

DERECHO

ORGANO DE LA FACULTAD DE DERECHO



XII

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

LIMA - 1952

DERECHO

ORGANO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA
DEL PERU

Directores: HUGO PIAGGIO y JAVIER KIEFER-MARCHAND

Dirección Postal: Apartado 1761 - Lima.

Administración: Látiga 459 - Lima

Año VIII ||

Enero a Julio de 1952

|| No. 12

SUMARIO

Pág.

HISTORIA DEL DERECHO

Rubén Vargas Ugarte, S. J. Pareceres Jurídicos en asuntos de Indias. (Conclusión). 5

DERECHO PROCESAL CIVIL

José Merino Reyna: La Jurisprudencia Civil de la Corte Superior de Lima en el año 1951. 100

DERECHO ECLESIASTICO PERUANO

José Dammert Bellido: Disposiciones estatales sobre la Iglesia. 137

DERECHO CIVIL

Antonio Valdez Calle: Consideraciones sobre la transmisión de la Propiedad Inmueble. 145

DOCUMENTOS:

Discurso de Orden pronunciado por el Doctor Ernesto Perla Velachaga con motivo de la apertura del Año Universitario. 154

Manuel Belaunde Guinassi: Investigaciones sobre el Derecho Indiano Peruano. 168

BIBLIOTECA

Libros y folletos. 171
Revistas. 173

Luis Echeopar García: Régimen legal de bienes en el matrimonio. (Curso Universitario) 175

Pareceres jurídicos en asuntos de indias

(Conclusión)

Parecer de los PP. de la Compañía de Jesús, Juan Sebastián, Esteban de Avila, Manuel Vásquez, Juan Pérez Menacho y Francisco de Vitoria, dado al Virrey D. Luis de Velazco, sobre si es lícito repartir indios a las minas que de nuevo se descubrieren. 1599.

Por parte de su excelencia se preguntan las dudas siguientes:

La 1ª si es lícito dar indios para minas de nuevo descubiertas o que adelante se descubrieren siendo útiles.

2º quantos y en quantas cantidad será lícito que se den para las tales minas.

3º de que lugares y de quantas distancia será lícito enviar los yndios a las dichas minas.

4º si será lícito quitar yndios de los trajines, y labranzas para embiallos a las dichas minas.

5º—si será lícito quitar de algunas minas no provechosas los yndios que están en ellas ocupados y embiallos a las dichas minas de nuevo descubiertas o que de nuevo se descubrieren, siendo útiles.

Ante todas cosas se ha de suponer que aquí no tratamos si es lícito compeller indios a la labor de las minas porque esto no se nos pregunta, sino si será lícito dar indios para nuevas minas de nuevo descubiertas, o que de nuevo se descubrieren a lo cual decimos: lo primero, que no se puede repartir lícitamente ni sin deservicio de Dios nuevo número de yndios para las minas, aunque estas se hayan descubierto de nuevo o con el tiempo se descubrieren; lo qual se prueba, lo primero. Por la mucha dificultad que siempre se ha tenido el justificar el compeller yndios ynocentes para la labor de minas, pues vemos que hombres muy graves y doctos assi en este reyno como en España lo han reprovado como ylicito e ynjusto y algunos que han dicho que se puede permitir, a sido con tales limitaciones y condiciones que, por ser esta muy dificultosa de guardar en la práctica, en sustancia si el decir que no hera lícito y de tres hombres graves que, según se dize, fueron deste parecer, el uno se desdixo de palabra y el otro que fué el Arzobispo Loayza, en su testamento declaró como avía escrito al señor visorrey don Francisco de Toledo que el dicho Arzobispo no entendió que avían de compeller los yndios, por ser contra su libertad, y le avía pedido lo remediase, y por ver que no se remediava avía escrito a Su Magestad y a su Real Consejo de Yndias suplicándole mandasse remediarlo, y porque con esto todavía tenía escrúpulo de conciencia de nuevo declarava y declaró, que no tenía por lícito compeller los yndios para las minas, de las quales palabras paresce que bien mirado nunca fué el Arzobispo Loayza de parescer que se compeliesen los yndios, sino de que se admitiesen los que de su libre voluntad quisiesen alquilarse para travajar en las minas etcétera; 3º que el padre Joseph de Acosta, si bien se mira, en el libro tercero de Procuranda salute yndorum c. 18. en realidad de verdad no lo da por lícito; porque hacia el fin del capítulo dice que ni quiere reprovar la sentencia que afirma ser lícito, ni poner

nuevas condiciones para que lo sea, sino solo repetir las que otros an puesto y después de averlas referido concluye que si se guardan como conviene y como las propusieron varones doctos parece se puede tolerar que vayan los yndios a minas; pero si no se guardan, y los yndios son tratados rigurosamente como esclavos, cada uno mire por si como quien ha de dar cuenta a Dios, y pues que es cierto que estas condiciones no se guardan por la mucha codicia de los mineros, no obstante las ordenanzas que en razón de esto con tanta prudencia y zelo cristiano an dado los señores virreyes; sigue-se claramente que el padre Acosta no dá por lícito compeller yndios para las minas todo lo qual se confirma considerando el escrúpulo que siempre se ha tenido de forzar yndios para las minas, si no es de pocos años a esta parte, que parece que la continuación del abuso ha quitado este escrúpulo; porque antiguamente no se davan yndios para minas compelliéndolas, sino de su libre voluntad, lo qual ultra de afirmarlo hombres antiguos en la tierra, se collige de algunas cédulas de Su Magestad, como parece por una de veynte y uno de diciembre de S.M. para el Señor Virrey don Antonio de Mendoza, donde se refiere que los yndios del collao pidieron a Su Magestad les concediese que en lugar del tributo de ropa y otras cosas que pagaban les diese licencia para trabajar en Potosí a su modo, sin español que les fatigas-se, dándoles los ynstrumentos necesarios, y que no travajasen en el tiempo de las sementeras que eran tres meses y que andarían seis cientos yndios en la labor y vemos que Su Magestad no se atrevió a concederlo sino que lo remitió al Virrey que entonces venía y le mandó se ynformase si todos venían en ello, y que aun en caso que todos viniesen en ello mirase si era cosa que se podía hazer sin daño de su salud y conservación, y que lo tratase y consultasse mucho y le ynformasse de ello, y en el ynterin no aviendo ynconveniente condesendiesse con los yndios; y en la ynstrucción de los comisarios en el capítulo 15, dice, que se havia tratado si se labrarían las minas con esclavos que se enviasen de España o con yndios, no forzándolos sino de su voluntad, o si sería mejor darlas a caciques o españoles y el capítulo 16 y 17 donde se trata del oro de Chile, en hablando de yndios dice, que sea sin agravio suyo y con ynteres, y su voluntad y también nos han ynformado personas fidedignas, que aviendo escrito una o dos vezes el Señor Virrey don Francisco de Toledo a Su Magestad si se servía de que compeliessse a los yndios para las minas, no tuvo respuesta, y escribiendo por tercera vez que si Su Magestad no respondía tendría esto por respuesta de que Su Magestad no se servía de ello y así el no compelería de ay adelante a los yndios, y con todo esto no tuvo respuesta con ser un negocio de tanta sustancia para Su Magestad.

Lo 2º se prueba por que el forzar hombres para la labor de las minas los legisladores gentiles lo tuvieron por un género de dura servidumbre tan contrario a la libertad del hombre, que ningún hombre embiaban sino es por vía de martirio o por culpas gravísimas como consta en la ley ilícitas ss. veritas, de officio praesidis, ley ad tempus, capítulo de infamibus, y la ley aut damna inter eos, de poenis, la qual pena es tan grande que con admitir el derecho canónico algunas del derecho civil para castigar delictos muy graves de eclesiásticos, nunca ha admitido ni admitirá esta, como lo nota Gerónimo Zanetino, in Tractatu De Differentiis inter ius canonicum & civile, differentia 176, a lo qual se llega que ultra del trabajo que de suio tiene el labrar minas ay nuevos ynconvenientes para los yndios de malos tratamientos con que son vexados de los mineros, dándoles tarea demasiada y azotándolos algunas vezes sino las cumplen, sin bastar a estorvarlo las ordenanzas que prohiben semejantes agravios. Las muertes, los grandes peligras a que se

ponen bajando y subiendo por escaleras movedizas de cuero torcido donde en desviando un pie suelen caer y hazerse pedazos, llevando algunas veces acontece derrumbarse alguna mina y quedar enterrados vivos número de yndios hoyéndoles dar voces por la parte de afuera sus hijos y mugeres sin poderlos remediar, y quando bienen a descubrillo hallarlos ya muertos; assi mismo se le irrecrecen inconvenientes de la distancia de camino que algunas vezes es de ciento, veynte y treynta leguas y mas, de todo lo qual resulta gran disminución en los yndios como se ve por experiencia y por ser tan exesivo este trabajo de labrar minas como se vee en el imperio Romano que con tener minas en muchas provincias a el sujetas, no forzaba a los inocentes a labrarlas antes en la ley 1^ª tit. metallariis, libro II, se dice claramente que la labor de las minas era voluntaria, las palabras son estas: quicumque metallorun exercitum vellet affluere (id est, vt ait glossa, quicumque velit esse metallarius) is labore proprio & sibi reipublicae commoda compareret itaque si quis sponte conduxerit &, y en las leyes, de España, ni de Partida ni de ordenamiento ni recopilación, no se hallará cosa en contrario.

Lo 3^º se prueba, porque como dize Soto (Libro 1^º de Justitia et Jure, a. 1^º) quando un príncipe tiene debajo de su corona diversos reynos para que las leyes que da a cada reyno sean justas, se requiere que sean en pro y utilidad del mismo Reyno como las diera el que fuera príncipe de solo aquel reyno; porque en este derecho y no en mas sucede el príncipe que tiene diversos reynos devajo de su corona, y pues el forzar tanto minero de yndios a las minas no es en utilidad de este reyno pues redundando en tanto detrimento de los yndios que son gran parte del, síguese claramente que siendo Su Magestad bien ynformado no querrá dar leyes y hordenanzas con detrimento de los naturales deste reyno, aunque sea en utilidad de los reynos de España; de todo lo qual se ynfiere, que no será lícito dar nuevo número de yndios, aunque sean para nuevas minas, antes nos parece que el estado de las cosas está de manera que si Su Magestad y su Real Consejo viera por vista de ojos lo que los yndios padecen en la labor de las minas, antes trataran de moderar el número de yndios que van a ellas, pues solo a Potosí van trece mill yndios, que no acrecentarlo; y assi el Padre Acosta en un parecer que dió al señor don Francisco de Toledo dice ser negocio de mucho escrúpulo embiar tan grande número de yndios a las minas, a lo qual ayuda mucho el estilo de Nueva España donde los yndios que se enbian a las minas son en mucho menor número que en este reyno, y de partes mas cercanas que son como de diez a doze leguas o poco mas.

Lo 4^º nos parece que dado caso que fuera lícito compeller nuevo número de yndios a las minas no convenia en razón de buen gobierno; porque una de las cosas que principalmente ha de pretender el governador es la conservación y aumento de su república, como lo enseña Aristóteles 8, ethicorum c. 10 & libro 3^º politic c. 4 & 5^º y Santo Tomás en el Opúsculo De Regimine Principum, desde el capítulo 12 hasta el 15, y compeller más número de yndios a minas es contra la conservación y aumento de este reyno y contra el pro de los Reynos de Castilla; que esto sea contra la conservación y aumento de este Reyno, vése claramente, pues los yndios se van disminuyendo y consumiendo cada día de manera qua a este paso se consumirán de suerte que apenas se hallen yndios para enbiar a las minas, de lo qual se vee claramente que también redundaría en daño de los Reynos de España pues cessarían cassí del todo los quintos de Su Magestad y en gran parte cesarían los tributos de los yndios.

Ni parece medio conveniente ni justo disminuir el número de los yndios que se dá a las sementeras y guarda de los ganados, para acrecentar-

los a las minas, siendo como es cosa mas necesaria la labor de los campos y guarda de los ganados que la labor de minas; pues lo primero es precisamente necesario para el sustento de la vida humana y no la plata, porque en caso que no la ubiera con trueque y cambio que son de iure gentium, se podría sustentar una república; y por esto los antiguos romanos hicieron tanto caso de la agricultura, y don Dionisio Rey de Portugal llamaba a los labradores nervios de la República, y así vemos el cuidado que se tiene en España de la labor de los campos y cría de los ganados y en razón desto el Rey Phelipe Nuestro Señor en una pregmática nueva dió grandes inmunidades y franquezas a los labradores, assí en sus personas como en las cosas pertenecientes a la labranza, parte de lo qual le estava antes concedido por el Rey don Juan Segundo y por los Reyes catholicos Don Fernando y Doña Isabel, como se refiere en la Nueva Recopilación, libro 5º tlo. 17, ley 6 y en el libro 8 tlo. 13, ley 25; y con ser España tan alavada de minas de oro y plata (libro 1º Machab, 8) raras vezes se labra alguna mina por juzgar de quanto más fruto será para el Reyno la labor de los campos que no de las minas, y en disminuyéndose los yndios que se dan para sementeras y ganados, creciendo como crecen de cada día el número de los españoles en este Reyno, habría grande carestía de mantenimientos que es uno de los maiores daños que puede aver en una república.

De aquí se infiere, que tampoco será justo quitar yndios de los tragines para echallos a minas; pues los tragines son de mantenimientos tan necesarios para la conservación del Reyno.

Lo que en esto se podría hazer es, que aunque sería justo y aun al parecer necesario que se moderase el número, de yndios que al presente va a minas; pero en caso que los governantes no hayan de disminuir este número, podrían enbiar a nuevas minas ricas quitándolos a las que en Potosí están ya muy pobres y muy dificultosas y peligrassas de labrar por su mucha profundidad, teniendo en esto atención al util y comodidad de los yndios trocando los que van de puestos mas lexos, repartiéndolos para las minas mas cercanas y de temples mas conformes al de los yndios.

Ni obstan a la resolución dada algunas razones que en contrario se suelen alegar. Lo 1º que cessando en este reyno la labor de minas cessaría el comercio con los reynos de España y por el consiguiente la justicia, paz y religión; pues no ay en este Reyno otros frutos de importancia mas de la plata, que convide a los españoles a venir acá con tanto trabajo y riesgo, ni con que premiar a los que mantienen la tierra en paz y justicia y religión cristiana.

Esta razón no basta, lo primero; porque con el número de yndios que al presente labran las minas nos conservamos en paz y justicia y en fee y religión y culto divino. Lo 2º, porque la fee assí como no se ha de introducir con violencias, tampoco se ha de conservar con ellas, antes enseña la experiencia que muchos yndios por miedo de las minas y de otros muchos trabajos que cargan sobre ellos se esconden en guaycos donde no tienen quien los enseñe cosa tocante a nuestra fee y religión, y assí se vuelben a sus ydolatrias y ritos antiguos, y ni reconocen rey, ni acuden con sus tributos.

La 2º, que con la plata que va deste reyno se sustenta y defiende en gran parte la fee en España. A esto se responde, que no se presume ser voluntad de Su Magestad que acudan los yndios con tanto detrimento suio y disminución a la maior parte de los gastos que se hazen en España y defensa de la fee, ni ay razón que dicte que están más obligados a esto los yndios que negros, horros o mulatos, o españoles pobres que ay en este reyno; y pues la sede apostólica los releva de otras cargas y obligaciones

eclesiásticas mucho mas ligeras, por ver con pecho de padre prudente y amoroso que son planctas tiernas en la fe; justo será que esta carga de la defensa de la fe no cargue toda sobre los yndios, pues no están más obligados que otros a la defensa de la fee con tan notable detrimento en sus haciendas y personas.

La 3ª, porque lo manda Su Magestad del Rey Nuestro Señor en tres capítulos de cartas escritas a los señores Virreyes, Conde del Villar, Marqués de Cañete, y bien se cree que Su Magestad lo habrá primero consultado y mirado la justificación dello.

A esto se responde que en cosa donde se siguen tan grandes ynconvenientes no es cosa nueva obedecer el mandato, y suspender la execución hasta que el superior sea mejor ynformado y el derecho asi lo dispone y de lo contrario se seguirían notables ynconvenientes, especialmente, pues el Rey Nuestro Señor tiene mandado a sus virreyes que quando sus reales mandatos se fundaren en siniestra relación, o fueren de cosas que tuvieren difícil execución, que ésta se suspenda y quando no obiera tan expresa voluntad de Su Magestad la razón natural y la virtud de la esperiencia dictara que convenía suspenderse la execución, y que el mandato de Su Magestad se funde en relación diminuta, consta de su real carta para el señor Conde del Villar, donde Su Magestad refiere que le fué hecha relación de las muchas minas que cada día se hyban descubriendo y de la embriaguez y ociosidad de los yndios y de otros defectos de que son notados, y no se le hizo relación a Su Magestad de quan disminuidos y consumidos están los yndios, y que aunque de suio son poco amigos del trabajo y haraganes, pero de hecho están muy bien ocupados en muchos asientos de minas en tragines, en mitas y la labor de los campos guarda de los ganados, serbicio de los tambos, y de los obrages de paños, y chasques aderezos de caminos, y puentes, edificios de las casas y templos de manera que para cumplir el número de los que están señalados para las minas, es necesario algunas vezes embiar yndios de muy poca hedad y algunas vezes es necesario poner en los tambos yndias que sirban por falta de yndios varones y fuera de los que por orden de gobernadores se ocupan en las cosas dichas hay mucho número de yndios que de su voluntad se ocupan en servir a españoles y en oficios de sastres, zapateros, &c., pues ¿quién puede dudar sino que si Su Magestad fuera ynformado de estas ocupaciones no mandara que los ocuparan de nuevo en minas, siendo esta ocupación tan trabajosa y peligrosa como queda dicho especialmente, pues tantas vezes con zelo de príncipe cristiano encarga a sus virreyes y gobernadores la defensa, buen tratamiento de los yndios y su acrecentamiento, especialmente que Su Magestad en los dichos capítulos no manda expresamente que las minas nuevas se labren, acrecentando nuevo número de indios y asi su real mandato se ha de entender en la forma que sea menos dañosa para los yndios.

De lo dicho consta la respuesta a las demás dudas y assi, no se responde a ellas más en particular —esto sentimos remitiéndolo a otro mejor parecer, en el collegio de la Compañía de Jesús de Lima, 16 de henero de 1599 años. Juan Sebastián — Estevan de Avila — Manuel Vásquez — Joan Pérez Menacho — Francisco de Victoria. (Rubricado).

MEMORIAL del P. Alfonso Mesía Venegas, sobre la Cédula del servicio personal de los indios. 1603.

Cerca de la cédula de S.M. y demás despachos que tratan del servicio personal de los indios, se pregunta qué obligación tiene el Señor Virrey á su cumplimiento, y qué es lo que de dicha cédula se podrá cumplir o dejar de cumplir con buena conciencia, supuesto el estado que de presente tienen las cosas de este reino.

Doce son las cosas que S. M. prohíbe en dicha cédula, que son las siguientes:

- Lo 1º—Que no haya repartimientos de indios para los campos, edificios, guarda de ganados ó para otras cosas semejantes.
- 2º—Que no se eche a indios tributos en servicio personal, en manera alguna.
- 3º—Que en ninguna manera se permita ir indios á trabajar en obras de paños ó ingenios de azúcar de españoles, aunque digan van de su voluntad.
- 4º—Que no se carguen los indios con ningún género de cargas, por ninguna persona.
- 5º—Que no se repartan indios para las chácaras del Cuzco, Charcas é otras partes, ni los obliguen a perseverar ó quedarse en ellas, si no fuere de su voluntad.
- 6º—Que no se traspasen los indios con las chácaras á otras granjerías, en cuyo beneficio sirven.
- 7º—Que todo se guarde ni más ni menos en las viñas y olivares.
- 8º—Que la pesquería de perlas no se haga con indios.
- 9º—Que en ninguna manera se den ó repartan indios a minas, de cualquier metal que sean.
- 10º—Que, por consiguiente, se quiten todo género de jueces repartidores para haberlos de repartir.
- 11º—Que las tasas, que parece están cargadas para los indios que van a las minas de Potosí, si fueren excesivas y no hubiere otro inconveniente, se moderen, y se informe a S. M. de lo que en esto se hiciere.
- 12º—Que las minas no se desagüen con indios, en cuanto fuere posible.

A tres puntos se puede reducir la fuerza que hace la voluntad de S.M. en la ejecución de sus Reales Cédulas. El primero, que de tal manera vá trabada esta ejecución en la perpetuidad y conservación de estas provincias y con el curso de las cosas de que depende esta estabilidad, que cuando encarga y manda S.M. en todos los puntos más sustanciales de su cédula, que se acuda y que se mire por la conservación, propagación y aumento de los in-

dios, dice que no se pierda de vista ni se deje la de estos reinos, como cosa tan forzosa y trabada con la primera y de que depende la una de la otra.

Lo segundo, manda asimismo que desagracien los indios de las injusticias que se les hacen en Potosí y en cualquiera otras minas, pero de tal manera, que se entienda que no ha de cesar su labor, pues por ella están en pié tantas cosas del bien de la cristiandad y sus reinos, de suerte que si la labor de los indios hubiese de descaecer en notable parte, no es voluntad de S.M. que se ejecuten sus cédulas.

El segundo punto es que, encargando la ejecución de ellas en las últimas palabras de la cédula, lo hace con dos limitaciones: primera, remitiendo á V.E. el añadir ó quitar lo que le pareciere, no obstante lo dicho en la cédula segunda, que advierte á V.E. en lo que dispusiere no tenga inconveniente de consideración ni cause sentimiento ni descontento general, no novedad de importancia, y que ofreciéndose tal inconveniente, que se pueda tener lo contrario, y se prevenga lo que fuere menester para que se consiga lo que se pretende. De donde se infiere que, si no se pueden prevenir, no es voluntad de S.M. se ejecute la cédula.

El tercer punto es el que se saca de la cédula particular que tiene V.E., que le remite S.M. en todo y por todo este negocio, y se le dá plena facultad para hacer en este caso según el estado presente de la cosa, pues tales razones podía haber acá, que conviene no tratar della.

De lo dicho saco una conclusión: que si se ejecutase esta cédula, se toparía con todos los inconvenientes dichos, que previene en ella S.M. y no quiere ser rompa con ellos.

Pondría a riesgo conocido la perpetuidad y conservación de estas provincias; causaría sentimiento y general descontento en todo el reino, que darían cuidado de toda importancia. Esto se prueba así: cesaría casi de todo punto la cultura de las tierras, la crianza de los ganados, la labor de las minas, en las cuales cosas están situadas la vida, hacienda y honra de los españoles deste reino. Luego justamente se saca la conclusión dicha.

Y que esto cese, muéstrase así: cuatro medios da S.M. en su cédula, que son generales para obviar los inconvenientes propuestos: primero, que compren negros los señores de las haciendas, tierras, ganados y minas, etc., y se sirvan dellos; segundo, que se ayuden de mulatos, mestizos, españoles ociosos y gente que en la república se llama perdida; tercero, que obliguen las justicias a los indios a que trabajen y salgan a la plaza, y se alquilen como hacen en España, y que se les tase sus jornales, para que esto tenga menos dificultad; cuarto, que estando los indios lejos de los asientos de las minas, tierras de labor y guardas de ganados, se pueble cerca dellas, para que con más comodidad salgan a las plazas, y se les obligue al trabajo por este medio, que se juzga más conforme a su libertad.

Mirados bien estos cuatro medios, ó son dificultosísimos, ó llenos de mayores inconvenientes para los indios y la misma república, ó de todo imposibles.

El primero, que se compren negros para tantos y tan diferentes ministerios y servicios téngolo por peligrosísimo al reino, pues esta gente es de suyo atrevida y libre, poco temerosa de Dios y de su Rey. Veráse oprimida y trabajada con el trabajo, y todo debe causar un temor moralmente cierto de algun motín ó alzamiento entre ellos, pues los pocos que hay en Lima dieron que hablar en esta materia; y en España, en ciudades populosísimas, como Sevilla y otras ha sucedido esto, nascido de las mismas ocasiones, en que se topaban en esta gente estos malos intentos y muchas razones para tenerlos, y en este reino son mayores que en ningún otro, pues si entrase un inglés en

el Callao, bastaban dos ingleses de los que están entre nosotros para darles la tierra, alzándose con los negros, y cuatro españoles desalmados lo podrían emprender y cada día se topa quien tenga ánimo para cometer semejantes maldades. Y ultra de esto, llenarían la tierra de pestilencias, por ser esta gente muy subiecta á ellas, y si alguna ha venido á este reino, de sarampion y viruelas, más ordinarias de las que hasta aquí solía haber, ha sido mal traído de los negros que han entrado en él. Y dado caso que esto tuviese toda seguridad, ¿cuántos hay en el reino, de haciendas muy gruesas, que puedan comprar esclavos para ellas; sino que, con toda la ayuda que tienen en los indios, es al cabo del año lo comido por lo servido. Los más labradores son gente pobre, y en Potosí no hay ocho mineros ricos, y éstos se llaman ricos, porque sus haciendas son grandes, y no porque tengan descanso de plata, que no hay tres que no estén adeudadísimos y todos perdidos. Item, cuando, hubiese posible para ello no lo avia de parte de los negros y del plazo del año que se les dá para prevenirse dellos, porque es necesario irlos á comprar fuera del reino, que según los mercaderes que andan en este trato, y de los navios que corren en él, son muy pocos, y aunque se multiplicasen en tres partes más, no podrían dar en muchos años la tercera parte de los negros que pedía la labor de las cosas dichas. Item, cuando no bastara ninguna de las cosas dichas, no son los negros para las minas, que en cuatro días se morirían, por el gran frío que en todas hay, y por trabajar muchas veces en agua, y hasta el día de hoy no hay minero rico ni pobre que haya echado negro en ellas, por gran audacia que sea la suya, si no es para los ingenios, de los que se llaman morteros y para cerner metal, es cosa certísima que en cualquiera otra ocupación se morirían luego; pues á este paso se podrá ver y discernir en lo demás; ni son tampoco para sementeras, guardas de ganado, etc., por muchas razones.

Lo segundo, de los mulatos, etc., no es cosa de consideración, que toda esta gente es muy poca, y no se juntarán á arar ni cavar, ni como se dijo de los negros, no podrán servir en las minas, que piden gente tan hecha en trabajo como los indios, y tan delgada en sus vestidos, que pueden bajar y subir por partes que se andan en el cerro tan angostas y cerradas, que apenas puede pasar por ellas un indio, caminando como una culebra; y cuando en el cerro el día de hoy entra un español, una o dos veces, sin carga ninguna, sino á visitar las minas de su amo y hacer trabajar en ellas, es una gran cosa y que no lo hacen todos, y á este español, que es tan solícito, le dan 2 ó 3 pesos.

Lo tercero, que no se repartan indios, sino que los obliquen las justicias á que se alquilen en las plazas, etc., no es factible esto, por dos razones: la primera, porque los indios que trabajan, pongamos ejemplo en Lima, et sic de reliquis, se traen de la sierra, de veinte, treinta o cincuenta leguas de aquí, como son de Guarochirí, Yauyos, Guamantanga, Santa, Atavillos, Piscas y Antapircas; ¿pues qué orden se ha de dar para hacerlos salir á las plazas, ó quién los podrá mandar venir y alquilarse con efecto, pues aún cuando vienen los indios por sus mitas, y los traen sus caciques y los entregan para repartirlos por su número y cuenta, faltan gran parte dellos. De donde se puede colegir los que vendrán o parecerán en la plaza, cuando estén sujetos á presentarse con este número y cuenta, y los que los han de enviar, que son los corregidores y caciques, los querrán para sí y para sus granjerías, y los darán á sus mayores amigos y á los que más pueden, y será certísimo que padecerán en general y en particular los pobres, y será todo una confusión.

El segundo inconveniente que esto tiene es: que habría cada día mil pependencias en la plaza sobre alquilarlos y quererlos llevar cada uno; y será fuerza haberlas, pues el tener entonces indios dependería de la mejor maña y mano que cada uno se diere a llevarlos, y la necesidad é interés dellos es tan grande, que como suelen los hombres por cosas de menos peso y consideración que ésta aventurar las vidas, se pueden justamente temer y prevenir las pependencias que de esta ocasión podrían resultar. En España tiene esto diferente razón, que hay siempre quien ruegue, con su trabajo; ahí siempre sobran personas para todas las cosas.

Lo cuarto, de que se hagan pueblos y se pueblen en ellos los indios necesarios para las labores de tierras, minas, etc., cuando no hubiese los inconvenientes que acabo de decir en el modo de repartir los indios, hablando en general, son muy grandes los que se le harían á los indios; primero, porque si los mudan á otra parte, es desterrallos de sus patrias, privalles y desterralles de sus tierras, obligalles á que dejen sus casas é iglesias y que hagan otros daños, que no se pueden reparar en ninguna manera, porque el destierro de sus patrias y deudos es forzoso, el desamparo de tierras necesario, el haberles de dar justa recompensa imposible, porque el día de hoy están repartidas todas las tierras del reino, y es cierto que no se hallarán ningunas vacas para sitio de los dichos pueblos, labranzas y crianzas de los indios que en ellos se poblaren. Principalmente, que habiéndose de fundar cerca de los puestos y valles donde se siembran las tierras, las que hoy tienen dueño, y entiendo que no hay palmo della en el reino que esté sin él, las iglesias y sus casas, y gasto en pasarse y traginar sus mujeres é hijos, todo ha de ser a costa de los pobres indios, si no es que S.M. quisiere hacerlo y gastar en esto más de un millón. Item, es cosa sin duda que se acabarían los indios, sacándolos de su natural y siendo fuerza en muchas partes, para conseguir el intento dicho, pasar los de la sierra á los llanos, como se ha de hacer en Lima, que todo su servicio le tiene de la sierra; es cierto que les es dañosísimo á los indios, y en este reino, en pocas leguas, es tanta la desigualdad de los temples, que en más o menos frío, más o menos calor, se experimentan extremos. Item, sería despoblar unos corregimientos del reino por hacer otros; obligar á los encomenderos á nuevos salarios de corregidores, y partir los que hay acá no se debe hacer, pues con tener a ochocientos y mill pesos de salario, se juzga por no competente, y les parece á los corregidores que non acceperunt mercedem laboris proprii, y que pueden tratar y contratar y granjearlo y suplirlo con otra vía. Lo mismo se debe entender de los doctrinantes, etc. Item, habriase de cargar el trabajo que D. Francisco de Toledo echó a un indio de siete a siete años, en solos los que se poblasen en estos pueblos, pues si se pone en ellos número de indios que lleve la mitad de un año, en éstos cargaría cada año, y si se duplicase, les cabría de dos á dos años y pensar que se podrían poblar pueblos con tres, ó cuatrocientos indios ó la mitad, sin que de todo punto se mude el Perú, téngolo por imposible, pues el día de hoy hay la mitad menos de gente de cuando D. Francisco de Toledo les señaló la séptima parte, y así hay más de las tres partes de indios menos; y si las tres que quedan se pueblan en las partes necesarias para las labores y guardas del ganado, etc., se habrá de despoblar los pueblos que agora las tienen hechas, que tiene un millón de inconvenientes y no es factible.

De lo dicho se collige con claridad la dificultad grande que tienen los medios que S.M. propone, y que poniéndolos en ejecución, caerá de golpe este reino, faltará la comida y la plata, que lo uno conserva la vida y lo otro entretiene la gente, etc.; y así, me parece que obstando a la ejecución de la

Real cédula las cosas y dificultades propuestas, no es voluntad de S.M. que se ejecute, sino antes consta y parece ser la contraria.

Presupuesto y asentado que sea así lo que tengo dicho, no pretendo que se queden las cosas en el sér que están, sino que, conocida la dificultad que tiene su remedio, sirva siquiera de que se sienta su estado y cause compasión la miserable gente que lo padece. Podemos considerar a este reino, como una casa atormentada con un gran temblor, derribada la mayor parte della, y la que queda en pié, tan sentida y con tantas listas de aberturas, que si el dueño della, lastimado de verla así, quisiese remediarla y volverla á su primer estado, había de ser con riesgo de derribarla toda y levantarla de nuevo. Pero si no quiere aventurarse á tanto gasto y pérdida, procuraría llenar los vacíos de las aberturas y fortalecerla y enlucirla lo mejor que pudiese, y así quedaría disimulado su daño y más segura su vivienda.

Querer poner en su punto y perfección este reino, después del temblor que ha pasado por él (1), de tantos daños recibidos en los indios y estar menoscabados, es casi imposible, y para hacerse, hase de desencuadernar y entablar de nuevo, con riesgo de perderse todo. En lo que se debe poner el blanco es en remediar los particulares abusos que en todo género y uso de los indios hay en sementeras, guardas de ganado, trajines y minas, en que padecen los miserables agravios é injusticias, dignas de prevenir y castigar. y vélas tocando todas las que entiendo, y sus remedios.

SEMENTERAS

La labor de las tierras y guardas y crías de ganado, es lo que en primer lugar ha de ser favorecido para los indios, pues, en general, para todos es el beneficio que dello resulta, y la agricultura es principio del acrescentamiento del linaje humano, el cimiento de todos los oficios é industrias, y ella sin ellas podría en manera alguna pasar, y ellas sin ella no; y por esta razón han hecho tan gran caudal de los labradores todas las naciones. Don Dionisio, rey de Portugal, los llamaba los siervos de la república, e el Rey D. Felipe II, Nuestro Señor, de gloriosa memoria, en la pragmática que hizo en el año de 97, los favoreció con grandes inmunidades y franquezas. Esto supuesto, para que no se les deban quitar los indios, diré los daños que reciben.

1º—En no pagarle los labradores ni darles de comer; cumplen con ellos en acabando de servir su mita, con darles unas cédulas, en que dicen deberles tanta plata, la cual nunca se les paga, ni muchas veces es posible, pues no acierta el indio sino a volverse a su tierra y morirse allá, y deja la cédula a su hijo que ni conoce cuya es ni hace caso della. El remedio que se ofrece es, que siempre que se repartiere la mita en el pueblo o en la ciudad, se dé un pregón, en estando los indios juntos, en el cual se les diga en su lengua á los indios, y en la suya á los españoles, que el español que no les pagare ó diere mal de comer, venga el indio á dar aviso al alcalde que los reparte, y el alcalde mandará V.E. que haga pagar al indio por aquella vez, y reprenda al chacarero; y por segunda vez que se quejare el indio, no les den indios ningunos aquel año, y que para esto no sea menester hacer grandes procesos, sino que en oyendo á los indios y afirmando este agravio dos

(1) Alusión al terremoto de 1600 que asoló la ciudad de Arequipa y su comarca.

ó tres indios, y no mostrando el chacarero que los pagó ante dos españoles, se ejecute esta pena y se les ponga por el alcalde dos meses de suspensión, si no la ejecutare. Y para esto, asista siempre con el alcalde al repartimiento de los indios el protector de los naturales, para que pida en justicia y los defienda.

2º—Los contratos de compañía que se hacen, dando uno las tierras é indios y poniendo otro el pagarlos y su trabajo, etc., son dañosísimos y perjudiciales á los indios, porque estas compañías las hacen ordinariamente gente pobre y que no tiene con qué pagar los indios ni de comer para ellos ni para sí. Y el daño particular en este trato es que, por salir aprovechados aquel año, martirizan los indios, y de día y de noche los hacen trabajar en labrar la tierra y regar. Remedio es mandar al Señor Virrey que, en sabiendo que alguno tiene hecho este contrato, con sus tierras é indios, se les quiten luego los indios, sin que en ello haya réplica; que en esto recibe beneficio general el reino, y el daño que hay es de un particular, que no importa nada.

Suelen algunos recibir mayordomos en sus chácaras y haciendas, concertándose, por una cuota de los frutos, y porque ésta se agrande, v. gr. la sexta ó séptima parte, sácanla del sudor de los indios.—Poner el mismo remedio.

Suelen los labradores ocupar los indios que se les dan para las sementeras, en labrar casas ó en trapiches de azúcar y miel, de lo cual se sigue á la república haber menos sementeras en su comarca y más caros los bastimentos, y los indios que alcanzaron á gozar de este beneficio de tener la comida barata, piérdelo y corren riesgo en los trapiches de cortarse las manos, etc. y, en los edificios, de desgracias que cada día suceden. Remedio: quitar los indios al labrador que se entendiere los ocupa en otra cosa.

Las licencias que se dan á los corregidores para hacer sementeras, sin duda que son con mucho daño de los indios; porque el corregidor toma para ellas el mejor pedazo de tierra, quita el agua á los indios, ocúpalos en su hacienda, y vienen los pobres á ser esclavos en sus mismas tierras y á ser maltratados y ocupados.

Entiendo que generalmente no se paga en el reino su justo jornal á los indios que guardan ganado; podría remediar con enviar V.E. sus provisiones á todos los corregidores, para que vean cómo se les paga en sus distritos, y para que cada uno junte á los prelados de las religiones y protector y vea en cuál distrito están bastantemente gratificados los trabajos de los indios pastores con lo que se les paga, y que avisen á V.E. lo que juzgaren, para que últimamente mande lo que más convenga al bien de los indios, advirtiendo á los tales corregidores cómo los señores del ganado obligan á los indios á que les paguen el ganado que se les pierde ó les hurtan; y que para esto sea lícito, dicen todos los sumistas que ultra de lo que se paga á los guardas del ganado por pastorearlo en tales y tales puestos buenos, se les ha de pagar algún tanto por asegurarlo de que se perderá, que lo examinen bien y envíen su parecer.

MITAS

El útil que dellas hay en este reino es conocido, y para los mismos indios es grande. Diré los daños y agravios que reciben.

El 1º es en el jornal: dáseles cinco patacones cada mes y no les pagan la vuelta; v. g. hacen 100 indios un viaje de los Andes á Potosí, y no les dan sino cinco patacones cada mes, desde que empiezan su viaje, y

á la vuelta de Potosí no les dan nada, y el agravio es conocido, pues no se les paga la comida. Come un indio cada mes media hanega de maíz y chuño (1), que vale cuatro patacones, y un paco (2) ó alpaca hecho cecina, que llaman charqui, que vale tres patacones. También lleva harina de quinua y un poco de pescado seco, que serán otros dos cada mes, ya son nueve; luego no se les paga la comida; y no se cuentan ollas que llevan, y sus carneros en que llevan la comida, que si se les muere uno, pierde el indio siete patacones que vale y ordinariamente llevan para sí cargados uno ó dos carneros.

2º—Les mandan aderezar las isangas (3) en que llevan vino ó los cestos de coca y hacer guascas (4) de icho; y por estas cosas no se les paga nada. El remedio de estas dos cosas es que con efecto se asiente que se les pague justamente su trabajo.

3º—Reciben estos indios gran daño en su propio ganado, que dejan en sus pastos, porque en sabiendo que el dueño está ausente lo hurta, y no temen á la mujer, y hay de esto mucha experiencia fuera de que pide este ganado mucha asistencia de los indios, y esto cesa con su ausencia y es causa de que parte dello se huya. Reciben el mesmo daño en sus chácaras, porque la mujer puede poco, y hace mucho en acudir á sus hijuelos, hilar, hacer ropa, etc.; y así se pierden sus ganados y chácaras por falta de dueño que lo mire y beneficie.

4º—Reciben daño en sus almas, que como se ausentan los indios tres y cuatro meses y á veces más de cinco, y estas ausencias son ordinarias, se les olvida lo que saben de nuestra fe, no oyen misa en todo este tiempo, en los caminos cometen pecados, que no harían si estuvieran en sus casas y con sus mujeres, y ellas no menores con la ausencia de sus maridos.

5º—De estas ausencias reciben daño las comunidades, que van cada día á menos, faltando á la propagación y generación dellas. No hallo en esto otro remedio sino procurar que las ausencias sean más breves; y esto se conseguiría mandando S.E. que los indios que bajan con ganado de la provincia de los Pacaxes, Omasuyo, Paucar-Colla, Chucuito y las demás provincias que vienen al Cuzco por Coca, se remuden, en llegando á la Provincia de Paucarcolla, Omasuyo, ó Pacaxes, y en ninguna manera sean los mesmos indios que salen los que suban á Potosí con el ganado y hacienda. Y para que esto tenga efecto, mande V.E. al corregidor de Sicasisca, por donde ha de pasar el ganado forzosamente, que tenga especial cuidado en inquirir si los indios que subieren con sus partidas gruesas de carneros de Potosí, se mudaron en los puestos que he dicho; y si se halláre no ser así, detengan los carneros y no les dejen pasar hasta que traigan indios de remuda, y con tres ó cuatro veces que se haga así, no se atreverá nadie á dar todo el trabajo á unos mismos indios, y los miserables tendrán partido el tiempo, de suerte que si en un viaje habían de estar cuatro meses, no esten sino dos con la remuda dicha, y estorbaránse tan grandes inconvenientes y daños.

(1) Harina de papas.

(2) Mamífero del orden de los camélidos, que habita en la Sierra del Perú. Se le llama también alpaca.

(3) Cestos de caña. Usance especialmente para pescar camarones.

(4) Voz quechua que equivale á cuerda, sogá.

MINAS

Supuesto que es razón de dar indios para minas, se ha de hablar como en negocio tolerado por los Reyes, sus virreyes y consejeros, y por los seguros que tienen de sus conciencias con parecer de hombres muy doctos, débese poner solamente en disputa en esta materia y hacer mucho peso en si convendrá dar indios á las minas que se labran con muy moderado ó ningún fruto, como son las de Castrovirreina. Vilcabamba, y Salinas; y supon-gamos que los indios que van á estas minas son los siguientes: á las de Cas-trovirreina 1,500 indios de los Aimaraes, Jauja, Chocorvos, Cotas, Lucanas, Tarma y Chinchai-cocha, y otras partes, las más lejos 100 leguas. A las Sa-linas van 600 indios de los corregimientos de Chuquiabo, Pacajes, Achacachi, Sicasisca, Chayanta, Paria y provincia de los Lipas; están los más lejos 85 leguas. A Vilcabamba van 480 indios de la Provincia de Andahuailas, Chum-bivilcas y corregimiento de Avancay, y son por todo los indios que van á estos tres asentos, 2,665. Son razones para no quitarse: el estar ya asentado; el haberse gastado en labrar las minas y en hacer ingenios las haciendas de algunos mineros; el sacarse al fin alguna cuota cada año, con que se so-corre más el reino y S.M. Todas estas razones no tienen fuerza, ni son pa-ra que se puedan tolerar ni pasar en estas minas, pues no debe bastar el es-tar entabladas; que los que tratan de su bien particular en alguna cosa, si por los medios que ponen no lo consiguen, luego la dejan y se apartan de-lla; luego, si los que tratan del bien universal, deben con más razón de con-tinuar lo que no aprovecha ni es útil para el intento que pretenden, pues es mayor el daño que se hace en continuarlo, ¿qué vamos a decir de lo particu-lar a lo universal y común?. Item, hasta aquí han oído los señores virreyes y entendido los graves daños é injusticias que generalmente se hacen á los indios en toda labor de minas, y se han encogido diciendo que no tienen fa-cultad para quitar ni moderar los indios; agora no sólo tiene S.E. facultad, sino mandato expreso del Rey, Nuestro Señor, para quitar los indios á to-das las minas, etc., luego por lo menos se deben de quitar a las inútiles. Ni debe obstar el haber gastado algunos sus haciendas en hacer ingenios, etc., para las tales minas; que el daño de cuatro particulares ó de ocho no ha de preponderar sobre el daño de muchos y á la ejecución de la cosa, quan-do conviene é importa, pues juzgando S.M. por conveniente pasar su Real corte á Valladolid, no se reparó en 20,000.00 que se perdían en la mudanza, y no perderán los mineros de todos estos asentos 300,000, ni perderán más de la calidad y valor de las haciendas que tienen por estar ya fundadas y hechas, que los materiales é instrumentos todos se venderán y aprovecharán en otra parte, ni el reino recibirá daño de consideración, pues en un navío que se pierde en esta mar suele interesar al reino más de un millón, y no se siente mucho su pérdida ni se echa de ver; y quizas castiga Dios á este reino con tan grandes pérdidas en mares y ríos y sucesos tan desgraciados de pocos años acá, para mostrar que nos quiebra los arcaduces por donde se negocia y corre la sangre de estos miserables indios.

Ni es cosa de consideración que se dejen de sacar cada año de todas estas minas 300 á 400 pesos, pues tienen por contrapeso el daño tan nota-ble que hacen á la conservación deste reino, é importa más á S.M. conser-var 3,000 indios, que andarán de mita en minas, que lo que se saca dellas y por lo menos se perdería más en los tributos que dejarían de dar los in-dios, acabándose con sus vidas, que se ganaría en continuar la cuota que se saca de minas tan flacas, y que cada día lo han de ser más.

Item, no está obligado este reino á dar todo lo que tiene hasta quedar exhausto y del todo deshecho.

Item, rigor grande y crueldad sería, y contra derecho natura¹, mandar trabajar á un viejo tanto como á un mozo; y esto, no por otra razón, sino porque son menores las fuerzas de un viejo.

Este reino se puede considerar respecto de los indios que están en esta edad; pues, ¿por qué se les ha de dar agora tanta tarea de trabajo como cuando estaba en su juventud, cuando florecían los pueblos de gente, cuando no había tantos españoles que los expoliasen, cuando las labores de minas eran menos y se labraban sin tanto trabajo, y el fruto era de más grosseza y provecho? Pues por qué agora no se les alivia el trabajo, que es sin fruto de consideración?. Y pues hace más fuerza esta razón; decir que lo quiere así Nuestro Rey y Señor, digámoslo e instemos á V.E. para que conceda este pequeño beneficio á estos miserables indios. Y si se preguntare si sería buen gobierno y en bien del reino y de los naturales, que estos indios que están en minas flacas y de poco fruto, como son los de Castrovirreina, se pasasen á otras minas ricas que en diferentes partes se van descubriendo, respondo que no hay obligación, mirando el bien de este reino; porque su bien primario es conservar en paz y en las cosas de nuestra fe y que tenga quien en todas le gobierne, y con lo que le dan las minas de Potosí se consigue todo esto.

Ni se debe por el bien secundario, que es ayudar al de España y á su Rey y Señor, para la defensa de sus reinos, pues con lo que se saca de Potosí se acude y se ha acudido también suficientemente á esto, y antes que se fundara el asiento de Soocha (1), se gozaba de todos los dichos bienes; y pues no depende de estos asientos y otros semejantes, débense deshacer como medios sin fin del todo justificado; que son degolladeros de indios y naturales, principalmente dando Potosí hoy más quintos que nunca ha dado.

Item, en género de buen gobierno el gobernador está obligado, en conciencia, á moderar cuanto se puedan los trabajos de la república, con notable detrimento de los particulares della; y constando, como consta, que se van muy aprisa acabando los indios y que los trabajos de las minas son insoportables, tienen obligación de aliviarlos y reparar esta violencia de trabajo, moderando las minas salten inútiles, reservándoles del todo de esta carga y no añadiéndosela, valiéndonos del ejemplo que tenemos en el repartimiento de indios para las minas de Potosí, que por haberlos ido cada día cargando y no haber tenido ningún descanso, están las provincias perdidas y acabadas. Como verá, el Señor D. Francisco de Toledo repartió 1,000 para la labor de las minas de Potosí y 100 para suplir faltas de la mita. Vemos que este repartimiento era llevadero y carga que se podía tolerar; pues considerando que en los 32 años que van, á partir de 18 que comienzan á tributar, hasta 50 que acaban, sólo le cupiese de venir dos veces en la vida á estas minas á cada indio. Fuése disminuyendo el número de la gruesa de los 16,000 indios, que había de haber sido causa para que se les relevase y disminuyese el número de 1,100 que se les habían repartido; y en lugar de hacer esto, se les repartieron y añadieron otros 1,100, con que se les repartió la séptima parte, y la Provincia de Chucuito se ha ido acabando de gente y adelgazando de suerte, que es compasión mirarla. Lo mismo digo de los indios que están repartidos á estas minas inútiles, que tienen exhaustos y acabados sus pueblos, y en lugar de tratar el aliviarlos y descansarlos, propo-

(1) En el Diccionario de Alcedo no figura este asiento.

nen a V.E. los echen en nuevas minas, donde se acaben de acabar y se concluya con todo de una vez.

Item, los indios del Perú no están obligados a beneficiar cuantas minas hay; que los de Nueva España, con estar menos destruidos y dar menos plata á S.M. no labran todas las que tienen, antes se reparten con mucha moderación, y previniendo que no vayan de partes apartadas, sino de las más cercanas, y con otras comodidades que en esto se han tenido, por la piedad de los que lo han gobernado, con que está aquel reino más entero que éste.

Ultimamente digo que no es beneficio el que se les hace a los indios en pasarlos a mejores minas con las comodidades que se pueden prometer de mejores templos, más abundancia de comidas, las minas más fáciles de labrar por estar sobre la tierra, etc. Las razones son éstas:

Lo primero, las comidas no serán en muchos días y meses más baratas, porque aunque diéramos que ahora hay mucho trigo y maíz en los puestos que pretenden ser asientos de minas nuevas, en poblándose de gente así de españoles como de indios, ha de subir la comida por razón de la demás gente que la gastará, y porque serán menos las sementeras que se harán entonces, que, sin duda, ocuparán más los españoles en otras cosas á los indios de la comarca, y no les dejarán con sosiego en sus casas y en sus chacarillas, y cesará la abundancia de comida, que sólo era abundancia para los pocos que la gozaban y tenían quietud para acudir á sembrar y labrar la tierra.

Lo segundo, es engaño decir que tendrán menos trabajo los indios, antes se debe figurar mayor, pues sólo trabajan ahora en los asientos donde están en sacar metales y si se diesen á minas nuevas, trabajarían en ellas, y en hacer casas para españoles, y fundar pueblos, y hacer ingenios, y con la codicia que acuden los españoles á los principios á estas cosas, sería muy doblado el trabajo y carga que tendrían los indios; y como los mineros á los principios son siempre pobres, no pagarían a los indios, y vemos que en Castrovirreina no les pagaban sino de cuatro a cuatro meses, en acabando la mita y no sé si de presente se hace así, y sí sé que D. Alonso de Mendoza me dice que sí, y es muy digno de remedio. Y si pedían los indios antes plata para comer, les pagaban en maíz á como quería el español, y si el indio enfermaba antes de cumplir la mita ó se iba, se quedaba sin paga de lo trabajado; y aunque estos jornales de indios que faltaban al tiempo de la paga, hacia D. Pedro de Córdoba Mejía que con efecto se pagasen y se pudiesen en una caja, no sé cómo se repartían después ni entiendo cómo se podrían repartir ni dar á quien los había comprado con su sangre. Y últimamente digo en este punto, que si los indios se hubiesen de mudar de minas no buenas á otras que lo fuesen, sería *processus in infinitum*, aunque lo más cierto y sin duda sería ser finito, porque se acabarían más presto los indios. Y así no sería yo de parecer que se diesen, ni se debe juzgar por voluntad de S.M., sino contra ella, que manda que no se den de nuevo á minas indios, y esto es dar de nuevo, pues los indios que se dieron a Castrovirreina, etc., no fué por sentencia de culpas que no lo es; luego debe cesar la obligación si alguna tienen, y débese llamar nueva la que de nuevo se les pidiere, mudándoles á otro asiento.

Para entender bien lo que sobre este punto se dijere, es necesario suponer que de las provincias de Pacajes, Carangas, Paria, Omasuyo, Chucuito, Canas y Canches, y de todo el Collao, lo más lejos del cerro, 150 leguas, van cada año de mita 12,600 indios para repartirse en tres tercios del año, de cuatro á cuatro, y se necesita bajar en ellos los 4,200 de suerte que nun-

ca falte este número en el cerro, sino que trabajen de ordinario en él. Y acabada esta mita, viene otra, y van a descansar los primeros, aunque el primer tercio que acaba de servir los cuatro meses, les cabe luego á los 2,000 el trabajar dos meses en servir en las lagunas, trajines de metales, servicio de la villa y hospital y minas de Porco (1), que están siete leguas de Potosí. Y para que mejor se entienda el agravio que se les hace á estos indios, y las injusticias que padecen, pondremos ejemplo de lo que pasa a los indios que salen de la Provincia de Chucuito (2) que, repetimos, se puede entender que pasa así á los demás.

De la Provincia de Chucuito salen 2,300 indios cada año para el entero de la mita que hemos dicho. Todos estos van ordinariamente con sus mujeres é hijos, que por haberles visto subir dos veces, puedo decir que serán todos más de 7,000 almas. Cada indio de éstos lleva por lo menos ocho y diez carneros, y algunos pacos ó pacas para comer; otros de más caudal llevan sus comidas de maíz y chuño, sus mantas para dormir, esterillas para defenderse del frío, que es riguroso, porque siempre duermen en el campo. Todo este ganado pasa ordinariamente de 30,000 cabezas, y casi siempre llegan á 40,000, y año hubo que se contaron 50,300 cabezas. Pues digamos que no son más de 30,000; éstas con el chuño, maíz, harina de quinoa y cecina y sus vestidos nuevos, vale todo más de 300,000 pesos de á ocho... (3).

Toda esta riqueza con este carruaje ha caminado á Potosí por sus jornadas, y en distancia de cien leguas tardan dos meses, por no poder caminar más aprisa el ganado ni sus hijuelos, que de seis á cinco años llevan a pie. De toda esta comunidad y riqueza que sacan de la Provincia de Chucuito, no vuelven á ella 2,000 almas, y el resto, que serán 5,000, parte se muere, parte se queda en Potosí.

Otros se van á los valles más cercanos, y la razón que para esto tienen, es que cuando se quieren volver no tienen ganado, ni comida para el camino, y saben que, en volviendo, los han de ocupar los caciques, y corregidores en trajinar y en el servicio de los tambos. Y como en el día de hoy están los indios en este camino real tan solos y trabajados, y hay tantas cargas y molestias, que padecen de los españoles; y también porque, en llegando de Potosí á sus pueblos, como el cacique está apurado, y no tiene indios con que cumplir su mita, y el gobernador le apremia á que la entregue, los vuelve á nombrar para que vayan otra vez, y con las mismas obligaciones y cargos referidas, que quiebra el corazón verlos, pues por huir esto, y redimir su vejación, quédanse en Potosí, donde hacen su voluntad y tienen de comer. Vea V.E. si es servido ahora lo que les pagan á aquestos indios por dos meses que gastan en ir á Potosí, y cuatro que trabajan en las minas, y dos en los trajines, etc., y otros dos meses en que vuelven a sus tierras, que son diez meses y verá V.E. una injusticia clara y manifiesta, que sólo se les paga á estos indios por estos diez meses, los que son de trabajo para ellos, y con efecto, trabajan cuatro meses en las minas á cuatro reales cada día, y los dos meses que se ocupan en las cosas referidas, á tres reales y medio cada día; pues digamos que se les paga á cuatro reales; seis meses son veinte y seis semanas, y trabajándolas todas, sacando sólo los domingos, á tres patacones, cada semana son 78 patacones. De estos 78 patacones se han de quitar al indio 22, que paga más de tributo al rey por ve-

(1) Asiento minero del Alto Perú, vecino a Potosí.

(2) Provincia de Chucuito, en el Departamento de Puno, del Perú.

(4) Está borroso el original.

nir á las minas (cosa de admiración, que por lo que había de ser exceptuado de tributo, por esa misma razón le cargan paga de tributo). El indio que se está en la Provincia paga tres pesos ensayados, y una pieza de ropa que vale seis pesos ensayados, que son diez patacones, y el que viene á las minas de Potosí paga 18 pesos ensayados, que son 29 patacones, seis reales y seis granos corrientes, que con el medio peso ensayado que dan para el hospital y los granos de cada semana, viene á ser lo que paga en Potosí cada año cada indio 32 patacones que sacados de 78 que le dan por su trabajo, viene á quedar el miserable indio con 46 patacones, por diez meses de trabajo que pasa él y su triste familia, desterrados de su natural, dejadas sus casas y tapias, sus tierras perdidas, y gastado el ganado que tenían, y su comidilla en el viaje; que por lo menos valdría lo que sacó el indio más pobre de su casa en carneros y comida, etc., más de 100 patacones. Y por esto y el trabajo tan excesivo de seis meses, y los cuatro de minas, trabajando doce horas al día, bajando sesenta, y algunas veces cien estados, donde es una perpetua noche, pues siempre es menester trabajar con candelas, el aire grueso y de mal olor encerrado en las entrañas de la tierra, las bajadas y subidas peligrosísimas, subiendo cargado con su taleguillo de metal atado en las espaldas, tardando en salir cuatro y cinco horas por pasos, que si discrepan de poner bien el pié caen cien estados; y que después de haber subido reventando, hallan por abrigo un minero que les riñe porque no salieron más presto, porque no trajeron mayor carga, que luego en un punto les hacen volver; y que por todo esto y cuatro meses que quedan dichos de peregrinaciones, se les dé solo 48 patacones, ¿á quién no causará compasión?

De esta relación se coligen tres daños é injusticias que reciben los indios, muy dignos de remediar.

1º—Es hacerles caminar 150 leguas con el gasto y peregrinación referida por despoblados y campos, padeciendo grandes fríos, bebiendo aguas malas y encharcadas, y que, cuando llegan al puesto del Potosí, y donde pedía su trabajo algún descanso, se hallan sentenciados á una tarea tan rigurosa, y en acabando con ella, tan rendidos y sin fuerzas, que no las tienen para atreverse á volver á sus tierras, sino que desmayados y obligados de su necesidad, eligen el quedarse en aquel temple de Potosí, que es tan desigual á los demás del reino, que vienen á morir y acabarse poco á poco.

Para obviar este tan manifiesto daño, han dado muchos hombres prácticos de la tierra por medio que se poblasen junto al cerro de Potosí algunos valles, y en ellos treinta y siete mil ochocientos indios, que son tres mitas de á doce mil seiscientos indios, para que de tres á tres años le cupiese á cada indio el trabajo en el cerro y sus minas. Y aunque Don Francisco de Toledo señaló la séptima parte de los indios, para que de siete á siete años le cupiese á cada uno su vez; pero con la comodidad dicha de ponerlos cerca del cerro de caminos tan largos, y por estar el reino en tal estado, se podrá tener por mejora y beneficio de los indios el no haberles de caer su vez sino de tres á tres años.

El medio con que esto se había de poner en ejecución es dificultosísimo y tiene mil inconvenientes. Diré algunos diversos, en que han gastado tiempo personas prácticas de esta tierra, deseosas del bien común.

Unos dicen que para entablar esto se sacasen de una vez de cada pueblo de los que acuden al servicio del cerro, y la mitad quedaría triplicada, de suerte que del pueblo de donde salen cada año ciento y cincuenta indios, saliesen de una vez seiscientos, que son tres mitas, haciendo primero

diligencia con los indios y requiriéndolos que los que se quisiesen mudar á los asientos que en los valles cercanos á Potosí les tenían preparados, lo diesen para que fuesen en primer lugar los que dispusiesen de su voluntad, y sirviese esta diligencia para hacerlo sin menos violencia, pues cuando dijese todos que no querían y se les apremiase, no se les tenía por violencia el forzarles á ello, pues era para su mayor bien y provecho. Y sacado el dicho número de indios con efecto y en la forma dicha de los pueblos y provincias sujetas á darlos, se pusiesen en pueblos cómodos y vecinos al cerro, donde se perpetuasen y avecindasen.

Contra esta traza se ponen algunos inconvenientes considerables, como sería que se despoblarían los pueblos de donde se sacase el dicho número de indios, y consiguientemente las provincias, por estar el día de hoy tan exhaustas y del pueblo de donde se sacasen seiscientos y cincuenta indios con sus casas y mujeres, no quedaría ninguno, y pocos pueblos podrían satisfacer por entero con esta mita.

A esto dicen que se habían de empadronar todos los indios que hay en Potosí y en todas las chacaras de Chuquisaca y las demás de aquel contorno, por todas las quebradas donde están escondidos los indios, y que de estos se habían de enterar en primer lugar la dicha cantidad de las tres mitas.

