

LA IDEA DE PERSONA EN LA DOCTRINA PERUANA DEL OCHOCIENTOS

Carlos Ramos Núñez
Magister en derecho civil
Historiador del Derecho

El presente artículo es un intento por develar el discurso formalista y el lenguaje neutro empleado por legisladores y juristas del ochocientos a propósito del concepto de persona que, pese a parecer uno de los conceptos primitivos del Derecho, ha sufrido múltiples variaciones desde el fenómeno de las sociedades esclavistas hasta la ficción de las denominadas *personas jurídicas*.

Es así que el concepto del que trata el autor, eje fundamental del sistema por constituir el centro de las imputaciones jurídicas, nos da un testimonio de los cambios en la manera de ver el Derecho que se han producido a través de la historia. Más allá de la dogmática decimonónica, Ramos prioriza la búsqueda de la realidad encubierta por ella en un trabajo importante para la interpretación de la tradición civil peruana.

1. MANUEL LORENZO DE VIDAURRE¹

Manuel Lorenzo de Vidaurre, el polémico autor de varios proyectos legislativos como un Código Eclesiástico y un Código Penal, amén del primer proyecto de Código Civil peruano,² no dedicó un capítulo especial al tema de las personas; es decir, no estimó necesario referirse a los derechos de las personas, a su clasificación por el derecho natural y por el derecho civil, a pesar de que el libro primero de su conocido proyecto aludía, justamente, a la materia general: personas. Empero, comenzaba este libro ocupándose de los esponsales. Esta omisión se explica, en parte, en la filosofía iusnaturalista que anima el proyecto. Conforme a la misma no tendría sentido regular normativamente los derechos de la persona cuando la naturaleza automáticamente ya los consagra. Por otro lado, obedece al igualitarismo de que se halla imbuido. Al exponer su proyecto de Código Civil, Vidaurre, subraya, en abierto contraste con la realidad del país, en la que no se detiene a pensar:

"No hice como Justiniano distinción de las personas. ¿Qué distinción podré hacer entre siervos y libres? ¿Entre vasallos y soberanos? ¿Entre nobles y plebeyos? Mi pulso hubiera temblado, mi conciencia me hubiera reprendido, el siglo me hubiera acusado. Mantengan algunas legislaciones europeas esos restos vergonzosos de la antigua barbarie y servidumbre; lo que en parte de la Europa y en el Asia y África se venera y respeta, en la América ilustrada es un crimen, un escándalo. Entre nosotros todos los hombres nacen libres, se desconocen jerarquías, el respeto debido a los magistrados es el respeto que el ciudadano se debe a sí mismo: obedece a la ley, no obedece al hombre".³

Vidaurre no recoge el derecho romano en este punto, debido a sus ideas iluministas. Es interesante advertir que juzga a la América toda superior a Europa y a los otros continentes, pues, los países que la conforman nacieron a la independencia política, precisamente, bajo la influencia ideológica del iluminismo. Por otro lado, una de las primeras medidas legislativas del Estado peruano consistió en la eliminación de los títulos nobiliarios y los textos constitucionales refrendaron, en el plano normativo, la igualdad de los peruanos.

La falta de normas explícitas concernientes a la división de la persona, según su estado natural y su estado

1 Manuel Lorenzo de Vidaurre, Proyecto del Código Civil peruano, dividido en tres partes. Primera de las personas. Imprenta del constitucional, Lima, 1834.

2 Manuel Lorenzo de Vidaurre, "Proyecto del Código Civil peruano", dividido en tres partes. Tercera parte. Comprende todo lo que corresponde a las últimas voluntades", Imprenta del constitucional por Justo León, Lima, 1836, Conclusiones p. 182.

3 Nuestra tarea también se ha visto facilitada por un trabajo precursor: *La noción jurídica de persona*, de Carlos Fernández Sessarego. 2a. edición, Imprenta de la UNMSM, Lima, 1968. En efecto, Fernández Sessarego, hizo un breve pero imprescindible estudio en torno a la doctrina peruana que se interesó por el tema de la persona. Véase el capítulo XV, pp. 196-206. Idéntico valor tiene dicho trabajo para otros juristas comprometidos en el mismo universo de estudio, a saber, Toribio Pacheco, Francisco García Calderón, Cesáreo Charlatana, Francisco Samanamú, Darío Rodríguez Llerena, Ángel Gustavo Comejo y José León Barandiarán.

civil, no significa que Vidaurre, a lo largo de las exposiciones que acompañan sus propuestas (buena costumbre lamentablemente no siempre seguida por los legisladores modernos), no se ocupase entre líneas del tema, como acabamos de observar. La dificultad estriba en encontrar fragmentos alusivos. Pero, dichos obstáculos pueden removerse con una lectura atenta del proyecto.⁴

Vidaurre –en el discurso– era un tenaz adversario de las desigualdades. No perderá nunca la ocasión para proclamar su credo igualitario. La influencia de Rousseau, el “filósofo ginebrino”, como solía llamarlo es evidente.⁵ Bajo esta concepción, la necesidad misma de un código es justificada en términos de igualdad, la cual cree encontrar en América ilustrada, mas no en Europa:

“¿Qué nos falta? –preguntaba–... A nosotros todos se nos allana. No tenemos soberanos con quienes contemporizar: la soberanía está en el pueblo...No chocamos con intereses particulares de la aristocracia: nuestra nobleza consiste en la virtud y el mérito. Emprendamos”⁶

Como Rousseau y, siguiendo una línea, cuyo origen en el pensamiento occidental se encuentra en la filosofía estoica y cuyo desarrollo continúa en el derecho romano, Vidaurre está convencido que existe una libertad originaria del hombre. El hombre, pues, nace libre.⁷ Este principio, le parece al incansable codificador, evidente.⁸ Sin embargo, esta libertad no es absoluta, dado que encuentra límites en “la naturaleza, la religión y la ley”.⁹ Seguramente, Vidaurre pensaba en esos límites cuando sanciona con la ilicitud los esponsales contraídos entre los sirvientes y los hijos del señor.¹⁰ No vacilará en señalar los males que causan los esponsales con estos “criados de escalera abajo”, confesando prejuicios sociales que se sobreponen a sus principios ideológicos: “nada más loco que autorizar el matrimonio del hijo o hija de un notable con el sirviente o la sirvienta”.¹¹

Vidaurre, aristócrata al fin al cabo, procura armonizar su espontánea repulsión a estas uniones de hijos de notables con “cocheros o cocineros” o con “lavanderas o barrenderas”, “de la última clase, por su color, su educación y su fortuna”¹² con las consignas ideológicas liberales de las que se siente portador. Aunque, obviamente, para un rousseauiano convencido, tales posturas resultan incongruentes, trata de explicarlas, aduciendo que “es cosa muy distinta nivelar que destruir”.¹³ Agregando, más adelante, que “la mala inteligencia de las palabras libertad e igualdad, ha causado terribles males en las repúblicas nuevas”.¹⁴ Anunciando los límites de su liberalismo, declara que “la democracia irracional y absoluta es un fervor que devora”.¹⁵

Como Rousseau y siguiendo una línea, cuyo origen en el pensamiento occidental se encuentra en la filosofía estoica y cuyo desarrollo continúa en el derecho romano, Vidaurre está convencido que existe una libertad originaria del hombre. El hombre, pues, nace libre. Este principio, le parece al incansable codificador, evidente. Sin embargo, esta libertad no es absoluta, dado que encuentra límites en “la naturaleza, la religión y la ley”

