plano las diferencias ideológicas entre conservadores y liberales. El Código Civil de 1852 retrataba el carácter estamental, el espíritu religioso, la importancia de la propiedad inmobiliaria, el quietismo económico y la letanía contractual de la sociedad de su tiempo.

El Código de 1852, como cualquier otro proceso de codificación moderno, reducía espacios a la costumbre, a la doctrina y a la jurisprudencia; pero, por otro lado, abría un gran interés entre los hombres de leyes por el

conocimiento exacto de su contenido. Tras el Código irrumpe una fecunda producción jurídica desplegada en libros, revistas, tesis universitarias, sentencias de la magistratura y vistas fiscales que habrían de constituir el armazón teórico y práctico del derecho civil peruano posterior. La modernización que experimentará la sociedad y la economía peruana en la segunda mitad del siglo XIX habría de invalidar la vigencia operativa del Código de 1852. Debe señalarse, sin embargo, que las carencias de ese texto sustantivo serían colmadas por el legislador peruano a través de un forzado recurso a leyes especiales, y la siempre limitada actuación de la magistratura. La doctrina jurídica insistía en una reforma sustancial. El pensamiento jurídico peruano y, más específicamente, las formulaciones legislativas, las obras de índole académica y la jurisprudencia de los tribunales en materia civil, acusarán el tránsito del liberalismo individualista decimonónico hacia concepciones tíbiamente socializantes, que predominan desde las primeras décadas del siglo XX y se afirman con matices en el Código Civil de 1936 primero, y en el Código Civil de 1984, después.

En la segunda mitad del siglo XIX, se advierten, asimismo, diversos cambios en la actividad teórica del derecho civil, a saber: un primer tránsito desde la elaboración ilustrada de manuales, instituciones de inspiración justiniana, y diccionarios razonados, hasta los trabajos de naturaleza predominantemente exegética que suceden al Código de 1852. Una segunda variación metodológica, el institucionalismo o la dogmática moderna, emerge recién hacia la década de 1920 con Ángel Gustavo Cornejo y los autores del Código Civil de 1936, para reafirmarse luego con José León Barandiarán. En los últimos años, un tercer tránsito, todavía en proceso, hacia cierto género de funcionalismo, el *Law and Economics* o análisis económico del derecho, sin desplazar del todo al institucionalismo dogmático, habrá de cuestionar severamente a la dogmática tradicional.

Finalmente, el derecho civil del siglo XX sería también el escenario de otros cambios, a saber, de la responsabilidad por culpa hacia la responsabilidad objetiva y, de allí a la difusión social del riesgo creado; del uso de categorías concretas y convencionales al empleo de categorías jurídicas abstractas; de la ausencia de una teoría de las obligaciones a una despersonalizada y tecnicista construcción teórica de las obligaciones y los contratos; del monopolio eclesiástico de las relaciones familiares hacia la secularización de la vida doméstica; de la categorización estamental de las personas, a su consideración igualitaria e irreal ante la ley, y de ésta hacia un reconocimiento realista de su diversidad social y cultural.

1.1. La Ilustración jurídica en el mundo hispanoamericano

La Ilustración favorece al derecho patrio y cuestiona al derecho romano. La Ilustración española, entre religiosa y tradicionalista, partidaria de la sistema-

tización y nacionalización de las normas, de la aspiración por las leyes claras y generales, crítica del casuismo del *Ius Commune* y del derecho romano, pero favorable a la codificación, halló terreno fértil en suelo peruano. Una transparente descripción de ello puede encontrarse en el *Plan de Estudios* que para el Convictorio de San Carlos en Lima prepararía su rector, Toribio Rodríguez de Mendoza, a fines del siglo XVIII. Allí se declaraba que el estudio del derecho romano “de ningún modo se debe permitir en el colegio y en las universidades como necesario e indispensable”. Lamentaba Rodríguez de Mendoza el “descuido tan culpable en la enseñanza de nuestro derecho, al mismo tiempo que tenían tantas cátedras tan bien dotadas y desempeñadas con tanto esmero de todas las partes del derecho romano”. Tras describir el desarrollo histórico del antirromanismo en España, Rodríguez de Mendoza concluía en que “sería muy conveniente el que las leyes romanas enteramente se desterraran no solo de los tribunales, sino también de las escuelas”.

En los hechos, esa furia antirromanista no tendría por desenlace la anhelada expulsión del derecho romano de las aulas. Si bien el derecho patrio sería dictado, nunca llegó la orden regia que debía cancelar la enseñanza de aquella materia, como reclamaba Rodríguez de Mendoza en su plan de reforma. Prevalecería más bien un posición moderada, que antes que contemplar la absoluta extirpación del derecho romano, solo se limitaba a otorgar un mayor énfasis al estudio del derecho patrio. El antirromanismo, mitigado en el Perú, sería más resuelto en España. En la metrópoli, la dinastía borbónica venía promoviendo la enseñanza del derecho castellano en las universidades. Esta tendencia habría de echar firmes raíces hacia 1770, cuando la enseñanza del derecho patrio era virtualmente obligatoria. Con todo, la implantación de su enseñanza fue tardía, tanto en la metrópoli como en los demás reinos de España. El ingreso del Derecho patrio en las Facultades de Leyes de la península corresponderá al reinado de Carlos III, como parte de la reforma educativa emprendida por este monarca y por sus consejeros ilustrados. Años atrás, en 1713, Felipe V había ya dispuesto que el derecho castellano se dictase en las aulas universitarias, mas no el derecho romano. Pero, en la realidad, esa disposición mandatoria habría sido letra muerta. Así, al promulgarse la real orden de 1741, la Universidad de Valladolid propuso la creación de cátedras de derecho patrio, pero, curiosamente el propio Consejo de Castilla tachó el planteamiento. Una de las figuras cumbres de la Ilustración española, Gregorio Mayáns, en su proyecto de reforma educativa de 1767 propondría el establecimiento de cátedras independientes de derecho patrio. Instalado en Sevilla, el peruano Pablo de Olavide planteará una reforma más radical aún, pues proponía la introducción del derecho patrio en las universidades, previa elaboración de un código.

La crítica al sistema de las recopilaciones, al derecho romano y al romanismo de los autores del *Ius Commune* que, desde la perspectiva ilustrada, obstaculizaban la certeza legal, habría de resolverse a través de dos medios.

