

Hacia una Interpretación Histórica del Código Civil de 1852

En un trabajo anterior (*"Revista de Derecho y Ciencias Políticas"* No. II, año III, 1939) he procurado estudiar lo que se llamaría dentro de una terminología anticuada, "la historia externa" del Código Civil de 1852. Allí puede encontrarse referencias acerca de la legislación dominante en el período que siguió a la guerra de la Independencia, así como notas sobre el proyecto de Vidaurre, la obra de la primera comisión codificadora, el proyecto de 1847 y la revisión final que hizo la comisión Martínez.

El presente ensayo intenta un planteamiento de lo que (dentro de la mencionada terminología) cabría llamar "historia interna" con deliberado esquematismo porque el tema en sí es tan rico que podría dar para uno o más volúmenes. Trata en forma asaz sencilla primero del "abstractum" jurídico que sirve de base para los codificadores a principios del siglo XIX; y luego estudia el plan del Código del 52, aludiendo finalmente a las principales influencias que sobre dicho documento actuaron.

El Derecho Civil anterior a la codificación.

La unificación política después de la época feudal se realizó en Europa por acción de la monarquía, formándose las naciones modernas. Pero esta unificación que determinó la creación del Estado moderno conservó, a pesar del derecho divino que asumieron los reyes, la dispersión legislativa.

Existió entonces en el Derecho la distinción entre Derecho canónico y Derecho laico; el fuero de la Iglesia llegó a entrar en el campo de la vida civil; a pesar del poder del Estado aún se mantuvo en parte la importancia de las corporaciones. Asímis-

mo, el valor de la costumbre muchas veces pudo ir contra la ley, según doctrina aceptada por el Derecho.

En América la confusión todavía vino a ser mayor por la coexistencia de un Derecho especial, o propio, o sea el Derecho Indiano, y el Derecho Castellano. Además, las "recopilaciones" de leyes castellanas fueron demasiado abundantes y contradictorias como se ha visto ya en el trabajo anterior.

Pero no es ese el problema que aquí interesa más. Sabido es que "cada derecho positivo en las incesantes modificaciones que experimenta consta de muchas estratificaciones y presenta junto a rudimentos históricos de etapas fenecidas, signos foráneos de principios nuevos destinados a afirmarse en el futuro". (1) Sería interesante ver cuáles eran estas estratificaciones en el campo del Derecho Civil vigente en el Perú anterior a la época de la codificación. Seguramente en cada uno de los agrupamientos de este Derecho podrían encontrarse influencias romanas, germanas, canónicas y castellanas propiamente dichas. (2)

El Derecho Intermedio.

Sin repetir ahora lo referente a la historia externa del Código de 1852, basta decir que en el período comprendido entre la implantación de la República y la promulgación de dicho Código (o sea en el período del Derecho Intermedio) el Derecho Civil quedó aún más fraccionado por la aparición de nuevos elementos, a través de influencias principalmente francesas y españolas

(1) De Francisci: "Dogmática e historia" en "Rivista Internazionale di filosofia del diritto" a. III. 337-397, Roma 1933. Ricardo Smith, "El historicismo dogmático", Córdoba, 1941.

(2) Una bibliografía que incluya sólo obras generales sobre el Derecho Civil español histórico, tendría que mencionar las siguientes obras de los siglos XIX y XX: Manresa, "Historia Legal de España desde la dominación Goda, hasta nuestros Días". (1841-1843); Gómez de la Serna y Montalbán, "Reseña Histórica de la Legislación Española" (1841, con ediciones posteriores); Antequera, "Historia de la Legislación Española desde los Tiempos más remotos, hasta nuestros Días" (1849); Viso, "Historia del Derecho Español" (1852); Morati, "Estudios de Ampliación de la Historia de los Códigos Españoles y de sus instituciones" (1856, con reedición); Marichalar Manrique, "Historia de la Legislación y Recitaciones del Derecho Civil de España" (9 volúmenes, 1861-72); Fernández Elías, "Historia del Derecho y su desenvolvimiento en España" (1877); Falcón, "Historia del Derecho Civil Común y Foral" (1880); Sánchez Román, "Estudios de Ampliación del Derecho Civil y Códigos Españoles" (Vol. I, 1878; 2a. Edición, 1899); Hinojosa, "Historia General del Derecho Español", vol. I (1887, reimpreso en 1924); Minguijón, "Historia del Derecho Español, 12 cuadernos" (3a. edición, 1925-1934); Minguijón, "Historia del Derecho Español" (1933); Beneyto Pérez, "Instituciones de Derecho Histórico Español" (3 Vols. 1930-31); De Bueno, "Introducción al Estudio del Derecho Civil" (1932); Riaza y García Gallo, "Manual de Historia de Derecho Español" (1935).

por medio de las Constituciones y también de leyes y hasta de decretos, como se ha visto también en el trabajo anterior. Cabe mencionar entre dichos elementos los siguientes:

1.º—La declaración de la Independencia nacional con sus repercusiones sobre las personas desde el punto de vista de su división entre peruanos y extranjeros.

2.º—El concepto de la igualdad de los peruanos ante la ley y la abolición de los títulos de nobleza.

3.º—La acentuación de un régimen resueltamente individualista en la propiedad inmueble, mediante las leyes de abolición de las vinculaciones laicales en general, y de los mayorazgos en especial, así como las leyes y decretos sobre ventas de tierras pertenecientes a comunidades indígenas y sobre reducción del canon o renta de los censos.

Cierto es que la legislación desvinculadora ya tenía su origen en el siglo XVIII y es un claro ejemplo de ella el decreto de 1789 que prohibió fundar en adelante mayorazgos y levantó la prohibición de enagenar bienes inmuebles sin licencia del Rey. Ciertamente es también que esta legislación no pudo llegar todavía a una efectiva transformación de la propiedad inmueble.

4.º—La supervigilancia sobre el clero regular a través de los decretos sobre número y obligaciones de los religiosos, continuando también las doctrinas regalistas tan en boga en el siglo XVIII.

5.º—La reglamentación de la esclavitud, declarando libres a determinados esclavos primero, y entregando luego a los hijos de éstos bajo el patronazgo de sus amos hasta la edad de 50 años.

6.º—La reglamentación de la propiedad intelectual.

7.º—La victoria de la teoría de la codificación del Derecho que inspiró todo el movimiento iniciado por Vidaurre y que culminó sólo en 1852.

Este punto de vista codificador era, a su vez, una consecuencia de la boga del "jus naturalismo".

Para los romanos el derecho natural había sido el derecho positivo generalizado. Para los "jus naturalistas" el derecho positivo es una forma objetivada de la razón. La ley emana de esa vigencia objetiva. A falta de ley, el jurista se debe guiar por los principios de derecho.

El Código aparece entonces como un conjunto de máximas sobre derechos que la persona como tal tiene de antemano. La ley se funda en los derechos innatos. El individuo es considera-

do como la sola realidad; ocupa el centro del sistema. El Derecho Público cede el paso ante el Derecho Privado; algo más, el fundamento del Derecho Público según el "jus naturalismo" es contractual; el contrato social explica la constitución de la sociedad política. Hoy nos encontramos, en cambio, en una época de decadencia del contrato, de "contratos dirigidos" así como hay una economía dirigida.

La idea de la justicia absoluta en el siglo XVIII encuentra su expresión filosófica en el derecho natural; y en los códigos su expresión formal.

