

XIV CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL  
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

# DERECHO, INSTITUCIONES Y PROCESOS HISTÓRICOS

TOMO III

José de la Puente Brunke / Jorge Armando Guevara Gil  
Editores

## Capítulo 68



*Derecho, Instituciones y Procesos Históricos*

*XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*

Primera edición, agosto de 2008

Edición de José de la Puente Brunke y Jorge Armando Guevara Gil

© Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Jirón Camaná 459, Lima 1

Teléfono: (51 1) 626-6600

Fax: (51 1) 626-6618

[ira@pucp.edu.pe](mailto:ira@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/ira](http://www.pucp.edu.pe/ira)

Publicación del Instituto Riva-Agüero N° 247

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

[feditor@pucp.edu.pe](mailto:feditor@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/publicaciones](http://www.pucp.edu.pe/publicaciones)

Foto de cubierta: Estantería de la Dirección del Instituto Riva-Agüero (Lima)

Diseño de interiores y cubierta: Fondo Editorial

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,*

*total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.*

ISBN Tomo III: 978-9972-42-859-3

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-09998

Impreso en el Perú - Printed in Peru

# INICIOS DEL DERECHO PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

José Francisco Gálvez Montero\*

## 1. LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL ORDENAMIENTO POLÍTICO

El Derecho junto al territorio, poder y pueblo formó parte de la nueva concepción de la organización jurídico-política desde el siglo XVIII. Fue en el período de transición, entre el final del dominio español y el inicio del Estado independiente, que sirvió como elemento de estabilidad y agente de cambio, promoviendo nuevas pautas en los lineamientos de la sociedad y en los roles de los individuos. Se buscaba que bajo el nuevo orden la autoridad gobierne un pueblo definido territorialmente y en virtud de ello lograr la vigencia normativa, con lo cual y gradualmente las normas emitidas por el régimen pretenderían impulsar las tendencias provenientes del liberalismo transmitidas mediante la legalidad antes que por la costumbre. En este sentido, el tema del Derecho Público nos invita a distinguir algunos elementos sobre el rol de la ley en el sistema jurídico indiano y nacional, así como su influencia en la sociedad civil y política. Elementos que se tradujeron en medidas concretas durante la etapa de transición entre la emancipación y el surgimiento del ente estatal peruano. Proceso generado en medio de una inestabilidad provocada por la independencia misma y que colocó al naciente Estado en el dilema de ser vigente en todo el territorio y al mismo tiempo rescatar de la estructura anterior la presencia de elementos básicos que sustentaran su propio principio de autoridad. Principios que en su momento sirvieron para construir el orden hispano, varios de los cuales se remontaban a la época del Imperio Romano:

Hubo dos categorías fundamentales del derecho público europeo, que habían derivado del derecho privado y de las cuales se sirvieron los juristas para la construcción de una teoría jurídica del Estado: el *dominium* (dominio) entendido como poder patrimonial del monarca sobre el territorio, que se distingue del *imperium* (imperio) que representa el poder de mandar a los súbditos y el *pactum* (pacto) con todas sus especies, *societatis* (asociación), *subjectionis* (sumisión), *uniones* (unión) y que funge como principio de legitimación del poder en la teoría contractual que va de Hobbes a Kant.<sup>1</sup>

---

\* Profesor de Derecho Constitucional e Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador del Instituto Riva-Agüero.

<sup>1</sup> Norberto BOBBIO, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica. 1989, p. 26.

Tal vez lo más notorio en el período de transición fue la dificultad en la aplicación de la fuerza (*ius imperium*) lo que se hizo de una manera precaria y lenta; incluso luego de haberse consolidado el triunfo de los patriotas. Al haberse socavado el principio de autoridad hispano el poder se diluyó y la nueva organización jurídico política no contaba con los suficientes recursos para imponerse a los grupos regionales y locales, haciéndose evidente una contraposición eje-periferia, es decir, lo que sucede conforme uno se aleja del eje, donde se toman las decisiones, la aplicación de las mismas así como la fuerza de la autoridad se desvanece: «Hoy se teme conceder demasiado poder á los gobernantes [...] pero en mi concepto es mucho más de temer la muy poca obediencia de los gobernados».<sup>2</sup> Con la llegada del liberalismo y de la versión legalista del Derecho autores como Víctor Tau demostraron el nuevo papel de la norma que se daba en este contexto político, tratando de imponer la fuerza coactiva del Estado mediante el Derecho. Sin embargo, quedaba la cultura jurídica donde la ley, además de recoger la voluntad monárquica y gubernamental en los dominios de ultramar representaba también un mecanismo de flexibilidad en la aplicación del Derecho bajo el principio que la ley se acata pero no se obedece.<sup>3</sup> Durante el virreinato la figura del Rey o del príncipe constituía el generador de normas, la máxima instancia gubernamental y excepcionalmente la última instancia en la administración de justicia, atribución que lo colocaba incluso por encima de dichas normas dentro de un modelo jurídico donde la ley no era considerada primera de Derecho. Atribución que, con el establecimiento de la división de poderes en el que insertaba el Ejecutivo, liderado por el cargo de Protector del Perú en 1821 y más adelante por el Presidente de la República, pervivió y sería recreada en la mentalidad popular, conservándose la idea que la autoridad se hallaba por encima del ordenamiento jurídico. Hecho que terminaría por desvirtuar la regulación del uso del poder político dentro de una especialización de funciones, garantía de la existencia del modelo jurídico político,<sup>4</sup> pues este indicaba que las normas debían escapar a toda vinculación con los hombres para convertirse en neutrales e impersonales. El cambio político encontró a una sociedad que no modificaba de inmediato sus pautas hispanas, aunque desde el poder se tratara

<sup>2</sup> Bernardo MONTEAGUDO, «Exposición de las Tareas administrativas del gobierno desde su instalación hasta el 5 de Julio de 1822», en *Colección Documental para la Independencia del Perú*, t. XIII, vol. 1, 1973, p. 243, 247.

<sup>3</sup> B. GONZÁLEZ ALONSO, «La fórmula ‘obedezcase, pero no se cumpla’ en el Derecho Castellano de la Baja Edad Media», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, t. L, 1980; Bernardino BRAVO LIRA, «La costumbre en el Derecho Indiano», *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 10, 1984; Víctor TAU ANZOÁTEGUI, «La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI-XVIII)», *Revista de Historia del Derecho*, núm. 14, 1986. FRANCISCO CUENA BOY, «La prueba de la costumbre: Del Derecho Romano al Derecho Indiano de los Indígenas», *Actas del XIII Congreso de Derecho Indiano*, Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.