Para Vidaurre, “ningún hombre nace esclavo”.¹⁶ Esta afirmación es lógica consecuencia de una idea sobre la libertad originaria de la persona. Sigue, en este punto, una línea de pensamiento que lo emparenta con el estoicismo, el derecho romano y el discurso del padre De Las Casas. Pero, como los dos primeros, halla razones prácticas –el derecho de gentes y el derecho civil– que harían comprensible la servidumbre. Estos elementos explicativos, serían, “la pobreza y otros accidentes”, merced a los cuales ciertos hombres “precisan reconocer por señor a un ente de la misma especie”.¹⁷

Por otra parte, Vidaurre, en el plano práctico, difiere la abolición de la esclavitud al año 1870; es decir, más de treinta y cinco años después a la fecha de elaboración del proyecto. A pesar de la parquedad de la exposición de motivos, en abierto contraste al habitual discurso de Vidaurre, se infiere esta consecuencia lógica con una simple lectura del artículo 16, del título 17 del libro II, que estipula: “Ningún hombre puede ser vendido después del año 1870”.¹⁸

La mujer, asimismo, es tan libre como el hombre, “pero su sexo y debilidad la obligan a sujetarse a una persona extraña”. Sin embargo, “con un pequeño sacrificio de su albedrío, logra la seguridad y las comodidades que proporciona un gobierno doméstico bien ordenado”.¹⁹ Vidaurre, en realidad, está lejos de reconocer los mismos derechos y obligaciones a hombres y mujeres. Inaugura, entre los juristas peruanos de la república, que no hacen sino seguir en este punto el derecho colonial, una posición que subraya la *capitis diminutio* de la mujer, “por la debilidad de su sexo”.

2. IDEA DE PERSONA: JOSÉ SILVA SANTISTEBAN

José Silva Santisteban, en el primer manual que se publicó para comentar el flamante Código Civil de 1852,²⁰ opta por una explicación histórica de la idea de persona. Sostiene que en la antigüedad clásica “llamábase *persona*

4 La influencia rousseauiana sobre Vidaurre ha sido inmensa. En muchos casos, sin perder la originalidad que le era tan propia, el jurista peruano trataba de imitarlo. Así, a la manera de las *Confesiones*, escribió sus *Cartas Américas*, curioso y dramático testimonio de sus ideas y pasiones. Colección documental de la independencia del Perú, t. 1, volumen 6º, Los ideólogos, Lima, 1973.

5 Vidaurre, Proyecto de Código Civil peruano, primera parte, o. c., prólogo.

6 Las fuentes romanas definen la libertad como la facultad natural que cada uno tiene de hacer lo que le plazca, sin otro parámetro que la fuerza o la ley (Instituciones de Justiniano, 1, 3, 1), (Digesto 1, 5, 4).

7 Vidaurre, Proyecto de Código Civil peruano, o. c., p. 247.

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*, p. 4.

10 *Ibid.*, pp. 18-19.

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*, p. 19.

13 *Ibid.*

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*, p. 247.

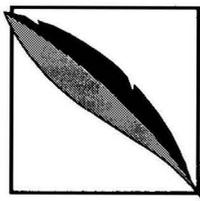
16 *Ibid.*

17 Proyecto de Código Civil peruano, II Parte, Imprenta del constitucional por Justo León, Lima, 1835, p. 265. La exposición de motivos trata la materia en un lacónico párrafo, en el que se lee: “Tampoco puede venderse al hombre libre, según la ley 15 (de las *Siete partidas*). Yo añado ningún hombre después del año de 1870. La cantidad de nuestros gobiernos no consiente el nombre de esclavitud” (p. 278).

18 *Ibid.*, p. 247.

19 José Silva Santisteban, *Curso de derecho peruano, Parte civil*, Piura, 1853. Primera parte: personas.

20 *Ibid.*, pp. 17-18.



a la careta que usaban los actores en el teatro". En la época moderna, en cambio, merced a un juego de figuras del lenguaje, según el mismo autor, "indica la misma idea que hombre". Esto es, hombre y

persona supondrían la misma idea. De modo que "las calidades y condiciones que constituyen hombre a un individuo, le dan su carácter de persona con capacidad jurídica". En este punto hay coincidencia con el derecho romano, que no distingue entre hombre e individuo. Más adelante, sin embargo, contraponen las ideas modernas a la figura romana, dado que en Roma "no bastaba el carácter humano, necesitábase de todo punto la libertad, porque el pobre esclavo no era más que una cosa; pero este ludibrio de la humanidad no mancha nuestra ley".

Es cierto que en el derecho romano se precisaba de la libertad para que el hombre tuviese un goce más amplio de sus derechos civiles. Empero, la afirmación de que el esclavo no era sino una cosa, carece de consistencia y una comprobación elemental en las fuentes no arroja una conclusión semejante. No existe un sólo fragmento del Digesto o de otras fuentes en las que se diga que el esclavo es una cosa.

Silva Santisteban, a cada momento del discurso, distingue el derecho romano del código peruano. Por ejemplo, subraya que:

*"había en el derecho romano una diferencia profunda entre el varón y la mujer: ésta era incapaz de obtener derechos o, por lo menos, de ejercerlos, vivía siempre bajo la dependencia, o de su padre, en la soltería, o de su consorte durante el matrimonio, o de su más próximo agnado o pariente paterno en la viudez; era el término de la familia y sus hijos se presentaban con extraños con relación al abuelo materno. Entre nosotros, las diferencias no son tan notables, iremos apuntándolas en el resto de nuestro curso"*²¹

Ese afán por distinguir el derecho romano del moderno, obedece también, como en Vidaurre, a la influencia de las ideas iluministas: los antiguos admiten y hasta alientan la desigualdad; los modernos, la suprimen o, cuando menos, tienden a suprimirlas. José Silva Santisteban, por otra parte, era un liberal. Las diferencias debían de parecerle aborrecibles. Sin embargo, el jurista peruano omite referirse a la condición del indio, dando por entendido que era un peruano más y por lo tanto igual ante la ley. Ha desaparecido de su horizonte la preocupación, propia del derecho indiano, de atender a la situación concreta del indio. Por otro lado, Silva Santisteban, falta a la verdad, cuando afirma que "ese ludibrio de la humanidad (la esclavitud) no mancha nuestra ley", habida cuenta que cuando escribe su *Curso de derecho peruano*, hacia 1853, la esclavi-

tud no había desaparecido en el Perú. El mismo Código Civil que él comenta trajo un título completo para regular esa institución tan odiada por el jurisconsulto.

3. TORIBIO PACHECO²²

Toribio Pacheco y Rivero prefiere ocuparse de la persona, a través de una aproximación iustafilosófica muy en boga durante la época, las ideas de Ahrens, quien consideraba el derecho como una condición para el desarrollo del hombre. En esta línea, sintetizando un rasgo esencial del pensamiento de Ahrens, diría:

*"El examen de la naturaleza humana hace conocer que el hombre, considerado en sí mismo y como miembro de la sociedad, tiene un fin que llenar, que es el de su perfección, y que debe alcanzarlo, o, al menos, aproximarse a él por el desarrollo gradual y progresivo de los dos elementos de que se compone, del cuerpo y del alma, o lo que es lo mismo, de sus facultades físicas e intelectuales. Para conseguir el fin, es menester emplear los medios o las condiciones que a él conducen, del mismo modo que, para llegar al término, es preciso atravesar la distancia que lo separa del punto de partida"*²³

La idea de perfectibilidad del hombre esbozada por Pacheco es propia de la filosofía estoica y del cristianismo. Ha sido recreada por Ahrens, de quien la recoge Pacheco. La referencia a las condi-

ciones o los medios para lograr o acercarse a la perfección alude a un incipiente historicismo que podría provenir de Montesquieu. Vemos, pues, un intento de transacción entre el iusnaturalismo (la perfección del hombre) y el historicismo (las condiciones o medios para llegar o acercarse a la perfección).