Los códigos no solo buscaban entonces la reunión de máximas jurídicas o la evidencia de una unidad legislativa; constituían igualmente la expresión de un sistema filosófico, asumiendo el mismo significado que las declaraciones sobre garantías individuales en las Constituciones. El Código procuraba asegurar la libertad civil del individuo contra posibles ingerencias del poder público o contra desmedidas influencias de la nobleza o del clero. La Constitución por su parte, garantizaba al individuo en sus relaciones con el Estado.

Se ha visto ya en un estudio anterior el proceso de los primeros intentos de codificación en el Perú. Ahora resulta ya oportuno entrar en el estudio interno del Código Civil de 1852, empezando por un intento de ver la génesis de su plan.

Plan del Código de 1852.

¿En donde se inspiraron los jurisconsultos peruanos al trazar el plan del Código del 52?

Sabido es que la legislación romana, por lo general, no adoptó una forma orgánica. En sus documentos mas típicos hállanse materias tratadas fuera de lugar o ligadas a otras sin relación directa entre sí. Sólo en las *Institutas*, manual para estudiantes escrito por Gayo, jurista no muy original de la época de los Antoninos, surge la búsqueda consciente de un orden en los principios enunciados dentro del concepto de vínculo o dependencia entre ellos. Más tarde, las *Institutas* de Justiniano, también un libro didáctico destinado a los estudiantes, como preparación para el conocimiento del Código y el Digesto aunque con fuerza de obligar, repiten el orden creado por Gayo. Divídense ambas *Institutas* en la siguiente forma: 1er. libro: *Personas y Familia* (o sea el sujeto del derecho); 2.º libro: *Cosas, Propiedad y Testamen-*

to (El hombre en relación con las cosas, las somete a derechos llamados reales); 3er. libro: *Obligaciones y Contratos*—incluyendo la sucesión intestada (El hombre somete también a las cosas a derechos personales); 4.º: *Obligaciones derivadas de hechos ilícitos y Acciones* (El hombre frente al desconocimiento de sus derechos).

Jean Domat (1625-1695) en su obra clásica "*Las leyes civiles en su orden natural*" intentó la codificación del Derecho Privado e hizo uso de un estilo breve y enérgico, con párrafos numerados según un plan. (3) Como preliminar hizo una generalización sobre la ley y el derecho; luego trató al hombre en sí ("*Personas*") ; de su relación con la naturaleza ("*Cosas*") ; de su relación con los demás ("*Obligaciones y sus consecuencias*") ; y por último de su relación con el futuro ("*Sucesiones*"). Sabido es cuán enorme fué la influencia de Domat sobre los autores del Código Napoleón. Sin embargo, el plan de este Código no fué exactamente el mismo formulado por Domat. Los libros del Código francés son los siguientes: 1.º *Personas*; 2.º *Cosas y derechos reales*; 3.º *Diferentes modos como se adquiere la propiedad* (éste último con 1511 artículos del total de 2281 que tuvo ese Código).

Al incluir las sucesiones en el tercer libro, el Código francés corrigió el defecto de las Institutas que separaban la sucesión testada de la intestada. Más, por otra parte, en dicho libro hallanse agrupadas materias que no son afines; y en ellas habían adicionales deficiencias.

✱ El Código peruano de 1852 se dividió en los siguientes libros: 1.º *De las personas y sus derechos*; 2.º *De las cosas; del modo de adquirirlas; y de los derechos que las personas tienen sobre ellas*; 3.º *De las obligaciones y contratos*. No era el plan del Código francés porque este carece de un libro especial dedicado a los contratos y obligaciones, confundiéndolos en el libro tercero tantas veces mencionado. Tampoco era el plan de Domat porque no aislaba al derecho de sucesiones. Era, en realidad, el plan de las Institutas, refundiendo los libros tercero y cuarto de éstas.

El romanismo en el Código de 1852.

Se ve, pues, la enorme influencia del Derecho Romano en los primeros codificadores peruanos. Eran ellos, en realidad, co-

(3) Se ha utilizado la edición de París, 1713.

mo ya se ha visto, sumisos a la filosofía jurídica imperante desde fines del siglo XVIII. Ciertamente es que, a partir del movimiento medioeval llamado de la "recepción" en Europa, la influencia romanista había sido evidente. Al renacer su estudio en Italia y Francia penetró en la forma que le diera el Derecho justinianeo, también en España, tanto en la ley positiva como en la misma ciencia jurídica. En las Universidades (y en América San Marcos no fué, por cierto, una excepción a este respecto) solo se enseñó durante mucho tiempo el Derecho Romano, aparte del Derecho Canónico. (4) Lo que ocurrió en el siglo XVIII, sin embargo, fué que el "jus naturalismo" que encarnara la filosofía jurídica entonces dominante, al buscar la racionalización o generalización de las formas del Derecho, halló, por razones propias, su punto de apoyo también en el Derecho Romano.

Pero en esta racionalización del orden jurídico no sólo hubo una actitud de carácter tradicional en el sentido de utilizar un derecho muerto, sino consecuencias de carácter revolucionario; en esa racionalización existió tácitamente en el siglo XVIII y aun en el propio siglo XIX una actitud de rebelión contra los privilegios que por razones de orden sociológico e histórico habían adquirido instituciones como la Iglesia y la nobleza.

Un filósofo representante del "jus naturalismo", Leibnitz, había declarado su admiración por el Derecho Romano por su método geométrico, el vigor de sus concepciones lógicas, la aptitud para sacar principios permanentes de hechos pasajeros; pero se lamentaba de que el Derecho Romano hubiera tenido un sentido circunstancial, una adecuación a la realidad contingente de su tiempo.

Los "jus naturalistas" posteriores, ya en pleno siglo XVIII, pretendieron quitarle al Derecho Romano tal característica, limpiar ese polvo de las circunstancias históricas y crear un derecho universal. El intento de dar códigos en Austria, Prusia y Francia encarnó así la aspiración y el propósito de un Derecho Civil con carácter permanente.

De manera que el proceso que fué hacia la codificación y que inspiró el pensamiento de los codificadores coincide con la acción de diversas influencias. Los gobernantes tenían interés en que se hiciera la codificación para de este modo disminuir los fueros o derechos especiales; los filósofos, para darle al derecho

(4) R. Ríaza, "El Derecho Romano y el Derecho Nacional de Castilla, durante el siglo XVIII en "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales", 1929.

un sentido de orden con caracteres abstractos, y los juristas, por razones técnicas; pero al mismo tiempo, todas estas fuerzas coincidían con la boga o moda del derecho natural como fuente exclusiva del derecho privado

Es interesante por lo demás, ver el reflejo de todo este proceso aparentemente teórico, sobre la interpretación concreta de la realidad jurídica. (5) Por ejemplo, con la transformación operada en el contenido filosófico del Derecho por el "jus naturalismo" y el romanismo en relación con las normas, apareció la exaltación de la libertad y de la propiedad. La intervención del Estado en relación con la propiedad no se deriva (según el "jus naturalismo") de un dominio eminente sobre todas las tierras; surge porque el Estado funciona como árbitro y regulador de las relaciones privadas en beneficio de la paz, el orden y el interés común. El art. 545 del Código francés (copiado por el 462 del peruano) decía que no se puede obligar a ninguno a ceder su propiedad sino por utilidad pública legalmente declarada y previa indemnización de su justo valor, indicando el propósito de colocar al derecho de propiedad a salvo de los atentados del poder político. Y del mismo modo las servidumbres legales derivan de la naturaleza de las cosas o sea únicamente de la necesidad de hacer coexistir varias libertades individuales. Ya se verá en seguida qué limitaciones de hecho tuvo que afrontar en este campo el codificador peruano de 1852.