<sup>4</sup> Un claro ejemplo fue el permanente conflicto entre la vigencia legal y la existencia física de las tierras de las comunidades a lo largo del siglo XIX. Proceso que se inició con su abolición por decreto de Simón Bolívar en 1825 y que concluiría con su inserción legal y constitucional en 1920.

en los discursos oficiales reiteradamente convencer que la tendencia legalista era la respuesta al método casuista:

La jurisprudencia que hasta aquí ha tenido la América, es verdaderamente gótica y lleva el sello de nuestra antigua esclavitud: Las Leyes de Indias no son otra cosa que una recopilación indigesta que presenta ideas bárbaras sin enlace ni plan y frecuentemente estaban en contradicción con ellas las denominaciones: Reales Órdenes, de que el público apenas tenía conocimiento; siendo así que todos los ciudadanos de un estado han de estar instruidos de lo que prohíbe la autoridad para observar sus supremos mandatos.<sup>5</sup>

Pretensión que tomó décadas en hacerse sentir, más aún cuando los detractores no se percataron de la magnitud que tendría la ruptura entre la norma y la intención de la que había emanado. Mientras tanto, pervivió la vigencia de las instituciones jurídicas que preservaban la vida y el derecho indiano en el Perú: «el derecho antes de ser norma, antes de implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales, es ante todo, organización, estructura, posición de la sociedad misma en que se desarrolla y que precisamente, el derecho constituye como unidad, como ente sustantivo».<sup>6</sup> Parafraseando a Biscaretti di Ruffia y Santi Romano este hecho puede interpretarse que en tanto existieran instituciones que amparasen un determinado tipo de ordenamiento, este seguiría vigente. Entes que dejaban de ser incólumes para transformarlos de acuerdo a las circunstancias y al discurso liberal del régimen, reorganizándose para no perder su existencia misma aun cuando tuvieran que sacrificar sus elementos originarios. En este sentido, podemos contemplar al Derecho en dos acepciones. Como un sistema de normas con sus diferentes niveles y jerarquías o como un fenómeno jurídico, concepto más versátil y que permite explicar las manifestaciones que siguieron a la construcción del Estado, a los gobiernos *de facto* y a situaciones *sui generis* en la correlación de fuerzas políticas. «[R]esulta que la sociedad de la que emerge y con la que se relaciona cualquier formación estatal posee una normatividad intrínseca propia de su ordenación en torno a fuerzas y fines políticos».<sup>7</sup> Frente a los organismos locales o regionales que se formaron fue el Estado peruano el que trató de ubicarse por encima de estos. A través de su gobierno aglutinó una serie de intereses vinculándolos de manera coercitiva y autoritaria, por su razón de ser. El surgimiento del Estado Nacional mostraba cómo la vigencia de una norma, entre otros factores, dependía de dónde emanaba (la autoridad), sobre qué espacio físico (el territorio) y a qué individuos comprende (el pueblo). Este era el orden que se fundamentaba en la teoría de la soberanía de la Nación, la misma que partía de la transferencia de atribuciones de

<sup>5</sup> «Discurso de instalación de la Alta Cámara de Justicia. Lima, 7 de octubre de 1821»; en: Antonio EGUIGUREN, *Leyendas y curiosidades de la Historia Nacional*, Lima, 1945; p. 7.

<sup>6</sup> Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos. 1970, p. 32.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 44.

un grupo de individuos al Estado, en virtud de características que les eran comunes y que concedía legitimidad al uso del poder político que comenzaba a tener un dominio gradual del territorio por el Estado independiente, en la medida que era declarado libre. Su ejercicio se hallaba en función de manifestarse por sí misma, en otras palabras ser autónoma, así se reconocía que el Estado era soberano porque gozaba de la capacidad de imponerse como sistema de organización diferente al de otros grupos o colectivos, con la posibilidad de realizar una serie de cambios en beneficio de su propia estructura y por otra parte, de crear normas: «la soberanía del Estado no es más que la consecuencia necesaria de su función social. El poder del Estado tiene que ser, desde el poder político normalmente más fuerte».<sup>8</sup> La guerra por la independencia mostraba cómo América se liberaba de la patria potestad, bajo la figura jurídica de la emancipación lo cual no significaba la ruptura total, manteniéndose el vínculo de la filiación. En el nuevo orden, se percibía que el cambio estuvo influenciado por los modelos políticos de Francia, Inglaterra, Norteamérica; pero conservando también la influencia del liberalismo de las Cortes gaditanas, aunque se suele tener una opinión contraria:

¿Por qué los revolucionarios hispanoamericanos hicieron suyas las ideas de la ilustración y de la revolución de la independencia norteamericana? Pues porque pensaban que en la tradición propia no existía un pensamiento político que pudiese constituir la justificación intelectual y moral de su rebelión; así prefirieron apropiarse de la filosofía política de los franceses, de los ingleses y norteamericanos.<sup>9</sup>

Proceso de lucha que puso a prueba la existencia de formas estatales (virreinal y republicana), donde se debatía la desaparición de instituciones y el surgimiento de otras. El final de la confrontación entre los ejércitos independiente y realista definiría la existencia de un tipo de Estado, la cual se dio en el terreno militar y en las reiteradas negociaciones, como fueron las Conferencias de Miraflores y Punchauca, celebradas en 1821 por el jefe de la expedición libertadora General José de San Martín y el virrey del Perú, lo que expresaba el establecimiento de mecanismos transitorios por el ejército libertador y el mantenimiento de instituciones indianas por los realistas. Instituciones que pese al triunfo de los patriotas peruanos se mantuvieron con pequeños cambios a lo largo de los años republicanos. En esta contienda, el argumento de la legitimidad, reclamada por ambas partes, no se puede plantear restringiendo su discusión al uso exclusivo de la fuerza, pues en el debate se revelan conflictos de interés y aunque los cuestionamientos terminaron por hallarse fuera del ordenamiento jurídico, derivándose la discusión en torno al Derecho natural y a las medidas que lo

---

<sup>8</sup> Hermann HELLER, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1947, p. 274.

<sup>9</sup> Octavio PAZ, *Sor Juana Inés de la Cruz o las trampas de la fe*, Barcelona, Seix Barral, 1982, p. 29.

protegían. La legitimidad era esencial para el nuevo Estado peruano con el objeto de afianzar el principio de obediencia, mandato del poder legítimo y cuya efectividad era puesta a prueba en cada momento. Con su establecimiento, el Derecho intervenía como instrumento que encausaba al poder, sometiéndolo a normas y justificando el uso de la fuerza: «La función de las instituciones políticas es dar respuesta a las demandas que provienen del ambiente social, o de acuerdo con una terminología común de convertir las demandas en respuestas».<sup>10</sup> La primera década de vida republicana muestra el intento del Derecho en establecer las bases de la nueva administración,<sup>11</sup> la que convivió con la cultura jurídica hispana y a la cual se quiso fiscalizar para evitar arbitrariedades, pero a pesar de ello la coyuntura política así como los gobiernos posteriores terminarían por desvirtuar este objetivo.

## 2. DEL DERECHO PÚBLICO

Las dificultades por las que atravesó el Perú no fueron de su exclusividad pues, en mayor o menor medida ya se habían producido en otras latitudes: «El derecho público como cuerpo sistemático de normas nació mucho más tarde que el derecho privado, en la época de formación del Estado moderno».<sup>12</sup> Se hizo cada vez más evidente una intervención del Estado a través del Derecho Público con un mecanismo que subordinase el interés particular. Situación que no resultaba tan sencilla frente a la existencia de colectivos fuertes en la sociedad. Ello motivó la celebración de pactos entre el gobierno y estos grupos como hacendados, comerciantes e incluso la Iglesia.<sup>13</sup>

En cuestión de técnica legislativa la intención de aplicar el modelo legalista tuvo que convivir con la subsistencia legal del Derecho Indiano mientras no fuese reemplazado por el proceso de codificación iniciado con la promulgación del Código Civil de 1852, lo que provocaría a su vez que este Derecho solo se limitaría al ámbito doctrinario. Hasta entonces, el Derecho indiano continuaba integrando el área pública como la privada al tiempo que en Europa decimonónica ya producían variaciones en el Derecho Público que repercutirán en los nuevos ordenamientos jurídicos americanos. Durante el régimen independiente si bien la abolición de la Constitución de 1812 se produjo por razones políticas debido al vínculo con la monarquía española, no podemos negar su influencia junto con la Constitución Francesa de 1791 en las primeras manifestaciones del Derecho Público desde 1821: el Reglamento Provisorio, los Decretos Protectorales y el Estatuto Provisional, entre otros dispositivos expedidos

---

<sup>10</sup> BOBBIO [1], p. 78.