De esta resolución infieren otro inconveniente, que sería el que recibirían las chacaras de Chuquisaca y de los contornos de Potosí, etc., si se les quitasen los indios, que era quitar el sustento á la tierra, y con él caer todo lo demás de golpe. A esto responden que se pueden dejar en las chacaras indios de Quito, Chachapoyas, Nuevo Reino, y de los valles de Trujillo y otras partes, y con esta traza y disposición se acudiría al bien universal y particular, al de los pueblos y provincias, que viéndose ya libres de mitas, y las chacaras con servicio bastante de indios forasteros, y podría estar todo con mejor ser y concierto y menos males y agravios.

Otros dan por medios para la ejecución de este intento que no se trate de sacar indios de nuevo en la forma dicha, de los pueblos, sino que se empadronen todos los indios que hay en Potosí, que sin duda, hay más de cincuenta mil indios, sin los entrantes y salientes, y de éstos se cumpla el número de las tres mitas, que son treinta y siete mil ochocientos indios, y se les reserve de otro cualquier servicio, poblando por sus parcialidades y comunidades en pueblos antiguos, que el día de hoy están despoblados y sin casi gente, cerca de Potosí; y que á esto se les diese por cabeza para su gobierno, no caciques ni gobernadores perpetuos, porque éstos son los mayores enemigos y carníceros de sus vidas que tienen, que con el reconocimiento que les hacen y vasallaje perpetuo en que están los pueblos indios, no se atreven á tener uno á su voluntad; y como la de los caciques de ordinario sea no *sine sed contra rationem*, viene á ser que son de su parte más vejados y trabajados los indios que por la de los corregidores y doctrinantes. Y la razón desto es, que como los caciques son perpetuos, nunca se atreven á quejarse dellos, como lo hacen de corregidores y curas, porque temen que al fin ha de pagar lo que dijeron é hicieron contra ellos, pues nunca han de escaparse de sus manos y jurisdicción.

Contra este medio se opone una dificultad, ó por mejor decir, imposibilidad, que por tal la juzgan muchos, de que no hay en Potosí tanta gente, que se pueda con ella satisfacer el intento como se pretende; porque cuando haya en Potosí cincuenta mil indios por todos, que es el mayor número que puede haber, de éstos serán los ocho ó diez mil que cada día entran y salen, y los doce mil seiscientos de la mita presente que han de salir al fin del año, y más de diez mil que son oficiales y sirven á españoles, que son por todos

los dichos treinta mil indios; y los veinte mil que quedan se ocupan cada día, fuera de los seis mil doscientos indios que andan ordinarios de mita en el cerro é ingenios, más de otros ocho mil que trabajan alquilados en el mismo cerro é ingenios, casas, beneficios, trajines de metales, traen leña y otros menesteres y servicios de las minas; de suerte que no hay día que no estén de doce á trece mil indios ocupados en las minas y en ministerios y oficios convenientes á ellas condenados solamente á sacar plata.

Y porque entiendo que ha de tener V.E. algunos que positivamente disuadan y contradigan este medio de poblar gente en Potosí, y de la que allí hay en que esté situada la mita de aquel cerro, afirmando que no hay copia de indios para el efecto de este intento, responderé que no hay más razón para que sus razones y tanteo satisfagan, que para dar crédito á las de otros muchos con que fundan que esto es factible, y que no faltarán indios en Potosí. Y cuando sus razones sean algo más aparentes ó tengan más fuerza por hablar con alguna particular experiencia que hayan hecho, al fin es certísimo que las unas y las otras cuentas que se hicieren y todo lo que se numerare son cuentas de cabeza y á buen ojo, porque nadie asegurará su verdad, afirmando que él ha empadronado la gente que hay en Potosí, ni que sabe de cierto el número della, que unos afirman que hay ochenta mil indios arriba en aquella villa, y otros más o menos. Y pues no hay quien pueda hablar con esta certeza y seguridad de su verdad, sálgase de una vez de esta duda, averiguándolo V.E., y satisfaga á esta exclamación de la gente pía y experimentada que dicen no haber otro medio sino éste para perpetuidad del cerro; pues si ello pudiese tener efecto el poblar y avecindar de gente sus minas, no hay quien dude ser lo más acertado, y por lo menos sabemos que era éste el gobierno del Inca, con que esta tierra estaba tan poblada y poderosa de gente en su tiempo; y mientras no se empadronare de una vez la gente que hay, y se supiere si se puede hacer ó nó, se han de quedar en pié los juicios que tienen, por parecer ser factible, y los que tienen el contrario, y siempre se ha de hablar de esto y culpar á los que pudieron tratar dello, y debían quererlo y mandarlo así S.M., como agora lo manda V.E., y no lo hicieron; principalmente que en averiguar la gente que hay en Potosí, que es el fundamento y cimiento de todo lo que se va tratando, no ha de costar mucho, pues todo se reduciría á dar dos instrucciones buenas á quien lo haga, y hacer elección de dos personas cristianas y solícitas que se ocupen en esta averiguación.

Dicen los que imposibilitan este medio que dado que haya la gente que se desea de asiento en Potosí, para el efecto dicho, que con todo esto tienen por imposible poblar con ellas las mitas ordinarias de tres á tres años de trabajo á cada indio, como está dicho. Fúndanse en que no tenían qué comer, porque les faltarian de cuarenta á cincuenta mil pacos y carneros de la tierra, que entran cada año en Potosí con la mita que viene de fuera, que viene prevenida con traer su comida.

Faltarían también de noventa á cien mil cargas de maíz y comida que mete también la misma mita, pues cuando no entre cada indio sino con siete cargas, son cerca de noventa mil, y toda esta falta sería una gran mella, que sin ella era imposible poderse sustentar.

A esto se responde que no se puede negar sino que ésta es la mayor dificultad que el caso tiene; pero mirada con algún espacio y consideración, y tratando de medios para su remedio, no sería imposible el dárselo.

Lo que toca á la comida de carneros es lo más fácil, por estar la villa de Potosí el día de hoy lo más abundante de este género que se puede pensar. Han sido muy grandes las estancias de ganado vacuno que hay en to-

do eso de Tomina (1) y camino de Tucumán, multiplicando fructuosamente este ganado, de suerte que hay estancias, donde de una matanza se matan mil reses, y se hace de todas ellas charqui (2), muy regalado y tan bien curado y sazonado, que se puede comer sin asarlo, y de esto se hace arrobas y se vende cada una á los indios en tres patacones, que es cosa muy barata y cada día ha de ir baratando más, por ser grande la suma que todos los años se saca de este ganado mayor de Tucumán, y hay muchos mercaderes que andan en este trato.

De cierto que no es moralmente posible que falte el sustento de carne, conforme á lo que tengo dicho. Añadiendo á esto, que si se poblasen pueblos, tendrían los indios sus ganados de pacos y carneros de la tierra, socorriéndoles con parte de ellos las comunidades, pues en tal caso sería justo partiesen con ellos, y es cierto que hay temples y pastos donde poderse criar y tener.

Lo que tiene más dificultad es la comida de maíz, chuño, papas, etc.; á esto se responde que no se había de tratar de estas poblaciones, sin dar tierras á los indios en que sembrasen, siendo de justicia debido el dársela, pues se desterraban de las suyas, quitándoles la esperanza de volver á gozarlas; y medio único para quitarlos y sosegarlos, el dárselas, y era necesario, para que pudiesen sembrar y tener comida para su sustento. Y si se pregunta qué tierras, á esto respondo que no es justo que tope negocio tan grave en esta dificultad, y pare y se deje de hacer por ella, aunque se comprasen de españoles, volviéndoles lo que dieron á S.M. de composición (3); y en esto no se les hacía agravio, pues para el buen gobierno de un reino se puede tomar á un particular, aunque diga que no lo quiere vender, un género de mercadería que tenga, y se le puede y debe sacar en un precio moderado; luego, para un bien tan grandioso y tan universal de todos los reinos de la cristiandad que dependen de la conservación de Potosí, bien podía S.M. quitar las tierras que tiene dadas y compuestas con los españoles, volviendo á cada uno lo que dió por ellas y pagándoles sus mejoras; fuera de que en los Charcas hay admirables valles y en todo aquello de Macha, Moro, Caracara, y por el distrito de los Charcas, particularmente, una gran suma de tierras, que se pleitean agora entre los indios de Macha y el cabildo de los Charcas, en quienes repartieron estas tierras cuando se compusieron; y es común voz que están agraviados en esto los indios, y si se les restituyesen estas tierras, habría en ellas para los que las pretenden y para otros muchos.

Item, hay muchas tierras en lo de Puna y Chaqui (4) y por aquella comarca, y por lo menos se deben buscar y tratar dello, y no dejarse, porque uno diga que no las hay, que cuando se busquen y no se hallen, se daría otro medio que diré luego, porque quiero satisfacer primero á lo que algunos dirán, que si se quitasen las tierras á los españoles no se añade más comida en Potosí, pues ellos las habían de sembrar con más cuidado y comodidad.

Á esto se responde que no se les añade comida, sino quítaseles á los españoles la granjería de venderla á los indios y dáseles á los indios, con que los tendrán contentos y pueden vivir. Y digo más, que si se añade comi-

(1) Provincia del Alto Perú al Este de Chuquisaca.

(2) Carne seca al sol, muy usada en todo el bajo y Alto Perú.

(3) Medic que tomó la Corona para asegurar la propiedad de tierras cuyos dueños los tenían sin justo título.

(4) Puna y Chaqui, pueblos de las Provincias vecinas á Potosí y Porco.

da, porque los indios sembrarán sus semillas y no dejarán palmo por sembrar, y los españoles tienen muchas tierras descansadas y ocupadas con huertas, casas, recreaciones y sementeras de trigo que cogen mucha tierra.

El medio que dije daría, cuando esto faltase, es que se hiciese una alhóndiga (1) en Potosí, como las hay en Sevilla y ciudades populosas de España, y son necesarias donde hay falta de comida. Esta alhóndiga se podría poner de las Provincias de Omasuyo, Pacajes, Chucuito y Paria de todos los tributos que pagan á S.M., no arrendándolos de aquí adelante, sino cobrándolos en especie, y se pagarían mejor, con más la quietud que tendrían los indios con no haberles de sacar para minas, y por mano de los cortegidores se había de fletar para Potosí toda la comida y ropa que se paga al Rey Nuestro Señor, en las partes dichas, y había de entrar en una alhóndiga, en la cual se pusiese y repartiese por su cuenta y razón, y se podría dar en un precio moderado, de suerte que S.M. no llevase en esto ni hubiese más ganancia que asegurar su Real hacienda en la cantidad que habían de hallarse estos géneros en las Provincias, donde se habían de vender por pregones y remates, y juntamente socorrer á los indios en darles comidas y vestidos á baratos y moderados precios, que lo serían sin duda donde no se buscase más granjería que la dicha.

Y si se dijese que con qué han de comprar los indios esta comida y vestido, aunque se les dé tan barato, que agora no la compran, sino cada uno la lleva de su cosecha y tierra, á esto se responde: que no habiendo de caminar y peregrinar los indios cuatro meses del año, trabajarían voluntariamente en Potosí y ganarían mucha plata, y para muchos sería todo el año, en diferentes ministerios, de trabajo, y ganarían mucho con que gastar y pagar y comprar lo que tuviesen necesidad, y se beneficiarían más minas.

Y traigo á la memoria de S.E. un papel que, de cinco años á esta parte, dió á S.E. un soldado llamado... (2), donde daba una traza fácil y muy útil para esta manera de alhóndiga, para que se trabaje menos en pensar la disposición que ha de tener, y de donde se ha de proveer, y por qué manos, etc. etc.

Esto es lo que hablan todos y dificultan en esta materia. Mi sentir en ello sería, que habiendo oído V.E. en ello sus pareceres, tomados por escrito, los remitiese á la Audiencia de los Charcas, para que allá se tratase con personas prácticas y expertas de la tierra, y se confiriese todo y viese lo que se puede facilitar y menos dificultar, advirtiendo que en el pedir parecer y en el oír se vaya con recato con personas hacendadas y que tienen raíces, que éstas han de mirar su bien particular y ordenar á el sus razones y no se ha de acertar, y cuando se haya trabajado en buscarla, podrá V.E. con lo que resultare, tomar la última resolución y se habrá cumplido con la cédula de S.M. y satisfecho á los que hablan en esta materia y desean esto, y cumplido en lo que se debe con la conciencia; y por lo menos se podrán agora remediar muchas injusticias y abusos presentes que piden remedio y se les pueden dar, y por consiguiente, se les debe. Irélos tocando brevemente.

(1) Mercado de cereales.

(2) En blanco en el original.

Cosas dignas de remedio en Potosí.

Que no paguen al Rey más tasa los indios que vienen á la mita que los que se quedan en la provincia, pues es tan excesivo su trabajo, que dan en él las vidas, y dél y de su servicio resulta tan gran utilidad á la hacienda Real, como el que goza de quintos y que sus reinos tengan abundancia de plata, y no es justo que porque sirven de esta manera paguen más. Y por no alargarme en este punto, digo que no hallo fundamento por donde S. M. deba llevar semejante tributo. Y si hasta aquí se ha dicho que estaba entablado en esta forma y que no tenían mano los Señores Virreyes para desatar esta obligación, ahora las dá S. M. y lo manda; hágase por amor del Señor, que según los daños se sabe que los indios padecen y reciben en sacarlos de sus casas y llevarlos á las minas, no sólo se les había de relajar el tributo, sino que de todo punto se les había de hacer libres y francos de pagarle, y quizás con esto habría para la mita más indios é irían á ellas con más gusto y trabajarían más y darían por este camino más suave y mayor riqueza.

Que se les pague a todos los indios el tiempo que gastan en el camino, cuando van a trabajar, tasándoles los días que fuese justo, y que esto se entienda con todas las mitas, así con las que van a Potosí, como á cualquier otro asiento de minas, y las que se dan para sementeras y otro cualquier repartimiento, al cual concurren los indios viniendo algunas leguas. Y esto está puesto en justicia, que desde el día que el indio sale de su casa, sale en servicio de los mineros ó chacareros, á quien va á servir; luego es justicia que se le pague el tal servicio. Un oidor y un corregidor, desde el día en que se embarcan en Sanlúcar, les corre su salario, hasta que llegue á su plaza. Una casa que se arrienda, aunque está vacía, se paga. A una mula que se alquila, le pagan la ida y la vuelta, y lo mismo al mozo que la lleva, aunque halle quien se la alquile á su vuelta y no vuelva vacío. Luego está puesto en justicia que donde hay la misma razón, y corre mayor, se guarde la propia igualdad y recompensa.

Dicen á esto los mineros de Potosí que el señor Marqués de Cañete subió un cuartillo en el jornal de cada día, por la ida y vuelta, y que así se dan ahora 4 reales, no dándose antes sino tres reales y tres cuartillos. A esto se responde que los cuatro reales que les dan cada día, los merecen muy bien por el trabajo de aquel día, y que no está con ellos bien recompensado, y que así, no lo debe estar la ida y la vuelta, sino se les hace otra mayor satisfacción. La dificultad que esto tiene, es cómo se le puede pagar á cada uno *in justitiam commutativam*, que al que viene de más lejos se le paguen más días de camino, y al que menos, menos, porque si todos servirán a un año, fuera fácil, y repartiéndose entre tantos, es imposible, y mudándose los indios cada mes, mucho más imposible. Y al fin, digo que es así y que no hay otra traza sino subirles igualmente á todos el jornal de cada día, satisfaciéndoles por esta vía. Dicen á esto los mineros que serían perderse ellos si se les subiese el jornal, por estar las minas muy flacas, los gastos de Potosí muy grandes, y finalmente, sería este medio para acabarse todo, porque ellos alzarían mano de la labor por no rematarse y perderse.

A esto se responde y concluye fácilmente. Lo 1.^o—Con decir que á los indios que mingan (1) dan tres tanto que á los indios de cédula y de obliga-

(1) Mingar es trabajar a jornal ó alquilar sus servicios por cierta suma.

ción, lo cual no hicieran si no tuvieran ganancia. 2º—El que da por 200 indios 200 pesos de arrendamiento, seguro tiene el no perderse, pues los da. Lo 3º—Cuando el minero no ganara nada, no por eso quita la obligación de pagar al indio; búsquese camino y satisfágase esta justicia. Lo último, si los metales están el día de hoy más bajos, también lo están todos los gastos del cerro y cosas que se requieren para el beneficio dél. Un español lleva la mitad del salario menos; un quintal de azogue vale un tercio menos; el trajin de los metales es á dos tercios menos; al minero, la comida menos, el vestido vale menos; luego si el minero goza de tantos baratos, justo es que cumpla su obligación y pague al indio lo que justamente mereciere. En cuánto será bien darle, véase por lo que queda dicho de los diez meses en que se ocupan los indios, cuatro en ir y volver á sus casas, y seis en trabajar, y lo que por todo dijimos que se les daba y venía á gozar el indio en limpio, y también se puede juzgar conforme á lo que gastan en vestir y comer en el dicho tiempo, que es lo menos que se le debe dar á cada uno por su trabajo, y lo que es tan preciosísimamente obligatorio, que cuando se lo negase un amo á su esclavo podría lícitamente hurtárselo; advirtiéndole que el juicio de lo que se hubiere de añadir, no se ha de hacer, para no errar, sino con parecer de religioso, siervos de Dios y personas seglares, no interesadas y de buen celo.

Alegaron á este propósito los mineros que los indios les hurtan metales, y que con esto les satisfacen. Esta razón no tiene fundamento para excusarse por ella, y así no me alargó en la respuesta.

Para que se haga esta satisfacción tan debida más suavemente y con menos daño de los mineros, conviene poner todo rigor en que no haya arrendamientos de minas ni ingenios por ninguna razón, principalmente cuando las minas é ingenios no tienen sustancia; y el arrendamiento no se hace sino por sólo los indios, que con estos arrendamientos se empobrecen los mineros que los hacen, con la mucha plata que pagan, y reciben mil injusticias los indios, y tienen los que los arriendan obligación de restitución por lo que en esta forma llevan. Parece que esto ha deseado y desea V. E.; así es verdad; pero véanse de nuevo los medios que habrá para cerrar del todo esta puerta, como perniciosa en gran manera. Declárese en el repartimiento que S. E. hiciere, que de tal manera se dan aquellos indios para que ninguno trabaje, que no los pueda arrendar, y que para el tal arrendamiento no adquiera derecho. Y mándese que el Corregidor y Alcaldes de minas visiten cada semana el cerro, y véase si se trae labor en todas las minas para las cuales se han dado indios; y en sabiendo que no, quítense luego los indios, y sea *ipso facto* del minero que los arrendaba, y no de otro, que pues él daba 100 rs. por cada uno, la mejor prueba que puede dar de que los había menester para sus minas; y con esto temerán todos de arrendar sus indios, viendo que han de ser para la persona á quien los arriendan.

Mándese también tomar juramento á los señores de minas é ingenios, que no han de arrendar sus indios con sus haciendas ó sin ellas, sin licencia del Virrey, y fortalézcase por todos los caminos y vías negocio de tanta importancia.

No dé V. E. á nadie licencia para arrendar sus haciendas, que no conste manifiestamente que son muy buenas y de tanto interés que no se arrienda sólo el de los indios que tienen; y mande V. E. el día de hoy examinar las licencias que tiene dadas para estos arrendamientos, y verá cómo los más no tienen otra justicia sino el pobre trabajo de los indios; porque las minas que con ellos se arrendaron no se labran, ni los ingenios; y á estos tales quítenseles las licencias y mándeseles que beneficien sus haciendas ó

que dejen los indios. Y con esto se conseguirá una de dos cosas; ó que serán más minas las que se labraren, ó se darán los indios á los que los merecen y no se venderán, y andarán más descansados los mineros quitándoseles estos subsidios y pagas gruesas que hacen por compras de indios, que no son otra cosa estos arrendamientos, y cuando empobrecieren veinte ó treinta personas por esto, sería menos mal que permitir tantos males, y hariales bien á sus almas, pues no están seguros ellos y sus haciendas en estos arrendamientos, y S.M. manda en esta cédula que se quiten.

4º—Padecen otro grande agravio los indios por manos de sus caciques, que es alquilar 50 y 100 indios á los mineros, y estos indios son los que absolutamente trabajan más en el cerro, sin piedad del minero, porque quiere sacar de su trabajo su plata, y sin que el indio pueda quejarse, porque como es su cacique el que lo tiene alquilado, teme ir á la justicia con los agravios que le hacen, porque no le descuartice el cacique, y así es yunque donde se da y martilla sin que pueda abrir la boca, ni decir "aquí me duele". Téngase particular vigilancia en esto y en quitar todo poder y facultad á los caciques y capitanes para esto, y sabiendo que lo hacen, castigarlos con treinta días de cárcel á la primera vez, y con destierro á la segunda, de suerte que no se atreverán más á hacerlo y mándelo así S.E.

5º—Agravio es que los capitanes, caciques, curacas y hilacatas (1), que están en Potosí para hacer cumplir las mitas de los indios suyos, no pudiendo enterar el número, porque no vienen otros de su tierra con que poder suplir, hacen que vuelvan a servir los indios que habían ya cumplido con su mita, entreteniéndolos y haciéndolos cumplir y suplir contra justicia, lo que por justicia les hacen cumplir. El remedio que esto tiene es mandar apretadísimo la ejecución de lo que tiene V.E. ya mandado, que cumpliendo una mita salga de Potosí con sus capitanes señalados, para que la lleven y vuelvan á sus provincias, y que haya mucho rigor en el cumplimiento debido de éste.

6º—Sucede á algunos caciques que, por estar despobladas sus Provincias, no tienen con qué enterar la mita en Potosí, y les fuerzan las justicias y señores de las minas á que alquilen los que les faltan á su costa y dan... (2), á cada indio que alquilan cada semana; de suerte que si á un cacique le faltan en una semana 20 indios, le cuestan 180 pesos, y si esto le dura un mes, gasta 720; y para esto vende sus mulas, carneros, vestidos, plata labrada, y lo que puede y no puede. Pues es certísimo que vino un cacique el año 601 á la celda de un Padre de la Compañía, y llorando con grande sentimiento, le dijo: Padre, yo estoy obligado á entregar 31 indios, y destos há seis meses que me faltan 16, y cada semana los he enterado y pagado 126 pesos en alquilarlos, y para esto he vendido una mula que tenía, mis carneros y mis vestidos que tenía, y he buscado plata prestada, echando derrama (3) entre mis indios; y no teniendo remedio para entregar los indios, la semana pasada empeñé una hija que tengo, á un español, porque me prestase 64 pesos que me faltaban, y la semana que viene, no sé que hacerme, sino ahorcarme".

Esta es una injusticia clara, y el remedio también lo es mandar que, constando que el cacique no tiene los indios para entregar su mita ó por habersele huido, enfermado, etc., ó por no haberlos en sus pueblos, no se le pi-

(1) Nombre que en la lengua aymara significa mayoral, cabeza de familia ó de grupo.

(2) En blanco en el original. Debe decir nueve pesos.

(3) Contribución ó cupo.

dan; y no se le admitan indios de otra parcialidad, que sin duda serán alquilados, sino de la suya. Y cuando se dudase que es malicia del indio, póngasele en la cárcel y castíguesele con esto, y no con una pena tan rigorosa, como es obligarle á lo imposible y á redimirse por los escalones y grados que queda dicho en el caso referido.

7º—Agravian también á los indios los mayordomos que están en las minas, en no dejarlos bajar del cerro los domingos á descansar á sus casas, porque el lunes empiecen temprano á trabajar, dándoles tarea que cumplan cada día, y conforme á ella se les paga su trabajo, v. gr., seis costalillos cada día, y al fin de la semana al que ha sacado treinta se le paga el jornal de cinco días, y no de seis. Es justo se remedie esto con gran vigilancia, pues aún manda S.M. en su Real cédula que les tasen y moderen á los indios las horas de su trabajo.

Y no se contentan los mayordomos con hacer trabajar doce horas al indio, sino que en ellas ha de cumplir su tarea el flaco igualmente con el que tiene fuerzas, y no se le paga conforme al tiempo y días, sino respecto de la medida que le tienen señalada que saque. Y esto se remediará echando un pregón cada principio de mes que se reparte la mita, en que se les diga á los indios en su lengua que no han de trabajar por tareas sino, por lo que pudiere cada uno; y si les pidieren tareas, el minero ó mayordomo se venga á quejar al Corregidor, á cuyo cargo y obligación será luego echar el tal mayordomo en la cárcel y tenerla allí diez días por la primera vez, y por la segunda desterrarle del cerro, y lo mismo se les diga á los indios que se quejen, cuando les detuvieren las fiestas, y el Corregidor castigue al modo dicho al que lo hiciere. Dirán algunos que el modo más suave para los indios es darles su tarea, que cuando no la tienen, anda el mayordomo tras ellos acoceándolos y azotándolos porque se den prisa y, al fin, trae cada miserable junto a sí dos que le martirizan: el trabajo de la mina y el que le dá el mayordomo en aguijarle y espantarle. A esto se responde que se les diga á los indios que se vengan á quejar en haciéndoles mal tratamiento, y el Corregidor castigue sin remisión á quien lo hiciere, y cada uno mirará por sí, pues correrá con su pena cualquier desmán que hiciere.

8º—Es que como los caciques no pueden entregar el número de los indios que cada año están obligados, el Corregidor de Potosí despacha jueces españoles para que hagan á los caciques que enteren, y estos jueces van con días y salarios; y como los indios se ven imposibilitados, á los que les quieren obligar, redimen su obligación con pagar al juez sus salarios, y no se entera la mita, y el cacique quiere cobrar de sus indios lo que pagó al juez, y echa derrama y cobra de la viuda, vendiéndole sus carnerillos, y de la huérfana, empeñándole sus vestidillos, y de esta manera *abissus abissum invocat*, una justicia llama á otra, y todo ello hace una labor de injusticias.

El remedio es cumplir lo que S.M. manda, que no se cobren estos salarios de los indios, sino de los mineros, y es muy puesto en razón. Y porque suelen ser las más veces culpas de los corregidores, condénenle en los salarios y dése aviso a V.S., para que los castigue; y si fueren los caciques, no se les dé pena pecuniaria, sino cárcel o suspensión de oficio; que así lo manda S.M.; en este caso paguen los mineros los salarios.

En las minas de las Salinas tienen un extraño modo, de cobrar estos salarios, que ofende sólo el oírlo, y es que cada indio que falta, paga al juez 12 pesos porque lleva tres días de comisión, cada uno á cuatro pesos ensayados. Esto es digno de remedio.

9º—El trabajo que pasan los indios en las minas es grandísimo, por el mal reparto que tienen, y porque cuando dan en agua, les hacen trabajar

metidos en ella, y porque las escaleras no tienen sus barbacoas á sus trechos, que son los que llamamos descansos; que es cosa rigorosa que suba un indio veinte estados, trabado á una guasca y asido de ella, y que no tenga los descansos muy ordinarios para tomar aliento, y para que si unos suben y otros bajan, se puedan apartar y dar lugar los unos á los otros. Todo esto nace de que no hay veedores, como conviene, ni alcaldes de minas, que para estos oficios no pide que sean caballeros ni sólo buenos cristianos, sino hombres sueltos, trabajadores y que entiendan el cerro y anden como culebras todo el día. El remedio que esto tiene es persuadirse V.E. lo mucho que importa no proveer estos oficios sino á personas tales y que se busquen para ello. Y sería bien que el Corregidor y Presidente de los Charcas propusiesen á V.E., cuando vacase algún oficio de éstos, tres personas, las más hábiles para ello, y que V.E. nombrase la que fuese servido, y que si ésta hiciese bien el oficio, no se le quitase, y si procediese mal y no acudiese á su obligación, avisase el Corregidor á V.E. para que le removiese.

Item, convendría poner más veedores, pues la disposición del cerro lo pide, y éstos que se añadiesen, fuesen hombres de menos calidad y más trabajo, á quien se les diese 500 pesos de salario, que serían muy bien empleados 1,000 ó 2,000 pesos en cuatro veedores de éstos, y el que lo es ahora, que fuese como el más principal y se fuesen haciendo los veedores menores, para merecer cada uno serlo mayor, conforme su buena cuenta y diligencia, y con esto se animarían muy bien á hacer sus oficios.

10º—Manda S.M., en su Real cédula, que se procure dar en los asientos de minas la comida más barata á los indios; sería de gran bien y beneficio que recibirían, y fácil en la forma dicha de poner alhóndigas, etc.

11º—Hay un descuido grande en permitir las borracheras á estos indios, públicas en las calles y plazas, y como cosa en que no creo que se repara, pues no se remedia.

En Potosí, estando yo un día de fiesta, por las calles forzosas que pasan para ir al colegio, ántes de anoecer, vi tres borracheras públicas, dos en dos corrales, y otra en la misma calle, con sus danzas y atambor y mates de chicha en las manos, que cuando estaban los indios en sus idolatrías no podían ocuparse en este ejercicio con más seguridad y devoción. Mande V.E. á todos los alguaciles que les derramen la chicha, y á cualquier alguacil que los viere, y á los caciques que lo permitieren, den seis días de cárcel por la primera vez, y por la segunda doce, y castígueseles de esta manera, de suerte que tenga remedio vicio tan pernicioso y tan nocivo para sus almas y cuerpos.

Esto es en general y particular lo que acerca de minas se me ofrece; con que está respondido y dicho cuanto á la ejecución de la cédula Real es mi sentir, y lo que juzgo se debe hacer para en ella cumplir con el intento de la otra cosa que manda S.M., que es el quitar los servicios personales á los encomenderos; es cosa justísima, y que, como tan clara, no me alargo en apoyarla.

Concluyo con decir que si la Real cédula de S.M. se pudiera ejecutar, sería el mayor remedio y más propia encuadernación que se podrá dar á este reino. Y supuesto que no se puede por los inconvenientes dichos, es justo y debido retornar á informar á las cosas de esta tierra con una nueva vida, cual la pide el estado presente, y esto por todos los caminos, modos y maneras que se pueden, tomando, para acertar, los pareceres de personas de experiencia y buena conciencia que haya en esta ciudad, escribiendo V.E. á los corregidores de indios, mandando que se junten con cuatro ó seis clérigos ó religiosos de los doctinantes de su corregimiento, y los de españoles

con los prelados de las religiones de su ciudad y con tres ó cuatro caballeros cristianos que V.E. les puede señalar, que traten en esta junta de los daños que reciben los indios en todo género de servicios y ministerios en que los ocupan en su distrito, qué remedios tienen, con qué facilidad y dificultad se pueden alentar, y que envíen sus pareceres y firmas á V.E., que entendiendo mejor por esta vía el estado del reino, tendrá V.E. obligación á remediar lo que fuere capaz de remedio, y avisar á S.M. de lo que no lo tiene, y por qué causas; considerando V.E. que esta materia de agravio de indios es en la que todos tienen pecho y cristiandad, viendo lo que padecen. Y cuando hasta aquí se vá tratando de remedio, se responde que no había mano ni facultad para ello; S.M., informado de este miserable estado, y peligroso en conciencia para los que lo toleran, se la dá á V.E. muy amplia en todo. Nadie puede usar de ella con más bien de este reino que V.E., por su gran cristiandad y celo de la honra de Dios y de su Rey; que honra de nuestro Rey es que sus vasallos sean bien tratados y desagraviados, y más cuya conservación tanto le importa; V.E. tiene la noticia y la comprensión de las cosas de este reino que se puede desear; déjeles V.E. este beneficio hecho á los naturales dél, y ampare y defienda gente tan indefensa, y disponga V.E. este servicio personal, de suerte que no se deje de hacer nada en su favor de lo que se pudiere; que lo que saliere de esta coyuntura y punto será para no esperarle bueno jamás, y S.M. será muy servido con lo que V.E. hiciere, y este reino le quedará en perpetua obligación de memoria y reconocimiento por tan gran bien.

Este memorial dí al Señor D. Luis de Velasco, Virrey de estos reinos, y S.E. acudió con gran celo y cristiandad al remedio de muchas de las cosas que se notan en él, que lo pedían.—ALONSO MESSIA.

Para el Señor D. Rodrigo de Aguiar y Acuña, del Consejo del Rey, Nuestro Señor, y su oidor en el de Indias.

Pareceres de los Padres de la Compañía de Jesús de Potosí. 1610

Para pedir este parecer mandó el Señor Presidente y el Señor Oidor que en 8 de Marzo de 610 se juntasen en la casa del dicho Señor Presidente el Señor Corregidor Don Rafael Ortiz de Sotomayor y los Señores Oficiales Reales y los perlados de las Religiones y algunos letrados y otros cavalleros y azogueros y mineros deste pueblo y abiéndoseles a todos juntos dado a entender lo que el Señor Virrey, en nombre de Su Magestad, pedía y pretendía que es la resolución y parecer de las dudas arriba propuestas, se determinó que por ser el negocio tan grave se repartiesen por las Religiones y en cada una dellas los que estaban allí presentes y otros con el Señor Presidente y en cada parte destas se hiciese un parecer, de suerte que fuesen 5 ó 6 y todos se pusiesen por escrito para otra junta general y allí se confriesen y limasen y ansi se embiasen al Señor Virrey los que mejor pareciesen y con ellos determinase allá Su Excelencia lo que fuese servido.

Y el parecer que se dá del Colegio de la Compañía de Jesús desta villa y de los cavalleros y azogueros que allí se juntaron es el siguiente. Pero por ser esta cosa gravísima, ansi para el descargo de las conciencias de Su Magestad y de sus criados y executores deste serbicio personal y de los mineros y azogueros desta villa de Potosí, como para el bien de los indios y librallos de las injusticias y agrabios que hoy padecen y para que mejor se entienda el caso, el parecer y el remedio que en el se dá y propone será menester yr en su resolución con distinción de capítulos y números.

Capítulo 1º—De algunos notables fundamentos que es menester presuponer al principio desta materia los cuales se pondrán brevemente para su mayor inteligencia y claridad.

Lo primero, se presupone que el fin y blanco principal desta tan grave consulta es quietar conciencias, quitar pecados y escrúpulos y evitar injusticias y agrabios contra el próximo y el parecer que se diese ha de yr enderezado a este fin y blanco, quia hic est eis *fructus ut auferatur peccatum*, como dice Isaiás y asi el parecer que fuese más encaminado a quitar escrúpulos y quietar las conciencias de Su Magestad y del Señor Virrey y de los demás ministros que atienden a la egecución deste serbicio personal y a librar más a los yndios de las vejaciones y molestias que oy padecen (no obstante que tubiese algunas dificultades temporales o algunos mayores gastos) ese será mejor y más acertado, quia *primo loco quaerendum est regnum Dei*, como dijo Christo Nuestro Señor y en otra parte: *quid prodest* (1), de lo que se sigue

(1) Homini si mundum universum lucretur, animse vero suae detrimentum patiatur.

que atravesándose un pecado mortal y aun un venial o escrúpulo grave de conciencia de una parte y de la otra quantos trabajos corporales y bienes temporales ay o puede aver en el mundo, deven el Rey y sus ministros incurrir y meterse en todos los trabajos corporales y querer que se pierdan todos los bienes temporales a trueco de que con sus leyes, mandatos, modo de gobierno y execución del no se cometa un pecado mortal ó se incurra en algún escrúpulo grave de injusticia y agrabio contra el próximo e indio y este presupuesto es muy necesario para lo que adelante se dirá.

Lo segundo, se presupone que aquí no se trata ni se pide parecer sobre si se echarán los yndios a las minas de Potosí, porque este parecer le tomó el Señor Francisco de Toledo y sobre lo que en él dijeron algunos barones graves, santos y letrados, se retractaron a la hora de la muerte y en otros tiempos, por averles parecido cosa muy escrupulosa que a hombres libres, ynocentes, contra su voluntad y, en la execuciónón, con tantas injusticias y agrabios se ubiese forzado a venir a las minas de Potosí, ni tampoco se trata de aumentar esta mita ni de que vengan más indios, como se trató en unas consultas que ubo en Lima, en tiempo del Señor Don Luis de Velasco, a las quales respondieron todos los teólogos y letrados que se hallaron en ellas (y muy bien) que no se podía hacer en conciencia el añadir más número de indios a nuevos minerales y que así no se tratase dello jamás; pero aquí no se trata sino de que los que bienen a la mita de Potosí sean más relevados y sirvan a este cerro, (supuesto que el Rey quiere que sirban) con menos injusticias de parte del Rey y de sus ministros y con menos agrabios de parte de los mineros y con menos vejaciones que se les hagan a los indios y quizá se podría hallar traza y manera con que en algún modo se justificase más la injusticia que por ventura entonces se les hizo y con que cesasen muchos de los escrúpulos de si se les bá continuando el día de oy, que sería en parte gran remedio de la seguridad de la conciencia Real y de sus ministros, como lo diremos abajo en el N^o 23, que esto es lo que pretendemos en este parecer.

Lo tercero, se presupone que agora se tome este modo ú el otro de asentar las cosas de Potosí (que oy están tan desenquadradas y escrupulosas como todos savemos) qualquiera que se elixa ha de tener muchos yncombinientes y dificultades, porque solo Dios alcanza el gobernar sin ellos y la providencia humana no puede llegar a este punto. Adonde ella alcanza es a que se pesen los yncombinientes que ay de la una parte y de la otra y a poder escojer los menores que en eso está ser el gobierno prudente y acertado, como dice San Augustín, y lo confirma la experiencia y aun el Spiritu Santo añade en el Cap. 33 del Eclesiástico lo mesmo de las razones y congruencias que se pueden traer para qualquiera cosa que todas parece que tienen sus soluciones y réplicas: *sunt duo contra duo et unum contra unum*, para que se eche de ver que las razones que trajéremos para confirmar nuestro parecer tendrán algunas soluciones y las que se trajeren por la parte contraria también tendrán las suyas y la prudencia (que como dice Santo Thomas (2^a 2^a ae. q. 47 Art. 5^o y 6^o). consiste en tres cosas, en consultar bien, en juzgar bien y en executar bien) habrá aquí de exerritar sus actos. el consultar bien se ha echo, en aver comunicado este negocio con personas tan doctas, graves y experimentadas y que han dificultado tanto el caso y traído por ambas partes tantas y tan eficaces razones; pero agora queda a los ministros de Su Magestad y al Señor Virrey juzgar bien, como después les quedará el tercer acto de la prudencia que es executar bien la que se eligiere. Pero para el segundo acto del juzgar bien se advierte lo que dicen los Theólogos sobre

Santo Tomás (1^ª 2^ª ae. q. 19 Art. 6), que no es la más probable opinión aquella que tiene muchos autores o letrados por sí, sino la que tiene más fuertes y mejores razones, aunque aconteciese no tener más de muy pocos autores que la siguiesen o por ser nueva, muy sutil y delicada la razón y no averse los demás fundado en ella. todas estas notables y presupuestas son muy necesarios para la resolución acertada del caso y para lo que en el se deve decidir y escoger.

Capítulo 2^º—De los grandes y excesivos agravios que los yndios reciben en venir a la mita de Potosí como agora bienen.

El primero agravio, que es el esencial y sustancial y como alma del cuerpo de los demás, es hazer venir a unos hombres, libres, ynocentes y sin culpa, forzados, contra su voluntad y quitándoles la libertad que Dios les dió, a un trabajo tan grande y excesivo como la labor destas minas de Potosí, que están a 150 y a 200 estados devajo de tierra y este es un punto tan escrupuloso que muchos perlados eclesiásticos de religiones y hombres doctos y letrados de los que lo aconsejaron a D. Francisco de Toledo se retractaron y desdijeron después, diciendo que no avian sabido lo que avian aconsejado ni el parecer que avian dado le habían entendido bien y los que después an venido, theólogos, predicadores, letrados, confesores y hombres doctos, nunca an querido meterse en aprobarlo ni dar claramente en esto su parecer, ansi porque el Rey no se lo pide como porque si ellos le dijessen, ven que avia de ser sin fructo ni provecho, sino quizá con escándalo y rebolución del Reyno y ministros del Rey, ni aun Su Magestad del Rey Don Felipe II (que esté en el cielo) no se save que aya imbiado jamás aprobación expresa de lo que hizo Don Francisco de Toledo en el modo de entablar esta mita, sino que agora se continúa por una permisión tácita y unas Cédulas que indirectamente mandan que se cumplan las Ordenes de Don Francisco de Toledo. Y los letrados de España dizen que en lo que toca a esto los theólogos y letrados del Perú que tenían la cosa presente lo devieron de mirar bien y nunca se acaba de salir destes escrúpulos y si agora se dize que bienen una Cédula de Su Magestad en que manda que los yndios sirban en minas ni la emos visto ni savemos qué calidad y condiciones y escrúpulos trae. El segundo agravio que se les haze, dejado el de la libertad de que acabamos de dezir, es hazerles dexar sus casas, chácaras, estancias, crías de ganado, sementeras y al mejor tiempo dezirles a los yndios en sus pueblos: alto, que os cave la mita de Potosí, lo que sienten algunos yndios tanto que de buena gana, por redimir aquella vejación tan grande y no perder del todo sus haziendas, dan 300, 400 y aun 500 pesos a otro indio para que venga en su lugar, por lo qual se echa de ver el sentimiento que tienen en venir y las incomodidades que en esto padecen y lo que les importa el quedarse y, los que no tienen tanto cuidado con que poder rescatar esta vejación y les es forzoso el salir, salen perdiendo todo lo que arriva se dijo y más y es cosa lastimosa el verles despedir, al punto de la venida, de sus padres, ó a los maridos de sus mujeres y hijos (quando por algún caso los dejan allá y ellos no pueden venir) a los hermanos de sus hermanas, a los yernos de sus suegras y finalmente los parientes de su parentela, llorando y gritando los unos, lamentándose los otros, que parece día de juicio; al Corregidor con azotes y con atarles las manos, que quebraría los corazones de unos turcos, quanto más los de christianos el ver este espectáculo tan lastimoso y esto en cada pueblo y cada año muchas

veces, en lo qual parece moralmente imposible que deje de aver muchos pecados graves.

El tercero agravio, que tras la pérdida de libertad y de las haciendas y cosas que tenían en su pueblo y de la compañía de hijos, padres, mujeres y parientes, entra el hazerles venir de 180 y 160 y 150 ó menos leguas, según la distancia de sus pueblos, caminando por punas y despoblados con sus hijos de las manos, aunque sean chicuelos (en lo qual tardan 3 ó 4 meses) sin ninguna paga, sino a su costa bienen gastando el matalotaje que allegaron en mucho tiempo en sus pueblos y tierras, cargados sus carneros, de chuño, papas ó maiz para el camino y matando los carneros de la tierra que traen para comer en el. Que aviendo gastado 4 meses en el camino y 4 en la labor del cerro, quando llegan acá, porque lo demás del año no se lo pagan y 4 en volver a su tierra, por un año les dan 40 pesos que son los que les pagan los mineros por los 4 meses que sirvieron en el cerro y, para ganar estos 40 pesos, largamente abrán ellos gastado y perdido de la comodidad y haciendas que tenían en sus casas y pueblos más de 100 ó 200 pesos y si a esto se opone que ya está mandado pagarles esta venida, respondo que qué importa, si está apelado por los mineros deste mandato y se quedó assi y se quedará toda la vida.

El cuarto agravio, gravísimo, es que andan siempre con un continuo y perpetuo movimiento, yendo, viniendo, tornando. De lo que se sigue el no crecer los yndios, el no multiplicar, el morirse las criaturas, porque nacen en esas punas, caminos y despoblados sin abrigo ni alvergue ninguno y al morirseles los chiquillos que sacaron de su tierra quando venían u de Potosí quando tornaban y el darles enfermedades a los padres o madres en esas punas donde no ay más abrigo que dormir devajo de la capa del cielo ni más ospital y medicinas que un yermo desamparado de todo refrigerio humano, frío, lleno de vientos y torbellinos, aguas y granizos.

El quinto daño: que muchos indios que enferman en los caminos, a la yda o a la buelta, por ser tan largos, se mueren en esas punas ó despoblados sin confesión, sin Sacramentos ni sin los sufragios de la Iglesia y las viudas, quando van a sus pueblos o bienen a Potosí, como ay una Orden de Don Francisco de Toledo que la viuda que dijese que murió su marido traiga testimonio del cura que le enterró y que asi no le pidan la tasa, como no ay allí cura que dé el tal testimonio, no le vale con los caciques decir que se murió su marido y assi la cobran della sin réplica ni remedio por muchos años.

El sexto daño y agravio: que con este modo de yr y venir las veces que les cabe la mita a los indios no se les deja que tengan haciendas, chacaras fixas ni crianzas de ganados ni otros bienes raices ni establen, más de los que tienen en sus casas, que es cosa miserable y desventurada que aya una república y Reino de tanta gente que los moradores y abitadores del (no extranjeros sino naturales del propio Reyno) que ayan de andar siempre como gitanos con el hato y ajuar a cuestras y esto lo tengan trazado las leyes y el gobierno, de manera que no pueda ser de otra sino desta manera; cosa lastimosa y digna de remedio.

El séptimo daño que se sigue deste modo de yr y venir cada año 12,500 indios a la mita y servicio de Potosí es que forzosamente cada año bienen muchos indios nuebos que llamamos acá *mozorunas* que quiere decir hombre nuevo, que es como soldado visono; estos quando llegan a Potosí con el horror y espanto que trajeron de la plática que avían tenido con los demás no osan subir por sus personas al cerro, en un mes o dos ó mas tiempo, según el valor de los carneros ó chuño ó maiz que trajeron, porque todo esto lo ben-

den para dar 7 pesos y medio cada semana a otro yndio que sube y trabaja por ellos y quando ya no tienen que vender ni plata con que alquilar otro, suben ellos como se hallan forzados y como son nuevos trabajan con riesgo suyo y assi quando algunos se descalabran, perniquebran o matan en las minas, son de ordinario estos **mozorunas** (y quando nada desto suceda, lo que es cierto es que trabajan menos y hazen poco como soldados visosños y de aquí resulta que los mineros los azotan, los aporrean y maltratan, los alquilan y asientan por 5 días de trabajo ó 3 ó 3 y medio y ellos, visto el mal tratamiento, se huyen y dexan la mita desamparada y fuerzan al indio cacique las Justicias y los mineros a que mingue otro indio en lugar del que se huyó.

El octavo daño y agravio, que es intolerable y el que parece que no se puede sufrir, es el de los **mingas**, que es alquilar otros indios por los ausentes que no an venido de sus pueblos o que se an huído por el mal tratamiento ó por lo que ellos han querido, y agora 4 ó 5 años se hizo muy exacta averiguación de quantos eran estos yndios que se mingavan cada lunes para servir por toda la semana y se halló que las mitas estaban entonces más faltas y que se mingavan 1,200 indios, que a 9 pesos cada uno como entonces se mingavan, son 10,800 pesos cada semana, que multiplicados por 50 semanas son 540,000 pesos cada año. Esos sacavan los indios y caciques de su bolsa cada año para sustentar la minga de los ausentes y de los que por **mozorunas** y por no querer subir al cerro faltavan en él. Y aunque agora, por la diligencia de los Corregidores está más enterada la mita y ay menos **mingas** y se les a vajado el jornal por el Corregidor D. Rafael Ortiz a 7 y medio pesos cada semana, todavía se mingan de 600 a 700 indios cada semana, que bendrán a ser más de 230,000 pesos cada año y aunque destes **mingas** ay muchos que mingan voluntariamente, porque les está mejor o sienten mayor ganancia en otros oficios que ellos tienen, pero con todo eso los involuntarios y ausentes son muchos, de los quales se puede tener mucho escrúpulo porque puede aver muchas causas justas por las quales no devan mingar a su costa y es hacerles notable agravio el llevarles tanta hacienda sin deverla, y todo este agravio de **mingas** resulta del venir la mita a Potosí como agora viene y resultará siempre, aunque se reduzcan a sus pueblos, porque nunca las mitas bendrán enteras o si biniessen alguna vez no dejarán de huirse los **mozorunas** u otros como agora se huyen.

El noveno daño notable que de venir a estas mitas como bienen agora se sigue, es la universal destrucción y despoblación del Reino y de los pueblos sujetos a esta mita porque para quien lo a visto no es menester decir más desto (que cierto es cosa lastimosa). El día del Corpus Christi del año de 606 en un pueblo de 800 indios de tasa se hallaron solamente 14 indios varones en la Iglesia y en algunos pueblos ya no ay gente y se an quedado todos por acá o en los guaicos y quebradas, huyendo de sus reducciones y es cierto que aunque se buelvan a reducir a sus pueblos de manera que estas reducciones se hiciesen al pensamiento y como se pudiesen pintar y ymaginar, dentro de 3 a 4 años quando mucho estarían tan desechas como oy están, quedando en pie la saca cada año de las mitas de Potosí.

El décimo daño que destas despoblaciones del Reino y de los pueblos del resulta es, que ya que queden algunos yndios en los pueblos ó reducciones, sobre 300 ó 400 indios que quedan allá y sobre 100 ó 150 que bienen a la mita de Potosí, ban cargando todos los servicios y tasas que estaban repartidos sobre 1,000 indios de tasa que *verbi gratia*, avía en el pueblo y aunque algunos están en guaicos y quebradas y pagan mucho más de lo que

deven a los caciques porque los dejen estar allí, pero esto que cobran de más los caciques se quedan con ello, como no se puede saber lo que cobraron ni de quien cobraron y assi reparten la tasa por entero entre los presentes del pueblo y los que están en la mita de Potosí, cargádoles más de lo que deven en justicia que es un agravio muy grave. (f. 169).

El undécimo daño que destas depoblaciones resulta es el no haver servicio en los tambos y caminos reales y el que ay es de mugeres, efecto pretendido por el demonio, pues con esto tienen ocasión tan próxima los pasajeros y soldados para hazer tantos pecados y ansi los tambos públicos se an vuelto casas públicas, cosa lastimosa y indigna de que se sufra entre christianos.

El duodécimo daño que resulta del venir a estas mitas como bienen agora es que, no estando aquí las mitas enteras como no lo están nunca, aunque se haga la reducción de los pueblos como la quisieren pintar los caciques que aquí están, no pueden enterar el número de los indios que cada semana están obligados a dar y byendo esto el Corregidor de Potosí despacha jueces españoles para que vayan a los pueblos y hagan a los caciques que allá están que enteren los indios que faltan y estos jueces ban con 4 pesos ensayados de salario cada día y los caciques que están en los pueblos ó dan por excusa que no tienen indios o que ya los tienen enterados y están acá en Potosí y el juez cobra 300 ó 400 pesos de salarios (porque en esto ni a de aver réplica ni falta ni dilación); para sacallos echa derramas el cacique entre la viuda vieja, donzella, huérfana, quitando sus carnerillos a la pobre yel juez se buelve sin indios con su salario cobrado y la falta por remediar, por lo cual se halla obligado el Corregidor a bolver a imbiar otro juez que haze lo mismo. Y esto es cosa lastimosa y que no cesará tampoco, aunque se reduzcan los pueblos de allá avajo, porque siempre estarán faltas las mitas y si estos jueces que ban de Potosí traen algunos indios son los aguatiros y pastores que guardavan los ganados en las estancias de españoles y los dejan desamparados con grave daño de la República. Y si sacan algunos indios de los pueblos, como ellos ban a otros, los embian con algunos caciques o ylacatas y se buelven del camino con lo que se quedan las cosas como de antes estavan sin remedio y aun peor.

El décimo tercer daño que si las mitas de Potosí las tienen enteradas algunas provincias o pueblos, el Cacique ó Capitán que está aquí hurta algunos indios o para sus granjerías o para benderlos a españoles como se vee claro, porque aun de las partes que él save que no faltan indios mingan los caciques, como no se puede saver ni averiguar que están enteradas las mitas y assi los esconden y dizen que no tienen aquí todos los indios.

El décimo cuarto daño y agravio que de la falta destas mitas resulta a los indios que están aquí, que no teniendo obligación de travaxar más que 4 meses en todo el año, conforme a las Ordenanzas de D. Francisco de Toledo, como están faltas las mitas los caciques les hazen travaxar 6, 8, 10 y aun 12 meses porque no tienen otros con que enterar ni plata con que mingar otros.

Décimo quinto daño y agravio: que no estando los pueblos reducidos ni con los indios que les dejó D. Francisco de Toledo, quando ordenó que a cada indio le cupiese venir un año a Potosí, de 7 a 7 años, agora los nombran de 2 á 2, de 3 á 3 años, como lo a averiguado y visto el Sr. D. Francisco de Alfaro, Oidor de la Real Audiencia de los Charcas, que salió a visitar la Provincia y muchos dellos como ven que les cave tan a menudo se

quieren más quedar de propósito aquí en Potosí o en algunos guacicos y quebradas aquí cerca, que no bolver y andar yendo y viniendo.

Décimo sexto daño: que de 100 indios que bienen a Potosí no buelven a su pueblo los 40 y essos que vuelven, aun no an ilegado, quando el curaca los ymbía a servir al tambo, al trato y contrato del cura, al trajín del Corregidor y al fin tienen una vida lastimosísima y aperreada, sin dejarles descansar ni atender a sus haciendas.

Décimo séptimo daño: que los indios ni acá ni en sus pueblos tienen doctrinas ni enseñanza de propósito, porque siempre andan vagando como gitanos en España, porque en Potosí están de paso, en sus pueblos con poco asiento y sus curas acá ni allá *non cognosciunt*, como dice Christo Nuestro Señor *vultum pecoris sui*, de lo que se sigue que andan como oveja sin pastor y aunque no sea otro tiempo sino el que gastan en yr y venir y este tiempo están sin misa, si caen enfermos o mueren no tienen Sacramentos, carecen de los sufragios de la Iglesia, de sepultura en sagrado, de medicinas y remedios espirituales y temporales.

Capítulo 3º.—De un remedio que se puede poner a todos estos agravios y daños.

Estos diez y siete daños y agravios notables se siguen todos juntos del modo de gobierno y que agora ay en el venir a las mitas de Potosí de la manera que vienen oy y an venido hasta aquí, sin otros innumerables menos principales de que no se haze quenta y porque estos son tan grandes y tan continuos y ordinarios y las injusticias que dellos salen son tan graves no solamente podemos decir que *clamor indorum venit ad Deum*, sino que ya los oídos de Su Magestad y de su real Consejo y del Señor Virrey los an oído y tratan y quieren poner los remedios y preguntan cuál será. A lo qual responden en suma muchos hombres graves y doctos y perlados de relijiones y otros cavalleros con quien se a consultado este caso en Potosí, que el remedio eficaz destos agravios y daños es hazer con grande rigor que se buelvan a entablar las reducciones y a poblar los pueblos del Reyno, sobre que están cargadas estas mitas que bienen a Potosí, porque estando ellos enteros y con todos sus indios será fácil el venir las mitas y no caverle a un indio el venir más que de 7 a 7 años, como lo ordenó D. Francisco de Toledo y no habrá *mingas* estando las mitas enteras y que con esto no se trate de ninguna manera de traer aquí los indios del servicio de Potosí ni despoblados 4, 6 y 8 leguas alrededor, como algunos les a parecido porque esto tiene notables inconvenientes — el primero, que *ab antiquo jure* (según la regla del derecho) *non est recedendum sine evidenti utilitate* y que, entablar agora otro modo de gobierno del que entabló D. Francisco de Toledo, ni tiene utilidad evidente ni se save como saldrá y que el otro está ya aprobado y a salido bien y que así se conserve.

El segundo inconveniente: para poblar estos indios del servicio de Potosí en 6, u 8 ó 10 leguas al rededor, no hay tierras suficientes, donde 2 ó 3 mitas grandes (que serán 25 ó 37,000 indios) tengan comodidad bastante para sus sementeras y pastos de ganados.

Tercero inconveniente: que desta manera parece que se despoblará el Reino, porque sacar 25 o 37,000 indios (que son 2 ó 3 mitas grandes) de los pueblos de una vez sería destruir el Reino y despoblalle de todo punto.

Cuarto inconveniente: que el Rey avía de gastar mucho en esto y que no es necesario, porque también es razón mirar esto y no hazer gastar en iglesias, ornamentos, campanas, comprar tierras y chacras de españoles lo que no es de evidente utilidad.

Quinto inconveniente: que este remedio de poblar aquí cerca el servicio de 2 ó 3 mitas grandes de Potosí viene tarde, porque ya Potosí se acaba y, para lo que a de durar, estése como se está y no se hagan nuevos gastos ni se revuelvan las cosas.

Sexto inconveniente: que los mejores testigos de que no conviene poblar las mitas de Potosí cerca del son 4 vecinos pueblos que están aquí cerca: Chaqui, 4 leguas, Puna 9, Cayca 8, Toropalca 11, Tinquipaya 7 ú 8 y estos son los pueblos más destruidos de quantos ay y más desechas las poblaciones y ansi lo serían las demás si se poblasen aquí cerca.

Séptimo inconveniente es que poblando aquí cerca de Potosí el servicio de 2 ó 3 mitas grandes se desharia el comercio que tiene Potosí en las Provincias de indios comarcanas porque, haviéndose de quedar aquellos en sus pueblos y estos poblados en estos aquí cerca de Potosí, no traerían aquí tantas comidas como traen tantas ovejas y carneros de la tierra, tantos patos y otras cosas de carne y sustento y tampoco entrarían aquí tantos carneros de la tierra para el trajín y acarreto de las cosas necesarias en un pueblo tan grande y que en él no se da ni aun ichu sino que todo es menester que le venga de fuera.

Octavo inconveniente: que en los pueblos que se poblaren aquí cerca querrían vivir luego muchos españoles y ocuparían los indios para que no pudiesen acudir a sus mitas de Potosí.

Noveno inconveniente: que para hazer los indios sus casas en estos pueblos y sus iglesias se avía de desentablar la mita de Potosí por un año, para desocupar los intos que lo avían de hazer.

Décimo inconveniente: que si se uviesen de reducir a estos pueblos circunvecinos faltarían indios en Potosí que se mingasen y reparasen y trajinasen y se alquilasen para obras y edificios.

Undécimo inconveniente: que aunque cesasen todos estos inconvenientes que parece que son temporales, por solos los dos inconvenientes de la conciencia no se puede tratar de poblar este servicio de las 2 ó 3 mitas cerca de Potosí, porque el servicio deste cerro lo cargó D. Francisco de Toledo sobre 83,000 indios tributarios que halló en los pueblos adonde mandó que biniesen a estas mitas, ¿pues qué conciencia puede aver que justifique que lo que está cargado sobre 83,000 indios se cargue agora sobre 25,000 que son dos mitas grandes ó 37,000 que serán tres? y que, caviéndole a un indio trabajar según la repartición de D. Francisco de Toledo un año en 7 y en ese año 4 meses, agora se le quieren cargar que trabaje en 2 años 4 meses ó quando mucho en 3 años 4 meses, lo qual parece llana injusticia.

Duodécimo inconveniente de conciencia también, porque traer estos indios y poblarlos aquí cerca de Potosí y adjudicallos al servicio de las minas parece que es hacellos esclavos perpetuos y que no falta más de que hagan scriptura de esclavitud perpetua, de que unos hombres libres estén condenados perpetuamente a las minas, que los tiranos antiguamente para dar un martirio cruel y prolongado condenavan a los mártires a las minas y adjudicar unos hombres libres perpetuamente a la labor destas minas parece notabilísima y clarísima injusticia y esto se descubre más quando se haze la cuenta de lo que tienen obligación de servir conforme al repartimiento de D. Francisco de Toledo, porque querellos agora cargar más (si aún aquello se

haze con escrúpulo) quanto mayor lo será el adjudicallos perpetuamente a las minas y, para que esto se vea mejor, de 18 años tiene un indio obligación de entrar a la tasa y consequentemente está sujeto al nombramiento de las minas de Potosí y de 50 sale de ambas obligaciones y este indio a de venir, según la Ordenanza de D. Francisco de Toledo, de 7 a 7 años a Potosí, que en 32 años le caven quando mucho 5 años, pues ¿quién puede aconsejar que por 5 años de servicio se les obligue a que estén toda la vida adjudicados a las minas? parece injusticia clara y agravio manifiesto y por estas razones se da el parecer puesto en el N^o 11 de que se haga la reducción general a sus pueblos y vengan las mitas de la manera que an venido hasta aquí.

Capítulo 4^o—De otro modo con que parece que se podían entablar y perpetuar estas minas y servicio de Potosí con mucha mayor seguridad de conciencia y sin tantos escrúpulos, antes quitados muchos de los que asta aquí a avido y agora ay y este es el parecer de los que aquí firmamos.