Los canales por los cuales el romanismo nutrió el pensamiento de los codificadores del 52, fueron, por lo demás, múltiples. Ya se ha mencionado, con las limitaciones pertinentes, el movimiento filosófico "jus naturalista". No está de más recordar, al mismo tiempo, que en buena parte del Derecho Castellano todavía imperante, existía una raíz romana. (6) Igualmente algunas llamadas novedades introducidas en el Código francés o llegadas hasta aquí a través del Código de Santa Cruz, pero de inspiración napoleónica, provenían de la misma fuente clásica. Bien es verdad que muchas veces los legisladores de Francia "convirtieron su Derecho Romano mal conocido en buen De-

(5) Ver "Expansao do Direito Romano" e "Influencia Universal do Direito Romano", vols. II y III del curso de Derecho Romano por Abelardo da Cunha Lobo. —Río de Janeiro, 1931; F. C. Savigny "Storia del diritto romano del medioevo". Trad. italiana de M. Bollati con note e giunte inedite, I, Turín 1854;—R. Ureña "Historia de la literatura jurídica", 2 vols. Madrid 1906.

(6) Véase sobre la "Historia del Derecho Romano en España", el capítulo II de "Cuestiones de Historia del Derecho" por Rafael Altamira, Madrid, 1914, que todavía conserva gran actualidad.

recho francés". Así, por ejemplo, interpretaron erróneamente la ley romana de usucapión con respecto a la propiedad robada; pero la ley que adoptaron (tomada, en realidad, de la costumbre del norte de Francia) resultó mejor para la vida de una sociedad moderna. La muerte civil (que el Código Civil francés aceptó y los codificadores peruanos no copiaron) fué, por otra parte, una mezcla de Derecho primitivo de la legislación de Luis XIV contra los hugonotes y de la legislación de Francia revolucionaria contra los emigrados, mucho mas atrasada que el Derecho de Justiniano. (7)

Independientemente de toda sutileza filosófica y de todo dato histórico, de Roma provinieron además en el Código del 52 las definiciones y distinciones jurídicas en general, el cuadro de los derechos reales, las modificaciones de la propiedad, la doctrina de la accesión, de las servidumbres y tantos otros conceptos más. También son romanizados (dentro del sentido de las escuelas romanistas, medioevales y canónicas) los artículos sobre obligaciones y contratación, con determinadas concesiones a la realidad del sistema económico y social proveniente del Coloniaje.

No debe olvidarse cuán excelente formación clásica tenían los autores del Código. Cuando ellos estudiaron en el colegio universitario y en la Universidad, todavía la enseñanza no se reducía a los textos vigentes; la misma dispersión y heterogeneidad de estos, hacia necesario el estudio de las fuentes antiguas. Uno de dichos codificadores, precisamente, don Manuel Pérez de Tudela, había enseñado Derecho Romano en San Marcos con lucimiento. (8)

A propósito del Código Civil argentino, Alfredo Colmo ha enumerado una serie de formas romanistas que han resultado anacrónicas o nocivas; entre otras, la tradición en vez de la publicidad en los derechos reales; la solidaridad extendida a casi todos los efectos accidentales de las obligaciones respectivas; la ausencia con largos plazos; la prescripción en análogo carácter;

(7) Los errores históricos del Código francés en relación con el Derecho Romano fueron, como es sabido, puestos en claro por Savigny en su famoso "Estudio sobre la vocación de nuestro tiempo para dar leyes", 1814. Una moderna discusión del mismo tema en "Interpretations of Legal History" por Roscoe Pound, New York, 1913.

(8) En su "Plan del Perú", Vidaurre elogia al maestro de Instituta, Derecho Patrio y Práctica, don Manuel Antonio Noriega, y agrega: "El Dr. D. Manuel Pérez Tudela, discípulo de Noriega, ha continuado la misma enseñanza. Este nuevo árbol va produciendo excelentes frutos. Yo desearía que sus lecciones no fuesen de Derecho Romano". (Pág. 140).

el sentido absoluto del dominio; los caminos abiertos para los efectos retroactivos y las acciones contra terceros de buena fe; la sociedad civil; la renta vitalicia; la anticresis; la responsabilidad "ultra vires" del heredero, etc. etc.

Influencia castellana.

El Derecho Castellano pudo influir sobre el Código Civil de 1852 en sus dos aspectos: como Derecho Civil peninsular elaborado para Europa; y como Derecho especial para América, o sea como Derecho Indiano. Podríase suponer, mirando superficialmente, que debió ser el Derecho Indiano el que influyera más. Si el Derecho Indiano en ordenanzas como las relativas a la condición, a las tierras y al trabajo de los indios había pecado por su falta de cumplimiento, correspondía a la República libre e independiente hacer que dichas ordenanzas entraran en vigencia. Y si ellas eran utópicas o inadecuadas, correspondía a los codificadores de la República libre e independiente dictar otras sin mengua del espíritu de justicia social teórica que las inspirara. No ocurrió así, sin embargo. El Derecho Indiano quedó derogado y olvidado. ¿Por qué Francisco Javier Mariátegui, por ejemplo, que luchara tanto en la primera comisión codificadora contra los privilegios de la Iglesia en la vida civil, nada dijo sobre los privilegios de orden racial y social?. No es posible suponer que al actuar así los codificadores, obraran con un deliberado propósito de dejar a los indios a merced de quienes quisieran oprimirlos. Francisco Javier Mariátegui era un ideólogo radical; las comisiones codificadoras tuvieron miembros afines a él; y aún en los más conservadores pudiera suponerse un sentimiento de respeto para la antigua legislación tutelar. Los codificadores de 1852 procedieron en realidad siguiendo aquí la filosofía teórica y racionalista de su tiempo que no podía comprender sino al individuo abstracto; y hasta tal vez equiparando al indio con ese individuo abstracto, creyeron hacerle un servicio porque no quedaba en condición más baja que la del resto de los peruanos.

La influencia española fué, pues, primordialmente la influencia de la antigua legislación castellana acerca de la cual se hablará en seguida.

Pero no debe olvidarse tampoco el Derecho español propiamente dicho que llegó hasta los codificadores peruanos a través del intento de Código Civil de 1821 y de los proyectos prepara-

dos entre 1836 y 1851. (Proyecto de Pablo Gorosacal; proyecto de Manuel María Cambronero, completado por otros juristas en 1836 y oficialmente presentado a las Cortes en 1839; trabajos de la primera comisión codificadora (1843-1846) complementados en 1851) (9). España siguió pesando jurídicamente sobre sus antiguas colonias por un fenómeno puramente cultural; a pesar de haber concluido la época en que les dictaba la legislación por medio de un proceso de "concesión expansiva".