<sup>11</sup> Archivo General de la Nación del Perú (AGN), O.L. 52-7, «Oficio a los administradores del Tesoro Público por José de la Riva Agüero», Lima, 6 de Marzo de 1822.

<sup>12</sup> BOBBIO [1], p. 25.

<sup>13</sup> Temática abordada por Pilar García en la década de los noventa. Véase Pilar GARCÍA JORDÁN, *Iglesia y Poder en el Perú Contemporáneo (1821-1919)*, Cusco, Bartolomé de Las Casas, 1992.

por el Protector del Perú General José de San Martín y más adelante por el Congreso peruano. En este transcurrir, se trataba de crear un marco propicio que ayudara al nuevo Estado a consolidar su autoridad y organización, que no fue ajeno a las contradicciones sociales y que utilizó como sustento de su propio diseño. Hannah Arendt señaló que el problema en las nuevas naciones americanas había sido adoptar un modelo político rígido como el francés en la creación de sus respectivos Estados y no el norteamericano de carácter flexible. Pues era evidente que el esquema francés arrastraba un fanatismo ideológico que no había permitido distinguir lo que ello implicaba, dándose la paradoja que promesas hechas alrededor del individuo desprotegido, podían terminar en los hechos en actitudes despiadadas,<sup>14</sup> más aún si el contexto en que se aplicaba como el peruano era diferente.

Se había ensayado una integración nacional desde los centros urbanos, recogiendo de la tesis liberal la defensa de la libertad, de la propiedad y la seguridad y donde el Estado solo se limitaba a defender las fronteras y al mantenimiento del orden interno. De ahí, la frase *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar), característica que favoreció a los grupos de poder regionales. Los ideólogos y más adelante los legisladores importaron el modelo francés sin percatarse de que ello generaría brechas en las desigualdades ya existentes, mostrando un nivel de insipiencia y precariedad en el Estado como en su constitucionalismo que terminaron por ser forjados a punta de espada y de elecciones. El Derecho Público proveniente de la Francia revolucionaria apeló a criterios claros y simples así como a la defensa de los derechos naturales que permitían a la burguesía dirigir sus esfuerzos al desarrollo social y económico, siendo sus ramas: «El Derecho penal, el Derecho de Organización de Tribunales, el Derecho Procesal, el Derecho Administrativo, el Derecho Presupuestario y Tributario. Dejamos fuera, inicialmente al [...] Derecho Constitucional, ordenado ahora sobre la superlegalidad de la norma constitucional, una técnica que no conocerá aún el siglo XIX».<sup>15</sup>

En Perú, los dispositivos del Protectorado: El reglamento de Huaura, los decretos protectorales y el Estatuto Provisional recalcaron la vigencia de todas las normas legales que estuviesen en concordancia con los dispositivos expedidos por la administración sanmartiniana, de acuerdo al espíritu de independencia y de libertad ideales de la causa patriota, lo cual sirvió de sustento a las bases del sistema jurídico peruano: «Quedan en su fuerza y vigor todas las leyes que regían en el gobierno antiguo, siempre que no estén en oposición con la independencia del país, con las formas adoptadas por este estatuto y con los decretos o declaraciones que se expidan por el actual gobierno».<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Primo SIENA, «La Revolución Francesa. Entre la utopismo y la postmodernidad», *El Dominical*, Suplemento de El Comercio, Lima, 16 de Julio de 1989, p. 6-7.

<sup>15</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos*, Madrid, Civitas, 2001, p. 155.

<sup>16</sup> «El Estatuto Provisional», Suplemento a la *Gaceta de Gobierno*, núm. 29. Texto que será recogido en los artículos constitucionales.



La teoría sostenía que la garantía de una organización se establecía por la voluntad general del consenso o representación que se expresaba en la constitución o en una norma que tuviese tal carácter. En ella se definían supuestos que, de acuerdo con la conducta de los hombres, eran previsibles de cumplirse a través de los tiempos; planteamiento contrario al modelo casuístico que describía hechos o circunstancias. La nueva tendencia legal se separaba construyendo una norma impersonal, abstracta y universal, cuya vigencia no aceptaba la irretroactividad o como sostenía el Código Civil francés pues regía para el porvenir; lo que finalmente sería la salvaguarda del individuo como sujeto de derecho. La nueva versión de la soberanía como fundamento del sistema político, antes del monarca y ahora del Estado, volcaba el liderazgo político hacia el Poder Legislativo lo cual en el Perú tuvo reparos con la pervivencia de la estructura virreinal donde antes el virrey era el centro de las facultades gubernativas, militares, políticas y excepcionalmente judiciales en Indias, siendo reemplazado en los nuevos Estados americanos por el Jefe de Estado y de gobierno, cargo en el que concurrían dichas facultades. De ahí que la democracia peruana del siglo XIX se comportase más como un régimen autocrático.

### 3. LA ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES NACIONALES

La administración fue uno de los primeros sectores en ser tratado por el nuevo régimen paralelamente al accionar del ejército patriota. Ejemplo de esta praxis política fue la promulgación del Reglamento Provisional, del 12 de febrero de 1821, donde se observan los primeros matices de organización del Estado. Dada el cuartel general del Huaura tuvo validez en los territorios libres, sustituyendo en estos las demarcaciones políticas denominadas intendencias por las de departamentos, para ello, colocó al frente de los mismos al Presidente de Departamento (Prefecto) cuya autoridad dependió directamente del jefe del ejército libertador. En ese momento los territorios independientes conformaban cuatro departamentos: Trujillo, Tarma, Huaylas y el de la Costa.<sup>17</sup> La sustitución del intendente por el presidente de departamento revela la continuidad de las estructuras político-legales, que se complementó con medidas posteriores. Anteriormente, durante el virreinato, las instancias para la apelación de las causas comprendían las sentencias emitidas por los subdelegados o intendente, en primera instancia, las sentencias emitidas por la Real Audiencia, en segunda instancia y a modo de revisión, una tercera instancia por la propia audiencia. Causas iniciadas en este último organismo, como el juicio de residencia, podían llegar al Consejo Supremo de Indias. El Reglamento Provisional dispuso el establecimiento de un órgano judicial de las fuerzas independientes y paralelo a la audiencia limeña, denominando

---

<sup>17</sup> Nicolás REBAZA, *Anales del Departamento de La Libertad en la Guerra de la Independencia*, Trujillo, Imprenta de «El Obrero del Norte», 1898, p.243.

Cámara de Apelaciones, en la ciudad de Trujillo, la cual tomaría a su cargo las causas que anteriormente eran de conocimiento de las audiencias, salvo que estos tuvieran una cuantía mayor a quince mil pesos, en cuyo caso los procesos correrían traslado a los próximos tribunales por establecer con el nuevo gobierno independiente. La cámara estuvo compuesta por un presidente, dos vocales y un fiscal. Su referencia próxima la podemos encontrar en el Estatuto Provisional argentino de 1815, que en su sección cuarta denominada: Del Poder Judicial, capítulo I: Del Ejercicio del Poder Judicial señalaba lo siguiente:

Artículo I: El ejercicio del Poder Judicial por ahora y hasta la resolución del Congreso General, residirá en el Tribunal de recursos extraordinarios de segunda suplicación, nulidad é injusticia notaria: en las Cámaras de Apelaciones y demás Juzgados inferiores.