Pacheco se adscribe al mismo tiempo al romanismo y al iusnaturalismo cuando sostiene que

*"el derecho es esencialmente personal, porque tiene por fundamento y por fin la persona, el hombre; y si se refiere también a las cosas, no es sino en cuanto éstas son condiciones físicas para el desarrollo de la persona. El sujeto o el ser que posee el derecho, es el hombre, y por esto se llama persona" (sic)*²⁴

A pesar de que no se encuentra una referencia explícita, parece obvio que el celebrado jurista peruano estuviera pensando en la conocida reflexión de Hermogeniano, transcrita en el Digesto 1, 5, 2 y 3 (*statum hominum*), según la cual, todo el Derecho hallaría lugar para regular la vida entre los hombres, únicos destinatarios de las normas jurídicas.

Así mismo, Pacheco asegura en un párrafo medular:

*"Persona es un ser que tiene derecho. Como entre todos los seres que pueblan el universo, sólo el hombre es capaz de tener derechos y de ejercerlos, resulta que sólo el hombre es persona. El hombre es, pues, el sujeto de derecho, y todo hombre es persona. Por consiguiente, ambas palabras son enteramente sinónimas"*²⁵

Persona es un ser que tiene derecho. Como entre todos los seres que pueblan el universo, sólo el hombre es capaz de tener derechos y de ejercerlos, resulta que sólo el hombre es persona. El hombre es, pues, el sujeto de derecho, y todo hombre es persona. Por consiguiente, ambas palabras son enteramente sinónimas

21 Sobre la vida y las ideas de Toribio Pacheco, véase, de Carlos Ramos N., *Toribio Pacheco, jurista peruano del siglo XIX*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993. Sobre una influencia específica sobre dicho autor, *Derecho romano en Toribio Pacheco*, Instituto Riva-Agüero, Serie "Cuadernos", Lima, 1996.

22 Toribio Pacheco y Rivero, *Tratado de derecho civil*, Imprenta del Estado, 2a. edición, Lima, 187, p. 1. Utilizamos aquí la segunda edición. La primera apareció entre 1860 y 1862 y no fue publicada por la imprenta del Estado.

23 *Ibid.*, t. I, p. 4.

24 *Ibid.*, p. 60.

25 *Ibid.*, p. 60.

la esclavitud renació en América porque se creía que los indios no eran suficientemente robustos para el trabajo

Asigna de este modo, a las expresiones *hombre* y *persona* idéntico significado. Ratifica esa posición con una frase rotunda: "Sólo el hombre es persona". Hay, no obstante, cierto grado de abstracción conceptual cuando emplea el término *sujeto*, desconocido por los juristas romanos. Sustancialmente, sigue dicha tradición.

Paradójicamente se aparta del derecho romano, para ser más precisos, halla diferencias donde los juristas romanos no establecen ninguna. Refiriéndose a la sinonimia de los vocablos *homo* y *personae*, piensa que esa identidad de significado no se daba entre ellos. Dice Pacheco:

*"no sucedía así entre los romanos, quienes, fundándose en la legislación especial que los regía, establecían una diferencia entre hombre y persona. Hombre, según ellos era el ser que tenía mente racional en cuerpo humano: homo est cuiusque mens ratione proe in corpore humano contigit; y persona, el hombre, considerado en algún estado: persona est homo, cum statu quadam consideratus".*²⁶

En realidad, la diferencia entre hombre y persona no fue introducida por los romanos, sino por los comentaristas y humanistas del *ius commune*. La definición del hombre como mente racional en cuerpo humano no aparece en las fuentes, como tampoco el concepto de persona como el hombre con un estado determinado. Pacheco confunde el derecho romano con la doctrina jurídica medieval; las fuentes con las interpretaciones.

No vacila en señalar, más adelante, que bajo la denominación general de *hombre* se halla también la mujer.²⁷ Ello no obsta para que halle atendibles las restricciones a las que está sujeta por la legislación, "en razón a la debilidad inherente de su sexo".²⁸

Pacheco no se ocupa de la división entre ingenuos, siervos y libertos. Dado que, hacia 1860, cuando escribía el *Tratado de derecho civil*, esa distinción había sido suprimida del Código Civil, seguramente, juzgaba innecesario dedicar atención a dicha clasificación. No encontramos tampoco referencias a la condición jurídica de los indios, a los que el derecho indiano procuraba proteger (por lo menos, formalmente), ni a los chinos, a pesar de que este último grupo étnico empezaba a hacerse presente en la vida social del país.

4. FRANCISCO GARCÍA CALDERÓN

En su monumental *Diccionario de legislación peruana*,²⁹ Francisco García Calderón, cuando comenta la voz *persona*, indica que en Roma, tal expresión no era equivalente al término *hombre*, por cuanto "hombre" era todo ser racional y persona era sólo quien tenía capacidad de derechos. Esta distinción habría sido recogida por el derecho castellano y también por el codificador peruano de 1852, dado que no se puso fin a la esclavitud. Sin embargo, desde la abolición de ésta, entre 1854 y 1855, desapareció, deviniendo los términos "hombre" y "persona" en sinónimos, aplicándose, indistintamente, a "todo individuo que tiene derecho".³⁰

García Calderón, escribiendo cuando la esclavitud ya había sido abolida, sigue muy de cerca en este punto a Joaquín de Escriche, autor español de otro afamado *Diccionario de legislación*. El jurista peruano define la es-

clavitud en los mismos términos que la *Instituta* y *Las partidas* lo habían hecho, es decir, como una institución de derecho de gentes; y señala también, casi con las mismas palabras del español Escriche, que la esclavitud renació en América porque se creía que los indios no eran suficientemente robustos para el trabajo.

En una afirmación, que se aparta de la corriente romanista y castellana prevaleciente, dice García Calderón, incurriendo en el mismo error de José Silva Santisteban, que "el negro no era persona sino cosa y estaba, por consiguiente, privado de todos los derechos civiles".³¹ Es fácil comprobar la incoherencia del pensamiento de García Calderón en este punto, dado que en otro pasaje, refiriéndose a la situación del siervo en el derecho romano, diría que éstos —los esclavos— eran contactados entre los hombres, mas no entre las personas.³²

5. MANUEL ATANASIO FUENTES

Para este prolífico autor la "persona es todo ser capaz de obligaciones y derechos".³³ A simple vista da la impresión que Fuentes asocia el concepto de persona a la capacidad; sin embargo, de manera muy clara, se pronuncia luego por la consubstancialidad de las expresiones *hombre* y *persona*. "El hombre —dice Fuentes— es una persona cuyos derechos garantiza la ley fijando su estado, su condición y sus capacidades".³⁴ Es evidente, sin embargo, el positivismo al que apela el autor. Así, el estado, la condición y las capacidades de la personas son establecidas por la ley. No hay, consecuentemente, referencia alguna al derecho natural. Esta concepción positivista de Fuentes halla ciertamente su inspiración en las ideas de Hobbes y de Bentham y en la doctrina de la escuela de la exégesis. Empero, con todo, no se observa una abandono absoluto del iusnaturalismo, en la medida que considera válido emplear una categoría con la cual el positivismo difícilmente concilia: *hombre*.