Volviendo a la influencia española en su sentido tradicional o histórico dentro del Código del 52, quizá algunos ejemplos sirvan para dar idea de su importancia. La institución de la esclavitud tiene un origen colonial y, por ende, ahí se originan las disposiciones del Código sobre manumisión, ingenuos, siervos y libertos. Muchos de los principios fundamentales consignados en el Código sobre la familia, provienen también de raíces coloniales. Aquí la diferencia con el Código francés fué marcada. Sabido es que los redactores de este Código no tuvieron un espíritu anti-religioso; pero que consignaron el divorcio y la celebración laica del matrimonio. El Código peruano del 52, después del largo debate que Vidaurre iniciara con su proyecto asume, por el contrario, una posición fundamentalmente conservadora en este punto, actitud antidivorcista y tridentina que resulta prolongando la realidad colonial, o sea el inmediato Derecho castellano aunque implica una ingerencia canónica en la vida civil.

Otra huella española pero ya exclusivamente histórica está en los gananciales que habían perdurado como un brote robusto de la influencia germánica sobre el Derecho hispánico.

En la sección cuarta relativa a los contratos reales del libro tercero sobre obligaciones y contratos, el Código legisló acerca de los censos enfiteútico, consignativo y reservativo. Aquí se inclinó una vez mas a favor de la tradición castellana y en contra del modelo francés. Aún autores españoles como el del famoso "Febrero" se había pronunciado contra la enfiteusis. El Código se limitó a decir en su artículo 1907, que nunca revive el censo enfiteútico extinguido por alguno de los modos que él mismo señala. Y el art. 1909 prohibió gravar los bienes inmuebles con censos o vinculaciones perpetuas, reiterando el contenido de la

(9) El Vicepresidente de la comisión codificadora, don Florencio García Goyena, presidente, a su vez, de la sección encargada del Código Civil, discurrió el proyecto extensamente haciendo el estudio de cada artículo, en "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español", Madrid 1852, 4 volúmenes.

ley 7, libro 10 de la Novísima Recopilación y el art. 6 de la Constitución, entonces vigente.

La propiedad inmueble durante la época colonial había estado sustraída en gran parte al régimen movable de la compra venta. La propiedad siguió en proporción importante "amortizada", es decir en manos que no podían disponer de ella o "vinculada" es decir privada de su condición de libremente enagenable o trasmisible "inter vivos" o "mortis causa", sujeta por lo tanto a un orden predeterminado e irreformable mediante un lazo que unía indefinidamente la porción de bienes vinculados dentro de un todo jurídico separado del comercio y adscrito a una familia, entidad o persona determinada según las reglas de un llamamiento sucesorio preestablecido e inalterable. Podían ser las vinculaciones civiles o eclesiásticas. Los censos y los arrendamientos perpetuos o de larguísimo plazo servían para el manejo de estas propiedades. Desde los juristas medioevales se había elaborado la teoría del desdoblamiento del dominio que los romanos no desarrollaron, esa separación entre el que gozaba de la cosa y el que conservaba un nudo derecho sobre ella. La Constitución de 1828 y la ley de 20 de diciembre de 1829 (repetición de la ley española de 27 de setiembre de 1820 restablecida el 30 de agosto de 1830) habían ido a la abolición de las vinculaciones laicales y la ley de 4 de setiembre de 1849 había dado reglas de aplicación del mismo precepto. Pero quedaban subsistentes las vinculaciones eclesiásticas. Tan importantes habían sido ellas durante la época colonial, entregadas en buena parte en forma de censos que, según cuenta el virrey Manso de Velasco en su "Memoria" después del terremoto de 1746 se quiso cambiar de lugar a la ciudad de Lima, proyecto que los censatarios acogieron con beneplácito y que los censualistas o dueños de propiedades, principalmente pertenecientes al estado eclesiástico, rechazaron. Existían diversos contratos que haciendo una aplicación históricamente inexacta de la palabra censo, el Código del 52 reunió bajo ese nombre. Si en la finca afectada el censualista conservaba un dominio más o menos definido (que le permitía ciertos derechos preferenciales o de privilegio o de prioridad incluyendo el tanteo y retracto y el de percibir una suma llamada laudemio en caso de enagenación) surgía entonces la figura del censo enfiteútico. Si, en cambio, el censualista no conservaba el dominio de la cosa, habiéndolo tenido antes, gravándose los frutos para el pago del canon en su favor, único derecho que se "reservaba", era un censo reservativo.

Si lo que había sido entregado era un capital gravándose la propiedad de quien recibía este capital con una pensión a favor del dueño de él, era un censo consignativo, contrato éste último que alcanzó gran importancia en el Derecho Castellano después de la conquista de América. Significado análogo tenían ciertos contratos "sui generis" de los cuales el Código Civil (respetuoso con los ya mencionados) no se ocupó, como el "derecho de llave" en Lima, o sea el pacto anexo a algunos arrendamientos por el cual el dueño primitivo de la finca concedía al arrendatario el derecho de ocupar, usar y usufructuar el inmueble con facultad de traspasar sus derechos libremente a terceras personas; en este caso el dueño no conservaba más derecho que el de percibir indefinidamente una renta en dinero que no podía ser aumentada. En realidad, como lo demostró el Dr. Villarán en un dictamen de 1916, la semejanza entre el "derecho de llave" y el censo aceptó el retracto de bienes muebles.

En el régimen sucesorio se nota, dentro del Código Civil de 1852, que el romanismo y el canonismo rivalizan con los elementos propios del Derecho Castellano. Entre éstos, la mejora aparece con una peculiar capacidad de supervivencia. El Código del 52 mantiene la legítima de un quinto y además de ella la mejora de un tercio, proveniente de la época colonial, o sea la figura que los juristas antiguos llamaron la mejora de tercio y quinto. Así mismo conserva la institución de las reservas, tanto la llamada ordinaria como la extraordinaria (Título 6.º, sección 5a., libro 2.º), la desheredación (Título 16, sección 4a., libro 2.º) y la colación de bienes (Título 20 de igual sección y libro). El retracto, tanto de comunidad como el gentilicio correspondía a idéntica genealogía hispánica. El Código peruano ostenta a este respecto un conservadorismo mayor que el del posterior Código español, pues aceptó el retracto de bienes muebles.

Influencia canónica.

La influencia del Derecho Canónico estaba enlazada con la del Derecho Castellano. En él, leyes venerables como el Fuero Juzgo y las Partidas lo habían recibido. La entrega de la familia a la autoridad de la Iglesia se halla en el Código del 52 aparentemente atenuada por la implantación de los registros del estado civil; pero esta reforma laica no se puso en vigencia hasta 1875 y la Iglesia conservó su vigilancia sobre los tres actos mas importantes de la vida humana: el nacimiento con las partidas

parroquiales; el matrimonio con la subsistencia de la ceremonia religiosa refrendada por el acatamiento de la legislación civil, y la muerte por la extremaunción y el dominio religioso sobre los cementerios. En cuanto al matrimonio, ya se ha visto el respeto del Código del 52 a los preceptos canónicos en lo sustantivo y en lo referente al fuero. De acuerdo con este espíritu, no asombra hallar títulos especiales en el Código sobre clérigos, patronatos y fundaciones. Para el Código, decía en sus clases de Derecho Civil el doctor Plácido Jiménez, las personas según el estado civil son laicos y clérigos, reconociendo como sacerdotes únicamente a los del culto católico. Al prescribir que para ejercer los sacramentos en general los clérigos de órdenes menores deben llevar corona abierta y vestir hábito talar, (art. 84) el peinado y el vestido resultaron materia de codificación.