Artículo II: No tendrá dependencia alguna del Poder Ejecutivo del Estado, y en sus principios y forma estará sujeto a las Leyes de su instituto.<sup>18</sup>

Esto último estaba acorde con la teoría de la separación, de la especialización del ejercicio del poder en diferentes instituciones. La propuesta argentina indicaba que el tribunal gozaría de autonomía para su funcionamiento, lo que implicaba no depender de los poderes políticos: Ejecutivo y Legislativo. La Cámara recibía el tratamiento de Su Excelencia y sus miembros, los de V. llano y el conocimiento de las causas estaba regulado por las leyes y el reglamento de justicia pertinente. Esta estructura ratificada por el Estatuto Provisorio argentino de 1816, que en su sección cuarta, capítulo 1° y 2° además amplió las facultades en materia judicial. En el caso peruano, San Martín propuso la presidencia de la Cámara de Apelaciones a Miguel de Eyzaguirre y Arechavala, anterior fiscal del crimen, quien la rechazó siendo nombrado el abogado Fernando López Aldana, como vocal decano de dicha cámara,<sup>19</sup> debido a los servicios distinguidos en favor de la patria siendo el más conocido el proselitismo desplegado entre los miembros del batallón Numancia y que produjo la desertión en las filas realistas. Más adelante, López Aldana fue convocado como secretario de la delegación independiente en la Conferencia de Punchauca, lo que nos hace pensar que el funcionamiento de la Cámara fuese limitado. El 21 de julio de 1821, el ex-Regente de la audiencia Francisco Tomás de Ansótegui dirigió

<sup>18</sup> FACULTAD DE LETRAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Los Estatutos. Reglamentos y Constitucionales Argentinas (1811-1898)*, Buenos Aires, 1947, p. 44.

<sup>19</sup> Ella Dunbar TEMPLE citando la correspondencia entre San Martín, y Torre Tagle dice: «López Aldana se embarcaría a Huanchaco llevando el acta de instalación de la Cámara y un despacho en blanco de Fiscal para Vidaurre o Juan Antonio Tabuada». Nota 86 p. CXIII. Prólogo a: *Colección Documental para la Independencia del Perú*, t. XIX, La Universidad, vol. 1, 1974.

una carta<sup>20</sup> al general San Martín, exponiéndole la intención del colegiado (cuatro peninsulares y tres criollos) en colaborar con el nuevo régimen; hecho que representaba la experiencia del antiguo régimen como base para el nuevo tribunal nacional y cuya presidencia se otorgó a Francisco Javier Moreno Díaz de Escandón. Días después, se solicitaba a que los togados siguieran despachando, provisionalmente: «para no ocasionar perjuicio o los que tienen sus pleitos y reclamaciones [...] (los jueces) sin pérdida de tiempo se dediquen con el mayor esmero a sus funciones peculiares».<sup>21</sup> El 29 de julio, luego de concluida la misa de acción de gracias, los miembros del ex tribunal indiano incluyendo a los magistrados, oficiales mayores, relatores, escribanos y procuradores expresaron, a través de un protocolar juramento: «defender y sostener con su opinión, persona y propiedades la Independencia del Perú, del gobierno español y de cualquier otra dominación extranjera».<sup>22</sup> Un decreto protectoral daba por concluidas las funciones de la Cámara de Apelaciones y en su reemplazo se establecía en Lima la Alta Cámara de Justicia. Tribunal que contaba con las mismas atribuciones que la extinguida audiencia limeña, en lo referente a la administración de justicia, gozando de jurisdicción en las zonas independientes. Mientras tanto, en aquellas zonas donde permanecía el ejército realista y habían estado vinculadas con la audiencia limeña, en adelante lo harían con la Real Audiencia del Cuzco: «D. Juan Ramírez, General en jefe de las fuerzas realistas, dio una Resolución Provisional para que la Intendencia de Arequipa quedara sujeta al Tribunal del Cuzco hasta que se recuperara la capital del virreinato. Así se hizo, permaneciendo en esa situación hasta 1825».<sup>23</sup> La Alta Cámara estuvo conformada por once miembros: un presidente, ocho vocales y dos fiscales, uno en lo civil y otro en lo penal. Constituía la instancia máxima en lo referente a la pluralidad de instancias en la administración de justicia y a la cual el propio San Martín no quiso inmiscuirse: «me abstendré de mezclarme jamás en el solemne ejercicio de las funciones judiciales, porque su independencia es la única y verdadera salvaguarda de la libertad de los pueblos».<sup>24</sup> En la constitución argentina de 1819, sección IV, capítulo único se puede apreciar la estructura de este tribunal denominado Corte Suprema o Alta Corte de Justicia. Esta institución, compuesta por siete jueces y dos fiscales —nombrados por el Director del Estado y ratificados

<sup>20</sup> AGN. O.L. 2-1, «Comunicación de Francisco Tomás Ansótegui en contestación a la resolución del general San Martín, del 20 de julio, para que se restablezcan los tribunales de justicia», Lima, 21 de Julio de 1821. Véase Guillermo LOHMANN VILLENA, *Los ministros de la Audiencia de Lima en el reinado de los Borbones*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, 1974, p. CXVII.

<sup>21</sup> Luis A. EGUIGUREN, *Hojas para la historia de la Emancipación del Perú*, Lima, Empresa Gráfica T. Scheuch S.A., 1959, p. 242.

<sup>22</sup> Luis A. EGUIGUREN, *Leyenda y curiosidad de la Historia Nacional*, Lima, 1945, p. 5.

<sup>23</sup> Carmen Fanny TORERO GOMERO, O.D.N.; *Establecimiento de la Audiencia del Cuzco*, Lima, Tesis Doctoral Pontificia Universidad Católica del Perú. 1967, p. 217.

<sup>24</sup> UNIVERSIDAD DE LA PLATA, *Gaceta del Gobierno de Lima Independiente*, t. I-III, Buenos Aires, 1959, p. 135.

por el Senado—, representaba la máxima instancia en la administración de justicia. Tenía conocimiento en todas las causas originadas por el ejercicio de la autoridad del gobierno, de los asuntos punibles y criminales de los individuos así como de todos aquellos que diesen lugar o requiriesen de una instancia plural.<sup>25</sup> Con la dación del Estatuto Provisional del 8 de octubre de 1821 se ampliaron las facultades judiciales que demandaban la redacción del reglamento de tribunales, el mismo que ayudaría a hacer más fluida la administración considerando la celeridad procesal que simplificaría los juicios en los niveles subalternos. El presidente de la Alta Cámara de Justicia era quien designaba a los miembros de la primera así como de la segunda sala, cada una de ellas se componía por cuatro vocales. Los fiscales participaban en ambas salas y el presidente asistía indistintamente a cualquiera de ellas. De acuerdo al modelo político independiente, la Alta Cámara como máximo representante del Poder Judicial tenía conocimiento de los actos de gobierno ya que por derecho pertenecía al Consejo de Estado y su presidente formaba parte de la Orden del Sol, establecida por el Protector del Perú para su proyecto monárquico: «art. 22 El Presidente de la Alta Cámara de Justicia será el que reciba el Juramento e invista de las decisiones correspondientes a los individuos agraciados».<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> El texto constitucional de 1819 señalaba además: «XCVII: Conocerá exclusivamente de todas las causas concernientes a los Enviados y Cónsules de naciones extranjeras; de aquellas en que sea parte una Provincia, ó que se susciten entre Provincia, sobre límites ú otros derechos contenciosos; de las que tengan su origen de contratos entre el Gobierno Supremo y un particular; y últimamente de las de aquellos funcionarios públicos de que hablan los artículos XX y XXVIII». Facultad de Letras de la Universidad de Buenos Aires [18], p. 126.

<sup>26</sup> Estatuto Provisorio del 8 de octubre, artículo 22º.

