

## EL TRADICIONALISMO DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1852\*

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO  
Universidad Católica de Valparaíso  
de la Academia Chilena de la Historia  
y de la Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía, Italia)

### I. LA CODIFICACIÓN CIVIL EN AMÉRICA HASTA 1845 COMO IMITACIÓN DEL CÓDIGO FRANCÉS<sup>1</sup>

El primer Código Civil emitido en América fue el de la Luisiana<sup>2</sup>, desde 1803 perteneciente a los Estados Unidos de Norteamérica por cesión de la Francia napoleónica. Ello ocurrió en 1808, y el cuerpo legal entonces promulgado exhibió el nombre de *Digeste de la loi civile*<sup>3</sup>. La principal característica de esta obra era un anuncio de la que habría de persistir en las sucesivas codificaciones impulsadas en el continente durante unos cuarenta años, a saber, la casi exclusiva in-

---

\* Trabajo presentado en la I Jornada Chileno-Peruana de Historia del Derecho que organizó la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso y se celebró en Valparaíso los días 23 y 24 de noviembre de 2000.

<sup>1</sup> En general, sobre la influencia del código francés en América: DAVID, René, *Rapport général, en Travaux de la Semaine Internationale de Droit. L'influence du Code Civil dans le monde* (Paris, Pedone, 1954), pp. 723 ss.; CORDEIRO ÁLVAREZ, Ernesto, *America Latine*, ibíd, pp. 739 ss.; SANTOS JUSTO, A., *O Código de Napoleão e o direito Ibero-Americano*, en *Boletim da Faculdade de Direito* 71 (Coimbra, 1995), pp. 27 ss. = BRAVO LIRA, Bernardino - CONCHA, Sergio (editores), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica. La suerte de los derechos castellano y portugués en el Nuevo Mundo durante los siglos XIX y XX* (Santiago de Chile, Universidad Santo Tomás, s. d. [1998]), I, p. 217 ss.; JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Rapport introductif*, en *La Circulation du modele juridique français: Travaux de l'Association Henri Capitant* (Paris, 1993), Vol. XLIV, pp. 109 ss.; RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina* (Lima, Pont. Univ. Católica del Perú, 1997), pp. 132 ss.; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000), pp. 224 ss., 289 ss.

<sup>2</sup> Sobre él: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación* cit. (n. 1), pp. 132 ss., con literatura.

<sup>3</sup> El *Digeste* fue revisado en 1825, y entonces se lo reeditó como *Code Civil*.

fluencia del *Code Napoléon* en ella. El *Digeste de la loi civile*, en efecto, se basó preponderantemente en ese código y, lo que resulta muy curioso, también en el que fue su proyecto presentado en 1800 por la célebre comisión que presidió Portalis. Para algunos estudiosos, incluso fue mayor la influencia de ese proyecto en el *Digeste* que la del código mismo<sup>4</sup>.

Desde entonces hasta 1845 promulgaron códigos en América los siguientes países: Haití entre 1822 y 1825<sup>5</sup>, el Estado mexicano de Oaxaca entre 1827 y 1829<sup>6</sup>, Bolivia en 1830<sup>7</sup>, el Estado Nor-peruano y el Estado Sud-peruano de la Confederación Perú-Boliviana en 1836<sup>8</sup>, Costa Rica en 1841<sup>9</sup>, la República Dominicana en 1845<sup>10</sup> y de nuevo Bolivia también en 1845<sup>11</sup>.

Ahora bien, todos estos códigos, igual que antes el *Digeste* luisiano, giraron en la aparentemente ineludible órbita de la codificación francesa, aunque de diversas maneras. La manera mixta, de seguir al proyecto y al código, adoptada en Luisiana ya fue destacada. El código de Haití prácticamente fue una imitación del *Code* con modificaciones de poca monta. Lo propio debe decirse del de Oaxaca. El código boliviano, en materia de derecho de familia y de sucesiones, incorporó el derecho castellano a su modelo, y también el derecho canónico en tema de familia; pero permaneció muy fiel al modelo, aunque epitomado, en las secciones concernientes a los bienes y a los contratos y obligaciones. Los códigos de Nor-Perú y Sud-Perú eran el código boliviano mismo de 1830 con ligeras modificaciones. El de Costa Rica, por su lado, era el código del Estado Nor-Peruano con algunos retoques. El caso de adopción más fiel fue el que tuvo lugar en la República Dominicana: en 1845, recién independizado de Haití, el nuevo Estado promulgó el *Code Civil*, con el aspecto que éste había venido a presentar después de las reformas que hubo de introducirle la Restauración, y lo promulgó en su original francés, vale decir, sin traducirlo previamente al castellano, cosa que solo vino a ocurrir en 1884. El efímero segundo código de Bolivia, en fin, el de 1845, asimismo era una imitación del código francés.

Esta poderosa influencia del *Code* en las primeras codificaciones americanas<sup>12</sup> se explica en parte por las mismas razones que explican similar influencia

---

<sup>4</sup> GUZMÁN, A., *La codificación* cit. (n. 1), p. 135: del *Project* se habrían tomado 807 artículos mientras que 709 del código.

<sup>5</sup> GUZMÁN, A., *La codificación* cit. (n. 1), p. 289 ss.

<sup>6</sup> GUZMÁN, A., *La codificación* cit. (n. 1), p. 304 ss.

<sup>7</sup> GUZMÁN, A., *La codificación* cit. (n. 1), p. 307 ss.

<sup>8</sup> GUZMÁN, A., *La codificación* cit. (n. 1), p. 315 ss.

<sup>9</sup> GUZMÁN, A., *La codificación* cit. (n. 1), p. 317 ss.

<sup>10</sup> GUZMÁN, A., *La codificación* cit. (n. 1), p. 293 ss.

<sup>11</sup> Para sustituir el código de 1830, aunque la sustitución duró menos de un año, al cabo del cual tiempo se volvió al primero. GUZMÁN, A., *La codificación* cit. (n. 1), p. 325 ss.

<sup>12</sup> Sobre lo que sigue: GUZMÁN, A., *La codificación* cit. (n. 1), p. 224 ss.

en Europa, vale decir, tanto por el prestigio político-militar de Napoleón, cuanto por las intrínsecas cualidades técnicas de ese cuerpo legal. Se agrega la ausencia de otro modelo obediente a una tradición semejante a la del país que iba a codificar, porque los otros modelos disponibles, como el código prusiano de 1794 o el austriaco de 1811, por más que se basaran en el derecho romano, llevaban sobre sí la pesada carga del dogmatismo iusnaturalista, extraña a la tradición americana, y el primero agregaba, como desventaja, su enorme volumen, sin hacer caudal de la lengua en que habían sido redactados en ambos casos. Pero no menos decisivo fue un factor extrínseco: la urgencia por codificar, que en todos los casos funcionó a favor del código francés.

En algunos casos, esa urgencia derivó de la impaciencia de unos gobernantes de espíritu ilustrado en formas autoritarias, que a todo trance querían modernizar sus países, también en materia de legislación. Fue el caso del Presidente de Haití, Jean Pierre Boyer, del Presidente de Bolivia y Protector de la Confederación Perú-Boliviana, Andrés de Santa Cruz en Bolivia primero y después en los Estados Nor- y Sud-Peruanos, y del Presidente de Costa Rica, Braulio Carrillo, quien incluso llevó a cabo personalmente el trabajo codificador, puesto que era abogado y profesor de derecho.