Cierto es, por otra parte, que algunos artículos del mismo título no tienen un espíritu de sumisión sino por el contrario, un afán de supervigilancia, trasunto del espíritu regalista que había sido tan fuerte en el derecho positivo y en la literatura jurídica del siglo XVIII. Así, el art. 86 decía que es prohibido a los regulares vivir fuera de sus conventos sin licencia de sus preladados y conocimiento de la autoridad civil. El Código reiteraba aquí, osados decretos de la época de San Martín y de Santa Cruz. El art. 87 fijaba la edad mínima de 25 años para prestar votos religiosos a las personas de ambos sexos.

Según el art. 92, para obtener del Romano Pontífice dispensas, indultos u otras gracias era necesario acudir con las respectivas preces y por medio del diocesano al Supremo Gobierno. Los indultos, dispensas y gracias que se consiguieran de otra manera se tendrían por no expedidos. En cambio, el Código era manifiestamente conservador cuando trataba de los vastos efectos emanados de la prestación del voto de pobreza y castidad en la profesión religiosa.

Los artículos 1189 y siguientes se ocupaban de las capellanías. Consistían estas en la fundación de una renta de que debía gozar una persona con la obligación de celebrar o de hacer celebrar cierto número de misas o desempeñar ciertos cargos. Las llamadas colativas o eclesiásticas habían sido instituidas por autoridades de este carácter y servían de título para ordenarse. En realidad, tanto ellas como las legas, formaban una vinculación y el Código dispuso que ninguno pudiera fundarlas (art. 1194); pero legisló sobre las ya existentes, así como sobre el derecho de

patronato privado o sea el derecho de presentar la persona que había de obtenerlas.

En varios artículos (627, inciso 2.º; 709, inciso 1.º, 1901, inciso 4.º y 1915) el Código mencionó las manos muertas o sea aquellas en quienes se perpetuaba el dominio de los bienes por no poder enagenarlos. Aunque tenían estos artículos un objeto preventivo y limitativo, en realidad reconocían dicha institución y servían para hacer ver la enorme importancia que conservaba en la vida económica y social.

Saliendo ahora del examen detallado de artículos e incisos para ir a un plano mas general, cabe decir que el reconocimiento de la existencia de las manos muertas, de las capellanías y de los censos, impidió que el Código del 52 tuviese un significado sobre la propiedad equivalente al Código de Napoleón. El orden jurídico burgués individualista y liberal halló aquí un escollo en el antiguo régimen, cuyas raíces no habían podido ser destruidas por la Revolución emancipadora.

Al prohibir que fuesen herederos las manos muertas, el confesor del testador y el alma del testador el Código, sin embargo, demostró una vez más que su respecto a la tradición no era sin límites.

Influencia francesa.

La influencia francesa llegó al Código del 52 por varios conductos directos: 1.º los precursores del Código, especialmente Domat; 2.º el Código de Napoleón; 3.º los primeros comentaristas del Código, como Duranton (1825-37), Aubry y Rau (1838-44).

Debería hacerse un estudio especial sobre la influencia de Domat. Aunque muy importante, ella ha sido exagerada por algunos.

No falta, por otra parte, los que han visto en el Código peruano de 1852 un simple caso de "recepción mecánica" del Código francés. En un libro tan reciente como el que ha escrito el autor argentino Abel Chañeton sobre la vida y la obra de Velez Sarsfield, que, como es sabido, preparó el Código Civil de ese país, se repite el mismo concepto. (10). Ya algo se ha visto acerca de la inexactitud de él. Raúl de la Grasserie escribió largas páginas para resumir las diferencias entre la legislación peruana y la de su país, y llegó a agregar lo siguiente, refiriéndose

(10) Historia de Vélez Sarsfield, Vol. II, pág. 182, Buenos Aires, 1937.

al Código del 52: "Des idées originales, sensées au même temps, logiques a la fois et pratiques s'en digagent, et les législateurs des autres nations pourraient en faire souvent leur profit". (19).

Las diferencias entre el Código del 52 y el francés son resaltantes en múltiples tópicos. Entre ellos: prodigalidad, ausencia, clérigos, esclavos, esponsales, concepto del matrimonio, reglamentación de la separación de cuerpos, deuda alimenticia, tutela (acerca de la cual dice Grasserie que hay disposiciones nuevas, importantes y originales, incluyendo la extensión de la tutela testamentaria y el desenvolvimiento de la tutela legal) filiación, semovientes, posesión, invención (materia sobre la que era asaz lacónico el Código francés) usucapion de muebles, prescripción liberatoria, donación (donde también encuentra Grasserie originalidad en el Código peruano), testamentos con facilidades para el notarial y severidades para el privado, mejora, desheredación total (desconocida en Francia), sustitución de herederos, comunidad de bienes del régimen matrimonial, gananciales, parafernales, reservas, lesión, retracto, etc.

A pesar de todo, el Código del 52 fué en cierta manera, un resultado de la Revolución de la Independencia hecha bajo la fascinación de la Revolución Francesa y toda la adecuación de la vida jurídica al principio de la igualdad civil, proviene de esa misma fuente. Instituciones como los registros de estado civil y el consejo de familia se hallan en el mismo caso. Cabe afirmar que, si en general, las disposiciones sobre dominio y obligaciones se inspiraron en el Código napoleónico, con un "substratum" romano y ciertas concesiones al orden social colonial, en cambio, la huella española y canónica es más honda en los artículos referentes a la familia y a las sucesiones.

Los primeros comentaristas franceses pertenecieron a la llamada "escuela de la Exégesis". Para ésta, el Derecho Civil estaba íntegramente contenido en el Código Civil, la solución de toda cuestión jurídica debería buscarse en el articulado de ese libro y para todo problema de Derecho había que consultar la voluntad expresa o tácita del legislador. El representante más genuino de esta escuela viene a ser el catedrático de la Universidad de París que decía: "Yo no enseño Derecho Civil, enseño el Código de Napoleón". No cabe duda que los primeros representan-

(11) Raoul de la Grasserie, "Code Civil Peruvien", pág. 8, París, 1898.

tes de la escuela de la Exégesis fueron conocidos por los codificadores peruanos. Además, toda la orientación de la enseñanza del Derecho estuvo influenciada en el Perú durante largos años, casi hasta nuestros días, por ese mismo concepto.

La influencia francesa sobre el Código de 1852 operó también a través de una vía indirecta: el Código Santa Cruz. Artículos que algunos han considerado como tomados del Código Santa Cruz, lo fueron en realidad del Código Napoleón, como ha de verse más adelante.

Heinecio y el Código Civil del 52.

¿Cabe hablar de una influencia alemana en el Código Civil de 1852? Primeramente, es preciso distinguir en forma clara entre influencias germanas e influencias alemanas. Las influencias germanas existían adheridas a la gran corriente de la influencia castellana. En el desarrollo histórico de este Derecho, el germanismo aparece con la invasión visigoda; lucha contra la romanización que se opera en los elementos cultos o cortesanos, al consolidarse el Estado visigodo; se mantiene entonces, sobre todo como costumbre, al margen del Derecho oficial; y al quedar destruido el Estado visigodo por la invasión árabe reaparece potente, gracias precisamente a sus raíces populares, en los primeros tiempos de la Reconquista. Una parte muy valiosa de la obra, histórico-jurídica de Eduardo de Hinojosa tiende, por eso, a señalar el valer del elemento germánico en la evolución histórica del Derecho Castellano.