<b>La Alta Cámara de Justicia (1821)</b>	
Presidente :	Francisco Javier Moreno
Vocales:	Tomás I. Palomeque
	José Aldunate y Guerrero José de Arriz y Uceda Fernando López Aldana José de la Iglesia Mariano Pérez de Saravia José de Irigoyen Manuel M. Del Valle
Fiscales	Mariano Alejo Álvarez
Agente Fiscal:	Manuel Pérez De Tudela Manuel I. García de la Plata
Secretario:	Gaspar Jurado
Relatores y escribanos:	José Mariano Pro Juan José de Castro Ignacio de Benaventes Silva y Moscoso Mateo de Iramategui Manuel Lino Ruiz de Parcorvo Manuel Tellería Pedro Corbalán
Procuradores, escribanos públicos, receptores y demás subalternos:	Francisco de Bonilla y Franco José Cornejo Manuel Suárez José Gallegos

<p>Procuradores, escribanos públicos, receptores y demás subalternos:</p>	<p>Manuel Molina Bernardo de Lagos Pablo García Gaspar de Salas Julián de Cubillas Isidro Castañeda Vicente García Andrés Valdés José Gutiérrez Juan Miguel Acevedo José I. Sánchez y Santa Cruz José Francia Juan Gutiérrez y Gordillo Carlos de Otárola Pedro Espinoza Gerónimo de Villafuerte Pedro de Jáuregui José Mendoza y Santa Cruz José Samanamud José Joaquín Salazar Isidro Vilca Francisco Grados Manuel Mansilla Pablo Ramírez José Antonio de Cobián</p>
---	---

El 10 de abril de 1822 se aprobó el Reglamento para Tribunales que reconocía tres fueros: Común, eclesiástico y el militar, cuya competencia estaría sujeta a la consideración del Consejo de Estado. La institucionalidad de la administración de justicia determinaba que se declarase responsabilidad en la actuación del magistrado y que ningún individuo podía ser juzgado por autoridad que no fuese competente. Ello representaba una de las tesis del derecho positivo, el ejercicio del poder con competencia. La tendencia se dirigía a reducir los diferentes derechos que existían en tanto fueros personales, aboliéndose los casos privilegiados de corte así como las prórrogas jurisdiccionales. Se hizo la diferencia entre detenido y reo, con el objeto de disponer un tratamiento distinto para cada uno de ellos. Se decretó mejoras para los reos, recomendándose la gratuidad de proceso y de las averiguaciones que llevasen al esclarecimiento del Derecho. Existió la prohibición de utilizar calabozos para aquellos reos condenados, dejándose constancia que el cumplimiento de la disposición era de responsabilidad del alcalde. San Martín en la visita hecha a las cárceles de la capital el 15 de octubre de 1821, suspendiendo *ipso facto* los diferentes tormentos mandando a clausurar los «horrendos calabozos conocidos con el nombre de infiernillos en donde se sepultaban, se desesperaban y movían los detenidos bajo el anterior gobierno».<sup>27</sup> Se reformaron las penas o castigos que se venían ejecutando desde el virreinato, considerados como actos de barbarie y que se entendían dentro del tipo de sanción ejemplarizadora donde no se habían humanizado las penas. Con el liberalismo, la doctrina de la Ilustración y sobre todo el texto De los Delitos y las Penas de Cesare Beccaria, se planteó que la sanción además de buscar una correspondencia con lo cometido permitiese la resociabilización del sujeto en las cárceles. Bajo este criterio se abolía la pena de azotes contra las personas libres, mientras que para los esclavos se mantenía la pena ejecutándola con la intervención de los jueces territoriales o comisarios de barrio, de lo contrario los amos los perderían. Medida similar fue la abolición de la horca considerada como denigrante e infame, disponiéndose que aquellos condenados a esta pena fuesen fusilados. Se hizo hincapié en que las autoridades de los centros de reclusión no tenían la potestad para otorgar la libertad de cualquier persona, salvo que esta fuese motivada por el juez que tenía conocimiento de la causa, a través de un documento. Tampoco podían aceptar a un individuo en calidad de reo, salvo que viniese por orden de la autoridad competente.<sup>28</sup> El reglamento atribuyó a la Alta Cámara de Justicia el

<sup>27</sup> «Gaceta de Gobierno, 17 de octubre de 1821», en UNIVERSIDAD DE LA PLATA [24], p. 131. Hecho citado por Germán LEGUÍA Y MARTÍNEZ, *Historia de la Emancipación del Perú: El Protectorado*, Lima, Editorial Jurídica, t. IV, 1972, p.616. Al respecto, Paz Soldán sostiene que no solo se demolieron estos centros sino que además se prohibieron «los actos de barbarie». Véase Mariano Felipe PAZ SOLDÁN, «Historia del Perú Independiente 1819-1822», *Antología: el Perú y su independencia*, Lima, Gráfica Industrial, 1972, p. 228.

<sup>28</sup> Esto en concordancia con lo ya establecido por el reglamento general de cárceles (23 de marzo de 1822). Esta norma dispuso que debería existir en el centro de reclusión cuatro secciones, para: «reos de gravedad [...] para mujeres [...], para menores hasta quince años y [...], para los detenidos por deudas o sospechas no comprobadas». Véase LEGUÍA Y MARTÍNEZ [27], p.113.

conocimiento de las causas civiles y causas criminales del fueron común. Las causas se sancionaban en tres recursos: el de súplica, que se interponía ante la sala que había sentenciado, la que podía denegarlo, el de segunda suplicación, que era solamente válido en aquellas causas empezadas por el alto tribunal y cuyo conocimiento no podía trasladarse a juzgados subalternos. De ahí que un juzgado especial de la propia cámara se hiciese cargo del recurso. El de injusticia notoria que se tramitaba contra las resoluciones del tribunal revisando el proceso mismo, lo que se entendía como un recurso de nulidad o casación.<sup>29</sup>

Otras atribuciones fueron el conocimiento: en los procesos de naturalización y legitimación, en los diferendos entre jueces y tribunales, en los asuntos conciliares, creación e instalación de nuevas casas religiosas, cofradías y seminarios; en las consultas referentes a prelaturas y por último, el conocimiento de recursos de fuerza, los que se presentaban cuando una persona veía perjudicados sus derechos por un juez eclesiástico, solicitando protección al juez secular. Además el Tribunal emitía proposiciones para los nombramientos de los jueces asesores de los presidentes de departamento y para asuntos relativos a la marcha del Estado, a través de la relación que existía con el Consejo de Estado. El Reglamento de Tribunales, como plantea Germán Leguía y Martínez, transfirió una delegación de funciones judiciales al órgano ejecutivo y que luego pasó al legislativo, acentuándose la dependencia hacia los órganos políticos. Se atribuyó al Consejo de Estado —órgano consultivo deliberativo— el conocimiento: en los casos de interpretación y aplicación de las normas jurídicas; en los procesos de suspensión, remoción (incluso por móviles punibles) seguidos contra los ministros de estado, consejeros y de los propios vocales del alto tribunal. El gobierno, por su parte, de acuerdo a este dispositivo, tenía la decisión sobre la competencia de un caso entre el fuero común y el militar. Esto mostraba la fragilidad en la organización del Estado mientras se daban los primeros pasos para establecer un orden que luego sería definitivo. Aquí podríamos establecer la diferencia entre lo sostenido por la Constitución de 1812 que otorgaba autonomía a los tribunales y a la administración de justicia, pues «La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales»; «Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos»<sup>30</sup> y cuyo espíritu de colocar a cada poder sus atribuciones y funciones fue conservado por San Martín, pero desviado por su sucesor probablemente por las circunstancias

<sup>29</sup> En ese mismo punto: «se dispuso que las causas no remitidas a España fuesen resueltas por una comisión especialmente nombrada para este fin (art. 42° del reglamento). Así mismo, en el caso de las que fueron enviadas a España, el art. 57 estableció que solo se reconociese como válidas las resoluciones expedidas antes de la proclamación de la independencia». René ORTIZ CABALLERO, *Derecho y Ruptura. A propósito del proceso emancipador en el Perú del ochocientos*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989, p. 66.