Por un lado, a través de la formación progresiva de códigos básicos. Empero, la monarquía absolutista temía al proceso codificador y, por lo mismo, lo retardaba. No es casual que España recién contase con un Código Civil en 1889, mientras que los países latinoamericanos, de filiación política republicana, se anticiparon en varias décadas a la antigua metrópoli en ese empeño. En tanto no hubieran códigos, las aspiraciones técnicas por la claridad y la simplicidad de los textos serían cubiertas por un segundo medio: la literatura jurídica. Una rica producción de manuales y diccionarios razonados cumpliría un papel no solo docente y formativo, sino también práctico y utilitario. Jueces, abogados y estudiantes, en lugar de recurrir a la ardua búsqueda en las recopilaciones, apelarían con alivio a estas obras de consulta, que contaban incluso con la simpatía y el auspicio de la Corona, interesada en centralizar y uniformizar el derecho real patrio.

La finalidad ideológica de una doctrina que se nutría esencialmente de la tradición legal hispana no era nueva. En efecto, ya la legislación -piénsese en las *Partidas*- había intentado vencer las resistencias de los ordenamientos locales e instaurar un derecho más homogéneo para toda España. Sin embargo, la misión divulgadora de la doctrina ilustrada fue más efectiva que la propia legislación de los siglos anteriores. Las obras de los autores ilustrados fueron una herramienta eficacísima de circulación del derecho castellano y penetraron con mayor facilidad en regiones hostiles; esos trabajos permitirían también mantener la vigencia del derecho de Castilla en América, aun después de lograda su Independencia, y prefigurar las bases de la codificación.

El clima ideológico independentista creció bajo las luces de la Ilustración y los próceres tuvieron en Rosseau, Montesquieu, Voltaire y los enciclopedistas a sus inspiradores, aun cuando su lectura estuviera sesgada por prejuicios sociales y su irrenunciable fe católica. La circulación de los libros de los ilustrados europeos en América Latina, producida la Independencia y desaparecido el Santo Oficio, perdería su carácter casi clandestino, a través de un circuito comercial regular en librerías legalmente instaladas, que ponían a disposición del público toda clase de publicaciones españolas, francesas e, inclusive, inglesas. Gran parte de los textos eran publicados por las mismas librerías, y circularán en el inmenso espacio iberoamericano. Así, el pensamiento jurídico adquirirá bajo el influjo de la Ilustración la forma de un texto escrito, encerrado básicamente en compilaciones legislativas, manuales, diccionarios, enciclopedias, *teatros* y, especialmente, en los anhelados códigos; es decir, "literatura jurídica auxiliar".

La Ilustración parece no contemplar sino una realidad documental del derecho. Una expresión característica se encuentra en los diccionarios jurídicos. Éstos, a diferencia de los vocabularios y los repertorios, no eran meramente referenciales, aunque los tres adoptan un criterio alfabético en la ordenación de su contenido. Naturalmente se presentaban situaciones intermedias. Así, el celebrado *Diccionario de Legislación* de Joaquín Escriche, en su primera edición de 1831, decidió no incluir las referencias legislativas o doctrinarias, que solo

aparecerían en las ediciones posteriores de dicho trabajo. Se trataba de un cambio de timón que graficaba el tránsito de una obra sin referencias legales, dirigida a legos, y otra que sí las incorporaba, orientada a los hombres de leyes. A la metodología jurídica de la Ilustración, que insiste en los diccionarios y enciclopedias, no le resulta en absoluto ajena esa nueva mentalidad que hizo del enciclopedismo francés una obra general que condensaba la nueva cultura. Los diccionarios constituían, en ese sentido, un instrumento muy útil, puesto que se elaboran como libros que compendian todo el saber de una ciencia. Presentados como diccionarios de derecho real patrio, no hacen sino contribuir en el diseño de una identidad cultural y participan de los ideales políticos del poder real que quisiera para el orbe hispano, un derecho uniforme.

La Ilustración, si bien llevó adelante la reducción del fenómeno jurídico a la dimensión escrita, recortando a la costumbre su fuerza obligatoria, no logrará asociar el derecho a la esfera propiamente legislativa. Solo el positivismo formalista que impusiera el proceso codificador terminaría por hacer suya la ecuación “derecho igual ley”. El derecho republicano del Perú en las primeras décadas de la República escapará todavía a la planificación legislativa o a la manía codificatoria. Incluso la dificultad de conocer las leyes es recurrente, pues ellas parecen innumerables y poco conocibles. Ese asombro ante el “exceso de leyes” explica la necesidad de elaborar repertorios legislativos como los de Mariano Santos de Quirós y de Juan de Oviedo, en el Perú. Precisamente estas colecciones de leyes constituyeron otra típica expresión de la literatura jurídica auxiliar que antecede a los códigos básicos.

Resulta interesante revisar los libros y los autores ilustrados que en el campo jurídico tuvieron importancia en América y, en particular, en la experiencia jurídica peruana entre fines del siglo XVIII y las primeras décadas del siglo XIX. Debemos saber qué leían, qué estudiaban los letrados del Iluminismo. Entre los textos más divulgados se encuentra *El Manual del Abogado Americano*, del profesor español Juan Eugenio de Ochoa, oculto bajo las iniciales de D. J. E. de O. Publicado originalmente en París, hacia 1827, se prepararon dos versiones peruanas, una en Arequipa, hacia 1830, y otra en Lima en 1834. Ambas presentan el texto “corregido y mejorado por una sociedad de amigos”. Hasta antes de la promulgación de los grandes códigos y de los tratados de Silva Santisteban (1853) y de Toribio Pacheco (1860), el *Manual* de Ochoa se usaba como uno de los textos básicos en la enseñanza legal. Sus virtudes didácticas, su sencillez y maniobrabilidad lo avvicinaban mucho con los futuros códigos, de los que en el Perú sería su principal emisario y profeta.

Otro texto importante son las *Instituciones de derecho civil de Castilla*, de Ignacio Jordán de Asso del Río (1742-1807), publicadas hacia 1771 en Madrid, a dos manos con el bibliotecario Miguel de Manuel y Rodríguez. Por su contenido, las *Instituciones* bien pueden calificarse como un estudio en torno a los orígenes y desarrollo del derecho castellano y de las autoridades reales de Castilla. La séptima y última edición española (Madrid, 1806), que tiene una

relevancia especial, fue recreada por el doctor Joaquín María Palacios, profesor de Huesca. Palacios introdujo varias “enmiendas e ilustraciones”, conforme a la Real Cédula de 5 de octubre de 1802, que imponía a las *Instituciones* de Asso y de Manuel como texto oficial para la enseñanza en las universidades españolas.