Si lo germano se diluyó dentro de lo castellano y no puede además ser confundido con lo alemán so pena de caer en un tremendo y elemental error histórico, ¿dónde está la influencia alemana en nuestro Código del 52?. Se ha dicho que esa influencia alemana propiamente dicha en el Código del 52 estaría en la parte relativa a la familia a través de la ideología de Heinecio. El argumento podría ser formulado de la manera siguiente: la idea orgánica y social del matrimonio, en función de Dios, de la sociedad y de los hijos se halla reemplazada en el Código por la idea contractual, dentro de la cual están interesados sólo los cónyuges y los hijos, de acuerdo con las sugerencias derivadas del texto de Heinecio.

Esta tesis puede ser refutada desde varios puntos de vista. La idea contractual del matrimonio no era, por definición, hostil a la interpretación religiosa de dicha institución. Son numerosos

los padres de la Iglesia que aceptaron simultáneamente, el sacramento y el contrato. En el Concilio de Trento se discutió largamente si el contrato y el sacramento eran independientes o inseparables. La Encíclica "Arcanum Divinae Sapientiae" de 10 de Febrero de 1880, también puede citarse al respecto. La tesis oficialmente adoptada por la Iglesia Católica fué la de que el matrimonio fué un contrato "sui generis", hasta que Cristo hizo de él un sacramento. La interpretación contractualista no fué, pues, inventada por el laicismo. No porque se hable de matrimonio-contrato se contradice a la Iglesia. Lo que ocurrió fué que al irse a la laicalización del Derecho desde principios del siglo XIX, perdió fuerza el matrimonio-sacramento, quedando en cambio, el matrimonio-contrato, cuya concepción resultaba armonizando con aquel momento de apogeo de las teorías contractualistas (contrato social, etc). Además, no toda forma jurídica civil o laica del matrimonio implica obligatoriamente la idea del contrato. Desde los tiempos de Savigny e Ihering, el matrimonio-institución jurídica se ha abierto camino en la doctrina. (12) ¿Cómo negar, por otra parte, el tradicionalismo del Código del 52 en este asunto? ¿Cómo decir que se aparta de la tradición católica para seguir una doctrina extranjera? El artículo 156 que menciona al Concilio de Trento como fuente del Derecho matrimonial y el artículo 138 que entrega a los tribunales eclesiásticos las causas relativas al matrimonio y al divorcio, son harto elocuentes. El Código peruano permitió, como es bien sabido, sólo el matrimonio de los católicos y fué más conservador que la legislación chilena, donde una ley de 1844, en forma disimulada, aceptaba el matrimonio de los individuos de distinta religión, y que el proyecto español del 51 que hablaba de los cánones admitidos en España. Fué el nuestro, como ya se ha visto, un Código proveniente de una reacción conservadora. El único artículo que perduró después de esa reacción conservadora fué el artículo 143 que decía: "La ley no se encarga para los efectos civiles de los demás impedimentos que se hallan establecidos por la Iglesia o que requieren ser dispensados por ella". No es, pues, heineciano el Código del 52 al hablar del matrimonio. Es fundamentalmente tradicionalista. Modérase esta influencia por la francesa. Todo

(12) Véase a este respecto el libro de Julien Bonneau "La Philosophie du Code Napoleon appliqué au droit de famille. Ses destinées dans le droit civil contemporain". Este libro se publicó por partes en "Revue Générale de droit" en 1920 y 1921.

el articulado sobre derechos y obligaciones nacidos del matrimonio es una reproducción exacta del Código de Napoleón.

En realidad, la influencia de Heinecio en esta parte se reduce a la definición del matrimonio contenida en el artículo 132. Además esta misma influencia es fácil de encontrar en la parte referente a la división de estado natural y civil de las personas.

Influencia del Código Santa Cruz.

El Código de Santa Cruz, único que existía entonces en América y que había regido por breve tiempo en el Perú, enseñó a los codificadores peruanos del 52, la tendencia de adecuar el ambiente jurídico influenciado por la tradición española, a las disposiciones del Código francés. Conservó también instituciones tomadas directamente del Derecho Castellano, como el retracto gentilicio o la mejora, o la patria potestad de la madre; e introdujo al mismo tiempo una serie de disposiciones transcritas del Código de Napoleón. Aparte de esta influencia en la actitud, hubo además un aspecto en que se constata sobre el Código peruano una influencia conceptual del Código boliviano, en lo relativo a la herencia de colaterales, para lo cual el Código del 52 fijó el 4.º grado como último, de acuerdo con el Código boliviano que copió a la "Librería de Escribanos" de Febrero en su cap. I, 820 y en el libro 2.º cap. 1.º donde las leyes 3.ª., título 9 libro 1 y 9 título 10, libro 1.º de la Novísima Recopilación fueron erróneamente interpretadas como derogando la ley correspondiente de las Partidas.

Supuestos trasplantes del Código Santa Cruz al Código de 1852, lo fueron en realidad, del Código Napoleón. Tal ocurre, por ejemplo, con todos los artículos a los cuales alude el Dr. Alfonso Benavides Loredó en su tesis doctoral. (13) Es cierto que los artículos 1 y 2 del Código Santa Cruz en su "Título Preliminar" son los del mismo número y título en el Código de 1852; pero léese en el art. I del Código Francés igual frase: "Las leyes son obligatorias en todo el territorio francés en virtud de su promulgación" y en el art. 2.º "La ley no dispone sino para el porvenir; ella no puede tener efecto retroactivo". Comparaciones semejantes pueden hacerse en todo el "Título Preliminar". El artículo 89 del Código Santa Cruz sobre la necesidad del mutuo y libre consentimiento para el matrimonio que se supone inspiró el

(13) A. Benavides Loredó, "Bosquejo sobre la evolución política y jurídica de la época republicana del Perú".—Lima, 1918. Págs. 247 y 248.

artículo 133 de 1852, tiene su fuente en el artículo 146 del Código francés, con igual redacción.

El artículo 129 del Código Santa Cruz sobre las obligaciones matrimoniales de fidelidad, socorro y asistencia se repite en el artículo 174 del Código de 1852, pero ambos corresponden al artículo 212 del Código francés.

El artículo 129 del Código Santa Cruz sobre la protección que debe el marido a la mujer y la obediencia de ésta al marido, es el artículo 175 en el Código de 1852; idéntico precepto se halla consignado en el artículo 213 del francés.

Sobre la condición de la mujer nacional casada con extranjero y de la extranjera casada con nacional a que aluden los artículos 8 y 11 del Código Santa Cruz y 41 del Código del 52, véase igualmente los artículos 12 y 19 del Código francés.

Idéntico es el caso de los otros artículos que han sido presentados como prueba de la supuesta influencia boliviana. Así, el artículo 169 del Código de Santa Cruz que es reproducido en los artículos 221 y 223 del Código del 52 han sido tomados en realidad del 312 del Código francés; y el artículo 173 del Código Santa Cruz es idéntico a los 264 y 268 del Código de 1852 con una común inspiración en el 264 y 332 del Código francés.

Influencias tradicionales e innovadoras.