<sup>30</sup> Juan Vicente UGARTE DEL PINO, *Historia de las Constituciones del Perú*, Lima, Editorial Andina, 1978, p.79.



de emergencia del país y que demandaron una centralización de funciones alrededor del jefe de gobierno. Sin embargo, Francisco Fernández Segado ensaya otra interpretación, en el caso francés el Jefe de la Administración ha sido por excelencia el Jefe del Ejecutivo, de la cual dependían también los jueces. Cuando llega la tendencia del Derecho legalista, el magistrado se convierte en mero ejecutor de la norma, la misma que no podía interpretar ni alterar: pues no estaba en capacidad de cuestionar la labor de quienes encarnaban la voluntad popular, o sea la Asamblea Nacional, de ahí la subordinación del Poder Judicial frente a sus similares de carácter político.<sup>31</sup> La Constitución de 1823 mantuvo la injerencia del Poder Ejecutivo a la administración de justicia al establecer como facultad exclusiva del Presidente de la República: «Velar sobre la exacta administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados y sobre el cumplimiento de las sentencias que estos pronunciaran»;<sup>32</sup> lo que podría entenderse como el inicio de la postración del Poder Judicial dentro del Estado y cuya percepción se conserva hasta nuestros días, incidiendo en una marcada injerencia tanto del Ejecutivo como del Congreso. Pacificado el país luego de la Batalla de Ayacucho correspondió al Libertador Simón Bolívar realizar la labor de reorganización e implementación de la organización estatal. En lo que atañe a la administración de justicia estableció el 19 de diciembre de 1824 la Corte Suprema de Justicia, en virtud del artículo 101º de la Constitución de 1823. Esta institución, que contaba con jurisdicción a nivel nacional y estaba integrada por seis miembros: Cinco vocales supremos y un fiscal supremo, siendo su primer presidente el Doctor Manuel Lorenzo Vidaurre, quien estuvo acompañado por: «Sr. Dr. Dn. Francisco Valdivieso, Sr. Dr. Dn. José Cavero y Salazar, Sr. Dr. Dn. Fernando López Aldana, Sr. Dr. Dn. Tomás Ignacio Palomeque y Sr. Dr. Dn. José María Galdiano, Fiscal».<sup>33</sup> Con ello quedaba desactivada la Alta Cámara de Justicia y sus funciones trasladadas tanto al ente máximo del Poder Judicial como a la Corte Superior de Lima: «Extendiéndose su jurisdicción a los departamentos en donde todavía no se hayan establecido las Cortes Superiores».<sup>34</sup> De todos los togados que sobrevivieron a las vicisitudes políticas fueron Fernando López Aldana y Tomás Ignacio Palomeque.

---

<sup>31</sup> FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «Nacimiento y evolución inicial de la Jurisdicción Constitucional», *Scribas. Revista de Derecho*, año 1, núm. 1, 1996, Arequipa.

<sup>32</sup> UGARTE DEL PINO [30], p.173.

<sup>33</sup> AGN, «Oficio al Ministro de Hacienda remitiéndole la planilla de sueldos de la Corte Suprema de Justicia. Fdo. Manuel Vidaurre», Lima, 31 de mayo de 1825.

<sup>34</sup> Colección Documental para la Independencia del Perú: Obra Gubernativa y Epistolario de Simón Bolívar, t. XIV, vol. 1, Lima, 1975, p.265.

#### 4. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD Y GARANTÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

La seguridad que amparaba el Derecho en el siglo XIX estuvo basada en el principio de publicidad, pues todas las normas debían ser publicadas luego de su expedición. Principio que, como sostenía Norberto Bobbio, se contraponía a la teoría de los *ar-cana imperii*: «Según esta en la medida que la norma no era pública, el príncipe conservaba su poder. Teoría que sostenía el régimen absolutista y luego el despotismo al hacer invisible el poder».<sup>35</sup> Desde los primeros momentos la gestión administrativa de la expedición libertadora mostró la preocupación de que fuesen conocidos los dispositivos del Reglamento Provisorio del mes de Febrero de 1821 a través del órgano oficial denominado la Gaceta del Gobierno de Lima Independiente, nombre que varió en los años siguientes por el de la Gaceta de Gobierno o Gaceta de Gobierno del Perú, siendo el 10 de Mayo 1826 su última fecha de esta publicación. Félix Denegri Luna indicaba que la supresión de la Gaceta se debió para no mantener en un mismo periódico las noticias y la recopilación de las normas emitidas: «Se substituía la Gaceta de Gobierno con dos publicaciones periódicas: *El Peruano*, que actuaría como vocero oficial y el *Registro Oficial*, de publicación irregular y destinado solamente para la debida y ordenada difusión de las leyes, decretos y órdenes, etc.».<sup>36</sup> Es así que desde 1826 y hasta la actualidad, el diario El Peruano se convirtió en el vocero del gobierno y del Estado peruano. Pero esta noción de publicidad en la sistematización de las normas no solo implicó la aplicación de estas sino que, además, los funcionarios debían indicar en la resolución de los casos las materias aludidas: «Siendo S.E. un administrador de la nación y no un dispensador de las leyes, ni de los decretos que expide para su mejor funcionamiento, deben ceñirse los jefes de oficina á indicarles cuales son las que obran y rigen en los asuntos en que se les manda abrir dictamen».<sup>37</sup> Pero la seguridad jurídica del Derecho requería además que la voluntad política fuese imparcial en el manejo de la burocracia en los años republicanos, lo cual pasaba por momentos desapercibida, debido a la mezcla del interés del régimen que era inmediato y a corto plazo con las políticas del Estado, que apuntaban a un criterio estructural. Muestra de ello fue lo acontecido con la existencia de los empleos, donde se reorganizaron los escalafones y cuadros en la organización de la administración, bajo el criterio político se sometía al individuo a una evaluación de fidelidad al régimen y luego se consideraba su idoneidad en el cargo, siendo los primeros los peninsulares en adoptar

<sup>35</sup> BOBBIO [1], p. 130.

<sup>36</sup> Félix DENEGRI LUNA, *Apuntes para un estudio bibliográfico de la Gaceta de Gobierno (1823-1826)*, Caracas, Fundación Eugenio Mendoza, 1967, p. XCIX. Posteriormente El Peruano y el Registro Oficial conformaron una sola publicación. Hoy en día, incluso este periódico se ha estructurado como cualquier diario para competir con sus similares privados, pese a que es de carácter oficial.

<sup>37</sup> AGN O.L. 30, «Circular á los jefes de las oficinas de Hacienda», 20 de Abril de 1830.

la nacionalidad peruana para continuar en su despacho. Pero, luego de concluida la guerra por la Independencia se hizo más evidente la estrecha relación con el gobierno. Dificultades en el plano político generadas con la aparición de la anarquía y Golpes de Estado influirían en la burocracia a tal punto que podía ocurrir que el nuevo régimen no reconociese ningún título expedido<sup>38</sup> por los anteriores (1838). Así, el nombramiento o propiedad del empleo público se declaraba sin vigencia, con lo cual todos los empleados quedaban transitoriamente en sus puestos de trabajo (1839). Inestabilidad política que acarreó que el gobierno se preocupase porque los cargos públicos no tuviesen ni otro propósito ni otro destinatario, salvo el nombrado. Una disposición de 1830 indicaba que: «Los Prefectos, Sub-prefectos y Gobernadores no debían encargar el mando llamado por ley sino en los casos de enfermedad, ausencia o muerte; pues en el de ser reemplazados por el Gobierno, deben continuar sirviendo hasta que se presente el sucesor á posesionarse del cargo».<sup>39</sup> La fiscalización de los empleados se mantuvo a través de la figura del juicio de residencia que se había aplicado a virreyes, gobernadores y curas párrocos luego de concluida su administración, fue extendido para todo empleado público del régimen independiente. De esta manera, el Reglamento Provisorio de 1821 confundía el grado de responsabilidad con el desempeño del cargo mismo, pues el control correspondía más a un funcionario y no a un mero empleado. Actitud que la República mantuvo e implementó a mediados del siglo XIX hasta promulgar la Ley de Responsabilidad de Funcionarios de 1864.