El sacerdote valenciano Juan Sala Bañuls (1731-1806) es otro exponente central de la Ilustración jurídica española. Sala publicó, en su ciudad natal, entre 1779 y 1780, su *Vinnius castigatus*, una exposición del derecho romano según las ideas de Arnaldo Vinnio, el famoso romanista holandés. Juan Sala fue autor también de unas *Institutiones Romano-Hispanae ad usum Tironum Hispanorum. Ordinatae opera*, aparecidas primero entre 1788 y 1789, y editadas hasta 1830, texto que ofrece una explicación sistemática y sencilla de la *Instituciones* de Justiniano, con una finalidad ante todo práctica. Sala preparará también un *Digestum Romano-Hispanum*, publicado en Valencia, hacia 1794, cuya última edición aparecerá entre 1830 y 1832. La edición en español del Digesto sería más bien una empresa póstuma, a cargo de los licenciados Pedro López Clarós y Francisco Fábregas del Pilar, que, hacia 1844, vierten al castellano el *Digestum* de Sala. Obra de impacto notable en América latina sería su *Ilustración del Derecho Real de España*, impresa originalmente en Valencia, en 1803, y reeditada hasta 1867. La intención de Sala era mejorar las *Instituciones de Derecho civil de Castilla* de Asso y Manuel, con mayor información y mejor sistemática. El éxito de la obra de Sala se evidencia en las diversas reediciones mexicanas, venezolanas, guayaquileñas y chilenas, debidamente actualizadas y “adicionadas”, que se conocen. El perfil romanista que caracteriza a la producción de Juan Sala, lo convierte en una figura hasta cierto punto solitaria y valiente en defensa de una tradición jurídica supranacional y sin fronteras.

Joaquín Escriche y Martín (1784-1847) es largamente el jurista español de la Ilustración más leído en el Perú del siglo XIX. Su *Diccionario* aparecido por primera vez en París en 1831, sería sucesivamente reeditado en las décadas posteriores. En esas reediciones, ya póstumas, se incrementaría sus páginas con la presencia de material legal reciente de España y de América. El *Diccionario* de Escriche será reeditado en Lima (aunque impreso en París), en 1884, bajo el título de *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia...*, en una lujosa versión “corregida notablemente y aumentada”. Entre los lectores peruanos, el *Diccionario razonado* será el más significativo texto de consulta, hasta la aparición del notable *Diccionario de la legislación peruana* de Francisco García Calderón Landa (1860), que, dada su excelente factura, no haría echar de menos la obra del estudioso español.

Entre los autores españoles ilustrados, Florencio García y Goyena (1783-1855) asoma como un precursor del Derecho Comparado. Goyena publicó en Madrid, hacia 1843, *El Código Criminal español, según las leyes y la práctica*, donde cotejaba ese texto con el código penal francés y con la legislación inglesa. En el campo del Derecho Privado publicaría en Madrid, hacia 1852, unas *Con-*

cordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, texto de tendría una vasta repercusión en el campo de la doctrina legal en la América hispana. En realidad, más allá de la modestia del título, las *Concordancias* de Goyena eran casi una enciclopedia jurídica, de enorme utilidad para el trabajo legislativo y profesional.

La *Librería de Escribanos*, del abogado José Bermúdez Febrero (1732-1790), llamada simplemente *Febrero*, es otra obra descollante por su utilidad práctica. El *Febrero*, que gozaría de gran difusión en Hispanoamérica, fue probablemente el texto jurídico de mayor volumen comercial en su tiempo, un verdadero *best seller*. Se conoce una primera edición madrileña, de 1772, en seis volúmenes, y luego varias otras, aumentadas y actualizadas, hasta la postrera de 1870, con el título de *Febrero Novísimo o Librería de Jueces, abogados, escribanos y médicos legistas*. El contenido de el *Febrero* abarca especialmente el derecho civil, la práctica procesal y el derecho criminal. A las definiciones teóricas siguen casos prácticos y cada institución va ilustrada de formatos de demandas, contratos y testamentos, de modo que ofrecían a los operadores técnicos una herramienta indispensable de trabajo.

El criollo José María Álvarez (1777-1820) elaboró para los alumnos de la Real y Pontificia Universidad de Guatemala, la primera obra sistemática de derecho civil de la época colonial, las *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*. La primera edición del trabajo de Álvarez se imprimiría en esa ciudad, entre 1818 y 1820. Sucesivamente, será reimpresso en varias ciudades americanas, desde Nueva York a Buenos Aires, hasta el año de 1854, sin contar una tardía edición madrileña de 1892. El vasto escenario editorial de las *Instituciones* grafica la necesidad de contar con textos que informasen mejor sobre el estado de la legislación en Iberoamérica. Las *Instituciones de Derecho Real de España y las Indias* no se editaron nunca, ni tuvieron una circulación sostenida en el Perú. Es posible que la temprana codificación del Derecho civil hiciera a ese libro prescindible para efectos prácticos.

Apreciado en conjunto, el auge del Derecho real patrio, entre fines del siglo XVIII y la primera mitad del XIX, no producirá una verdadera fragmentación del ordenamiento jurídico común hispanoamericano, pero dará lugar a una ruptura creciente del mundo hispano frente al horizonte jurídico europeo. La cancelación del *Ius Commune* empieza con la afirmación del derecho patrio y acaba con la codificación en los respectivos estados-nacionales que surgieron con la Independencia. El derecho patrio sustituye la gran unidad del derecho común, que había prevalecido como derecho común en Europa y, luego en América, desde el siglo XI, por una unidad más restringida, la de los países de habla española. Esa unidad jurídica hispanoamericana no se disloca propiamente con la Independencia. De otra manera no se explica el éxito del *Diccionario* de Escriche, de las *Instituciones* de Álvarez, o de la *Ilustración* de Juan Sala o del *Manual del Abogado Americano* de Ochoa en países que ya habían logrado su independencia política. En realidad, la verdadera

fractura de la unidad jurídica acaece con la formación de los grandes códigos y el cultivo de una doctrina jurídica pensada tan solo en términos nacionales. Nacional en la base legislativa examinada, nacional en el público destinatario, nacional en el progresivo alejamiento del *Ius Commune* y nacionalista en su pobreza exegética y formalista.