En otros la urgencia fue más objetiva. La Luisiana, un enclave de tradición jurídica romanista en el ancho territorio de la *common law*, se vio en la necesidad proyectar rápidamente un código de contenido romanista (*civil law - droit civil*) ante la inminente amenaza de ser sometida precisamente al imperio de la *common law*. Por la temprana época en que esto ocurrió, y por los lazos históricos que ese territorio tenía con Francia, resultaba casi de necesidad física que el modelo al cual debían recurrir los luisianos era a la codificación francesa, y la premura con que requerían darse un nuevo cuerpo legal, hacía inevitable que ese modelo habrían de seguirlo muy de cerca, pues los tiempos no estaban para originalidades. En el caso de Oaxaca, la urgencia fue desencadenada por el interés en rápidamente afirmarse la región como autónoma frente a las demás, en un ambiente de precoz federalismo, incluso antes que México se constituyese como un Estado de tal género. Nuevamente esta urgencia y el correlativo abandono de toda pretensión de originalidad explican el recurso casi literal al código francés. No menos tal fue el caso de la República Dominicana. Ese Estado se constituyó en 1844, después de proclamar su independencia la parte oriental de la Isla de Santo Domingo con respecto a Haití, que la dominaba por entero, y que ahora quedó reducida a la parte occidental. El nuevo Estado entró inmediatamente en guerra con aquel al cual hasta entonces había pertenecido, y por cuyos habitantes, francófonos y de raza negra, sentían los dominicanos una ostensible antipatía. Pero, como recién independizados, heredaron la legislación del antiguo Estado del que habían hecho parte, vale decir, entre otros, el código haitiano de 1825. Rápidamente, pues, tenían que sustituirlo los dominicanos, pues no resultaba tolerable continuar rigiéndose por la legislación del enemigo. En este caso fue tal la premura, que ni siquiera se sintió tener tiempo para traducir el código francés, que resultó promulgado, como se dijo, en su lengua original. En el segundo código de Bolivia, en aquel de

1845, también intervino en cierto modo la urgencia, aunque mitigada, que esta vez estuvo representada por la impaciencia en demoler la obra de Santa Cruz. Caído éste del poder en 1839, poco después, una ley del mismo año encargó a la Corte Suprema de Bolivia la reforma de los 3 códigos que había emitido Santa Cruz. La Corte presentó a fines de 1844 un nuevo proyecto de Código Civil, que seguía muy de cerca al francés, incluso mucho más que el código de 1830. El fue sancionado en 1845. Los bolivianos se dieron más tiempo que en otras partes, y mucho más que el que había otorgado en 1830 el impaciente Santa Cruz a los juristas a quienes encargó redactar el código de ese año. Pero no se puede negar, con todo, que fue el factor indicado, consistente en la ansiedad por borrar las empresas del antiguo Protector el que también explica el fácil recurso al *Code Civil* por un tribunal que, de otro lado, debía atender a sus ordinarias y cotidianas labores jurisdiccionales.

Así, pues, todos los países que hacia 1845 habían sustituido la vieja legislación usada cuando eran parte de algún Estado europeo por códigos de estilo moderno, habían ejecutado la operación ora adoptando, ora adaptando el *Code Civil*, de diversas maneras y hasta con variada intensidad, aunque por motivos generales muy similares, cada uno en su circunstancia.

## II. EL CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ DE 1852 FRENTE AL CÓDIGO FRANCÉS<sup>13</sup>

Fue precisamente en 1845 que se inició en el Perú un proceso dirigido a conseguir la codificación. Tal vez alguien pudo prever que esta nueva experiencia codificadora habría de seguir los mismos rumbos que sus similares habían seguido hasta el momento, vale decir, los del ajustamiento del nuevo código al modelo napoleónico. Pero no fue así.

El 9 de octubre de 1845, el Presidente del Perú, Ramón Castilla, promulgó una ley que ordenaba el establecimiento de una comisión de 7 personas designadas por el Gobierno para redactar diversos códigos en el plazo de 2 años. La comisión designada empezó su trabajo el 2 de enero de 1846 y a fines del mismo año entregó un proyecto de código de enjuiciamiento civil, tras lo cual se dio a la tarea de formular el proyecto de código civil. El fue concluido a mediados de 1847, y editado ese año como *Proyecto de Código Civil para la República del Perú*. Presentado a la consideración del Congreso Nacional, éste lo discutió entre 1847 y 1849, pero su aprobación quedó detenida sobre todo por el debate sin aparente salida concerniente al establecimiento del matrimonio civil.

---

<sup>13</sup> Sobre este código: GUZMÁN, A., *La codificación* cit. (n. 1), p. 329 ss., con la literatura a su fecha. Ahora disponemos de una amplia monografía especialmente dedicada no solo a este cuerpo legal, mas a todo el proceso de codificación peruano. Se trata de RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, I: *El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre* (Lima, Universidad Católica del Perú, 2000); II: *La codificación del siglo XIX: Los códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852* (Lima, Universidad Católica del Perú, 2001).

Para reimpulsar la codificación, una ley de 21 de diciembre de 1849 creó una nueva comisión destinada a revisar los proyectos de código de enjuiciamiento y civil de 1847, y de reservar, en un plazo de 3 meses, los artículos que debían ser discutido por el Congreso, declarándose de antemano reservados los concernientes al matrimonio. El designio era proceder a la promulgación inmediata del resto no reservado. La Comisión revisó ampliamente los proyectos; y el Presidente Castilla promulgó los dos proyectos, el de código de enjuiciamiento civil y el de código civil, por decreto de 22 de noviembre de 1850, para que rigieran desde siete meses después y entretanto se los editara.

El sucesor de Castilla, José Rufino Echenique, a principios de 1851 y poco después, la ley de 7 de junio de ese año, dispuso la suspensión de los efectos del decreto de promulgación de los códigos, de 22 de noviembre del año anterior. Una segunda ley, de la misma fecha que la recién indicada, ordenó constituir una comisión parlamentaria dirigida a revisar los dos códigos dentro de un plazo que acabaría al expirar la siguiente legislatura ordinaria. La comisión quedó instalada el 12 de junio y trabajó hasta diciembre de 1851. El Congreso aprobó el proyecto revisado por esta comisión sin más debate, mediante una ley de 23 de diciembre de 1851, promulgada el 29, que ordenaba al Presidente de la República emitir solemnemente el *Código Civil* y el de *Enjuiciamiento Civil* el 28 de julio de 1852, para que rigieran desde el día siguiente. La primera edición del primero tuvo lugar en Lima en el mismo año de 1852. Este código estuvo en vigencia hasta 1936.

El *Código Civil del Perú* de 1852 está integrado por 2.301 artículos y se divide en un *Título preliminar* y en tres libros, que son: el I: *De las personas y de sus derechos*; el II: *De las cosas, del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas*; y el III: *De las obligaciones y contratos*. Cada libro se subdivide en secciones y éstas en títulos, algunos de los cuales aparecen nuevamente divididos mediante rúbricas no numeradas.