Ninguno puede negar que en el venir las mitas a Potosí como lo entabló y mandó D. Francisco de Toledo a tenido el Rey y su Real Consejo de las Indias muchos escrúpulos y el que tienen sus Virreyes le deponen con que el Rey y Consejo les manda gobernar por las Ordenanzas de D. Francisco de Toledo y de que este medio de mita tenga escrúpulo y aun escrúpulos y muchos, traslado al haverse retractado el Arzobispo de Lima, D. Jerónimo de Loayza a la ora de la muerte, quando se veen las cosas más claramente, el P. Fray Juan del Campo y otros grandes letrados que dieron parecer a D. Francisco de que se hiziese y después dixerón, en su vida, que no savían lo que avían firmado, por quanto fueron considerando mejor los agravios de los indios obligados a esta mita y la experiencia fué mostrando las grandes injusticias que se seguían a los que a ella venían y evidente prueba es de que ay escrúpulo, pues que tan graves theólogos y letrados de este Reyno que juntó Don Luis de Velasco en Lima, por orden de Su Magestad a ver si se podían dar algunos indios a nuevos minerales que se descubrían en este Reyno, todos unánimes y conformes sin discrepar ninguno, respondieron que no, ni por pienso ni se tratase jamás dello; luego si no hubiera escrúpulo en lo que se hizo al principio (que no se agravaran antes se aligeraran las circunstancias) lícito fuera agora aconsejar que se hiziera también y no vale nada la razón de que el Rey puede lícitamente cargar con tributos de servicio personal a sus súbditos, como se haze en Italia, en Francia y en España se quintan los hombres para la guerra & porque estos servicios son por tiempo limitado, quando sucede alguna grave necesidad & y para defender su propia tierra, a lo qual están los hombres obligados de derecho natural, como partes al todo y porque ellos no acuden a esta obligación es bien que aya superior que los compela a que acudan en este particular a esta obligación. Pero ¿quién dirá que los indios tienen obligación natural de trabajar en las minas para sacar plata para todo el mundo &? y asi echar pecho ordinario para toda la vida y este servicio y trabajo personal sobre hombres libres no se save que en ninguna parte del mundo se haga y aquí no lo condenamos claramente, pero lo que queremos provar es que tiene escrúpulo y allá, a quien pertenece, lo verá y si algunos theólogos uvieren que claramente justifiquen las mitas, como las puso, ordenó y enta-

bló D. Francisco de Toledo, a lo menos no es de creer que abrá ninguno que no tenga muy grandes escrúpulos de aconsejar que se continúen con los agravios y ynjusticias que oy se hacen (de que dará cuenta a Dios quien puede y deve remediarlo y no lo remedia) y no ay duda sino que quien diera traza de que continuándose la lavor del cerro de Potosí se continúe sin agravios, ynjusticias, fuerzas de indios ni estos escrúpulos, o a lo menos con menos, que este parece que dará mejor parecer y assí es el nuestro de que para que el Rey, el Consejo, los Señores Virreyes y sus Ministros no tengan tantos escrúpulos ni los indios recivan tantos agravios se pueble el servicio de Potosí de dos o tres mitas: estas 2 ó 3 mitas, grandes, aquí cerca de una vez, pero porque esto se puede hacer de una de dos maneras, los distinguiremos aquí para que se entienda la que es mala y no se deve seguir y la que es buena y se deve abrazar. El poblar en Potosí ó cerca lo primero lo puede hacer el Virrey, diciendo que conviene esto y que para ello se tomen 25 ó 37 mil indios de los repartimientos y pueblos de donde bienen las mitas oy y que para esto se quiten ó se fuerzen a los que les cayere y, quieran o no quieran, se haga esta población, porque así conviene & y desta manera somos de parecer que de ninguna manera se haga ni se trate della, porque aunque esto fuera menor pecado que no hazerlos venir como bienen agora ynvoluntarios y forzados y a los indios se les siguieran menos daños y agravios de aquellos 17 que pusimos en el Capítulo 3º, como constará discurriendo por cada uno dellos, pero no es lícito de ninguna manera como prueban bien los theólogos a uno que está determinado a hazer un pecado maior aconsejarle que haga otro menor, como consta de la Divina Scriptura, donde todos condenan a Loth y, si alguien le excusa como Santo Thomás y Cayetano, el uno es por ignorancia y el otro por inadvertencia y turbación repentina y ofrecimiento de materia de menor daño, pero de suyo todos lo condenan a pecado mortal, al aconsejar que se haga un pecado mortal menor por evitar otro mayor, como todos condenan al patriarca Judá, quando (Gen. 37) aconsejó a sus hermanos que no matasen a su hermano José sino que le vendiesen a los ismaelitas & así acá, aunque los daños que reciben los indios del modo de las mitas que agora están entabladas son mayores, pero no nos atrevemos a aconsejar que se traigan y pueblen aquí los indios contra su voluntad, aunque los daños e inconvenientes que desto resultarían serían menores. Lo que se dá por parecer es que a los indios se les tome su parecer y con su voluntad y libre consentimiento queriéndose quedar aquí y poblarse aquí en Potosí, 4 ó 6 ó 8 leguas alrededor, se queden y se hagan estas poblaciones y reducciones aquí cerca y se entablen aquí dos o tres mitas grandes, como luego diremos y al inconveniente que luese se ofrece de que si a de ser con su voluntad no se querrá quedar nadie y así es frustráneo y en el aire este medio, se responden dos cosas: La primera que ay aquí en Potosí indios tan diestros y que hallan tanto interés en labrar las minas y están tan aquerenciados a la lavor deste cerro que ya ellos con el uso no sienten travajo y, si lo sienten, el interés y ganancia tan grande que tienen (ganando 18 y 20 pesos cada semana) vence qualquiera dificultad y están tan aficionados y habituados y fáciles en este travajo que a palos no los echarán de aquí y así se vé y experimenta que ay muchísimos indios que voluntariamente trabajan todo el año y aun muchos años. La segunda cosa que se dice es, que a los demás indios que no están tan diestros y aficionados a Potosí se les hagan tantas y tales comodidades que ellas mismas les obliguen y les conviden a quedarse voluntariamente y, a que, dándoles escoger a cada uno que libre y voluntariamente diga qual quiere más, volverse a su pueblo donde a de te-

ner servicio de tambo, traxin de soldado, ropa del Corregidor, trato y contrato del cura, servicio de ciudad, tasa del encomendero sin otras muchas cargas de llamamiches y pastores de ganados y vejaciones de Curacas, pero al fin a de vivir allí libre ya de las obligaciones de la mita de Potosí ó quedarse aquí poblado en Potosí o en los pueblos alrededor del por yanacona del cerro con tales y tales comodidades, que serán cinco: La primera, que para él ya no ay trajin ni servicio de tambos ni ser mitayo de ciudad ni a de haver Corregidor que le haga hacer ropa ni cura que le ocupe en sus grangerías, si no de 3 á 3 años (si se pusiesen aquí tres mitas grandes) ó si se pusieran dos, servir de 2 á 2 años, cuatro meses en el cerro de Potosí; de manera que en 3 años, cuatro meses en el cerro ó en 2 años cuatro meses, y 2 años y ocho meses ó 1 año y ocho meses a de hazer lo que él quisiere, ser carvonero, carnicero, maderero o chacarero o estarse en su casa con sus hijos y mujer, al fin que por fuerza no le apremiarán a nada y si le apremiaren a algo será porque no se esté holgando, como lícitamente lo pueden hazer y hazen las repúblicas para evitar la ociosidad de sus vecinos, compelerlos a algunos servicios moderados por poco tiempo y por buena paga.

La segunda comodidad es que por el tiempo de los cuatro meses que travajare en el cerro no pagará ninguna tasa. La tercera comodidad, que por el tiempo que no se ocupa en el cerro que son 2 años y 8 meses, si se ponen tres mitas ó 1 año y 8 meses, si se pusieren dos mitas, no pagará más de la mitad de la tasa que antes pagava, de manera que si antes pagava 20 pesos de tasa, quedándose aquí de su voluntad, no pagará más de 10 y al respecto dello, más ó menos que agora pagan.

La cuarta comodidad que la ropa de tasa, maiz y chuño que el Rey tiene en los repartimientos y corregimientos desta Provincia, se la dará Su Magestad al precio que se a vendido 3 ó 4 años atrás en las almonedas del Rey, en lo que no pierde Su Magestad ni un real y ganarán muchísimos ducados los indios que se quedasen aquí en Potosí y así les será esta grandísima comodidad.

Lo quinto les podrían hazer otras comodidades de privilegio o exenciones que los Señores Virreyes, informados de las justicias de acá o de la Audiencia juzguen que les serían de alguna consideración y de algún gusto y que les pusiesen algún apetito para escoger voluntariamente el quedarse, sirviendo a este cerro, como sería que por ningún delito los pudiesen trasquilar, lo que ellos estiman en mucho u otros semejantes privilegios. Y descendiendo al modo particular de cómo esto se avía de hazer, parece que agora bienen aquí cada año, de la mita grande que llamamos, 12,500 indios, avia-se de poblar aquí tres mitas grandes que son 37,500 indios y assi les cabría a cada indio el travajiar 4 meses en el cerro en 3 años que no es mucho trabajo y es menor sin comparación que el que tienen agora, que travajan 4 meses en un año de obligación y quando se an acabado, el cacique, porque no a venido la otra mita, les haze travajiar otros 2 ó 3 meses y luego, por el que se huyó, otro mes y luego, por no sé qué lo demás del año y algunos comienzan el segundo, porque el cacique no tiene con quien suplir ni plata con qué mingar y esto pasa asi puntualmente no en pocos sino en muchísimos indios y casi con los más, lo qual es notabilísimo agravio y daño que se les hace y lo peor es que esto no tiene ni tendrá jamás remedio, aunque se pueblen los pueblos avajo, si an de venir las mitas de fuera, porque jamás estarán tan cumplidos que no sea necesario hazer esto muchísimas veces, aunque confesamos que sería entonces menos y si pareciesen muchos

37,500 indios, así para la despoblación de los pueblos de avajo como porque no cabrían en las tierras que ay alrededor de Potosí se podían tomar 25,000, que son dos mitas grandes y les cabría en 2 años 4 meses, aunque parece poco descanso pero es más que el que agora tienen sin comparación y declarándoselo bien y siendo voluntario no parece que ay que tener tanto escrúpulo pues es contrato **ultra citroque** libre y voluntario y escogido por ellos, **scientes et prudentes**, a quienes no se haze injuria, aunque parece que forzándole a uno que escoja una de dos, lo que escogiese no le es tan libre, pero al fin estaráles esto mucho mejor sin comparación.

Capítulo 5º—Del inconveniente que esto tiene grandísimo que es perder el Rey tanta cantidad de renta de las tasas en cada un año y perder otro tanto los encomenderos y del remedio que esto tiene.

A esto se responde, lo primero, que por el bien espiritual y quietud de conciencia y librarse de muchos escrúpulos Su Magestad, con el quedarse aquí los indios libre y voluntariamente (con lo qual no avía que tener ya tantos temores en la labor de Potosí), no era mucho que Su Magestad perdiera 70 ó 80 pesos de renta que le podían rentar estos 4 meses que se quitan a los indios de tasa, conforme a la comodidad 2ª del Nº 17 y la mitad de la tasa que se les quita allí en la comodidad 3ª y la tasa que pierden los encomenderos, podíasela el Rey recompensar en tributos vacos, pero si el Rey y sus Ministros no quieren este medio, algunos an propuesto otro y no parece muy justificado, aunque mirándolo más despacio, el Señor Virrey, los theólogos y letrados y Oidores de Lima podría ser que lo hallasen no con tanto rigor y es que, pues los indios que quedan en sus pueblos antiguos quedan ya sin esta carga de venir a Potosí con tantos gastos de carneros, de pérdidas de chacaras y bienes temporales, a estos se les dijese que pues los relevan de tantos gastos, a de ser con condición que paguen un tercio más de tasa ó un tanto más, tal qual, bastase a enchir la tasa como antes estaba, para que con lo que dan allá de más se supliere lo que dan aquí de menos y se igualase como antes estava, sin pérdida del Rey y de los encomenderos, pero el tercero medio podría ser el que más quadrase y es que si se poblasen aquí 25,000 indios voluntarios los 10,000 v. gr., poco más o menos, serán tributarios del Rey y los 15,000 de encomenderos, todos estos 25,000 voluntarios y que se adjudican ellos al servicio de Potosí havían de ser tributarios del Rey y la rebaja que se haría en los 10,000 que antes tenía el Rey, se supliera y aun sobrara con lo que le an de dar los 15,000 que entran en su corona de nuevo, de manera que ya aquí el Rey no solamente no pierde poco, aun gana y aumenta de su renta y al respecto, mesmo avía de ser si se pusiesen 37,500 indios (que son las tres mitas grandes) y a los encomenderos (que digamos v. gr., que cada uno pierde 1,000 pesos de renta, poco más o menos), por aquellos indios que se le quitan de sus pueblos para traerlos aquí a Potosí les diga el Rey y el Virrey, en su nombre: por eso que se os quita os doy la encomienda por una vida más, de manera que el que la tiene encomendada por una vida la tendrá por dos y el que agora la tiene por dos vidas la tendrá por tres, en lo qual no pierde el Rey nada y los encomenderos ganarán mucho y se holgarán notablemente y a los indios se les hazen aquellas dos comodidades tan grandes y, preguntados algunos caciques y Capitanes de Potosí algo en razón desto, dicen que les estaría maravillosamen-

te. Y viniendo al modo material que esta reducción del servicio de Potosí aquí ó aquí cerca avía de tener no es propio desta dificultad y duda que se pregunta, aunque en dos palabras se podía decir lo que muchos hombres graves y experimentados an dicho: que la mita de estos indios se avía de reducir y poblar dentro de Potosí, donde tienen ya hechas 14 parroquias y muy bien adornadas, donde ay ornamentos, campanas, tienen ya sus curas, con gruescs sínodos, tienen su ospital, médicos, cirujamos y medicinas, tienen sus casas hechas y aquí cerca se les podía dar algún modo de chacarillas, aunque la mejor chácara para los que viven aquí es el cerro, ingenios, trajines, en lo qual ganan mucha plata y con esta hallan en la plaza todo lo que an menester y en lo de las poblaciones que se avían de hazer cerca de Potosí diremos avajo N^o 25 quando respondamos al segundo inconveniente puesto en el N^o 12.

Capítulo 6^o (2).—De las grandes utilidades que poblar aquí ó aquí cerca el servicio de las mitas de Potosí tendría. N^o 21.

Las utilidades que de poblar estas mitas de Potosí, en él ó aquí cerca, son muchas y todas se pueden reducir a dos cavezas: la 1^a es de los vienes temporales y la 2^a de los vienes espirituales, que son los que se pretenden principalmente en este parecer y, comenzando por la primera cabeza de los bienes temporales, son muchísimos: 1^o cesará el segundo agravio de la pérdida de las chácaras, haciendas, &. Cesará el 3^o agravio de hacerles venir de 180 y 160 y menos leguas... cesará el 4^o agravio de muertes por los caminos... cesará el 5^o daño... que es no dejarles tener buenas haciendas ni ser ricos... Cesará el 7^o daño de los *mozorunas*... Cesará el agravio grande de los *mingas*... porque no abrá ausentes ni heridos... Cesará el 9^o daño de la destrucción del Reyno y la despoblación & Cesará el 10^o daño de no estar tan cargados las partes y el 11^o de haber hombres que sirvan en los tambos y caminos... Cesará el 12^o agravio de los juezes, porque estando acá poblados las dos o tres mitas, como se a dicho, no abrá que ir allá por ellos. Cesará el agravio 13^o... porque no podría decir el cacique que no tiene enterada la mita, aunque la tenga como agora sucede... Cesará el 14^o y el 15^o y el 16^o daño o agravio, como consta que se siguen, y a Potosí se le seguiría la grandísima comodidad, de estorvar que en Oruro (que son las minas que agora se an descubierto) a la ida y a la vuelta no le detuviesen los indios... y si alguno dijere que ni cesarán estos agravios ni dejarán de resultarles a los indios otros mayores, si se poblasen aquí, a esto se responde que más puesto en razón y cierto es decir, que cesarán, pues se pone medio eficaz para que cesen y se quita la causa única de donde ellos nacen... Pero no es esto lo más principal desta traza de entablar y poblar a Potosí de una vez el que cesen todos estos agravios... sino que cesen los (daños) espirituales de conciencia y quitar escrúpulos de la del Rey, Consejo, Virrey y Ministros de Su Magestad... y lo que parece muy cierto es que con las circunstancias que oy se hace... ya que se justificase el modo con que la entabló D. Francisco de Toledo, no parece que abrá theólogo que se atreva a justificarla, sino que carga gravemente sobre quien puede y deve remediarlo y no lo remedia el voluntario indirecto que pone Santo Thomas

(2) Desde aquí se resume la materia del capítulo.

(1^o 2^o q. 6^o) y con él todos los theólogos y si con quedarse aquí, los indios de su voluntad se justifica todo esto, en gran parte y se quitan muchísimos escrúpulos ¿qué hombre abrá, theólogo o no theólogo, que se atreva a no sentir que es mejor que se queden aquí?... y es de desear que no venga algún tiempo en que a los que contravinieron a que estas mitas e yndios no sirvan libre y voluntariamente este cerro, no se les pueda decir: *merito haec patimur quia peccavimus in fratrem nostrum &*.

Capítulo 7^o—En que se responde a las dificultades e inconvenientes que se pusieron a este modo de entablar la mita de Potosí de una vez en el Capítulo 3^o.

Lo primero, antes de responder aquellas 12 dificultades e inconvenientes se nota lo que se dijo en el Capítulo 3^o, que cualquier medio que se tome, ora sea aquel ora sea este, a de tener dificultades e inconvenientes y que las que en aquel Capítulo se oponen no quedarán tan llanas con la solución que aquí se les dará que no tengan sus réplicas y entre tantas dificultades como quedarán en pie de una parte y de otra, abrá de entrar la determinación del señor Visorrey con el acto de la prudencia que es el juzgar, como dijimos, quales dificultades son las menores para romper con ellas y executar lo que tiene menos inconvenientes y, lo segundo, se presupone lo que se dijo en el Capítulo 1^o que los mayores inconvenientes son los del alma, de la conciencia y remordimiento della... Al 1^o inconveniente que se pone en el N^o 12 se responde que *ab antiquo jure non est recedendum sine evidente utilitate* y aquí evidente utilidad ay, pues el asegurar las conciencias del Rey y de sus Ministros con la libertad de los indios... no por evidente sino por casi evidentísima utilidad se deve tener... Al 2^o inconveniente se responde que 10 ó 12 leguas alrededor de Potosí (porque no se deven alejar más estas poblaciones) con lo qual cesan los temores vanos de que si estuviesen cerca de los indios de guerra se yrían estos indios allá, lo qual no es probable, aunque lo estuvieran, porque agora están muy cerca algunos pueblos y no se va nadie, (luego tampoco entonces). Dentro de esta distancia de 10 ó 12 leguas, según dicen los Corregidores de Porco que es su corregimiento, ay muchas tierras que puedan darse a estos yndios, que aunque no ay ningunas o pocas que no estén ocupadas, pero a los españoles que las tienen, se les ofrecen las que fuesen necesarias y en esta distancia de 4, 6, 8, 10 y 12 leguas alrededor de Potosí están los pueblos de Puna, Chaqui, Tacobamba, Tinquipaya, Yura, Caica, Toropalca, Visisa y otros, donde casi todos tienen poquísimos indios y tienen muchas tierras y se podrían acomodar muchos indios, dos o tres tantos de los que ay por el Repartimiento y ay muchas chácaras de españoles que las podría comprar el Rey y descender más en particular sería *ad singula adherere*... A la 3^a dificultad se responde, que antes esto parece que sería poblar el Reino y asentallo de una vez, porque a Juli v. Gr. (3.011 indios de tasa), mejor le estaría quedarse con 2,200 indios perpetuos y de asiento que no tener los que agora tiene con tanta inquietud... A la 4^a dificultad se responde que no abrá el Rey gastado plata más bien empleada que en la que importa al asegurar su conciencia y quitar tantos escrúpulos... quanto más que no gastará 200,000 pesos corrientes ni con mucho y a trueco de conservar 1'300,000 pesos de renta cada año... Al 5^o inconveniente se responde que con hacerle este beneficio a Potosí, que el de avajar los quintos y los azogues comenzará agora y con estos tres beneficios tendrá el Rey más renta de la que a tenido hasta aquí y se perpetuará &.

Al 6º se responde que es verdad que los pueblos más despoblados son los que están aquí cerca, pero no es lo primero, porque tienen Corregimiento distinto y chacaras de españoles, matanzas de las estancias y se quiere estar mas aquí en Potosí; pero entonces el Corregidor de aquí avia de ser Corregidor de los pueblos del servicio y así con su mandado nadie le sacaría indios... Al 7º que se concede libenter que no avría tantos indios que entrasen y saliesen de las mitas, pero de su voluntad los comarcanos an de traer aquí las comidas porque no tienen donde gastallas y los de la Provincia de los Pacajes y Chucuito an de traer aquí sus carneros forzosamente, porque de tanta copia no tendrá salida en otra parte ni tan bien...

Al 8º inconveniente se dize que el Corregidor de Potosí no deje vivir en los pueblos a ningún español. Al 9º inconveniente, que no a de cesar la mita ni un punto porque 4,000 indios que sirven estense ocupados, pero 21,000 harán un Reyno, quanto más 5 ó 6 pueblos y al fin esto es *ad singula adhaerere*... Al 10º inconveniente se responde que aquí en Potosí avía de estar poblada la mayor parte de estos indios; que agora abrá 30,000 indios de trabajo y que sean 20,000 con lo qual se prueva que abría aquí todos los que fuesen necesarios. Al 11º inconveniente que no solamente no se encarga la conciencia en cargar esta mita toda sobre 25 o sobre 37 mil indios, estando agora cargada sobre 83,000 con todas las demás cargas de mita, de tambo, trajín de Corregidor y de Cura y servicio de ciudades y de españoles, con otras 100,000 cargas que agora cargan sobre ellos y las idas y benidas sin paga... luego mejor les está sin comparación sin estas cargas y relevándoles de todas ellas, servir de 2 a 2 años 4 meses y que esto sea puntual que viene a ser un año en 6 años y lo que quita el escrúpulo quasi del todo es que esto a de ser con su boluntad y escogiéndola ellos. Al 12º inconveniente se dize que el servir a las minas como sirven los indios en Potosí aunque es muy gran trabajo pero no se debe comparar con el echar los tiranos a los mártires a las minas porque ni allí les pagavan su trabajo ni tenían ospitales ni curas ni sus mugeres e hijos ni se yvan a dormir a sus casas ni tenían otras muchas comodidades ni tampoco se puede decir que agan servicio de esclavitud, porque antes será la gente más descansada que aya en el Pirú, porque tendrán sus chacaras conocidas, sus casas, sus buenas pagas... y no es buena razón decir que si esto fuera mejor D. Francisco de Toledo lo entablara, que entonces era más fácil... porque este es el modo de gobierno humano ir mejorando las cosas que la experiencia y el tiempo muestran que estarán mejor de otra manera...

Capítulo 8º.—De la conclusión de todo lo dicho.

Brevemente se resume todo este parecer en 12 conclusiones. La 1ª que para el bien temporal de Potosí está mucho mejor que dentro del y alrededor, dentro de 8 ó 10 leguas, se pueblen los indios porque tendrá más servicio más a mano y se aumentará mucho la lavor del cerro y beneficios, como consta claramente al que lo considera bien.— 2ª conclusión: que a los azoqueros y al Rey para sus quintos les está mejor, para su aumento, que no aviendo minas no hurtarían los mineros a sus amos. 3ª que al Corregidor de Potosí le estaría esto maravillosamente, aun para lo que es aliviarle de trabajo corporal en el entero de las mitas, pero mucho mejor le estaría para su bien espiritual pues con esto se le quitarían mil escrúpulos y perplejidades que se ofrecen cada día en el hazer enterar las mitas, en el imbiar preces & y en otras cosas que ellos saven y experimentan.— 4ª conclusión: Al bien corporal de estos indios les está esto mejor porque cesarían todos los agravios del

Capítulo 2º, tendrían haciendas conocidas acá y allá, chácaras, multiplicarían con la quietud... — 5ª conclusión: Al bien espiritual de los indios les está mejor para que los conozcan sus curas, para que los doctrinen, enseñen, no mueran sin Sacramentos por esos guaticos ó caminos.

6ª Conclusión: Al Reyno le estaría muy bien porque estarían las reducciones de avajo más conservadas sin huirse los indios a los guaticos. — 7ª conclusión: A quien mejor le estaría es al Rey... porque no tendría escrúpulos, a lo menos serían mucho menos y de menos consideración, consiguiéntemente está esto muy bien al Señor Virrey y a todos los ministros de Su Magestad. 8ª conclusión: Esta opción y libertad que se les a de dar a los indios para que escojan no deve ser, como algunos dizen, tratándolo con los caciques sino con cada indio en particular porque de otra manera no sería tan segura pues que el indio particular es el que digamos vende su libertad a trueque de aquellas comodidades... 9ª conclusión: Esta reducción y darles a estos indios a escoger desta manera parece que deve comenzar hacerse primero con los indios que actualmente se hallasen en Potosí porque estos son los que están aquí más aquerenciados... 10ª conclusión: Quando no se hallasen 25,000 indios que quisiesen quedarse, sería acertado que se poblasen los que escogiesen el quedarse acá y se rebajasen a los pueblos de donde fuesen que viniendo las mitas adelante y viendo las comodidades que estos tienen aquí se aficionarán a quedarse y quando esto no se hiciese en un año o dos se haría en tres y cada año se irían quedando algunos...

11ª conclusión: El parecer de que se haga la reducción en los pueblos de avajo y que en lo demás de las mitas se quede como se está y lo entabló el Sr. D. Francisco de Toledo, comparado con que los indios sirvan aquí libremente, parece muy escrupuloso pues es continuativo de los 17 agravios ó a lo menos de casi todos ellos, como lo pusimos en el Capítulo 2º y aunque la ley, como se dize, no pretende estos agravios... no pueden apartarse fácilmente de la sustancia de la ley y... a quien pone la ley ó la conserva ó aconseja que se continúe no se pueda dejar de atribuir los dichos agravios muy directamente pues que *qui causam damni dat damnorum dedisse videtur*... La 12ª conclusión: Que el poblar los pueblos abajo, aunque sea con toda la perfección que quisieren si dellos an de venir las mitas como hasta aquí, lo uno no durará nada ese remedio porque dentro de 3 ó 4 años se volverán a deshacer las reducciones y a estar el Reyno como agora se está y con las mismas dificultades porque es imposible con la saca de las mitas de cada año conservarse las reducciones como agora las pusieren, pues los que están acá, los que vienen, los que buelven y los que se an de quedar en los guaticos han de deshacer la reducción forzosamente... Pero lo peor de esto es que con venir las mitas como hasta aquí an venido, no se quitan escrúpulos ni los 17 inconvenientes del Capítulo 3º cesarán jamás, ni las conciencias del Rey, del Consejo y del Señor Virrey y demás ministros nunca estarán sin escrúpulos y así no se remedian con aquella traza y parecer los inconvenientes de conciencia sino solamente se ocurre a alguna incomodidad temporal que agora ay que es a lo menos que en este parecer se atiende y esto es lo que parece en el Colegio de la Compañía de Jesús de Potosí y a los demás que aquí firmamos. Fecho en Potosí a 31 de Marzo de 1610 años.

Valentín de Caravantes — Antonio de Vega — Alonso Truxillo — Joan de Guemes — Agustín de Aguilar — Francisco Guerrero — Sebastián Delgado — Martín Pérez de Galleta.

Biblioteca Nacional, Madrid.— Ms. 2010: f. 163-181. (1).

(1) V. Vargas Ugarte Mss. Peruanos.— Tom. I, pág. 206.

Carta anua del P. Diego de Torres al P. General Claudio Aguviva. Córdoba del Tucumán. 15 de Febrero de 1612, sobre el servicio personal.

"Ha sido común en toda la Provincia y particularmente en estas dos gobernaciones de Paraguay y Tucumán el padecer todos los nuestros en todos los puestos muy graves persecuciones por la verdad y justicia, defendiendo con más fervor que nunca la libertad de los indios y apoyando con sermones, pareceres y en pláticas, particulares la mucha justificación, con que la Magestad del Rey Cathólico Nuestro Señor manda quitar el servicio personal y desagruar a los indios xripanos, para que ellos vivan como tales y los infieles se redusgan a la fée y recivan el evangelio. Ha sido forzoso hacer los nuestros este oficio con más fervor este año que los pasados por haver venido a estas dos gobernaciones un oydor (1) de Su Magestad a poner los indios en libertad, tassarlos y desagruarlos; y así como el demonio se le ha opuesto con estraordinaria violencia y muchos estorvos, assi también el Señor Obispo de Tucumán (2) y algunos religiosos de Señor S. Francisco han deffendido la voluntad y obediencia de las dos magestades y ayudado al visitador apostólicamente, no sin costa, o por mejor decir, ganancia de algunas persecuciones y trabajos, pero en ellos ha querido la divina bondad aventajar a los nuestros, haciéndoles el demonio más cruel guerra, como si le fueren los principales enemigos, mirándoles y tratándoles como a tales los principales interesados en este negocio, y no sólo negando las cortas limosnas que solían hacer, pero estorvando a los pocos que las han querido hacer, y aun en oyr los sermones y missas de los nuestros, los quales dicen han sido la principal causa de que se quite el servicio personal... El servicio personal es un modo de esclavitud que en los indios impusieron contra la voluntad de los Reyes de España los conquistadores primeros, sirviéndose dellos y de sus mugeres y hijos desde que saben andar hasta que mueren y aprovechándose dellos en quantos ministerios y grangerías ha podido inventar el demonio con que ha impedido el conocimiento de Dios en los xpanos, y el usso de los Sacramentos y la conversión de los infieles y la conservación de los unos y los otros; de los fieles con estos trabajos, de los infieles con las muchas querras y malocas, que llaman, que se las ha hecho. Los ministros destes agravios y exactores han sido unos hombres vajos, y como forajidos, que sin Dios y sin ley vivían entre los indios puestos por los encomenderos como mayordomos suyos; porque a ellos les estaba prohibida la entrada en los pueblos, y a estos hombres llamaban pobleros de los quales el oydor de Su Magestad ha descubierto en esta visita (con haverla hecho a sobrepeyne por justos respectos) tantos delictos que no es de creer que susamos los savían, ni quien pudiesse tratar del remedio...

(1) D. Francisco de Alfaro.

(2) D. Fernando de Trejo.

Los Reyes chatólicos y sus Virreyes han muchas y diversas veces mandado quitar este servicio personal (aunque no es posible haverse conocido hasta aora los graves daños espirituales y temporales que causaba) y todos los gobernadores hhan tenido cédulas de Su Magestad en que les mandaba lo mismo, pero ninguno se atrevió a intentarlo, ni aun los predicadores a tomar en la boca el nombre de servicio personal para reprehenderlo, y muchos confesores han passado por él como si fuera cosa que la costumbre la hiciera lícita: y aun aora no han faltado, personas eclesiásticas, pero sin letras, que han hecho las partes de los encomenderos, y personas interesadas, y sido principales instrumentos y causa para que no se haya recibido también lo que Su Magestad siempre y aora ha mandado, y el Señor Obispo y todos los de la Compañía y los demás Padres de S. Francisco defendemos. Y como a Su Señoría que ha procedido apostólicamente y a los demás nos llaman y tratan como a enemigos de la patria y assoladores de la tierra; a ellos los aclaman por los defensores y padres della.

Una de las particularidades que este negocio ha tenido de consideración para tratarle brevemente desde sus principios es, que un hombre pobre desta governación de Tucumán, de nación portugués, movido por ventura a lo que se puede entender de Dios Nuestro Señor y de una natural compasión, vistos los agravios que en estas tierras se hacían contra los indios con este servicio personal, haura once años que se movió a ir a España con algunos memoriales a representar a Su Magestad y a su consejo lo que padecían los indios, y aunque otras muchas personas de mas autoridad debían de haber tratado de lo mesmo, el lo hizo con tanto fervor que gastando en esta pretensión la hacienda que tenía, sacó cédula apretada de Su Magestad en que mandaba al Presidente de los Charcas venir a esta visita. Y yo ví en España a este hombre y comunicándome su justa pretensión y aun por ventura avergonzándome de no haver tratado yo lo propio con calor; le hize dar entrada y encomendé a los nuestros para que le ayudasen. Y quando volví del Reyno, le topé en el camino muy gozoso de haver salido con su pretensión y que se pusiese audiencia en Chile. Al cabo de quatro años que venía con el Visitador le obligaron los interesados a que se fuesse al Reyno de Chile, y llegando a la Provincia de Cuyo en la qual hasta aora se conserva este servicio personal le comenzó también a hacer guerra, y tubo con los vecinos de una ciudad llamada S. Ju^o muchos enquentros, passo a la Audiencia de Chile y proponiendo a aquellos Señores los medios con que se podían remediar aquellos agravios, le dieron provisión para ello y le hicieron executor y habiendo llegado a la ciudad de Mendoza y siendo bien recibido volvió a la de S. Ju^o y al cabo de dos días estando almorzando una mañana se quedó muerto. La causa no se sabe...

La segunda particularidad que este negocio ha tenido de mucha consideración... fué mover (Nuestro Señor) a V.P. para que fundasse esta Provincia y que los de ella fuesen como precursores y ayudadores del Ministro del Rey para negocio de tanta importancia, mandándome V.P. muy a caso quando la vine a fundar, en el fin de una carta, que quitasse el servicio personal de los indios que servían en nuestro collegio de Chile, y que confiriese este punto con el Padre Provincial del Perú que havia tenido hasta aora a cargo aquel collegio. Hícele y para tomar mejor resolución le pareció al Padre Provincial del Perú juntar en el collegio de Lima donde estábamos dieciocho o veinte Padres de los más graves y doctos, que la Compañía ha tenido en estas partes y entre ellos al Padre Luis de Valdivia, que havia gobernado el Collegio de Chile algunos años. Convinieron todos los padres sin faltar alguno en que el servicio personal era contra todo derecho

y que aunque el que había en nuestro collegio era con toda moderación sin servir las mugeres y pagando muy bien a los indios, estaba obligado a quitarle, y de allí quedé enterado en la obligación que también me corría de quitarlo en las casas destotras dos governaciones y de que los nuestros assi predicadores como confessores persuadiessen lo mismo a los encomenderos y los comenzassen a disponer para quando llegasse el orden del Rey. Passe a Chile y executando el orden de V.P. con nuestros indios, causó a los vecinos mucha novedad y algún desconsuelo saver que había obligación de consciencia para ello y assi se movió allá con esta ocasión la materia, y de lo que allí ha passado y el successo que terna con la venida del Padre Luis de Valdivia se dirá en el anua del año que viene con el favor de Dios.

Vuelto a esta governación y llegado a la del Paraguay haziendo lo mesmo que en Chile fué mayor el sentimiento de los vecinos, y nuestra obligación de procurarles sacar de la ignorancia, que ha costado lo que en las anuas pasadas se ha escrito, y se dispuso la materia para que quando viniesse el ministro de Su Magestad no la hallase tan indigesta, sino quebradas muchas lanzas como él mismo dixo, en la audiencia de Chuquisaca antes de venir acá... El señor Visitador va gratisimo atribuyendo por su humildad la principal parte deste successo a la Compañía a la qual a favorecido y honrado en todo quanto se ha ofrecido de que había mucho que decir, y él solo la deja mas favorecida y ayudada en lo temporal que lo pudieran hazer todos los que la han perseguido y assentadas las misiones y reducciones y amparo de los indios que están a nuestro cargo y dado traza en el sustento de los nuestros que están en las misiones como lo pudiéramos desear. En estos quatro años con la comunicación de los nuestros algunas personas doctas y de autoridad se han enterado de esta verdad y la han favorecido por palabra y escritos principalmente un Padre de S. Augustin, devotissimo de la compañía, muy docto que ha leydo theologia en essa Ciudad de Roma y en otras partes y muy hijo de V.P. que grave y doctamente ha hecho un tratado sobre esto del servicio personal aunque en breve, prometiendo hazerlo larga y copiosamente quando las ocupaciones le dieren lugar. Ya entiendo lo ha comenzado y será de gran gloria de Dios Nuestro Señor, bien de los indios y descargo de las conciencias de los españoles con lo qual él podrá ser de grande ayuda para extinguir y acabar esta pestilencia del servicio personal... Otra particularidad muy principal parece haver sido la elección de la persona de quien había de visitar esta governación y quitar el servicio personal... parece cosa misteriosa lo que en esto ha passado, porque haviéndose gastado quatro años sobre esta determinación últimamente se vino a escoger la que más a propósito parece había en estos Reynos, y que los nuestros y otras personas zelosas mas deseaban por su grande experiencia, zelo y letras, y affecto extraordinario a los indios, aunque el hizo artas diligencias para reusar la carrera y no admitir este oficio, como la determinación debió de ser del cielo, no la pudo escusar. Luego entrando en esta governación comenzó a desagruar a los indios, y ponerles en libertad, y dentro de un año visitó entrambas governaciones, tassó el tributo que habían de pagar los indios y les puso ordenanzas y remedió los abusos que había, siendo negocio que otro diligente ministro gastara en el mas de dos o tres años... Al tiempo que entró el Señor Visitador en Santiago del Estero desta governación, llegó acaso el mismo día un sacerdote de los nuestros letor de artes desta casa (Córdoba) muy inteligente en esta materia con quatro hermanos que se yban a ordenar con el Señor Obispo de aquella Ciudad... Y a petición del Señor Visitador predicó y apoyó el Padre la razón de su venida e injusticia del servicio personal y el Señor Obispo

hizo lo mismo que fué de grande importancia para el buen principio que tubo este negocio y también lo fué el hallarse los nuestros con otros religiosos y personas doctas en las juntas que en esta ciudad se hicieron por orden del mismo Señor Visitador, y yo me encontré luego con él saliendo de Chile y después en Santa fee, subiendo él con el gobernador a la Assumpción a visitar aquella provincia y fué fuerza hallarme con mi compañero y otros de la Compañía en las juntas y consultas que hacían con los religiosos y las demás personas doctas de aquella tierra sobre la justificación de su comisión, y aunque no volví con él concurrimos en Santiago del Estero, cabeza de esta gobernación adonde también por orden de Su Magestad hizo la principal consulta y junta con el Señor Obispo, gobernadores pasado y presente, superiores de las religiones, letrados juristas, y procuradores de las ciudades y todos convenimos assi en esta junta como en las demas que el servicio personal destas gobernaciones havía sido injustíssimo, contra todo derecho, introducido contra voluntad de los Reyes chatólicos y contra sus cédulas; como también en poner tributos sobre las mugeres y niños y viejos, y el Señor Obispo en particular en los sermones que hizo y juntas en que se halló procedió con zelo apostólico y al fin todos han convenido en estas dos gobernaciones en que lo que predicábamos y persuadíamos era justíssimo, y muchos nos la han ganado en el fervor y valor con que han defendido lo mesmo, aunque no en el padecer, porque ha querido Nuestro Señor por su bondad darnos en esto los mejores vocados a los de la Compañía si bien es verdad que el Señor Obispo ha padecido y padece mas de lo que se puede decir sin grande sentimiento.

Los buenos efectos que deste negocio que con tanto fervor ha apoyado la Compañía se le han seguido... han sido: lo 1º el descargo de nuestra consciencia procurando dar luz a los que tenían falta della, y en tanto provecho de su salvación. (2º) haver restaurado la mucha reputación que huviera perdido si el Señor Visitador nos huviera hallado culpados in eadem damnatione, viéndonos con servicio personal, o por lo menos que lo tolerábamos en los que lo tenían y passábamos por ello sin advertírsele y predicársele, y confessando a los que estaban en tan grande cargo de consciencia dejando de volver por gente tan desamparada: de todo lo qual ha notado otras personas y sentídolo cordialmente: 3º hase alcanzado grande reputación y concepto con todos los indios asi fieles como infieles destas tres gobernaciones de que les somos únicos y verdaderos protectores y padres y asi andan los nuestros entre los infieles con summa seguridad y ellos y los xpanos acuden a los nuestros con todas sus necesidades espirituales y temporales con summa confianza y nos dicen a menudo lo que hemos padecido y padecemos por ellos. 4º havémonos librado de la culpa que los mesmos interesados ora nos pudieran poner, aunque no dejan de apuntarlo por lo passado, que como los de la Compañía no les havemos dado este desengaño antes de ora, que les huviera estado muy bien para lo espiritual y temporal. 5º havemos experimentado en estas persecuciones y contradicciones, que como generalmente por una parte los interesados nos quitaban las cortas limosnas que nos solían dar y procuraban que nadie nos las hiciesse, ni aun nos vendiessen lo necesario para nuestro sustanto: Dios Nuestro Señor por otra parte qui est dives in misericordia, nos ha probeydo de lo necesario en todas partes y mucho mejor que antes lo teníamos, sin que nos haya faltado cosa de momento, en que han concurrido muchas circunstancias mas maravillosas que naturales que por brevedad no las refiero. Al fin, antes se sustentaban en estas dos gobernaciones diez o doce de los nuestros con su trabajo y ora nos sustentamos sesenta... y se han edificado casas e iglesias:

y las dos fundaciones deste collegio y el de la Assumpción están ya en víspera de comenzarse a gozar, que con la hacienda de todas las gobernaciones no se pudieran hacer y al Rey Nuestro Señor proponen sus ministros de la importancia que es la Compañía en estas partes para su servicio y la obligación que tiene de sustentarle; y en Santiago del Estero, cuya casa despo- blamos con gusto de los vecinos y aun procurándolo ellos y adonde la Compañía ha padecido la mayor persecución por el servicio personal, ha orde- nado Nuestro Señor que allí aya sido adonde principalmente con aplauso y parecer de tantos personajes y hombres doctos, se ha hecho justicia dél y a los de la Compañía insta el Rey, Virrey, Visitador, Governador y Sr. Obis- po y entrambos cabildos a que vuelva, dándonos casa y sustento perpetuo para seis o ocho de la Compañía como a la larga escrivio a V.P. y antes ni havia sustento, ni casa, ni iglesia, ni esperanza de poderlo tener jamás en que resplandece bien la paternal providencia que el Señor tiene con la Compañía".

Parecer de los Padres de la Compañía de Lima sobre las Ordenanzas dadas por el Visitador D Francisco de Alfaro, 1613.

"El P. Juan Romero pregunta si están en buena conciencia y se pueden absolver los vecinos de Tucumán que no obedecen a las ordenanzas de D. Francisco de Alfaro, acerca de la reformatión de la tassa de los Indios, y porque la respuesta se sacara claramente de la noticia del echo:

Digo lo 1º que en aquella Governación avía una tassa por Gonzalo de Abrego, Governador que fué de aquella provincia, que toda la tassa servicio personal y que principalmente cargaba sobre las mujeres, como della parece. Y no se trata aquí de los excesos que avía en guardar essa tassa, por no ser esso importante al punto presente.

Lo 2º, acerca desta tassa se han de advertir 2 cosas: la 1ª, acerca del poder de quien la hizo; la 2ª, acerca de su justicia. En quanto a lo 1º, los Governadores por razón de su oficio no pueden tassar los indios; y el tassar pertenece al Oidor Visitador de la Audiencia, conforme á las ordenanzas della. Tampoco parece que Gonzalo de Abrego tuviese poder, ni comission, ni orden de S.M. para hacer tassa, ni hasta oy esta aprovada tal tassa por Consejo, ni Audiencia, ni Superior.

Lo 3º, en quanto la justicia della se puede considerar, que en el preudio da a entender Gonzalo de Abrego que ordena aquella tassa, en la forma que por ella parece, porque los vecinos no apellen ni sepan la causa; y al fin dá a entender, que quiso quitar algunas extorsiones y de los males que huviese menos, de suerte que collige, que conoció la iniquidad de la tassa.

Lo 4º, se ha de advertir que, por Cédulas Reales, está prohibido tassar Indios en servicio personal.

Lo 5º, se ha de advertir, que hombres muy doctos de todas Religiones, por pareceres firmados con nombres de Religión, Prelados y Lectores della, han declarado por injusto y contra consciencia al servicio personal que se usaba en Tucumán.

Lo 6º, Aviendo ydo el Sr. D. Francisco de Alfaro á visitar aquellas Provincias, hizo algunas juntas para tratar este punto, y aviéndolo comunicado y conferido diferentes vezes, remitido la resolución para la conclusión deste punto. Y assi propuso era lícito el servicio personal en la forma que estava ordenado por Gonzalo de Abrego; y en esta junta se hallaron juntamente con el dicho Sr. Oidor, el Sr. Obispo, el Governador presente y pasado; de la Catedral, un Prebendado; dos Prelados de las Religiones de aquella ciudad y sus Provinciales, que son: Custodio del Sr. S. Francisco, Provincial de la Compañía y Provincial de La Merced, todos los Theólogos y Juristas que se pudieron hallar en el Pueblo, 4 Diputados nombrados por los Procuradores de las Ciudades de la Provincia. Y aunque no tuvieron voto para decidir los Procuradores ni sus Abogados, ninguno se atrevió a decir afirmativamente que era lícito el servicio personal contenido y en la forma que lo disponía la tassa de Gonzalo de Abrego.

Lo 7º, se advierte, que el Consejo, por diferentes zédulas ha mandado á la Audiencia de Charcas que embié á visitar la Provincia de Tucumán, para que cesen los agravios que allí reciben los Indios. Y últimamente embió zédula expresa con palabras muy apretadas para que se hiziese la dicha visita y tassa por el Sr. Licenciado Alº Maldonado de Torres, y por su impedimento ó excusa el Oídor y Fiscal que nombrase el dicho Sr. Presidente de la Audiencia, el qual nombró al dicho Sr. D. Francisco de Alfaro; y entre otras palabras dize la zédula: "Y aviéndose enterado de los agravios y malos tratamientos que reciben los dichos Indios de sus Encomenderos y otras personas, los desagrabéis y pongáis en libertad. Y si no estuvieren echas las tassas de los tributos que hubieren de pagar á sus Encomenderos, y en caso que lo estén veréis aquellas tassas, y si fueren exesivas, las haréis de nuevo con la justificación y consideración que combiene, respecto de la calidad y sustancia de la tierra y de los naturales della, y de lo que pagan en otras partes desas Provincias del Perú; de manera que ellos ni sus Encomenderos no reciban agrabio". Después manda la zédula, que embié relación el Visitador de lo que combiene probeer en otras materias, y luego dize: "Y mando á mis Gobernadores de las dichas Provincias de Tucumán y Paraguay y otras qualesquier mis justicias que os assistan y den todo el favor y ayuda necesaria que les pidiéredes y hubiéredes menester para lo susodicho. Y que ellos y qualesquier otras personas vecinas y avitantes en las dichas Provincias, guarden, cumplan y executen lo que proveieredes y ordenaredes para cumplimiento y execución de lo susodicho". Y pone pena a quien contraviere.

Lo 8º, Aviendo el dicho Sr. Oydor echo la visita de toda la Provincia, y muchas juntas, hizo la tassa y ordenanzas de materia de Indios. Antes de publicarlas las embió al Sr. Obispo, Gobernadores y Reliyones, y todos se las aprobaron. Después de lo qual las embió á que las viessen los Procuradores de las Ciudades de la Provincia sin que faltasse de ninguna, y el Cabildo de Santiago. Y aviéndolas visto, advirtieron algunas cosas que les parecia les combenia. Con lo qual, el dicho Sr. Visitador alteró algo, no muy considerable que le pareció podía concederse, y con esto firmó y despachó la tassa y ordenanzas, mandando que desde luego se executassen. Embiólas al Gobernador, Procuradores de las Ciudades y Cabildo de Santiago, que es la cabeza, para que lo cumpliesen. Apellaron y sin embargo, mandó executar. Pidieron los interesados que se notificasen a los Indios y se hiziese saber. Hizose assi. Con esto fué saliendo de la Provincia, poniendo en execución en quanto se ofrecía las dichas Ordenanzas. Los Procuradores de la Provincia y de las Ciudades embiaron Procuradores á la Audiencia en seguimiento de su apellación. Tardaron cinco messes en verse las Ordenanzas una á una y informar en público y en secreto lo que pareció convenir. Después de todo lo qual, la Audiencia probeió auto, declarándose por no Juez; remitieron la causa al Consejo, y mandó que en el entretanto que S.M. y su Consejo otra cosa no probeia, se guardase lo que mandó el dicho Sr. Visitador. Suplicaron los Procuradores. Confirmóse en revista.

Respondemos; que ay obligación so pena de pecado mortal, de guardar las Ordenanzas del Sr. D. Francisco de Alfaro, por estar echas y promulgadas con authorityad legítima de competente Superior y en favor del derecho natural y divino, contra quien es el servicio personal, que tan contra justicia se ha exercitado en Tucumán. Ni obsta la apellación que han interpuesto los vezinos de aquella tierra, por ser sin fundamento y estar mandado por la Real Audiencia de Chuquizaca, y confirmado en revista que se guarden las susodichas Ordenanzas mientras no se revocan por el Consejo. Y

es tan evidente y cierto que es p rfida y abominable cossa el tyr nico servicio personal, que tan impiamente se ussa en Tucumán, que sería manifiesta impertinencia ponerse   probar cossa tan clara, en especial siendo deste parecer todos los Theólogos desta Ciudad, con quienes en otras ocaassiones se ha tratado este casso y convenido todos en lo que aquí dezimos. Y como las Ordenanzas susodichas sean en razón de arrancar tan nefando abuso, y echas por persona competente, y mandadas guardar por Tribunal legítimo, no obstante qualquiera apellación; es llano averse de estar   lo assi mandado, aun quando fuera dudosa la justificación de las Ordenanzas, avía obligación de cumplir con ellas; pues in dubiis parendum est superiori praeicipienti, como resuelven todos los theólogos con Santo Tomás, en la materia de conciencia dub a. Esto nos parece.—Lima, último de Agosto de 1613.— Juan Sebastián — Francisco Coello — Francisco de Contreras — Juan de Perlin — Diego de Torres — Juan Romero — Francisco Vásquez — Diego Gonzalez — Francisco Vásquez de la Mota — Juan Pastor — Gaspar de Monroy — Juan de Viana — Juan Baptista Ferrussino — Marco Antonio de Otaro — José Cataldino — Lope de Mendoza — Mateo de Montes". (1).



(1) Algunos de los PP. que firman esta copia no pertenecían a la Provincia del Perú sino a la del Paraguay, pero como el parecer se había dado en favor de estos indios, la suscribieron para mayor autoridad.

**Parecer del P. Pedro de Oñate sobre las Minas de Huancavelica
1629.**

Cuatro cuestiones que se propusieron en nuestro Colegio de Lima.

1º—Si puede el Virrey compeller a los Indios a que labren las minas de Huancavelica (como oy lo haze) supuestas las muertes y asolación de aquella Provincia que se le sigue.

2º—Si podrá dar nuevos indios el Virrey de nuevas Provincias para que suplan por los que se han muerto.

3c—Qué grado de servidumbre tiene que no los puede dar y si lo podrá absolver su confesor.

4º—Si está obligado a avisar al Rey, primero, que los quite y lo que debe hazerse en el interín para el remedio de los daños y muertes de los indios.

Q. 1ª Si es justo compeller a los indios a que labren las minas de Guancavelica.

Por fin de Agosto de 1629 se comenzó a tratar por parte del Virrey si podría lícitamente repartir de nuevas provincias indios a Guancavelica a cumplimiento de los 2,000 que se solían dar, porque las Provincias que los daban no los podían cumplir por estar ya asoladas con las mismas mitas de Guancavelica. Propúsenos el caso en la manera siguiente por parte del Virrey. (El Conde de Chinchón).

En este caso, como se pregunta, no se propone formalmente la duda de si los indios de Guancavelica que se han dado y dan son lícitamente compellidos a aquella mita o no, pero es necesaria la solución desta cuestión para venir a estotra y para entender toda esta materia y así la trató en primer lugar.

Y para entender todo lo que hemos de tratar es menester suponer lo 1º que es común voz del Reyno y clamor de los mismos indios y de sus curas que las dichas minas de azogue han sido sepultura y muerte de aquella Provincia y que la tienen asolada y la misma proposición del caso la presupone así, porque del resulta que de las Provincias de que antes repartieron los Virreyes, 3,280 D. Francisco de Toledo y el Conde del Villar 3,665, ahora no ay 2,000 indios que son los que repartieron en el 6º asiento, pues para enterar este nuevo propone el Virrey como necesario aver de repartir a nuevas provincias. Y lo cierto y averiguado es, y como tal lo supongo en este caso, que el día de oy no pueden ir de las dichas provincias más de 600 indios efectivos. De lo qual evidentemente se colige que se han consumido desde el tiempo del Conde del Villar, que repartió 3,600, acá tres veces 7,000 indios que son 21,000 de 25,200 que entonces eran, que es lastimosa mortan-

dad y en proporción se han consumido de 6 partes las cinco de los indios que solía aver. Y aunque algunos deseosos e interesados destas minas se procuran evadir diciendo que también en otras provincias donde no ay minas de azogue los indios se van menoscabando y que muchos de los que faltan en Guancavelica son huidos, respondo que los que en otras provincias faltan son muy pocos respecto deste número y que los que huyen van huyendo de la muerte y no justifican la causa del Rey, sino antes arguyen ser los agravios intolerables y que en las mismas enfermedades de que mueren, que es azogados y de aquella tosecilla que les dá se hecha de ver que les mata el azogue. Así que en el caso se supone que las minas de azogue de Guancavelica *ut jacent* han sido la causa de la muerte de los indios y destrucción de aquella Provincia y que esto lo muestra la experiencia clara y notoria y confesada por la parte que es el Virrey.

Lo 2º supongo que S.M. tiene mandado (oydas estas muertes y asociación destes indios) que se procure que vengan de su voluntad a labrar estas minas, edificando ciudades junto a ellas y haziéndoles a los indios que las labraren comodidades y concediéndoles privilegios & pero si desta manera no pudieren ser atendidos que les compelan y desta compulsión y fuerza que se les haze es toda la duda.

Lo 3º supongo que de tres maneras se pudiera entender y disputar si esto es ilícito. Primero, por ser contra el derecho del Reyno; segundo, por ser contra el derecho común; terlero, por ser contra el derecho natural. Y en cuanto al derecho del Reyno no ha aquí lugar la cuestión, porque esta cédula y ordenanza de S.M. que manda sean compelidos los indios a estas minas es ley y derecho del Reyno y, lo segundo, porque el Rey que es el que manda esto, es sobre todo el derecho del Reyno y así aunque huviera algunas leyes antiguas que mandaran que nadie fuese compelido a labrar minas o estas minas en particular, no podía hazer ilícita esta labor por vigor desta última cédula.

Lo 4º supongo que el compeler indios u otro cualquier género de gente a labrar minas es clara y expresamente contra el derecho común civil, porque está todo el título de *poenis* & lleno de leyes porque se veda ser compelidos los hombres libres a labrar minas, declarando que es tan grave pena *damratio ad metalla infligi non debet* sino por atroces delictos, porque es pena capital e induze muerte civil y induze también cierto modo de servidumbre, con lo qual *damnati ad metalla dicebant servi* y era mayor que la pena de deportación ad insulas & y al fin quando los Reyes o Emperadores querían atormentar mucho a los mártires y que muriesen mala muerte los hechavan a las minas y así vemos muchos mártires, celebrados de la Iglesia por tales, porque murieron condenados a las minas, luego es tan gran trabajo que equivale a muerte y tan terrible que se dava por cruel género de martirio. Y así no se lee de ningún Rey que haya compelido a hombres libres a labrar minas de metal sino por vía de pena de delictos gravísimos y capitales o a esclavos avidos en guerra o de otra manera.

Lo 5º supongo que esto no haze al caso para condenar la ley de que hablamos, porque los Reyes de España, como es notorio, y tienen todos los autores no están obligados a guardar el derecho común y así aunque él tenga vedado hechar hombres libres a minas los pudieran hechar los Reyes de España no siendo contra el derecho natural que es lo que ahora está por averiguar.

Art. 2º—Si es contra el derecho natural.

Que no lo sea se puede probar, lo 1º Porque estos indios son de naturaleza servil, luego deben ser tratados como siervos y a los siervos les pueden los Reyes y cualquier particular cuyos sean compeler a que les labren minas, aunque sean de azogue, luego a estos indios. 2º Conocida cosa es que los indios son holgazanes y haraganes y que si les dejan a su albedrío nunca se ocuparán en nada de provecho de la república y al buen gobierno de las repúblicas compete que los Reyes y jueces no sufran ociosidad que es madre de todos los vicios y compelan a trabajar a los holgazanes y vagabundos, luego conviene por leyes echar a estos indios a que trabajen en las minas. 3º Esta ociosidad favorece, mucho y es causa de las borracheras de estos indios que es vicio infame y torpísimo a que son muy dados, luego conviene quitárselo y trabajarlos. 4º—Sin azogue no se puede labrar la plata y thesoro que se embía cada año a S.M. y sin este tesoro no se puede acudir a las guerras contra los herejes y de la fe católica que haze el Rey de España que es oy el principal y más fuerte brazo de la fee, luego para que se conserve la fee y se destruyan las herejías y para todas esas guerras de Flandes y Alemania es menester hechar los indios por fuerza a las minas, porque sino no se labrarán. 5º—La potencia y monarchia de España no se puede oy en día conservar sin este thesoro que va de las Indias, porque es el mayor que tiene el Rey y que ha tenido jamás Rey desde Salomón acá, luego para que se conserven los Reynos de España en esta pujanza y prosperidad es menester que estas minas se labren y saque esta plata. 6º—El mismo reyno del Perú no se puede conservar sin estas minas de Potosí y las demás de plata porque son el cebo que ha traydo acá los españoles sin los quales estos reynos ni tuvieran fee ni doctrina ni policía y luego fueran invadidos y conquistados de los enemigos y las demás minas no se pueden labrar sin azogue ni el sin compeler los indios de Guancavelica a sacarle. Y estos argumentos tienen más fuerza porque todos o los más dellos parece se dan por razon en las cédulas reales que mandan sirvan estos indios en las minas de Guancavelica, aunque sea contra su voluntad.

Esta cuestión es la principal y fundamental desta materia y para proceder con claridad en ella supongo que aquí se pueden tratar 3 cuestiones diferentes: una es si es lícito obligar a los indios a que trabajen en las minas sean de plata, cobre o azogue sino así en común; 2ª—Si a minas cualesquiera que sean; 3ª—Si a estas de Guancavelica, por su especial qualidad, especialmente labradas por el socavón, como ora se labran. Porque, aunque se siga bien no se pueden labrar minas ningunas compeliendo los indios, luego ni las de Guancavelica, pero no se sigue, al contrario, puédense labrar las minas de Potosí & con apremio de los indios, luego las de Guancavelica. No se sigue, porque son sin comparación mucho peores y de maligna qualidad. Y otros también pretenden que aunque no se pueda labrar el socavón se puede labrar las minas de azogue, como el P. Menacho y el P. Agia que sintieron poderse labrar minas de azogue pero no las del socavón.

Pero esta diferencia yo no la tengo por probable, porque aunque confieso que el socavón debe ser más dañoso a la salud y vidas de los indios, pero lo principal de aquel daño entiendo se sigue de labrarse minas de azogue como quiera que sea. Por que bien se sabe y ve a vista de ojos cuan terribles son los efectos del azogue y quan dañosos a la salud y vida, pues de sólo desazogar piñas y pisar los caxones en que se repasa el metal de la plata se azogan muchos y pues vemos tales efectos del en los que toman

las unciones y así S.M. mandó los años pasados que estas minas no se labrasen sino a tajo abierto. Por lo qual entiendo que los que han condenado el socabón y aprobado las demás labores sólo tuvieron intento de dezir que las que se pudiesen labrar sin riesgo de la vida, lo qual juzgo por moralmente imposible en minas de azogue no labradas a tajo abierto. Es pues nuestra cuestión si puede el Rey con buena conciencia hechar los indios a las minas de azogue de Guancavelica.