La identidad entre *hombre* y *persona* llevan a Fuentes, a duras penas, hacia una concepción "igualitarista". Fuentes, ideológicamente un conservador, vacila en conceder los mismos derechos a los negros que los concedidos a los blancos. Sostiene que

*"La razón de los negros no es diferente en el fondo, de la de los blancos, aun cuando sus facultades intelectuales sean inferiores a éstos. Esta inferioridad no parece bastante para introducir grandes variaciones en el régimen legal".*³⁵

Si examinamos con cuidado el párrafo citado el negro y el blanco se hallan, en realidad, en un plano asimétrico. Las facultades intelectuales del primero son inferiores a las del segundo. Luego, esas diferencias conducirían a la introducción de algunas variaciones en el plano normativo. En el lenguaje críptico de Fuentes, se lee, pues, entre

26 Ibid. p. 83.

27 Ibid.

28 Francisco García Calderón Landa, *Diccionario de legislación peruana*, Imprenta del Estado, por Eusebio Aranda, Lima, 1860, t. II, 1862.

29 Ibid. p.

30 Francisco García Calderón, *Ibid.* Artículo "Esclavitud", p. 60.

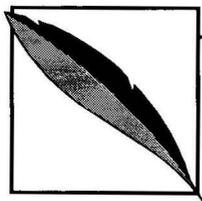
31 Ibid. voz *persona*, p. 1516.

32 Manuel Atanasio Fuentes, "Curso de enciclopedia del derecho", t. I, imprenta del Estado, Lima, 1876, p. 92.

33 Ibid.

34 Ibid. Voz *Razas*, p. 69, Sección "Derecho natural".

35 Ibid. Voz "Abolición de la esclavitud", Sección "Derecho natural", p. 83.



líneas, que la igualdad legal entre el negro y el blanco no debe ser completa. El *status*, se erige de nuevo, como un elemento inescindible de la idea de persona. Advuértase que el espíritu discrimi-

natorio de esta concepción emerge en plena república, cuando la esclavitud ya ha sido abolida. La fuerza de la tradición conservadora emerge de una manera muy nítida aún en la segunda mitad del ochocientos.

Manuel Atanasio Fuentes es muy coherente en sus concepciones antigualitarias. Así, cuando comenta, en el diccionario, la voz *esclavitud*, funda su origen y existencia histórica en la "acción de una inteligencia superior sostenida por la fuerza". En un afán más que puramente descriptivo, agrega que "Aristóteles decía que había hombres nacidos para señores y otros para servir y ser esclavos". Si arribamos a las determinaciones concretas habría que preguntarse quiénes eran los señores y quiénes arrastraban con el destino fatal de la esclavitud en el Perú. La respuesta que ofrece Fuentes es implícita. Tendríamos que buscarla en la realidad social terriblemente escindida del Perú de la época.

En esa dirección bastante coherente, reconoce con gran honestidad intelectual, usando un razonamiento del todo utilitarista, en el que se percibe la influencia de Bentham:

"lo que acabó por emancipar al esclavo, no fue ni la religión ni la filosofía; fue un móvil menos noble pero de más segura acción: el interés".³⁶

Se confirmaba así que los cambios, a su pesar, no habían destruido la estructura social colonial. Si el mundo fáctico no lo había hecho, ¿por qué habría de hacerlo el mundo normativo?

6. PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL

El proyecto de Código Civil, elaborado para la república peruana, presentado a la legislatura de 1847, por la comisión nombrada conforme a ley de 8 de octubre de 1845,³⁷ es digno de examen, no sólo por tratarse de la fuente más inmediata del primer Código Civil del Perú, uno de los primeros de América Latina, sino también por el valor histórico-jurídico que él mismo encierra.

La comisión integrada por Manuel Pérez de Tudela, Francisco Javier Mariátegui, Manuel López Lisson, Mariano Carrera, José Luis Rospigliosi, José Luis Gómez Sánchez y José Manuel Tirado, que se entramparía en la discusión del matrimonio civil, incluiría una pauta interpretativa en el título preliminar del proyecto. Se lee:

"En la palabra hombre se entiende comprendida la mujer; y las disposiciones de la ley abrazan ambos sexos, siempre que ella no distinga expresamente" (art. XIII).

El libro primero del proyecto, que se denomina "De las personas y de los derechos que como tales tienen", siguiendo al derecho romano, diferencia a las personas según su estado natural y de acuerdo a su estado civil.

Clasificación que, a pesar de hallarse en el derecho castellano, viene a ser la primera que lo consagra en un ordenamiento republicano de América Latina. En el primer rubro se encierran los binomios nacidos/por nacer; varones/mujeres; capaces/incapaces. El segundo, el estado civil, incluye a los naturales y extranjeros; vecinos, ausentes y transeúntes; casados y solteros; "las personas de su derecho y las que están bajo la patria potestad o pupilaje"; los profesores y sus discípulos; los médicos, cirujanos, boticarios y sangradores; los legos y los eclesiásticos y, por último, a los ingenuos, siervos y libertos. Gran parte de esta clasificación detallista y pintoresca no fue acogida en el Código Civil de 1852. Esta minuciosa clasificación evidencia puntualmente la sociedad particularizada y a la mentalidad de entonces. La conformación gremial de la sociedad, típica de la sociedad colonial, la dispersión de esferas sociales se muestran elocuentes en la regulación positiva del proyecto. Gradualmente, en la medida que se producía la modernización de la sociedad civil, estas divisiones se diluían. Dado que el proceso de codificación es coincidente con un enérgico impulso modernizante, es probable que el legislador estimase que la conformación social diseñada en el proyecto, resultaba incompatible, parcialmente, con las trans-

formaciones operadas en el escenario sociológico de la época. Mientras que en el derecho colonial se justificaban todas ellas, en el derecho republicano, la modernización liberal, sin ser completa, mermaba las bases económicas y legales de semejante división.

La influencia del derecho castellano en esta clasificación es elocuente. La novísima recopilación, sin duda, había sido tomada como la fuente de inspiración inmediata. La supresión de algunos tópicos, por otra parte, no fue total. Se confirmaba así que los cambios, a su pesar, no habían destruido la estructura social colonial. Si el mundo fáctico no lo había hecho, ¿por qué habría de hacerlo el mundo normativo? El jurista percibía muy bien estas diferencias y no renunciaba a hacerse vehículo e instrumento de su fijación formal en los textos normativos.

7. CÓDIGO CIVIL DE 1852

Un libro primero sobre "las personas y sus derechos". La sección primera trata "de las personas según su estado natural": en el título I, de los nacidos y por nacer y, posteriormente, de los varones y mujeres, de los mayores y menores de edad y de los capaces e incapaces. La sección segunda se refiere a "las personas según el estado civil". El título I regula la "dependencia e independencia de las personas en el ejercicio de sus derechos civiles"; el segundo, de los peruanos y extranjeros; el tercero, de los vecinos y ausentes; el cuarto, de los clérigos; el quinto, de los ingenuos, siervos y libertos y, finalmente, el sexto capítulo, de la manumisión.

El libro primero "de las personas y sus derechos", prácticamente, tiene una factura adscrita al derecho romano, canónico y castellano. Así, el código nacional se

³⁶ Proyecto de Código Civil peruano, Imprenta del correo peruano, Lima, 1847.

³⁷ Es elocuente que el epígrafe del código francés que encabeza el libro primero se denomina, lacónicamente: "de las personas"; en tanto que el peruano, usa una fórmula más comprensiva: "de las personas y sus derechos".

ocupa largamente de las personas, del inicio de la personalidad y de su fin.³⁸ En este aspecto es precursor en América Latina.³⁹ No se olvide que el código peruano antecedió en el tiempo al Código Civil chileno de 1855, redactado por Andrés Bello, y al Código Civil argentino, de 1855, redactado por Dalmático Vélez Sársfield. Los ordenamientos civiles que lo antecedieron, vale decir, como el de Santo Domingo, Xalapa, Bolivia y Costa Rica, siguen al *Code napoleónico*, que no trae la división romana de las personas por su estado natural y por su estado civil.