El sistema escogido para el código sigue el modelo institucional gayano-justiniano de las *personae* y *res*, subdivididas esta últimas en *corporales* e *incorporales*, categoría esta última que integran los *iura in re aliena* (*ususfructus* y *servitutes*), la *hereditas* y las *obligationes*. En su artículo 454, el código peruano recogió la clave del sistema gayano-justiniano consistente en distinguir las cosas corporales e incorporales. Su plan, en consecuencia, no es el del código francés; y no podía serlo desde que la clave, a su vez, de este último, es la abolición de la distinción de título y modo de adquirir, vale decir, de un contrato meramente obligatorio sin efecto traslativo, y la tradición como modo de transferir entre vivos que completa al contrato. Como es bien sabido, para el código francés, este último es capaz de producir la transferencia por sí mismo. El código peruano, en contra del francés, también adoptó el principio romano-castellano de que la propiedad entre vivos no se transfiere por contrato obligatorio sino por la tradición subsiguiente (artículos 571 y ss.). Ello determinó una radical separación de la doctrina de los modos de adquirir, tratada en el libro II; y aquella de las obligaciones y contratos, expuesta en el libro III, que el código francés, en cambio, integra en una única exposición.

En lo que respecta a la ordenación de las materias en cada libro, el código peruano parece haberse inspirado en la sistemática que solían seguir los prácticos españoles<sup>14</sup>, como Tapia en su *Febrero novísimo* (1828) y en su *Febrero novísimamente redactado* (1845)<sup>15</sup>, incluso en la terminología a veces, como se ve en esta confrontación<sup>16</sup>:

Código Civil de 1852	<i>Febrero novísimo o librería de jueces, escribanos y abogados...</i> por Don Eugenio de Tapia (Valencia, Mompíe, 1828), Vol. I:
Lib. I: De las personas y sus derechos	Lib. Primero: De las personas Tít. I: Del estado de las personas
Sección primera: De las personas según su estado natural	Cap. primero: Del estado natural de las mismas Párr. 1: Respecto al estado natural las personas se consideran:
Tít. 1º: De los nacidos y por nacer	1º como ya nacidos o como concebidas solo...;
Tít. 2º: De los varones y mujeres	2º como varones y hembras;
Tít. 3º: De los mayores y menores de edad	3º como mayores y menores de edad.
Tít. 4º: De los capaces e incapaces	
Sección segunda: De las personas según el estado civil	Cap. segundo: Del estado civil de las personas Párr. 1: Clasifícanse los hombres, según el estado civil, del modo siguiente:
Tít. 1º: De la dependencia e independencia de las personas en el ejercicio de sus derechos civiles	
Tít. 2º: De los peruanos y extranjeros	1º naturales de estos reinos y extranjeros;
Tít. 3º: De los vecinos y ausentes	2º vecinos de algún pueblo o transeúntes;
	3º nobles, hidalgos o plebeyos;
Tít. 4º: De los clérigos	4º eclesiásticos y legos;
Tít. 5º: De los ingenuos, siervos y libertos	5º libres, esclavos o libertos.
Tít. 6º: De la manumisión	

<sup>14</sup> Sobre los prácticos: JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Los 'prácticos' con especial consideración de los españoles*, en *Revista Jurídica de Córdoba* 3 (1947), pp. 349 ss.

<sup>15</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, *La difusión del Código Civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués*, en *REHJ.* 7 (Valparaíso, 1982), p. 88 = *Andrés Bello y el derecho latinoamericano. Congreso internacional* (Caracas, La Casa de Bello, 1987), pp. 343 ss.

<sup>16</sup> Que ya hemos presentado en GUZMÁN, A., *La codificación* cit. (n. 1), p. 339.

Otro ejemplo relativo a sistemática puede observarse en las materias agrupadas al final del lib. III del código<sup>17</sup>:

Código Civil de 1852

*Febrero novísimo o librería de jueces, escribanos y abogados...* por Don Eugenio de Tapia (Valencia, Mompié, 1828), Vol. I. lib. II, tít. 4º:

Sección sexta: De los pactos y contratos que aseguran el cumplimiento de otras obligaciones

Tít. 1º: De la prenda

Cap. 17: De las fianzas en común

Tít. 2º: De la hipoteca

Cap. 18: De varias fianzas particulares

Tít. 3º: De la fianza

Cap. 19: De las prendas e hipotecas

Sección séptima: De las obligaciones que nacen del consentimiento presunto

Tít. 1º: De los cuasicontratos

Cap. 26: De los cuasi-contratos

Tít. 2º: De la comunidad y partición de herencia

Tít. 3º: De las obligaciones que nacen de delitos o de cuasi delitos

Sección octava: De los modos de acabarse las obligaciones

Cap. 28: De la extinción de las obligaciones procedentes de los contratos

En esta última confrontación interesa la siguiente secuencia común de materias: cauciones, cuasicontratos, extinción de obligaciones, que se inspira en el orden de materias pertinente de las *Institutiones* de Justiniano:

Lib. III

Tít. 20: *De fideiussoribus*

Tít. 27: *De obligationibus quasi ex contractu*

Tít. 29: *Quibus modis obligatio tollitur*

Ambas son totalmente distintas a la secuencia adoptada por el código francés.

Como las varias comisiones codificadoras que participaron en la formación del código no llevaron actas que ofrezcan datos acerca de las fuentes recurridas, sólo un examen comparativo puede dar luz sobre de este tema. Pero él no ha sido emprendido más que en general. Aún así, queda corroborada la afirmación de que el código no fue una imitación del francés. Un estudioso peruano afirma que: "Las diferencias entre el Código del 52 y el código francés son resaltantes en múltiples tópicos. Entre ellos: prodigalidad, ausencia, clérigos, esclavos, espon-

<sup>17</sup> GUZMÁN, A., *La codificación* cit. (n. 1), p. 340.

sales, concepto del matrimonio, reglamentación de la separación de cuerpos, deuda alimenticia, tutela..., filiación, semovientes, posesión, invención, usucapión de muebles, prescripción liberatoria, donación..., testamentos con facilidad 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.”<sup>18</sup>.

Ello no puede implicar, empero, que el código napoleónico no haya estado presente en el peruano. Hay, en efecto, diversas disposiciones suyas y hasta partes completas que fueron inspiradas por aquél. Así, por ejemplo, el tít. 3º: *De los requisitos esenciales de los contratos* (artículos 1.235 y ss.) de la sección primera del lib. III del código peruano, tiene por fondo claramente perceptible al cap. 2º: *Des conditions essentielles pour la validité des conventions* (artículos 1.108 y ss.), del tít. 3º del lib. III del *Code Civil*. Con todo, tampoco se trata de una mera traducción.

### III. EL TRADICIONALISMO DEL CÓDIGO PERUANO DE 1852

En lo que sigue, habremos de fijarnos en el código peruano de 1852, para examinar la institucionalidad que recoge en cuanto permite fundar el juicio de haber sido un cuerpo legal tradicional. Por tal entenderemos su tendencia a conservar instituciones del derecho romano-castellano que rigieron en el Perú desde que empezó a hacer parte de la Monarquía española, pero que por sus funciones no se avenían con los patrones institucionales impulsados por el liberalismo iusracionalista, por lo general sancionados positivamente en el código francés. Como éste siempre fue considerado un modelo en tal sentido, también nosotros lo tomaremos como hito de referencia en la exposición; hito éste que, además, completaremos con la mención de los códigos chileno de 1855 y argentino de 1869, que en cuanto a su liberalismo suelen seguir al modelo francés, de guisa de así completar el aspecto tradicional que ofrece el código peruano.