También hemos de suponer en el hecho que los indios repartidos a las minas son la 4^a parte de los de aquella provincia, aunque antes eran la 7^a y no están repartidos sino para que trabajen 40 días y luego descansan hasta que les buelva otra vez la mita que viene a ser puntualmente cada año una vez por un mismo tiempo.

Esto supuesto digo que de dos maneras se puede entender que el Rey tenga potestad para hechar indios o otra cualquier suerte de gentes a minas.

Lo 1^o—Por vía de tributo ordinario para que le paguen el que le deben como sus vasallos en servirle en las minas, como los españoles pecheros se lo pagan en plata o otras especies o como los demás indios se lo pagan en las mitas. Lo 2^o—Por vía de extraordinaria y urgente necesidad que ocurre a la república y reyno de que los dichos indios acudan a aquellas minas para que aquella necesidad se remedie. Al modo que un Rey aunque no pueda imponer necesidad a sus vasallos por vía de tributo ordinario que bayan a la guerra, pero si el enemigo acomete y está la república en peligro podrá quitar los soldados y hazer que toda la gente acuda y lleve carga personalmente para reparar un muro o hazer un castillo y pasada aquella tan precisa y urgente necesidad no tendría el Rey potestad para hazerles trabajar de aquella manera. Y destos dos modos aunque ambos se impugnarán, pero el primero es el que se pretende y el que solo puede tener lugar en este caso. Lo primero, porque el 2^o modo nunca es perpetuo sino por gravísima e incidente necesidad de la república, que rarísimas veces acontece. Lo 2^o—Porque no ay ni ocurre ahora tan urgente necesidad de la vida de nadie para que las vidas de los indios se hayan de poner a peligro.

Pruebo pues lo 1^o y sea la primera conclusión que por vía de ordinario tributo que estos indios le deban a S.M. no los puede compeler a las dichas minas. Para lo qual es menester suponer los principios de la materia de tributos tomados de todos los autores que de ellos escriben. De los legistas, § de Censibus, lib. 10, de los canonistas, § de vectigalibus, de los Sumistas, verbo *tributum* et verbo *gabella* et verbo *vectigal* (Lessio. lib. 2, c. 33 de Tributis et Vectigalibus. Covar. reg. peccatum p. 2, N^o 5. Molina. Disq. 661 N^o 2 de cust. reginal. Cayet. in sum. verb. *vectigal* et *gabella*. 3. quod tributum est pensio qua subditis solvenda imponitur juxta cujusque facultates praesertim praediales ad principis dignitatem et communia impendia sustinenda. Vectigalia vero pro exportandis vel importandis in civitate ut quae solvuntur in portibus vel in confiniis regnorum. Es pues el tributo el justo salario que el reyno le dá al Rey con que le paga el officio de Rey que con el haze y le da todo lo que es menester para el gasto que en su officio ha de hazer en bien y provecho del Reyno, que tiene tres partidas principales, lo que ha menester para el sustento de su persona real con la autoridad y majestad de aquel supremo officio, para administrar justicia en todo su Reyno y pagar los salarios de los ministros della y para defender la república de sus enemigos y tenerla suficientemente armada y pertrechada contra ellos y para tener los caminos y puentes & bien acomodados y todo lo demás que es necesario para el bien de la república. De manera que es como el salario que se dá al oficial, carpintero o sastre, quando el ha de poner no solo su

trabajo e industria en hazer una obra de su oficio sino también los materiales como la madera o paño y seda & así porque el Rey ha de poner no solo su trabajo y industria sino también los gastos en la administración de su oficio pagando a los ministros de justicia y a los soldados, el Reyno le ha de dar lo necesario para ello y lo que fuere necesario para esto y no más y conmensurado y ajustado con estos fines podrá el Rey llevar por vía de justo tributo y no otra cosa ninguna.

De aquí es que los Doctores tratándo del tributo piden 5 condiciones para que sea justo, especialmente Cayetano y Lessio en los lugares citados. 1ª—De parte del que impone el tributo que sea persona que le pueda imponer que son todos y solos los que tienen soberana autoridad y no reconocen superior en lo temporal. 2ª—De parte del fin que se imponga cosas necesarias del Reyno y a su bien común como queda declarado. 3ª—De parte de la persona que sea la cantidad moderada y conmensurada, id est, la que es necesaria y ajustada con los dichos fines y no más, porque no grave el reyno con los tributos no necesarios y que esta cantidad necesaria á conveniente para aquellos fines sea repartida igualmente y con debida proporción entre los miembros de la república de tal modo que no les quepa más a los pobres que a los ricos sino menos y a los que no son mercaderes que a los que lo son sino menos. (Sessio 5. núm. 6 *ne pauperes graventur pro divitibus et qui mercatores non sunt pro mercatoribus* &). 4ª—De parte de la materia que sea impuesto en las cosas que menos gravan a los súbditos y no necesarias a la vida, como dize Lessio & 5ª—*Ex usu quando insumunt in causam publicam pro qua juste sunt instituta et non prorogant ultra necessitatem neque in largitionibus profusis et vanis* (1).

De que colijo que si estas 4 condiciones se verificaren en el tributo presente de hechar los indios a Guancavelica será justo hecharlos y si no no será justo.

Pues esto supuesto, respondo a este caso que de suyo hechar a los indios a las minas de Guancavelica es ilícito y injusto. Lo qual pruebo con tales razones que in re morali son grandísimas evidencias. Porque faltan casi todas las condiciones para que el tributo sea justo. Confieso que no falta la primera que es el imponente justo y legítimo, pues el Rey que es el que les obliga a ello es la persona que les puede imponer tributo. Pero de esta primera condición hemos de sacar de camino que el Virrey no puede meter en este tributo nuevas provincias, porque es imponer nuevo tributo que no lo puede hazer y está descomulgado por la Bula de la Cena el que no teniendo facultad y potestad para poner tributos nuevos los impone, antes tiene prohibición expresa del Rey para que no meta nuevas provincias a pagar tributo.

El fin debido falta en este tributo sin duda ninguna, suponiendo que no es remediar la necesidad de este reyno ni los reynos de España sino te-

(1) Por parte del uso, cuando se emplean en beneficio de la causa pública para lo cual fueron instituidos y no se prorogan sin necesidad o invierten en larguezas inútiles y vanas.

(Al margen). Lessio tratando más en particular lo que requiere el tributo ex parte formae pone 4 condiciones *ex Cajetano verb. vectigal et Petro Navarro lib. 3, de vectigal. c.1.n. 255, la 1ª ut constet saltem probabiliter eam esse justam; la 2ª ut causa sit vectigali proportionata; 3ª ne insumat in alienos usus, ut in prodigas largitiones et alias expensas inútiles publicas vel privatas; 4ª ne diutius quam causae postulent continentur. Vide Castrum, De Lege poenal. lib. 1, c. 11—Tolet. lib. 5, sum. c. 73 ubi dicit esse excommunicatos qui prohibita poedagia exigunt. Angelum, verb. poedag — Vict. Relect. 4 De Jure Belli.*

ner que defender la fe en los reynos extraños y para sustentar las guerras de Flandes y Alemania. Porque aunque este fin es santísimo y piísimo pero no es el que puede justificar los tributos. Pero estos no los justifica la necesidad de los reynos extraños y de la Iglesia Universal sino la necesidad de conservar la fee y paz y mantener justicia en los propios reynos. Porque no está obligado el Rey de España a acudir a todas las necesidades de la Iglesia ni puede, imponiendo tributos para acudir a ellas ni las repúblicas y reynos de España están obligadas a dar tales tributos, porque aunque sea bueno este fin no es respecto destas personas de obligación sino de supererogación ni de precepto sino de piedad y equidad y los tributos han de ser impuestos para las cosas necesarias o convenientes de los mismos reynos en que los pagan no de otros extraños. Si al Rey de sus tributos justos y thesoros le sobrara con que hazer tales guerras a los herejes y ayudar a los cathólicos y a la Iglesia fuera justo y santo pero para ese fin poner tributo y tal tributo no lo es ni puede ser (1). Porque ni se contiene en los límites de los justos tributos ni ay la santa y presumpta voluntad de las repúblicas que los pagan para que sea justo hazerles contribuir por fuerza a tributo tan voluntario y fuera de su obligación. Y vése claramente ser esto asi, porque si este tributo para estas guerras de la Iglesia y contra herejes y bien de la fee cathólica se pudiera imponer justamente, pertenecía al Papa a quien incumben estos fines poner este tributo temporal en orden a lo espiritual que al Reyno de España y ninguno dijo ni soñó jamás que el Papa pudiese pedir tal tributo, luego ni el Rey para este fin espiritual del bien de la fee y extirpación de las herejías. Luego aunque sacar esta plata para estos fines y para sacar la plata sacar el azoque sea necesario no podrá imponerse tributo para ellos. Como si esta república deba contribuir para los gastos destes reynos no para la contribución de los extraños. Y si este Colegio ha de contribuir para los gastos que haze el Rector en el o el Provincial no empe-ro para los gastos propios de otro Colegio. Antes tengo por cierto que supuesto que el Rey de España tiene tantos reynos debajo de su corona, aun los mismos reynos de España no están obligados a contribuir los unos para los gastos de los otros. Porque qué obligación tiene España, v. gr. para contribuir para los gastos de las Indias ni las Indias para contribuir para los indios de acá. Ni aunque fuera necesario para el bien deste Reyno sino es necesario para el bien de la misma Provincia de Guancavelica entiendo no fuera lícito *ex parte finis* poner tal tributo, pues no es para su bien sino para el ajeno y contra su voluntad no con tácito ni expreso consentimiento del que ha de pagar el tributo.

La forma deste tributo es la que falta más expresamente y más injusto le haze. Porque esta forma consiste en dos cosas en la debida cantidad como el jornal o salario que se da para cualquier oficio y en la proporcional igualdad guardada entre los contribuyentes y ambas faltan aquí enormemente. La 1ª es cantidad excesiva y de inestimable precio la que a estos indios se les pide para este tributo. Porque qué razón pide que a los españoles más ricos y poderosos en España no se les pida de tributo y pecho más de valor de un peso y aun no y sean 2 o 4 y a estos se les pida cosa que vale más de 100 o 200 ps. si se huviera de apreciar a plata que es la obligación de ir a trabajar a tan peligrosas minas? (2). Si el justo tributo de las demás pro-

(1) Supónese que ir más plata a España es gran bien suyo, de lo qual muchos dudan. (Al margen).

(2) La primera injusticia es que este tributo es de excesivo precio, aunque no contuviera servicio personal ni quitara la libertad y vida. (Al margen).

vincias, el de sus tasas, que pongamos sean 6 ps. como el de estos pobres indios es cosa de tan inestimable valor... en esta tierra no tiene precio?. Lo 2º—Lo pruebo. El tributo justo del Rey es la tasa y digamos también la mita que hazen los indios en otras provincias para las labranzas y crianzas, tambos & Pues cómo puede ser justo que demás desto den estos indios el trabajo de las minas de Guancavelica cuya compulsión es de tan grande moral estima?. 3º—Lo pruebo así: Si el Rey pidiendo a los demás indios 6 ps. de tasa les pidiera a estos 50, sin duda todos dijéramos que era excesivo y desigual tributo y contra la ley natural, por que para que evidentemente sea contra ella basta la desigualdad en la cantidad y esta tengo yo por evidente demostración por vía del precio excesivo, como aunque mi bonate tenga algún valor por el cual se pueda comprar o vender es evidente que no vale 100 ps. o en el mismo género aunque el rey ponga pecho y tributo justamente a los pecheros españoles es evidente que no les podría poner justamente de tributo 50 o 100 ps. cada año y esto todo procede aunque fuera el tributo en plata del mismo precio que es el trabajo de las minas y es aunque los súbditos vinieran en ello, porque el oficio del Rey no vale tanto respecto de cada uno dellos.

La 2ª injusticia es imponerse en servicio personal. Porque los Doctores dicen que el tributo no se ha de poner sobre las personas libres y ingenuas sino sobre las cosas y aun entre esas cosas dicen, como hemos visto, que no se puede imponer sobre las necesarias como sobre las menos necesarias y la razón es porque estos tributos impuestos sobre las personas las gravan mucho y impiden su libertad, luego aunque fuera lícito imponer tal tributo sobre las cosas, que valiera 50 ps. v. gr. no lo fuera hecharle sobre las mismas personas, porque este es un género de servicio personal muy odioso y que grava mucho los vasallos (cuya libertad y ingenuidad está obligado a mirar mucho y conservar el Rey) que aunque no es servicio personal perpetuo es servicio personal por el tiempo que dura. Para lo qual es necesario entender que servicio personal *sumptum pro jure* es cualquier obligación que se ponga a la persona de que sirva a otra con sus acciones personales sin su consentimiento y aunque es verdad que como se toma en esta tierra y para que induzca verdadera servidumbre ha de ser perpetuo y no pagado pero tanto más se llega a este perpetuo quanto más tiempo dura y 40 días cada año de minas sin lo que tarda en ir y venir no es poco máxime con los sumos gravámenes que después veremos. Y aunque le pagan no como merecen pues a los mingas (1) les pagan más que tres doblado más y es justísimo de parte de los indios aquel contrato y todo aquello les quita el Rey del valor de su servicio con sus mitas por facilitar la labor de las minas. De manera que aviendo de pagar de razón más a los que van forzados que a los que se alquilan de su voluntad, porque aquella voluntad es precio estimable, se les paga menos.

La 3ª injusticia es que no sólo es servicio personal dado por tributo sino servicio personal forzado de minas de metal, en lo qual considero el horror que ponían aun a los antiguos gentiles emperadores romanos las minas pues jamás hechavan a ellas a nadie sino a quien tenía tan atroces delictos que merecía pena capital y tal llamaron ellos al echar a las minas y era y es, sin duda, más dura pena que las galeras que no es pena capital entre nosotros. Y moría civilmente a quien se le daba *et patiebatur dimidium capitatis diminutionem et induebat quoddam genus servitutis*, de manera que por

(1) Mingas o mingados, indios de alquiler.

tributo les da el Rey una cosa tan trabajosa y penal que era pena de muerte y muerte civil y servidumbre y mayor pena que la deportación in insulas, pues quien ha dicho jamás que tal cosa como esta se pueda pedir en justo tributo?. A los mártires a quien quería el pueblo romano atormentar más que con la misma muerte los hechavan a las minas y la Iglesia tiene a los tales mártires y nosotros christianos y píos martirizaremos con este género de martirio a los pobres indios?. Ponderó muy bien esto el P. Rebello diziendo: los crueles emperadores romanos, los más graves perseguidores que ha tenido la Iglesia inventaron este modo de crueldad para los mártires porque se convertían a nuestra santa fe y nosotros al tiempo que estos se convierten a ella les condenaremos a este mismo suplicio? (2). Lo 2º—Los moros quando un cautivo suyo reniega de Cristo y se vuelve a su ley le dan libertad y nosotros que avíamos de hazer lo mismo con los que a nuestra santa y verdadera fee se convierten al mismo tiempo que la reciben les ponemos esta moral servidumbre, servicio personal y capital pena y les condenamos a las minas?. *Ideo male audimus apud exterarum nationes.* Porque parece que no hizo tanto Pharaon qui opprimebat populum Dei operibus lutí el lateris, haziéndoles dar su jornal en adobes y poner la paja, pero qué tiene que ver hazer adobes con trabajar en las minas y socabón de Guancavelica?.

La 4ª y más grave injusticia es que no sólo se les compelle a trabajar en minas sino también en minas de azogue con tanto peligro y riesgo de la vida que parece que lo mismo es contratarlos a ellas que condenarlos a muerte. Y está asolada la tierra como al principio propusimos. Pues quien jamás dijo que gente ninguna en el mundo deba pagar en tributo sus propias vidas. Pues desto concluyo mi razón así: La vida es de inestimable valor y precio, los que van a estas minas ponen a peligro sus vidas luego dan en tributo una cosa de inestimable precio. Luego no puede ser tributo justo pues excede el valor de lo que se puede deber por vía de tributo inestimablemente. 2º—Los señores no pueden poner en peligro las vidas de sus esclavos. . . en servicio suyo, porque aunque sean sus dueños no lo son de sus vidas, luego mucho menos los Reyes. . . dominio en sus vasallos que los señores de los esclavos. 3º—El Rey no es dueño y señor de las haciendas de sus súbditos, como es cierta y recibida opinión de los Doctores, luego no puede ponerlos a grave riesgo de sus vidas. 4º—Cualquiera obligación de restitución la excusa el evidente y manifiesto peligro de muerte, luego aunque la cantidad fuera mucho mayor cesa la obligación del. Finalmente la vida de un inocente es de tanta estima que ni para librarse del cerco una ciudad muy apretada con el, ni para librar la vida de toda una república es lícito entregar a un inocente a cierta muerte y estos indios son inocentes e inculpados en quanto a no aver hecho agravio al Rey, luego no se pueden entregar a la muerte hechándoles a estas minas donde se sabe moralmente hablando que han de morir pues en tan pocos años de seis partes se han consumido las cinco.

La 2ª condición de la forma de los tributos justos dezíamos que era la proporción o igualdad y esta también está enormemente lesa en este tributo, porque si los españoles no pagan más de un peso de tributo a su Rey que haze más el oficio de Rey con ellos que con los indios, porqué los indios han de pagar tanto más? y si los demás indios pagan sus 4 ps. digamos, y la mita de los tambos y las ciudades, porqué estos desventurados han de pa-

(2) No hemos podido comprobar si el P. Rebello pertenecía a la Compañía de Jesús. Hubo en el S. XVII un franciscano, Fr. Francisco Rebello, pero si el P. Oñate aludiera a este no habría dejado de indicar que era fraile.

gar la mita de minas y tales minas como las de Guancavelica?. Y si el Rey tiene necesidad de tanto thesoro para defender sus reynos a los ajenos y para la fee cathólica y destruir los herejes, por qué no se distribuye la contribución por todos igualmente de manera que, como dicen todos los auctores, a los más ricos les quepa más y a los más pobres menos, sino tan al revés que a los españoles ricos no cabe nada y a los pobres muy poco y a los indios ordinarios mucho más y a los indios de las minas que revienten y a los de Guancavelica que mueran mala muerte,. Luego en la distribución de los gastos no se guarda la proporción debida y así este tributo es injusto ex parte formae, así porque se les echa más cantidad de tributo excesivamente que deben como porque la proporción no se guarda.

Pues ex parte materiae ya queda declarado cómo es injustísimo este tributo, porque aviéndose de imponer en las cosas se impone en las acciones libres y personales y aviéndose de poner en las cosas menos necesarias para la vida se pone en las más necesarias y en la misma vida.

Y la 5ª condición ex parte usus es queja universal que falta porque se sabe que hazen muchas liberalidades y gastos los Reyes de España que es cierto que se podrían y deberían excusar, salva regia liberalitate et magnificentia (1) y respecto destas minas se deberían excusar, porque aunque no sean ilícitos son empero muy voluntarios y no obligatorios y para tales gastos no puede tener color ninguno de verosimilitud hechar indios forzados a que labren minas de azogue.

Art. 3º—Otras razones con que se prueba lo mismo.

3º—Principalmente pruebo que es injusto este tributo. Ningún confesor avrá ni ha avido que si no van estos indios a las minas y pagan al Rey este tributo les obligue a restitución ni les absuelva de tal pecado y el no pagar tributo justo es de fee que es pecado. *Reddite quae sunt Caesaris Caesari et quae sunt Dei Deo.* (2). *Et Reddite ergo omnibus debita, cui tributum, tributum, cui vectigal, vectigal &* (3) y obliga a restitución como qualquier otro trabajo por justo salario, luego no es justo tributo (4).

(1) Sabido es que, a partir de Felipe III y mucho más en adelante, los gastos de la Casa Real eran exorbitantes y que el derroche se acentuó en tiempo de los validos como el Duque de Lerma y el Conde Duque. Los despilfarros del Duque de Lerma, privado de Felipe III, acentuaron la decadencia económica. El Conde Duque trató de poner remedio y, al ascender al trono Felipe IV, aconsejó al Monarca algunas medidas a fin de contener el derroche de las rentas, pero sus ambiciosos planes de hegemonía política hicieron vanos sus esfuerzos y el lujo reinante en la Corte no disminuyó sino antes bien subió de punto. V.E. Schafer. Apuntes sobre las dificultades financieras de España durante el Reinado de D. Felipe IV según los documentos del Consejo de Indias. (Investigación y Progreso. Año IX. p. 276 y s.).

(2) Lucas. 20. 25.

(3) S. Paulus, Ad Romanos. 13. 7.

(4) (Al margen) La razón. Si fuera lícito compeller a los indios a las minas fuera lícito también compeller a los españoles porque eadem est vel major ratio, sed hoc nullus unquam audebit affirmare y si no lléguese a los españoles a decirles que labren ellos estas minas para la exaltación de la fee católica y destrucción de las herejías y verá si respingan. No ay duda sino que se levantarían contra el Rey y ninguno les tendría por obligados a tal, luego los indios solamente padezen esta opresión por ser gente indefensa y pusilánime y desarmada que si ellos tuvieran brío, ni nosotros la hizieramos ni ellos la padecieran.

4ª Razón ab *authoritate* porque *authores impresos in terminis* han condenado este género de tributo: el P. Rebello, el P. Joseph de Acosta, el P. Juan Pérez Menacho, Fr. Bartolomé de las Casas, Obispo de Chiapa y, podemos añadir, el Sr. Arzobispo Loayza, que se retractó al tiempo de la muerte y por la contraria opinión no se podrá citar autor ninguno que tales minas haya justificado. Antes me hace fuerza grandísima este argumento que de los principios inmediatos de todos quantos *authores* han escrito la materia de tributos se colige ser este pernicioso e injustísimo y hase de advertir que aunque S.M. y los de su Real Consejo tienen la opinión contraria, S. M. no es de creer que está bien informado de las muertes que pasan ni que tiene más parte en todo esto que remitirlo a su Real Consejo. Y los del son votos movidos de temor, apasionados y interesados, como también lo son acá los deste reyno, porque no osan decir cosa contra el interes de S.M. principalmente que también es suyo y en cosas ya entabladas y esta pasión, interés y temor de ofender al Rey y reynos de acá y de España y que no se levante todo el mundo les ciega para que vean una verdad tan evidente y una injusticia tan enorme.

5ª Razón es que los *authores* en esta materia tienen que en estando en duda si el tributo es justo o no le deben los vasallos pagar y que en duda se presume el tributo injusto luego pues por lo menos ay duda de si este tributo es justo o no, no le deben pagar ni se debe imponer de nuevo ni cobrarse adelante.

6ª Razón que el Rey mismo es interesado en que no se lleven adelante estas minas como están porque si ahora está tan rematada y asolada esa provincia, presto lo estará la que entrare de nuevo y luego la otra y otras que se fueran metiendo y así en discurso de tiempo se ha de venir a tal asolamiento de indios y provincias que sea imposible del todo labrar minas y entonces perderá el Rey no solo el tributo del azogue sino también el de las personas de los indios y toda la plata que con ellas se saca y quedará reducido a imposibilidad el sacarle de ahí adelante.

Finalmente si estas muertes por alguna vía se pudieran justificar, avía de ser por ser del todo necesario labrar estas minas, luego si mostráremos no ser necesario sino que se pueden labrar las minas de azogue y sacar la cantidad necesaria para que labre toda la plata que ahora quedará del todo inexcusable el hechar los indios a estas minas.

Art. 4º.—Cómo se podrá excusar hechar los indios forzados a las minas de Guancavelica.

El 1º remedio es que se traiga el azogue de Alemania ó de la China. Responden a esto que de Alemania ya se traen 4,000 quintales cada año sobre que S.M. tiene hecho asiento en Alemania y que no se puede traer más. Resp. que si se podrá traer más si se toma de veras este negocio y se paga a más precio del que ahora se dá, lo qual vendrá a ser en grande aumento de la hazienda real porque el azogue que puesto aquí no le cuesta a S.M. a 16 ps. lo podrá vender a más de 60 ó 80 a los azogueros y quando no huviese otra razón quite S.M. el estanco del azogue y dé licencia a los mercaderes de que lo traigan de Alemania que el interés lo hará que lo traigan y andará a rodo y si en esto S.M. pierde algún interés, resp. lo primero y principal que será muy bien perdido por asegurar su conciencia. 2º que es pequeño. 3º Que más pierde en que se destruyan sus indios tributarios y asuelen sus provincias. Y a lo de la China responden algunos con grandes

quimeras de que es imposible porque sería menester una flota para traerlo y los enemigos la tomarían y otras cosas tan frívolas como esta; la verdad es que es muy factible y muy llano supuesta la grandísima abundancia que ay dello, porque S.M. tiene en Sanchón, puerto de la China, factores reales y por medio dellos se podría comprar casi de balde y de allí a las Filipinas ay contratación ordinaria y así cada año navegan aquellas 100 leguas muchos navíos y de allí a Acapulco bien se sabe que cada año vá una flota real de donde puede venir con gran comodidad y sin costa considerable y 6,000 quintales de azogue no es carga que requiere flota ni tampoco para su defensa requiere armada, pues no ay navío pequeño en que no pueda venir más carga que esa y los enemigos no quieren azogue sino plata ni van a aquellos mares como piratas de navíos sino a sus contrataciones como nosotros y pues que se ha dado orden de que se traigan 4,000 quintales y sale muy bien no desmayemos sino pónganse medios eficaces para los 6,000 que faltan, aunque haya de costar alguna dificultad y trabajo el entablarlo, que será muy bien empleado para asegurar la conciencia real y quitar estas muertes y asolación de Guancavelica.

El 2º medio es que heche S.M. a labrar estas minas todos los condenados a muerte, indios o españoles, ó los que más se puedan, que desde Quito a Tucumán serán muchísimos cada año y en pocos se entablará la cantidad suficiente, lo qual sin controversia ninguna es justo porque se les conmuta la muerte natural en esta civil y ellos lo tomarán de muy buena gana y no es obra de crueldad de esta manera hechar a las minas sino de misericordia y es lo que usaron los antiguos romanos y otras naciones. A esto responden que no havrá suficiente número y que no se podrán detener porque se huirán. Son frívolas evasiones que pues los romanos y otras gentes se han dado maña para que no se huyan los forzados a minas, también nosotros la sabremos dar y podráse aunque sea hecharles prisiones. Y también se huían los galeotes y los indios compelidos ahora a las minas pero tráenlos y pónense ministros para estos indios condenados a estas minas.

El 3º medio es que se haga una ciudad o gran población de indios junto a Guancavelica o en ella misma y que allí se les den tales privilegios que ellos de buena gana y voluntariamente vengán allí a avecindarse como que no vayan a tales mitas ó que paguen menos tasa, que no les puedan compeler a servicios personales ningunos &, este es medio que tiene S.M. mandado poner y no se ejecuta porque en todo lo que tiene alguna dificultad replican que no quieren sino su plata y azogue, como está entablado y sin más cuidado ni gasto y de lo demás de que se mueran y acaben los indios o de que se encargue la conciencia de S.M. o la suya no se les dá nada y no ay que decir que allí no poblarán, porque es mal temple, que no es mejor el de Potosí y los privilegios lo han de acabar todo. Dirás: despobláranse los pueblos. Resp. No importa como estén allí.

El 4º medio me parece aún más fácil: que el Rey diese minas (como en Potosí, en Guancavelica a los particulares y les diese algunos privilegios o premios a los que más labrasen y, si fuese menester, les perdonase el quinto de los azogues y fuese a la décima que con esto la codicia haría a los españoles que buscasen indios que de su voluntad se quisiesen mingar y no menos que los de ahora. Porque si en las minas de Oruro y de Caylloma se han labrado tan ricas minas y sacádose tanta plata sin indios de mita y sin dar S.M. azogue, aquí que no es menester azogue para la labor y donde los privilegios les atraerán, por qué no hemos de conceder que se podrán labrar estas minas con indios mingas?. En los quales se quita la injuria y violencia, porque volenti non fit injuria. Dizen que no quita las muertes, pues

han de ser menos los mingas que ahora son los de mita ni se mejorarán por eso las minas ni causarán menos muertes que ahora. Dizen que esas muertes no las puede consentir el Rey porque será destruir los indios y despoblar los pueblos y asolar las provincias y que así tenetur ex justitia y ex officio a remediarlas. Resp. que es muy lindo que los que no quieren que sea injusticia que el mismo Rey heche forzados los indios al azogue, por otra parte digan que no puede el Rey permitir que voluntariamente se minguen. Digo, pues, que puede el Rey permitirles que se minguen, aunque se les hayan de seguir sus muertes, como puede consentir que se vendan ellos mismos por esclavos aunque no pueda el Rey venderlos por tales. Ni puede obligar al Reyno al servicio de los millones y puede recibirlos, si voluntariamente se le dá. Y esto no es injusticia, porque volenti non fit injuria ni la obligación que el Rey tiene de la conservación desta provincia, porque si ellos lo quieren aunque sea con su daño, por el mayor bien de toda la Iglesia de Dios y puede permitir que jueguen los galeotes y otras cosas semejantes, en lo qual nadie duda. Y aunque no dejarían de morir, serían menos porque ellos en viendo que les haze daño el azogue se quitarían del y no haría tanto daño porque se repartiría entre las demás provincias.

Finalmente destes medios todos digo que si qualquiera dellos no es bastante todos juntos lo serán y hazen evidencia moral de que el medio de hechar los indios forzados a las minas no es precisamente necesario para tener azogue con que labrar y sacar tanta plata como ahora se saca y pues lo que pudiera en alguna manera excusar sólo es la precisa necesidad que ay desta compulsión para que se saque este tesoro que se dize ser tan necesario para la Iglesia de Dios y para hazer guerra a los herejes y para la conservación de los reynos de España y destes, síguese que no ay excusa ninguna para quitar esta injuria y muertes de los indios de Guancavelica.

Art. 5º—Que no es necesario a la Iglesia de Dios y a la conservación de España ni de las Indias sacar este azogue.

Quieren los que defienden estas minas de Guancavelica que sean **absolute et simpliciter** necesarias para la conservación de los Reynos del Perú; para que no se destruya la monarchia de España y para la fe católica y Iglesia de Dios, de manera que no avrá Indias ni España ni Iglesia si estos indios no son compelidos a estas minas aunque mueran en ellas y no les falta sino decir que se caerá el cielo si estos indios no son compelidos a sacar azogue destas minas. Y ya hemos probado por una vía evidentemente que esto no es necesario, probando que aunque fuera **simpliciter** necesario ese tesoro y para él el azogue ay modos posibles y factibles como se saque sin esta compulsión. Pero probemos ahora en este artículo que ni aun el sacar azogue **quomodocumpe** es **simpliciter** necesario y asi no puede justificar estas muertes y agravios.

Y en quanto a lo 1º hazer dependiente la Iglesia de Dios de estas minas de Guancavelica bien se ve que, por una parte, es cosa poco pía, immo, del todo impía, pues como non eget Deus nostro mendacio, tampoco de nuestros agravios y tan terribles opresiones para conservarse y defenderse de los herejes pues portae inferi non praevalerunt adversus eam. Quantos años estuvo la Iglesia de Dios más florida que ahora sin Guancavelica? Quanto mejor medio es para conservar la Iglesia de Dios quitar agravios, opresiones y tan enormes tributos que hecharlos sobre las vidas de los indios forzados y sobre

las conciencias de los que las fuerzan?. Es posible que no tiene Dios en los infinitos tesoros de su omnipotencia y eterna sabiduría otro medio para conservar su Iglesia y defenderla de los herejes sino el azogue de Guancavelica y que no está fija en más sólido y inexpugnable fundamento la promesa y profecía de Cristo: *et portae inferi non praevalerunt adversus eam?*. Bien se ve que estos son miedos soñados y que *illic trepidaverunt timore ubi non erat timor*. Y quando tantos tesoros como estos fueran necesarios ya hemos dicho que ni el Rey tiene obligación ni necesidad de estas guerras ni estos indios de cargar todas las obligaciones de la Iglesia de Dios sobre si sino que se distribyera por partes iguales o proporcionales para toda la Iglesia de Dios o si quiera por los Reynos de España.

Casi la misma es la respuesta a lo de la precisa necesidad de los Reynos de España. Lo 1º negando tal necesidad. Pues como se conservó España tantos siglos sin Guancavelica se pudiera conservar ahora. Antes muchos niegan ser verdadero y sólido bien de los reynos de España la mucha plata que saca, porque dizen que la mucha prosperidad y abundancia ha traído consigo el demasiado regalo, superfluidad en gastos y ociosidad, juegos y pasatiempos y con ella se an afebinados los ánimos de los españoles, antes más fuertes y duros para cualquier honesto trabajo y que de aquí ha nacido la corrupción de nuestras costumbres que ha minorado la fortaleza española y su fama y reputación en las armas y que la plata ha empobrecido a España y enriquecido a las naciones extranjeras, porque no ha sido España sino una canal de su plata que corriendo perpetuamente por ella no para en ella sino haze estanque y se rebalsa en las demas naciones y que ha sido causa del inestimable empeño que tiene de tantos millones que la tienen destruída y imposibilitada de remedio. Pues si la grande abundancia de plata y inmensos tesoros de España han causado en ella la corrupción de costumbres y grande pobreza y empeño que vemos, cómo nos persuadiremos que no podrá España conservarse sin esta plata que tanto daño la ha hecho?. Quien se puede persuadir que no avrá fé ni religión ni fuerza para resistir a los enemigos herejes o no herejes en España sin tanta plata? Quando del demasiado fausto y pompa con que se vive se quitara una muy gran parte, no es cierto que no sólo no hiziera daño sino hiziera mucho provecho?. Y siendo cierto que de las rentas reales las más son de España y otros reynos y que del Perú no va a S.M. propio sino millón y medio y tiene 22 de renta, quien puede decir con fundamento que deste millón y medio depende toda España?. Y este millón y medio de sola Guancavelica? y, dado que fuera así que sea del todo necesario para la conservación de España, si España tiene esta necesidad, porqué ha de cargar sobre Guancavelica?. Y siendo cierto que quando un Rey es señor de muchos reynos los tributos se han de hechar a cada conforme a las necesidades dellos y no conforme a las de los otros reynos sujetos al mismo Rey.

Para la conservación deste reyno no solamente no es necesaria la compulsión de los indios de Guancavelica sino es muy dañosa: porque si en 50 años se han consumido de 6 partes las 5 de los indios, en 10 años no queda ya ninguno y si entran nuevas provincias, el mismo paso se han de ir asolando y quedarán todas las demás provincias comarcas inhabitables y, finalmente, se ha de venir a hazer (asoladas ya las provincias) lo que ahora se repugna que es no dar indios forzados a estas minas. Pero quando fuese así que la conservación deste reyno penda de alguna manera de la compulsión que se haya de hazer a estos indios, esa fuera para las mitas de la labranza y crianza y para los servicios de los tambos, porque esto es simpliciter nece-

sario para que los españoles se puedan conservar en esta tierra, porque si no no tendrían sustento, pero hecharlos a minas forzados en ninguna manera es forzoso para la conservación del reyno, pues sin eso avría plata más que sobrada para los gastos que tiene S.M. en el, que para los de los reynos extranjeros ya hemos dicho que no tienen obligación estos reynos y probado también que para ella esta plata no es necesaria. Y júntese la plata que se saca de Guancavelica, Oruro y Caylloma y las demás minas y la que en Potosí se saca con solos los mingas y los más mingas que avría de los que ahora ay si la mita cesara y se echará claramente de ver cómo la diferencia de la plata que ahora se saca a la que entonces avría es muy poca y que la plata que entonces se sacaría es más que sobrada para la conservación deste reyno.

Art. 6º—Respóndese a las objeciones.

Resta responder a las objeciones que al principio se pusieron contra nuestra resolución y a la 1ª que estos indios son de naturaleza servil tienen respondido muchos autores que es falsísimo que sean siervos o esclavos, que es gente que porque tiene poco de sabiduría, prudencia, experiencia y policía y poco también de valor son más para servir que para mandar, para ser gobernados que para gobernar se debe confesar, así como todos lo confesamos. Al modo que decimos lo mismo de los labradores de España, máxime de los sayagueses. Mas que sean propiamente siervos o esclavos, incapaces de dominio y sujetos al Rey o a otros particulares como esclavos a su Señor... (nadie lo podrá afirmar).

Parecer de los PP. de la Compañía del Colegio Máximo de San Pablo sobre la Mita de Potosí. 1670.

Excmo. Sr.— Luego que recibí el papel de V.E. sobre los agravios que padecen los indios en las mitas forzadas de minas y especialmente en la de Potosí, le comuniqué a los PP. más graves y doctos de este Colegio, noticiosos de las cosas del reyno y que han asistido en las provincias de donde se sacan indios para mitas de las minas: y todos de conformidad sienten y son de parecer que aunque a los principios pudo tener S.M. justos motivos para imponerles esta obligación y gravámen, han usado y usan tan mal de él los Corregidores y Mineros, tratando a esta miserable gente con tan graves extorsiones y agravios que encarga S.M. la conciencia si se continúa mayormente en Potosí, donde las minas están más de 700 estados debajo de tierra y son tan pobres los metales que apenas se pueden costear; por cuya causa tienen por más conveniencia los mineros que la mita se reduzca a plata, de que ha resultado notable fatiga a los indios, pues que hazen el entero en plata (que de ninguna suerte pueden en persona, por estar las provincias casi desiertas) venden sus pobres alajas y ganados y temiendo el rigor se ausentan de sus provincias desamparando sus casas, mujeres e hijos y han sucedido casos de notable desconsuelo, tanto que muchos se han llegado a ahorcar y despeña.

La tarea es tan continua que los obligan a trabajar de suerte que no les dejan tiempo para que se puedan instruir en los misterios de nuestra santa fe cathólica de que están careciendo en dispendio de sus almas y grave cargo de conciencia y así viven como gentiles muchos de ellos y otros pasándose a tierras de infieles que están circunvecinos a sus partidos hazen más dificultosa la conversión de aquella gentilidad con la noticia que les dan de los agravios que padecen por vivir entre españoles.

La Compañía tomó a su cuidado la doctrina de Juli y por excusar estos inconvenientes y otros muchos que se expresan en la carta de V.E. los PP. que allí están embían la mayor parte de la mita en plata, haziendo que los indios tengan sementeras para que con lo procedido de sus frutos se remidan de la molestia que padezen en Potosí.

Y así toda esta comunidad agradece el santo celo y vigilancia con que V.E. atiende al alivio de estos miserables y que tanto se desea porque no acaben de consumirse los pocos naturales que han quedado en estas Provincias y así nos parece que S.M. gravará su real conciencia si no se conforma con el parecer y dictamen de V.E. que es lo que se ofrece responder. Guarde Dios a V.E. muchos y felices años para bien y amparo de este reyno. De este Colegio de S. Pablo. Junio, 26 de 1670.

Luis Jacinto de Contreras — Ignacio de las Rosas — Ignacio de Arbieta — Diego de Avendaño — Christóval de Arandía — Jacinto de León — Francisco de Soria — Bartolomé Messía — Rodrigo de Valdes — Miguel de Lerma — Joseph de Torres — Joseph de Larrea — Andrés Gamero — Benito Bravo — Juan de Cantoral — Tomás de Manosalvas — Jacinto Barrasa — Diego de Equiluz — Francisco de la Maza — Antonio Lainez — Pedro López de Lara.

(Síguese la certificación del P. Gabriel de España, Secretario del P. Provincial, de ser auténticas las firmas del escrito de arriba, todos los cuales asistieron a la junta convocada por el P. Provincial y en el cual se examinó el papel del Conde).

Archivo de Indias. Charcas 268.

Carta del Conde de Lemos a S.M. sobre la Mita de Potosí.

Señor.— D. Francisco de Toledo que fué el Primer Virrey del Perú que dió leyes y Ordenanzas a los indios le gobernó 14 años y desde 26 de Noviembre de 1569 hasta 17 de Mayo de 1581 que le sucedió D. Martín Henriquez revisitó, numeró y puso tasa a los indios que se hallaron en este Reyno, sin incluir en la numeración las Provincias del Tucumán, Paraguay y Buenos Ayres y Chile ni los 6 Corregimientos más cercanos al distrito y jurisdicción de la Rl. Audiencia de Quito.

En esta numeración y revisita se hallaron 1'077,697 indios. Los 277,697 dellos fueron áviles para pagar las tasas y tributos que les señaló y los 800,000 indios restantes quedaron reservados de pagar tasas y tributos, por biejos mujeres y muchachos.

Redujo este copioso número de indios a 614 repartimientos que, por otro nombre, se llaman encomiendas y a diferentes pueblos que les mandó fundar, sacándolos de las rancherías en que vivían desde el tiempo del Inga y su gentilidad, señalándoles curas que les administrasen los SS. Sacramentos y educasen en los misterios de nuestra santa fee católica. Y para que se cobrase dellos lo que devían pagar cada año por sus tasas y tributos y fuesen mantenidos en justicia instituyó, creó y señaló corregidores en otras tantas Provincias, agregando a cada una la parte que les cavía en prorrata de los 614 repartimientos.

Adjudicó para el cerro rico y minas de Potosí 13,800 indios, dejando obligadas 16 Provincias al entero de esta mita y con rebajas que ha ido ocasionando la disminución de los indios y su menoscabo han quedado en pocos más de 3,000. Las provincias están tan faltas y acavadas que de ninguna suerte pueden continuar el entero de la mita y lo que sucede es que la procuran ajustar los Corregidores de las 16 Probs. por mano de los Curacas, mandones, Caciques y Gobernadores y en orden a que esto tenga efecto usan de medios sangrientos y rigurosos, colgando a los indios de los cabellos y en muchas partes ponen horcas, meten en cárceles rigurosas y azotan con crueldad.

Biéndose oprimidos los indios se huyen y ausentan de sus pueblos y muchos dellos se retiran a tierras de inieles y otros se han dejado despeñar con sus hijos y mugeres pereciendo a manos de su misma cobardía y ha avido indios que han quebrado las piernas y brazos a sus hijos por no verlos sujetos a la esclavitud desta mita.

De algunas Provs. los lleban en colleras, pendientes de la cola de un caballo, en distancia de 80 y 130 leguas, con que es de creer van arrastrados y llegan lastimados al trabajo y ocupación de la mita. Los Corregidores se ven obligados a valerse de medios tan inhumanos y formidables para ajustar el entero de su obligación, por excusar que el Corregidor de Potosí no les haga causa y ponga en una cárcel embiando jueces que los destruyan.

Y es el caso que los indios poseían y beneficiaban muchas tierras aun mas de aquellas que avían menester para su sustento y de lo procedido de los frutos que llevaban a vender a Potosí enteraban sus mitas, dando el dinero necesario para que se alquilasen indios en lugar de los faltos o de los que se querían redimir desta ocupación como oy sucede en los indios de Juli, cuya enseñanza y doctrina está a cargo de los PP. de la Compañía de Jesús.

Y como en la repartición que se hizo en el gobierno del Marques de Manzera les dejaron las tierras suficientes para sustentarse pero no las que avían menester para el entero de la mita se huyeron y ausentaron a provincias exentas de esta obligación.

Estos inconbenientes siendo tan graves y escrupulosos han crecido más desde que el Marqués de Manzera en virtud de cédula de V.M. hizo vender las tierras que poseían los indios, porque como quedaron desacomodados y sujetos a la opresión y trabajo de la mita se esparcieron en todo el Perú buscando el alivio y descanso que solicitan las fieras, retirándose muchos de ellos a tierras de infieles con que se a hecho inasequible el entero de la mita. mita.

Oprimidos los Caciques, Gobernadores, Curacas y Mandones de la obligación del entero, porque los Corregidores de las 16 Provs. lo fían de su cuidado le procuran con todo anhelo y vigilancia y por librarse de las molestias y vejaciones que pueden padecer enteran en persona algunos indios, sin deducir los de la séptima que ay en todos los pueblos, como V.M. lo tiene mandado para que puedan descansar 6 años, cohaviten con sus mujeres y beneficien las tierras y por librarse del desamparan los indios sus tierras, casas y familias, con desconsuelo de sus hijos y mujeres.

De aquí nace otro inconbeniente mayor, porque como están casi los más pueblos desiertos y desamparados recae la obligación de todos sobre los presentes y sin remuda ni tener descanso acuden a la mita.

En algunas Provs. nombran capitán general que sustituyendo por el Corregidor conduce y entera la mita en Potosí con cargo de que acavado el tiempo de ella vuelva los indios a sus pueblos.

Y si al Capitán General, pongo por ejemplo, no le entregan en las Provs. de su cargo más que 200 indios, le hacen enterar 500, si son tantos los que deven enterar sus Provs. como si fuese suya la obligación, para cuyo efecto lo prende el Corregidor de Potosí, embarga y vende sus bienes, haziendo que por cada indio falto pague 7 ps. y medio a la semana, cuyo entero por la especulación que hizo el Conde de Alba de que dejó relación en este gobierno importa en cada año más de 700,000 ps. fuera de los indios que se enteran en persona, según consta de un testimonio que le embió el Obispo D. Fr. Francisco de la Cruz, a quien cometi6 la visita y apuntamiento general de la mita y para que esto se entienda mejor me explicaré más.

Los Corregidores apremiando a los Curacas recojen la mita y por no aver indios en las provincias para el entero efectivo de su obligación según la última revisita la recojen parte en persona, parte en plata y parte de prometido, de todos hazen lista como si fuesen en persona, con nombres supuestos que llaman indios por párrafos; nómbrense capitanes particulares que recojen los de su cargo y capitán general que sustituye por el Corregidor sobre todos. Llegan al desaguadero de Potosí, donde se hace la entrega y porque de ella ha de dar testimonio un escribano combidan indios para que allí parezcan y con los nombres que lleban en las listas pasan muestra, andando al moyo, esto es a la redonda.

Llénase la lista de que da testimonio el escrivano el qual se remite al Corregidor de Potosí, ante quien y los azogueros interesados se presenta el Capitán General, refiriendo en verdad los indios que ha traydo de las provincias en persona. Pero le combencen con el testimonio y entrega y, amenazado, ofrece enterarlos en plata y con efecto por redimir la bejación entera por cada indio falto en cada semana 7 ps. y medio para que se alquile otro en su lugar. La semana tiene 5 días de trabajo, porque el Lunes no se cuenta, respecto de que se consume en repartir, los indios y hacerlos que entren en la mina. Con esta ocupación están todo el año divertidos en la mita los indios, caciques y gobernadores, sin que tengan tiempo para instruir en los misterios de nuestra Sta. Fee Cathólica ni acordarse de que son christianos y así viven con el poco temor de Dios, que es notorio y descuido de su gentilidad. Al indio de mita como llevo referido no se le paga el lunes, estando ocupado en el entero y prompto al trabajo, demás que el conducirlo y entrar en la mina es precio estimable, con que al año le dejan de pagar 52 días que entre todos importa cantidad más considerable en tantos años como ha que esta introducida aquella mita.

El jornal del indio de mita es de 4 rs. pagando 12 al que se alquila por servicio voluntario; en que hago dos reparos, el primero en la desigualdad de ambos jornales; el segundo que los 4 rs. que el minero havia de pagar al indio de mita cada día, se devían rebajar de los 12 que entrega el minero para que se alquile otro en su lugar, pues de lo contrario viene a resultar que el minero se sirve del indio sin pagar el jornal que devía pagar al indio de mita, injusticia que procuró remediar el Conde de Alba, despachando provisión para ello, pero no ha tenido efecto porque como los ejecutores son interesados en estas y otras conveniencias no se sujetan a las leyes, cédulas y provisiones reales y sólo ejecutan lo que puede ceder en su favor y aumento de sus haciendas.

Por estar así todas las provincias destinadas a esta mita desiertas y desamparadas no pueden los caciques y capitanes generales acudir con la mita por entero y conforme la ordenanza despacha jueces el Corregidor de Potosí con días y salarios que causan las injusticias y agravios siguientes: cobran en dinero a razón de 7 ps. y medio por cada indio falto, sin averiguar si estan vivos o muertos; no se considera si están impedidos o enfermos; no se baja en la cobranza lo que havían de aver si trabajasen; tampoco se recibe en cuenta lo que se les devía pagar por la ida y buelta; cobran los rezagos y faltas que hicieron los fugitivos de los que están sin culpa y presentes en sus pueblos pagando unos el delito que cometieron otros; ejecutan esta pena y condenación siendo tan grave sin que aya ley ni ordenanza que lo disponga; cobran indistintamente los rezagos, los mineros que usan bien y mal de los indios, con que se cobran los de plata y faltriguera en que ay diferencia. (Llaman indios de plata cuando se alquilan otros que trabajan con el dinero que va de las provincias por cuenta de los indios faltos y de faltriguera quando los mineros se quedan con el dinero, sin restituir otros en lugar de los que faltan) y ay hombre en Potosí que, por no tener labores se aprovecha de 30,000 ps. al año y muchos de 6 y 8,000 sin dar un solo real de beneficio a la Real Hacienda; no se sustancia la causa, dando defensa a los indios y cobran a bulto por los que faltan que es lo mismo que por los muertos y ausentes que no se ve donde están. Desta calidad de rezagos nada pertenece a V.M.

No consta antecedentemente de los daños que padecieron los mineros: la que puede ser culpa del Corregidor, estanciero o cacique la pagan los indios particulares; cobran los rezagos y falta de la mita de los presentes, sien-

do notorio que los indios son pobres de solemnidad; véase contra provisiones y ordenanzas expresas del Gobierno que mandan que los indios no sean condenados en dinero por ninguna falta. No prefieren siquiera el sustento de los indios y de sus hijos y mujeres en esta cobranza; ban jueces con días y salarios sin saber contra qué reos; queda la obligación en el dinero, no habiéndola en la persona; condenan al indio que falta y no se acuerdan del español que lo detiene en su casa o hacienda sin dejarlo ir a su pueblo; no se admite excusa ni excepción contra los rezagos siendo notoria la dificultad que ay en la reducción de los indios a sus pueblos y falta en las provincias y últimamente, se save que están los más de los indios en las provincias que ni mitan y se cobran de las que mitan, deviendo tener más alivio por más afligidas y apuradas.

Con esta opresión y tiranía se a continuado la mita de Potosí que han lamentado muchas personas celosas del servicio de Dios y de V.M. teniendo por injusta esta ocupación y contraria al derecho natural. Con ella les falta tiempo para educarse en los misterios de nuestra Sta. fee cathólica y como he referido no cohabitan con sus mujeres ni cultivan sus tierras con que se hace imposible la conservación y aumento deste reyno.

Huyen de sus reducciones y muchos se van a tierras de infieles, dejando en notorio desamparo sus hijos y mujeres por cuya causa están los pueblos y provincias destinadas a esta mita sin gente y ay lugares en las Indias donde las mujeres hacen oficio de alcaldes por no haver hombres que lo puedan ser. A que se añade que los indios que buelven a sus tierras se hallan con el gravamen de pagar el tributo señalado por la tasa y con nueva opresión del Cura y Corregidor que los apremian cada uno por su parte a hilazas y tejidos y a que involuntariamente compren mulas, vino y aguardiente y a que cultiven las tierras por su cuenta y anden en sus chácaras, tratos y granjerías, haviendo consumido en ida y vuelta de la mita de Potosí en muchas provincias más de 300 leguas, y es su mayor daño y perjuicio que este gravamen molestia y tiranía renace y se continúa en unas provincias continuamente y en otras cada 2 ó 3 años, sin que puedan tener descanso para la conservación de la vida humana. Y así tengo por cierto que las piedras de Potosí y sus minerales están bañados en sangre de indios y que si se exprime el dinero que de ellos se saca ha de brotar más sangre que plata.

Y en prueba de esto diré en breve lo que me ha sucedido con el Corregidor y azogueros de Potosí. Tube noticia de tres cosas dignas de prompto remedio: hacían trabajar a los indios de día y de noche metidos 600 estados debajo de tierra con una barreta en las manos que la que menos pesa tiene más de 30 libras de hierro, entrando el Lunes en la mina en que están sin horas y tiempo de cada día que huviesen de trabajar sin que el trabajo sea ver la luz del sol hasta el Domingo por la mañana que salen, de modo que ignoran cuándo es de día y cuándo es de noche en toda la semana, padeciendo grande incomodidad por las humedades del agua de que están llenas las minas y mucho frío que todo es de notable perjuicio a su salud.

La segunda obligaban al Capitán General de la mita a que enterase los indios que no le entregaban los Corregidores y a los que enfermaban y morían en el camino o se ausentaban, después de hecha la entrega, sin culpa ni intervención del capitán general.

La tercera, despachaban jueces contra los corregidores por la falta de indios de años atrasados.

Viendo los grandes inconvenientes que deste abuso se seguían a la causa pública bien y conservación de los indios, determiné con parecer y

comunicación del Visitador D. Alvaro de Ibarra que los indios conforme la ordenanza de D. Luis de Velasco, mi antecesor que con grande inteligencia especuló estas materias trabajasen de día y descansaran de noche. Esto mismo tiene mandado V.M. en diferentes cédulas en el primer tomo de las impresas en la pág. 321, cap. 51 advierte V.M. que han de ser moderados estos trabajos y que sepan los que excedieren en ello que han de ser gravemente castigados.

En cédula del año de 1601 dispone V.M. que la ocupación de las mitas de minas sea con la limitación de tiempo, moderación de trabajo y justificación de jornales que declarare y ordenare el Virrey del Perú y en el cap. 26 se añade que se considere las horas del día que han de trabajar los indios, así en las minas como en las demás labores y si aquellas fuesen contra su salud y de mucha incomodidad y bejación suya, señale el Virrey las horas y tiempo de cada día que huviesen de trabajar sin que el trabajo sea excesivo ni mayor del que permite su complexión y fuerzas y de manera que no recivan daño en su salud.

Esto mismo se repite en la cédula del año de 1609, en el cap. 11, 33 y 34 y el Dr. Solórzano en su Política a f. 98 dice que conformándose con lo que dispone el derecho nadie puede ser oprimido a trabajos de noche sino es en un caso de inminente aprieto y necesidad y añade que siendo Gobernador de Guancavelica no se pudo ajustar a la costumbre que halló entablada de que unos indios trabajasen de día y otros de noche.

También ordené que el capitán general no tuviese obligación de entregar más indios de los que recibía en las provincias, según y de la suerte que se los entregasen los corregidores y que habiendo falta en el entero de la mita el Corregidor de Potosí despachase jueces contra los Corregidores a cuyo cargo está el entero de la mita, sin que por ello fuesen molestados los caciques y capitanes generales y que esto fuese en cada año sin reserbarlo para otros, porque despachándose jueces para el entero de 6 o 7 años atrasados se ocasionaba el inconveniente de enterar unos corregidores lo que otros dejaron de hazer y que de una vez y como de golpe destrutasen las provincias y totalmente quedasen desamparadas las reducciones de los indios, dejándolos con el gravamen de que unos mismos vuelvan a continuar el año siguiente en esta formidable ocupación y sin el descanso que han menester para conservar la vida humana. De la ejecución de estas tres órdenes han resultado muchas quejas del Corregidor y mineros de Potosí, amenazándome que han de tener grande baja los quintos reales si no mando que los indios trabajen de día y de noche, paliando el abuso con diferentes pretextos ajenos de toda razón, tanto que habiendo mandado que se juntasen todos y confiriesen el medio más suave y proporcionado para que se hiciese la numeración de las 16 provincias destinadas a la mita, me respondieron que la numeración se podía hazer por los curas y corregidores, con cuyo parecer no me he conformado porque estos son los más interesados en la ocultación de los indios y fiándolo de su cuidado podría ser tuviese grande baja la mita por cuya causa fué deste mismo dictamen el Conde de Alba y el motivo principal que tienen los mineros para querer que por este medio se haga la numeración no se encamina al servicio de V.M. sino a la conveniencia que deste luego reconocen en excusar la paga y satisfacción de los jueces, escribanos y alguaciles que pueden ir a numerar las provincias y así en quanto a este punto insisto en lo que tengo escrito en carta aparte, caso que V.M. determine se continúe el trabajo y ocupación de esta mita (que Dios no permita).

También me escribieron que renunciaban la numeración si no se mandava que los indios trabajasen de día y de noche y juntamente no se numeraban otras 16 provincias que por todas hazen 32, aunque no estaban destinadas a la mita. A que respondí que sin orden particular de V.M. no podía ni debía mandar que se agregasen nuevas provincias a la mita de Potosí ni que los indios trabajasen de día y de noche, advirtiéndoles lo que tuve por conveniente, en orden al aumento de los reales quintos y tengo escrito al Corregidor que le suspenderé del oficio y castigaré severamente si por su culpa tienen baja y disminución los reales quintos.

Y sin tener noticia de los inconvenientes referidos de que brevemente y como por índice he informado y hecho mención en esta D. Fr. Gerónimo de Loaiza, primer arzobispo desta ciudad, se retractó estando para morir del parecer que le dió a D. Francisco de Toledo en orden a que los indios podían ser compelidos a las mitas de minas, pidiendo en cláusula de su testamento se representase así a V.M. (1).

Lo mismo sucedió a Fr. Miguel de Agia, religioso de S. Francisco que mudó el parecer que dió a D. Luis de Velasco, después que reconoció por vista de ojos el quebrantamiento de la libertad natural, juzgando por injusta la ocupación de las mitas forzadas de minas. Y si esto reconocieron entonces, qué dirían en el estado presente, donde como a porfía se han ido cada día aumentando los agravios que padecen los indios y la opresión y tiranía con que los tratan .

La Ley de partida manda que en los exércitos no cansen las bestias con las cargas, porque mueren muchas ó se dañan, que es cosa que se toma en gran menoscabo de la hueste, quanto más se deve atender que los indios que son racionales y están declarados por libres no sean molestados con cargas tan pesadas.

Bien lo previno el Sr. Emperador Carlos V, en cédula de 1529 mandando con pena de confiscación de bienes y perdimiento de los indios que ninguno los ocupe en las minas y en otra del dho. año de 1529 que se refiere en el 4º tomo de las impresas, en la pág. 225, ordena que aunque los indios voluntariamente se quieran ocupar en este ministerio no los apremien a trabajar contra su voluntad.

Y despues, conocida la fragilidad, desta gente, su miseria y cortas fuerzas, en cédula de 1551, dirigida al Lic. Gasca, que governó este reyno, estrecha más esta materia con las palabras siguientes: "La provisión que decis que hizo el Obispo de Palencia al tiempo que en esa tierra estubo para que se sacasen de las minas los indios que contra su voluntad o con ella estuviesen en ellas e lo que después vosotros proveisteis me ha parecido bien para remediar parte del daño que esos naturales reciben, pero porque del todo cese, está por S.M. acordada provisión para que no se hechen en ninguna manera indios a minas, la qual con esta os mando embiar duplicada, ternéis cuidado de que se guarde y cumpla en todo y por todo como en ella se contiene". Y la razón se deduce de otra cédula despachada el año de 1549 en aquellas palabras: porque no solo es en disminución de sus vidas sino también grande estorvo a su conversión a la santa fee cathólica y esto mismo reconoció el Sr. Emperador Carlos V, en cédula del a. de 1528 y vi, porque demás de ser esto en tanto de servicio de Dios N.S. y tan cargoso a nuestra real conciencia y contra la religión christiana porque todo es estorvo para la conversión de los indios a nra. santa fee cathólica que es nro. principal deseo e intención y lo que todos somos obligados a procurar, viene también desto mucho inconveniente para la población y perpetuidad de la tierra

porque a causa de los excesivos trabajos que se les han hecho y hacen han muerto y mueren muchos.

Por redimir los cautivos se pueden vender los bienes de las Iglesias, cálices, patenas y habiendo prometido los SS. Reyes Católicos, progenitores de V.M., a la Santidad de Alejandro VI, al tiempo de la conquista de estos reynos, que quando conviniese derramarán su sangre real por la defensa y conversión de los indios, ha llegado el caso de que V.M. con su santo celo los ampare y defienda, sacándolos de la cruenta esclavitud que padecen en la opresión de la mita de Potosí no sea que el cielo oiga su continuo clamor que cada día crece y se haga más lamentable con la continuación de sus agravios y destruya totalmente este reyno, acrecentando los trabajos de la Monarquía pues no puede tener buen logro la plata adquirida por tan malos medios.