1.2. Vidaurre y su obra jurídica

Nació Manuel Lorenzo Vidaurre y Encalada en Lima, el 19 de mayo de 1773, en el regazo de una familia aristocrática. Su estirpe lo marcaría tanto en su derrotero vital y en el desarrollo de su propia obra. Formado en el ambiente liberal del Convictorio de San Carlos y lector voraz de textos ilustrados, Vidaurre no sería ajeno a las pesquisas de la Santa Inquisición. Precisamente, las *Cartas Americanas* fueron el resultado de la admiración que suscitan a Vidaurre las *Confesiones* de Rousseau. Hay una suerte de paralelo existencial entre Rousseau y Vidaurre: las tribulaciones de la vida familiar, los contratiempos financieros, la afición erótica y la debilidad ante las mujeres de condición sencilla, la intermitente sucesión de prestigio súbito y descrédito, y la persecución de sus contemporáneos, emparentan al filósofo suizo con el codificador americano.

En 1796, Vidaurre estaba ya apto para el ejercicio de la abogacía y en 1802 se graduaba de doctor *utrunque iure*; es decir, en ambos Derechos -el Derecho civil y el Canónico-. Ejerce desde entonces ante la Audiencia de Lima la abogacía con brillo. Intenta ingresar a la docencia en San Marcos, sin éxito. Vidaurre se convierte en corresponsal sin respuestas de retorno del llamado Príncipe de la Paz, Manuel Godoy Álvarez de Farna, conocido simplemente como Godoy, el ministro de Carlos IV. Las cartas de Vidaurre escritas alrededor de 1804 describían en detalle los vicios de la organización judicial en las Indias y, particularmente, en la Audiencia de Lima. En 1808, a pesar de sus dificultades económicas, contra Francia, producida la invasión napoleónica del reino. El propio Vidaurre llama a los americanos cerrar filas a favor de Fernando VII, el rey preso. Asimismo, algunos años antes de la Independencia escribía unos *Votos de los americanos a la nación Española y a nuestro amado monarca el Sr. Dn. Fernando VII, verdadero concordato entre españoles, europeos y americanos refutando las máximas del obispo presentado don Manuel Abad y Queypo, en su carta de 20 de junio de 1815*. Vidaurre representaba, pues, claramente a la élite criolla peruana que optó por la moderación y el compromiso. Si bien no dejó de lado sus sentimientos monárquicos, estaba convencido que el camino de la reforma y no el de la revolución, sería la solución más adecuada para España y América. En ese sentido, desde el punto de vista de la ideología política, se trataba de un monárquico reformista. En 1810, Vidaurre viaja a España, y asiste a las Cortes de Cadiz. El Ministro de la Regencia, Nicolás María de Sierra, le pide redacte cuanto piensa sobre las relaciones de España con las Indias y, después de once días de trabajo, da término al *Plan de las Américas*, posteriormente titulado *Plan*

del Perú (Filadelfia, 1823). El texto está inscrito en la corriente de propuestas que describían críticamente el sistema de administración colonial para conseguir una reforma. No es pues un documento de orientación separatista. Vidaurre se manifiesta aquí como un moderado en política que rechaza tanto el absolutismo como la anarquía y el desenfreno revolucionario.

Fue nombrado por la Regencia del Reino, Oidor en la Audiencia del Cusco. El contacto con la realidad andina aguza su temple patriótico, pero fomenta todavía más su anticlericalismo: los sacerdotes de los Andes tienen hijos, no obstante la obligatoriedad del celibato. Madura allí una serie de proyectos legislativos: un Código Eclesiástico, el Proyecto de Código Penal y un interesante y un valioso estudio sobre la mita indígena. Vidaurre debe afrontar las tentaciones de los revolucionarios cusqueños, quienes, hacia 1814, le ofrecen liderar un movimiento contra la Corona. En la disyuntiva, opta por la lealtad, pero aun así es destituido. Pezuela, lo destierra a España. En espera de su rehabilitación, viaja a Francia e Inglaterra. Logra ser nombrado oidor de la Audiencia de Puerto Príncipe, en las Antillas, donde permanece hasta 1822, cuando es trasladado por su "extremo liberalismo" a la audiencia española de Galicia. En noviembre de 1822, Vidaurre se embarca hacia Filadelfia, en los Estados Unidos, reside hasta comienzos de 1824. Enviará entonces, en mayo de 1823, una carta de renuncia a la magistratura dirigida al rey de España, Fernando VII. Este documento marca el cambio de sus ideas políticas a favor de la Independencia americana. Vuelto al Perú, recibe una serie de distinciones, a saber, Presidente de la Corte Superior de Trujillo, primer Presidente de la Corte Suprema del Perú, en 1825; y Ministro Plenipotenciario ante el Congreso de Panamá, entre 1825 y 1826, donde redacta como representante del país, las *Bases de la Confederación americana*. La posibilidad de un gran Estado confederado de los países hispanos independientes entusiasma hasta el delirio a Vidaurre. En la ancianidad, este contradictorio personaje parece arrepentirse de sus ideas anticlericales y, hacia 1839, redacta su famoso *Vidaurre contra Vidaurre*. Convertido al misticismo, en 1840 acepta el cargo de Decano del Colegio de Abogados de Lima. Poco antes de su muerte ingresa por fin a San Marcos para ejercer el Vice Rectorado de la Universidad. Desengañado, fallece en Lima el 9 de marzo de 1841, tras haber redactado un testamento en el que se reconciliaba con la Iglesia Católica a la que había atacado.

En el plano de su producción jurídica, estamos virtualmente ante el primer codificador americano que decide apartarse del modelo legislativo napoleónico. El año de 1830 dará a luz Vidaurre un *Proyecto de Código Penal*, instado ante la convocatoria pública del gobierno chileno a los juristas de todas las naciones. El proyecto, concebido ya desde 1810, sería concluido en 1826. A su retorno presentó al Congreso peruano un proyecto de jurados, institución anglosajona con la que Vidaurre simpatizaba. Pidió entonces, sin fruto, que los proyectos sobre jurados y sobre el código criminal se publicasen con financiamiento del Estado. Por propia iniciativa, a mediados de 1828, Vidaurre publicaría el *Proyecto de un Código Penal* en la ciudad de Boston.