Los rasgos conservadores del código nativo; esto es, menos asociados a las ideas iluministas del código francés, se traslucen en muchos de los dispositivos del libro primero: dedica, por ejemplo, un título completo a los clérigos, regula la esclavitud (servidumbre) y la manumisión, otorga efectos jurídicos únicamente al matrimonio canónico, prohíbe el divorcio vincular y distingue entre los hijos naturales y los incestuosos, adulterinos y sacrílegos, que no podían ser reconocidos por el padre. Aspectos en los que se distancia del código francés decididamente más igualitario, recogiendo el derecho castellano. El código peruano no hace sino traducir normativamente las diferencias y los roles sociales de la época. De allí que su atención a la clasificación de las personas sea tan puntual y que, desde nuestra perspectiva moderna, nos parezca anacrónica y pintoresca.

Se muestra, sin embargo, más avanzado que el *Code* y que muchos códigos latinoamericanos, inclusive posteriores a él como el código de Bello y del Vélez Sársfield, cuando proscribió la *capitis diminutio*, esa terrible institución romana de la muerte civil.

Aunque de una manera tímida y muy restrictiva, autoriza la indagación judicial de la paternidad a los hijos ilegítimos nacidos, siempre que sean concebidos por raptó y estupro de la madre (art. 237). El código francés, en cambio, vetaba toda posibilidad de interponer una acción encaminada a determinar la paternidad ilegítima.

A diferencia del Código Civil galo y, no obstante, la Constitución conservadora de 1839, vigente a su promulgación, pone, en líneas generales, en pie de igualdad a peruanos y extranjeros.⁴⁰

El Código Civil peruano, de 1852, como todos los demás ordenamientos civiles de su época, no coloca a la mujer en pie de igualdad jurídica. Así, en correspondencia con la mentalidad del momento, la peruana casada con extranjero y la extranjera casada con peruano, seguían la condición de sus maridos (art. 41). Se consideraba inexorable que el marido debía protección a la mujer y la mujer obediencia al marido (art. 175) y, consecuente con esta perspectiva, el código daba por sentado que "la mujer está obligada a habitar con el marido, y a seguirlo donde él tenga por conveniente residir" (art. 176). El total arbitrio del marido a fijar el domicilio se vinculaba, a su vez, a la obligación de sostener a su cónyuge: "El marido está obli-

El código peruano no hace sino traducir normativamente las diferencias y los roles sociales de la época. De allí que su atención a la clasificación de las personas sea tan puntual y que, desde nuestra perspectiva moderna, nos parezca anacrónica y pintoresca

gado a tener en su casa a la mujer, y a suministrarle todo lo preciso para las necesidades de la vida, según sus facultades y situación" (art. 177). La mujer, de este modo, consiére su libertad, pero asegura su porvenir. El derecho concilia la restricción de un derecho: el fijar el domicilio, con una norma tuitiva: la obligación del marido a suministrarle lo que aquélla requiera.

El código también disponía que el marido fuese el administrador de los bienes de la sociedad conyugal (art. 180). La mujer, en cambio, no podía dar, enajenar, hipotecar ni adquirir a título gratuito u oneroso, ningún bien, sin la intervención o el consentimiento escrito del marido" (art. 182).

La legislación, en esta materia, por otro lado, incurre en clamorosas contradicciones. Esto ocurre, por ejemplo, cuando, a la vez, que se exige la autorización del marido para su apersonamiento en juicio, automáticamente, tiene la obligación de presentarse si es acusada en una causa penal. Es elocuente la duplicidad del legislador. La mujer es capaz de cometer delitos y, por lo tanto, imputable por su comisión; es, no obstante ello, incapaz de ejercer muchos derechos personales, como la capacidad procesal. Resulta pintoresco, igualmente, el hecho que se midan ciertas faltas a los deberes conyugales con criterio diferente. Tal es el caso de dos causas del divorcio relativo *thorum et mensae*: el adulterio en la mujer y el concubinato o la incontinencia pública del marido (art. 192, incisos 1 y 2). El varón casado que cometía adulterio, es decir, una relación sexual esporádica, no faltaba, a los ojos del código y, seguramente, de la misma sociedad, al deber legal de fidelidad.

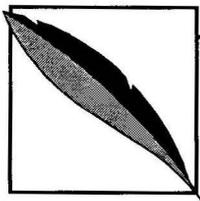
El código no siempre persigue una limitación de los derechos de la mujer. Por otro lado, exigirle lo contrario supondría incurrir en anacronismo. En ocasiones, se consagran importantes facultades. Así, puede solicitar el reconocimiento de la preñez –castiza expresión que usa el código– (art. 6); puede hacer testamento (art. 183) y ejercer la patria potestad en defecto del padre y, sobre todo, los hijos ilegítimos (art. 284, 285 y 286).

Tampoco puede olvidarse que el Código Civil, en el título quinto del libro segundo, normaba sobre los ingenuos, los siervos y los libertos. Regulación que se juzgaba provisoria, "mientras subsistan los efectos de la antigua esclavitud" (art. 95). Esta clasificación de las personas era admitida, únicamente, por razón del estado civil. El código no pretendió justificar la servidumbre por el estado natural. En consonancia, con los dispositivos constitucionales en vigor, sólo era siervo o esclavo el que lo fue antes de jurarse la independencia del Perú, si después no obtuvo su libertad (art. 97). Por otra parte, el código declaraba que "nadie nace esclavo en el Perú" y que "el esclavo que venga del exterior se hace libre, desde que pisa el territorio de la república" (art. 98). Esta

38 La identidad del *nasciturus* como "el hombre que está por nacer", el hombre como categoría jurídica no abstracta. La teoría de la viabilidad, propias del derecho romano, son reguladas por primera vez en un código moderno, sea latinoamericano o europeo.

39 El artículo 33 consagra, por ejemplo, que "los extranjeros gozan en el Perú de todos los derechos concernientes a la seguridad de su persona y de sus bienes, y a la libre administración de ellos".

40 El artículo 101 prescribía "Los amos no pueden vender, cambiar ni donar sus esclavos, para que sean trasladados de un lugar a otro, sin consentimiento éstos, expresado ante la autoridad civil del pueblo donde se encuentren".



HISTORIA

norma reproducía un dispositivo constitucional que tuvo sólo vigencia formal, pues, sistemáticamente fue desobedecido. La dinámica comercial de la esclavitud es prohibida por el código.⁴¹ De

manera que los amos tenían un dominio relativo sobre el esclavo, pudiendo aprovechar su fuerza de trabajo, por lo cual, debían de acudir a los siervos con una retribución por sus servicios, además de suministrarles “alimentos, protección y asistencia en sus enfermedades” (art. 99). El artículo 101 que prohibía al amo vender, cambiar y donar al esclavo, no impedía que fuese alquilado. En consecuencia, el señor podía ceder su esclavo a otro, a título oneroso o gratuito, para que, sin que operase transmisión del dominio, pudiese un tercero obtener un provecho de su fuerza de trabajo.