Es cierto que los indios se van consumiendo y acabando a toda prisa con las opresiones y malos tratamientos que reciben y las ausencias que de sus casas y haciendas hazen, sin quedarles tiempo desocupado para ser instruidos en las cosas de nra. santa fee cathólica ni para atender a sus granjerías ni al sustento de sus mujeres ni hijos de donde pende su conservación y aumento, como V.M. refiere en cédula de 1601. Y tengo muy presentes los renglones que de su letra y real mano puso el Sr. D. Felipe IV, el Grande, que está en el cielo, al pié de la cédula que mandó despachar el año pdo. de 1628 y ví: quiero que me déis satisfacción a mi y al mundo del modo de tratar esos mis vasallos y de no hazerlo, con que en respuesta de esta carta vea yo ejecutado ejemplares castigos en los que huvieren excedido en esta parte, me daré por bien servido y asegurado que aunque no lo remediéis, lo tengo de remediar y mandaros hazer gran cargo de las más leves omisiones en esto por ser contra Dios y contra mi y en total destrucción de esos reynos, cuyos naturales estimo y quiero sean tratados como lo merecen vasallos que tanto sirven a la monarquía y tanto la han engrandecido e ilustrado.

Y porque el Arzobispo de Lima tubo descuido en no haver procurado por su parte el remedio de estos excesos o siquiera avisado dellos, el Sr. D. Felipe II en cédula de 27 de Mayo de 1582 le dice así: Y porque haviéndose proveido tan cumplidamente lo que ha parecido convenir al bien espiritual, temporal y conversión de los indios, teniendo tanto cuidado de procurar que fuesen doctrinados en las cosas de nra. santa fee, mantenidos en justicia y amparados en su libertad, como subditos y vasallos nros. entendíamos que nuestros ministros cumplían lo que les havíamos ordenado y de no haverlo hecho ni cumplido y llegado a estado de tanta miseria y trabajos nos ha dolido, como es razón y fuera justo que Vos y vuestros antecesores, como buenos y cuidadosos pastores, hubiérades mirado por vuestras ovejas, solicitando el cumplimiento de lo que en su favor está proveído o dándonos aviso de los excesos que huviese para que los mandásemos remediar y se cumpliese nra. voluntad que es de que estos pobres gocen de descanso y quietud y conozcan a N. Señor para que mediante su divina gracia y la predicación del Sto. Evangelio puedan salvarse.

Estas cédulas y especialmente la instrucción secreta que V.M. se sirvió de mandarme entregar, quando vine a govarnar este reyno, en que me dice descarga su conciencia real en fiar de mi cuidado la conservación y alivio de los indios, me necesitan a representar a V.M. con cierta y verdadera conciencia que tengo que los indios aplicados a las mitas de las minas, especialmente a la de Potosí, estan gravísimamente vejados, molestados y aflijidos. Así lo digo para descargo de mi conciencia.

Y es sin duda que esta mita ha sido causa de muchos años a esta parte de grandes pecados y ofensas que se han hecho contra el servicio de Dios N.S. y de V.M. por el perjuicio y agravio notorio de los indios. Y que los mineros están incurso en la Bula de la Cena como infractores de la libertad natural y si V.M. no toma resolución de quitar esta mita forzada donde tantos inconvenientes ha mostrado la experiencia se vendrán a acabar y aniquilar totalmente las provincias con grave cargo de la conciencia real. Así lo juzgo; así lo siento y afirmo y de este mismo dictamen y parecer han sido muchos hombres doctos y religiosos.

Y haziendo el ánimo de que V.M. no quiere los tesoros de Potosí por excusar tantos pecados y agravios como se an cometido y cometen cada día, tengo viva fe de que Dios premiará el santo celo de V.M. dándole por otra parte mayores riquezas. Haviendo oído al Procurador del Mineraje de Potosí y conferido largamente este punto con el Visitador D. Alvaro de Ibarra, concurriendo en la conferencia muchas veces el Fiscal y Protector General, con el celo y cuidado que devo y pide mi obligación, juzgo que V.M. según el estado presente de la monarquía, tomando medio en esta materia, deve mandar por lo menos se quite desde luego la mita forzada de Potosí y que acudan a las labores del cerro los indios que voluntariamente quisieren trabajar. De aquí pueden nacer muchas conveniencias a la conservación del reyno y a la real hacienda.

Los que tuvieren minas que poder trabajar en Potosí lo harán con indios voluntarios. Descansarán las Provincias y los indios ausentes y fugitivos volverán a sus reducciones. Más de 24,000 indios están avecindados en las rancherías de Potosí y los que tuvieren codicia y voluntad de quedarse allí se podrán alquilar voluntariamente obligándoles solo la seguridad de la paga y buen tratamiento de los azogueros como se experimenta en algunos asientos de minas que no teniendo mita forzada están poblados los ingenios de indios voluntarios. La dificultad consiste que siendo pobres los metales de Potosí no podrán sanear la costa pues ha de ser el jornal no cómo a indios de cédula sino el que corre en Potosí con los voluntarios y en otras partes donde no están repartidos indios. A que se responde que los azogueros de Potosí con la codicia de que en la mayor parte de la mita se entera en plata traen labores por cumplimiento, sacando los metales que bastan a manifestar con apariencia que trabajan porque no les quiten los indios y desengañados deste socorro, de necesidad trabajarán, por no despoblar los ingenios, procurando con los indios que adquiriere su industria y buen tratamiento mejorar su fortuna. Si se tomara esta resolución con brevedad se excusarán muchos pecados, cuidados y alborotos quedarán las cosas en su lugar y sin el peligro que trae consigo el medio que se huviere de elegir para reformar el abuso de Potosí, que es imposible hablando moralmente, porque han de matar al juez que lo quisiere remediar y se ha de consumir largo tiempo sin poder llegar al fin que se desea, como sucedió en todo el gobierno del Conde de Alba y en más de 5 años que governó el Conde de Santisteban, tratando continuamente desta materia y sin esperanza de poderla componer, tanto que viendo las imposibilidades de ajustar la mita en persona y las grandes dificultades que se ofrecían, escribió papel al Visitador, D. Alvaro de Ibarra pidiéndole parecer sobre si podía y devía mandar que se enterase en plata, por excusar la bejación y molestia que padecían los indios. A que respondió era injusticia notoria y contra su libertad reducir a plata el servicio de los indios que se introdujo por excusar la ociosidad, como consta de un tanto del papel y respuesta que va con esta: Por este medio juzgo se vendrán a reducir los indios voluntariamente a sus pueblos, contentándose

con las tierras que les dejaron, por no tener necesidad de frutos que vender para el entero de la mita. Crecerán los tributos en beneficio de la Real Hacienda y a pocos años será manifiesto el aumento de las provincias.

Los quintos de Potosí importan menos de 400,000 ps. cada año, con poca diferencia, porque lo demás proviene de otros derechos reales, paga y satisfacción del azoque que se vende de cuenta de S.M. con que lo que se arriesga no es tanto como lo que viene de aquellas cajas.

Todas las minas han tenido término y último fin; ya no dá metales de buena ley el cerro de Potosí y la mayor parte de los que se funden y benefician en los ingenios de aquella villa se traen de los contornos y minerales más cercanos, dando a entender que son del cerro; han conservado los mineros el engaño de la mita. Esto lo confiesan el Corregidor y mineros de Potosí en diferentes cartas que me han escrito por donde juzgo se ven obligados a fatigar y apremiar más a los indios, queriendo con la mayor saca de metales suplir la menos ley que tienen, agravando a los indios en la ocupación y trabajo y solicitando que de otras provincias no destinadas no destinadas a la mita lleven indios para acrecer la saca de metales y suplir la falta que se reconoce en las provincias destinadas con los muertos y ausentes, en que ay tanta disminución que el Obispo Cruz, en carta particular que escribió al Conde de Alba refiere que de algunos pueblos llevaban las mujeres para poder llenar el número de la mita, lo qual prohibió el Conde con graves penas y oy sólo en la provincia de Pacaxes van en párrafos más de 900 indios, según un testimonio que recibí el año pasado del Corregidor de la Provincia que tengo en mi secretaría, los quales se enteran en plata.

Otro remitió el Obispo Cruz al Conde de Alba en que se refiere que de la Provincia de Porco havía más de 4 años que se enviaban 60,000 ps. cada año para el entero de la mita, según la relación que dejó en este gobierno firmada de su nombre. Y el Presidente D. Francisco Nestares Marín, ministro celoso del real servicio refiere que este abuso está introducido en Potosí y que muchos mineros se quedan con la plata porque tienen más conveniencia en retenerla que en trabajar en las minas y que esto es causa de que los quintos sean tan cortos y las provincias estén destruidas y aniquiladas.

El Obispo Cruz en carta que escribió al Conde de Alba, su fha. 2 de Agosto de 1659, añade que la disminución de los Rs. quintos en los años antecedentes se originó de estar 38 ingenios de la rivera de Potosí parados y algunos dellos desiertos y que en muchos de los corrientes solo molían pallacos, que así llaman al metal pobre, de que se reconoce quantos motivos concurren para tomar esta resolución.

Y porque puede ser que sin embargo, de la urgencia de estas razones y de ser de tanto escrúpulo y gravamen a la conciencia real, pues oy se hallan los indios, siendo libres y sin haver cometido delito, condenados al metal que, fuera de la pena de muerte, es la mayor que hallaron los romanos, parezca árdua esta propuesta queriendo preferir al servicio de Dios y de V.M. la conveniencia de los quintos, que de ninguna suerte se pueden sacar sin incurrir en los inconvenientes que he referido, que no me prometo de la real clemencia de V.M.

Sería no de tanto perjuicio conservar con indios voluntarios la lavor de Potosí, donde están avencindados muchos que lo pueden hacer y aplicar los indios de esta mita a S. Antonio de Esquilache, Carangas, Cailloma, Puno y otros minerales cercanos a las provincias, dando las órdenes convenientes para que sean bien tratados y no molestados, aumentándoles el jornal y qui-

tando de raíz los indios de plata porque este venero introducido en Potosí está allí tan arraigado que sino es por este medio siempre se ha de continuar.

Los mineros y corregidores de Potosí no han tenido otra defensa para las tiranías que han obrado que intimidar a los Virreyes, Presidentes y Oidores, asegurando se acaban los quintos Rs. y pierde la Monarquía, como lo han hecho conmigo y así no se an atrevido a poner la mano con el rigor que pide este exceso. Antonio López de Quiroga, que es el minero más rico de Potosí, estuvo conmigo en Puno y me aseguró que si los metales desechados de aquel asiento tuviese Potosí, diera una grande riqueza. Pues qué razón ay para que por conveniencia de 4 o 6 interesados que tiene Potosí se aplique toda la fuerza de los indios al cerro, a título de que fué mina rica, pudiéndose en otras partes sacar más utilidad y provecho, con menos vejación y molestia de los indios.

Y por si estas razones no movieren el ánimo de V.M. a tomar la resolución que propongo, se ha de servir de mandar confirmar los 3 puntos que he determinado en favor de y alivio de los indios, declarando si se an de apuntar las 16 provincias que de nuevo piden los mineros de Potosí, con presupuesto que si esto se ordenare se acabarán de todo punto las provincias.

Y para que V.M. reconozca el motivo de esta pretensión y los inconvenientes que se ofrecen por una y otra parte los referiré brevemente. Es así que muchos indios de los que están destinados a la mita de Potosí se han averdado en otras 16 provs. que no tienen esta aplicación, así porque no les dejaron tierras suficientes, para demás del sustento, poderse ayudar al entero de la mita, quando se vendieron de orden del Marqués de Manzera, en virtud de cédula de V.M. que era el único medio con que se conservaban en sus reducciones, según tengo referido, como porque se quisieron exonerar del riguroso trabajo de la mita, ausentándose a partes donde no pudiesen ser aprendidos.

Alegan los mineros que estos no deven ser de mejor condición que los que quedaron en sus pueblos y reducciones, sujetos al trabajo y ocupación de la mita. Por la parte contraria hazen las razones siguientes que tuvo por tan eficaces el Conde Alba que no se atrevió a tomar resolución en este punto. Los indios adquieren domicilio por 10 años de que dicen no pueden ser despojados sin que se les haga injusticia; haviéndoles quitado y vendido las tierras que poseían, señalándoles otras en pedregales y de poca utilidad, pero suficientes para sus sustento, se retiraron de sus provs. huyendo la opresión y vejaciones de la mita, por no tener recompensa en los frutos que producen las que les dejaron con que poderse ayudar al entero de la mita en plata, como lo hacían por lo pasado, redimiéndose de tan rigurosa ocupación. Es tan eficaz el derecho del domicilio que el Príncipe de Esquilache, siendo Virrey deste reyno, despachó provisión en favor de los indios destinados a la mita de Potosí, en 15 de Marzo de 1617. Y también el Conde de Salvatierra, con parecer del Rl. Acuerdo en 26 de Noviembre de 1654.

Los indios que se hallan cercanos a los Chunchos y otros infieles, oprimidos con esta novedad, harán tránsito a ampararse dellos como lo han hecho otros. Hallándose connaturalizados en otras provs. de temple caliente, sería de grande riesgo a su salud reducirlos ahora a Potosí, inconveniente que reconoció D. Francisco de Toledo en la reducción general que hizo en este Reyno y que V.M. tiene prevenido por diferentes cédulas. Es impracticable esta reducción por falta de personas que la hagan y ejecuten como se deve y fuera diligencia con manifiesto agravio de los indios y de ninguna utilidad a V.M. y a los interesados. Han de desamparar los pueblos donde los pudiesen contra su voluntad.

Los más indios avecindados fuera de su origen son ya hijos y nietos de los originarios de las 16 provs. que conservan el nombre de forasteros, por sus abuelos y padres y quererlos apuntar para la mita, sacándolos involuntariamente de las provs. donde nacieron para que acudan a mita forzada en Potosí tiene grande inconveniente, además que es de recelar que este veneno se penetre en los demás indios que no son originarios de la mita y por librar-se de la se perturben las provincias haciendo lo mismo que hicieron los que se acogieron a ellas. Daño que con el tiempo no se ha de poder remediar y si acaso quedaren los indios originarios de la mita de Potosí en las provincias donde oy residen que lo tengo por imposible, queriéndolos apuntar para mita forzada, sin duda ninguna serán indios de plata y de faltriguera, como hasta aquí se ha continuado que ha sido la causa de su destrucción y ruina.

Esto es lo que se me ofrece representar a V.M. en orden a que del todo se quiten estas mitas forzadas, no habiendo razón divina ni humana para que reconocidos tantos y tan graves inconvenientes como la experiencia ha mostrado se conserven y continuen, especialmente en Potosí, donde con la falta de buenos metales gravan más a los indios.

Espero la resolución de V.M. que ejecutaré con toda obediencia y rendimiento pues habiendo asegurado mi conciencia con este informe he cumplido mi obligación y quedo con mucha confianza de la Rl. clemencia y santo celo de V.M. que en materia que tanto importa mandará lo que más convenga. Guarde Dios la C.R.P. de V.M. como la christiandad ha menester. Lima, 4 de Julio de 1670.—El Conde de Lemos.

A. DE I. CHARCAS 268.

Carta de la Provincia de los 12 Apóstoles del Perú al Conde de Lemos. 1670.

Excmo. Señor.—Aviendo reconocido el informe y relación que V.E. hace a S.M. sobre las mitas forzadas de los indios para las minas de este Reyno y los grandes inconvenientes que en la execución se han experimentado, tratándolos con más rigor que si fuesen esclavos, especialmente en la mita forzada de Potosí hice juntar los PP. doctos y graves de este convento de N.P. San Francisco de Jesús de Lima y los que pueden tener noticia cierta de los inconvenientes que se expresan en el informe y todos de conformidad juzgamos que V.E. como tan atento governador y celoso en el servicio de Dios deve hazer esta propuesta a S.M. y que la real conciencia estará gravemente agravada si de todo punto no manda quitar las mitas forzadas especialmente las de Potosí, donde en la execución se han reconocido tantos y tan graves inconvenientes que no ay nación por bárbara que sea que esté tan vejada y oprimida como los indios a quienes no a quedado ni la sombra de libertad. Asi lo sentimos, afirmamos y juzgamos y pedimos a Nro. Señor guarde a V.E. muchos años con toda felicidad. Junio 26 de 1670.—Excmo. Señor. Besan la mano de V.E. sus menores capellanes. Fr. Francisco Delgado, Guardián de Lima.— Fr. Gonzalo de Herrera, Padre de Provincia.— Fr. Diego de Herrera, Padre de Provincia.— Fr. Pedro de Ayaz, Padre de Provincia.— Fr. Juan de Torres, Padre de Provincia.— Fr. Antonio de Ozerin, Diffinidor y Lector Jubilado.— Fr. Joseph del Castillo, Diffinidor actual.— Fr. Blas Durán, Diffinidor.— Fr. Francisco de Aramburú, Diffinidor.— Fr. Joseph de Guadalupe, Lector Jubilado.— Fr. Cristóbal de Contreras, Lector Jubilado y Custodio.— Fr. Cristóbal Jaramillo, Lector Jubilado.— Fr. Mateo Revata, Lector Jubilado.— Fr. Juan Suárez, Lector Jubilado y Regente de los Estudios.

(Síguese la certificación de Fr. Domingo de Valdes, Vicario del Convento de Jesús de Lima y Notario Apostólico, de cómo los PP. que arriba firman han obtenido y obtienen los oficios que allí se dice y son de los más graves de la Provincia. 3 de Julio de 1670).

Carta de la Provincia Agustiniama del Perú al Conde de Lemos. 1670

Excmo. Sr.— Dando gracias a Nro. Sr. de ver se trata con eficacia y veras de poner remedio en la materia que tantos años lo es de la compasión de quantos la miran sin interesarse la miran y oyen y el empleo de las voces de muchos predicadores evangélicos, leí el informe que V.E. se sirvió de remitirme en orden a que se excusen las mitas forzosas de los indios a minerales y en especial al de Potosí por los abusos que se han introducido y confirniéndolo con los padres de más experiencia y letras que tiene este convento fué una la voz de todos, acompañada en algunos de ternura. Menos dice este papel con decir tanto que lo que hemos visto. Mayores y más continuas son las extorsiones que las que en el se pregonan. Quantos de los que estamos aquí hemos visto y qual (se preguntaron) no ha oído a todos nuestros

religiosos que han sido curas en las provincias de Cotabambas y Omasuyos las lamentaciones con que sus miserables havitadores se despiden para ir a las mitas, como gente que se aparta para morir . Y cuántos teniendo por más penosa muerte la de este viage que la natural han amanecido, este colgado de un árbol y aquel despeñado a un río?. Quien no lamenta la desolación total destes pueblos?. La de S. Agustín de Cotabambas donde como en una gran ciudad los oficios mecánicos no se contavan por tiendas si no por calles, una de plateros, de carpinteros otra y así de los demás oficios y oy apenas ay una india que traiga bara de alcalde. Buena regla para medir lo que en las demás Provincias sucede y lo que en breve acontecerá en todo el reyno. Tenemos por cierto que sin muchos y graves pecados no se puede tolerar esta mita y por más cierto que no cede en utilidad de la hacienda real sino antes en daño suyo; que de excusarla no cesarán las labores de las minas, lo prueba con evidencia la experiencia que en otros minerales que no la tienen: quando ay metales, abundan indios, Conchucos; quando florecía la mina, Chocalla, Chichas y Lipés, Nuevo Potosí, Carangas, Puno y otros muchos son testigos de esta verdad. Con que este dilema parece irrefragable. O tiene Potosí metales o no. Si los tiene, como de diferentes y distantes provincias acuden voluntariamente a otros minerales y aun al mismo Potosí, más fácilmente a este que tiene avecindados tantos indios. Si no los tiene: inútil y vano es tanto trabajo. Este es nuestro sentir y a lo que tenemos entendido y oído varias veces también es parecer de todos los mineros que no lo son en Potosí. Quiera Dios que el santo celo de V.E. tan experimentado en este reyno tenga el efecto que juzgamos ha de ser de su mayor gloria y descargo de la real conciencia, como continuamente lo deseamos y pedimos en nuestros sacrificios. De este convento grande de S. Agustín de los Reyes, 22 de Julio de 1670 años.— Siervos y Capellanes de V.E. Fr. Nicolás de Ulloa, Prior y Vicario Provincial.— Fr. Manuel de Valverde, Difinidor.— Fr. Nicolás de Herrera, Visitador.— Fr. Ignacio de la Breña, Visitador.— Fr. Francisco de Herrera.— Fr. Pedro de Tovar &&.

Parecer del P. Manuel Toledo y Leiva, Rector del Colegio de la Compañía de Jesús de Huancavelica sobre la Mita de Potosí, a petición del Sr. D.D. José Santiago Concha, Oidor de Lima y Gobernador de Huancavelica, en virtud de R.C. expedida en Madrid el 6 de Diciembre de 1719.

Manuel de Toledo y Leiva, Rector del Colegio de la Compañía de Jesús de la villa de Guancavelica, Cathedrático de Prima de Sagrada Theología antes en la Real Universidad de San Francisco Xavier de La Plata y después en el Colegio Máximo de San Pablo de Lima y Examinador Sinodal en el Arzobispado de La Plata y en los Obispados de La Paz y Guamanga, he visto por orden del Sr. Dr. Dn. José Santiago Concha, Marqués de Casa Concha, Cavallero del Orden de Calatrava, Oidor de la Real Audiencia de Lima y actualmente Gobernador de la villa de Guancavelica una Cédula del Rey N.S. (que Dios prospere por muchos años) expedida en Madrid a 6 de Diciembre de 1719 años en que manda S.M. que se consulte con hombres prácticos y que miren únicamente a Dios la materia gravíssima de si es conveniente que se continúe la mita de indios forzados para que trabajen en la saca de metales así de azogues en Guancavelica como de plata en Potosí o no: punto que a muchos años fatiga hombres doctos y píos así de una parte como de otra y que aora en dha. Cédula sucita S.M. con deseo de resolver últimamente lo más conveniente a su Real conciencia y a la libertad de los indios que tanto encomiendan nuestros Monarcas en repetidas cédulas y leyes siendo su piadoso empeño desde la Conquista y posesión destos Reynos dexar en su libertad a los indios como dize el Sr. D. Juan de Solórzano en su Política Indiana, Lib. 2, Cap. 5.

2 Y obedeciendo a lo que su Señoría me intima de que como experimentado en este Reyno dé mi parecer sobre este punto, tomo la pluma deseoso de resolverlo dentro de los límites que alcanzo por lo que he visto en Potosí, Guancavelica y otros lugares que he andado del Reyno y con la luz que las noticias del me dan. Y para proceder con claridad en esta resolución la dividiré en 3 clases o capítulos, declarando en el primero los fundamentos que ay para que los indios no miten; en el segundo las razones que ay para que miten; en el tercero mi juicio y sentir que será estrivando en las razones de los dos primeros capítulos. Protesto que en este trabajo que emprendo con gusto, miro únicamente a Dios sin pasión ni motivo humano, atendiendo a su mayor gloria y en esta a los infelices indios que, como tan desvalidos, hallan su sombra y amparo en la Compañía de Jhs. y ellos nos reconocen por sus defensores assi por lo que experimentan en este reyno como porque su último monarca Felipe que fué degollado en el Cuzco, estando ya en público cadahalso y rodeado de innumerables indios que seguían en aquella lástima a su antiguo Príncipe, antes de rendir la vida al rigor del cuchillo, les dixo con voz alta y sensible que atendiesen con especial amor a los PP. de la Compañía porque en ellos avía tenido en aquel último trance verdaderos amigos y padres y en prosecución de este encargo nos an mirado siempre los indios con igual veneración y confianza.

Capítulo 1º—En que se defiende que no es conveniente que se continúe la mita o tanda de indios forzados y que es bien dexarlos en su libertad y que la saca de metales sea con indios voluntarios y que espontáneamente concurren a ella, pagados como en otros Minerales.

3 Prescindo de si es lícita o no en conciencia la mita de que trataré después y sólo me hago cargo de que no ay necesidad de dichas mitas con la paridad urgente de otros minerales del Reyno que tocamos con las manos. Es cierto que en Oruro, Lipez, San Antonio de Esquilache, Lucanas y otros minerales de oro y plata es mucha la saca de metales, siendo en años inmediatos a este la mayor porción que dellas se logra en este Reyno el cerro de Oruro, pues por lo que se avía cerrado la puerta en el de Potosí con la esterilidad de metales ha abierto Dios la de su providencia en Oruro para que de allí salgan ríos de plata con que se inunden assí este Reyno como los de la Europa, llegando a enriquezer tanto a Francia en años pasados que se vió esta Monarchia en la mayor opulencia que jamás se avía visto y esto debido en lo más a la villa de Oruro. Es así que allí no han trabajado nunca con mita de indios forzados ni avrá quien diga que ay mita de indios para Oruro, luego las demás minas se pueden trabajar sin mitas. Argumento es este que más de una vez lo he hecho a hombres no sólo entendidos en lo especulativo sino también a mineros prácticos que no me han dado salida que me convenza a la razón.

4 El mesmo pudiera hazer a semejanza de los minerales de México, Chile Popayan y otros lugares de donde es grande la copia que se saca de oro y plata sin que sea necesaria la mita de indios. Y por esto el Sr. Conde de la Monclova que pasó de Virrey de México a serlo del Perú, aviendo oído la voz mita de indios y su significado, la extrañó notablemente, viendo que el Perú costeara la saca de metales con tanta violencia de los indios quando en el Reyno de México jamás avía oído cosa semejante. Y escribiendo a S.M. en carta de 1º de Enero de 1690 sobre esta materia apuró la inconsecuencia del modo de trabajar en ambos reynos, significando a S.M. quan difícil y contra razón le avía parecido esta fuerza de los indios en el Perú, quando sin ella era tanta la saca de metales en México que era bastante para costear las flotas cada dos años y hacer tantas remisiones de plata a S.M. en ellas que no embia el Perú con todas sus mitas.

5 La qual razón ha movido a muchos héroes grandes de las Audiencias de este Reyno para pedir en tiempos pasados a S.M. que del todo quitase dichas mitas. Y para que se vea palmariamente quan poderosa es, reconózcase el efecto de lo que dan las minas de Potosí y las demás del Reyno. Del cerro de Potosí en años inmediatos a este (como consta del resumen de lo que fructifica este cerro remitido nuevamente a S.M.), apenas llegaron 2,000,000 de quintos los que se contribuyeron a S.M. cada año y en los mismos años de los demás minerales 6,000,000 de quintos de oro y plata, sobre lo qual discurro así. En las demás minas se trabaja sin mitas y con estas en Potosí: luego más se fructifica de oro y plata sin mitas que con ellas?. Júntese a esto lo muy deteriorada de metales que se halla en el día la villa de Potosí, pues aquel promontorio de riquezas que ha traído de todo el mundo gente para gozar dellas se a pasado ya a Oruro donde el comercio que vi en esta villa es indeciblemente mayor que el que vi en Potosí y es señal de más plata en Oruro el que todos van a el como a río caudaloso pues menos que no tuviese mayor riqueza que Potosí no volara a él la rabiosa sed

de los hombres con la codicia y toda esta avenida de plata es sin mitas y solo con el trabajo de indios voluntarios.

6 Aquí quisiera argüir a los mineros de Potosí con los mineros de Oruro y de los demás minerales. Es constante que todos los que trabajan la saca de metales en Potosí y otros minerales son indios: cómo pues se dá tanto mayor fruto de quintos a S.M. sin mitas forzadas y con mitas baja tanto la contribución de los quintos?. No son indios unos y otros?. No son idólatras, mentirosos, ociosos repugnantes al trabajo, como dezis, los indios?. A estos consigue solamente la paga y a aquellos los impele la violencia, luego con las mismas propiedades dan más fruto a S.M. estos y aquellos mucho menos.

7 Diráme alguno lo 1º que esta mita es importantísima a la Monarchia porque con ella en 159 años, desde el de 1545, hasta el de 1704 han dado un quento y 570 millones de ps. de quintos a S.M. las minas de Potosí y faltanda las mitas se echará menos ya que no tanto fruto a lo menos el que corresponde al estado tan débil en que se halla Potosí.

8 Está bien: véase pues estando en flor las minas de Oruro y otros minerales del Reyno quanto darán en otros tantos años. No ay duda que mucho más. Y en estos trabajan con mitas?. No, luego menos se sigue a S.M. con mitas que sin ellas.

9 Y si me replican que faltando la mita de Potosí faltará también aun esta cantidad de los dos millones de quintos cada año, respondo que así como la mita de Potosí no es mita de Oruro, tampoco el que no aya mita en Potosí a de ser ocasión para que no aya plata en Potosí. Ay medio entre no aver mita en Potosí y aver plata allí, que es el que trabajen voluntariamente los indios como trabajan en Oruro.

10 Diráme lo 2º que los indios son inclinados a las idolatrías, enemigos de lo sagrado y de los españoles, dados al ocio, ladrones y con otros vicios que los hacen dignos de ruina eterna y que por evitarles estos pecados es bien forzarlos al trabajo. Y por eso con los informes que de sus costumbres tienen nuestros reyes manda que no se permita que estén holgazanes, sino ocupados en labores de tierra, en los beneficios de oro, plata, azogue y demás frutos necesarios para las repúblicas del Reyno. Y lo más ponderable es que en Cédula escrita a la Audiencia de México, año de 1555, dize S.M. que se tiene entendido por notorio que los indios de su condición son inclinados a holgar y que ay necesidad que sean compelidos (nótese) y apremiados a trabajar porque de su voluntad no lo harán: luego es conveniente que aya dicha mita en Indias.

11 Estimo la objeción porque me ocasiona representar lo que sobre este punto tengo observado en los indios. Y para que se vea que esto ha sido con especial reflexión quiero antes dezir los lugares por donde he discurrido de todo el Reyno y lo que he inmorado en ellos. Nací en la ciudad de La Paz donde en mis primeros años experimenté algunas cosas de estos pobres que después con la mayor luz de los años reflictiendo sobre ellas he podido juzgarlas. Embiáronme al Cuzco a estudiar facultades de Artes y Theología a la enseñanza y abrigo de los PP. de la Compañía donde con su trato me resolví a ser uno de ellos y recevida la sotana fuí a Lima al noviciado y continuación de los estudios, empleando en aquella corte onze años hasta que ordenado de sacerdote, me asignó la obediencia para la Residencia de Juli, que es doctrina célebre de jesuitas y allí estuve 2 meses. Mandáronme que pasase al Colegio de La Paz y aquí viví leyendo gramática por espacio de 3 años: luego me señalaron para la ciudad de La Plata, donde moré 8 años, yendo desde aquel lugar en este tiempo 4 vezes a Potosí y fué necesario en estos viajes detenerme algunos meses en aquella villa hasta que mis Supe-

riores me llamaron a Lima y pasando por los lugares más principales del Reyno llegué a Lima y estube allí 4 años: de aquí vine a Guancavelica donde actualmente estoy. Toda esta prolija relación de mis peregrinaciones hago para dezir lo que tengo observado en estos lugares de tanta variedad de indios que he conocido en tan largo espacio de provincias y diversidad de costumbres, aviéndolos manejado no sólo en el exterior sino también en lo interior de sus almas. Sé diestramente las lenguas quichua y aymara que son los dialectos con que se gobiernan estas provincias y en los tiempos que me han permitido las tareas que me ha encomendado mi Religión he procurado aplicarme a los ministerios destes infelizes, confesándolos y predicándoles en ambos idiomas, siendo este mi anhelo por lo que el Señor me ha dado a conocer que no ay mayor lucimiento para el cielo que poner a una alma en gracia y en estado de que no ofenda a Dios.

12 Lo que he reparado siempre en los indios es que no son lo que tanto se pondera dellos. Son hombres sin cultivo, sin letras, abatidos, humildes y mucho más viéndose tan despreciados de los españoles. De aquí nace comunicar poco o nada con los españoles y ser todo su comercio solo entre ellos. Y qué puede ocasionarles su trato bajo y su ignorancia sino una creencia de supersticiones y agüeros, pues en los hombres blancos sin policia se ven continuamente errores, supersticiones agüeros y vanas observancias?. Ojalá no fuera este vicio sólo de los indios! Pues no se vieran las librerías llenas de ejemplos y doctrina contra las supersticiones que tanto dieron que hazer a los Sagrados Tribunales de la Inquisición, aun antes que se descubriesen las Indias. Fuera de que los indios no son tenaces en ellas porque aprehenden vivamente lo que se les predica y quando su párroco o sacerdote les propone lo malo de sus opiniones se desvían dellas procurando dar crédito a lo que se les exhorta.

13 En todos estos casos que he discurrido por tan varios lugares he confesado a innumerables indios y manejado ya se vé quantos. Y puedo asegurar como christiano y sacerdote que en lo que les he oído jamás he encontrado en ellos el pecado de idolatría, antes he advertido su constancia en creer en el verdadero Dios y en los misterios de nuestra católica fe. Pues qué idolatría es esta de estos pobres indios?. Si acaso la ay en los nuevamente convertidos no la extrañaré porque acaban de salir de ella y es difícil quitarles del todo su falsa fe. No he estado en misiones de gentiles y así dellas no tengo experiencia, pero si mucha noticia de nuestras conversiones de Moxos, donde en los pueblos de cristianos nuevos está la fe tan pura que en el día del juicio an de ser verdugos para el tormento de los cristianos antiguos. Velen los sacerdotes y curas con la continua predicación, castiguen a los que delinquen en esta materia y verán cómo está la fe y la divina ley en los indios.

14 No son enemigos de la Iglesia sino todo lo contrario, porque lo que he visto en todo quanto he andado es que los indios son muy amantes de lo sagrado. No entran en templo donde no hagan más reverencia al Señor y a los Santos que otros que tanto se precian de cristianos. Si fueran enemigos de la Iglesia no se vieran tantos indios oyendo misa en días ordinarios y que no son de precepto. Asómbrame lo que he observado en estos pobres. Quienes fomentan más el culto divino en estas tierras de arriba que los indios?. Todo el año están trabajando para sus fiestas. Quienes costean con más decencia las fiestas del Corpus y procesiones de Semana Santa sino los indios?. El que viere los Colegios de la Compañía de Jesús en Potosí, Paz, Cuzco, Plata, Oruro, Juli, Guancavelica y otros tan frequentados de sacramentos en días

de jubileo de N. Señor de su Sma. Madre y otros repare que los indios son los que confiesan y comulgan más. Si tocan a sermón y hazen señal para fiestas acuden los indios a bandadas a oír el sermón y asistir a la fiesta. Des-to pudiera decir mucho más porque lo he tocado con la experiencia.

15 Dirá la objeción que son flojos, vagabundos y dados al ocio los indios. Y pregunto en qué está la ociosidad de estos miserables?. Así se desacredita un gremio tan crecido de la cristiandad y el orbe?. Abra los ojos y vea quien lo dize lo que sucede en el Perú. Sacadas las poblaciones principales de las costas del mar, donde sirven muchos negros, mulatos, zambos, quarterones y mestizos, en todo el reyno los indios son de todo el trabajo. No ay mercado en todo él, que los indios no lo formen. Ellos en Lima son los pescadores y los que la dan la grande abundancia que tiene de peces por las calles y plazas. Ellos llevan a las ciudades, villas y pueblos las comidas ellos cultivan las chacras, acarrean el trigo, el vino, el aceite, las carnes; ellos son pastores y guardas de innumerables estancias que ay en el reyno repechan cordilleras para servirnos; penetran valles muy ardientes para nuestros olivios; viven como austerísimos hermitaños en unos desiertos inhabitables, sin sueño, sin más alimento que unas raíces y un poco de maíz sin probar carne casi en todo un año, expuestos al yelo, al sol y a las aguas, rayos y fríos, sin más defensa que un pellejo por colchón y una frazada raída por cubierta, padeciendo todos estos rigores por darnos de comer. Los oficiales para todo género de oficios mecánicos sñn casi todos indios y estos nos visten y nos proveen de lo necesario para la decencia. Sólo en el Cuzco pasan de 12,000 los oficiales de todo género de oficios y casi todos están en poder de los indios. Quienes han fabricado las ciudades, villas y pueblos de la sierra sino los indios?. Los suntuosos templos del Cuzco, Plata, Potosí, Paz, Juli y aun de Lima y los muchos que ay en el Perú, a quienes an tenido por artífices en la mayor parte sino a los indios?. Quienes componen los puentes, los caminos, allanan los montes y rompen las selvas sino los indios?. Y estos son ociosos, estos flojos, estos vagabundos?.

16 Díganme los que quieren a los indios por sus esclavos, en qué consiste la ociosidad de estos desdichados?. Qué más han de hacer en su servicio que lo que hacen?. Vayan a Turquía y vean si hacen más los cautivos christianos en obsequio de los mahometanos que los indios en beneficio de los españoles. Ellos, por servirlos, velan, duermen con incomodidad, comen mal y muchas veces son aoztados de los españoles, apaleados y tratados con injurias, más como brutos que hombres y como cristianos. Esta es ociosidad. Esta es flojera?. No lo es que no los sirvan con la puntualidad, limpieza y exacción que quisieran porque son hombres cortos, tímidos, pobres, desaseados y débiles en fuerzas. Es por ventura flojedad que los caballeros alimentados con manjares regalados y exquisitos no hagan?. A la labor de las minas, a los oficios mecánicos de peso y fatiga?. No, por cierto; pues para que no sean tenidos por flojos tienen sus empleos correspondientes a sus personas. Lo mismo digo, proporcione servata de los indios; estos por su naturaleza y ningún regalo y aquellos por lo muy bien comidos son débiles. Y por eso nuestro gran Dios que dispuso las providencias de las cosas con grande sabiduría, les dió a estos miserables para su manejo animales proporcionados a su debilidad: no les dió elefantes, camellos ni otros que pidan más brio para su uso; dióles llamas o carneros de la tierra, animales por si de pocas fuerzas que caminan y cargan poco. No les dió viñas, olivares que son de alguna fatiga sino chácaras de maíz y de otras raíces que son de menor costo.

17 Y así creo que esta fama de que los indios son flojos nace de verlos débiles y sin aliento para cosas pesadas y de sumo trabajo. Las chácaras que tienen son para ellos muy costosas y así en un palmo que tienen de tierras gastan todo el año como pobres en cultivarlo y para esto se ayudan unos a otros los vecinos y parientes y como el tiempo de la primavera y estío están guardando sus sementeras y no tienen que labrar, se lleban la fama de ociosos. Como si el mercader que está sin vender en su tienda esperando compradores no estuviese ocioso y si este no lo está porqué el desgraciado indio se ha de llevar estos créditos?. Faltarán los indios del Perú y vieran los españoles como padecían y carecían de todo. Díganlo estos años en que han muerto con la peste tantos millares de indios; qué penuria ha avido de todo; que desoladas han estado sin cultivo las haciendas; los ganados sin pastores; las fábricas y oficios sin artífices; las plazas sin comidas; los animales de servicio y cuidado y todo esto por qué?. Porque han faltado tantos indios: luego si estos ministerios se hacían con el auxilio de los indios, cómo son flojos, cómo inútiles, cómo vagabundos?.

18 No extrañaré que sean enemigos de los españoles porque el trato que tienen a ellos no es para otra cosa. Pero aun esto no es del todo verdad porque al español que los favorece y mira con agrado, lo buscan, lo regalan y sirven, exponiéndose para socorrerlo a los ríos y mayores incomodidades. Si hallan buena correspondencia en el español, con él son sus tratos, sus confianzas y comercio. Y desto tengo experiencia desde mis primeros años.

19 Dice la objeción que son mentirosos. No fueran tan mal vistos y no se les diera tan en rostro con vicio que es tan trascendental en hombres y parece que sigue al pecado original que heredamos de nuestros primeros padres que con la mentira se introdujo el pecado y la mentira es la balanza con que todo lo pesan los hijos de Adán: *mendaces filii hominum in stateris* (Salmo 61) *Omnis homo mendax* (Salmo 156). Y siendo propia de gente baja la mentira, qué mucho reine en los indios pues son de condición tan abatida?. Fuera de que ay indios de tanta verdad como el más noble español. Que sean ladrones no es igualmente cierto en todos ellos. Hurtos ay en todas partes, salteadores de caminos y que no respetan para su malicia a lo sagrado, pero qué hurtos son los de los indios?. Rateros muchos y las más veces de cosas bien tenuous. Fuera de quien *reflictiere* en la suma seguridad que ay en el Perú verá que los ladrones no son los indios. La mucha seguridad en los caminos sin que aya quien destes se atreva, sino rara vez, a los pasajeros que llevan al ordinario muy gruesos caudales es señal que los indios no son ladrones, con ser que estos son los que habitan los más de los lugares vecinos a los caminos. En las casas de los hombres ricos y españoles tienen el cargo de cuidar la plata labrada los indios y la guardan tan exactamente que entregan las mismas piezas que les dieron sin menoscabo alguno. Los ladrones son los mestizos, zambos, negros y, a veces, los más preciados de hidalgos, echando la culpa de sus robos a los indios. Es cosa rara la que tengo notada en los pueblos y ranchos de indios que sus casas no tienen llaves de fierro y quando quieren esconderlas cierran las puertas con un montón de piedras ó si tienen puertas atan contra la pared las puertas y a veces un pellejo y con esta diligencia quedan muy seguras sus casas, aunque se ausenten a distancias y por mucho tiempo. Y si fueran ladrones no tuvieran tan poco resguardo y tuvieran mas cautelas sin que viviesen tan confiados de que no les han de robar como sucede. Si alguna vez han cogido en hurtos a los indios no es bastante para que todo el gremio de indios sea de ladrones como el que en algunas partes aya desórdenes entre pocos es bastante para comprender en ellos a toda una provincia o reyno.

20 La embriaguez es el vicio más común entre indios y esto sucede cuando tienen fiestas, entierros, casamientos y otras cosas semejantes pero ésta la puede quitar la vigilancia de los curas y Corregidores, pero como no hacen caso della ni la quitan prosiguen estos infelices con sus vicios de beber sin que hagan juicio dellos. Estos son los defectos que imputan a estos desgraciados hombres quienes más podían defenderlos, por ser sus criados, sus benefactores y aun esclavos. Así les pagan sus sudores por servirlos: pero, qué ha de dar el hombre sino ingratitude, pues de Dios se queja y acusa tal vez su providencia?.

21 Pero doy que tengan estos y más vicios los indios; por eso se han de condenar a una pena tan horrenda como es la mita?. Si los hallan delincuentes en semejantes delitos, está bien: porque la culpa es justo que se castigue, pero porque son inclinados a idolatrías, a hurtos, al ocio, a la embriaguez, han de padecer castigo tan cruel?. Ardua cosa es y que no cabe suceda entre cristianos! Para no delinquir contra la ley de Dios, al que contra ella se incline, ay medios en la Iglesia, estos son las oraciones al Señor, las exhortaciones de los sacerdotes, la predicación frecuente de los curas y pastores de las almas. Pero si los curas no los exhortan, no les predicán, sin que se les oiga un sermón moral entre año, conforme a lo que manda el Concilio, qué he de decir sino antes que es milagro de Dios no se vean cada día muertes y cosas semejantes en los indios?. Mas qué bondad suya es, sin cultivo ni estímulo para el bien, ver que vivan tan cristianamente y con más temor de Dios que los que son mas antiguos en la fe de Jesucristo?.

22 Sobre este último punto quisiera que mis lágrimas fuesen voces vivas para decir a nuestro Católico Monarca lo que se experimenta en este Perú. Señor, V.M. desde su solio manda santísimamente que sean estos indios atendidos de los curas, pero vemos los que estamos a los pies de vuestro real trono en estas remotas regiones todo lo contrario. Cómo han de instruir, predicar y alentar a la virtud a estos pobres indios, quando muchos de los curas no saben su idioma? Tiene medios Dios y uno dellos es la frecuente predicación de los ministros del evangelio, siendo estos de obligación los curas. Y cuantos curas no saben qué es subir a sus púlpitos ni sentarse en los confesionarios para bien de sus feligreses?. Cómo pueden instruirlos en la ley de Dios quando no saben su lengua?. No ay para los curas más que zelar les paguen derechos y esto con un ardimiento tan grande que si fuera zelo de la guarda de la ley de Dios menos culpas se hicieran y quizá no fueran tan reparados de los seglares los curas. Este punto trataré después en el último capítulo.

23 Y no me desvíe de la queja a S.M. del olvido tan grande que tienen estos desdichados sus ministros, alentándome para representar a S.M. lo mucho que su real zelo encarga en tantas cédulas el cuidado de los indios, enterneciendo los corazones más de diamante lo que N.S. y Rey Felipe V exemplo de religiosos y de los que más han despreciado el mundo, con la renuncia de la corona en la flor de sus años, escribe desde el monasterio de S. Ildefonso al Sr. D. Luis Fernando, su hijo, Príncipe entonces de Asturias y oy nuestro Monarca y Señor. Entre otros encargos que hace a S.M. para el buen gobierno de la Monarquía le pide que mire mucho por los indios, como que en su piadoso pecho vive para la lástima el amor destes pobres. Qué dijera S.M. si viera que muchos o los más de los Corregidores del Perú tienen sojuzgados a los indios para la tiranía?. No ay justicia para estos miserables: no ay corrección amorosa ni se cuida de que guarden la ley de Dios. Para un Corregidor toda la justicia se endereza a que paguen los indios lo que les deven: a fin de esto son las cárceles, los azotes, los grillos y cadenas, siendo peores que Nerón y Diocleciano para inventar nuevos tormentos

y cárceles para castigar a los que les deben. Corregidor he visto que para los que le devían fabricó una cárcel tan estrecha que no cabía en ella más que un hombre en pie y así los tenía mucho tiempo con los brazos suspensos hasta que pagasen o hallasen fiadores que a vista de aquel tormento se moviesen a serlo. Corregidor o Juez a avido que, aviendo muerto un indio que le debió en vida, porque le debió en vida lo tuvo después de muerto colgado en la plaza corrompiéndose hasta que uvo quienes con más piadosas entrañas se ofrecieron a pagar la dita, porque lo quitase de allí y diese sepultura eclesiástica. Y los demás delitos se castigan?. Se advierten a los indios?. No. Y es más que docilidad y firmeza en la fe a vista destes ejemplares no retirarse los indios a tierras de gentiles, donde quizá no vieran tantas inhumanidades que experimentan de los corregidores.

24 Lastima los corazones católicos saber que los indios gentiles del reino de Chile y muchos paganos de las vecindades del Perú no admiten la fe católica que se les predica, porque temen que siendo cristianos los sujeten a las mismas pensiones que a los ya convertidos los españoles. Y a la verdad si menos motivo hace renegar de Dios a tantos católicos antiguos de sobrado entendimiento y virtud que son cautivos en Turquía y que de las vanderas de la Iglesia se pasan a las de Mahoma, más que milagro es que el Perú no se despueble y se vayan los indios a la vanda de los gentiles, que tan vecinos están deste Reyno con tanta violencia de corregidores y españoles.

25 Dije por último la objeción que los indios son dados a todos vicios y no hago mención de tantas obras buenas que tienen. Los vicios todos de los indios se reducen a embriaguez y supersticiones, pero qué otros se les conocen?. El desorden con mujeres no es tanto como se pondera. Diré para defensa desto lo que me aseguró un cura de indios y de españoles que en los libros que tiene de bautismos, raro es el niño indio ilegítimo y los más ilegítimos son mestizos, cuarterones y de otras castas. Las buenas obras que tienen estos miserables son de grande caridad con los forasteros indios, hospedándolos en sus casas y regalándolos en el modo que pueden. No ay pobre que llegue a sus casas que no sea socorrido. Los conventos que viven de limosna son el socorro de los indios. Tienen grande piedad con las almas del purgatorio y de sus parientes y conocidos; pues la mayor porción de misas que dicen los sacerdotes por el estipendio que reciben de los indios y para hacer decir misas se quitan el sustento, guardando un real hasta llegar a juntar lo suficiente para una misa. Ellos mandan decir misas por los SS. Obispos difuntos, por los sacerdotes, por los ahorcados, por los que mueren en despoblado. Ellos recogen la mayor limosna que se recoge en la sierra para las ánimas del purgatorio, para los cristianos cautivos. Ellos gastan sus medios reales en comprar flores para los altares de los Santos y los mantienen todo el año en adorno. Ellos, por último, han de ser mi confusión el día del tremendo juicio de Dios, pues con menos noticia de las cosas de Dios y de la eternidad son tan buenos y yo, siendo sacerdote, religioso y jesuita &. No lo puedo decir sin sobresalto de que Dios me ha de hacer horrendo cargo en su tribunal. Pero quizá me favorecerá su misericordia por la verdad que aquí digo para defensa destes infelices.

26 Y pasando a responder directamente a la objeción del núm. 10 digo que a los primeros obices queda bastantemente satisfecho en lo que hasta y que es así. A lo 2º que por evitarles la eterna ruina será bien que trabajen en las mitas, respondo que esto no es evitarles la ruina eterna sino hacer que los indios y españoles se condenen y avrá más número de infelices en el infierno; porque los españoles que cometen tantas tiranías, tantas injus-

ticias y robos con ocasión de las mitas se condenan por ellas. Los indios que ven su mal ejemplo se alientan con el a mayores pecados y obligados de los injustos pechos de los españoles, para satisfacer a ellos maquinan hurtos, drogas y otros delitos. Más, viendo los indios que en las villas y minerales viven tan escandalosamente siendo cristianos toman aliento para hacer lo mismo y peores cosas en sus tierras. Vean los mineros celosos de la salvación de los indios si el salvarse está solo en trabajar forzosamente en las minas y vean primero por sus almas, cómo están más cerca de condenarse que los indios y con mayor infierno, pues tienen más conocimiento de las cosas de la eternidad que estos desdichados.

27 A lo 3º de la objeción de la cédula de S.M. respondo que lo que S. M. manda es que fuerzen a los indios a trabajar, suponiendo que son holgazanes. Lo 1º la suposición queda vencida desde el núm. 15 porque tienen hecho un informe de fama solamente a S.M. y no de realidad, la qual para que se conozca es menester que la vean hombres desinteresados, sin pasión y con conocimiento cabal de lo que sucede con los indios. Lo 2º lo que manda S.M. es que a los indios se fuerze el que trabajen en sus haciendas y oficios propios dellos y que, dado caso que laboren en las de los españoles, sea con gusto, elección de amor dellos mismos y otros medios que santa y piadosamente dispone S.M. en favor destes pobres y se puede ver altamente en el citado Sr. Solórzano ubi supra. Y así su mente real es que no dejen ociosos a los indios però que la fuerza sea sin violencia y sin detrimento de su libertad.

28 Diráme lo 3º alguno que de que pongan a trabajar forzosamente las minas se siguen muchos provechos de los indios. Lo primero, que saigan a tierra donde ay frecuencia de sacramentos, misas, acciones devotas y guarda de los mandamientos de la Iglesia, todo lo cual no logran en sus tierras, retirados de todo esto y por eso con muy poco conocimiento de Dios. Lo 2º que con las pagas que reciben de su trabajo se hazen menos pobres y tienen de qué echar mano para sus necesidades y menesteres.

29 Resp. Niego el antecedente porque aunque de que trabajaran en las minas se siguieran estos bienes, no precisamente de que vienen forzados, pues viniendo voluntarios lograrán mejor estos tan grandes provechos, los quales quizá no los consiguieran viniendo precisados, porque hallándose forzados, con la impaciencia de bolverse a sus casas y familias y con el sumo trabajo de las minas sintieran mal de todo lo que viesan. Demás que los lugares de donde salen a mitar los indios no son tierras de gentiles sino pueblos cristianos, donde ay culto divino, sacerdotes y párroco cuya obligación es instruirlos en la fe y doctrina cristiana y quando más hacen tránsito de pueblo a pueblo donde son los ritos eclesiásticos de enseñanza los mesmos y lo que no los aficionó en sus pueblos propios no los ha de mover en los ajenos, si ellos por si no son bien inclinados y devotos. Y ojalá no saliesen de sus pueblos a los de los españoles, para que viviese en ellos con más sinceridad la fe católica y no la turbase el mal ejemplo destes con lo que ven y no dijeran lo que tal vez les he oído a los indios: que cómo siendo españoles y de tanta obligación para guardar la ley de Dios la quebrantan tan descaradamente.

30 Ni es razón que con las pagas de lo que trabajan se hazen ricos y salen de su pobreza, porque aunque es verdad que les acrece la plata, pero viéndose en tierras más abundantes de aguardiente, vino y chicha, se dan con más libertad a la embriaguez y a otras maldades que son hijas de la abundancia. He reparado en Potosí que los Domingos que son los días en que bajan del cerro los indios es muchísimo el consumo de chicha en la plazá

y cómo andan caídos por los suelos con la borrachera y fuera de sí. Y quando estos pobres han de comer entre semana y han de comprar velas, porque muchas veces no son bastantes las que les dan sus amos, poco les puede quedar al cabo de la semana de lo que reciben de sus jornales. Muy contentos están en sus tierras porque no son tan dejados que no hagan sus viajes a los valles por comidas y a otros lugares que abundan dellas y así he advertido en las ciudades y lugares en que he morado que, pasada la cuaresma, se van los indios a las cosechas y están en ellas 2 o 3 meses así para ayudar a coger los frutos y lograr con su trabajo comida o para mantenerse en sus tierras como para comprarlas en que la utilidad que tanto se pondera les viene de las minas no es como se juzga.

31 Diráme finalmente, que así como recuperar una ciudad con hacer que salgan a batalla los vecinos de otra ciudad o Provincia, compelidos para ello de su Príncipe es lícito y conveniente, aun dado que mueran en la refriega millares, también será lícito y conveniente que sean compelidos los indios a trabajar en las minas, aun dado que mueran algunos en la demanda. Y la razón de la paridad es porque las minas valen más que una ciudad y más las de Potosí y Guancavelica que son la arca del tesoro de nuestro Rey y Señor y así como una ciudad cede a su honor, utilidad e imperio también y con más razón lo son las minas del Perú.

32 Respondo que quando ay soldados bastantes para restaurar una ciudad y que voluntariamente sin violencia puedan salir a recuperarla, no ay necesidad de que sean forzadas otras ciudades o provincias para ganarla. Y así también digo de las minas que quando a tantas minas que cito en las pruebas es constante que concurren voluntariamente y sin fuerza los indios, movidos del cebo de la paga, dando tan considerable fruto a S.M. no ay necesidad de que trabajen compelidos ni con la violencia que se experimentan.

33 Estos son los capítulos que he hallado objeccionar a los que con tanta acrimonia defienden que es necesaria la mita de indios para la labor de las minas del reyno. A que me parece satisfago plenamente con la verdad que tengo esperimentada y no de paso y sólo por noticia sino muy de propósito y advertidamente, porque tengo muy bien visto el reyno. Y lo mismo creo que dirán otros muchos que saben lo que pasa en él con los indios, que aunque son de poco ánimo, cobardes y tímidos, son hombres que conocen el bien y el mal y por eso aman su provecho y aborrecen su daño y quando viniendo voluntarios a las minas pueden hallar su utilidad, como diré después, les fuera muy llevadero trabajarlas con menos carga y con más alivio.

34 Qué dijeran nuestros Monarcas tan benignos y suaves, principalmente con los indios, si vieran por sus ojos lo que, tocamos con los nuestros en estos reynos, viendo a estos desgraciados cuánto padecen por dar utilidad a los españoles. Y así estoy muy cierto que las minas tienen pobladas los infiernos porque con ellas crece más cada día la codicia y con la codicia cuántas maldades pueden imaginarse, pues de todas es raiz la codicia. Muchas veces son las que se experimentan con la fuerza de las mitas, porque para lo voluntario ay ruego del minero y puntualidad en la paga, temiendo que con su mala paga no vuelvan los indios o sabiendo los demás su maltrato se les retiren y se hallen sin indios para la saca y beneficio de sus metales. Al contrario, cierto el minero de que no le han de faltar indios forzados, les paga mal, les trampea su estipendio o lo dan como quieren, ya en géneros que valen menos de lo que les dan a los mitayos ó del todo no les pagan, llevando delante la droga con paliaciones y promesas para después que nunca llega.

35 Y por eso conociendo estas mitas en el estado en que oy están no sé

qué dijera D. Francisco de Toledo que la impuso, si resucitase: fuese a España y se fué con el gusto de averlas impuesto sin averlas llegado a ver en el suceso, lo que han causado después y lo que se experimenta. Y el señor D. Fr. Jerónimo de Loayza, Arzobispo que fué de Lima y el P. Fr. Miguel de Agía, franciscano, que le dieron dictamen para esta mita, viendo con el tiempo lo que ocasionaba, sintieron muchísimo después averlo dado y se retractaron a la hora de la muerte, pidiendo que se representase así a S.M. El Virrey que empezó la mita de Guancavelica, estando para morir, ya en los últimos paroxismos, tuvo a los ojos innumerables indios que como átomos del aire se le ponían delante, atormentando tanto su vista que con voz clara y sensible que oyeron los circunstantes, dijo: Dejádme, indios de Guancavelica, qué queréis y contó luego lo que le pasaba. Y si la hora de la muerte y el juicio de Dios son el espejo donde se miran las obras de toda la vida, qué verán entonces los mineros, los corregidores y jueces que tanto insisten en esta mita con tanta violencia de los desdichadísimos indios?. Allá en la eternidad se sabrán las cosas desta mita que tanto las palia la codicia en vida. Menos pecados hubiera, decía un entendido, si el cerro de Guancavelica se fuese a los infiernos; pero el trabajo es que, siendo escuela de tantas maldades, es puerta muy abierta para el infierno. Pasemos ya al capítulo siguiente.

Capítulo 2º—En que se defiende que es conveniente haya mita de indios que trabajen forzados.

36 Muchas son las razones que han dado varones santos, doctos y experimentados para que se continúe la mita de indios en la labranza de las minas del Perú, las cuales he visto en pareceres nuevos que se han dado y en la Política Indiana de D. Juan de Solórzano (Lib. 2, cap. 6), y se reducen a las que tengo puestas por objeciones en el Cap. antecedente y muchas otras que omito porque son especulaciones y no más y que fácilmente se responden con todo lo que tengo dicho.

37 La razón principal que yo hallo para que la mita prosiga es que si se quita es también quitar toda la riqueza del Perú. Hablo de la mita de Guancavelica que debe ser oy el mayor cuidado de S.M.: como que es la fuente de todo el tesoro de la Monarquía. La razón de mi proposición es: 1º—Porque quitándose la mita se pone en duda de si avrá indios voluntarios que la trabajen y pónese a riesgo de que no lo aya y lo más cierto es que no los avrá. Porque los indios que la mitan, la miran con especial horror, saben lo laborioso que es y por eso cuesta mucho el reducirlos a que vengan, de manera que por no venir a Guancavelica y trabajar en el cerro quieren más aína pagar más cantidad de la que lograrán si trabajasen. Júntese a esto que para reducirlos a que crear que ya no ay mita para Guancavelica y que es voluntario trabajar en ella, fuera (menester) mucho tiempo de experiencia y en este apenas hubiera indio que trabajase mientras se enteraban de la verdad de que no ay mita.

38 La 2ª razón es que los indios destas tierras son más dejativos y por eso menos inclinados al trabajo y más a trabajo tan grande como el del azoque. Y esto se funda así en la experiencia de que se huyen por momentos del cerro como en que tienen muy cerca la gentilidad y por huir deste trabajo se pasan muchos allá, dejando sus tierras por evitar la fatiga. Y por eso es menester forzarlos para que vengan a la mita de Guancavelica.