¿Por qué razones Vidaurre confería preminencia al Código Penal frente a los otros códigos básicos? La respuesta podría hallarse en la nota de remisión al Congreso Constitucional del Perú, en la que alza el ristre contra las leyes penales de la colonia, dictadas “por la superstición y el despotismo”. Sobre esto giran sus críticas a la legislación colonial: la denuncia de una adecuada racionalidad que choca con su perspectiva ilustrada y la exigencia de adaptar el Derecho a la flamante república. El *Proyecto* consta de dos partes, de tamaño desigual: una exposición teórica y el texto del proyecto. La parte teórica es mucho más dilatada que la parte sustantiva. Se hubiera esperado, sin embargo, que la estructura del proyecto de código penal fuese más armónica. El esfuerzo de Vidaurre por la originalidad privó a su obra de ese equilibrio sistemático y de esa coherencia teórica que requiere un código bien elaborado.

No obstante el afán de Vidaurre por distinguirse la concepción general que abraza, la primera parte expositiva del *Proyecto de un Código Penal* es el de la ilustración europea, mientras que la determinación de los delitos se acerca más a la tradición hispana. Las críticas volterianas al procedimiento penal, las censuras de Montesquieu a la inútil crueldad de las penas, las protestas de algunos espíritus compasivos contra la pena de muerte y la tortura calarían hondo en su imaginario teórico. Pero aun así, incidían y chocaban dos influencias: la de la educación colonial y la sugestión enciclopedista. Un papel importante ocupan *El Espíritu de las Leyes* (1748) de Montesquieu. Por otro lado, el proyecto de Vidaurre se sitúa claramente en la línea postulada por Cesare Beccaria y su *Dei delitti e delle pene* (1764), que pretendía la humanización del Derecho Penal y a consagrar la legalidad de las figuras criminales como de las sanciones. Otro exponente de la Ilustración europea, Jeremy Bentham (1748-1832), con su estudio, *The Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), ejercería una influencia parcial en el trabajo de Vidaurre. En sus concepciones penales, Vidaurre también se inspira en sus experiencias directas de la vida judicial norteamericana y en las ideas iluministas sobre la materia. Asimismo, el abolicionismo de la pena de muerte y la supresión de la tortura como medio de prueba serían acogidas como resultado de la asimilación de las ideas entonces circundantes en la Unión Americana. De la ilustración centro europea y francesa, el codificador peruano recogería también la idea de que al lado del castigo del delito se considerase su prevención. Abundan las referencias a Rosseau, Voltaire, Grocio, Pufendorf y Locke, cuyas valoraciones de la ley como norma impersonal, laica y racionalista, festeja.

Pero Vidaurre no sigue siempre a los ilustrados europeos. La idea de escarmiento, tan profundamente enraizada en sus convicciones penales, tiene poco que ver con el correccionalismo que postulaban los hombres de las luces. Hubiera sido lógico que Vidaurre se opusiera a las penas infamantes, pero las mantuvo, siguiendo en esto una evidente orientación hispana de corte tradicional. Figuras que dieron pie a penas asaz pintorescas, a saber, que el parricida lleve una gorra por toda su vida que anuncie su crimen y al pecho colgado el

retrato de la persona que asesinó; que la mujer que mata al marido, además de ser destinada para siempre a la limpieza de los hospitales, traiga una gorra que diga “pérfida” y si lo hizo por amor a otro hombre, no se le consienta ni pelo ni calzado, mientras que en la gorra dirá “pérfida y adúltera”. El colmo de la infamia, el amante que mata al marido, conlleva la pena más infamante de todas: será destinado por toda su vida al trabajo del panteón y llevará colgada al pecho la calavera del difunto. El adulterio de la mujer casada, dentro de esta óptica que insiste en el agravio al honor y da lugar a la infamia, llevará al cuello una cinta negra ancha, sin término fijo. Si se la quitase será puesta en un hospital para servir allí durante cuatro años. El falsificador llevará, asimismo, marcada la letra “T” sobre la frente. Se advertirá en seguida que las penas infamantes que propone Vidaurre se asemejan muchas a las sanciones que aplicaba la Inquisición española. Los cucuruchos de papel engomado que se colocaban en la cabeza de los reos del Santo Oficio como las mantas amarillas que cubrían el cuerpo del condenado, sobre los que pintaban llamas flamígeras, serpientes y dragones para que quienes llevasen estas prendas infames sea temidos, aborrecidos y ridiculizados por el populacho guardan ciertamente un gran parecido a las cintas negras, a los retratos de las víctimas y a las calaveras de difuntos que Vidaurre proponía como penas. Buscaban, asimismo, el mismo propósito: escarmentar a potenciales infractores. La crudeza y el carácter ejemplar del Derecho Penal español, que Vidaurre se propone atenuar, incluía un repertorios asaz terrorífico (la picota, el garrote, el potro, la polea, el cepo, la hoguera, el descuartizamiento por caballos, la horca, el enrodamiento -que consistía en atar al reo a una rueda a fin de que sea aplastado por el movimiento-, el disparo de ballesta, la muerte de saeta -que era un asta delgada, afilada y con punta de hierro, lanzada con un arco-, el ahogamiento, etc.

En el *Proyecto del Código Eclesiástico* (París, 1830) Vidaurre incide en la corriente regalista que hace a la Iglesia de la autoridad civil. Se propone un control absoluto y delirantemente minucioso de la actividad de los clérigos. Ejercía Vidaurre por segunda vez la Presidencia de la Corte Suprema cuando el gobierno dividido del mariscal Gamarra dictó el decreto del 22 de octubre de 1831, mediante el que se creaba una comisión codificadora, presidida por Vidaurre, e integrada por los magistrados Francisco Javier Mariátegui Tellería (Lima, 1793 - 1884), Manuel Tellería Vicuña (Lima, 1789 - 1839) y Nicolás de Aranibar (Locumba, 1763 - Lima, 1851). La comisión debía preparar los proyectos de códigos civil, criminal y de procedimientos.

Con fecha 23 de junio de 1834, Vidaurre convoca a los integrantes de la Corte y al fiscal supremo, Manuel Pérez de Tudela con el propósito de instalar la comisión codificadora. Anhelaba el juriconsulto entregar el *Proyecto de Código Civil* en la legislatura ordinaria del año 1835. Se propuso que uno de los magistrados supremos preparase el proyecto, acordándose su estructura interna en tres partes: personas, dominio y contratos, y testamentos. El magistrado elegido no fue otro que el presidente de la Corte Suprema, Vidaurre. Conforme avanzara

cada uno de tres libros, el ponente debía entregar los trabajos preparatorios a una comisión conformada por Nicolás Aranibar, Justo Figuerola y el fiscal, Manuel Pérez de Tudela. Se dejó en manos del magistrado José Cabero Salazar la corrección y revisión de los trabajos. A continuación, la Corte Suprema en pleno, examinaría el proyecto del ponente y las observaciones de los comisionados. Hacia el 30 de agosto de 1834, el pertinaz codificador alcanzaba al entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, Nicolás de Aranibar, la primera parte del *Proyecto*, “De las Personas”; la segunda parte, “Dominio y contratos”, concluida en febrero de 1835. La publicación del *Proyecto del Código Civil Peruano* concluiría el año de 1836, con una tercera parte dedicada a las “últimas voluntades”. El *Proyecto* de Vidaurre se inspira principalmente en el Derecho castellano, el Derecho Romano y el *Ius naturalismo*. Mayores son las referencias a los autores clásicos que a los juristas contemporáneos. El *Proyecto* también encierra sus convicciones anticlericales, pero en ningún modo se le podría calificar de anticatólico. Muy el contrario, la tradición religiosa se halla muy presente en sus páginas.