El método que habremos de seguir para demostrar e ilustrar esta tesis consistirá sencillamente en seleccionar algunas instituciones caracterizadas del viejo derecho, que aparecieron recogidas por el código de 1852. Dejaremos a un lado, por la más que evidencia tradicional que ofrecen, las disposiciones sobre la esclavitud (artículos 95 a 110) y a la manumisión de estos (artículos 111 a 119) –por lo demás ya mencionadas–. También las normas en que las personas aparecen clasificadas al modo del derecho castellano, como se ve en el cuadro presentado más arriba, que por sí solas valen como ejemplo destacado de tradicionalismo. Nos centraremos, pues, en las siguientes instituciones particulares escogidas.

1. En primer lugar se nos presenta el “referimiento al legislador”. Este es el nombre que solemos usar para la figura que consiste, ora en la facultad, ora en el deber de un juez de elevar al órgano legislativo aquel caso para el cual no encon-

<sup>18</sup> BASADRE GROHMANN, Jorge, *Historia del derecho peruano*<sup>2</sup> (Lima, 1997), p. 358.

tró ley aplicable, o encontró una que resulta estimada oscura, ambigua o contradictoria, con el fin de que ese órgano provea de una ley nueva que colme la laguna o interprete la preexistente, que sucesivamente el consultante deberá aplicar para resolver el caso sometido a su conocimiento. El referimiento al legislador, tanto en su modalidad facultativa, como en aquella forzosa, se originó en el derecho romano postclásico<sup>19</sup>, y desde la alta edad media en adelante fue una constante en las legislaciones de muchos países de Europa<sup>20</sup>, incluso de la Francia revolucionaria<sup>21</sup>. También por cierto, en la de Castilla y por ende de las Indias<sup>22</sup>. Pero el código francés lo abolió y procedió declaradamente a su reemplazo por el principio de la inexcusabilidad contenido en el artículo 4<sup>23</sup>.

El código peruano de 1852 ciertamente recogió este último principio en su artículo IX, que decía: “*Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes: en tales casos, resolverán atendiendo: 1° al espíritu de la ley; 2° a otras disposiciones sobre casos análogos, 3° a los principios generales del derecho...*”. Pero inmediatamente agregó: “*...sin perjuicio de dirigir, por separado, las correspondientes consultas, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran*”. Por su parte, el artículo X reglamentaba el trámite: “*Las consultas de que habla el artículo anterior, se elevarán al Poder Legislativo, por la Corte Suprema, con el respectivo informe favorable o adverso*”. El artículo XI añadía: “*La Corte Suprema está obligada a dar cuenta al Congreso, en cada legislatura, de los defectos que notare en la legislación*”. El artículo XII, en fin, prescribía: “*Los jueces y tribunales superiores tienen la misma obligación establecida en el artículo anterior, que cumplirán por conducto de la Corte Suprema*”.

El código, pues, junto con aceptar el novísimo principio de la inexcusabilidad, no abandonó el tradicional referimiento al legislador<sup>24</sup>, aun cuando la coexisten-

<sup>19</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia del referimiento legislativo*, I, *Derecho Romano*, en *Revista de Estudios Histórico - Jurídicos* 6 (Valparaíso 1982), pp. 13 - 76 = VV. AA., *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino* (Napoli, 1984), V, pp. 3467 - 3522.

<sup>20</sup> Para la época moderna, en algunas de esas legislaciones y en el pensamiento jurídico: ALVAZZI DEL FRATE, Paolo, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretazione e 'riferimento al legislatore' nell'illuminismo giuridico* (Torino, 2000).

<sup>21</sup> HUFTEAU, Y. - L., *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi* (Paris, 1965),

<sup>22</sup> Para Castilla e Indias: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia del referimiento al legislador*, II: *El derecho nacional chileno*, en *Revista de Estudios Histórico - Jurídicos* 7 (Valparaíso, 1982), pp. 108 - 117.

<sup>23</sup> Dice ese artículo: “*Le juge que refusera de juger, sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*”. Al informar Portalis al Consejo de Estado sobre el artículo VII del Proyecto (futuro artículo 4 del código), expresamente dijo que con él se trataba de impedir a los jueces “*de suspendre ou de différer arbitrairement leurs décisions par des référés au législateur*”: en HUFTEAU, Y. - L., *Le référé législatif* cit. (n. 21), p. 93.

<sup>24</sup> Por lo demás, el referimiento al legislador tuvo en el Perú republicano una configuración

cia de ambas figuras, entre sí en principio incompatibles, obligó a modificar a este último.

El referimiento aparece establecido en carácter forzoso (artículo IX: “...sin perjuicio de dirigir”; artículo X: “Las consultas... se elevarán...”), pero no como algo previo a la resolución del litigio que lo motivó, sino paralelamente a su resolución, que debe tener lugar necesariamente, sin suspensión o denegación, como lo expresa el encabezamiento del artículo IX, en lo que se observa la manifestación del principio de inexcusabilidad. El código completa la operatividad de ese principio cuando ofrecía al juez –a diferencia del código francés, dicho sea de paso– unos instrumentos para resolver con autonomía el litigio, como eran los señalados por el artículo IX: el espíritu de la ley, la analogía y los principios generales del derecho, destinados a superar la oscuridad o la insuficiencia de la ley. De esta manera, la “*regla cierta*” que debía expedir el Poder Ejecutivo con ocasión de la consulta judicial solo habría de tener vigencia para el futuro, y no para el caso con ocasión del cual se originó la consulta, como el artículo IX lo declara al terminar (“*para los nuevos casos que ocurran*”).

En el resto, los artículos XI y XII complementaban al referimiento. Ambos parecen pensar en los defectos de la legislación observados por los tribunales no con motivo de conocer un determinado litigio, pues en tal caso debía operar el referimiento propiamente tal, sino con cualquier ocasión, hipótesis en la cual las normas ordenaban poner esos defectos observados en conocimiento del Poder Legislativo.

Así, pues, el código peruano sabiamente consiguió revitalizar una antigua institución que en su forma original resultaba inconciliable con los supuestos de un Estado moderno con separación de poderes, pues, como se comprende fácilmente, el referimiento al legislador implicaba dar competencia al Poder Legislativo en la resolución de contiendas actualmente sometidas al Poder Judicial. Merced a la fórmula adoptada, este último vino a ser considerado como una suerte de coadyuvante de la función legislativa, en cuanto el Congreso Nacional recibiría información de los jueces sobre los defectos de la legislación, se entiende que para enmendarlos, sin que esa información pudiera ser considerada una intromisión de los tribunales en la legislación, ni la enmienda para el futuro una invasión de los legisladores en la jurisdicción<sup>25</sup>.

2. En seguida se nos presenta la eficacia vinculante con que dotó el código de 1852 a los esponsales o promesa de futuro matrimonio.