39 La 3ª que dá el P. Acosta (De Procuranda Indorum Salute, Lib. 3, cap. 17) que, aunque la contraria opinión parece fácil, honesta y piadosa, en queriendo reducirla a práctica es muy difícil y llena de inconvenientes. Y fué

el P. Acosta un hombre muy versado en las Indias y reconoció prólijamente sus naturales, costumbres y estado, aviendo sido Visitador de la Provincia de México y del Perú (1) y quando escribió este libro bien tenía visto lo que pasa en ambos reynos, así de México como del Perú y con todo eso, siendo tan santo, piadoso, amante de los indios y docto como fué, resolvió que era bien que se continuase la dicha mita. Y qué dijera viendo los gravísimos inconvenientes que oy se hallan para que aun con indios forzados trabaje?. Porque con la mortandad de indios que ha avido en 8 años de peste en este reyno son las poblaciones despobladas, quedando las casas solo por monumentos, donde la lástima oye que allí fué Troya, arruinadas las estancias, desiertos los pueblos y sin cultivo, por falta de indios las haciendas, pues han muerto (y no cesa la peste) más de 150,000 indios en todo el Perú. Y si quando abundaban tanto los indios fué siempre árduo reducirlos a Guancavelica, qué será oy y qué fuera si se quitase la mita, con tanta falta dellos?. De aquí nace que toda la actividad de S.M. que suma en poner mitayos y jornaleros en el cerro, se halla sin saber qué hacerse, sin que muchas veces le baste para conseguirlos escribir a los Corregidores para que embíen indios, hacer despachos de soldados que los recojan de las Provincias que deben mitar y aun valerse del auxilio del Sr. Virrey para que con su brazo obligue a los Corregidores y Tenientes para que hagan remisión de indios. Y a no aver esta prolijidad y zelo con que V.S. mira la mina Real pudiera recelar que se menoscabaran mucho los haveres de S.M. y cayera en gran manera el Perú.

40 Ni es bastante la ayuda de los reos para que trabajen en la mina, porque estos son contingentes y pueden con esta pensión huirse al cometer los delitos y no ponerse donde los aprehendan para que vengan al cerro o escaparse deste o suceder algunas fatalidades que ocasionan hombres semejantes. Y por último las prisiones y apremio con que es forzoso que estos trabajen, puede ser ocasión para que los indios como cortos de capacidad se retiren del todo a tierras montuosas y de infidelidad, aprehendiendo que así se trabaja y por no caer en su aprehendida violencia dejar sin remedio a Guancavelica.

41 Esto es por lo que toca a Guancavelica, porque este es el único mineral que oy de azogues en las Indias y la única levadura de los metales de oro y plata dellas y así debe cautelarse mucho el que no se quite la mita a Guancavelica. No es así en Potosí porque ay muchos minerales de oro y plata en el reyno y si faltase Potosí no faltaba del todo la riqueza de la Monarquía. Es Potosí lugar muy grande y solo dentro de sus goteras tiene so, bradamente indios para que trabajen sus minas, como bien lo ponderó a S. M. el Sr. Obispo de La Paz, Fr. Mateo Villafañe, en carta que a S.M. escribió. Pero Guancavelica es lugar corto, de pocos indios y destos se echa mano para los reparos del cerro y no son bastantes para las tandas y así es menester valerse de las mitas que hazen los pueblos vecinos.

42 No es arbitrio suficiente traer el azogue de Almaden, así por la calidad del que en años pasados probó mal para los metales de Potosí como por las contingencias del mar, porque pueden llegar a faltar y también porque se destruyera del todo Guancavelica, aunque diese algunos quintales de azogue para ayuda de los metales de Almaden. Es una población esta de mucha piedad, culto divino, parroquias, conventos y hospital, donde se ejercitan virtudes de caridad y religión. Y si era empeño del Sr. D. Felipe III, mante-

1) El P. Toledo le llama Visitador pues no lo fué en sentido estricto. Ambos países conoció y visitó y en el Perú ejerció el oficio de Provincial.

ner las Indias por los templos, aun viendo que nada la fructificaban estas para su remisión a la Corte, es muy propio de la grande cristiandad de nuestro Rey fomentar esta población y sus templos, quando era adorada en ellos la Majestad Divina frecuentados tantos sacramentos y el ejemplo de estas vecindades para la fé.

Capítulo 3º—En que resuelvo que se prosigam las mitas de los indios, quitándoseles otras pensiones.

43 He llegado ya al punto que a mi parecer es de grande alivio para la conciencia de S.M. y para el mejor logro de las minas de Guancavelica porque abrazo los dos primeros capítulos en que tengo defendida la libertad de los indios y juntamente la necesidad que aya mitas en el cerro y cómo parecen opuestas conclusiones, después de averlo pensado muy despacio y encomendado muy de veras a N. Señor para que me alumbre en lo que he de resolver.

44 Digo que es bien que prosiga la mita, pero que a los indios que mitan y trabajan en La Rosa, esto es en los reparos del cerro no se les carguen otras pensiones, conviene a saber, que no paguen tributo a S.M., que los corregidores no les ocupen en sus intereses, como en trabajar en sus obras, que los curas del cerro no los graven tanto por los derechos y que aya siempre mucho cuidado (como el que oy ay, gracias a Dios y a la piedad de V.S.), en el Hospital, para que se curen y, por último, se guarden con puntualidad las Ordenanzas que cautelan del bien de los indios.

45 Esta conclusión la tengo por del servicio de S.M. y logro de sus haveres reales, por piadosa, y que favorece al mismo tiempo la libertad de los infelices indios, que son dignos de toda compasión y lástima. Tiene muchas partes que piden especial prueba y así iré declarando una por una, para que me haga entender y pues hablo con un Sr. Oidor, tan sabio, tan limado en los estilos escolásticos y que me oirá con amor, perdonando mis muchos yerros, procederé con esta forma que conozco es la más proporcionada a la razón.

46 La 1ª parte, esto es que prosiga la mita, queda probada en todo el cap. 2º La 2ª P. que parece difícil es que los indios mitayos y los jornaleros que trabajan en La Rosa no paguen tributo a S.M. Y la pruebo así: mita y tributo son dos pensiones gravísimas para los indios y tanto que solo la mita tiene fugitivos a muchos indios, como tengo ponderado en todo el cap. 1º, pues qué será, cuando se les añade el tributo?. Y si estos pobres no pueden con una carga, cómo no se rendirán a dos?. Una cruz quiere el Señor que tengamos todos, *tollat crucem suam*, y es posible que sobre la cruz horrenda de la mita han de tener otra los indios como la del tributo?. Si viera S.M. lo que los Corregidores y Caciques hazen con los indios por los tributos, creo que desde luego se inclinará su amoroso corazón a lo que digo. Lo mismo es en el pueblo de Juli y las demás provincias inmediatas a La Paz: publicase la mita que luego los jueces y caciques cobran el tributo y como estos van por un año a Potosí, se les pide el tributo anual: con qué violencia?. Dá horror decirlo. quitanles sus vestidos, sus alhajuelas y el poco dinero que tenían para caminar viaje tan dilatado. De que se sigue ir los pobres con grandes incomodidades llevan sus hijos, mujeres y familia, sin más sustento que una talega de maíz que comen ellos y su familia, auxiliándose para la hambre con un poco de coca en la boca. Saltánseme las lágrimas al escribir esto y referir lo que ví, yendo desde La Paz a Potosí y entonces me faltaron

ojos para llorar viendo espectáculo tan tierno. Encontré en el camino unos indios de Juli que venían de aver cumplido su mita, traían a pie sus mujeres y sus hijitos tiernos, unos a las espaldas, otros en unas angarillas con tan poco resguardo del sumo frio que ay en aquellos caminos que iban llorando los angelitos con aquella inclemencia y preguntándoles por su alimento ví que sólo un poco de maíz era este, restándoles todavía mucha distancia para llegar a su pueblo. Y si esto sucedía quando venían de Potosí, donde avían adquirido sus salarios, cómo irán de sus pueblos a la mita si del todo no se les dan los leguajes que mandan las Ordenanzas les den para la ida y vuelta?. Y cómo irán si les fuerzan a que paguen los tributos?. Luego tuvieran más alivio y caminarán con más gusto si no fueran con la pensión de tributar.

47 Lo 2º pruebo esta 2ª parte. El horror de las minas es tanto que no ay palabras para descifrarlo. Es una mina la más viva imagen del infierno, porque está, 100, 200 y más estados hacia el abismo: sin luz más que la artificial de velas de sebo y de ichos; allí entan por sendas estrechísimas que a fuerza de combas, picos, barretas y tiros de pólvora ha dispuesto el tiempo; no se oyen allí más que golpes de barretas, picos y combas, acompañados con el canto triste de los indios; allí están todo el día y otros toda la noche, desnudos y batallando a fuerza de golpes de barretas y picos con la dureza de las piedras, sin sueño, mal comidos, azotados y en un continuo ahogo casi sin respiración. Puede aver mayor trabajo?. Mayor afan?. Mayor tormento?. No fué este el martirio que daban los tiranos a los confesores de Cristo y estos por el provecho de oro y plata?. Qué trabajo puede haber mayor?. Ya se vé si bien se considera. Y que esto siendo preciso no tenga alivio! Téngalo, Señor, siquiera en que no paguen tributo y ruego a V.S. se lo represente así a nuestro piadosísimo Rey y Señor.

48 Confirmo esta prueba con otra reflexión más digna de cristianos, en lo que no se parece la mina al infierno; es que en este no ay muerte ni la puede aver para acabar con sus penas, pero la ay muy frecuente en las minas o ya por los derrumbes o ya porque faltando el ambiente se ahogan los miserables. Y ay con qué pagar la vida de los hombres?. Ni con qué compensar un peligro tan cierto de perderla?. Y quando ay quien entre a este peligro de muerte confesado, siendo muy prudencial que se entre las más veces en pecado mortal, con peligro de que con la muerte tan cierta pasen de aquel infierno temporal al eterno?. Y esto no se alivia?. No se compensa con el consuelo de que no paguen tributo?.

49 Pruebo lo 3º esta misma parte. Aliviándose el tributo tendrá S.M. para sus minas reales muchísimos indios no sólo los forzados sino también voluntarios porque por redimirse de los Corregidores y los Caciques que los hostigan por los tributos vendrán a trabajar a millares los indios y más quando se les paga su trabajo como oy se paga en Guancavelica en plata, que los amos los tratan con agrado, pagan y visten y como no tendrán que atender a otra pensión podrán cantar victoria de su desgracia y lograrán con contento sus jornadas. Y qué alivio para un desdichado mayor que sólo tener un trabajo?. Es así que estos bienes les acarrea el no pagar tributos, luego es muy racional que no los paguen.

50 No digo que los que están destinados para la mita, esto es que los pueblos de mita y de Rosa no paguen del todo tributos sino que el año que mitan y trabajan en el cerro no paguen. Con eso no caerá mucho la renta real ni será mucho menos la baja desta. Pero por otra parte la recompensará Dios, así porque echará su divina mano muchas bendiciones en esta piedad de nuestro Rey y hará que sus tesoros sean mucho mayores como por-

que tendrá más indios que trabajen y, por consiguiente avrá muchos más metales.

51 La 2ª parte, esto es que los Corregidores no los pensionen en que trabajen sus obrages e intereses la pruebo así. El mayor horror que tienen los indios es de los Corregidores porque fuera de lo que tengo largamente dicho en el Cap. 1º Núm. 23, muchos destes obligan a los indios a que trabajen sus obrages, minas, intereses y les hacen crecidos repartimientos de géneros de Castilla por precios muy subidos y aver de trabajar en las minas de S. M. y pagar tantas pensiones de Corregidores es cosa insoportable a las fuerzas tan cortas destes pobres. O han de dar utilidad a los Corregidores o han de servir al Rey. Nadie puede servir a dos señores y menos estos infelices que son de tan débiles alientos y de los dos extremos sirvan a nuestro Monarca que es señor común y tiene imperio en ellos y no a los Corregidores que son Ministros particulares de justicia.

52 La 3ª parte que toca a los curas del Cerro pruebo. Viniendo los indios al pueblo del cerro y hallando allí en los curas amor, piedad y desinterés, tendrán por apetecible aquella estación. Una de las gravísimas cargas que tienen los indios son los curas, porque les pensionan en una continua cruz de cargas que yo no sé cómo pueden estos miserables hombres llevar tanto peso y así gimen y se hallan desesperados con tanto gravámen. No hablo de curas determinados sino de curas de indios en común. Desde que nacen son continuos pecheros dellos porque los bautismos cuestan plata y no ha faltado cura que no ha querido bautizarlos hasta que aseguren los derechos. Los velorios, los entierros, las fiestas y cosas semejantes son a fuerza de plata obligándolos a que los pobres que no tienen que comer tengan en los entierros de sus parientes misa de 4 ps. y al año honras, contra su voluntad, que llaman *Mara Misa*. S.M. les dá sínodo muy crecido y con el tienen bastantemente para su decencia y sustento y cuando no llevaran derechos a los indios por lo dicho, quedaban bien pagados pues muchos clérigos lo pasan con bastante decencia teniendo capellanías mucho más cortas. Este es uno de los medios que yo hallo para que Guancavelica se pueble de indios.

53 Y así se experimenta en Juli que es uno de los grandes pueblos que yo he visto en el Reyno y por ser tan grande lo llaman los indios en su idioma Juli grande. Está en poder de los PP. de la Compañía y ha sido siempre asombro de todos los que lo ven y oyen lo que es. Quando se encargaron del los de la Compañía no llegaba con mucho a 100 vecinos y después ha tenido más de 12,000 familias. Y la razón de todo esto la dieron los curas vecinos al Sr. Conde de Lemos, quando estubo allí siendo Virrey del Perú, porque viendo tan desiertos los demás pueblos y tan colmado de gente a Juli les preguntó la causa de uno y otro y respondieron que porque los PP. de la Compañía no les llevaban obvenciones ni derechos por sus ministerios. Y dijo entonces S.E. que si fuera indio haría lo mismo, yéndose a vivir donde no tuviese pensiones. En Juli nada se recibe por misas, entierros, casamientos, bautismos y honras, porque todo se ejercita por caridad de que tengo experiencia cierta, contentándose los 4 curas y ayudantes que viven en aquella residencia con 5,000 ps. que les dá S.M. en las cajas de Chucuito y tienen con ellos para todo, sin que necesiten de otra cosa para la vida humana y religiosamente decente. Sean pues así los curas de los indios que vienen a Guancavelica y Potosí y verán la ansia con que vienen a servir a S.M. en sus reales minas y tomarán esta faena con gusto, viéndose aliviados por otra parte. Conspiren todos a los haberes de N. Rey zelando que se aumenten cada día, pero sin que se dejen llevar de intereses particulares y más siendo con tanta injusticia y falta de caridad con los indios. Pón-

ganse en razón los Curas, Corregidores y españoles y vean que S.M. nos viste, nos alimenta, nos defiende dándonos minas con que todos tengan lo que han menester, disponiendo bajeles que vengan con tanta fatiga desde remotísimas distancias a estos términos del mundo para nuestros alivios. Y lo que es más, aparta de sus distritos los enemigos de la fe y de la Iglesia por dejarnos limpio de ellos el camino del cielo. Lo qual sólo podemos pagar con servirle fielmente y hazer que los indios le sirvan con el amor correspondiente al que les tiene entrañable.

54 La demás que resta probar es notorio y no pide más declaración que lo dicho. El Hospital pide siempre en Guancavelica grande zelo en los SS. Gobernadores para que esté proveído de todo como oy para la cura de los indios enfermos. Es cierto que parece ha resucitado el glorioso S. Juan de Dios, según está oy servido de sus hijos, al fomento de V.S. que, según lo vemos, parece que no tiene más que hacer que cuidar del. La comida tan bien sazónada y a sus horas, las medicinas a tiempo, las salas reparadas, los canceles abrigados, las camas decentes. De que nace ir a él, en tiempo de V.S. tantos indios enfermos a curarse, viendo la frecuencia con que V. S. va al Hospital y lo cela, ya por su propia persona ya por diputados que señala de los vecinos de la villa para que cuiden de los enfermos y de los religiosos, dando para todo su generosa piedad lo suficiente de dineros a proporción de las necesidades. Dios lo pagará así en esta vida como en la otra, dando a V.S. y a sus hijos muchas felicidades.

55 Esto es lo que he podido decir, en esta materia tan grave en que si me he dilatado ha sido forzoso para declarar la verdad de lo que sentía en mi conciencia. Ha sido preciso dividir la redacción en 3 capítulos, porque ya que me encargó V.S. hablase en Dios lo que sentía no podía decir menos de lo dicho. Ya veo que es materia digna de muy prolija consideración y que tendrá bastantemente punzada la real conciencia, sabiendo cómo tratan por acá a los pobres indios y quisieran sus amorosas entrañas poner remedio en esto, pero cómo es forzoso continuar la mita para que sus haberes no descaezcan y florezca la Monarquía, mirando a Dios y al Rey he resuelto esto último, pareciéndome que así S.M. compondrá su conciencia y el que no se menoscabe su tesoro. Ruego a V.S. que este informe lo remita al Real Consejo para que ya que mi parecer no prevalezca, porque conozco que hombres más expertos, piadosos y doctos fundarán mejor que yo la resolución que se ha de tomar, a lo menos se sepa por allá lo que sin pasión alguna refiero y que realmente sucede con estos desgraciados indios, para que tanta lástima tenga remedio alguna vez, después que tanto se ha clamado, sin que en tantos años se haya moderado la exorbitante codicia de los Corregidores, sobre que tenía que dilatarme hasta formar un volumen crecido, según lo que he visto y entendido, levantando siempre mi corazón al Señor para que cese tiranía tan grande, que como particular no he podido significársela a S.M., por más que la he llorado hasta esta ocasión que V.S. ha fiado de mi insuficiencia, pero no podía decir menos de lo que he dicho. Y vuelvo a repetir que en todo no he atendido a respetos humanos, porque nunca los he mirado sino a la razón, y por eso hablo con tanta claridad que quizá parecerá ofensiva, pero somos los sacerdotes, por obligación, luz del mundo y a los que mal obran no podemos causar sino odio como amor a los que obran bien. Esto no es culpa de la luz sino de los que no se avienen con ella. Así lo siento y he trabajado por V.S. y principalmente por N. Señor en este Colegio de Guancavelica oy 30 de Agosto de 1724.— Manuel de Toledo y Leiva.

DERECHO PROCESAL CIVIL

La Jurisprudencia Civil de la Corte Superior de Lima en el año 1951 (*)

En el ejercicio de la abogacía, en el Perú, se recurre con gran frecuencia a la cita de los casos semejantes, resueltos con anterioridad por la Corte Suprema. No obstante que este Tribunal, en ejecutoria siempre recordada, tiene establecido que los jueces no se hallan obligados a resolver por casos iguales, muchos letrados fundan el buen éxito de las defensas que se les encomienda, en el mantenimiento de una doctrina que esperan sea constante. Esta pretensión sino imposible es difícil porque la variación del personal de las Salas impone, las mas veces, un cambio en los criterios, y, además, porque dentro de nuestro sistema judicial no podemos esperar la gravitación del "leading case".

Estas consideraciones en nada disminuyen la afición a la Jurisprudencia la que, en el curso de los años, ha acumulado tantos y variados casos, cuya sistematización se ha intentado pero aún no se ha logrado en forma integral.

Las decisiones de la Corte Superior de Lima, en materia civil, no constituyen, estrictamente hablando, aquella jurisprudencia, ya que no se trata de Tribunal de jurisdicción nacional. No obstante, resulta de mucho interés revisar estas resoluciones porque permiten al abogado, especialmente al que se inicia en el ejercicio de la carrera, conocer determinado criterio en la solución de problemas de índole netamente procesal, muchos de los cuales, por tratarse de incidentes promovidos en primera instancia, y otras resoluciones similares, no gozan del beneficio de recurso de nulidad, que es como aquí le llamamos a la revisión de las resoluciones superiores por la Corte Suprema.

Discurriendo así, he pensado que sería prestar un buen servicio a las promociones recientes de abogados, especialmente a quienes han sido mis alumnos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, noticiarlos de los criterios judiciales a que vengo aludiendo. Con tan explicable propósito he revisado mas de cinco mil resoluciones entresacando aquéllas de las que, a mi idea, encuentro que mis alumnos y yo podemos derivar interesantes enseñanzas.

Vive nuestro proceso civil, en cierta forma, dentro del principio de publicidad. Difundir las resoluciones de nuestros Tribunales si bien no coincide exactamente con la noción del principio de publicidad, podría enten-

(*).—Los números entre paréntesis, remiten a los casos que como apendice se insertan al final del artículo.

derse como una de sus consecuencias. No viene mal, entonces, repetir la cita que se lee en los libros de doctrina, y que se atribuye a Mirabeau: *Donnezmoi le juge que vous voudrez partial, corrupt, mon ennemi meme, si vous voulez; peu m'importe pourvu qu'il ne puisse rien faire qu'a la face du public*".

Como es sabido, la Ley Orgánica del Poder Judicial en su Art. 140, cautiva la defensa. Se ha dictado una resolución, en que con notable espíritu de equidad se ha liberado al omiso de tal requisito de la sanción que contra él se pretendía de tener por no presentado su recurso de apelación, dejando firme, en caso contrario, el fallo que le había causado agravio. (1).

Con referencia a los Representantes legales, se ha reiterado el concepto de quiénes tienen tal carácter, tratándose de los Conventos y de las Municipalidades, respecto de las cuáles no basta la intervención de un solo Síndico. No cabe, pues, el error de algunos litigantes de estimar que las demandas contra los Municipios deben entenderse con los Alcaldes de dichas corporaciones. (2 y 3).

La omisión del pago de costas en el juicio cuyo abandono se ha declarado, no obsta para la interposición de la nueva demanda, ya que como nadie ignora, la declaración del abandono de la instancia no aniquila el derecho del actor. El cobro de costas puede y debe ejercitarse en el juicio fenecido, para cuyo efecto la tramitación continúa expedita. (4).

Se ha suavizado el rigor en la aplicación de los términos judiciales para algunas diligencias. La presentación del recurso aduciendo impedimento para comparecer, puede presentarse aún hallándose en curso la media hora de tolerancia. Que esos recursos, generalmente fundados en motivos de enfermedad, constituyan una lamentable corruptela y que se ofrezca el caso de que el litigante aquejado de "enfermedad" sea él mismo quien lleve el escrito a los Juzgados y Tribunales, y que exista algunos médicos que dan esos certificados inexactos, es problema que incide en la probidad del litigante y en la ética del médico. Esos certificados inclusive están amparados, además del Código, por una ley que se dictó para gravarlos con un timbre de dos soles. A tan bajo costo se puede promover la demora en el litigio. (5).

Si el declarado rebelde, que no cumple con pagar las multas exigidas por el art. 199 del C. de P. C. no es exigido para el pago que previene el art. siguiente, puede continuar interviniendo en el proceso sin que lo afecte una reclamación tardía. (6).

El apercibimiento de detención ha sido tratado en una resolución de 3 de diciembre último, y obliga a recordar que dicho apremio solo debe imponerse en los casos taxativamente señalados en la ley. De allí que declarada la obligación de entrega de un menor, sea como consecuencia del juicio respectivo, o en los casos de resolución final dictada al amparo de lo que dispone el inciso 5º del Art. 398 del C.C., no hay modo de compeler para que se ejecute la sentencia o resolución dictada. El vencido de mala fe oculta al menor, y lo mas que pueden concederle los jueces es el mandamiento para que la autoridad policial extraiga al menor del lugar en que lo encuentre, mandamiento las mas veces ilusorio. No hay, en concepto de la mayoría de los jueces, posibilidad de dictar orden de detención contra el responsable. La jurisprudencia aún no ha podido hacer, como en otros países, la creación de imponer multas por cada día de resistencia al cumplimiento del fallo, solución que en nuestro medio tendría eficacia también en pocos casos. (7).

La sustitución procesal, fundada en el art. IV del Título Preliminar del C. C. también ha sido tratada, y abre una ruta en la jurisprudencia que había sido renuente, por lo general, a estas soluciones. Desde luego no se trata del simple caso del pago de arrendamientos y desahucio, inciso 5º del art. 22 del C. de P. C. para lo que la cónyuge está expresamente facultada. (8).

La Corte ha admitido la acumulación de los juicios de desahucio y de aviso de despedida, en consideración a que ambos procedimientos tienen el mismo propósito. Pero los abogados piensan que esta acumulación no es posible cuando se trata de desahucio por falta de pago ya que la ley 8765 ha alterado el régimen de procedimiento, particularmente por la citación a un solo comparendo, sentencia casi inmediata en caso de omisión a comparecer, y en todo caso la facultad de cortar el juicio mediante el pago de lo adeudado hasta el día y las costas probables. Si la acumulación hace que dos o mas procesos continúen como uno solo, en el desahucio se podría liquidar el pleito y se rompería la continencia de la causa. (9).

Ya sin hesitaciones, se tiene declarado que no es posible la acumulación mientras en uno de los procesos no se haya contestado la demanda, lo que parece lógico ya que demanda y contestación van a limitar el ámbito de la controversia, sin que sea necesario repetir la frase del "cuasi contrato de la litis contestatio", sistema que evidentemente ha superado nuestra jurisprudencia hace algunos años. (10 y 11).

Que la interposición de excepciones dilatorias por un demandado no es óbice para tramitar la contienda de competencia formulada por otro de los interpelados, ha quedado ya esclarecido. No es necesario insistir, apesar de la confusión frecuente en los alumnos, respecto del distinto trato procesal que damos a la declinatoria de jurisdicción y a la contienda de competencia. (12).

La Corte rehusó revisar una resolución dictada por un Juez de Primera Instancia, a falta de Juez Privativo del Trabajo, por ser de competencia del Tribunal Privativo respectivo. Excede al propósito de esta exposición la crítica de estos fueros privativos y del daño que, según mi opinión, causan al Poder Judicial, sin que hasta ahora hayamos percibido la ventaja de la especialización. (13).

Se declaró a favor del Juzgado de Lima, por razón de mancomunidad, la competencia deducida por residir un demandado en Huacho y el otro en esta Capital. En otra resolución, el voto singular renueva la discusión de si el pedido de señalamiento de bien libre bajo apercibimiento de ser declarado en quiebra, es de competencia del Juez que conoce del pleito que origina el requerimiento o si debe ser formulado ante el Juez de Turno. Muchos abogados piensan que por razones de la continencia a que antes nos hemos referido, corresponde al de Turno, puesto que es éste funcionario el que habrá de dictar el auto de quiebra si el requerimiento no produce el resultado perseguido. (14 y 15).

El reconocimiento de documentos en diligencia preparatoria está regulado por las disposiciones atinentes al reconocimiento en juicio, art. 210 del C. de P. C. El art. 414 del mismo Código no admite apelación del auto que ordena el reconocimiento, pero podría entenderse que es respecto del obligado. Quien es este obligado lo dice claramente el art. 413. Pero el asunto puede ser discutible y tan lo fué que la resolución respecto de un asunto sobre la materia se dictó en discordia. (16).

Con saludable rigor se ha circunscrito el reconocimiento de documentos en diligencia preparatoria a los que precisa el inciso 1º del art. 209 del C. de la materia. También se han dictado varias resoluciones, de las que solo es necesario insertar dos, en el sentido de impedir que abierto un juicio se quiera en vía de diligencia preparatoria suplir una prueba que no se presentó oportunamente en el juicio instaurado. Asimismo, es de mucho interés la precisión que en otra resolución se hace del art. 221 del C., pues algunas diligencias —testigos, inspección ocular y peritos— tratan de verificarse sin citar a las personas contra las que después se intentará hacerlas valer en el juicio que se promueva, reduciendo o eliminando las garantías procesales del demandado. (17 a 20).

Como las diligencias preparatorias no radican jurisdicción, no hay dificultad legal para que el Juez que conoce de la diligencia pueda salir del lugar de su Juzgado, desde luego con las limitaciones del inciso 6º del art. 19 de la L. O. del P. J., tal como se ha resuelto. (21).

El inciso 4º del art. 617 del C. de P. C. permitía, en los casos que precisa, el embargo de las dos terceras partes de los sueldos, emolumentos y rentas de los empleados y funcionarios. La ley 2760, posterior, parece que limitó el embargo, en todo caso, a solo la tercera parte y por deuda de alimentos. Según mis recuerdos fué un magnífico Juez, apartado de la fun-

ción judicial por su propia voluntad, quien hizo en los últimos años el esfuerzo de orientar sus resoluciones al embargo de las dos terceras partes en casos como el que se trata. La resolución de 16 de mayo último, pronunciada en discordia, revive este problema, que tiene una trascendencia hondamente humana en nuestro medio. Como es muy conocido, muchos demandados tienen varios hijos en diversas mujeres, además de la familia legítima a la que a veces olvidan. Si se trata de obligados cuyo patrimonio consiste solo en su sueldo, pensión o emolumento, les resulta muy cómodo observar, sin esfuerzo, cómo todos los actores deben concurrir únicamente sobre la tercera parte de su ingreso. Resúltales así, indifrente, los juicios llamados de prorrateo, sin perjuicio todavía, de las acciones simuladas o fraudulentas para limitar aún mas los justos derechos de los reclamantes. (22).

Se ha mantenido estrictamente la aplicación del Código en el sentido de no conceder recurso alguno contra los autos que ordenan embargos o medidas que produzcan sus efectos, mientras no se hayan practicado el embargo o inscripción. No obstante ser asunto tan elemental, importa recordarlo pues diariamente se observa inadvertencias con referencia a tan claro precepto. (23 y 24).

Inserto también una resolución, sobre embargo de los buques. Juega allí, primordialmente, la consideración a los arts. 593 y 597 del C. de C. antes que el art. 227 del C. de P.C. que condiciona los embargos corrientemente. (25).

Ha continuado negándose, en jurisprudencia sin vacilaciones, el embargo que se intenta por algunos litigantes al iniciar las acciones de alimentos. En tales casos, continúa el actor limitado a gestionar el embargo para amparar las asignaciones de alimentos de caracter provisional, nunca mas de dos a través de todo el proceso, y generalmente minúsculas; y una vez firme la sentencia, la hipoteca legal. Esta falta de medida, al iniciar la acción, convierte en ilusoria la realización de algunos derechos. Cabe esperar, no obstante, que con la discriminación que pueda hacerse en lo futuro respecto de las acciones constitutivas y de condena, varíe el criterio o el advenimiento de disposición legislativa expresa ya que la partida puede estimarse como título, y se estima para dictar medidas precautorias, por ejemplo en los juicios de separación de bienes durante el matrimonio. Arts. 241 y 242 del C. C. (26 y 27).

A mi entender, ha sido la jurisprudencia sobre excepciones y presupuestos procesales, notable en el curso del año 1951. Si bien las resoluciones de la Corte Superior respecto de esta materia, son susceptibles de recurso de nulidad, resulta necesario hacer un extenso comentario que relieve la inspiración de esas decisiones.

Las llamo notables porque se va abandonando lo que hasta hace pocos años fué "tabú" respecto de esta parte de nuestro Código de Procedimientos. Ha existido temor reverencial a rechazar "in limine" las demandas no queriendo salir del marco del art. 312 del Código, o sea que solamente podían prosperar las excepciones que dicho numeral establece. La teoría de los presupuestos procesales ha procurado respecto de todos los derechos

postivos conocidos, un contralor "in limine" de la admisibilidad de la acción con el objeto de no llegar hasta la sentencia provocando un inútil despliegue de energías cuando se halle carente de tales presupuestos.

Desde luego este comentario no versa sobre la aplicación de los arts. 306 y 307 del Código, respecto de los cuales inserto también una resolución, (28), y que vendría a ser la cuestión de defecto legal en la forma de preparar la demanda, sino particularmente al precisar la naturaleza de la excepción de cosa juzgada, dilatoria por su trámite y perentoria por su naturaleza, la cual, si se interpone dentro del término, ha de ser resuelta como cuestión de previo y especial pronunciamiento, así quien la deduzca la llame perentoria para los efectos de resolverla con el fallo que pone fin a la instancia, (29); igualmente relieve la resolución que ordena suspender un juicio, al advertir el Tribunal que se trata del ejercicio de una acción instaurada por un condómino, no siendo de aquellas compatibles con el estado de indivisión, (30); la excepción de falta de personería contra un administrador judicial de herencia, por accionar sin autorización expresa del Juez para el efecto, (31); la resolución que declara fundada una excepción de falta de título para demandar o sea la falta de parte que pueda presentarse como sujeto de derecho, (32); la inadmisibilidad de una demanda por no reunir los requisitos de la ley 10895 que regula determinados aspectos del contrato de locación y conducción, rechazo que no es el de los arts. 306 y 307 del Código, (33); la de 5 de enero del año en curso que hace lugar a una excepción de cosa juzgada en lo administrativo, y cuyo detenido comentario daría margen, por si solo, para un extenso artículo, así como la de excepción de demanda inadmisibile, que dentro de nuestro ordenamiento legal no hemos llamado excepción pero que es recurso que debe prosperar en casos determinados, (34); la resolución de 19 de diciembre de 1951 que toca un punto sencillo pero de frecuente olvido, o sea que hallándose pendiente de resolución la excepción propuesta por un demandado no se debe dar por contestada la demanda en rebeldía de otro de los demandados pues bastaría proveer este recurso en el sentido de que se diera cuenta en su oportunidad. (35).

Es de esperar que alguno de nuestros estudiosos haga el comentario que se merecen estas resoluciones para fijar conceptos y diferencias entre excepciones y presupuestos procesales y enseñar institutos como los "fins de non recevoir" y "demurrer" que respecto de estas materias resultan atinentes.

Concluyo esta parte indicando que la Corte ha mantenido la doctrina de no admitir la acción judicial mientras no se haya agotado la vía administrativa, nominando este recurso como excepción. El criterio establecido a firme sobre este punto obliga a reflexionar sobre sus duras consecuencias en la práctica y habrá de lucharse para encontrar otro camino. En efecto, no existiendo entre nosotros Código de Procedimientos en lo Administrativo, ni la jurisdicción contenciosa administrativa; no teniendo mayor buen éxito la exigencia de términos en las reclamaciones en el Poder Público; sin fórmula de compelerlo para la solución definitiva de las reclamaciones que se le interpone, bastaría, como ha sucedido, que la administración mantenga indefinido o por mucho tiempo un asunto sin resolver para que el reclamante no pueda ocurrir a la vía judicial. Resulta así el Estado, que habrá

de ser demandado ante el Poder Judicial, en la ventajosa posición de aprovechar de su propia demora e incumplimiento, con daño para los intereses privados, que hay que suponer. (36).

Así se estime que una reconvencción es una demanda en forma, es obvio que no se puede oponer a quien no es demandante. Se ha resuelto así en forma constante y se publica dos resoluciones que explican el punto mejor que lo podría hacer el comentario. (37 y 38).

Numerosas resoluciones han incidido sobre situaciones creadas respecto de los medios probatorios. Se ha dictado una que autoriza el desglose de prueba instrumental cuya oposición fué declarada fundada. Todavía habrá que esperar otras resoluciones en igual sentido para formarse un criterio sobre el particular. (39).

La resolución de 3 de abril última limita la probanza a la que autoriza el art. 347 del Código. Empero hay que estimar que una prueba no señalada allí puede ser pertinente y el criterio general ha sido amplio para admitir otras pruebas, sobre todo cuando se piensa que nuestro Código es de 1912 y que cuarenta años de progreso científico obliga a considerar el problema con otro espíritu. (40).

Es también verdad admitida que no puede obligarse al adversario en juicio para que presente su propia prueba. Es asunto de su conveniencia ya que si no lo hace, la regla general del art. 338 es la que corresponde. (41).

Sobre la confesión publico varias resoluciones. Se trata de asuntos sencillos pero que no obstante se olvidan. Al decidir el Juez sobre la pertinencia o impertinencia de la pregunta cabe apelación. Si a élla se acoge el perjudicado, no habría por qué obligarlo a contestar mientras la Corte no se pronuncie al respecto. Se ha rechazado las preguntas que no versan sobre hechos sino que tienden a inquirir el motivo determinante de la actitud de quien absuelve las posiciones; se ha declarado que carece de sentido dar curso a la apelación respecto de ciertas preguntas cuando ya las ha contestado el confesante; en los casos de confesión ficta, se ha circunscrito esa sanción solo a las preguntas que se refieran a hechos propios de la parte y no a hechos de tercero, por razones obvias; y que no puede obligarse a prestar confesión fuera del lugar de residencia habitual del confesante, ya que bien se puede señalar domicilio legal en Lima, para los efectos de las notificaciones, y residir en otra ciudad. (42 a 48).

No he encontrado, y hubiera sido interesante, alguna resolución sobre la apelación en ambos efectos o solo el devolutivo respecto de la tacha de impertinencia de las preguntas de un interrogatorio en prueba dentro del juicio.

Se ha rechazado el ofrecimiento de prueba testimonial que no reúne los requisitos del art. 465 del Código, dado el carácter preceptivo de esa

disposición; y se ha reiterado que la subrogación de testigos debe hacerse dentro del término de ofrecimiento de la prueba, pues caso contrario importaría la admisión de una nueva fuera del término. (49 a 51).

Siempre se encuentra en la práctica diaria algunos escollos en la forma como se solicita el apercibimiento respecto de la exhibición de documentos. Tres resoluciones ayudan a fijar ese concepto, y una de ellas recuerda la prohibición de pedir la exhibición de un testamento mientras viva el otorgante. Las resoluciones que cito intentan se destierre alguna vez, el pedido de que se tenga por no existente el documento a que se alude, pedido que no constituye apercibimiento y que podría considerarse, extremando la nota, hasta temerario. (52 a 54).

El cotejo es prueba subsidiaria a la falta de reconocimiento; y los documentos sustraídos no producen efecto legal con arreglo al art. 66 de la Carta Política del Estado, son dos resoluciones que se inserta por ser de interés. También lo tiene una que faculta al Juez para que practique personalmente la inspección ocular, sin librar comisión a otro Juez, resolución evidentemente inspirada en el principio de inmediación, mas aún tratándose de prueba tan directa como la que se cita. También se ha fijado la tesis de que la prueba decretada de oficio establece obligación solidaria entre ambos litigantes, por lo que se negó el pedido de abandono de la instancia. (55 a 58).

Acerca de los peritajes se inserta varias resoluciones. Una de ellas establece que en el caso de perito dirimente no hay para que hacer nuevamente el cotejo; otra enseña la necesidad de precisar en el auto que se nombra peritos la materia sobre la que estos deben pronunciarse, disposición olvidada por algunos auxiliares de la administración de justicia; que el nombramiento de tercer perito, con arreglo al art. 499 del Código, no dá a éste el carácter de dirimente; y dos resoluciones sobre asuntos del derecho de trabajo en que se trata claramente la necesidad del debate contradictorio. (59 a 63).

Se han mantenido la jurisprudencia respecto de algunos problemas del juicio de menor cuantía. Así, se recuerda que en los juicios de esta clase no tiene por qué dictarse auto que reciba la causa a prueba; que no precisa declaración expresa de rebeldía contra el demandante que no concurrir al comparendo y al que se le ha opuesto una excepción; que, por lo mismo, esa situación no importa la de la multa, que sí requiere de declaración expresa de la condición de rebelde; que la constancia de inconcurrencia, art.

949 del Código, debe ser exigida, olvido en que incurren también a diario algunos auxiliares de la administración de justicia; que la reconvencción debe estar sujeta a los límites apropiados a la naturaleza de la causa a fin de evitar que el recurso sea simplemente de demora para lograr su ordinarización. (64 a 68).

Ha quedado ya establecido, y es conveniente relieves el hecho, que la prueba instrumental tiene carácter privilegiado y puede presentarse en cualquier estado del juicio sumario. En años anteriores la jurisprudencia se orientó al rigor del art. 939 del Código. Ahora se admite la prueba instrumental, aún en Segunda Instancia, y no solo en los avisos de despedida y divorcio, lo que tendría fácil explicación, sinó en toda clase de juicios sumarios. Solo hace falta insertar una resolución. (69).

No ha sucedido así, empero, con la confesión prueba que en los juicios sumarios se sujeta a la restricción establecida en el Código, o sea que debe ofrecerse en el comparendo o en los tres días posteriores a esta diligencia. (70).

También aparece una resolución en discordia sobre la interpretación de los arts. 260 a 263 del C. C. en los juicios de divorcio. (71).

Del juicio ejecutivo se presenta cuatro resoluciones. Una, niega acción ejecutiva por omisión del protesto respecto del girador; otra, también niega la acción por carecer el documento de timbres fiscales; la tercera, precisa el concepto de que el subastador solo obla el precio del remate y que los gastos e impuestos que origine la venta judicial deben sufragarse con el precio de la subasta, lo que es razonable porque, caso contrario, el subastador estaría pagando cantidad superior a la buena pró. (72 a 74).

El asunto tratado en la cuarta resolución es materia de discusión y en la jurisprudencia aún hay dudas. La ley establece que puede ampliarse la ejecución cuando se trata de obligaciones que se devengan en períodos sucesivos. Con relación a las letras de cambio, se piensa que dada la autonomía del instrumento cada letra debe ser materia de una ejecución. En la resolución que se comenta, apreciándose que las letras provienen de una misma obligación, se ha admitido la ampliación de la acción ejecutiva. (75).

Dos resoluciones recuerdan que contra las decisiones del Juez de Primera Instancia, conociendo en revisión los asuntos del Juzgado de Paz, no cabe recurso alguno. (76 y 77).

En la ejecución de sentencia y pago de costas se establece que los peritos que regulen la indemnización deben ser dos, siguiendo la orientación de la jurisprudencia anterior; que debe hacerse compensación de costas, en aplicación del art. 1171 del Código; que el derecho que la ley concede a las partes en un juicio de división para oponerse a la partición mate-

rial, no puede tener carácter absoluto, debiendo los peritos pronunciarse sobre las posibilidades de esa división material; y que los juicios suspendidos o cortados por leyes de excepción o de emergencia no dan margen a la condena en costas. (78 a 81).

La exclusión de un bien inventariado importa el ejercicio de la acción ordinaria. Tal es la tesis de la resolución de 15 de octubre de 1951, pero conviene observar que hay resoluciones anteriores que permiten discutir la exclusión incidentalmente. La jurisprudencia no es unánime y se observa el empeño de evitar, para estos casos, la latitud del juicio ordinario. (82).

Se ha mantenido la tesis de la imposibilidad de seguir la declaración de herederos de dos personas en un solo procedimiento; y se ha dictado una importante resolución en el sentido de que estando nombrado un administrador de la sucesión no hay para que nombrar defensor de herencia para el pleito que hubiera de promoverse contra la masa. (83 y 84).

Cuando se concede apelación en ambos efectos y queda en suspenso la jurisdicción, algunos jueces ponen media firma en el concesorio, queriendo indicar, con este aspecto formal, que la resolución es un auto. Otros, al contrario, solo la rubrican para darle forma y contenido de mero decreto a fin de facilitar el recurso de reposición. Cabe la posibilidad de que un Juez, por falta de una debida apreciación, dé apelación en ambos efectos paralizando la instancia, cuando en realidad solo correspondía la apelación en el efecto devolutivo.

Algunos estiman que el inciso 5º del art. 1096 del C. al permitir que no obstante hallarse la jurisdicción en suspenso se pueda conocer de las cuestiones relativas a la apelación, se está refiriendo a la posibilidad de encomendar un concesorio erróneo, y evitar al litigante la demora de una alzada en ambos efectos. La Corte no permite entender así la disposición citada, debiendo esperarse alguna resolución que explique cuáles serían las otras cuestiones relativas a la apelación, ya que no incidirá únicamente sobre el requerimiento de doble pago y cuestiones conexas de poner expedita la alzada. Con este mismo criterio estricto, no puede el Juez admitir el desistimiento de la acción, cuando ha concedido una apelación en ambos efectos, siendo necesario que el expediente suba a la Corte y se resuelva la apelación pendiente, todo en virtud del principio de que suspenso la jurisdicción, el Juez nada puede hacer. (85 y 86).

Hace varios años, no menos de diez, se vió en la Corte Suprema la causa de Beaumont con la Beneficencia de Mollendo. La vista produjo gran

expectación no solo por la cuantía patrimonial de la controversia, sino porque en ella se agitaba difíciles problemas de derecho internacional privado en el campo de la sucesión legal, y porque, además, las partes estaban defendidas por dos titanes de la abogacía: los doctores Manuel Augusto Olaechea y Ernesto de La Jara y Ureta.

Después de varios días de brillantes informes, y de un tiempo prudente de hallarse la causa al voto, la Sala resolvió que al haberse dispuesto que la declaración de herederos se siguiera en la vía ordinaria, los interesados debieron poner demanda en forma, y no proseguir la causa solicitando la apertura a prueba. Tal solución hizo exclamar al maestro Olaechea: "la Corte ha ido por el fácil camino de la insubsistencia".

Es este el grave peligro de las nulidades cuyo comentario se ha reservado para el final de este artículo. Cuando la nulidad no parece irreparable, litigantes y abogados pueden estimar que en forma deliberada se ha eludido la resolución del fondo de la controversia. Y aunque esto no ha sido nunca el criterio de nuestros Tribunales, cabe se piense en ello.

Durante muchos años la defensa en juicio ha reposado, en nuestro medio, sobre una frase hecha y no discriminada: "El Código de Procedimientos Civiles es ley de Orden Público". Con tal severo dogmatismo, las nulidades no están puntualizadas en los 12 primeros incisos del art. 1085 del C. de P. C., pues el inciso 13º da una amplitud desconcertante y puede anularse un proceso inclusive por omisiones que no han lesionado el derecho de nadie y que no importan trasgresión a normas de orden público.

Las resoluciones que presento, y que ya será innecesario comentar, revelan que se ha producido una notable reacción. La Corte Superior ha declarado nulidades solo en situaciones en que era imposible convalidar el proceso, entendiendo que la insubsistencia de un juicio seguido con daño del patrimonio de los interesados y con la preocupación y angustia de meses o años, ocasiona un doloroso desaliento.

Esta reacción obedece a consideraciones no solo de apreciación de la realidad sino, especialmente, doctrinaria. Se ha inspirado la Corte en la convicción que no todas las disposiciones del Código son de orden público; y ha tenido presente que el instituto de las nulidades de los actos procesales —no solo de las resoluciones— se ha creado en garantía de las partes a fin de que su derecho no quede lesionado. Por consiguiente, en los casos de normas no de orden público, sino se ha disminuído la garantía procesal y la parte que podría reclamar piensa que mas gana con la prosecución de la instancia, la nulidad no ha sido declarada.

Así lo pensó la Comisión que ha presentado el proyecto de Revisión de nuestro actual Código, y cuyo trabajo espera hace muchos meses la sanción legislativa. En la exposición de motivos, la Comisión dice: "La anulación del proceso por haberse incurrido en algunos de los defectos u omisiones que lo invaliden, es manifiestamente otra de las causas de la prolongación de los pleitos".

Después de compulsar nuestra realidad, la Comisión ha instalado en el art. 300 la disposición de no poderse solicitar la nulidad sino dentro de tercero día de conocido el acto de que se trata, para impedir que el litigante malicioso pueda promover el artículo cuando la causa se halla para senten-

cia, por vicio cometido en alguna de sus etapas anteriores, y con el agravante de pretenderse nulidad fundada en la propia omisión o infracción; y en el art. 302 hace la distinción de que las nulidades inciden sobre disposiciones legales de orden público y de interés privado, en cuyo caso, y dentro de circunstancias determinadas, pueden ser reabsorbidas en el proceso.

Bastaría con esto. Pero cuando la Revista de Jurisprudencia Peruana promovió una discusión del Proyecto de Reforma, con el nombre de "Forum", uno de los abogados mas distinguidos de Lima, y también Catedrático de nuestra Universidad, después de hacer una de las mas brillantes exposiciones que sobre la materia se había escuchado en esta capital, recordó una disposición de la Ley de Arancel de Derechos Judiciales que sanciona a los Escribanos con las costas por las nulidades causadas por su omisión. Y propugnó que también la sanción recayera sobre los jueces, probablemente entendiéndolo que por su descuido afloran y progresan las insubsistencias.

El ponente, sin precisarlo, se afiliaba a la tesis del art. 240 del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Capital, (República Argentina), que así lo establece.

Sin quererlo, la apreciación resultó injusta. Si bien es cierto que el Juez tiene en todos los pleitos el interés profesional y doctrinario que corresponde a su función, debe considerarse que el abogado tiene un interés personal, económico, y una precisa responsabilidad ante el cliente. Ahora bien, si la ley le franquea los recursos de reposición y varios otros para impugnar las resoluciones, por qué la responsabilidad de las omisiones debe gravitar sobre el Juez y no sobre el abogado? Si el letrado puede inclusive pedir aclaración dentro de un día de las resoluciones con error u omisión y puede subsanar las nulidades en el momento que se producen; si, además, revisa el expediente al formular su alegato de buena prueba en los juicios ordinarios, y para los ejecutivos y sumarios cuenta con la facilidad que dan todos los Escribanos de entregar los autos por algunos días, para los informes que ilustren al Juez antes del fallo, es ese el momento, por lo menos, en que puede llamar la atención para que no se produzca un fallo mediando vicio de nulidad, el que, en último análisis, habría de atribuirse a una falta de acucioso contralor del proceso por parte de quien, en razón de intereses, está mas obligado a ello. (Casos N° 87 al 105).

José Merino Reyna
Catedrático de Derecho Procesal Civil de la
Pontificia Universidad Católica.

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA EN EL AÑO 1951.

A P E N D I C E

1

Lima, 10 de enero de 1952.—Autos y vistos; y atendiendo: a que no obstante lo dispuesto por el art. 140 de la L. O. del P. J., admitida sin firma de letrado la apelación de fs. 8, no procede darse por no presentado ese recurso y nulo el proveído que lo concede; confirmaron el apelado de fs. 9 vta., su fecha 8 de noviembre de 1951, que declara sin lugar la nulidad deducida a fs. 9 y proveyendo con arreglo al estado de la causa; autos con citación y a la tabla.—Rúbrica de los SS. Iberico.—Ramírez.—Valdez Tudela.—Fdo. Ayala Noriega, Secretario.

2

Lima, dieciocho de Mayo de mil novecientos cincuentiuno.—Autos y Vistos; y atendiendo a que, la representación de los Conventos corresponde a sus Priors o Superiores,; **revocaron** el auto de fojas cuarentidos vuelta, su fecha siete de Diciembre último, que declara sin lugar la oposición formulada a fojas treintinueve por el representante del Convento de Santo Domingo; declararon fundada dicha oposición; y los devolvieron.—Rúbricas de los SS.—La Rosa.—Diez Canseco.—Velarde A.—Fdo.—Sánchez B., Secretario.

3

Lima, 23 de octubre de 1951.—Vistos; con los acompañados; de conformidad en parte con lo opinado por el Señor Fiscal; y considerando: que el Concejo Distrital de Lurín no ha estado legalmente representado en estos autos pues solamente ha intervenido uno de los Síndicos de dicho Concejo; declararon insubsistente la sentencia de fs. 24, su fecha 2 de julio de 1948 y en consecuencia nulo lo actuado desde fs. vta., a cuyo estado repusieron la causa; mandaron se notifique al Concejo Distrital de Lurín con arreglo a la ley; y los devolvieron.—Firmas de los SS.—Alva.—Gazats.—Paz Soldán. Se publicó. Fdo. V. de Velasco, Secretario.

4

Lima, dieciseis de Junio de mil novecientos cincuentiuno: Autos y Vistos y atendiendo: a que el artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Civiles, no establece el pago previo de las costas causadas en el juicio abandonado, para interponer, y susbtanciar la nueva acción; y a que el cobro de tales costas debe hacerse independientemente, como incidente, del juicio abandonado: **revocaron** el auto de fojas dieciseis, su fecha diecinueve de Junio del año último, que declara fundada la oposición deducida a fojas seis, por doña Emilia Larco de Cuneo; **declararon** sin lugar dicha oposición; **mandaron** que el juicio continúe su trámite legal; y los devolvieron.—Rúbricas.—SS.—La Rosa.—Diez Canseco.—Velarde A.—Fdo.—Sánchez B., Secretario.

5

Lima, 18 de setiembre de 1951.—Autos y vistos; atendiendo: a que el escrito de fs. 6, con el certificado médico de fs. 5, ha sido presentado en la fecha señalada para la diligencia, y dentro de la media hora de tolerancia señalada por la ley; **revocaron** el apelado de fs. 7, su fecha 10 de agosto último, que haciendo efectivo el apercibimiento decretado da por reconocida el documento de fs. 1 y por absueltas en sentido afirmativo las preguntas del interrogatorio contenido en el escrito de fs. 2; **declararon** que no procede hacer efectivo por ahora el referido

apercibimiento, debiendo el Juez proveer el escrito de fs. 6 conforme a sus preces; y los devolvieron.—Rúbricas de los SS. Mares.—Gazats.—Paz Soldán.—V. de Velasco, Secretario.

6

Lima, siete de Julio de mil novecientos cincuentiniuno.—Autos y Vistos; atendiendo: a que, el demandado ha intervenido en el curso del juicio despues de ser declarado rebelde sin que se le exigiese el pago de las multas respectivas: confirmaron el auto de fojas ciento treintinueve vuelta, su fecha diecinueve de Junio último que declara sin lugar lo solicitado por doña Teodolinda La Madrid en su recurso de fojas ciento treintiseis; y los devolvieron.—Rúbricas SS.—La Rosa.—Diez Canseco.—Velarde A.—Fda.—Sánchez B., Secretario.

7

Lima, 3 de diciembre de 1951.—Autos y vistos; con el cuaderno de embargo acompañado; y atendiendo: a que el apercibimiento de detención sólo se impondrá en los casos expresamente señalados en la ley como lo determina el art. 184 del C. de P. C.; a que de acuerdo con dicho dispositivo el referido apremio debe decretarse en forma expresa y como lo ha hecho el Juez a fs. 14 del expediente acompañado; revocaron el apelado de fs. 4, su fecha 29 de octubre último, que declara sin lugar la nulidad solicitada por don Pablo Carbajal, la que declararon fundada, y en consecuencia, insubsistente el proveído de fs. 18 del acompañado en la parte que ordena la detención del ejecutado; mandaron que se telegrafe al Juez de la causa para que disponga su inmediata libertad; y los devolvieron.—Rúbricas de los SS.—Alva.—Mares.—Gazats.

8

Lima, 16 de junio de 1951.—Autos y vistos; constando del documento de fs. 47 que doña Juana de Navarro es esposa del demandado don Luis Navarro y estando a lo dispuesto en el art. IV del Título Preliminar del C. C.; revocaron el auto de fs. 45 vlt., su fecha 16 de mayo último, en cuanto da por no presentado el recurso de fs. 43 de doña Juana de Navarro; declararon sin lugar la petición de fs. 44; mandaron se lleve adelante el proveído de la citada fs. 43; y los devolvieron.—Rúbricas de los SS.—Iberico.—Ramírez.—Vaudez Tudela.—Fdo.—Paz de Noboa, Secretario.

9

Lima, 18 de diciembre de 1951.—Vistos; con los pedidos; atendiendo: a que las acciones de desahucio y aviso de despedida tienen el mismo fin de procurar la entrega del bien dado en arrendamiento, y se tramitan por la misma vía; estando a lo dispuesto por el art. 250 del C. de P. C.; revocaron el auto de fs. 4, su fecha 22 de octubre último, que declara sin lugar la acumulación solicitada a fs. 1 por "La Rural S. A."; declararon funda dicha solicitud; y los devolvieron.—Rúbricas de los SS.—La Rosa.—Diez Canseco.—Velarde Alvarez.

10

Lima, 22 de noviembre de 1951.—Autos y vistos; con los acompañados y atendiendo: a que la nueva acción planteada por doña Isidora Cárdenas de Yactayo y otros contra don Luis Calvo se encuentra en el estado de simple demanda por lo que no cabe decretar acumulación de un juicio que no se ha abierto a otro que se halla en estado de sentencia; REVOCARON el auto de fs. 2 vlt., su fecha 13 de octubre último, que declara precedente la acumulación solicitada a fs. 1 por doña Isidora Cárdenas; declararon sin lugar dicha acumulación; y los devolvieron.—Rúbricas de los SS.—La Rosa.—Diez Canseco.—Velardet Alvarez.—Fdo.—J. Snchez Buitrón, Secretario.

11

Lima, 1º de setiembre de 1951.—Autos y vistos; con los acompañados y atendiendo: a que no habiéndose definido la controversia por no estar contestada la demanda por el Expreso Noroeste en el juicio que le plantea la Empresa Cruz del Chalpón, no procede la acumulación ordenada en el auto apelado: revocaron el auto de fs. 29, su fecha 2 de junio último, que manda acumular el juicio seguido por Empresa Cruz de Chalpón con Expreso Noroeste y otro; con lo demás que contiene; declararon que no procede dicha acumulación; y los devolvieron.—Rúbricas de los SS.—Iberico.—Ramírez.—Valdez Tudela.—Fdo.—Paz de Noboa, Secretario.

12

Lima, treintuno de Marzo de mil novecientos cincuentuno.—Autos y Vistos; y atendiendo: a que en el presente juicio intervienen como demandadas tanto la Compañía de Transportes Roggero como la Compañía Internacional de Seguros del Perú, y que si bien esta interpone las excepciones a que se contrae su recurso de foja tres, la competencia que corre de fojas once a fojas trece ha sido promovida por la Empresa Roggero; que por tanto las excepciones interpuestas por la Compañía Internacional de Seguros no son óbice para el trámite de la competencia que en este caso se ha omitido; DECLARARON insubsistente el apelado de fojas quince vuelta, su fecha trece de Junio del año próximo pasado, que eleva al Tribunal la competencia sin haber llenado el trámite que corresponde; MANDARON que el Juez lo eleve previamente; y los devolvieron.—Rúbricas ss.—La Rosa.—Diez Canseco.—Velarde A.—Fdo.—Sánchez B., Secretario.

13

Lima, Dos de Abril de mil novecientos cincuentuno.—Autos y Vistos; y atendiendo: a que el Juez de Primera Instancia, ha conocido de la reclamación interpuesta a fojas una, a falta de Juez Privativo del Trabajo, y por lo tanto el auto apelado debe ser revisado por el Tribunal Privativo: declararon insubsistente el proveído de veintisiete de Marzo último; se inhibieron del conocimiento del presente Juicio; y mandaron se remitan los autos al Tribunal del Trabajo, para su conocimiento, si lo estima conveniente.—Rúbricas: La Rosa.—Diez Canseco.—Velarde.—Fdo.—Sánchez B., Secretario.

14

Lima, 11 de enero de 1952.—Autos y vistos; con los acompañados; y atendiendo: a que la demanda de indemnización de fs. 6 de los principales se dirige por razón de mancomunidad contra el propietario del omnibus N° 98538 que causó el daño, don Carlos Bisso, domiciliado en Huacho, y contra el chofer don Agripino Galazar Barbarán, domiciliado en Lima, que lo manejaba en el momento en que ocurrió el accidente; y estando a lo dispuesto por el art. 49 del Código de P. C.; dirimiendo la competencia promovida: declararon que el conocimiento de la causa corresponde al Juez del Setimo Juzgado en lo Civil de Lima, a quien se remitirá lo actuado con noticia del Juez de Chancay; y los devolvieron.—Rúbricas de los SS.—Iberico.—Ramírez.—Valdez Tudela.—Fdo.—Ayala Noriega, Secretario.

15

Lima, diecisiete de Mayo de mil novecientos cincuentuno.—Vistos con los pedidos; en discordia; confirmaron el auto de fojas cuatro, su fecha veintiocho de Noviembre último que declara fundada la oposición formulada a fojas dos por don Leopoldo Arosemena Garland, con lo demás que contiene; y los devolvieron.—Rúbricas.—La Rosa.—Diez Canseco.—Paz Soldán.—Fdo.—Sánchez B., Secretario.

Voto del Sr. Velarde A.—Atendiendo: a que la petición para que un deudor señale bien libre para el embargo para los efectos a que se refiere el artículo trece de la ley Procesal de Quiebras debe hacerse valer ante el Juez de turno dado que, en su caso, inicia contra el deudor el correspondiente juicio de quiebra, y a que, en el presente caso es mas imperativo el conocimiento del Juez común, por que el del Trabajo carece de Jurisdicción para decidir sobre las cuestiones a que se contrae este cuaderno; y habiéndose incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso décimo del artículo mil ochenticinco del Código de Procedimientos Civiles: mi voto es por que se declare nulo el auto apelado, para que el Juez expida nueva resolución con arreglo a ley.—S. Velarde Alvarez.—Fdo.—Sánchez B., Secretario.