En otra forma, puédesse mencionar también la existencia de influencias de orden tradicional y de orden innovador. El tradicionalismo está, en general, representado por el elemento canónico, el castellano y una parte del elemento romano. El elemento innovador está representado, en general, por la influencia francesa. Pero esto no es una regla absoluta. Así se ve tendencias igualitarias en el Código del 52 que no tienen origen francés. Por ejemplo, cuando el Código reconoció la patria potestad de la madre, no siguió al Código de Napoleón sino una influencia del Derecho español. Cuando el Código del 52 no aceptó la muerte civil, se alejó también del Código Napoleón. La influencia tradicional se vé en los artículos sobre clérigos, vecinos y auxiliares, ingenuos, siervos y manumisos, el matrimonio sujeto al Concilio de Trento, la no existencia del divorcio, la desigualdad de los hijos, los gananciales, la legítima, el retracto aún tratándose de muebles, la mejora, la desheredación total, las reservas, las capellanías, los patronatos, las manos muertas, los censos, la falta de publicidad de los derechos reales, etc. Abolió el Código

instituciones condenadas por el tiempo como los bifeicomisos, los testamentos por comisario y los testamentos en común. Introdujo organismos nuevos como el consejo de familia y los registros de estado civil. Sus reformas abarcaron múltiples temas como las solemnidades de los actos de última voluntad, la edad para la emancipación, la guardaduría, la prescripción, la herencia de hijos ilegítimos y los contratos. Reconoció la esclavitud; pero con habilidad que recuerda al derecho pretoriano otorgó facultades a los jueces que podían ser ejercidas en favor de los siervos.

El Código del 52 y la Costumbre.

El Derecho Romano y por consiguiente los glosadores y los post-glosadores que en la Edad Media lo estudiaron no miraro a la costumbre con simpatía. Los romanos creían que ninguna ley podía ser válida si no se imponía por la colectividad, o sea que la regla jurídica nacía por el tácito consentimiento del pueblo. Pero este consentimiento era difícil de probar y como se fué definiendo la autoridad del soberano, se dijo que el soberano o emperador venía a actuar a nombre del pueblo. A principios del siglo XIX se desarrolló en Alemania, como reacción contra la influencia del Código de Napoleón, la *escuela histórica* para la cual el derecho es un producto espontáneo del alma del pueblo; esta actitud de la escuela histórica reivindicando el alma del pueblo significa una reivindicación de la costumbre, una protesta contra la ley escrita que podía imponer un Derecho extranjero o exótico. Pero la escuela histórica no pudo impedir el movimiento de la codificación a principios del siglo XIX.

En esta batalla, la victoria fué, pues, del "jus naturalismo". En el Perú ni siquiera se recibió la influencia de Savigny ni la de los demás representantes de la escuela histórica, a pesar de que Vidaurre cita a este autor en su proyecto de Código Civil de 1834.

Inútil es ya insistir acerca de las razones por las cuales dentro de la primera época de las codificaciones, la costumbre fué despreciada como fuente de derecho. Al lado de las razones doctrinarias había todavía otras más en América del Sur. Faltaban datos para conocer las costumbres de estos países. Sociedades cambiantes las nuestras, pertenecían a Estados en formación; dentro del punto de vista del siglo XIX, la marcha histórica iba de lo primitivo o retrógrado hacia lo culto o progresista. En muchos casos, la costumbre provenía del régimen colonial tan odiado entonces; después de la Independencia parecía una cuestión de

honra nacional tener leyes nuevas. Por lo demás, la costumbre presentaba el inconveniente de la dificultad en la prueba.

Hubo, sin embargo, influencia de la costumbre en el Código del 52. No se puede afirmar pedantemente que él fué un Código anti-costumbrista. La costumbre no aparece allí, por cierto, como elemento yuxtapuesto a la ley; pero, aparece como elemento inspirador del legislador. En su "*política jurídica*", los hombres que redactaron el Código del 52 tuvieron una actitud respetuosa ante la costumbre que su "*dogmática*" se negaba a aceptar.

Prueba de ello es toda la serie de disposiciones sobre clérigos, matrimonio religioso, inexistencia del divorcio, herencia, reservas, retracto, capellanías, patronato, esclavitud, etc.

Véase ahora, rápidamente, el valor de la costumbre como fuente del derecho en el Código del 52.

Hay costumbres contra la ley, costumbres fuera de la ley. y costumbres con la ley. El artículo 6.º del título preliminar del Código del 52 dice que las leyes no se derogan ni por la costumbre ni por el desuso; y el artículo 9.º del mismo título dice que está prohibido a los jueces el juzgar por ejemplos.

Aquí el legislador se aparta de la tradición española y se aparta, inclusive, del cauce que siguió el Derecho Civil español, porque el Código Civil español (posterior al peruano), en el artículo 6.º dice que el tribunal no debe rehusar su fallo con el pretexto de oscuridad en las leyes; y que cuando "*no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar*", y en su defecto, los principios generales del Derecho (14).

El Código peruano del 52 desconoce la costumbre contra el Derecho y la costumbre fuera del Derecho. La costumbre según la ley, no significa nada porque se está aplicando la ley. Hay que advertir que no porque haya costumbre coadyuvante, gana ella fuerza de ley.

Tampoco el Código del 52 acepta la otra forma de costumbre, que es la costumbre judicial o sea la creación de una norma mediante los fallos de los jueces o tribunales. La interpretación de una ley no adquiere autoridad para otro caso. Puede ejercer una influencia de carácter moral; pero no existe obligatoriedad en el sentido de que un fallo esté sujeto a otro fallo anterior.

(14) Para un estudio detenido de este artículo, ver Felipe Clemente de Diego, *Fuentes del Derecho Civil Español*. Madrid, 1922. Cap. I. "El art. 6.º del Código Civil Español" y Cap. III. "Las fuentes del Derecho Civil".

Cabe hallar, sin embargo, a veces, leyendo determinadas páginas del Código del 52, alusiones a la costumbre. Son los artículos 1569, inc. 2.º; 1585; 1587, inc. 5.º; 1595, inc. 6.º; 1633, inc. 2.º. Al hablar, por ejemplo, de la locación dice que puede adoptarse la costumbre a falta de convenio de las partes en el contrato para la rebaja de la renta en caso de calamidades que menoscaben la cosecha o para fijar el tiempo de la cosa arrendada o para los reparos que deben hacer el locador o el conductor, o para la entrega de la cosa arrendada o para la tasación de las mejoras hechas en la finca.

En estos casos la costumbre no está reemplazando o supliendo a la ley, sino aparece como subsidiaria de la voluntad de los contratantes. Primero está lo pactado y después la costumbre, si es que los contratantes no han arreglado el trato y si no existe ley adversa.

En realidad cabría aplicar aquí la distinción sutil entre costumbre y uso. El uso es la cláusula tácita sobreentendida en un convenio, por la cual las partes arreglan sus relaciones según la práctica establecida. El uso tiene fuerza de convenio y no fuerza de ley.

Este desapego del Código Civil del 52 ante la costumbre, repercutió contra el derecho indígena, que es esencialmente consuetudinario, y que había sido aceptado como fuente supletoria del Derecho Indiano. En efecto, la cédula de Valladolid de 6 de Agosto de 1555 incluida en la ley 4.º título I, libro II de la Recopilación de Indias, decía: "*Ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres derivadas y guardadas después que son cristianos* y que no se encuentren con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de este libro y las que han hecho y ordenado de nuevo, *se guarden y ejecuten* y siendo necesario por la parte las aprobamos y confirmamos con tanto que Nos podamos añadir lo que fuésemos servidos y nos pareciese que conviene al servicio de Dios Nuestro Señor y al Nuestro y a la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas provincias no perjudicando a lo que tienen hecho ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos".