En el derecho romano clásico, los *sponsalia* estaban considerados como un acto de la vida social carente de eficacia jurídica, vale decir, su celebración no

particular durante el período en que se elaboraba el nuevo código, que sirvió de antecedente inmediato a la regulación contenida en éste. Sobre ello, RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *Historia del derecho* cit. (n. 13), II, pp. 274 - 278.

<sup>25</sup> Es muy posible que en esta materia el código peruano haya influido en el chileno, cuyo artículo 5 establece algo semejante a lo que dicen los artículos XI y XII de aquél.

obligaba a los esposos a contraer el matrimonio prometido<sup>26</sup>. El código francés ni siquiera reguló esta institución. En contraste, el peruano de 1852 ofreció una amplia reglamentación esponsalicia de doce artículos (120 a 131), de los cuales el más importante es el artículo 126, que declaraba ser efectos de los esponsales: “1º La obligación recíproca de casarse los contrayentes; 2º El derecho que tiene cada uno de ellos de oponerse al matrimonio que el otro quiera celebrar con distinta persona; 3º La responsabilidad de daños y perjuicios a que queda sujeto, a favor del otro contrayente, el que rehúse cumplir los esponsales”. De esta manera, los esponsales solo podían disolverse por mutuo consentimiento (artículo 128 N° 1) o por alguna causa legalmente tipificada (los demás números del artículo 128), por ejemplo, por haber recibido órdenes mayores un esposo (N° 5) o por descubrirse en uno cierta enfermedad habitual, deformidad o defecto grave (N° 7), etcétera.

Ahora bien, esta regulación, y en especial el transcrito artículo 126, eran reflejo del derecho común canónico del matrimonio, que acordaba un amplísimo lugar, y desde luego el efecto obligacional, a los esponsales, de modo de no poder disolverse sino por mutuo disenso o *ex iusta causa*<sup>27</sup>. Por cierto, tal régimen había sido completamente acogida en los derechos castellano e indiano que aún regían en el Perú al iniciarse la codificación<sup>28</sup>.

Se observará que el código de Chile, de 1855, volvió sin más al régimen romano clásico (artículos 98 a 101); y que el de Argentina de 1869, más drásticamente, abolió los esponsales de futuro (artículo 166).

3. El código de 1852 reenvió la celebración del matrimonio enteramente al derecho canónico tridentino. Su artículo 156, en efecto, disponía: “*El matrimonio se celebra en la República con las formalidades establecidas por la Iglesia, en el concilio de Trento*”. Pero en esta materia, el tradicionalismo del código peruano fue algo común en casi todo el continente. También, por ejemplo, los códigos de Chile (artículo 103) y de Argentina (artículo 167) obraron en consonancia. El

<sup>26</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, hay dos reimpressiones posteriores), I, p. 336. No por ello dejaba de producir algunos efectos secundarios, atendida la relación estrecha que de todos modos se creaba con ellos entre los esposos: *ibidem*, p. 336.

<sup>27</sup> BUSI, Emilio, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune. Contratti, successioni, diritti fi famiglia* (Padova, 1939, reimp. 1971), pp. 243 ss.; COING, Helmut, *Derecho privado europeo* (trad. castellana, Madrid, 1996), I, p. 293.

<sup>28</sup> JORDÁN DE ASSO, Ignacio - DE MANUEL RODRÍGUEZ, Miguel, *Instituciones del derecho civil de Castilla* (5ª ed., Madrid, Imprenta de Ramón Ruiz, 1792), pp. 45 - 47 ss.; TAPIA, Eugenio, *Febrero novísimo o librería de jueces, abogados y escribanos* (Valencia, Mompí, 1828), I, pp. 14 - 15. Véase: LEVAGGI, Abelardo, *Esponsales. Su régimen jurídico en Castilla, Indias y el Río de la Plata hasta la codificación*, en *Revista de Instituto de Historia del Derecho 'Ricardo Levene'* 21 (Buenos Aires, 1970), pp. 11 ss. Visión de conjunto: RÍPODAS ARDANAZ, Daisy, *El matrimonio en Indias* (Buenos Aires, s. d. [1977]), pp. 63 - 67; LEVAGGI, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino* (Buenos Aires, 1987), II, pp. 116 - 119; SÁNCHEZ BELLA, Ismael - DE LA HERA, Alberto - DÍAZ REMENTERÍA, Carlos, *Historia del derecho indiano* (Madrid, Mapfre, s. d. [1992]) pp. 317 - 321.

matrimonio puramente civil estaba fuera del horizonte mental, social y político de la época.

4. La distinción medieval del dominio útil y directo<sup>29</sup> aparece establecida en el artículo 463 del código peruano: “*Los efectos del dominio pueden estar distribuidos entre dos dueños: uno directo, como el dueño del terreno a quien se paga un canon en reconocimiento del dominio; y otro útil, como el dueño del uso y de los frutos, que está obligado a pagar el canon*”. En el derecho castellano, se consideraban especies del dominio útil al feudo y a la enfiteusis. El código peruano solo trata del censo enfiteutico, que define en el artículo 1.886 como “*un contrato por el cual una persona transfiere a otra el dominio útil de un fundo por cierto rédito o canon anual, conservando el dominio directo*”, y que aparece completamente regulado en el título 4º: *De los censos*, de la sección 4ª: *De los contratos reales*, del libro III del código, en 22 artículos. Esa regulación se conforma con la del derecho castellano<sup>30</sup>, incluso en la característica opción que en caso de enajenación del fundo enfiteutico se da al dueño directo entre retraer el dominio útil para sí ofreciendo su precio (artículo 1898 N° 2), o cobrar un laudemio al enajenante (artículo 1.896), si bien este último es de establecimiento facultativo entre los contratantes al celebrarse la enfiteusis.

De más está decir que el código francés no trata del censo enfiteutico, que ya había sido abolido durante la Revolución como manifestación de derecho feudal. Tampoco lo reconoció el código chileno, y el argentino lo prohibió expresamente (artículo 2.614).

5. En materia de transferencia, el modernismo estuvo representado por la abolición de la tradición como modo de adquirir el dominio (no la posesión), que fulminó el *Code Civil*, de guisa de aceptar que el solo contrato traslativo, como la compraventa, por sí sólo produjera la enajenación, en obsequio tanto a las doctrinas iusnaturalistas<sup>31</sup> como a la práctica francesa en el derecho del Antiguo Régimen. Ello implicó la eliminación de la distinción de *titulus y modus* con que el *ius commune*<sup>32</sup> generalizó las nociones romanas de *causa traditionis y traditio*<sup>33</sup>. En Europa, la nueva concepción se expandió bajo el influjo del *Code*, excepto en Holanda y en el tardío código español. Lo propio tuvo lugar en América en aquellos países que adoptaron o adaptaron ese modelo, en contra del firme principio

<sup>29</sup> BUSI, Emilio, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune. Diritti reali e diritti di obbligazione* (Padova, 1937), pp. 13 ss.; COING, H., *DPE*. cit. (n. 27), I, pp. 467 ss.

<sup>30</sup> JORDÁN DE ASSO DE - DE MANUEL, *Instituciones* cit. (n. 28), pp. 97 ss. TAPIA, *Febrero Novísimo* cit. (n. 28), I, p. 301 s.