16

Lima, 7 de diciembre de 1951.—Vistos; con los acompañados; en discordia; por los fundamentos del apelado y porque estando a lo dispuesto por el art. 414 del C. de P. C. no ha podido el Juez ni conceder apelación del auto sujeto a la alzada; confirmaron el auto de fs. 71 vta. su fecha 28 de setiembre último, que declara sin lugar la oposición formulada por don Pierre Garrigue en su escrito de fs. 70; y los devolvieron.—Rúbricas de los SS.—La Rosa.—Diez Canseco.—Osoreo.—Atendiendo a que conforme al art. 413 del C. de P. C. sólo están obligados a practicar una diligencia de reconocimiento quienes hayan otorgado o suscrito un documento privado; a que el plano que corre a fs. 78 no aparece ni otorgado ni suscrito por el Gerente de la Cía. de Minas de Huarón, ni por personas que ejercieran su representación; a que si se trata de probar que ese plano ha sido confeccionado por encargo o por cuenta de dicha Cía. no es en una diligencia de reconocimiento donde debe esclarecerse tal hecho, mi voto es por la revocatoria del auto apelado y porque se declare improcedente la petición del reconocimiento ordenado.—Rúbrica del Sr. Velarde Alvarez.—Fdo.—J. Sánchez B., Secretario.

17

Lima, trece de Abril de mil novecientos cincuentiuno.—Autos y Vistos; y atendiendo: a que el recurso, cuya copia se presenta pidiendo su reconocimiento judicial no constituye ninguno de los documentos privados susceptibles de la diligencia a que se refiere el inciso primero del artículo doscientos nueve del Código de Procedimientos Civiles: revocaron el auto de fojas cinco vuelta que declara sin lugar la oposición de fojas tres que declararon fundada e inadmisibles la petición de fojas dos y los devolvieron.—Rúbricas.—La Rosa.—Diez Canseco.—Velarde A.—Fdo.—Sánchez B., Secretario.

18

Lima, 21 de Diciembre de 1951.—Vistos; con los pedidos; y atendiendo: a que de los que se tiene a la vista resulta que existe juicio entre don Jorge Lazo y don Enrique Mendizabal sobre rescisión de contrato en el cual se ha solicitado la exhibición de libros y pericias de contabilidad; a que por lo tanto no puede una de las partes solicitar en diligencia preparatoria la actuación de pruebas sobre puntos que se encuentran en debate judicial; revocaron el auto de fs. 16, su fecha 6 de setiembre último, en la parte que declara infundada la oposición deducida por don Jorge Lazo en el otro si de su escrito de fs. 5, la que declararon fundada y en consecuencia, improcedente la diligencia preparatoria solicitada a fs. 1; y los devolvieron.—Rúbricas de los SS.—La Rosa.—Diez Canseco.—Velarde Alvarez.—Se publicó.—J. Sánchez B., Secretario.

19

Lima, 30 de Junio de 1951.—Autos y vistos; y atendiendo: a que la prueba de los hechos en que se funda la demanda debe ofrecerse y actuarse dentro del juicio, resultando inadmisibles

la que es materia de la diligencia preparatoria de reconocimiento, acompañada a fs. 99, actuada sin citación de la parte demandada y estando abierto el presente juicio; revocaron el auto de fs. 103 vta., su fecha 17 de mayo último, en la parte apelada que declara sin lugar la oposición contenida en el otro sí del escrito de fs. 102, la que declararon fundada, y en consecuencia, inadmisibles la prueba de reconocimiento ofrecida en el escrito de fs. 99; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS.— Ramírez.— Valdez Tudela.— Amillas.— Paz de Noboa, Secretario.

20

Lima, 18 de octubre de 1951.—Autos y vistos; por sus fundamentos; y considerando además: que en el escrito de fs. 1 no se expresa con precisión la persona o personas que deben ser citadas de acuerdo con el art. 221 del C. de P. C.; confirmaron el apelado de fs. 13 vta., su fecha 2 de noviembre de 1950, que declara fundada la nulidad deducida a fs. 5; con lo demás que contiene; y los devolvieron.—Rúbricas de los SS.—Alva.—Mares.—Gazats.—Fdo.—V. de Velazco, Secretario.

21

Lima, 15 de setiembre de 1951.—Autos y vistos; con los pedidos; por los fundamentos del apelado y considerando además: que solo en el caso de que la inspección ocular ordenada durare mas de dos días, sería irrealizable por el propio juez que conoce de esta diligencia preparatoria, sin permiso de la Corte, como lo dispone el inciso 6º del art. 19 de la L. O. del P. J.; confirmaron el auto que en copia corre a fs. 3 del presente, que declara sin lugar la oposición formulada en el escrito de fs. 1 vta.; y la ampliación solicitada en el escrito que en copia corre a fs. 2; con lo demás que contiene; y los devolvieron.—Rúbrica de los SS.—Ibérico.—Ramírez.—Valdez Tudela.—Fdo.—Paz de Noboa, Secretario.

22

Lima, dieciséis de Mayo de mil novecientos cincuentuno.—Vistos: en discordia; por los fundamentos del apelado y considerando además: que al establecer la ley número dos mil setecientos sesenta, la inembargabilidad de la tercera parte de los sueldos de los servidores públicos, lo ha hecho para dejar en beneficio de aquellos y de sus familiares el aprovechamiento de las otras dos terceras partes de dichos sueldos; que por consiguiente cuando uno de estos tiene embargada una tercera parte de su sueldo por una obligación alimentaria en favor de persona que no es miembro de la familia que la ley protege, procede el embargo de otra tercera, siempre que, como en este caso el embargado no cumple tampoco sus obligaciones para con su familia legítima: **Confirmaron** el auto de fojas treinticinco, su fecha veintiocho de Marzo último, que ordena se entregue a doña Teresa de Jesús Pereyra de Yoplac, la suma de doscientos cincuenta soles oro mensuales del haber que corresponde a don Oscar Yoplac; con lo demás que contiene; y los devolvieron.—S. S. La Rosa.—Diez Canseco.—Paz Soldán.

Voto del Sr. Velarde A.—Mi voto es por la revocatoria del auto apelado y por que se declare sin lugar la petición de embargo de una segunda tercera parte del haber del obligado en razón de que la ley dos mil setecientos sesenta lo prohíbe y por que ha sido constante la jurisprudencia que consagra la inembargabilidad de esa segunda parte del sueldo cuando ya lo ha sido una en razón de deuda de alimentos.—S. Velarde.—Se publicó.—Fdo.—Sánchez B., Secretario.

23

Lima, 14 de setiembre de 1951.—Autos y vistos; atendiendo: a que no habiendo trabado la medida de embargo ordenada a fs. 5, debe estarse a lo dispuesto por el art. 614 del C.

de P. C.: declararon insubsistente el concesorio de la apelación corriente a fs. 7, su fecha dos de enero de 1950; y los devolvieron.—Rúbricas de los S. S. La Rosa.—Diez Canseco.—Velarde Alvarez.—Fdo.—J. Sánchez B., Secretario.

24

Lima, 5 de diciembre de 1951.—Autos y vistos; no habiéndose ejecutado todavía la medida preventiva dictada por el Juez, en forma de anotación en el Libro de Registro de Tránsito y Rodaje; estando a lo dispuesto por el art. 241 del C. de P. C.: declararon insubsistente el concesorio de la apelación corriente a fs. 3 vta.; su fecha 10 de octubre último; y los devolvieron Rúbricas de los SS. La Rosa.—Diez Canseco.—Velarde Alvarez.—Fdo.—J. Sánchez Buitrón, Secretario.

25

Lima, 2 de mayo de 1951.—Autos y vistos; con los acompañados; y atendiendo: a que según lo dispuesto por el art. 597 del C. de C., solo procede el embargo de los buques en el lugar en que se encuentren si los créditos que sustentan la medida son los expresados en el art. 593 del propio Código; a que dichos créditos para gozar de la preferencia que les corresponde deberán acreditarse en la forma prevenida por la misma disposición legal; a que los recaudos con que se acompaña la solicitud de fs. 133 de los principales no reúne los requisitos puntualizados en los arts. referidos; y a que estando sujetos los buques a la legislación mercantil no basta para la procedencia del embargo que la solicitud se ajuste a lo establecido por el art. 227 del C. de P. C.; revocaron el auto de fs. 6, su fecha 12 de mayo último, que declara sin lugar la nulidad interpuesta a fs. 1, la que declararon fundada; y en consecuencia, mandaron se levante el embargo trabado; y los devolvieron.—Rúbricas de los SS. Iberico.—Ramírez.—Valdez Tudela.—Fdo.—Paz de Noboa, Secretario.

26

Lima, 8 de setiembre de 1951.—Autos y vistos; atendiendo: a que no habiéndose declarado la obligación alimentaria mediante sentencia, ni señalándose alimentos provisionales, no está expedita la medida de embargo para garantizar el cumplimiento de una obligación alimentaria que recién se ha demandado; revocaron el auto de fs. 2 vta., su fecha 20 de junio último, en la parte apelada que manda trabar embargo preventivo hasta por la suma de un mil quinientos soles, con lo demás que contiene por este concepto; declararon que no procede dicha medida; y los devolvieron.—Rúbricas de los SS. La Rosa.—Diez Canseco.—Velarde Alvarez.—Fdo.—J. Sánchez B., Secretario.

27

Lima, 16 de agosto de 1951.—Autos y vistos; con los pedidos, atendiendo: a que el pedido de embargo contenido en el escrito de fs. 2, simultáneamente con la interposición de la demanda que obra a fs. 1 del principal, no presta mérito para la medida solicitada toda vez que no se trata de prestaciones devengadas de una obligación, cuya exigibilidad dependería del fallo que ponga fin al juicio; a que en consecuencia no se cumplen en el caso de autos los requisitos exigidos por el art. 227 del C. de P. C.; revocaron el auto de fs. 1 vta., su fecha 28 de mayo último, que manda trabar embargo preventivo hasta por la suma de cinco mil soles oro, en forma la retención; declararon que no procede por ahora dicha medida; y los devolvieron.—Rúbricas de los SS. Ibérico.—Ramírez.—Valdez Tudela.—Fdo.—Paz de Noboa, Secretario.

28

Lima, 9 de junio de 1951.—Autos y vistos; y atendiendo: a que en la demanda de fs. 8 no se determina con precisión la materia que se demanda ni los fundamentos de derecho que la apoyan y estando a lo dispuesto por el art. 307 del C. de P. C.; declararon insubsistente el auto de fs. 8 vta., su fecha 14 de febrero último; mandaron se devuelva la referida demanda al interesado; y los devolvieron.—Rúbricas de los SS. Ibérico.—Ramírez.—Valdez Tudela.—Fdo.—Paz de Noboa, Secretario.

29

Lima, Marzo veintiseis de mil novecientos cincuentiuno.—Auto y Vistos; y atendiendo: a que siendo la excepción de cosa Juzgada por su naturaleza dilatoria, sin que obste la denominación de preteritoria que se le ha dado al interponerla, debe resolverse con carácter previo: revocaron el auto de fojas cuarenta vuelta, su fecha once de Diciembre último, que declara sin lugar la solicitud de fojas cuarenta, la que declararon fundada y en consecuencia mandaron que el Juez resuelva la excepción planteada a fojas treinticinco en la forma legal correspondiente; y los devolvieron.—Rúbricas.—La Rosa.—Diez Canseco.—Velarde A.—Fdo.—Sánchez B., Secretario.

— 30 —

Lima, tres de Agosto de mil novecientos cincuentiuno —Autos y Vistos— por los fundamentos del auto apelado y atendiendo, además, a que la acción iniciada por don Jorge Luna Polo., no ha debido ser admitida por el Juez por que el artículo ochocientos noventicinco del Código Civil permite al condómino ejercitar solo las acciones compatibles con el estado de indivisión requisito de que carece la acción de desahucio intentada a fojas una por uno solo de los condóminos, como lo es don Jorge Luna Polo: confirmaron el auto de fojas ochenticuatro, su fecha seis de Diciembre último que suspende la secuela del presente juicio; y los devolvieron. Rúbricas: — La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo.: Sánchez B.— Secretario.

— 31 —

Lima, 13 de agosto de 1951. —Autos y vistos y atendiendo: a que conforme al Art. 1261 del C. de P.C. el administrador judicial de una herencia necesita autorización del Juez para interponer otras acciones distintas a la que dicha disposición señala; a que, en el presente caso, no consta la autorización para interponer la acción de otorgamiento de escritura; a que por lo tanto, resulta fundada la excepción de falta de personería opuesta por la demandada en el escrito de fs. fundada en la expresada falta de autorización, revocaron el auto de fs. 43, su fecha 11 de mayo último, en la parte que declara sin lugar la excepción de falta de personería deducida por doña Teresa Seminario de Ramírez Villasanté; declararon fundada dicha excepción; la confirmaron en lo demás que contiene; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. La Rosa — Diez Canseco — Velarde Alvarez.— Fdo. J. Sánchez B., Secretario.

— 32 —

Lima, dos de Junio de mil novecientos cincuentiuno —Vistos— con los pedidos y considerando: que estando a lo dispuesto por el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Civil para ejercitar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral, y que, por tanto cuando no se acredita tener tales intereses se carece de título para interponer una demanda y no de personería, para intervenir en nombre de otro en ese proceso; que, por consiguiente, no debe confundirse la falta intrínseca de título propio para ejercitar una acción con la intrínseca de representación de otra persona para ejercitar esa misma; que en el pre-

ente caso la excepción interpuesta por doña Irma Espejo, a fojas seis negando a don Estanislao, a don Francisco y a don Manuel Saavedra la capacidad para pedir la nulidad del testamento de doña Juana Saavedra, por no tener la calidad personal de hermanos paternos de la testadora, descansa en que con las partidas de fojas veintidos, treintitres y veinticuatro presentadas por ellos, no está probando tal vínculo; y a que de tales documentos no consta que hubieran sido reconocidos como hijos naturales por don Narciso Saavedra, padre de doña Juana y que por tanto esa excepción es en realidad de falta de título de herederos de dicha doña Juana y no de personería como se le ha calificado: revocaron el auto apelado de fojas treintidos vuelta, su fecha nueve de Enero del presente año que declara sin lugar la excepción interpuesta por doña Irma Consuelo Espejo a fojas seis calificándola de personería; declararon fundada dicha excepción de falta de título, y los devolvieron.— Rúbricas — La Rosa — Diez Canseco — Velarde A. — Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 33 —

Lima, cuatro de Agosto de mil novecientos cincuentuno. — Autos y Vistos— atendiendo: a que la acción interpuesta a fojas dos, por don Víctor E. de Aquendo, es inadmisble de conformidad con lo dispuesto por la ley diez mil ochocientos noventaicinco: revocaron el auto de fojas nueve, su fecha cinco de mayo último que declara sin lugar la solicitud formulada por el representante de don Pedro A. Quichiz en su recurso de fojas ocho; declararon fundada dicha solicitud e inadmisble la demanda; y los devolvieron.— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde A. Fdo. Sánchez B., Secretario.

— 34 —

Lima, 5 de enero de 1952.— Vistos con lo expuesto por el Señor Fiscal y considerando: Primero: que el mantenimiento del régimen tributario fiscal vigente en el país, está encargado a instituciones específicas dotadas por las leyes adhoc de atribuciones en virtud de las cuales no acotan a los diversos contribuyentes fijando las cantidades que en cada caso deben pagar, sino que vigilan que tales pagos se hagan bajo una organización minuciosamente organizada y ejercida por funcionarios y autoridades ante quienes ha de someterse no solo los reclamos de los contribuyentes cuando crean que se incurre en exceso en el cobro, sino las denuncias de los ciudadanos en los casos en que crean que algún contribuyente, burle, evade o se sustraiga al cumplimiento de las obligaciones de tal y no haya sido debidamente controlado por los funcionarios encargados de hacerlo; Segundo: que todos estos procedimientos están sujetos a normas administrativas dentro de las cuales cabe, legalmente, el séquito de expedientes que han de ser resueltos por las autoridades propias de cada ramo, y en última instancia por el Ministerio de Hacienda mediante resoluciones supremas que tienen fuerza obligatoria, pero susceptibles de las reconsideraciones que se solicite ya sea por los funcionarios encargados de la defensa de los intereses fiscales o ya por los contribuyentes en amparo de sus intereses privados; Tercero: que en esta virtud, cuando se formula una denuncia contra uno o mas contribuyentes, por haber evadido el pago de algún impuesto, es a las autoridades administrativas ya referidas a quienes compete la resolución del caso, y una vez expedida esta, cabe también promover reconsideraciones de la misma por quien se crea agraviado por lo que en aquella se ha dispuesto, caso en el cual resuelta la reconsideración, ya no procede ningún otro recurso dentro del procedimiento administrativo, ni el ejercicio de acción alguna civil ante el Poder Judicial, pues este no tiene jurisdicción en el campo del pago de los impuestos públicos en el cual las autoridades exclusivas son las fiscales. Cuarto: que si en el presente caso la Resolución Suprema de 25 de junio de 1949, fs. 2, mandó terminar el trámite de la denuncia de don Francisco Duarte contra los productores de azúcar Agrícola Chicama Limitada y Negociación Azucarera Laredo Limitada, por evasión del pago de la diferencia entre el impuesto a la azúcar granulada y el que corresponde a la moscabada en las ventas dentro del país, a las que se contrae la denuncia, es forzoso reconocer que habiéndose solicitado por esas empresas se reconsiderara aquella resolución y tramitado el pedido, se expidió la nueva de 8

de febrero de 1951, declarando fundada tal reconsideración y que no procedía el pago de la mencionada diferencia de impuestos en las ventas a las que se contrajo el denunciante, resolución expedida precisamente por los mismos organismos administrativos que expidieron la primera; Quinto: que en consecuencia, si alguna expectativa provechosa tuvo el denunciante sobre el treintitis por ciento de aquella diferencia, cuando la resolución suprema de 25 de junio de 1949 mandó concluir el trámite de la denuncia, tal expectativa desapareció legalmente cuando la del 8 de febrero de 1951, fs. 19, dejó sin efecto aquella; sin que este cambio en el concepto de las autoridades fiscales, confiera al poder judicial competencia para revisar lo hecho en campo que no le es propio, toda vez que no está constituido para velar por el pago de los impuestos fiscales y menos cuando las autoridades competentes han declarado inaceptable la denuncia de la evasión del pago de los que han sido materia de las resoluciones citadas; y, Sexto: que por todas estas razones no procede en manera alguna la acción de nulidad de la Resolución Suprema de 8 de febrero de 1951 interpuesta a fs. 4 por el exdenunciante Duharte contra el Supremo Gobierno y contra las empresas ya mencionadas; y son más bien fundadas las excepciones de cosa juzgada en lo administrativo y de inadmisibilidad de la demanda interpuesta a fs. 24 por el Procurador General de la República; revocaron el apelado de fs. 21, su fecha 3 de octubre último, que declara sin lugar las excepciones ya mencionadas, y en consecuencia, inadmisile la demanda de fs. 4; y los devolvieron.— Rúbrica de los SS. La Rosa — Diez Canseco — Velarde Alvarez.— Fdo.: J. Sánchez B., Secretario.

— 35 —

Lima, 19 de diciembre de 1951.— Autos y vistos; y atendiendo: a que el término es común para los demandados; a que estando pendiente de resolución la excepción propuesta por uno de los demandados, resulta ilegal dar por absuelta la contestación a la demanda en rebeldía del codemandado; revocaron el auto de fs. 15, su fecha 21 de abril último, en la parte que da por contestada la demanda en rebeldía de don Pedro Bazan Vargas; declararon que no procede dicha declaratoria de rebeldía; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. La Rosa — Diez Canseco — Velarde Alvarez. Se publicó conforme a ley. J. Sánchez B., Secretario.

— 36 —

Lima, 12 de setiembre de 1951.— Autos y vistos; y atendiendo: a que la demanda de fs. 1 se contrae a obtener la indemnización de perjuicios y lucro cesante, por la utilización, por la demandada, del nombre "Récord" en la manufactura de artículos de aluminio; a que del aviso de fs. 7 y recibos de fs. 16 y 17, aparece que ambas partes siguen los trámites respectivos en el Ministerio de Fomento para obtener la propiedad de dicha marca; a que del texto y espíritu de la ley de la materia se desprende que no cabe ocurrir a la vía judicial para exigir cualquier derecho al uso de un nombre o marca mientras no se haya agotado la vía administrativa por lo que resulta fundada la excepción opuesta por la demandada; revocaron el auto de fs. 9 vta., su fecha 23 de junio último, que declara sin lugar la excepción deducida por Platería y Manufacturas Peruanas S.A. en su escrito de fs. 5, la que declararon fundada y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. La Rosa — Diez Canseco — Velarde Alvarez.— Fdo. J. Sánchez B., Secretario.

— 37 —

Lima, veintidos de Mayo de mil novecientos cincuentiuno.— Vistos; con los principales y atendiendo: a que la acción reconvenzional solo puede ejecutarse contra el demandante; a que por lo tanto resulta ilegal la admisión de una reconvenzión de un tercero, como es la que se hace valer en el otro sí del escrito de fojas veintinueve de esos principales contra la Agencia L. Y Ego-Aguirre, y habiéndose incurrido en la causal del inciso octavo del artículo mil ochenticinco del Código de Procedimientos Civiles y con la facultad del artículo mil ochen-

tisiete: declararon insubsistente el auto de fojas siete de fecha diez y nueve de Diciembre último, así como todo lo actuado en este cuaderno: declararon sin objeto las excepciones deducidas en el escrito de fojas una: declararon así mismo insubsistente el proveído de fojas treinta y uno vuelta de los principales, de fecha veintidos de Setiembre de mil novecientos cuarentiocho en cuanto admite y sustancia la reconvencción planteada contra la Agencia Ego-Aguirre; declararon inadmisibile esa reconvencción y que es nulo todo lo actuado en el proceso con relación a dicha reconvencción: dejaron a salvo el derecho del reconviniante para que lo ejercite en la vía legal correspondiente: y los devolvieron para que se agregue este cuaderno a los principales.— Rúbricas. La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo. Sánchez B., Secretario.

— 38 —

Lima, 19 de agosto de 1951.— Autos y vistos; y atendiendo: a que la reconvencción constituye la demanda que el demandado hace al actor en la contestación a la acción interpuesta convirtiéndose de demandado en demandante y aquel en demandado; a que en esta acción don Saul Domínguez no es demandante y no puede por consiguiente ser reconvenido; a que así consta también del recurso de fs. 28, por lo que no puede admitirse la procedencia del error procesal en que se incurrió en la redacción del recurso de fs. 4; revocaron el auto apelado de fs. 28 vlt., su fecha 26 de abril último, que declara sin lugar la reposición deducido por don Saúl Domínguez en su recurso de fs. 27 la que declararon fundada, y en consecuencia insubsistente el decreto de fs. 16 vlt. que corrió traslado de la reconvencción a dicho Domínguez; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. Iberico — Ramírez — Valdez Tudela.— Fdo. Paz de Noboa, Secretario.

— 39 —

Lima, 10 de mayo de 1951.— Autos y vistos; en discordia; atendiendo: a que por auto consentido de fs. 109 se declaró que las cartas de fs. 53 y 54 no deberían ser admitidas como prueba por lo que carece de objeto su permanencia en los autos; revocaron el auto de fs. 129 vlt., su fecha 14 de agosto del año pxmo. pdo., que declara sin lugar la solicitud de fs. 128 formulada por doña Margarita Tassara, la que declararon fundada y en consecuencia, mandaron se desglozen las referidas cartas de fs. 53 y 54 y se devuelvan a la parte interesada y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. Serpa. — Alva — Paz Soldán.— Mi voto es por la confirmatoria del auto apelado.— Gazats.— Fdo. Vásquez de Velasco.

— 40 —

Lima, 3 de abril de 1951.— Autos y vistos; atendiendo: a que la prueba ofrecida por la demandante en el otro sí del recurso de fs. 123, no está comprendida entre los medios de que pueden hacer uso los litigantes con arreglo al Art. 347 del C. de P.C.: revocaron el apelado de fs. 130 vlt., su fecha 12 de febrero último, que declara sin lugar la oposición de la demandada; la que declararon fundada; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. Iberico — Ramírez — Valdez Tudela.— Fdo. Paz de Noboa, Secretario.

. 41 -

Lima, Tres de Abril de mil novecientos cincuentiuno.— Autos y Vistos; y considerando, que el demandado no puede obligar al demandante a que presente las pruebas de su derecho pues si este no las presenta quedará sujeto a las consecuencias de esa omisión de acuerdo con lo dispuesto por el artículo trescientos treinta y ocho del Código de Procedimientos Civiles; revocaron el auto de fojas ochentiocho vuelta, su fecha veintiuno de Setiembre último, en cuanto declara sin lugar las oposiciones deducidas a las exhibiciones solicitadas en los puntos: primero, segundo y octavo del recurso de fojas sesentiseis, única parte apelada por Maurer; decla-

raron fundada la oposición que este formuló a fojas ochentidos en cuanto a dichos puntos y que no proceden tales exhibiciones; y los devolvieron.— Rúbricas. La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo. Sánchez B., Secretario.

— 42 —

Lima, siete de abril de mil novecientos cincuentiuno.— Autos y Vistos; confirmaron la resolución que en acta obra a fojas quince, su fecha quince de noviembre último que declara pertinente la décima novena pregunta del interrogatorio de fojas catorce; debiendo tener presente que no debe obligarse a la parte, que presta declaración, a contestar la pregunta que ha sido materia de tacha mientras no se resuelva por el Tribunal la apelación interpuesta contra la decisión del Juez; y los devolvieron.— Rúbricas. La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo. Sánchez B., Secretario.

— 43 —

Lima, 19 de diciembre de 1951.— Autos y vistos; confirmaron las resoluciones que en acta obran a fs. 74 vta., su fecha 3 de setiembre último, que declara impertinente la quinta pregunta y sin lugar la impugnación formulada contra la octava repregunta; llamaron la atención al Juez para que en casos análogos no obligue a la parte declarante a contestar la pregunta que ha sido materia de la apelación; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. La Rosa — Diez Canseco — Velarde Alvarez.— Se publicó, J. Sánchez B., Secretario.

— 44 —

Lima, veintiuno de Abril de mil novecientos cincuentiuno.— Autos y Vistos y atendiendo: a que las preguntas objetadas no se refieren a hechos, sino que tienden a inquirir el motivo determinante de la actitud del confesante: confirmaron la resolución que en acta obra a fojas treinta y dos vuelta, su fecha veinticuatro de agosto último, que declara fundada la tacha opuesta a las preguntas segunda, tercera y quinta del interrogatorio de fojas treinta y dos; y los devolvieron.— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo. Sánchez B., Secretario.

— 45 —

Lima, treintiuno de julio de mil novecientos cincuentiuno.— Autos y Vistos; atendiendo: a que se ha interpuesto apelación contra las decisiones del Juez después de consentidas al haberse dado respuesta a las preguntas tachadas de impertinentes: declararon improcedente el recurso interpuesto a fojas veintiseis, e insubsistente el concesorio de la apelación de la misma foja, su fecha cinco de Julio en curso; debiendo tener presente el Juez que en una diligencia de confesión no puede obligarse al reconocimiento de documento contra la oposición deducida por el confesante, pues, aquel reconocimiento tiene tramitación distinta; y los devolvieron.— Rúbricas. La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo. Sánchez B., Secretario.

— 46 —

Lima, veintisiete de abril de mil novecientos cincuentiuno.— Autos y Vistos; habiéndose interpuesto la apelación corriente a fojas noventa y nueve después de contestadas las preguntas: declararon insubsistente el concesorio de la apelación corriente a fojas noventa y nueve, su fecha siete de Abril en curso; y los devolvieron.— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo. Sánchez B., Secretario.

— 47 —

Lima, quince de junio de mil novecientos cincuentiuno.— Autos y Vistos; y atendiendo: a que, las preguntas duodécima, décima séptima, décima octava, décima novena y vigésima tercera no se refiere a hechos propios del absolvente, por lo que no cabe darse por absueltas en sentido afirmativo en rebeldía del obligado a la confesión: **revocaron** el auto de fojas cinco vuelta, su fecha quince de Marzo, en cuanto dá por absueltas en sentido afirmativo las referidas preguntas; **declararon** que no procede hacer efectivo el apercibimiento decretado, **con** relación a las mismas; lo **confirmaron** en lo demás que contiene y los devolvieron.— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo. Sánchez B., Secretario.

— 48 —

Lima, cinco de Junio de mil novecientos cincuentiuno.— Autos y Vistos y atendiendo: a que no es legal obligar a la parte a prestar confesión fuera del lugar de su residencia habitual; y a que la comisión está regulada por lo dispuesto en el artículo doscientos uno y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial: **revocaron** el auto de fojas veintinueve, su fecha veintiseis de Marzo último, en la parte apelada que ordena que los demandados deben prestar confesión en el local del Juzgado; con lo demás que contiene; **mandaron** se libre el correspondiente exhorto para la actuación de las confesiones a que se hace referencia; y los devolvieron.— Rúbricas: Blondet — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo. Sánchez B., Secretario.

— 49 —

Lima, Marzo veintiseis de mil novecientos cincuentiuno.— Autos y Vistos; y atendiendo: a que siendo preceptiva la disposición del artículo cuatrocientos sesenticinco del Código de Procedimientos Civiles, la prueba testifical ofrecida en el escrito de fojas veinte resulta inadmisibles, **revocaron** el auto de fojas veintisiete vuelta su fecha dieciocho de Noviembre último que declara sin lugar la nulidad deducida en lo principal del escrito de fojas veintiseis, la que **declararon** fundada e inadmisibles la prueba ofrecida en el segundo punto del escrito de fojas veinte; y los devolvieron.— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 50 —

Lima, 14 de Diciembre de 1951.— Autos y vistos; atendiendo: a que el cambio de nombre de testigo, sin que se pueda identificar por otros datos, importa el ofrecimiento de nueva prueba que solo puede hacerse dentro del término de admisibilidad; **revocaron** el auto de fs. 14, su fecha 7 de setiembre último, que declara sin lugar la oposición formulada a fs. 10 por don Luis G. Poma; **declararon** fundada dicha oposición; y los devolvieron.— Rúbricas: de los SS. La Rosa — Diez Canseco — Velarde Alvarez.— Fdo.: J. Sánchez B., Secretario.

— 51 —

Lima, treintuno de Marzo de mil novecientos cincuentiuno.— Autos y Vistos; atendiendo a que la subrogación de un testigo importa la actuación de una prueba que debe hacerse dentro del término probatorio: **revocaron** el auto de fojas veinticuatro, su fecha veintiseis de julio último que declara sin lugar la oposición deducida a fojas diez y siete por doña María Coronado; la que **declararon** fundada; y los devolvieron.— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 52 —

Lima, veintitres de Abril de mil novecientos cincuentiuno.— Autos y Vistos; y atendiendo a que el mandato de exhibición de un testamento, mientras vive su otorgante, es infractorio de

las disposiciones de los artículos catorce y ochentisiete de la ley de notariado: **revocaron el auto que en copia corre a fojas seis vuelta, su fecha dieciseis de Diciembre del año último que declara infundada la oposición formulada a fojas tres por doña Zulema Mendiola viuda de Chauvel; la que declararon fundada, y los devolvieron.**— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velardo A.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 53 —

Lima, doce de Julio de mil novecientos cincuentuno.— Autos y Vistos; **atendiendo a que, con el requerimiento para que el demandado cumpla con hacer la exhibición ordenada se ha hecho un apercibimiento que no se señala; a que no es legal hacer efectivo ese apercibimiento teniendo como exacta una copia cuyo contenido no ha conocido previamente el obligado; revocaron el auto de fojas veintiocho vuelta, su fecha trece de Junio, en la parte que haciendo efectivo el apercibimiento da por cierta la copia que se presenta a fojas ochentisiete; declararon que no está expedito dicho apercibimiento y los devolvieron.**— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 54 —

Lima, Abril nueve de mil novecientos cincuentuno.— Autos y Vistos; **y atendiendo: a que tratándose de reconocimiento de documentos por personas extrañas al juicio solo puede hacerse efectivo el apercibimiento a que se refiere el artículo cuatrocientos veintisiete del Código de Procedimientos Civiles y no al que se contrae el auto materia del grado; revocaron el auto de fojas cincuenticuatro vuelta, su fecha nueve de Enero último que dá por reconocida en rebeldía de A. y F. Wiese S.A. la factura de fojas treintiseis; declararon que no procede dicho apercibimiento; confirmaron dicho auto en lo demás que contiene; y los devolvieron.**— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 55 —

Lima, dos de Junio de mil novecientos cincuentuno.— Autos y Vistos; **y atendiendo: a que la prueba de cotejo, es subsidiaria de la de falta de reconocimiento y no habiéndose realizado ésta; revocaron el auto de fojas cuarentiocho, su fecha veinte de Octubre de mil novecientos cuarentinueve, que manda se proceda a la diligencia de cotejo de don Tomás Navarro, con lo demás que contiene, declararon que no procede dicha diligencia, y los devolvieron.**— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 56 —

Lima, veintisiete de Julio de mil novecientos cincuentuno.— Autos y Vistos; **estando a lo dispuesto por el artículo sesentiseis de la Constitución del Estado; revocaron el auto de fojas quince, su fecha treinta de Junio último en la parte que declara infundada la oposición de fojas catorce formulada por don Filomeno Río Linares al reconocimiento de las cartas de fojas nueve y diez, declararon fundada dicha oposición respecto de las mencionadas cartas; lo confirmaron en lo demás que contiene; y los devolvieron.**— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo.: Vásquez de Velasco, Secretario.

— 57 —

Lima, 26 de Diciembre de 1951.— Autos y Vistos; **atendiendo: a que en el caso de autos no hay inconveniente legal para que la inspección ocular decretada se practique por el Juez de la causa, sin comisionarse a otro, dada la naturaleza del asunto que se litiga, y a fin de que pueda adquirir por sí mismo el conocimiento de los hechos materiales que deben informar su**

critério; revocaron el apelado de fs. 3, su fecha 13 de los corrientes, que declara sin lugar la reposición solicitada en lo principal del escrito de la citada foja, la que declararon fundada; mandaron que la inspección ocular ordenada se realice por el Juez de la causa quien señalará día y hora; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. Ramírez — Valdez Tudela — Esparza.— Fdo.: Paz de Noboa, Secretario.

— 58 —

Lima, 24 de Diciembre de 1951.— Autos y vistos; en discordia; y atendiendo: a que se trata de una prueba decretada de oficio, a cuya actuación están obligadas ambas partes litigantes en forma solidaria; y a que en consecuencia la paralización o tardanza en llevarse a efecto esa prueba es imputable a ambas partes interesadas en el juicio; declararon sin lugar el abandono de la instancia pedido por doña Paulina Hemmerde de Lanatta en su escrito de fs. 104.— Rúbricas de los SS.— Alva — Ramírez — Esparza.— Fdo.: Ayala Noriega, Secretario.

Atendiendo: a que la prueba fotográfica mandada practicar por el Tribunal con el carácter de para mejor proveer, no ha sido actuada, encontrándose paralizado el expediente desde junio de 1950; a que si bien el demandado pudo actuar dicha prueba por su cuenta, no puede responsabilizársele por la demora, pues dada su situación en el proceso no es dable exigirle que actúe una prueba, tanto más que ha obtenido sentencia favorable; que cumpliendo el mandato del Tribunal esta parte ha estado dispuesta a abonar la parte que le correspondía, conforme aparece a fs. 102; que en estas circunstancias, estando paralizado el proceso por más de un año, sin culpa del Juzgador, es el caso previsto en el Art. 269 del C. de P.C.; en consecuencia mi voto es porque se declare el abandono de la instancia, quedando firme la sentencia de Primera Instancia.— Rúbrica del señor García Rada.— Fdo.: Ayala Noriega, Secretario.

— 59 —

Lima, veintinueve de Marzo de mil novecientos cincuentuno.— Autos y vistos; por los fundamentos pertinentes; y no tratándose de observaciones al Cotejo: confirmaron el apelado de fojas veintiocho su fecha nueve de Noviembre de mil novecientos cuarentinueve, en cuanto nombra perito dirimente a don Roberto W. Juárez, debiendo tener presente el Juez, que conforme al Art. 499 del Código de Procedimientos Civiles no es necesario practicar nuevamente la diligencia, pues basta que el dirimente emita informe sobre la materia del Peritaje; y los devolvieron.— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo.: Secretario.

— 60 —

Lima, 15 de Setiembre de 1951.— Autos y vistos; atendiendo: a que el Juez no ha llegado a precisar cuál es el objeto del peritaje que ha mandado practicar en este juicio, pues no lo dice en los mandatos de fs. 99 y 109, ni en el auto de fs. 112, razón por la cual los peritos no tienen la indispensable base para el estudio de la contabilidad de la firma Cilloniz y Hermanos y menos para formular un dictamen; revocaron el auto de fs. 112 vta., su fecha 4 de julio último que declara sin lugar la nulidad pedida por el apoderado de Cilloniz Hnos. a fs. 110, la que declararon fundada y nulo e insubsistente todo lo actuado desde fs. 109; mandaron que el Juez precise, previamente, cuál ha de ser la materia del peritaje ordenado de oficio a fs. 99, teniendo presente lo dispuesto por el Art. 493 del C. de P.C.; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. La Rosa — Diez Canseco — Velarde Alvarez.— Se publicó, J. Sánchez B., Secretario.

— 61 —

Lima, 20 de Diciembre de 1951.— Autos y vistos; y atendiendo: a que con arreglo al Art. 499 del C. de P.C., el Juez si lo juzga conveniente nombrará un tercer perito que informe sobre los puntos en desacuerdo, pero sin darse a ese tercer perito el carácter de dirimente, como se ha hecho a fs. 318; y a que en tal forma se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso 8º del Art. 1085 del C. de P.C.: declararon insubsistente el apelado de fs. 328, su fecha 3 de julio último y nulo el proveído de fs. 318 a cuyo estado repusieron la causa para que se proceda con arreglo al dispositivo legal citado, teniéndose presente además lo que dispone el Art. 492 del mismo cuerpo de leyes; y los devolvieron.— Rúbrica de los SS. Alva — Mares — Gazats.— Fdo.: V. de Velasco, Secretario.

— 62 —

Lima, 5 de Diciembre de 1951.— Autos y vistos; y considerando: que es norma racional constante establecida en todos los procedimientos judiciales, en los que se ha de discernir derechos, la de que en aquellos casos en que el Juzgado necesite asesorarse de técnicos y se produzca dictámenes contradictorios, provoque un debate de esta índole entre estos peritos a fin de definir y precisar hasta donde sea posible, el sentido y motivo de esas opiniones, para así rodear su fallo de la mayor seguridad posible; que no habiendo resultado acordes en este expediente los dictámenes de los médicos del Departamento de Higiene Industrial del Ministerio de Salud Pública y de los Doctores Luis Amat y León y David Matuck, procede el debate contradictorio solicitado por la Cía. Minera Santa Eulalia S.A. en su escrito de fs. 35; revocaron el auto de fs. 36, su fecha 24 de octubre último, en cuanto declara sin lugar ese debate; lo declararon procedente; mandaron que el Juez acceda al pedido y lo provea con arreglo a ley; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. La Rosa — Diez Canseco — Velarde Alvarez.— Fdo.: J. Sánchez B., Secretario.

— 63 —

Lima, 27 de Abril de 1951.— Autos y vistos; atendiendo: a que si bien la ley 7975 y su reglamento responden a la necesidad social de amparar debidamente a los servidores que adquieran enfermedad profesional al servicio de sus principales, los mismos cuerpos legales se inspiran en el concepto de rodear la investigación de las seguridades necesarias para favorecer a quienes sean realmente enfermos, como lo dispone expresamente el Art. 11º del reglamento en referencia; a que tratándose de dolencias cuyo diagnóstico es difícil por tratarse de procesos internos y complejos, tiene que explicarse este criterio con el más amplio sentido de protección social, que significa no solo la protección al servidor sino la garantía para el empresario de no sufrir cargos legales sino cuando real y efectivamente pesa sobre ellos la responsabilidad que le impone la ley como consecuencia de la contratación laboral; a que existiendo en autos dictámenes y certificados contradictorios no tiene el juzgador elementos científicos suficientes para determinar la existencia o el grado de la enfermedad materia de la acción con arreglo al criterio establecido por el Art. 504 del C. de P.C.; a que la regla establecida por esta disposición legal no excluye la posibilidad de ordenar el juez la concurrencia de los peritos para que practiquen en su presencia la operación pericial como lo permite el Art. 495 del C. de P.C., aplicable al caso de debate contradictorio porque en este aspecto el juez puede contar con mayores elementos para la apreciación crítica de los dictámenes; y a que procesalmente no es admisible la oposición del perito el cual queda sometido a lo dispuesto en los Arts. 498 y 499 del C. citado; revocaron el auto apelado de fs. 43, su fecha 5 de mayo último, que declara insubsistente el proveído de fs. 37 y sin lugar el debate contradictorio; declararon insubsistente dicha resolución; mandaron que se lleve adelante la operación ordenada en dicho auto de fs. 37 debiendo el juez fijar el honorario equitativo que corresponde a los peritos por la concurrencia al debate contradictorio; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. Iberico — Ramírez — Valdez Tudela.— Fdo.: Paz de Noboa, Secretario.

— 64 —

Lima, siete de Abril de mil novecientos cincuentiuno.— Autos y vistos— con lo expuesto por el señor Fiscal; habiéndose seguido el procedimiento conforme a las normas del juicio de menor cuantía, entre los cuales no está la recepción de prueba, pues ésta va implícita en la citación al comparendo; que de autos consta que notificada la demanda en Bruselas con la citación al comparendo y con el mandato que nombra apoderado, como se vé de fojas catorce a dieciséis, ha sido declarada rebelde a fojas veinticinco; y a que expedida la sentencia, ha sido notificada la demandada en el domicilio que ahora tiene en ésta capital en San Isidro, Cypreses número doscientos dieciocho, según afirma el demandante a fojas trentidós: aprobaron la sentencia de fojas veintisiete, su fecha veinticinco de mayo de mil novecientos treintinueve que declara la separación legal de los cónyuges don Carlos Loayza Gutiérrez y doña Joan Donkers; con lo demás que contiene; y los devolvieron.— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 65 —

Lima, dieciocho de Abril de mil novecientos cincuentiuno.— Autos y vistos; y atendiendo: a que no habiendo concurrido el demandante al comparendo se tiene por contestada la excepción deducida por el demandado conforme al artículo novecientos cuarentiséis sin que sea causal de nulidad la falta de declaración hecha: declararon insubsistente el auto de fojas sesenta vuelta, su fecha veintiuno de Marzo último: mandaron que el Juez proceda en la forma indicada; debiendo continuar la causa según su estado; y los devolvieron.— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 66 —

Lima, veintiocho de Abril de mil novecientos cincuentiuno.— Autos y vistos y atendiendo: a que: en los juicios de menor cuantía cuando el demandante no está presente en el acto del comparendo y se deduce por el demandado una excepción, la ley sanciona al inasistente con tenerse por contestada la excepción en rebeldía suya; que en tal caso dicha única sanción no lleva la de la multa a que se refiere el artículo ciento noventidos y ciento noventinueve del Código de Procedimientos Civiles que presupone la declaración judicial de rebeldía, previa solicitud de parte y en los casos a que se refiere la primera de las disposiciones citadas; que en tal virtud, el demandante tenía expedito su derecho para ofrecer las pruebas a que se refiere el escrito de fojas ocho sin pagar la multa; por estos fundamentos: confirmaron el auto de fojas doce, su fecha doce de Marzo último, que declara sin lugar lo solicitado por la Empresa Periodística S. A. en lo principal de su escrito de fojas diez y los devolvieron.— Rúbricas. La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 67 —

Lima, 7 de Abril de 1951.— Vistos; atendiendo: a que en la presente causa no se ha realizado el comparendo ni se ha puesto constancia de la inasistencia de las partes, incurriéndose por lo tanto en la causal de nulidad prevista en el inciso 6º del Art. 1085 del C. de P.C.: declararon insubsistente la sentencia de fs. 32, su fecha 4 de enero último, y nulo todo lo actuado desde fs. 13 vta. a cuyo estado repusieron la causa; y los devolvieron.— SS. Alva — Gazats — Paz Soldán.— Se publicó, L. Vsquez de Velasco, Secretario.

— 68 —

Lima, 13 de Agosto de 1951.— Autos y vistos; y atendiendo: a que es inadmisibile en los juicios de aviso de despedida deducir en el comparendo reconvencción por pago de soles,

por supuestos daños y perjuicios y lucro cesante, lo que el Juez ha debido rechazar de plano en ese mismo acto y no darle trámite para no desnaturalizar el juicio y causar su nulidad, conforme al inciso 8º del Art. 1085 del C. de P.C.; declararon insubsistentes los apelados de fs. 41 vlt., cuarentidos vlt. y 43, sus fechas 10 de mayo último, y nulo todo lo actuado desde fs. 34; mandaron se realice nuevamente el comparendo con arreglo a ley; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. Iberico — Ramírez — Valdez Tudela.— Fdo.: Paz de Noboa, Secretario.

— 69 —

Lima, 12 de Junio de 1951.— Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y estando al mérito de los documentos presentados por doña N. de I. en esta instancia: aprobaron la sentencia de fs. 12, su fecha 16 de setiembre último que declara fundada la demanda de fs. 2 y en consecuencia legalmente separados a los cónyuges don P. M. I. y doña N. de I.; con lo demás que contiene; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. Iberico — Ramírez — Valdez Tudela.— Se publicó.— Paz de Noboa, Secretario.

— 70 —

Lima, 16 de Julio de 1951.— Autos y vistos; atendiendo: a que la confesión no puede actuarse por no haberse presentado el pliego para su actuación; y a que tratándose de juicio sumario no procede la actuación de esta prueba fuera del probatorio; revocaron el auto de fs. 51, su fecha 9 de Junio último, que declara sin lugar la oposición formulada por el demandado en su escrito de fs. 50, la que declararon fundada; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. Iberico — Ramírez — Valdez Tudela.— Fdo.: Paz de Noboa, Secretario.—

— 71 —

Lima, 31 de Agosto de 1951.— Vistos; en discordia; de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal; por los fundamentos del apelado; y considerando además: que tratándose de un juicio de separación por mutuo disenso, producida la disolución del vínculo por el transcurso del término a que se refiere el Art. 276 del C.C. cesa la obligación del marido de alimentar a la mujer, salvo el caso de estipulación en contrario; que solo en los juicios de divorcio y separación por causal a instancia de la mujer el Juez puede señalar alimentos en los casos a que se refieren los Arts. 260 al 263 del mismo Código; confirmaron el auto de fs. 53, su fecha 8 de abril último, que declara fundada la oposición formulada a fs. 50 por don S.D.; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. Velarde Alvarez — Arnilla — Osorio.— Fdo.: J. Sánchez B., Secretario.— Nuestro voto es porque revocando el apelado de fs. 54, su fecha 8 de abril del presente año, que declara fundada la oposición deducida por don S.D. a fs. 50, al mandato del Juez de fs. 49 se declare que debe continuar dando a doña B.J. la pensión alimentaria de 300 soles mensuales fijada en la sentencia de fs. 11, que puso término al juicio de separación por mutuo disenso; pero con la modificación hecha por la del Tribunal Superior de fs. 24, en mérito de la apelación de la referida J. y para ello nos fundamos en las siguientes razones: Primera.—En que el Art. 288 del C.C. preceptúa expresamente que "el Juez señalará en la sentencia de divorcio o de separación, la pensión alimenticia del cónyuge y la de los hijos cuidando de que ambas queden aseguradas" y estatuyendo: "que esta asignación subsistirá mientras no se modifique en el juicio que corresponda". Segunda.— En que precisamente al amparo de estas normas fué que la J. reclamó de la sentencia de primera instancia de fs. 11 que omitió cumplirlas y logró que la Corte asignara para ella, la pensión mensual de trescientos soles, en atención a que respecto de las hijas se había acordado por los cónyuges y ratificado en el comparendo de fs. 8 que las dos niñas serían internadas en un colegio.— Tercera: en que aunque a fs. 27 trató D. de variar el régimen establecido sin haberse vencido el año de separación, por auto superior de fs. 40 vlt. se anuló todo lo actua-

do al respecto por no proceder ese cambio sino en vía de acción. Cuarta: porque al pronunciarse la segunda sentencia disolviendo el vínculo conyugal no se varió el régimen ya establecido; y Quinta: finalmente, porque en ningún momento se ha probado que la J. fuera precisamente, por no haberse alegado causal para la separación de mutuo disenso, la culpable de la ruptura del matrimonio y si mas bien en la incidencia sobre cambio de régimen, se puso de manifiesto que D. llevaba a sus hijas durante las vacaciones escolares a la casa en que había otra mujer con la que se había vinculado aún antes de que se convirtiera la separación en divorcio, de todo lo cual se deduce que no hay razón valedera para someter a la mujer legítima a la miseria negándole la pensión alimentaria que la ley manda darle, en el citado Art. 288 del C.C., que le fué asignada por la Corte y pagada varios meses por el obligado D. confirmándose así que se había establecido ya la cosa juzgada.— Rúbricas de los SS. La Rosa — Diez Canseco.— Fdo.: J. Sánchez B., Secretario.

— 72 —

Lima, 31 de Agosto de 1951.— Autos y vistos; atendiendo: a que el protesto no se ha verificado con la persona del girador, como lo manda expresamente el inciso 6º del Art. 591 del C. de P.C., por lo que no está expedita la acción incoada a fs. 4 por don Alberto Paredes Roca; revocaron el auto de fs. 4 vta., su fecha 3 de junio último, que despacha ejecución contra don Pánfila Ascasibar por la suma de S/. 4,440.00 con lo demás que contiene; declararon que no procede dicha ejecución; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. La Rosa — Diez Canseco — Velarde Alvarez.— Fdo.: J. Sánchez B., Secretario.

— 73 —

Lima, 26 de Diciembre de 1951.— Autos y vistos; y atendiendo: a que el documento de fs. 1 carece de los timbres fiscales correspondientes; revocaron el apelado de fs. 4, su fecha 14 de setiembre último, que despacha ejecución contra don Manuel Toledo Gálvez y don Juan Cabrera G., por la suma de cinco mil soles oro, la que declararon sin lugar; y los devolvieron. Rúbrica de los SS. Ramírez — Valdez Tudela — Esparza.— Fdo.: Paz de Novoa, Secretario.

— 74 —

Lima, 26 de Noviembre de 1951.— Autos y vistos; atendiendo: a que conforme al Art. 703 del C. de P.C. el comprador solo está obligado a consignar el precio del remate; y a que el impuesto de alcabala y los demás gastos deben abonarse con dicho precio, sin gravamen para el subastador; revocaron el apelado de fs. 3, su fecha 2 de noviembre último, que declara que los gastos del otorgamiento de la escritura de adjudicación deben ser cubiertos en partes iguales por el subastador y los demás interesados; declararon que los referidos gastos deben cargarse al precio de venta del bien subastado; y los devolvieron.— Rúbrica de los SS. Alva — Mares — Gazats.— Fdo.: V. de Velasco, Secretario.

— 75 —

Lima, 7 de Setiembre de 1951.— Autos y vistos; y atendiendo: a que el importe de la letra de fs. 12 por S/. 453.70, vencida el 30 de mayo último, debidamente protestada, proviene de la misma obligación por lo que es de aplicación lo que dispone el Art. 653 del C. de P.C.; revocaron el auto apelado de fs. 15 vta., su fecha 9 de agosto último, que manda que el ejecutante haga uso de su derecho ante el juez de turno, por considerarse que la solicitud de fs. 15 importa una nueva acción; declararon fundada la mencionada solicitud de fs. 15 y en consecuencia mandaron que se amplíe la ejecución por la suma de S/. 453.70 importe de la letra de fs. 12, más los intereses, gastos de protesto y costas.— Rúbricas de los SS. Alva — Mares — Paz Soldán — V. de Velasco. Secretario.

— 76 —

Lima, 18 de Agosto de 1951.— Autos y vistos; atendiendo: a que contra la resolución expedida por el Juez de Revisiones no cabe ningún recurso; declararon insubsistente el concesorio de la apelación de fs. 9, su fecha 13 de junio último; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. Iberico — Ramirez — Valdez Tudela.— Fdo.: Paz de Noboa, Secretario.

— 77 —

Lima, 5 de Diciembre de 1951.— Autos y vistos; estando al mérito del informe que antecede; y atendiendo: a que los juicios verbales seguidos ante los Juzgados de Paz solo son susceptibles de revisión ante el Juzgado de Primera Instancia respectivo; y a que no proceden ningún recurso contra lo que se resuelve en vía de revisión salvo el caso de responsabilidad civil consiguiente con arreglo a ley; declararon improcedente la queja formulada a fs. 1 por el Doctor Gabriel Acat en nombre de San Lo contra el Séptimo Juzgado Civil de la Capital y mandaron se archive el cuaderno.— Rúbricas de los SS. Alva — Mares — Gazats.— Fdo.: V. de V., Secretario.

— 78 —

Lima, 19 de Setiembre de 1951.— Autos y vistos; atendiendo: a que en la sentencia de fs. 93 se manda regular la indemnización de daños y perjuicios por peritos, por lo que el Juez ha debido nombrar a dos personas como tales, de acuerdo con la jurisprudencia establecida, en el sentido de que en el procedimiento de ejecución de sentencia el justiprecio o valuación debe hacerse por dos peritos; a que por tanto no es el caso del Art. 493 del C. de P.C.; declararon insubsistente el apelado de fs. 112, su fecha 17 de agosto último, y nulo lo actuado desde fs. 102 a cuyo estado repusieron la causa para que el Juez designe a dos peritos con arreglo a ley; y los devolvieron.— Rúbrica de los SS. Serpa — Mares — Gazats.— Fdo.: V. de Velasco, Secretario.

— 79 —

Lima, dos de Abril de mil novecientos cincuentuno.— Autos y vistos; y atendiendo: a que según el espíritu de la disposición del artículo mil ciento setentuno del Código de Procedimientos Civiles, al final del juicio debe hacerse una compensación entre las diversas responsabilidades que resulten por costas contra uno u otro litigante; revocaron el auto de fojas tres, su fecha veinticuatro de Noviembre de mil novecientos cincuenta que declara sin lugar la oposición de fojas dos formulada por don Carlos Risco, la que declararon fundada; mandaron se reserve la regulación de las costas para el momento oportuno; y los devolvieron.— Rúbricas La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 80 —

Lima, 12 de Diciembre de 1951.— Autos y vistos; atendiendo a que la operación pericial de fs. 111, induce a suponer que el inmueble a que se refiere, compuesto de varias casas y departamentos, es susceptible de partición material; a que el derecho que concede la ley a las partes para oponerse a la partición material, no puede tener un carácter tan absoluto que con solo la negativa de una de ellas deba necesariamente rematarse el bien sujeto a la partición; a que en consecuencia para resolver la oposición planteada por el demandado debe pedirse previamente el informe de los mismos peritos respecto a la posibilidad de la partición material de los bienes sublitis y en su caso el modo y forma como debe partirse en igual proporción para cada litigante; declararon insubsistente el auto de fs. 125, su fecha 8 de octubre último; mandaron que el Juez expida nueva resolución previa la operación indicada; y los de-

volvieron.— Rúbricas de los SS. La Rosa — Diez Canseco — Velarde Alvarez.— Fdo.: J. Sánchez B., Secretario.

— 81 —

Lima, cuatro de Abril de mil novecientos cincuenticinco.— Autos y vistos; y atendiendo a que el presente juicio no terminó por fallo judicial, sino por una ley de emergencia que mandó cortar el procedimiento y que surtió sus efectos cuando el proceso se hallaba recién en segunda instancia, razón por la cual no es aplicable en éste caso lo dispuesto por el artículo mil ciento setentinueve del Código de Procedimientos Civiles revocaron el apelado de fojas ochenticuatro que declara sin lugar la oposición formulada por don Albino Campodónico de fojas ochentitrés, declararon que no procede la tasación de costas del juicio; y los devolvieron.— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 82 —

Lima, 15 de Octubre de 1951.— Autos y vistos; con los acompañados y atendiendo: a que el recurso presentado a fs. 16 por don Alejandro Vargas Arias importa la solicitud de exclusión de un bien considerado en la diligencia de inventario que corre a fs. 12 vta., y la que conforme a la ley debe tramitarse en la vía ordinaria; declararon insubsistente el apelado de fs. 82, su fecha 21 de junio último, y nulo lo actuado desde fs. 16 vta. en forma incidental; dejaron a salvo el derecho de don Alejandro Vargas Arias para que lo haga valer con arreglo a ley; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. Alva — Mares — Gazats — V. de Velasco, Secretario.

— 83 —

Lima, veintitrés de Mayo de mil novecientos cincuentiuno.— Vistos— y atendiendo: a que no puede seguirse en un mismo procedimiento la declaratoria de herederos de dos personas; a que el presente cuaderno se ha contraído exclusivamente a la declaratoria de herederos de don Juan Gregorio Laverde el que se ha tramitado con sujeción a la ley; y que no se ha acreditado el fallecimiento del padre de la intestada; con lo expuesto por el Señor Fiscal: confirmaron el auto de fojas once su fecha treintiuño de Enero último que declara herederos de don Juan Gregorio Laverde a sus padres don Juan R. Laverde y doña María Eugenia Peña; y los devolvieron.— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 84 —

Lima, 16 de Agosto de 1951.— Autos y vistos; atendiendo: a que conforme al Art. 1261 del C. de P.C., el administrador de una herencia tendrá la personería de la sucesión en los juicios que se promueva, excepto los que indica dicha disposición; a que conforme al Art. 1269 del mismo Código, existiendo administrador de herencia no cabe nombramiento de defensor; a que por lo tanto la acción interpuesta a fs. 1 está bien dirigida contra el administrador de la herencia; a que a mayor abundamiento se ha citado con la demanda a todos los presuntos herederos de don José Ricardo Seminario, y, además, el administrador es hijo legítimo de dicho causante en quien debe suponerse el debido interés para cautelar los derechos de la sucesión de su finado padre; revocaron el auto de fs. 40, su fecha 27 de junio último, que declara fundada la oposición formulada a fs. 36 por don Domingo Seminario Urrutia, administrador judicial de don José Ricardo Seminario; declararon sin lugar dicha oposición y que debe continuar la secuela del presente juicio con el citado administrador; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. La Rosa — Diez Canseco — Velarde Alvarez.— Se publicó.— Fdo.: J. Sánchez B., Secretario.

— 85 —

Lima, 18 de Julio de 1951.— Autos y vistos; y atendiendo: a que la disposición del inciso quinto del Art. 1096 del C. de P.C. se refiere exclusivamente a las cuestiones que se suscite con motivo de la apelación hasta que se eleve el proceso al Superior, pero no autoriza a dejar sin efecto la apelación concedida en ambos efectos ya notificada a las partes, porque ésto importaría que el Juez revoque su propia resolución hallándose en suspenso su jurisdicción; revocaron el apelado de fs. 84, su fecha 16 de mayo último, que declara fundada la petición de doña María Rado; declararon sin lugar la petición formulada en el escrito de la citada foja; mandaron se lleve adelante la apelación concedida a fs. 80 vlt.; y los devolvieron.— Rúbrica de los SS. Iberico — Ramírez — Valdez Tudela.— Fdo.: Paz de Noboa, Secretario.