El Derecho consuetudinario indígena y no indígena vivió, sin embargo, a pesar del Código Civil después de 1852. La comunidad indígena lo atestigua.

Lo mismo ha pasado en otros campos jurídicos. El duelo no

ha podido ser prescrito por el legislador. La huelga irrumpió en las relaciones entre el capital y el trabajo, muchas veces contra el mandato del Estado. Hasta en los formulismos para la notificación de las providencias judiciales, suele omitirse normas que la legislación procesal indica. Y así también en la órbita civil. Es precisamente para esta vasta zona de costumbres o usos de los grupos sociales atrasados o impermeables que se ha creado la expresión "folk-lore jurídico". El profesor de París Rene Mau-nier ha estudiado el tema con detenimiento. (15) Derecho al margen del derecho y que los juristas no sospechan; escrito en los corazones y transmitido por la obra o el acto; nunca promulgado, formulado ni codificado; derecho local; derecho privado, en el sentido de no ser publicado; oficioso y no oficial; aceptado y no establecido; creación de los gobernados y no de los gobernantes; lo lícito al margen de los Códigos, o lo ilícito secretamente realizado. El Estado puede ignorarlo; puede intentar su pronta extirpación a medida que se propague la llamada "civilización"; puede combatirlo con éxito o sin él; puede tolerarlo; o puede aprobarlo expresamente (esto último entre nosotros no existe). Dentro de la órbita civil funciona principalmente en la institución matrimonial, en la vida familiar, dentro de las relaciones entre parientes, esposos e hijos y en la vida contractual en relación con la propiedad, la posesión y convenios diversos sobre casas, terrenos, sembríos y cosechas.

Que tengan cuidado, sin embargo, los que "descubran" el Derecho consuetudinario en el Perú. El romanticismo jurídico no es ante él procedente. Cosas distintas son anotar la existencia de la costumbre y caer en el éxtasis ante ella. Por ejemplo, son numerosos los autores de tesis para el bachillerato en Derecho, que hacen el elogio del "servinacuy" o "tinkunakuspa" o sea del llamado matrimonio de prueba que existe en determinadas circunscripciones indígenas. Hasta el severo recinto de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 se llevó el problema del "servinacuy" o matrimonio de prueba. Pero ¿se trata, en realidad, de un matrimonio de prueba?. Esta unión sexual sin ceremonia civil ni religiosa ni "affectio maritalis" ¿no es más bien una modalidad del concubinato? He aquí un tema cuya dilucidación convendría desarrollar. Del mismo modo, conviene acla-

(15) "Folk-lore juridique" en "Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique", 1933.

rar el concepto mismo del Derecho consuetudinario. No por ser consuetudinario es siempre muy antiguo. Costumbres se van haciendo y deshaciendo todos los días. Y hasta puede presentarse (y en realidad se han presentado y siguen apareciendo entre nosotros) formas de simulación de Derecho consuetudinario, como por ejemplo comunidades de indígenas de origen reciente que alegan una existencia antiquísima.

Evolución del Derecho Civil posterior al Código del 52.

Todavía tiene muchos campos el historiador de Derecho al estudiar el Código del 52. Uno de ellos es la evolución jurídica posterior a ese año y anterior a la reunión de la Comisión que preparó el Código vigente. Dicha evolución estuvo simbolizada a veces por movimientos de carácter político como la abolición de la esclavitud en 1854.

En otros casos, por una mayor relación con el mundo no nacional que vino a evidenciar la pobreza del Código en lo que atañe al Derecho Internacional Privado e inspiró leyes como la del 22 de mayo de 1861 sobre nacionales y extranjeros y las leyes más recientes 4145 y 4442 y las normas formuladas por el Congreso de Montevideo de 1889.

También el desarrollo de los fenómenos de la industria y del comercio repercutieron en el Derecho, volviendo anticuados los artículos del Código sobre la libranza e inspirando el vertiginoso florecer del Derecho Mercantil; por otra parte, la ley de 19 de diciembre de 1892 sobre marcas de fábrica, la ley sobre hipotecas de 2 de enero de 1888 y las de Bancos Hipotecarios de 2 de enero de 1889 y 29 de setiembre de 1891, son el producto de similares fenómenos.

Al mismo tiempo, se buscó la liberación de las trabas puestas al régimen de la libre disposición de la propiedad inmueble por vías como la redención de censos (Leyes de 15 de diciembre de 1864 y 17 de octubre de 1893), la plena administración y entero dominio de las comunidades religiosas sobre sus bienes (Ley de 30 de setiembre de 1901); la venta de bienes inmuebles de corporaciones (Ley 643 de 4 de noviembre de 1907); la consolidación de enfiteusis (Ley 1447 de 7 de noviembre de 1911); la expropiación forzosa (Leyes de 12 de noviembre de 1900 y 23 de octubre de 1903).

La promulgación del Código de Procedimientos Civiles

de 1912 repercutió sobre el Derecho Civil en diversas formas, incluyendo la abolición del beneficio de restitución por entero, y las normas sobre declaración de ausentes, consignación y venta de objetos pignorados.

El proceso del igualitarismo y de la secularización del Derecho inspiró la ley sobre validez de las obligaciones de la mujer casada (23 de octubre de 1890); la ya citada abolición de las manos muertas (1901); el matrimonio de los no católicos (leyes de 23 de diciembre de 1897 y 23 de noviembre de 1903); la campaña por el divorcio y por el matrimonio civil que triunfó en 1930; así como la creciente abundancia y complejidad de la legislación del trabajo y de la legislación indígena. (16).

Sin entrar ahora en consideraciones doctrinarias (para las cuales tan útiles resultan los trabajos de Duguit, Geny, Bonnet, Jossierand, Morin y el reciente de Ripert sobre el régimen democrático y el Derecho Civil) he aquí una síntesis hecha sobre los puntos de divergencia entre la legislación antigua y las nuevas concepciones: (17).

a).—Crisis en el concepto y en las funciones de la familia (Divorcio, régimen conyugal de bienes, patria potestad, hijos ilegítimos, etc).

b).—Emancipación de la mujer soltera, viuda, divorciada y aún casada.

c).—Evolución del concepto de propiedad (teorías colectivistas y de función social).

d).—Intervención del interés social en el Derecho Privado y en la libertad de los sujetos del mismo.

e).—Modificación en el alcance de la herencia. (Limitación de grados en los llamamientos de la intestada, derechos del Estado, participación de la familia ilegítima, etc).

f).—Nuevos inventos que afectan a la posición de las cosas y de las personas (teléfono, automóvil, aviación, navegación submarina, cinema, radio).

g).—Desarrollo de la teoría del abuso del derecho.

JORGE BASADRE.

(16) Un intento de más detenida discusión acerca del mismo tema en el prólogo del autor de este estudio a la obra "Legislación Social del Perú", compilada por Fernando Luis Chávez León.

(17) Angel Ossorio "La Reforma del Código Civil Argentino", Buenos Aires, 1941.