<sup>31</sup> GROCIO, H., *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 6, párr. 1; PUFENDORF, S., *De iure naturae et gentium*, lib. IV, cap. 9; THOMASIIUS, Chr., *Institutiones iurisprudentiae divinae*, lib. II, cap. 10, párr. 156.

<sup>32</sup> BUSI, Emilio, *La formazione dei dogmi* cit. (n. 29), pp. 13 ss.; COING, H., *DPE*. cit. (n. 27), I, pp. 467 ss.

<sup>33</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, *DPR*. cit. (n. 26), I, pp. 576 ss.

del derecho castellano, ya presente en las *Partidas*<sup>34</sup>, de exigir, en cambio, una tradición posterior al contrato traslativo meramente obligatorio<sup>35</sup>.

El código peruano teóricamente se mantuvo fiel a los derechos romano y castellano. Su artículo 571 dispone que: “*Por la enajenación se transfiere a otro el dominio de una cosa, o a título gratuito, como en la donación, o a título oneroso, como en la venta y la permuta*”. Lo que este código denomina “enajenación” corresponde la tradición del derecho romano. A su vez, ese cuerpo reserva la palabra “tradición” para la entrega material de la cosa (artículo 574). La disposición es clara. Pero, sorprendentemente, leemos en el artículo 1.308: “*En la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y pago de precio*”, lo que es una abierta contradicción con el sistema del título y modo. No corresponde, empero, ocuparnos aquí de esta contradicción.

6. En materia de repartición de un patrimonio sucesorio por testamento habiendo descendientes, el código peruano conservó el régimen de las mejoras del antiguo derecho castellano, que remontaba al Fuero Real (siglo XIII), después reglamentado por las leyes 17 a 28 de Toro, de 1505, y que reconocía antecedentes en el derecho visigótico<sup>36</sup>. El derecho castellano sobre el tema fue enteramente aplicable en Indias. En síntesis, y sin entrar en detalles, sobre la base de que los descendientes eran legitimarios, el testador podía destinar hasta un quinto de su patrimonio en favor de extraños, y hasta un tercio del mismo, una vez deducido el quinto, para mejorar a uno o varios de sus descendientes. Estrictamente, el quinto era una cuota de libre disposición<sup>37</sup>; pero como, después de las leyes de Toro, ella podía acumularse con el tercio de mejora propiamente tal, en favor de algún legitimario, se empezó a hablar se mejora de tercio y de quinto.

La mejora es desconocida en el *Code* y, más en general, en el derecho europeo no español. Pero el código de 1852 estableció, por un lado, en su artículo 696: “*Los padres y ascendientes, cuando tienen hijos o descendientes legítimos, o hijos adoptivos, solo pueden disponer libremente hasta del quinto de sus bienes, sea a favor de sus descendientes o deudos, o sea a favor de extraños*”. Por otro lado, dijo en el artículo 735: “*Los ascendientes pueden disponer hasta del tercio de sus bienes para mejorar a sus descendientes...*”. La primera norma, pues, reconocía la impropriadamente llamada mejora de quinto en el antiguo derecho, y el ascendiente, en consecuencia, podía disponer libremente tan solo de esa cuota de

---

<sup>34</sup> Part. III, 28, 46.

<sup>35</sup> JORDÁN DE ASSO - DE MANUEL, *Instituciones* cit. (n. 28), p. 102.

<sup>36</sup> DE LACOSTE, Jorge, *La mejora. Su origen y desenvolvimiento en el derecho español. Su comparación las instituciones similares del derecho extranjero* (Madrid, Reus, 1913); OTERO, Alfonso, *La mejora*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 33 (1963), pp. 5 ss.; SALINAS, Carlos, *Notas sobre los orígenes de la cuarta de mejoras en nuestra legislación civil*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 2 (Valparaíso, 1977), pp. 143 - 146.

<sup>37</sup> JORDÁN DE ASSO - DE MANUEL, *Instituciones* cit. (n. 28), pp. 117 - 119; TAPIA, *Febrero novísimo* cit (n. 28), I, pp. 349 ss.

sus bienes. La otra norma conservaba la mejora propiamente tal, aquella de tercio, pues esta cuota del caudal podía asignarla el ascendiente a uno o varios de sus descendientes sin perjuicio de sus legítimas. Pero el mismo artículo 735, en fin, dispuso que en caso de ejercer los ascendientes la facultad de mejorar en un tercio: “*pierden la de disponer del quinto que tenían por el artículo 696*”. Vale decir, el quinto y el tercio quedaron fijados en el código como una opción del ascendiente (o el quinto para descendientes o extraños, o el tercio solo para descendientes), sin poder acumular ambas cuotas en los descendientes (el quinto y el tercio para ellos, en contra de las leyes de Toro), ni distribuirlos entre extraños (todo o parte del quinto) y descendientes (parte del quinto y además el tercio).

El código de Bello –a pesar de éste<sup>38</sup>– conservó la idea esencial de la mejora propiamente tal, pero la limitó a un cuarto en vez del tercio (artículos 1.167 N° 4 y 1.195), en tanto aumentó a un cuarto también la antigua cuota de libre disposición de un quinto (artículo 1.184 inciso 3°). El de Vélez prácticamente abolió la mejora, porque solo permitió mejorar con cargo a la cuota de libre disposición a los legitimarios (artículo 3.605).

7. La sustitución pupilar del derecho romano clásico<sup>39</sup> y la ejemplar del derecho justiniano también fueron instituciones poco avenidas con los nuevos tiempos que el código peruano de 1852, empero, hubo de conservar. Consiste la primera en designar un sustituto al hijo instituido como heredero (o desheredado), para el caso de que este último muera antes llegar a su pubertad. A diferencia de la sustitución vulgar, que para operar exige que el instituido premuera al testador (o repudie su herencia), la pupilar supone que el hijo impúber instituido sobreviva al testador, aunque no tanto como para llegar a su pubertad. De este modo, muerto el testador, lo hereda su hijo impúber instituido, y muerto éste siendo impúber, lo hereda en todos sus bienes<sup>40</sup> el sustituto que el padre le había designado. Por ende, la figura estriba, ni más ni menos, en que el padre haga el testamento de su hijo, ya que éste, mientras sea impúber, no podría hacerlo. Justiniano creó una sustitución ad *exemplum pupillaris*, para operar igual que la anterior, pero en relación con los hijos *mentecapti*<sup>41</sup>. El desarrollo de esta creación justiniana correspondió al derecho común<sup>42</sup>.

Como las *Partidas* reconocieron ambas formas de sustitución<sup>43</sup>, ellas quedaron

<sup>38</sup> Bello hubiera querido abolir no solo la mejora mas también las legítimas, pues era partidario de la libertad de testar, que en final de cuentas no pudo imponer. La mejora solo vino a ser introducida en la revisión del Proyecto de 1853 y aparece, por ende, en el llamado Proyecto Inédito.

<sup>39</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, *DPR*. cit. (n. 26), II, pp. 461 ss.

<sup>40</sup> Vale decir, no solo en aquellos que el impúber recibió del padre, sino también en todos los que después adquirió a cualquier título.

<sup>41</sup> Cod. Iust. 6, 26, 9; Inst. Iust. II, 16, 1.

<sup>42</sup> BUSI, Emilio, *La formazione dei dogmi* cit. (n. 27), p. 212.