1.3. Los códigos de la Confederación Perú-Boliviana

Los códigos civiles de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 tienen como escenario al proyecto político del general boliviano Andrés de Santa Cruz Calaumana (1793 - 1865). Varias razones históricas y culturales concurrían en favor de una unión confederada entre ambos países. Un estado próximo a la anarquía dominaba al Perú, en contraste con la estabilidad boliviana lograda por Santa Cruz como estadista. Así, el presidente Luis José Orbegoso convocó a Santa Cruz para constituir una alianza confederada. En Sicuani, en marzo de 1836, quedaron separados del Perú los departamentos del sur, bajo el compromiso de formar con el Estado que se edificase en el norte y con Bolivia, una federación de naciones, que tuviera en Andrés de Santa Cruz a su Protector. Santa Cruz había dotado a su país del primer código sudamericano, en 1831. Devoto admirador de Napoleón, tomó por modelo al *Code français*, aunque adaptado a los rasgos que imponía el medio social y la mentalidad del país y de la época. Hallándose en el Cusco, el 22 de junio de 1836 promulgó el gobernante boliviano su *Código Civil Santa Cruz del Estado Sud-Peruano*, para que rigiera en los departamentos de Arequipa (incluyendo Moquegua, Tacna, Arica y Tarapacá), Ayacucho, Cuzco y Puno. El texto estaba precedido de una admonición pública del “Protector del Estado Sud-Peruano”, documento de una clara línea ilustrada. Las críticas contra el Derecho colonial, entonces en vigencia en el Perú, constituyen el eje central del discurso.

Santa Cruz quiso arrancar el derecho patrio del desorden y de la confusión en que se hallaba, imponiendo expansivamente para el Perú los Códigos que había dado previamente en Bolivia. El anhelo de reducir a “tres pequeños volúmenes” (Código Civil, Penal y de Procedimientos) el intrincado Derecho

colonial figura como un aspecto crucial. Sin embargo, los Códigos serían dictados más como una decisión de Estado que como fruto de una discusión técnica y doctrinaria. No hubieron tampoco manifestaciones, contrarias o favorables, de los juristas peruanos ante la promulgación de los Códigos. Los códigos civil, penal y de procedimientos del Estado Sud-Peruano se publicarían solemnemente el 13 de agosto de 1836, para que empezaran a regir dos meses después de su publicación, es decir, a partir del 14 de octubre del mismo año. La promulgación del *Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-Peruano* fue autorizada por decreto del 1° de noviembre de 1836, en tanto que el 15 de noviembre del mismo año “será promulgado en todas las capitales de departamento y de provincia del Estado y empezará a regir el 1° de enero de 1837. Su ámbito de acción abarcaba los departamentos de Amazonas, Junín, La Libertad y Lima.

La existencia de estos códigos fue, sin embargo, efímera. Por decreto del 5 de febrero de 1837 el Protector dispuso que quedasen “suspensos todos los artículos de dichos Códigos relativos directa o indirectamente al fuero eclesiástico”. Por otro lado, el interés de transmitir a la Corte Suprema de Justicia el trabajo de “recopilar y metodizar todas las observaciones que su propia experiencia le sugiera” constituyó otro paso atrás del talante autoritario de su política legislativa inicial. Los códigos de Santa Cruz no debieron haber sido recibidos con beneplácito por los hombres del foro y de la magistratura. Cuando la Confederación Peruano-Boliviana colapsó, el Presidente Orbegoso, por decreto del 31 de julio de 1838, los declaraba “insubsistentes e inobservables”, restableciendo la legislación española. Al parecer, la odiosidad de magistrados y abogados se desató contra la vigencia de los códigos “bolivianos”, considerados como ultraje a la dignidad nacional y a las atribuciones soberanas del Parlamento. El mismo Protector, en las postrimerías de su régimen, mediante decreto del 16 de noviembre de 1838, optó por dejar los códigos civil, penal y de procedimientos, “en suspenso”. Ello dejaba como corolario que mantenían “toda su fuerza y vigor las leyes y decretos que subsistían antes de aquella época”.

¿Tuvieron los códigos de la confederación aplicación real en los tribunales del país, o su existencia fue puramente legislativa? La existencia de literatura jurídica práctica hace pensar que los códigos sí rigieron realmente. Hacia 1836, Lucas Huerta Mercado publicará en Arequipa un *Prontuario de los juicios de inventario y particiones que se observa en el Perú y Bolivia*, al que pronto suceden un *Formulario de los juicios criminales, ordinario y sumario* y un *Método de sustanciar los juicios de capellanías* (Cusco, 1837). Huerta se ocupa de los nuevos procedimientos que afligían a los hombres del foro, antes que de cuestiones teóricas de derecho civil o procesal. Destaca también el cusqueño José Palacios, autor de unos *Discursos jurídicos. Obra útil para los estudiantes y practicantes de jurisprudencia*, y de un notable *Discurso sobre los abusos en la práctica de los procedimientos del foro* (Cusco, 1831 y 1836). El *Discurso* es un ataque frontal contra la oscuridad y demora de los trámites judiciales, y constituye un cálido elogio de la codificación confederada. La aparición de estos textos pragmáticos confirma la necesidad

de adaptarse a una nueva práctica procesal. Pero no podría decirse lo mismo del Derecho civil. En efecto, la vasta folletería de la época no refleja la misma preocupación que acusa la dinámica procesal. Recuérdese que el tiempo que media entre la publicación y la entrada en vigor de los códigos civiles santacruceños no era muy extensa: dos meses para el Código Civil Sud-Peruano, y solo 45 días para el Código Nor-Peruano. La rutina, la carencia de utensillos teóricos del Derecho moderno y la ausencia absoluta de manuales de doctrina concurrían con creces a su inaplicabilidad.