Una figura que para el Derecho, así como para la historia económica y social, ofrece un interés inmenso, es la del liberto. El derecho republicano, en lugar de derogar, si era consecuente con sus convicciones liberales, esta institución del derecho romano, la recreó; adaptándola a las necesidades de mano de obra en el agricultura y en el servicio doméstico. No había razón, desde una perspectiva auténticamente liberal, para que un esclavo que había sido manumitido continuase bajo el “patronato” del antiguo amo, obteniendo éste último ventaja prácticamente gratuita del trabajo del que fue su siervo. Sin embargo, el legislador, con la obvia intención de favorecer a los terratenientes dispuso que eran libertos: a) los que dejaran de ser esclavos por la oblación (pago) de su precio; b) los que lo dejaran de ser por la gracia de sus amos (manumisión); c) los que dejaran de ser esclavos por haber quedado inutilizados prestando servicio a sus amos; d) quienes hubiesen obtenido una sentencia judicial de declaración de libertad, y e) los hijos de madre esclava, nacidos después de jurada la independencia; esto es, después del 28 de julio de 1821.

Lo más grave es que el patronato, tal como aparece consignado en el Código Civil, carecía de un plazo. Sólo acabaría si el patrón, a lo largo de un año –;vaya tiempo!– dejaba de alimentar, vestir y educar a los libertos. Por otra parte, la obligación del patrono de alimentar a los libertos a su cargo no aparece perfectamente establecida, pues, desde el momento que el artículo 107, establecía que “el amo alimentará al esclavo y al liberto que se hubiesen inutilizado en su servicio, si éstos no pueden mantenerse por sí mismos”, daba pábulo a interpretaciones que, tranquilamente, facultaban al patrono a servirse del trabajo del liberto, sin siquiera brindarle alimentos. La institución romana, asimismo, era desnaturalizada, habida cuenta que la condición de *liberto* es un estado pasajero, preparatorio de la plena libertad. Se pensaba, como seguramente pensó el legislador nacional, que los esclavos no estaban habi-

tuados a la libertad y que, antes de conseguirla, debían pasar por un período intermedio. Este estado pasajero e intermedio fue convertido por el codificador nacional en un estado definitivo. No deja de ser curioso que el legislador trate de armonizar esa prolongación enmascarada de la esclavitud, señalando que los libertos “sujetos a servicio temporal gozan de los mismos derechos civiles que los libres, salvo los servicios que deban a sus patrones”. Inmediatamente, toman conciencia de su verdadera situación y agregan “gozan también de todos los derechos con que este código favorece a los esclavos” (art. 109).

Un aspecto interesante del código consiste en que no trae la noción de *sujeto de derecho*, elaborada por la pandectística alemana. Prefiere seguir la nomenclatura romana y castellana, aludiendo, no a dicha categoría moderna, sino a una voz simple y funcional: el hombre. Así, se precisa, por ejemplo que “el hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer” (art. 1); “el hombre, desde que nace, tiene los derechos que le declaran las leyes” (art. 2); “bajo la palabra *hombre* se comprende la mujer...” (art. 10).

También se emplea como sinónimo de hombre, la expresión *persona* (Desde la denominación del título “De las personas...” o cuando se declara que “por el estado natural son también las personas, varones o mujeres –art. 9–)o, bien se usan las expresiones “el que”, “la que...” o, “quien”. Veamos algunos casos concretos: “Al que está por nacer, se le reputa nacido para todo lo que le favorece” (art. 3); “al que ha muerto trescientos cinco días antes del nacimiento de un niño, no se le reputa su padre” (art. 5). Una serie de expresiones pertenecen al lenguaje coloquial, tal es el caso de “niño” (art. 5, ya citado), en lugar de otra más técnica, ergo, moderna como “menor”. Lo mismo acontece al regularse la incapacidad. En el Artículo 16 se considera incapaces “los locos” (inciso 1) y a “los fatuos”.

Charlatana asocia claramente la idea de persona a la capacidad y al status. A pesar que pareciera ser un convencido de la universalidad de los derechos y de las obligaciones que conducen, necesariamente, a identificar las nociones de hombre y de persona, no está dispuesto dicha homologación de manera explícita

cido para todo lo que le favorece” (art. 3); “al que ha muerto trescientos cinco días antes del nacimiento de un niño, no se le reputa su padre” (art. 5). Una serie de expresiones pertenecen al lenguaje coloquial, tal es el caso de “niño” (art. 5, ya citado), en lugar de otra más técnica, ergo, moderna como “menor”. Lo mismo acontece al regularse la incapacidad. En el Artículo 16 se considera incapaces “los locos” (inciso 1) y a “los fatuos”.

8. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

La comisión conformada por los doctores José Gregorio Paredes, José Jorge Loayza, Juan Luna, Simón Gregorio Paredes, José Jorge Loayza, Manuel Santos Pasapera, Francisco M. Fernández, elaboró un proyecto de Código Civil, el mismo que no ha sido muy divulgado en los medios académicos. Este proyecto discutido y presentado al finalizar el siglo XIX,⁴² trae una serie de dispositivos referidos a la persona.

Este proyecto en el título quinto, “Del sentido legal de varias palabras frecuentemente empleadas en las leyes”, en el que abundan los apotegmas lógicos o brocados, dedica un artículo, el 123, a explicar, que la palabra *hombre* comprende al varón y a la mujer y que las disposiciones de la ley abrazan a los dos sexos, siempre que no los distingua expresamente.

41 Proyecto de Código Civil para la república del Perú, Imprenta de J. Francisco Solís, Lima, 1890.

42 Cesáreo Charlatana.

El proyecto introduce una innovación en la sistemática, pues trata de la división de las personas por su estado natural o civil en una sola sección. Ya no figura más el tratamiento que el código de 1852 concedía a los ingenuos, siervos y libertos, evidenciándose el signo de los nuevos tiempos. La esclavitud por entonces ya había sido derogada y desaparecido también el estado intermedio de "liberto". Sin embargo, no se trata de una modernización plena de las instituciones y no se va muy lejos en ese sentido, dado que el título séptimo se ocupa todavía, como el código al que se pretende reformar, de los clérigos y religiosos. Se advierte aún, en el razonamiento del jurista, la necesidad de asociar la capacidad de las personas a un determinado *status*.

Las mujeres casadas, por otro lado, de acuerdo al artículo 161 se hallan bajo la dependencia del marido. Evidenciándose así que la mentalidad tradicional que justifica esta dependencia estaba lejos de desaparecer. Para los codificadores, no había llegado el momento de homologar, en el plano legislativo, a hombres y mujeres.

9. CESÁREO CHARLATANA

Este autor en su curso para los alumnos de derecho civil de la Universidad Mayor de San Marcos⁴³ distingue las nociones filosófica y jurídica de persona. Según la noción filosófica, persona es todo ser inteligente y libre. Jurídicamente, en cambio, la persona es "todo ser capaz de derechos y obligaciones".⁴⁴

Es pertinente aclarar que cuando Charlatana se refiere a la libertad, más que a un requisito indispensable para ser reputado persona, alude a un presupuesto natural que todos los hombres disponen. En ese sentido, se inscribe en la tradición romanista que consideraba la servidumbre como una institución de derecho de gentes, que, contra lo que la naturaleza dicta, pone a un hombre en el dominio de otro.⁴⁵

En lo que concierne al ámbito jurídico, Charlatana asocia claramente la idea de persona a la capacidad y al *status*. A pesar que pareciera ser un convencido de la universalidad de los derechos y de las obligaciones que conducen, necesariamente, a identificar las nociones de *hombre* y de *persona*, no está dispuesto dicha homologación de manera explícita.

10. FRANCISCO SAMANAMÚ

Francisco de Samanamú, jurista que escribe hacia 1911, distingue el significado vulgar de la significación jurídica de la expresión *persona*.