<sup>43</sup> Part. VI, 5, leyes 1, 5 y 11.

plenamente incorporadas en el derecho castellano<sup>44</sup>. Pero en el *Code Civil* cayeron bajo la prohibición general de sustituir fulminada por el artículo 896, de la que solo se salvó la sustitución antiguamente llamada vulgar (artículo 898). La prohibición era una sobreacción liberal contra la conexión desarrollada en las épocas medieval y moderna entre las sustituciones fideicomisarias y las vinculaciones de la propiedad predial. Tampoco el código chileno mantuvo la sustitución pupilar y ejemplar, y el argentino las abolió expresamente con las demás formas, excepto la vulgar (artículo 3.724 y nota). El código peruano, como anunciamos, las reguló, en cambio, en su artículo 730: “*El testador puede nombrar sustituto que reciba la herencia en lugar del heredero instituido:... 2º Para el caso en que el heredero muera sin poder hacer testamento por falta de edad, o por ser fatuo o loco*”.

8. El código peruano reguló con alguna extensión las instituciones canónicas de la capellanía y el patronato. La primera era una especie de censo, por la que se afectaba unos bienes a la garantía de ciertas rentas destinadas al sostén de un pretendiente al presbiterado o de un ya presbítero, o al pago de cierto número de misas periódicas, aplicadas a un fin espiritual predeterminado. En algunos casos, implicaba vinculación de bienes, similar a la impuesta por los mayorazgos. El patronato, por su lado, era el derecho de presentar candidatos a ciertos cargos o beneficios eclesiásticos, a la autoridad que debía proveerlos. Frecuentemente las capellanías importaban el patronato con respecto al capellán. En el derecho castellano, ambas instituciones encontraban una minuciosa reglamentación<sup>45</sup>.

Fácilmente se comprenderá que semejantes instituciones, tan conectadas con el antiguo régimen en sus aspectos civilísticos y con una concepción de amplia y profunda impregnación religiosa de la vida civil, no podían subsistir en una sociedad oficialmente laica y en la cual el laicismo, además, ganaba terreno en los espíritus mismos. El *Code Civil* no las consideró. En la Argentina, una ley de 1857 prohibió el establecimiento de nuevas capellanías, aunque dejó subsistentes la que había, y el código de 1869 nos las trató. El código de Chile nada dijo al respecto, pero las supuso como algo posible, perteneciente a la vida extrajurídica y enmarcable en el ordenamiento general<sup>46</sup>. El código peruano, en cambio, dedica la sección 7ª del libro II al tema: su título 1º trata *De las capellanías* (artículos 1.189 a 1.202); y su título 2º, *Del patronato* (artículos 1.203 a 1.218), vale decir, les destina 29 artículos en total. Con todo, tomó precauciones para evitar la influencia de las capellanías en la libre circulación de los bienes, prohibiendo la vinculación de los bienes a ellas (artículo 1.194).

<sup>44</sup> JORDÁN DE ASSO - DE MANUEL, *Instituciones* cit. (n. 28), p. 135; TAPIA, *Febrero novísimo* cit. (n. 28), I, pp. 428 ss.

<sup>45</sup> TAPIA, *Febrero novísimo* cit. (n. 28), I, pp. 83 ss. (capellanías), pp. 76 ss. (patronato). Vid. LEVAGGI, A., *Manual* cit. (n. 28), II, pp. 225 ss.

<sup>46</sup> Así, el artículo 1.041 inciso 2º permite al capellán recibir el testamento en tiempo de guerra del herido o enfermo; y el artículo 1.291 inciso 3º habla de “*los legados destinados a obras de piedad religiosa, como... capellanías...*”.

9. El artículo 1.803 del código de 1852 conserva el senadoconsulto Macedoniano del derecho romano, pero ampliado en su alcance personal.

En virtud de ese senadoconsulto, el pretor quedó autorizado para denegar su acción al que dio dinero en préstamo a un hijo de familia, denegación procedente incluso después de la muerte del padre. Se entendió también que el pretor podía conceder la acción, dando, empero, una excepción al hijo demandado, que de resultar probada conducía a su absolución<sup>47</sup>. De esta manera, los préstamos dinerarios a los hijos de familia se hicieron completamente ineficaces<sup>48</sup>. El senadoconsulto Macedoniano fue recibido en el derecho castellano<sup>49</sup>.

En el régimen adoptado por el código peruano, que es el general del derecho moderno, los menores no autorizados son incapaces de contratar (artículo 1.247 N° 1, a diferencia del derecho romano), y sus actos resultan, por ende, rescindibles durante los cuatro años siguientes a la mayoría de edad (artículo 2.281), a menos que haya habido ratificación válida que sana el vicio (artículo 2.283). En caso de rescisión de un contrato celebrado por un menor no autorizado, proceden las restituciones mutuas o reembolsos entre las partes, de guisa que el menor debe devolver lo recibido, en la porción que se hubiera convertido en su provecho (artículo 2.282). Ahora bien, en materia de mutuo estas reglas sufren excepción. El artículo 1.803 dispone: “*No hay acción civil para demandar el pago de lo que se da en mutuo a persona incapaz de hacer este contrato*”. Limitada a los menores, éste no tiene que restituir nada de la cantidad recibida, ni siquiera aquella parte que le aprovechó, ni el todo, después de los cuatro años, ni tampoco aunque se ratifique el contrato. Tal era el alcance del senadoconsulto Macedoniano. Solo que, como se ve en la disposición transcrita, la norma no se limita en realidad a los menores, y se extiende a los incapaces en general, vale decir, a las mujeres casadas, los locos, los pródigos y los religiosos profesos (artículo 1.247).

El senadoconsulto Macedoniano no fue recogido por el código francés; tampoco por el chileno, ni por el argentino.

10. El código de 1852 también recibió al senadoconsulto Velejano. Merced a éste, los magistrados jurisdiccionales quedaron autorizados para denegar las acciones pertinentes en contra de las mujeres que hubieran “intercedido” por otros, vale decir, que de cualquier manera se hubiesen hecho garantes de deudas ajenas<sup>50</sup>. La norma encontró acogida en el derecho castellano, pero limitada a las fianzas<sup>51</sup>. El código de 1852 la conservó en el mismo sentido, como se lee en su artículo 2.082: “*Se prohíbe que sean fiadores: 4° Las mujeres*”, sin contar con el precedente del código francés, ni ser seguido por el chileno ni el argentino.

<sup>47</sup> Cuando es evidente para el pretor estar el demandado en la hipótesis del senadoconsulto, simplemente deniega la acción al mutuante; si hay dudas, la concede, con excepción, para que los extremos del senadoconsulto los verifique el juez..

<sup>48</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, *DPR*. cit. (n. 26), I, pp. 743 ss.

<sup>49</sup> Part. V, 1, leyes 4, 5 y 6; Nueva Recop. V, 2, 22. Véase: JORDÁN DE ASSO - DE MANUEL, *Instituciones* cit. (n. 28), p. 186; TAPIA, *Febrero novísimo* cit (n. 28), I, p. 468.