La situación de la enseñanza legal merece un comentario aparte. Santa Cruz había dispuesto una reforma del plan de estudios del Convictorio de San Carlos, que curiosamente no consideraba el estudio específico de los códigos. En el plano de la educación jurídica destaca el pedagogo y literato español José Joaquín de Mora (1783-1864), formado en París e Inglaterra, y avecindado luego en América. Mora insistía en el estudio del Derecho Natural y de Gentes, el Derecho patrio y el Derecho Romano, en torno a los cuales publicará un *Curso de Derechos del Liceo de Chile*, usado en las universidades de Chile, Perú y Bolivia durante varias décadas. En Lima, entre 1831 y 1834, Mora impartió en forma privada los cursos de Derecho Natural y de Gentes y de Derecho Romano a un escogido grupo de estudiantes de San Carlos, generando una ruidosa polémica. En 1834 Mora se dirige a Bolivia, donde actuará como partidario y consejero principal de Santa Cruz.

Cabe preguntarse por las razones de la derogatoria formal de la legislación confederada. Al parecer, el principal móvil fue de carácter político: los códigos habían sido promulgados por extranjeros invasores. Otro elemento que habría concurrido posiblemente se vincule a la filiación gala de aquellos. Esa adhesión, en cierto modo exótica, no debió haber sido vista con buenos ojos por los letrados peruanos, adheridos a la tradición hispana y poco proclives a innovaciones repentinas. Empero, la codificación civil santacruceña estaba dotada de una rica fuerza teórica. Desde el punto de vista técnico, su derogatoria representó un paso atrás, que dejaba traslucir dramáticamente la urgencia de los códigos básicos. Los mismos códigos de Santa Cruz, despreciados como obra legislativa de un dictador extranjero, no tardarían de ser una que otra vez invocados por abogados y jueces en los años posteriores. La autoridad científica y la relativa fuerza obligatoria de los códigos, producida su formal derogación, está ampliamente documentada en la folletería forense y en los expedientes judiciales de la época. Más allá del rechazo político que inspiraban, era evidente que su progreso técnico frente a la intrincada legislación colonial, suscitase por lo menos una inevitable coincidencia. Casi podría decirse que rigieron más cuando se derogaron que cuando estaban formalmente vigentes.

En cuanto a estructura y contenido, los códigos santacruceños *Sur-Peruano* y *Nor-Peruano* no difieren en nada, salvo la fecha de promulgación, publicación y entrada en vigor. El número de sus artículos asciende a 1563. La sistemática de los códigos civiles santacruceños no oculta su filiación con el *Code*. Sin embargo,

en el diseño institucional, los códigos son una suerte de aduana cultural que cede el paso a ciertas instituciones legales y niega el ingreso a otras. Así, el derecho castellano constituirá la otra gran columna de la legislación civil confederada. Los códigos civiles estaban divididos en tres partes, a semejanza del texto francés: las personas, los bienes y los modos de adquirir la propiedad, más un título preliminar de cinco artículos. El libro primero, de las personas, encierra once títulos, sobre el goce y de la privación de los derechos civiles; los instrumentos del estado civil; el domicilio; los ausentes; el matrimonio; el divorcio; la paternidad y la filiación; la adopción; la patria potestad; la minoridad, la tutela y la emancipación; la mayoría y la curatela. El libro segundo, sobre los bienes y las diferentes modificaciones de la propiedad, encierra cuatro títulos, acerca de la distinción de los bienes, la propiedad; el usufructo, uso y habitación; y las servidumbres. El libro tercero estaba destinado a regular las maneras de adquirir la propiedad. Era el más extenso, con veintiún títulos, sobre los testamentos y sucesiones; las donaciones; los contratos y las obligaciones (convencionales y generales); las obligaciones que se contraen sin convenio (cuasi-contratos, delitos y cuasi delitos); la sociedad conyugal, la dote, las arras y los bienes parafernales; el contrato de compra-venta; el retracto o tanteo; el cambio; el arrendamiento; el contrato en compañía; el préstamo; el depósito y secuestro; los contratos aleatorios; el contrato de los censos; el mandato; la fianza; las transacciones; el apremio corporal; la prenda; los privilegios reales e hipotecas; y, finalmente, la prescripción. Los códigos santacrucinos se distancian del *Code*, particularmente en el Derecho de familia, en el que se ceñía a las reglas del Concilio de Trento, a diferencia del Código francés que seguía un régimen laico. Los códigos "bolivianos" confiaban las controversias familiares al fuero de la iglesia. En materia hereditaria tampoco siguen al Código napoleónico, sino a la tradición jurídica española. Basta un simple dato estadístico para contraponer a los códigos de Santa Cruz con el *Code*: los códigos santacrucinos son más breves frente a los 2,281 artículos del código galo.