## 5. LA CONVIVENCIA DEL CASUISMO Y LA LEY EN LA CULTURA JURÍDICA PERUANA

Durante el virreinato la vida jurídica del país se encontraba comprendida en las disposiciones del *Fuero Juzgo*, las *Siete Partidas*, la *Recopilación*, la *Novísima Recopilación de las Leyes de Indias* (ordenanzas, reales cédulas y reglamentos) y la existencia de disposiciones orgánicas dadas en ultramar «por virreyes, audiencias, gobernadores, alcaldes, cabildos, etc. constitutivas del denominado Derecho indiano criollo» o Derecho recopilado.<sup>40</sup> El Derecho incidía además en aquellos relativos a la sociedad misma: «cambio de domicilio, a las modificaciones de los impedimentos para el matrimonio

<sup>38</sup> Recordemos que los títulos se otorgaban en propiedad, previo pago del interesado al Tesoro Público. Caso contrario se quedaban sin pago y en suspenso de su destino.

<sup>39</sup> Juan de OVIEDO, *Colección de leyes, decretos y órdenes publicados en el Perú*, Lima, Felipe Baillo, t. III, 1861-1871, p. 335.

<sup>40</sup> Alfonso GARCÍA-GALLO, «El Derecho común ante el Nuevo Mundo», *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, p. 94; Véase Jorge BASADRE GROHMAN, *Fundamentos del Derecho Peruano*, Lima, Librería Internacional, 1956 y Carlos RAMOS NÚÑEZ, *Toribio Pacheco: Jurista del siglo XIX*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.

prohibiendo el casamiento de los funcionarios, a las encomiendas, a la contratación mercantil, al derecho de propiedad, a los indios, a los bienes de difuntos, etc.».<sup>41</sup>

La ley como norma adoptaba una flexibilidad que en opinión del maestro Víctor Tau Anzoátegui se producía por cinco supuestos: *Por ignorancia o desconocimiento*, sea por la poca difusión ya que entonces la noción publicidad no era determinante para su vigencia, por la confusión entre normas de carácter general con las de alcance particular para la resolución de casos y que luego por analogía se pretendían extender a otras realidades. *Por violación*, cuando el individuo se rebela contra la ley y no la cumple. Supuesto que puede tener su origen en una costumbre incompatible con la ley que pretende cambiar la conducta existente o debido a un origen deliberado y a sabiendas se infringe la norma con carácter vinculante, siendo una manifestación contra el marco legal. *Por inadaptación*, cuando las leyes resultaban inadecuadas con la realidad a la que se aplicaba o porque con el tiempo la norma terminaba por ser anacrónica. «En estos ejemplos, como otros muchos, podemos hablar de un nítido incumplimiento de preceptos legales; pero no de violación del orden jurídico. Privilegios, dispensas, costumbres, no usos de la ley, prácticas toleradas, leyes particulares, etc. Forman una amplia gama de recursos para que las soluciones se encausaran dentro del mismo universo jurídico, aunque al margen de la ley general».<sup>42</sup> Tau también hace hincapié en dos supuestos más: La existencia de leyes declarativas, cuya fuerza no era rigurosa, prueba de ello hallamos en las referidas al tratamiento de los indios pues aunque los textos de la Recopilación de Indias fijaron pautas para su aplicación, el precedente establecido por las sentencias en ultramar no necesariamente servían de fuerza vinculante para ejecutarla en otro dominio. Otra muestra fue el incumplimiento desde el propio del Estado en referencia a las restricciones para desempeñar el cargo de oidor en América, ya que estas fueron levantadas dependiendo de los avatares políticos de la casa reinante y de los validos. *Por resistencia* se entendía que las autoridades, llamadas a aplicar la ley, o los colectivos de personas afectados entablaban el recurso de suplicación, el cual se interponía al mismo legislador que había expedido la norma, para lo cual, se arguye la existencia de un vicio o error debido a que esta fue elaborada con criterios distintos a los de la realidad donde se iba a aplicar. Mas, como señala Tau, no se descarta la posibilidad que este mecanismo haya sido usado también para demorar o impedir el cumplimiento de la ley. El aparente distanciamiento entre la norma y la realidad se solucionaba con la intervención del magistrado, como probo, equitativo y justo, actuando bajo seso y sabiduría ponía a prueba su experiencia en solución de conflictos. Perfil que podía llevar a la idealización del magistrado pero que el ejercicio del Derecho se encargaría de contrastar, donde actuaban también los

---

<sup>41</sup> Jorge BASADRE GROHMANN, «Antecedentes del Código Civil de 1852», *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Marcos*, año III, Lima. 1939, p. 283.

<sup>42</sup> VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y Sistema*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones del Derecho, 1992, p.15.

letrados y sus patrocinados en un proceso que cotejaba la aplicación de principios frente a las «circunstancias, referidas a las condiciones variables que rodeaban a los hechos y a las cosas en la sociedad de los siglos XVI y XVII. Para los letrados el caso estaba sustancialmente determinado por unas condiciones mudables que lo acompañaban: condiciones de tiempo, persona, lugar, modo, materia, causa y cosa».<sup>43</sup> Eso sí, se mantuvieron en un primer momento los recursos que formaban parte del anterior sistema:

El recurso de suplicación se podía interponer contra provisiones, cédulas y órdenes reales que no tuvieran el rango de leyes propiamente dichas o pragmáticas. Una importante excepción a esto último lo constituyó la misma Recopilación de 1680, que fue promulgada por real pragmática, otorgándose a todas sus normas reunidas la fuerza y valor de leyes propiamente dichas.<sup>44</sup>

Recurso que se aplicaba contra una parte o la totalidad de la norma y se dirigía a quien había generado la norma, o sea una reconsideración. Era incompatible contra las ejecutorias ganadas en juicios contradictorios. Sin embargo, hubieron causas que se plantearon ante la autoridad como si fuese una instancia superior, lo que alteró el procedimiento pues ello demostró que se despachaba como si fuese apelación. Si la causa llegaba a segunda instancia no había posibilidad de volver a suplicar, con lo cual se colocaba punto final al dictarse la sentencia. Ésta se pronunciaba sobre elementos administrativos y judiciales en la medida que subsanaba vicios en el procedimiento o situaciones contrarias a las disposiciones que eran inaplicables en la realidad. El recurso de segunda suplicación revelaba el reclamo por las resoluciones de la real audiencia interpuesto ante el Rey con intervención del Consejo de Indias, el que fue modificado por la independencia pues en adelante se interpondría ante el Capitán General o el jefe del Ejecutivo. Más adelante, el Reglamento de Tribunales de 1822 lo dejó sin efecto. En referencia al recurso de injusticia notoria o reclamo realizado ante una segunda instancia terminó siendo sustituido por la casación.