11. El último ejemplo que deseamos presentar corresponde a la acogida dada a la lesión enormísima por el código de 1852.

El derecho romano tardío aceptó la posibilidad de que el vendedor pudiera pedir la rescisión del contrato, y conseguir la restitución de la cosa, cuando el precio acordado resultara haber sido inferior a la mitad del justo precio de la cosa vendida, a menos que el comprador se allanase a integrarle la diferencia<sup>52</sup>. Hasta ahí llegó ese derecho. El derecho común extendió esta opción también al comprador, cuando el precio acordado excediera a la mitad del justo precio de la cosa, salvo que el vendedor aceptare devolverle la diferencia. También el nombre dado a la figura, o sea, el de *laesio enormis*, pertenece a los juristas medievales<sup>53</sup>.

Ahora bien, en el derecho canónico se desarrolló una distinción de *laesio enormis* y *enormissima*<sup>54</sup>. La primera consiste en lo mismo que la *laesio enormis* del derecho civil, vale decir, en sufrir un perjuicio en más de la mitad del justo precio de lo vendido, de modo que, por ejemplo, si una cosa vale 12, el vendedor la sufre cuando vende esa cosa en menos de 6; y la sufre el comprador cuando paga por ella más de 18 (*ultra dimidium*), según Azo y sus seguidores, o bien, más de 24 (*ultra duplum*), según Martino, Alberico y Placentino<sup>55</sup>. La *laesio enormissima* del derecho canónico consiste en recibir un perjuicio superior a los dos tercios del justo precio. Así, la padece el vendedor de una cosa cuyo justo precio es 12, cuando obtiene menos de 4; y la sufre el comprador cuando paga más de 20. En ella, pues, el perjuicio es mayor que en la *laesio enormis*, de modo que ésta se contiene en aquélla: quien sufre *laesio enormis* con mayor razón sufre *laesio enormissima*, y quien recibe ésta necesariamente recibe la otra lesión. Ahora bien, la acción rescisoria por *laesio enormis* quedaba excluida en una serie de supuestos, como en los de prescripción de 4 años, de ser mueble lo vendido, de haberse jurado no entablar la acción, y otros. Pero las dos últimas reglas excluyentes de la acción no recibían aplicación si es que la lesión resultaba haber sido *enormissima*, y en tal caso, además, la prescripción exigía un tiempo más extenso. Todavía, en el evento de esta lesión, no se concedía al lesionado la alternativa de restituir la cosa o integrar la diferencia, propia de la *laesio enormis*. En consecuencia, la distinción de lesiones servía como límite para decidir sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de las reglas excluyentes de la lesión civilística,

---

<sup>50</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, *DPR*. cit. (n. 26), II, pp. 97 ss.

<sup>51</sup> TAPIA, *Febrero novísimo* cit (n. 28), I, pp. 422 s.

<sup>52</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, *DPR*. cit. (n. 26), II, pp. 137 s.

<sup>53</sup> Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las relaciones entre la compraventa, la permuta y la lesión enorme: del derecho romano al Código Civil de Chile*, en *Revista de Historia del Derecho Privado* 2 (Santiago de Chile, Instituto Juan de Solórzano Pereira), en prensa.

<sup>54</sup> MONTAÑANA CASANÍ, Amparo, *La rescisión por lesión. Origen, evolución histórica y recepción en derecho moderno* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1999), pp. 77 s.

<sup>55</sup> Sobre este distinto modo de computar la lesión del comprador, y sus causas, véase: GUZMÁN BRITO, A., *Las relaciones entre la compraventa, la permuta y la lesión enorme* cit. (n. 53), párt. II.

porque, en los ejemplos anteriores, de no haber existido la *laesio enormissima*, hubiera dado lo mismo recibir 6 o 4, o bien, pagar 18 o 20 por una cosa cuyo justo precio es 12, ya que en ambos casos de cada serie hubiese habido lesión enorme, y se hubieran aplicado las reglas de ésta; introducida la noción de *laesio enormissima*, en cambio, cuando el perjuicio fuese más profundo, o sea, en los mismos ejemplos, al sobrepasar los 6 o los 20, empezaba a aplicarse otro régimen al caso, precisamente el correspondiente a esa noción, ya indicado.

La institución canónica fue recibida débilmente en el derecho castellano. Algunos autores la mencionan al pasar<sup>56</sup>.

Pero el código de 1852, en contra de toda la tradición codificadora moderna, sancionó la lesión enormísima en su artículo 2.285: “*Pueden ser rescindido los contratos por lesión o perjuicio que sufre alguno, no recibiendo el equivalente de lo que él da./ La lesión se califica de enorme, cuando llega o excede de la mitad del valor de la cosa; y de enormísima, cuando llega o excede de los dos tercios de dicho valor*”. Sin embargo, no se aprecia haber ninguna diferencia en el régimen de ambas en el código, que era la razón de la distinción.

#### IV. CONCLUSIÓN

Estos ejemplos, a los cuales, empero, hubieran podido agregarse otros, son suficientes para demostrar e ilustrar la tesis enunciada precedentemente, en orden a haber adoptado el código peruano de 1852 una serie de instituciones del antiguo derecho romano-castellano previgente en el Perú, en cuanto había hecho parte de la Monarquía castellano-indiana, discordes con el espíritu liberal que teóricamente debía presidir una codificación moderna, como aquella que tenía lugar en la mitad misma del siglo XIX, y que contaba con el máximo modelo en ese sentido, cual era el *Code Civil*. En cuanto a las causas, ellas no pueden dejar de consistir en el tradicionalismo de la sociedad a la cual se daba el nuevo código, y de sus juristas<sup>57</sup>, que si, con todo, gustaban de distinguirse unos de otros según sus tendencias liberales o conservadoras<sup>58</sup>, ello estaba determinado por otro género de

---

<sup>56</sup> No la mencionan JORDÁN DE ASSO - DE MANUEL, *Instituciones* cit. (n. 28), p. 212; sí TAPIA, *Febrero novísimo* cit (n. 28), I, p. 150, ya no GARCÍA GOYENA, Florencio, *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos* (Madrid, 1842), IV, p. 11.

<sup>57</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando, *La idea de derecho en el Perú republicano del siglo XIX* (1980, reimp. Lima, Pont. Universidad Católica del Perú, 1992), pp. 30 ss., passim, y 161 ss., ha hablado de una “modernización tradicionalista”. En efecto, el elemento modernizador estuvo representado por la decisión de introducir una legislación formulada bajo los cánones formales del movimiento codificador, cuyo contenido, empero, no se separó notablemente del derecho previgente.

<sup>58</sup> En la comisión que preparó el proyecto de 1847, su presidente, Manuel Pérez de Tudela representaba la forma más caracterizada del conservantismo, mientras que Francisco Javier Mariátegui, la del liberalismo, distribuyéndose en diversos matices el resto de los comisionados. Sobre estos: RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *Historia del derecho* cit. (n. 13), II, pp. 208 ss.

cánones, básicamente por el de la actitud frente a la función y al estatuto de la Iglesia Católica y de la religión en la vida civil. De hecho, el punto más debatido en el proceso que condujo a la codificación fue aquel concerniente al carácter sacramental o meramente laico y civil del matrimonio. En los temas en que nada semejante se hallaba involucrado, los redactores del proyecto de 1947 y del código de 1852 ofrecieron una común faz de juristas acostumbrados al derecho heredado, para reemplazar el cual no encontraron buenas razones.