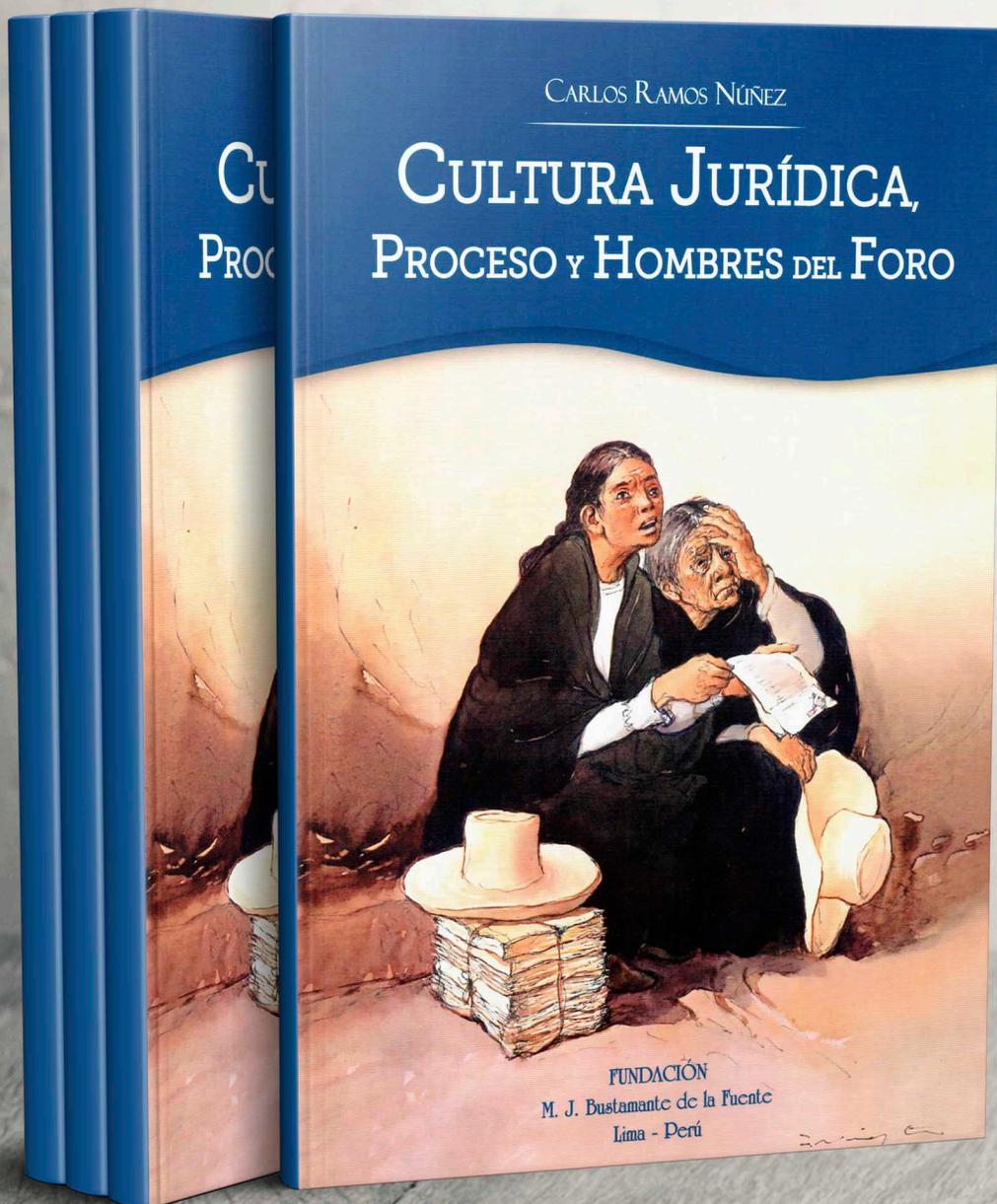
Se observa en los códigos santacrucinos un acusado predominio de la ley, acorde con el movimiento iluminista que insistía en convertir a la ley en fuente hegemónica y excluyente. El destierro de la costumbre como fuente obligatoria en una sociedad pluricultural como la peruana confirió a esta codificación un carácter marcadamente elitista. La teoría de los derechos adquiridos, el problema de la vigencia de la ley en el tiempo, la idea moderna de soberanía y el principio de que la estipulación particular no puede abrogar dispositivos de orden público, son trasvasados al Derecho peruano a través de la codificación confederada. Los Códigos no introducían clasificación alguna entre las personas; se colocan así en la posición igualitarista inspirada en el Derecho Natural. Aunque se establece una clara separación entre los derechos civiles y los derechos políticos de ciudadanía, no se da luz sobre los derechos de los indígenas, como tampoco sobre la condición de los esclavos nacidos antes de la declaración de la Independencia. Un rasgo distintivo fue la incorporación de la terrible figura

de la *muerte civil*, cuyo efecto consistía en privar al condenado de toda participación en los derechos civiles.

A la mujer se le restringen numerosos derechos: la fijación del domicilio, por ejemplo, constituye una atribución exclusiva del marido. La mujer no podía dar, enajenar, hipotecar ni administrar a título gratuito u oneroso sin la concurrencia del marido en el acto, o sin su consentimiento o su ratificación posterior. Se confiere a la mujer, empero, el derecho a testar libremente, para lo que bastaba que cumpliera los 12 años de edad. El atributo de la patria potestad sobre los hijos menores quedaba restringido al padre. Un sentido igualitario preside a las causas de divorcio o, mejor dicho de separación de cuerpos, puesto que el adulterio podía ser cometido por uno u otro cónyuge. En cuanto a la condición jurídica de los hijos, las diferencias entre hijos legítimos e ilegítimos es resueltamente acatada. Entre los hijos ilegítimos se traza una línea divisoria: los hijos naturales, cuyos padres carecen de impedimentos matrimoniales, constituían un grupo; mientras que el otro estaba formado por los hijos adulterinos, habidos de padre o madre casados; y los hijos incestuosos. A partir de dicha distinción se establecían derechos jerarquizados, que consideraban grados predominantes y subalternos. La adopción no daba lugar a un cambio de *status* familiar, pues no existían derechos hereditarios entre adoptantes y adoptados, sino simplemente "la obligación natural de alimentarse".

En la regulación del matrimonio se observa con claridad el papel de aduana cultural que cumplió el Código confederado. El carácter laicizante que acusa sobre este punto el Código Civil francés es rechazado categóricamente. Las causas matrimoniales continuarían siendo examinadas por el fuero eclesiástico, reconociendo a sus tribunales como "los únicos competentes para fallar sobre el divorcio". Para el matrimonio se establecía la edad de 14 años en los hombres y de 12 en las mujeres; para los esponsales bastaban los diez años de edad. Ningún otro código peruano fijó el requisito cronológico del matrimonio en edades tan precoces. Los códigos civiles de la Confederación rechazaron la incorporación del divorcio vincular: "el matrimonio solo se disuelve por la muerte de uno de los esposos". Solo se reconocía como *divorcio* a la separación de cuerpos, estableciendo como causales el adulterio, la sevicia y la injurias graves.

El Código confederado en la misma tónica que el numeral 544 del *Code* napoleónico, define a la propiedad como "el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal que no se haga un uso prohibido por las leyes y reglamentos". Un sistema moderno de contratación fue introducido, aunque el marco de protección legal no parece tan firme. Así, el contrato de compra-venta tenía tres que le eran propias: la retroventa, la lesión enorme y el retracto. La *lesión* se apreciaba según el estado del inmueble y conforme al valor que tenía al momento de la venta. El *derecho de retracto* es regulado minuciosamente, a la vez que el número de sus pretendientes se multiplica, pues corresponde al pariente consanguíneo, al socio, al comunero, al vecino y hasta al deudor. La huella romana y española se halla presente en la incorporación



OFERTA
S/. 41
LIBRO IMPRESO



**ENTREGA A DOMICILIO
O LUGARES CÉNTRICOS**

PEDIDOS:

993 258 125

944 787 051

info@acuedi.org