*"Ordinariamente —dice Samanamú—, el concepto primitivo de la persona coincide con la de hombre; de donde parece seguirse naturalmente que todo hombre y nadie más debería ser considerado como persona. No sucede lo mismo en el orden jurídico; porque tanto el derecho romano cuanto el civil moderno admiten personas que no son seres humanos, y de aquí que debemos dar de la persona la siguiente definición. Persona jurídica es todo ser a quien la ley atribuye la capacidad jurídica".*⁴⁶

Como se advertirá en el fragmento citado, Samanamú abandona la sinonimia que entre las categorías *hombre* y *persona* habían compartido los juristas peruanos que lo precedieron. Identidad de conceptos que, como se sabe, es propia del derecho romano y castellano. Para Samanamú tal parentesco es "primitivo" y "vulgar". La-

mentablemente, por un lado falta a la verdad histórica y, por el otro, confunde los significados. Falta a la verdad histórica, porque para el derecho romano no existían entidades abstractas. El error semántico se deriva del uso excesivamente lato que asigna al término *persona jurídica*, incluyendo dentro de los alcances de este vocablo a "todo ser a quien la ley atribuye capacidad jurídica". Según Samanamú, que incurre en una mala lectura de la doctrina pandectística, también la persona natural es una persona jurídica, por el simple hecho de que la ley le atribuye capacidad jurídica.

11. ÁNGEL GUSTAVO CORNEJO

Para este notable jurista peruano, "la palabra persona designa al ser humano (hombre) considerado en su capacidad de ser sujeto de derecho; puede, pues, definirse jurídicamente la persona como *sujeto de derecho*".⁴⁷ Observamos que si bien se halla una identidad sustancial entre las categorías de *hombre* y *persona*, insinuándose que *persona* es el individuo capaz, ya se utiliza de un modo hartamente evidente el concepto de *sujeto de derecho*. La influencia de la pandectística alemana de Savigny, su exponente más brillante y, de la llamada jurisprudencia de conceptos, hacia 1921, fecha en que escribe Cornejo sus afamados "*Comentarios...*", condujo, precisamente, a la construcción de esta noción. Desde entonces la doctrina jurídica civilista no dejará de emplear esta expresión más elaborada que las voces hasta entonces usuales de *hombre* o *persona*. Se pasa así de la utilización de palabras uso habitual, que pueden servir o no para fines jurídicos, tal como se estilaba en el derecho romano y, en menor medida en el derecho común, al manejo de un lenguaje abstracto y tecnicista, conocido sólo por un grupo de iniciados, los juristas.

Cornejo es un crítico enérgico del artículo 2 del Código Civil de 1852, conforme el cual "el hombre, desde que nace, tiene los derechos que le declaran las leyes". Esta norma supedita los derechos de la persona a la asignación positiva de los mismos. De allí que, merced a una interpretación sistemática, podía justificarse la esclavitud. Como ha percibido Carlos Fernández Sessarego,

*"esta fórmula utilizada por el legislador permite que determinados hombres, por el hecho de una simple declaración legal, puedan ser privados de sus derechos y hasta de su personalidad. Esta fórmula, claro está, concilia con las disposiciones relativas a la esclavitud".*⁴⁸

Ángel Gustavo Cornejo, cuestionando el aludido artículo, sugiere que debiera adoptarse la fórmula del código alemán (1896) que señala que la capacidad no se extingue sino con la muerte natural, o la fórmula, aún más precisa de los códigos civiles de Chile (1855) y España (1889), que agrega, "que pone término a su existencia".

Cornejo, asimismo, estima que la clasificación de las personas por el estado natural y por el estado civil omite el estado de familia.⁴⁹ Con mucho realismo, considera que el *status* como "causa modificativa de la personalidad", resulta necesario. El hombre no puede demandar, en un lugar y en un instante dados, la totalidad de los medios que el Derecho reconoce. En consecuencia, "el estado es algo inestable, que puede variar y varía necesariamente, con las diversas situaciones que el sujeto toma en la sociedad".⁵⁰

43 Ibid, p. 67

44 Instituciones de Justiniano 1, 3, 2.

45 Francisco de Samanamú, *Instituciones de derecho civil*, t. I, Lima, 1911, p. 131.

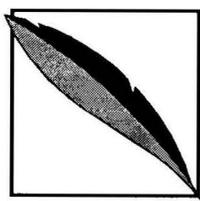
46 Ángel Gustavo Cornejo, *Comentarios al Código Civil de 1852*, Chiclayo, 1921, (libro I, de las personas y de sus derechos), p. 1.

47 Carlos Fernández Sessarego, *La noción jurídica de persona*, o. c., p. 202.

48 Ibid, p. 1.

49 Ibid, p. 2.

50 Ibid, p. 10.



Ángel Gustavo Cornejo no cuestiona las diferencias que la ley civil establece entre el varón y la mujer, pues, a su juicio “es evidente que el varón y la mujer presentan caracteres orgánicos y síquicos diferentes”.⁵¹ Por otro lado, para Cornejo, quien cita al jurista italiano Aguanno, el legislador debe considerarlos “desde el punto de vista de su respectiva misión”. De esta manera, la ley ofrecerá “las condiciones necesarias para el más amplio desarrollo de las facultades naturales propias de su sexo, de cuya combinación resulta el progreso de la familia y del adelanto social”.⁵² Cornejo entonces está convencido que la existencia de fines naturales consubstanciales al sexo. No era tiempo aún para plantearse que, no obstante de los irrecusables presupuestos inherentes a uno u otro sexo, debía reconocerse también la existencia de condicionamientos sociales que acompañaban a esas diferencias. Sin embargo, no se cierra en una posición irreductiblemente machista y patriarcal, producto de los valores prevalecientes, sino que constata que “las limitaciones impuestas a las la mujer en el ejercicio de ciertos derechos van restringiéndose día a día en el derecho moderno”.⁵³ Cita como ejemplo las normas del Código de Comercio que permiten el ejercicio de la actividad mercantil a la mujer.

Debe subrayarse, igualmente, el uso de fuentes castellanas como las *Siete partidas*. Cornejo es consciente que sería imposible comentar los diferentes institutos jurídicos prescindiendo de los materiales legales y doctrinarios sobre los cuales dichas instituciones reposan. Así, por ejemplo, al referirse al antecedente histórico del artículo 10 del código, según el cual, bajo la palabra hombre se incluye también a la mujer, menciona con acierto a la ley 6, título 33 de la partida 7.⁵⁴

LA NOCIÓN DE “STATUS”, INDISPENSABLE PARA LA COMPRENSIÓN DE LA IDEA DE PERSONA

La cuidadosa división de las personas que trae el Código Civil peruano de 1852, ya sea por razón del estado natural, ya sea por el estado civil, sólo tiene sentido si se la vincula a las diversas capacidades o incapacidades que los sujetos allí referidos tienen en la esfera normativa. Los efectos jurídicos nacidos de la pertenencia a un determinado *status* (con este término se indica, concretamente, la posición jurídica del hombre respecto a una comunidad de asociados) son diferentes según el lugar que ocupan en la escala social reflejada de modo muy aproximativo en el plano legal.

Es interesante observar que, en el siglo XIX, se hallaba en curso un movimiento liberal que ponía el énfasis en la igualdad de las personas ante la ley y que debilitaba la noción tradicional de *status*. Resulta, por lo tanto, muy significativo que los juristas latinoamericanos del ochocientos, ávidos lectores de la literatura filosófica liberal, conservasen aún dicha categoría y que continuarán asociándola, como en el derecho romano y medieval, con la capacidad de las personas.