Con el advenimiento de los Estados Modernos se había hecho evidente la aplicación de la ley desde el aparato estatal. Las reformas borbónicas de Carlos III basadas en el regalismo que consideraba que los derechos del monarca eran inalienables, de ahí que se produjera una dependencia directa de los cargos públicos y una profesionalización lo cual se veía acompañado por la racionalización en la administración y la observancia de la ley como objetivo político. Reformas que también comprendieron medidas en América con la creación de virreinos y capitanías generales y en su interior con las intendencias. Pero además, en 1776, el ministro José de Gálvez impulsó la reforma judicial, que incluyó la incorporación de funcionarios administrativos en las

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 501.

<sup>44</sup> VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La ley en América Hispana*, Buenos Aires, Academia Nacional de Historia, 1992, p. 126.

audiencias, la limitación del número de criollos para incrementar a más peninsulares, fieles representantes de la nueva política y el establecimiento de la figura del regente en la real audiencia. Complementario a ello, se requería de un aparato judicial que diese más celeridad a la aplicación de la ley, lo que impulsaba el cambio gradual al orden sistemático con la propuesta de un texto legal general y abstracto, cuya vigencia implicaba una aplicación en un sin número de casos<sup>45</sup> y que adquiriría vida propia, liberándose de la motivación que le había dado origen. Así, la equidad y el arbitrio del magistrado cederían su lugar a la adaptación que realizaría el juez de la ley, no pudiendo dejar de cumplirla. Propuesta proveniente del liberalismo que tuvo más impacto en Francia, cuya revolución aceleró el cambio como fenómeno social, político y jurídico el cual impactó en los ideólogos peruanos. De ahí que con la independencia decidieran importar los textos constitucionales y legales. Del modelo galo, recogieron el artículo 3º de la Constitución francesa de 1791 que establecía la primacía de la norma: «no hay en Francia autoridad superior a la de la ley», con lo cual como señaló Francisco Tomás y Valiente se creaba el Estado de Derecho.<sup>46</sup> El legalismo comenzaba a ser promovido por la autoridad independiente hasta llegar a instituirlo en el sistema jurídico peruano, lo que se produciría recién a mediados del siglo XIX. Sin embargo, ello no significaba que desconocieran los lineamientos del Código de los Franceses o Código Napoleón:

Art. 4. El juez que rehúse juzgar con pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser inculpado por denegación de justicia.

Art. 5 Tienen vedado los jueces adoptar disposiciones con carácter general o reglamentario sobre las causas que se les someten.

Art. 6 No se pueden derogar por acuerdos entre los particulares las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres.<sup>47</sup>

Esto representaba el desplazamiento del hombre como parte de la organización jurídica política donde el Derecho se transformaba en la encarnación de la ley, produciéndose una despersonalización como garantía del individuo. Así, lo casuístico fue dando paso a la opción sistemática que encontró en el código y la constitución sus mejores expresiones. Así, se generaba un proceso cultural en un momento histórico donde la nueva concepción del Estado unía la codificación al reciente derecho constitucional. El código era la ley, antítesis de las recopilaciones, que dejaba de lado a la heterogeneidad de normas, para que en razón de la materia ofreciera un trabajo uniforme de un mismo ordenamiento jurídico. Se evidenciaba una claridad y coherencia

<sup>45</sup> Claro ejemplo de ello representó la aplicación de la Ordenanza de Intendentes de Buenos Aires de 1783, la que se ensayó este modelo jurídico y que regiría en adelante el virreinato peruano.

<sup>46</sup> FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 421.

<sup>47</sup> BARTOLOMÉ CLAVERO SALVADOR, *Institución Histórica del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 210.

en una obra integradora, totalizadora bajo la tutela de un derecho positivo, escrito y netamente legal. El nuevo enfoque se dirigía a un nuevo sistema basado, dirigido, exclusivamente en razonamientos lógicos deductivos y a la unificación de un derecho nacional. Sin embargo, quedaba en esta nueva postura un conflicto permanente entre la modernidad impuesta y la tradición presente, lo que hizo indispensable un análisis externo del Derecho a través de la Historia del Derecho para comprender dicho conflicto. Los diferentes gobiernos se dedicaron a promulgar diversas constituciones con el objeto de sentar las bases del balance de poderes al interior del Estado, más que a variar las relaciones jurídicas de la sociedad civil. Es más, diferentes regímenes convalidaron las normas indianas en tanto no se opusieran a los preceptos que dieron origen a la independencia. El proceso codificador se inició con la primera constitución (1823) cuando indicaba que «los códigos civil y criminal prefijarán las formas judiciales. Ninguna autoridad podrá abreviarlas ni suspenderlas en caso alguno». El cambio político en el Perú implicó que las normas adquiriesen un papel transformador en el traspaso de un sistema jurídico a otro: «Los derechos del pueblo no son sino el ejercicio de las leyes del pueblo».<sup>48</sup> En este sentido, René Ortiz utiliza cuatro presupuestos para explicar el proceso que implicó en el ordenamiento jurídico nacional la desaparición y el surgimiento de nuevas instituciones legales. Una tercera idea contempla una serie de modificaciones al interior de este sistema a través de cuatro «formas o tipos de transformación: continuidad, retorno, repetición y sustitución». En último lugar, era indispensable que las normas mantuvieran el orden público, asimilando los preceptos independientes y adoptando las medidas más convenientes.<sup>49</sup> En este ínterin, la organización jurídico política creaba y colocaba a la norma por encima de ella para obligarse y mantener la figura del Estado de Derecho incipiente, que se justificaba en tanto tuviese las garantías para salvaguardarlo. Al interior del sistema jurídico se suscitó la convalidación de normas que no presentaron obstáculo con los lineamientos señalados por el plan político del régimen. Otras fueron adecuadas o transformadas y unas terceras, anuladas. Ejemplo de estas últimas fue lo acontecido con las justicias señoriales que fueron sustituidas por el nuevo sistema judicial el 4 de Agosto de 1821 bajo los siguientes criterios:

- 1° Abolición de la venalidad de los cargos judiciales.
- 2° Igualdad de todos ante la justicia, quedando suprimidos los privilegios de jurisdicción.
- 3° Que la administración de justicia sería gratuita.
- 4° Que habrá dos grados de jurisdicción, debiendo todos los jueces motivar sus decisiones.

---

<sup>48</sup> El Tribuno de la República Peruana, 2 de Julio de 1822.

<sup>49</sup> ORTIZ CABALLERO [29], p. 83 y ss.

5° Que debía separarse de una manera absoluta el Poder administrativo del judicial.<sup>50</sup>

Nuevamente el Derecho pretendía ser agente de cambio, pero requería de tiempo porque la nueva concepción normativa no había sido adoptada del todo por los operadores judiciales ni por los particulares en su aplicación. Preocupación que sería recurrente a lo largo del siglo XIX y principios del XX en los debates de los juristas y funcionarios respecto a la pervivencia del modelo casuístico pese a predominar la tendencia sistemática debido a que la codificación no había concluido:

[E]n 1878, [Miguel] Grau eleva su Memoria al Supremo Gobierno en su condición de Comandante General de Marina [...] lo que no deja de llamar la atención y manifiesta mas bien con toda exactitud que no están expresamente derogadas las antiguas ordenanzas españolas y a que ellas apelamos frecuentemente y que, como por el puesto que ocupa tiene que estar en contacto frecuente y permanente con ellas, recomendaba se urgiera la terminación del trabajo de reforma de aquellas encomendadas desde hacía varios años a una Comisión.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> José María QUIMPER, *Derecho Político General*, Lima, Benito Gil Editor, t. II, 1887, p. 302.

<sup>51</sup> INSTITUTO DE ESTUDIOS MARÍTIMOS, *Historia Marítima del Perú: La República 1870-76*, t. IX, vol. 3, Lima, 1995, p. 40.