En el derecho romano, fuente primordial en esta materia, no existía una noción general y abstracta de capacidad jurídica, entendida como la aptitud de un sujeto a ser –ya sea en sentido activo, ya sea en sentido pasivo– titular de relaciones jurídicas.⁵⁵ Así como el concepto romano de capacidad se especifica y se fragmenta en las relaciones concretas del individuo como partícipe de un grupo social, por ejemplo, el *ius commercium* y el *ius connubium*, igualmente en el derecho peruano del ochocientos, las capacidades específicas del sujeto se toman en consideración en función de su propio *status*.

Los elementos estructurales de la comunidad social, en el derecho romano, emergen como ideales, pues se apoyan en la diferencia, muy arraigada en el mundo antiguo, entre hombres libres y esclavos (*status libertatis*); estos mismos elementos aparecen claramente delineados, cuando se refieren a la rela-

Los elementos estructurales de la comunidad social, en el derecho romano, emergen como ideales, pues se apoyan en la diferencia, muy arraigada en el mundo antiguo, entre hombres libres y esclavos

ción del sujeto con el organismo político (*status civitatis*). Se extienden, finalmente, a la posición del individuo en el núcleo familiar (*status familiae*), el cual es asumido por el ordenamiento como presupuesto fundamental de la “capacidad plena” –valga el uso de esta expresión moderna– del individuo.⁵⁶

Cuanto se ha sostenido en el párrafo anterior, pertinente para el derecho romano, salvando las diferencias que las distancias topográficas y cronológicas han generado, puede ser aplicado al derecho peruano del siglo XIX. En efecto, la jerarquización social casi estamental; la situación subordinada de diversos grupos étnicos: indios, negros y chinos; la indeclinable importancia de la profesión religiosa; la conformación patriarcal de la familia, la amplitud de sus fronteras y la subsistencia de roles fijos en su interior, nos describen una realidad muy fragmentada, anegada de *status* particulares, instituidos en función de la escala social, del color de la piel, de la solvencia económica, de las relaciones sociales, del dominio del idioma oficial, del sexo, de la fe religiosa, etc. Lo curioso es que mientras en el ordenamiento jurídico colonial (derecho castellano e indiano juntos) se reconocen, explícitamente, esas particularidades y las consecuencias jurídicas que de ellas se derivan; el derecho constitucional republicano repudia esas diferencias, empíricamente comprobables. Para el derecho público, con

51 Ibid.

52 Ibid, p. 11.

53 Ibid.

54 Véase, particularmente, Gaetano Sciascia, *Capacità giuridica*, en el *Novissimo Digesto Italiano*, Unione Tipografica editrice torinese, Turin, 1959, vol. II, pp. 869-871 y E. Volterra, *persona*, en el *Bullettino dell' Instituto de Diritto romano*, 48, 1941, pp.

74 y siguientes. Fuentes romanas básicas: Instituciones de Gayo, 1, 1 y siguientes.

Instituciones de Justiniano, 1, 3 y siguientes. Digesto 1, 5

55 *Novissimo Digesto Italiano*. Voz *Capacità giuridica*, p. 870.

56 Usamos la edición facsimilar de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, tomada, a su vez, de la reimpresión mexicana de 1826.

clara influencia iluminista, todos los hombres son iguales. La declaración principista contaba más que el dato empírico. El derecho privado, heredero, al fin y al cabo, del derecho castellano e indiano, dando cuenta, en cambio, de las diferencias que presentaba la realidad social, con honestidad y realismo, recogía ese mundo social fragmentado, dando fuerza a la variopinta posición del individuo en el medio social; vale decir, consagrando el *status*. La idea de persona en el derecho peruano y latinoamericano del ochocientos no se entendería, pues, cabalmente sin su estrecha vinculación a la capacidad y al *status*.

Las ideas de José María Álvarez, jurista guatemalteco, cuyas *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*,⁵⁷ tuvieron una repercusión inmensa en el derecho latinoamericano del siglo XIX, resultan claves para captar el decisivo rol del *status* en la comprensión del concepto de *persona*. Si bien el juriconsulto centroamericano sostiene que *hombre y persona*, gramaticalmente son sinónimas,⁵⁸ agrega que "jurídicamente se diferencian mucho".⁵⁹ En una afirmación muy elaborada, que encontraremos luego en juristas posteriores, dirá:

"Persona es el hombre considerado con algún estado. En este supuesto, el que no tiene estado alguno no es persona. En esta materia parece que juriconsultos han querido seguir a los cómicos; porque así como para éstos no todo hombres que sirve o contribuye a la comedia es persona, sino solamente aquél que representa a otro hombre, v. g. a un rey, a un viejo, a un lacayo, etc.; así para los juriconsultos solamente es persona aquel que hace en la república el papel de padre familia, de ciudadano o de hombre libre; es decir, el que tiene algún estado".⁶⁰

Concluye asegurando, polémicamente:

"cualquiera que no goza de ninguno de estos tres estados, no es persona aunque sea hombre. Tenemos un ejemplo claro en el siervo. Éste es hombre pero no es persona. Es hombre porque tiene alma racional unida a un cuerpo humano, y así atendido al estado natural le llamaremos persona; pero no lo es en cuanto al estado civil porque no es libre, ni ciudadano, ni padre de familia".⁶¹

57 Ibid. p. 65.

58 Ibid. p. 65.

59 Ibid. pp. 65-66.

60 Ibid. p. 67.

61 Ricardo Orestano. voz Status libertatis, civitatis, familiae, en el Novissimo Digesto italiano, XVII, o. . . c. . . p. 383.

62 Guido Alpa. Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali. Laterza. Roma-Bari. 1993, p. 26.

Sólo dentro del seno de la cultura jurídica de su tiempo, expuesta brillantemente por José María Álvarez, se pueden entender las ideas de José Silva Santisteban, Toribio Pacheco y Francisco García Calderón. Para todos ellos, el *status* constituía un elemento primordial de toda construcción jurídica sobre las personas. De ninguna manera podía prescindirse de su estudio. Es más, indispensable recurrir a él *prima facie* para estar en condiciones de entender las elaboraciones dogmáticas de los juristas latinoamericanos del ochocientos. Pensamos que en su discurso no se observa tan sólo la influencia de autores como José María Álvarez, sino que la interpretación de los textos romanos, equivocada o no, conlleva una lúcida percepción de las divisiones sociales, bajo las que se organizan, con el apoyo del Derecho, las sociedades de la época.

Finalmente, si hemos adoptado una actitud crítica frente a muchas posiciones de los juristas del ochocientos, esto no quiere decir que pretendamos extrapolar discursos formulados en una época dada a otra distinta. Juristas e historiadores, no debemos ceder a la tentación, advertida por un romanista como Ricardo Orestano, que hizo tantos esfuerzos por *historizar* el derecho romano, de sobreponer términos y conceptos que han tenido funciones y significados diversos, a sociedades cuyo escenario social y cultural es significativamente diferente.⁶² Sin embargo, cabe preguntarse hasta qué punto el Perú de hoy ha variado en relación al Perú decimonónico. La pretendida igualdad moderna no debe engañarnos, es más aparente que real, más formal que sustancial.⁶³ Las diferencias son, sin duda, elocuentes, pero, así como cambian los tiempos, cambian igualmente los *status*. Si nuestro propósito ha sido develar el discurso formalista y el lenguaje neutro empleado por legisladores y juristas, procurando quitar la máscara a normas y doctrinas, la tarea del estudioso del derecho actual consistirá en descubrir bajo el manto de las formas modernas, la realidad sedimentada cubierta por la dogmática.

Este trabajo se inscribe en un plan de investigación desarrollado con el auspicio del Centro de Investigaciones de la Facultad de derecho de la Universidad de Lima, bajo la dirección de Carlos Fernández Sessarego. **D&S**