— 86 —

Lima, veintiuno de Abril de mil novecientos cincuentiuno.— Autos y vistos; y atendiendo: a que el auto de fojas quince, que aceptó el desistimiento del ejecutante ha sido dictado cuando estaba suspensa la jurisdicción del Juez; estando a lo dispuesto por el artículo mil veintisiete del Código de Procedimientos Civiles: declararon insubsistente el referido auto de fojas quince, su fecha cinco de Enero último; mandaron que el Juez provea, oportunamente dicho recurso; confirmaron el auto de fojas cinco vuelta, su fecha cinco de Enero último, que despacha ejecución contra doña Teresa Ovalle por la suma de doscientos veintidós soles, con lo demás que contiene; y los devolvieron.— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 87 —

Lima, ocho de Mayo de mil novecientos cincuentiuno.— Autos y vistos; y atendiendo: a que, el escrito de fojas veintidos no tiene cargo por lo que debe tenerse como presentado el cuatro de Diciembre último, fecha de la resolución de fojas veintitrés; a que, por lo tanto, el ofrecimiento de la prueba hecha en el referido escrito resulta extemporáneo, así como la petición para la prórroga del término, siendo insuficiente la razón del Actuario de fojas veintiocho: revocaron el auto de fojas veintiocho, su fecha diez de Enero último, que declara sin lugar la nulidad deducida por la Cerro de Pasco Cooper Corporation en su recurso de fojas veinticinco; declararon fundada dicha nulidad y en consecuencia insubsistente el referido decreto de fojas veintitrés en cuanto admite la prueba; y los devolvieron.— Rúbricas: La Rosa — Velarde A. — Osoros.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 88 —

Lima, treinta de Abril de mil novecientos cincuentiuno.— Autos y vistos; y atendiendo: a que: por resolución de fojas nueve vuelta, se declaró sin lugar, por improcedente la apelación interpuesta contra el auto de fojas ocho; por lo tanto, resulta mayormente inadmisibles la apelación hecha valer contra el mismo auto, en el recurso de fojas once; declararon insubsistente el concesorio de la apelación corriente a fojas once, su fecha veintisiete de Febrero último; y los devolvieron.— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 89 —

Lima, veintiseis de Mayo de mil novecientos cincuentiuno.— Autos y vistos y atendiendo: a que la simple afirmación del deudor de ser propietario de un inmueble, sin comprobación de ninguna clase, no es suficiente para establecer que ha cumplido con señalar bien el

bre para embargo: declararon inasistente el auto de fojas doce, su fecha veintinueve de Marzo último; mandaron que el Juez expida nueva resolución recibiendo a prueba la oposición que contiene el recurso de fojas diez; y los devolvieron.— Rúbricas: Diez Canseco — Velarde A. Osos.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 90 —

Lima, cuatro de Julio de mil novecientos cincuentauno.— Autos y vistos; atendiendo: a que por auto de fojas treintaes; su fecha diecinueve de Abril último, se mandó sacar a remate los inmuebles hipotecados; a que solamente a fojas treintaes y con fecha siete de Junio posterior se trabó embargo sobre esos inmuebles; a que, por lo tanto, el auto antes referido, la publicación de avisos y el remate cuya acta corre a fojas cuarenta resultan nulos por haberse subastado bienes que no estaban embargados como lo manda el artículo seiscientos doce del Código de Procedimientos Civiles; y habiéndose incurrido en la causal de nulidad del inciso trece del artículo mil ochenticinco del acotado: revocaron el auto de fojas cuarenta y seis, su fecha veintiuno de Junio, que declara sin lugar la nulidad deducida a fojas cuarenta y seis por doña Elena Carmelino, la que declararon fundada y en consecuencia nulo el referido auto de fojas treintaes, como el remate mencionado, y los devolvieron.— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 91 —

Lima, catorce de Mayo de mil novecientos cincuentauno.— Autos y vistos; y atendiendo: a que en los juicios de la naturaleza del presente es inadmisibile la reconvección planteada en el segundo otro si del escrito de fojas veintiocho y reproducida en el acto del comparendo; a que por lo tanto es ilegal el auto que ordinariza el juicio; y habiéndose incurrido en la nulidad prevista en el inciso octavo del artículo mil veinticinco del Código de Procedimientos Civiles, y con la facultad del artículo mil ochentisiete del mismo Código: declararon nula la diligencia de comparendo en la parte en que se propone y contesta la reconvección; igualmente nulo el auto de fojas cincuentauno, su fecha diez y nueve de Abril último mandaron que la causa continúe según su estado; y los devolvieron.— Rúbricas: La Rosa — Diez Canseco — Velarde A.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 92 —

Lima, 9 de Agosto de 1951.— Autos y vistos; y atendiendo: a que las acciones de tercería tienen tramitación especial señalada por los Arts. 749 y siguientes del C. de P.C.; a que no es admisible ejercitar acumulativamente en la demanda de tercería la acción de daños y perjuicios por que el derecho del actor para su resarcimiento está reconocido expresamente por el Artículo 753 del mismo Código que remite la estimación de aquellas a la vía incidental y como consecuencia de la sentencia que declare fundada la demanda; a que resulta también ilegal admitir y sustanciar como se ha hecho, reconvección entablada por el ejecutante, y aún más, sustanciar y resolver la excepción opuesta contra la reconvección; que de todo lo expuesto resulta que se ha incurrido en la nulidad prevista en el inciso 8º del Art. 1085 del Código de Procedimientos Civiles: declararon nulo el auto de fs. 43, su fecha 23 de mayo último, así como todo lo actuado desde fs. 14 a cuyo estado repusieron la causa para que se sobrecarte el traslado de la demanda en la parte en que se plantea la tercería; declararon inadmisibile la acción acumulativa de daños y perjuicios, planteada en dicha demanda y su ampliación de fs. 18; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. La Rosa — Diez Canseco — Velarde Alvarez.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 93 —

Lima, 23 de Agosto de 1951.— Autos y vistos; y atendiendo: a que el Juez no ha compulsado el mérito de la escritura de fs. 5, al tiempo de dictar el auto de fs. 14 vta., por lo

que se ha incurrido en causal de nulidad: declararon insubsistente el auto de fs. 14 vlt., su fecha 27 de junio último; mandaron que el Juez expida nueva resolución teniendo en cuenta el mérito de dicha escritura; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. La Rosa — Diez Canseco — Velarde Alvarez.— Fdo.: J. Sánchez B., Secretario.

— 94 —

Lima, 29 de Agosto de 1951.— Vistos; atendiendo: a que en los juicios de divorcio en que interviene como parte el Ministerio Fiscal, no es aplicable la regla del Art. 948 del C. de P.C.; a que en el presente caso no aparece citada a nuevo comparendo la demandada que se encuentra ausente del lugar del juicio, incurriéndose por lo tanto en causal de nulidad; con lo expuesto por el Señor Fiscal: declararon insubsistente la sentencia de fs. 27, su fecha 11 de Mayo último, y nulo lo actuado desde fs. 24 a cuyo estado repusieron la causa para que se proceda con arreglo a ley; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. La Rosa — Diez Canseco — Velarde Alvarez.— Fdo.: Sánchez B., Secretario.

— 95 —

Lima, 10 de Enero de 1952.— Autos y vistos; atendiendo: a que el Juez de Paz comisionado no tiene facultad para hacer efectivo un apercibimiento y dar por absuelto en sentido afirmativo las preguntas del pliego presentado para la confesión de una parte; con la facultad del artículo mil ochentisiete del C. de P.C.; declararon insubsistente el auto de fs. 33, su fecha 1º de junio último, así como la diligencia de fs. 30 vlt., en la parte en que el Juez de Paz hace efectivo el apercibimiento decretado en contra del obligado a prestar confesión; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. La Rosa — Diez Canseco — Velarde Alvarez.— Fdo.: J. Sánchez B., Secretario.

— 96 —

Lima, 21 de Diciembre de 1951.— Autos y vistos; tratándose de denegatoria de prueba ofrecida extemporáneamente; declararon insubsistente el concesorio de la apelación, corriente a fs. 28, su fecha 5 de octubre último; y los devolvieron.— Rúbrica de los SS. La Rosa — Diez Canseco — Velarde Alvarez.— Fdo.: J. Sánchez B., Secretario.

— 97 —

Lima, 28 de Diciembre de 1951.— Vistos; con los acompañados; atendiendo: a que tratándose de los juicios de divorcio en que es parte el Agente Fiscal, no es de aplicación lo dispuesto en el Art. 948 del C. de P.C., que permite seguir el juicio en rebeldía del demandado ausente, después de la primera citación, porque ésto importaría seguir el juicio en rebeldía del Agente Fiscal que se encuentra en el lugar del juicio, con una sola citación, habiéndose incurrido por lo tanto en la causal de nulidad prevista por el inciso 13 del Art. 1085 del C. de P.C.; de conformidad con las conclusiones del Señor Fiscal; declararon insubsistente la sentencia de fs. 23, su fecha 12 de setiembre último, y nulo lo actuado desde fs. 9 a cuyo estado repusieron la causa para que se proceda con arreglo a ley; y los devolvieron.— Rúbrica de los SS. La Rosa — Diez Canseco — Velarde Alvarez.— Se publicó conforme a ley.— J. Sánchez B., Secretario.

— 98 —

Lima, 12 de Diciembre de 1951.— Vistos; con los pedidos; habiéndose ofrecido como prueba el expediente sobre interdicto de adquirir seguido por el demandado Boisset con Cía. Urbanizadora, que el Juez tuvo a la vista sin apreciarlo; de conformidad con lo dispuesto por

el inciso 6º del Art. 1085 del C. de P.C.; declararon nula la sentencia de fs. 137, su fecha 28 de Mayo último; mandaron que el Juez proceda a nuevo pronunciamiento apreciando la prueba con arreglo a ley; y los devolvieron.— Firmas de los SS. Ramírez — Valdez Tudela — Esparza.— Se publicó.— Fdo.: Paz de Noboa, Secretario.

— 99 —

Lima, 27 de Diciembre de 1951.— Vistos; y considerando: que el demandado don Alejandro Figueroa, inmediatamente de citado con la providencia de fs. 2 vta., entabló contienda de competencia para que conociera de la causa el Juez del Callao, a lo que se allanó el demandante; que reconocida la jurisdicción de dicho Juez debió emplazarse al demandado para el comparendo, habiendo limitado su actuación a tramitar la prueba; estando a lo dispuesto por el inciso 4º del Art. 1085 del C. de P.C.; declararon nula la sentencia de fs. 21 vta., su fecha 29 de Noviembre último, e insubsistente lo actuado, reponiendo la causa al estado de citarse al comparendo; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. Iberico — Ramírez — Valdez Tudela.— Fdo.: Paz de Noboa, Secretario.

— 100 —

Lima, 31 de Marzo de 1951.— Autos y vistos; atendiendo: a que con el lanzamiento de fs. 8 quedó terminado el procedimiento; y a que por consiguiente adolece de nulidad todo lo actuado a partir del tal lanzamiento; estando a lo dispuesto en el Art. 1087 del C. de P.C.; declararon insubsistente el apelado de fs. 51, su fecha 27 de Febrero último, y nulo lo actuado a partir de fs. 8 vta.; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. Iberico — Ramírez — Valdez Tudela.— Fdo.: Paz de Noboa, Secretario.

— 101 —

Lima, 19 de Octubre de 1951.— Autos y vistos; con los acompañados y pedidos; atendiendo: a que el defensor de la herencia del demandado, doctor N.N., no ha ejercitado ninguno de los derechos que le confiere la ley para el desempeño de su cargo, lo que acarrea la nulidad de todo lo actuado de conformidad con el Art. 1085 del C. de P.C.; revocaron el auto apelado de fs. 54, su fecha 9 de Octubre del año próximo pasado, que declara infundada la nulidad deducida a fs. 20, la que declararon fundada y en consecuencia, nulo e insubsistente todo lo actuado desde fs. 6 a cuyo estado repusieron la causa a fin de que el auto de pago se notifique al administrador de la herencia; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. Alva — Mares — Gazats.— Fdo.: V. de Velasco, Secretario.

— 102 —

Lima, 31 de Mayo de 1951.— Vistos; atendiendo: a que el Juez ha omitido resolver el incidente de oposición a la exhibición promovido por el demandado en su escrito de fs. 165 y que por encontrarse pendiente al tiempo de fallar debió ser resuelto en la sentencia conforme lo establece el Art. 203 del C. de P.C.; a que en consecuencia el fallo apelado está incurso en la causal de nulidad previsto por el inciso 10º del Art. 1085 del C. de P.C.; declararon insubsistente la sentencia de fs. 180, su fecha 1º de Diciembre último; mandaron que el Juez proceda a nuevo pronunciamiento subsanando la omisión anotada; y los devolvieron.— Firmas de los SS. Iberico — Ramírez — Valdez Tudela.— Se publicó.— Fdo.: Paz de Noboa, Secretario.

— 103 —

Lima, 2 de Junio de 1951.— Autos y vistos; atendiendo: a que por lo dispuesto en el Art. 1260 del C.C. la impugnación a que se refiere el escrito de fs. 3 debe ser resuelta de-

clarándola fundada e infundada; declararon insubsistente el apelado de fs. 8 vlt., su fecha 28 de Mayo último; mandaron que se proceda en la forma legal indicada; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. Iberico — Ramírez — Valdez Tudela.— Fdo.: Paz de Noboa, Secretario.

— 104 —

Lima, 3 de Abril de 1951.— Autos y vistos; y atendiendo: a que los hechos que se relacionan y en los que se funda la demanda de fs. 1, no constituyen actos materiales de perturbación, que hagan procedente el interdicto de retener, como lo dispone el Art. 1003 del C. P.C.; declararon insubsistente el auto de fs. 6 vlt., su fecha 6 de Diciembre último, nulo todo lo actuado e inadmisibles las demandas; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. Iberico — Ramírez — Valdez Tudela.— Fdo.: Paz de Noboa, Secretario.

— 105 —

Lima, 10 de Abril de 1951.— Autos y vistos; y atendiendo: a que no es legal que el actuario cursor autorice o de fe de actuaciones no realizadas por él; y a que además la omisión en que ha incurrido el actuario Villa al no autorizar algunas constancias de notificaciones no produce nulidad cuando como en el presente caso las partes interesadas han procedido en el juicio de tal manera que manifiestan haber tenido conocimiento de las providencias cuya constancia de notificación no están autorizadas por el Escribano: revocaron el apelado de fs. 75, su fecha 18 de noviembre de 1940, que concede al actuario cursor la referida autorización, la que declararon sin lugar, debiendo continuar el procedimiento según su estado; y los devolvieron.— Rúbricas de los SS. Iberico — Ramírez — Valdez Tudela.— Fdo.: Paz de Noboa, Secretario.

Derecho Eclesiástico Peruano

Disposiciones estatales sobre la Iglesia

Por el Presbítero Doctor JOSE DAMMERT BELLIDO
Catedrático de la Pontificia Universidad Católica.

Las relaciones entre la Iglesia y el Estado fundamentalmente se rigen por la Bula "Praeclara inter beneficia" del Papa Pío IX, que concedió en 1874 el derecho de Patronato al Jefe del Estado del Perú, bula promulgada en 1880 por Decreto del Dictador Don Nicolás de Piérola.

Para determinar dichas relaciones, el Estado Peruano ha incluido en su Constitución, Códigos y Leyes, disposiciones que reglamentan algunos puntos y que brevemente comentaré en las líneas siguientes.

Los textos legislativos a que hago referencia son los siguientes:

Constitución Política de la República Peruana (1933).
Código Civil (1936).
Código de Procedimientos Civiles (1912).
Código Penal (1924).
Código de Procedimientos Penales (1939).
Ley N° 9166 (Reforma Constitucional de 1940).

La Constitución Política dedica un título especial (XIV) a la Religión. Representa una innovación respecto a las constituciones anteriores, porque en estas uno de los primeros artículos era dedicado siempre a expresar la profesión religiosa del Estado y las otras disposiciones estaban diseminadas entre las atribuciones de los poderes legislativo y ejecutivo.

RELIGION.

"Respetando los sentimientos de la mayoría nacional, el Estado protege la religión católica apostólica y romana. Las demás religiones gozan de libertad para el ejercicio de sus respectivos cultos". (Art. 232 Constitución de 1933).

Este artículo modifica la tradición constitucional de la República que constantemente declaraba que "El Estado profesaba la religión católica". En la disposición de 1933 el Estado no profesa ninguna religión, sino que ateniéndose al hecho de que la mayoría de la población es católica, protege a esta religión.

Acerca de este artículo es interesante la intervención del Doctor V.A. Belaúnde en el Congreso Constituyente, publicada en el "Debate constitucional" con el rubro "Iglesia y Estado".

PATRONATO.

Sin referirse a la Bula de Patronato el Art. 233 de la Constitución declara "El Estado ejerce el Patronato Nacional conforme a las leyes y a las prácticas vigentes".

El Art. 154 inc. 21), incluye entre las atribuciones del Presidente de la República "Ejercer el Patronato Nacional con arreglo a las leyes y prácticas vigentes".

Según la mente del legislador, el Presidente de la República para el ejercicio del patronato personifica al Estado, lo que es conforme a la Bula de Patronato.

En estas disposiciones constitucionales se reproduce una frase derivante de la tradición colonial y republicana, pues es antigua y sabe a regalismo: lo de "a las leyes y prácticas vigentes". Disposición imprecisa que deja al arbitrio de los funcionarios de la Dirección de Culto la averiguación de cuáles son las prácticas vigentes.

CONCORDATO.

La Constitución (Art. 234) renueva el antiguo precepto de celebrar concordato con la Santa Sede. En el artículo original se prescribía "las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica, se regirán por un concordato celebrado con arreglo a las instrucciones dadas por el Congreso". La reforma constitucional de 1940 modificó ese artículo por el siguiente: "Las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica se regirán por Concordatos celebrados por el Poder Ejecutivo y aprobados por el Congreso" (Ley N° 9166 Art. 3°; el Art. 4° suprime el inc. 22), Art. 154 de la Constitución).

La reforma constitucional alivió el trámite para la celebración del Concordato, suprimiendo las instrucciones previas del Congreso que nunca se llegaron a dar y dejando la iniciativa al Poder Ejecutivo. A pesar de ello no han culminado las gestiones para llevar a cabo la celebración de un concordato.

ARZOBISPOS Y OBISPOS.

- a) Con un fuerte sentido nacionalista se prescribe que, "para desempeñar los cargos de Arzobispo y Obispo, se requiere ser peruano de nacimiento" (Art. 235 Constitución). En líneas generales este precepto coincide con la política de la Sede apostólica de favorecer el surgimiento del clero indígena en todas partes. Sin embargo, parece que su lugar debe estar en el concordato y no en la Constitución Política;
- b) En plena conformidad con la Bula de Patronato el Art. 2° de la ley 9166 determina: "Los eclesiásticos peruanos de nacimiento, que de-

ban ocupar las vacantes de los Arzobispados y Obispados serán designados por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros. El Jefe del Estado hará la presentación ante la Santa Sede y dará el pase a las bulas respectivas". Explicitamente se derogaron los incisos 14) del Art. 123 y 23) y 24) del Art. 154 de la Constitución, por los cuales el Congreso se había reservado la designación de arzobispo y obispos con violación de la Bula de Patronato que concede la facultad de presentación exclusivamente al Jefe del Estado Peruano.

La sabiduría de esta reforma constitucional ha encontrado su más amplio apoyo en la rapidez con que se han llenado las vacantes producidas desde su promulgación.

- c) Dada la dignidad episcopal, los Códigos de Procedimientos asimilan a los obispos al Presidente de la República para los efectos de prestar testimonio: "El Presidente de la República, el Arzobispo y los Obispos, en sus respectivas Diócesis, declararán, a su elección, en su domicilio o en local de su despacho" (Art. 148 del C. de P.P. Art. 484 del C. de P. C.

CIRCUNSCRIPCIONES ECLESIASTICAS

Es atribución del Congreso "Crear nuevos Arzobispados y Obispados, o suprimir los ya existentes a solicitud del Poder Ejecutivo" (Art. 1º Ley Nº 9166). Se sobrentiende que estas disposiciones están sujetas a la aprobación de la Santa Sede.

En uso de estas facultades se elevaron a la categoría arzobispal las diócesis de Cuzco, Arequipa y Trujillo en 1943, y se crearon los Obispados de Huancayo, Huancavelica y Tacna en 1945, y de Ica en 1946.

PASE A LOS DECRETOS PONTIFICIOS

Una disposición de cuño totalmente regalista y anacrónica, atribuye al Presidente de la República la facultad de "conceder o negar el pase, con asentimiento del Congreso, y oyendo previamente a la Corte Suprema de Justicia, si se relacionaren con asuntos contenciosos, a los Decretos Conciliares, Breves y Rescriptos Pontificios, y a las Bulas, cuando no se refieran a la institución de Arzobispo u Obispo" (Art. 154 inc. 26, de la Constitución).

El Código Penal sanciona como culpable de rebelión al funcionario público o eclesiástico que infrinja esta disposición: (Art. 304) "El funcionario público o ministro eclesiástico que ejecutare oficialmente en la República, bula, breve o rescripto pontificio, o les diere curso, sin cumplir los requisitos que las leyes prescriben, será reprimido con inhabilitación conforme a los incisos 1º) y 3º) del Art. 27, por tiempo no mayor de un año y multa de la renta de tres a noventa días. (1º pérdida del mandato, cargo, empleo o comisión que ejercía el penado, aunque provenga de elección popular; 3º Incapacidad para obtener mandatos, cargos, empleos y comisiones públicas").

PRESENTACION A CARGOS ECLESIASTICOS

La Bula de Patronato confiere al Presidente de la República además del derecho de presentar candidatos para las vacantes episcopales, la facultad enumerada en el inc. 25) del Art. 154 de la Constitución, que dice: "Hacer presentaciones para las dignidades y canongías de las Catedrales, y para los curatos y demás beneficios eclesiásticos, con arreglo a las leyes y prácticas vigentes". Por supuesto, como se ha señalado anteriormente, la última frase no se encuentra en la Bula.

LIMITACIONES A LOS ECLESIASTICOS

A.—Al Clero en general.

- a) Diferentes disposiciones constitucionales prescriben "que no son elegibles diputados ni senadores los miembros del Clero" (Art. 100); "que son inelegibles Presidente y Vice-Presidentes de la República... los miembros del Clero (Art. 137, inc. 5; y ley 8237 de 1º de abril de 1936); no pueden ser nombrados Ministros de Estado... los miembros del Clero" (Art. 161).

Estos preceptos quitan a los miembros del Clero el derecho de integrar los poderes legislativo y ejecutivo, en contra de la tradición constitucional que lo permitía y por la cual el Primer Congreso Constituyente fué presidido por el clérigo Francisco Javier de Luna Pizarro e integrado por 25 eclesiásticos más y en todos los otros Congresos siempre intervinieron sacerdotes hasta el gobierno del Presidente Leguía inclusive, entre ellos Bartolomé Herrera y Monseñor Tovar que también fueron Ministros de Estado.

Creo, sin embargo, que se trata de una norma sagaz, que hubiera sido preferible se incorporará al Concordato previsto, como renuncia que hace la Iglesia y no como mera disposición unilateral del Estado;

- b) Totalmente justificada es la inhabilitación ordenada por el Código Civil en materia de testamentos: "No producen efectos las disposiciones del testador, hechas durante su última enfermedad, en favor de su confesor o ministro de culto o del médico, que lo hayan asistido en esa enfermedad" (Art. 668). La finalidad está en evitar toda sospecha de coacción sobre la última voluntad del enfermo.

B.—A los religiosos.

- a) "El ejercicio de la ciudadanía se suspende: por profesión religiosa" (Art. 85, inc. 2) de la Constitución).
- b) "No pueden ser apoderados: el ciego, el sordo-mudo y el fraile, a no ser de su convento" (Art. 7º del Código de Procedimientos Civiles).

Estas dos disposiciones no tienen razón de ser, y menos aún en la forma vejatoria en que aparecen, pues se enumera a los religiosos entre los incapaces físicos y mentales y los condenados a pena privativa de la libertad. El voto de obediencia prestado por los religiosos no los incapacite al ejercicio de la ciudadanía o del mandato, pues en situación similar estarían los miembros de los partidos políticos que votan por los candidatos escogidos por sus Juntas Directivas.

ASOCIACIONES RELIGIOSAS

Las asociaciones religiosas gozan de personería jurídica de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 44 del Código Civil: "Las asociaciones cuyo objeto no es realizar un fin económico gozarán de personería jurídica si tienen peculio propio o proveen en sus estatutos la manera de formarlo y si sus estatutos constan de escritura pública inscrita".

MATRIMONIO.

A.—Deberes religiosos.

"Las disposiciones de la ley, en lo concerniente al matrimonio no se extienden más allá de sus efectos civiles, dejando íntegros los deberes que la religión impone" (Cód. Civil Art. 292).

Se reconoce el pleno derecho de la Iglesia a legislar en lo que se refiere al matrimonio canónico, y se determina la no intromisión del Estado en este campo.

B.—Matrimonio civil efectuado por un sacerdote.

El Código Civil autoriza en algunos casos a los sacerdotes católicos a celebrar el matrimonio civil, prescribiendo que "no producirá efectos civiles el matrimonio celebrado conforme a los Arts. 120 y 124 mientras no se inscriba en el registro civil" (Art. 126).

a) Por delegación escrita.

"El alcalde podrá delegar por escrito en..., capellanes de hospitales y misioneros católicos la facultad de celebrar matrimonio", (Art. 115).

b) En peligro de muerte.

"Si alguno de los contrayentes estuviere en inminente peligro de muerte, el matrimonio podrá celebrarse sin observar las formalidades que deben precederle. Este matrimonio se celebrará ante el párroco o cualquier otro sacerdote y no producirá efectos civiles cuando se contraiga entre personas incapaces". (Art. 120).

c) Ante el párroco o el Ordinario del lugar.

"El matrimonio civil podrá celebrarse también ante el párroco o el Ordinario del lugar, o ante el sacerdote a quien alguno de los dos delegue esta Facultad".

"Al acto asistirá el funcionario del registro civil, para verificar la inmediata inscripción del matrimonio".

"Si no existiere dicho funcionario, el párroco o el Ordinario remitirá inmediatamente un certificado del matrimonio a la oficina del registro civil más próxima. (Art. 124).

"La capacidad para contraer matrimonio puede comprobarse también, en el caso del artículo anterior, ante el párroco competente, conforme a éste". (Código Art. 125).

C.—Penas a los infractores de las leyes civiles sobre el matrimonio.

"El oficial público o eclesiástico que a sabiendas autorizare un matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores (matrimonio de casado o con persona casada), sufrirá, en su caso, la pena que en ellos se determina.

Si lo autorizare sin saberlo, cuando su ignorancia provenga de no haber llenado los requisitos que la ley prescribe para la celebración de un matrimonio, la pena será de multa de tres a treinta días de renta e inhabilitación, conforme a los incisos 1º y 3º del Art. 27, pero no más de dos años.

Sufrirá multa de la renta de tres a treinta días, el oficial público o eclesiástico que fuera de los casos de este artículo, procediere a la celebración de un matrimonio, sin haber observado todas las formalidades exigidas por la ley" (Art. 216 del C.P. vigente).

La última disposición del artículo anterior constituye una intromisión en los derechos de la Iglesia, pues no puede castigarse al ministro de ella por cumplimiento de sus deberes eclesiásticos.

Respecto a los dos primeros incisos debe aclararse si el primer matrimonio ha sido canónico o civil. Si lo primero el sacerdote no puede celebrar el matrimonio; si lo segundo deben tenerse presente las circunstancias.

SECRETO SACERDOTAL

Reconociendo la delicadeza del ministerio sacerdotal, los códigos de procedimientos civiles y criminales declaran que:

"Están obligados a testificar en juicio todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe; pero esta obligación no rige en cuanto a los eclesiásticos, abogados, apoderados, médicos y matronas, sobre hechos de que han tenido conocimiento en el ejercicio de su ministerio o profesión". (Art. 457 C. Proc. Civ.).

"No podrán ser obligados a declarar: 1º—Los eclesiásticos, abogados, médicos, notarios y obstétrices, respecto de los secretos que se les hubiere confiado en el ejercicio de su profesión". (Art. 141 C. Proc. Pen.).

Además el Código Penal sanciona la violación del secreto sacerdotal: Art. 363: "El que teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de secretos cuya publicación pudiese causar daño, los revelare sin consentimiento del interesado o sin que la revelación fuere necesaria para salvaguardar un interés superior, será reprimido, por acción del perjudicado, con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a noventa días e inhabilitación, conforme a los incisos 1º) y 3º) del Art. 27, por no más de tres años.

"Están especialmente comprendidos en esta disposición los eclesiásticos, abogados, apoderados, notarios, médicos, farmacéuticos, los auxiliares de estas personas y las parteras".

PARTIDAS PARROQUIALES

A.—Valor supletorio.

"Las partidas de los registros parroquiales tendrán el mismo valor que las partidas de los registros de estado civil, si se prueba, mediante la certificación respectiva, la inexistencia de este registro en el lugar correspondiente, sin perjuicio de lo ordenado en el Art. 126".

B.—Anteriores al Código.

"Las partidas de los registros parroquiales referentes a los hechos realizados antes de la vigencia de este Código, conservan la eficacia que les atribuyen las leyes anteriores.

C.—Reconocimiento de hijos ilegítimos.

"El reconocimiento de los hijos ilegítimos cuyas partidas sólo estuvieran extendidas en los libros parroquiales, podrá ser efectuado en estos libros, ante el párroco, con las formalidades del Art. 355".

El Art. 1827 del Código Civil, incluido en sus disposiciones finales, era necesario en la práctica, dado que no está organizado el registro civil en todos los pueblos del país, reconociendo así uno de los valiosos servicios que la Iglesia presta a la sociedad civil mediante su organización parroquial.

CULTO

A.—

Se consideran por el Código Penal delitos contra la tranquilidad pública los siguientes:

Art. 284.—"El que en público y de manera vil, escarneciera las convicciones de otro en materia de creencia o profanare los objetos de veneración religiosa, será reprimido con prisión no mayor de tres meses o multa de la renta de tres a treinta días".

"Art. 285.—"Será reprimido con la misma pena del artículo anterior:

1º—El que, por malignidad, turbare o públicamente escarneciera un acto cultural permitido por la Constitución.

2º—El que, por malignidad, profanase un lugar o un objeto destinado a un culto o acto cultural permitido por la Constitución".

Art. 287.—"El que, por malignidad, turbare o profanare un convoy fúnebre o una ceremonia religiosa, será reprimido con prisión no mayor de seis meses o multa de la renta de tres a sesenta días".

B.—

Los objetos destinados al culto son equiparados a las cosas públicas, no pudiendo ser embargados:

Juicio Ejecutivo.—Embargo.

Art. 617.—"No son embargables: 1º Las cosas públicas y las destinadas al culto" (Art. 617 del Cód. de Proc. Civiles).

Consideraciones sobre la transmisión de la Propiedad Inmueble

Por ANTONIO VALDEZ CALLE

I.—Generalidades.

1.—Problema capital ha sido y es en el derecho el de la transmisión de la propiedad referida especialmente a los inmuebles. Juegan en él factores regidos por principios diferentes, esto es: la teoría general de las obligaciones y las normas propias de los derechos reales.

Como se trata de conjugar armónicamente instituciones que presentan características diferentes, las soluciones que se han dado y que actualmente imperan en el mundo jurídico no son una complemento de la otra, sino que son campos independientes que se excluyen. Nos referimos al sistema francés y al sistema alemán.

2.—Para el primero, las relaciones jurídicas del hombre con la cosa son de derecho privado; la intervención del Estado para la garantía y seguridad de tales relaciones es algo que casi no debe ser tomado en cuenta. En cambio, para el derecho alemán, esas mismas relaciones son de derecho público; los poderes públicos y en su nombre las autoridades deben intervenir en la constitución, modificación y extinción de aquellas relaciones.

Entonces pues, es lógico que para el sistema del Código Napoleón la propiedad territorial se transmita por el mero consentimiento de las partes. Los contratos reales son en sí, productores de una obligación de dar que se reputa ejecutada en cuanto aparece; su nacimiento es la señal de su extinción. Todo se reduce a una operación mentalmente ejecutada. La tradición que puede o no venir después del pacto, es un hecho que no tiene la virtud de hacer propietario al adquirente, sino simplemente de ponerlo en aptitud de servirse de la cosa.

El sistema del Código Alemán, al contrario, propugna que nadie puede ostentar el título de propietario si nó ha obtenido previamente la confirmación o investidura de tal derecho, previo un examen minucioso de los antecedentes.

Dice el Art. 925 de ese código: "El acuerdo del vendedor y del comprador, necesario según el Art. 813 para la transmisión de la propiedad de un predio, deberá declararse en la oficina del Registro en presencia simultánea de las dos partes".

"Como necesario complemento de las disposiciones generales sobre la adquisición legal de los derechos sobre inmuebles —nos dice la Exposición de Motivos del código alemán— exige el Código que para la transmisión de los inmuebles se haga declaración simultánea por ambas partes en el registro, a las cuales se presenta así el cambio de propiedad como directa consecuencia de tal acto, que es a la vez garantía contra un paso precipitado y aleja el peligro de que el acuerdo esté en contradicción con el contenido del registro" . . . o sea pues que el derecho real sólo se transmite cuando ha intervenido el Estado.

Posteriormente, la ley francesa de 26 de marzo de 1855 creó la necesidad de transcribir en el Registro todo derecho real para que pueda ser opuesto a terceros. Quedó así conformado el actual sistema que es también el de nuestro Código Civil de 1936.

3.—El Art. 1172 del Código Civil de 1936, dice: "La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario". El simple acuerdo, sin ningún formalismo como podría ser el registro, desplaza la propiedad. Pero como a la vez existe el régimen de la inscripción —no obligatorio para nosotros— que aparentemente podría ser contradictoria con el principio contenido en el Art. 1172, tenemos que aceptar la diferencia que hay entre la transmisión de la propiedad sólo entre las partes y la transmisión de la propiedad frente a terceros.

4.—El acuerdo de voluntades desplaza la propiedad solo entre las partes que intervienen en el contrato. En cambio, frente a los terceros no ha habido desplazamiento de la propiedad. La institución del registro exige que para que la propiedad se considere transmitida frente a terceros, es necesario que se inscriba la traslación del dominio. Hay pues dos tiempos sucesivos e independientes: el acuerdo, que solo tiene efecto entre las partes; y la inscripción que dá valor al derecho frente a terceros.

5.—Como se ha dicho anteriormente, el régimen del registro es opcional y no obligatorio. Si una propiedad no está inscrita, el solo acuerdo hace propietario al comprador; éste ya no es el titular del derecho únicamente frente al comprador, sino también frente a la comunidad, aunque repugne que un acto de voluntad constituya un derecho real.

6.—En cambio, si el contrato ha versado sobre una propiedad inscrita y el comprador ha omitido registrar su derecho, puede correr una serie de riesgos no solo por parte del vendedor o aún de la misma comunidad que ya respeta un hecho amparado en un principio legal, sino de parte de un tercero que puede recibir del mismo vendedor— que ante el comprador ya no es propietario de la cosa y que de hecho ante la comunidad tampoco lo es, pero que frente a la institución del registro continúa siéndolo— la misma cosa que había vendido a otro.

El derecho de este segundo comprador estará amparado por los artículos 1052 y 1174 del Código Civil. Contra ese acto inscrito otorgado por persona que en el registro aparecía con derecho para éllo, no habrá medio de hacerlo invalidar aunque se anule el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro. Este derecho tan firme tendrá prioridad sobre cualquier otro que pretenda alegarse y que no haya sido inscrito.

El primer comprador nada podrá hacer para recuperar el bien que se transmitió al segundo. Tendrá si acción personal contra el vendedor para reclamar el valor de la cosa si es que pactó el precio del inmueble, y a una indemnización de daños y perjuicios, según el caso. Los otros principios del derecho de las obligaciones no podrán ser aplicados; todos se estrellarán contra la institución del registro que debe amparar ante todo a quienes de buena fé contratan con la garantía de élla. La ley le dá esa fuerza porque debe proteger y defender al instituto de derecho público creado con un fin social.

II.—El contrato y la obligación.

7.—Nuestro código civil en el libro tercero sólo trata de la adquisición de la propiedad por modos originarios, esto es, la accesión y la prescripción; nosotros tendremos que referirnos ahora a uno de los derivativos, a la enajenación, que se realiza por medio del contrato de compra-venta.

Para Pothier (1), el contrato es una especie de convención que tiene por objeto algo más que formar un compromiso. Dice que debe definirse como una convención por la cual dos partes recíprocamente, o solo una de las dos, prometen y se obligan para con la otra a darle alguna cosa, o a hacer o no hacer tal cosa. Encierra pues el contrato el concurso de voluntad de dos personas, de las cuales, una promete alguna cosa a la otra, y la otra acepta la promesa que se le ha hecho.

Tienen por objeto: o cosas que una de las partes contratantes estipula que se hará, y que la otra promete darle; o bien alguna cosa que una de las partes contratantes estipula que hará, o que no hará, y que la otra promete hacer o no hacer (2).

8.—Dice el Art. 1383 del Código Civil de 1936: "Por la compra-venta el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa y el comprador a pagar el precio en dinero".

Celebrado el contrato nace, de él una obligación.

9.—La palabra obligación, según Giorgi (3), atendida a su etimología, contiene clarísima la idea de sujección, de ligamen porque indudablemente liga o ata al deudor, constriéndolo a desplegar parte de su actividad en beneficio del acreedor. Hay pues un vínculo de carácter jurídico entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual, una o varias de éllas quedan sujetas respecto a otra u otras a hacer o no hacer alguna cosa.

10.—El contrato no ha hecho nacer un nexum material como para el derecho romano primitivo, en el que se desconocía el concepto abstracto de la obligación, sino que ha creado un vínculo de derecho —que ya era concebido en el derecho romano clásico— pero que se ejecuta ipso-facto para el actual sistema francés que es también el de nuestro código.

La transmisión de la propiedad no se hacía en Roma por medio de los contratos; éstos solo tenían por misión engendrar una obligación. Y cuan-

(1) R. J. Pothier.—Tratado de las Obligaciones.— p. 12 y 13.

(2) R. J. Pothier.— op. cit. pág. 40.

(3) G. Giorgi.— Tratado de las Obligaciones.—T. I. pág. 11.

do la obligación consistía para el deudor en transmitir la propiedad, esta transmisión procedía de una operación simultánea o ulterior, de la mancipatio para las res mancipi, de la tradición para las res nec mancipi y también de la in jure cesio para unas y otras (4).

11.—Para nuestro sistema, el contrato no solo ha sido fuente de una obligación sino que ha transmitido la propiedad; esta se ha convertido en un efecto tan directo e inmediato del contrato como la misma creación de obligaciones. El comprador ha devenido propietario de la cosa al mismo tiempo que acreedor del enajenante (5). La obligación de transmitir la propiedad convenida entre las partes, ha sido ejecutada al mismo tiempo en que se formó.

"Vender o donar es enajenar; comprar o aceptar una donación es adquirir, en el acto" (6). Los contratos son siempre productores de una obligación de dar que se reputa ejecutada en cuanto aparece.

12.—Este vínculo de derecho, esta sola obligación de dar una cosa inmueble determinada ha hecho al acreedor propietario de ella —salvo pacto en contrario— sin necesidad de ningún formalismo (Art. 1172 del Código Civil). No ha sido necesaria la tradición romana para poner al comprador en posesión del bien y que desde ese momento éste se considere propietario, ni tampoco ha sido necesaria la cláusula de desposesión-posesión que existió en el derecho francés anterior al Código Napoleón. El solo acuerdo de las partes ha bastado para que se efectúe el cambio de propietarios.

13.—El contrato ha creado una obligación que por referirse a un inmueble ha hecho automáticamente propietario al acreedor del anterior titular. Por un lado, el contrato ha trasladado la propiedad, pero por otro, el vínculo jurídico que ha nacido entre las partes no se considerará cumplido mientras el vendedor no haga entrega de la cosa debida.

Y mientras la entrega no se haya efectuado "no se entenderá efectuado el pago, que exige además, que se haya cumplido por completo la prestación en que la obligación consiste" (Art. 1234 del Código Civil).

Efectuadas todas las formalidades se extingue el vínculo obligacional entre las partes y solo subsiste el nuevo derecho real del acreedor que por el simple acuerdo se convirtió en propietario y que detenta un derecho opo-
nible a todos (6).

(4) Colin y Capitant.— Derecho Civil. T. 2 V. II. pág. 1002.

(5) Planiol y Ripert.— Tratado de Derecho Civil. Vol. III. pág. 534.

(6) Jossierand.— Der. Civ. T. I.— V. 2.— pág. 262.

Véase además:

A. G. Cornejo.— Código Civil, T. II. Vol. I. pág. 74.

León Barandiarán.— Comentarios al C.C. Peruano. T. II. pág. 7.

Bañani R.— Curso de Obligaciones. pág. 39.

III.—El Registro.

14.—En la doctrina moderna el formalismo vá apareciendo ya con una finalidad de garantía, ya para facilitar el comercio jurídico y crear signos de valor fácilmente transmisibles. Se advierte una tendencia a restringir la significación de la voluntad en los actos jurídicos y por lo tanto en las obligaciones que de éllo nacen. Para muchos autores, las consecuencias de un acto jurídico no resultan de la voluntad expresada en él sino de la ordenación del derecho objetivo (7).

De otro lado, como dice Planiol (8), la transmisión convencional de la propiedad inmueble no puede ser defendida sin exponerse a los peores inconvenientes, salvo si se le respalda con un sistema de publicidad destinado a dar a conocer a los terceros las transmisiones de propiedad así como las constituciones de derechos reales inmuebles; de donde resulta que fuera de la publicidad, no puede haber seguridad en las transacciones ni solidez en la organización del crédito hipotecario.

15.—Aunque la transmisión de los derechos por la sola convención tiene la ventaja de la sencillez, la clandestinidad con que pueden proceder los vendedores es un serio inconveniente que debe ser salvado de alguna manera, porque los terceros están expuestos a tratar con quien ya no es propietario de la cosa. "Este peligro no existiría —dice Colin y Capitant (9)— o sería menor si se hubiese conservado el sistema romano para transmisión de la propiedad".

También debemos de tener en cuenta que el derecho real que es oponible a la comunidad entera, no puede nacer y manifestarse si dicha comunidad lo ignora (10).

Es pues necesario que en cualquier momento pueda identificarse al verdadero propietario, lo que solo podrá obtenerse con un régimen de publicidad.

16.—El registro puede tener como finalidad la simple publicidad de los derechos reales, para que puedan ser conocidos por todos.

El sistema alemán, en cambio, persigue con el registro, además de la publicidad, el dar seguridad al comercio de inmuebles; de allí que señalen como condiciones de la institución que la matriculación constituya una prueba concluyente del derecho inscrito y que dé legalidad absoluta a la titulación del inmueble. Antes de la inscripción la propiedad no sale del poder del propietario y aún cuando haya un contrato auténtico de transferencia éste solo conferirá un derecho meramente personal al adquirente.

17.—Ese régimen de publicidad al que la ley dá el máximo de valor, para el sistema francés —que es el nuestro— no destruye el principio de la transmisión de la propiedad por el simple acuerdo de las partes, pues, la venta sigue siendo en principio translativa de la propiedad por si misma.

(7) Colin y Capitant.— op. cit. T. 3. p. 12.

(8) Planiol y Ripert.— op. cit. T. III. p. 542.

(9) Colin y Capitant.— op. cit. T. 2. pág. 1015.

(10) Josserand.— op. cit. pág. 366.

El fin de la institución del registro es entonces asegurar la publicidad de las transmisiones de la propiedad inmobiliaria; de llevar a conocimiento del público los actos translativos; no es pues ninguna consideración de las partes entre sí. Para las partes la propiedad se ha transmitido por el hecho mismo del simple acuerdo. La obligación que nació, se ejecutó en el mismo momento de su aparición; "su nacimiento es la señal de su extinción" (11).

18.—El registro ha sido creado para los terceros; para ellos la propiedad solo se desplaza desde el momento en que la inscripción se efectúa. Para los terceros, mientras no se haya inscrito el derecho del nuevo propietario, el vendedor sigue siendo el titular del derecho; pero como se dice más arriba, solo para los terceros, porque frente al comprador, el vendedor ya ha dejado de ser el propietario. Hay pues, dos campos: el de las partes entre sí, entre quienes vale solo el simple acuerdo, y el de los terceros, para quienes sólo la inscripción señalará ciertamente al propietario. "Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No producen efecto respecto a terceros" (12).

19.—Terceros no son todos los que no sean las partes. "Son los verdaderamente extraños a los contratantes" (13). No lo son sus causahabientes.

En caso de que el vendedor haya enajenado el mismo bien a varias personas y que se haya dejado de inscribir el título, estarán beneficiados con el nombre de terceros "aquellos a quienes después de haber pactado con un propietario se les oponen enajenaciones o constituciones de derechos reales convenidas con otras personas por ese mismo propietario, sin haberse hecho públicas... y que no sean responsables de la falta de transcripción ni culpables de concertarse fraudulentamente con el vendedor" (14).

Entonces pues, "entre causahabientes de un mismo vendedor, triunfa aquel que haya inscrito primero su título, porque la eficacia de sus derechos es el premio de la celeridad" (15). Consiguientemente la preferencia pues no se rige por la fecha de los títulos de adquisición sino por la prioridad de la inscripción.

Para ser tercero es necesario: a).—Haber adquirido un derecho sobre el inmueble; b).—Haber conservado este derecho conforme a ley; c).—Haber adquirido el derecho del enajenante; y d).—que la falta de inscripción no sea imputable al mismo que quiere invocarla (16).

20.—Para Jossierand y Colin y Capitant, hay que prescindir de la buena o mala fe del tercero en caso de que el vendedor ya haya transmitido la propiedad a otro, porque bastan con las condiciones que se han indicado más arriba. Dicen que aunque el tercero haya conocido la venta anterior, triunfará sobre el primitivo comprador si es que inscribió primero su derecho. Jossierand sostiene que "la característica del régimen de publicidad es funcionar mecánicamente sin atender a la moralidad de las partes" (17). Apli-

(11) Jossierand.— op. cit. pág. 264.

(12) Colin y Capitant.— op. cit. T. 3. pág. 626.

(13) Colin y Capitant.— loc. cit. pág. 640.

(14) Planiol y Ripert.— op. cit. T. III. pág. 562.

(15) Planiol y Ripert.— loc. cit. pág. 562.

(16) Colin y Capitant.— op. cit. 2. pág. 1046.

(17) Jossierand.— op. cit. T. I. Vol. 2. pág. 287.

can, para sostener esta posición, el Art. 1071 del Código Napoleón que dice: "La falta de transcripción no podrá ser suplida ni considerarse disculpada por el conocimiento que los acreedores o que los terceros adquirentes hayan podido tener de la disposición por otros medios que no sean los de la transcripción".

Pero los autores franceses a que nos hemos referido hacen un gran alto cuando el segundo adquirente se ha concertado fraudulentamente con el vendedor para despojar al primer comprador. Dice Planiol (18) que en ese caso, el Art. 3º de la Ley de 1855 no puede ser aplicado, de acuerdo con el principio *fraus omnia corrumpit*, no porque el segundo haya cometido un delito y como sanción al mismo sino porque el fraude hace inaplicable la regla del Art. 3º ya citado.

Para Jossierand (19) la regla de que hay que prescindir de la buena o mala fe de las partes tiene un límite: el fraude, y entiende por él la voluntad de sacar la ley de su campo de aplicación normal; en concreto, la voluntad de poner la transcripción al servicio de un complot urdido entre el enajenador y el segundo adquirente. Agrega que la transcripción así falseada pierde su eficacia habitual porque ha existido un abuso de ella y por tal causa, el segundo que de acuerdo con el enajenante quiso ganar en velocidad al primero, aunque haya llegado primero a la meta, será descalificado, porque se habrá servido deslealmente de una institución regular.

IV.—Comentario al sistema del Código Civil Peruano

21.—Sabemos que los derechos patrimoniales, según la diversa especie de bienes sobre que recaen, pueden subdividirse en derechos reales y en derecho de obligaciones; los primeros crean una relación entre persona y cosa, y los segundos crean una relación entre persona y persona.

Son materia de los derechos reales los bienes consistentes en las cosas consideradas como útiles en sí, es decir, en su aptitud para servir por sí solas a ciertas necesidades nuestras. En cambio, están dentro del campo de las obligaciones aquellos bienes que consisten en actos de otras personas; es decir, en las prestaciones ajenas en cuanto nos pueden proporcionar alguna utilidad susceptible de ser valuada en dinero.

22.—La propiedad subsiste plena y perfecta sin necesidad de otras personas diversas del propietario. La obligación no puede subsistir sin la persona de un deudor determinado, al que se restringe la relación jurídica, a quien sólo se puede reclamar su cumplimiento y el que únicamente puede violarla (20).

A los derechos reales corresponde una obligación negativa que pesa sobre todos: la obligación de respetarlos, de abstenerse de turbar su ejercicio. Y es evidente que una obligación de ésta índole no puede razonablemente derivar su existencia de un hecho relativo a dos personas determinadas e ignorado de los terceros (21).

(18) Planiol y Ripert.— op. cit. T. III. pág. 565.

(19) Jossierand.— op. cit. T. I. Vol. 2. pág. 287.

(20) G. Giorgi.— op. cit. T. I. pág. 2.

(21) Actos de la Comisión Reformadora.— Fasc. V. pág. 29.

23.—La distinción entre los contratantes y los terceros desde el punto de vista de la transmisión de la propiedad contradice, así mismo, la naturaleza del derecho real, pues como hemos visto anteriormente éste es un derecho absoluto que puede hacerse valer contra todos. Un derecho real que no puede oponerse a terceros, un derecho real relativo constituye por lo tanto un contrasentido. De allí que para transmitir la propiedad de una cosa entre los contratantes y respecto de terceros, no basta la mera voluntad de las partes sino que es necesario la tradición tratándose de los muebles y la inscripción tratándose de los inmuebles (22).

El tratadista J. Morell y Terry, respondiéndose a la pregunta de cuándo se adquiere verdadero derecho real sobre el objeto transmitido dice: "El momento en que cambia de sujeto el derecho real, tiene que ser aquel en que el hecho se hace público en forma tal que puede y debe presumirse que ha llegado o ha podido llegar a conocimiento de todos. Ese momento es realmente el de la inscripción; luego la inscripción representa la adquisición de la propiedad inmueble y de todos los derechos reales sobre la misma. Todo existe o deja de existir cuando se hace público o conocido por la masa social, esto es cuando se inscribe.

Luego la inscripción, **por su propia naturaleza**, debe ser considerada como el único modo de adquirir, de conservar y de perder el dominio de los bienes inmuebles y de los derechos reales constituídos sobre los mismos" . . . (23).

24.—Este sistema de la inscripción armoniza, además, con el concepto moderno de la propiedad, esto es, en relación con la función social que debe desempeñar, siendo consiguientemente necesaria la intervención del Estado, supremo regulador, en los actos que controlen su nacimiento o su extinción.

25.—Pero además de estas razones tenemos otras que para Giorgi (24) nacen del error de los codificadores franceses quienes al decir que la propiedad se adquiere por efecto de las obligaciones han desnaturalizado el derecho de obligación y lo han reducido a casi un modo de adquirir y transmitir la propiedad.

Para el derecho romano no era posible esta confusión entre derechos de crédito y derechos reales por ser diversos los medios de crearlos y transmitirlos. Pero en el derecho moderno —que sigue al francés— que atribuye a la voluntad humana una potestad igual para ambas clases de derechos y que ha establecido que los derechos reales adquieren vida y se transmiten por el solo consentimiento al igual que los de crédito, ha hecho que no sea posible diferenciar la naturaleza de un derecho del modo por virtud del cual se constituyó, lo que ha traído como consecuencia la confusión más deplorable entre derechos reales y derechos de crédito.

26.—De todo esto nace ese principio tan forzado en nuestro sistema de que el vendedor que transmite la propiedad a un primer adquirente puede, habiendo dejado de ser propietario, vender el mismo bien a un segundo, bajo el amparo del registro.

(22) Actas de la Com. Ref.— Fasc. V. pág. 30.

(23) Ibid. pág. 24.

(24) G. Giorgi.— op. cit. T. I. pág. 3.

Si el acuerdo desplazó el derecho real, la inscripción no puede ser otra cosa que la confirmación sacramental del Estado sobre un acto que tiene pleno valor merced al principio de que la sola obligación de entregar una cosa inmueble determinada hace al acreedor propietario de élla. El registro no puede pues dentro de este sistema y siguiendo a la lógica, establecer otro campo independiente, y según nuestra ley, de más valor que el del simple acuerdo, para sembrar un principio contradictorio que nunca se resolverá hasta que no se modifique el sistema y se consiga que el registro sea lo que debe ser: esto es, quien transmita realmente la propiedad y dé un carácter de inatacable al título que él emita. Mientras el registro continúe siendo un notificador que indebidamente dispone de facultades que corresponden al registro pero dentro de la concepción alemana, no podrá llegarse a una solución saludable en los conflictos que se presentan.

27.—Eso en el campo del debe ser ideal. Pero ante la realidad mucho pesan todavía las palabras del doctor Olaechea en el seno de la Comisión Reformadora (25) que nos hacen pensar con el ilustre ponente que aún no estamos preparados para adoptar plenamente un sistema que puede ser todo perfección.

Probablemente el mejor momento para pensar en esta reforma sería aquel en que se estudiase o resolviese la reforma de la ley orgánica del poder judicial, haciendo realmente independiente a la administración de justicia. El registro tendría que ser incorporado o depender en la selección de personal y demás cuestiones técnicas del poder judicial ya independiente y decorosamente pagado. Contando con un eficiente factor personal podría entonces procederse a la reforma del sistema.

Seguramente que lo más indicado no habría de ser el paso total al sistema único de la propiedad inscrita porque todavía subsistirían muchas de las razones dadas por Olaechea y porque en pueblos como el nuestro cuesta mucho salir de lo rutinario. Además, como dice Bordeaux "el principio absoluto de la inscripción no es realizable en la práctica" (26).

Tendríamos que adoptar la fórmula transaccional que propuso el doctor Oliveira y que es: "La transmisión de la propiedad, por efecto de los contratos, se verifica: respecto de los muebles por la tradición; respecto de los inmuebles, por la escritura pública; y respecto de los inmuebles inscritos, por la inscripción en el registro de la escritura pública correspondiente" (27).

(25) Actas de la Com. Reformadora.— Fasc. V. pág. 68.

(26) Ibid. pág. 60.

(27) Ibid. pág. 59.

Discurso de orden pronunciado por el Dr. Ernesto Perla Velaochaga,

CATEDRÁTICO DE LA FACULTAD DE DERECHO

EN LA CEREMONIA DE APERTURA DEL AÑO UNIVERSITARIO DE 1952

Eminentísimo Señor Cardenal, Gran Canciller:

Sr. Rector Magnífico;

Sres. Decanos;

Sres. Catedráticos y alumnos;

Señoras:

Señores:

Por honrosa designación dentro del ciclo acordado corresponde a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de nuestra Universidad, decir su palabra en el tradicional discurso de orden en esta auspiciosa ceremonia de apertura de sus labores académicas del año 1952 y por una muy generosa nominación se me ha encargado ser el vocero de esta Facultad, y aunque esta misión me abruma me alienta para cumplirla el hecho de que el tema que traigo a vuestra consideración, el legado jurídico de la Iglesia a la civilización actual, es tan elocuente por si mismo que a pesar de mi insuficiencia, los hechos de la historia lo proclamarán.

Esta es una ceremonia promisoriosa y de reafirmación. Las diversas facultades emprenden una nueva etapa cargada como siempre, mas que nunca, de responsabilidades y de promesas. No significa solamente un año más que comienza para el estudiante aburrido, ni un año menos para el estudiante impaciente de alcanzar el título profesional. Es esto, pero además y sobre todo el momento en que la Universidad reemprende su camino para encender la luz de la fé en los corazones, alumbrar las conciencias, e ilustrar los entendimientos, procurando que todos los elementos de la naturaleza, la materia y el espíritu sean puestos al servicio de los más altos intereses.

El tema, o sea, repito, el patrimonio jurídico que nos ha confiado la Iglesia corresponde perfectamente a la presente oportunidad. Existe la mas plena justificación de que la Facultad de Derecho, su mensaje, mejor el mensaje que por su intermedio ha de irradiar la Iglesia Católica, que es su maestra é inspiradora, no pueda ser otro que el pensamiento jurídico y legal que ha elaborado durante veinte siglos para que rija con dignidad y con justicia las relaciones temporales de los hombres y se les facilite así el cumplimiento de sus altos destinos.

La Iglesia no tiene propiamente una misión de orden inmediato, sino la de llevar a las almas a la vida eterna, pero como el catolicismo no sólo es una religión, la Religión verdadera, sino que es también un sistema integral de vida individual y social, tuvo que dar y dió normas para la convivencia humana. Aunque no creara un orden jurídico propiamente tal, por ser la Moral el campo propio y necesario en el cual tiene que ejercer su divina misión, por la íntima y estrecha relación entre Moral y Derecho, como una natural irradiación de su mensaje, ha creado normas de Derecho, que por razón de su propia e indudable virtud, han ejercido una influencia decisiva en la doctrina y la legislación, de tal manera que Vásquez de Mella dice: "La historia de la Iglesia y su derecho, es la historia de la humanidad".

Además es este un tema propiamente universitario, porque si la Iglesia no dá leyes, es función propia de la Universidad, que es invención y obra de la Iglesia, formar dirigentes de conciencia católica y preparación suficiente para que en el ejercicio de las actividades que le son propias dén leyes e impregnen la sociedad de espíritu católico. Esta constituye labor esencial de nuestra Facultad fué el pensamiento y el objetivo de nuestro ilustre fundador el R.P. Jorge Dintillac y lo que se proponen como meta de todos sus esfuerzos sus maestros de todos los tiempos. Si no fuera así traicionaría su origen y su función. Nada mas conforme con esta finalidad que el estudio del papel desempeñado por la Iglesia en el campo del Derecho.

Todas las Universidades de hoy tienen que vencer a las fuerzas que conspiran para convertirlas en cuerpos sin almas, en fábricas de profesionales en serie, sin personalidad ni convicciones; especialmente la gravosa herencia del positivismo y el liberalismo del siglo 19, que por razón de anteriores e inmediatos avatares pretendieron considerar al hombre separado e independizado de todo problema trascendente y a la sociedad divorciada de la Iglesia, que había producido la civilización cristiana. Consecuentemente las Universidades corren el peligro de convertirse en arsenales de armas materiales, económicas o técnicas para la vida y la sociedad, pues al prescindir de todos los valores espirituales, cuyo descrédito provoca, encierran al hombre en la cárcel del mas riguroso materialismo. Son sus frutos al filósofo escéptico porque se había extraviado en el camino de la Verdad, al político ávido de poder porque desconocía el origen de la autoridad, y el profesional inescrupuloso que alejado de su destino toma el medio como fin; el hombre desprovisto de su lastre de infinito es una débil barca a merced de las borrascas desatadas por las pasiones que lucharon con ventaja sobre la justicia y la caridad. Estos peligros y otros no menos graves se evitan mediante una cultura católica que no desdeñe cultivar los espíritus con los viejos arados de la eterna verdad.

Y como la depositaria de la Verdad eterna es la Iglesia Católica he querido decir que es preciso que la enseñanza universitaria no desdeñe sus doctrinas y entre éstas sus admirables soluciones de derecho que cristianizaron al derecho romano y al derecho bárbaro, que produjeron mediante su plena realización en las costumbres, la cumbre de la alta Edad Media; de la que Belloc puede decir con razón, "jamás hemos tenido una sociedad tan bien fundada ni tan compenetrada con la justicia"; y por último que sirvieron de segura base para el orden jurídico de la sociedad moderna, dando lu-

gar a lo que se conoce acertadamente con el nombre de la civilización cristiana.

Permítaseme insistir todavía más sobre el tema que traigo. Creo que no basta poner de relieve que la facultad de Derecho de nuestra Pontificia Universidad Católica recoge y difunde el pensamiento jurídico de la Iglesia, segura de la misión que le corresponde y consecuente con sus profundas convicciones. Esto no necesita demostración. Lo que me propongo exponer principalmente es la efectividad, la trascendencia y la calidad de tal legado, y el deber que tenemos de conservarlo.

Su trascendencia proviene de tratarse de principios y normas de Derecho. No deseo por supuesto decir en nombre de la Facultad de Derecho, que el Derecho es la mas grande de las ciencias, ni confirmar una vez mas la aguda observación de Ángel Osorio de que todo profesor cree que su asignatura es la más importante de la Universidad; que aplicada a este caso, equivaldría a que la Facultad de Derecho sostiene que es la más importante de las Facultades. Todas tiene una labor trascendental; son en verdad solo facetas de un mismo prisma, la cultura; todas son necesarias para el perfeccionamiento humano y el hombre no puede prescindir de ninguno de ellas. Solo aclaro para atraer vuestra consideración sobre la importancia del legado a que me refiero, que la Iglesia ha crecido y desarrollado y continúa haciéndolo cotidianamente, todos los elementos de la cultura y que el Derecho es entre los elementos culturales de la civilización el que tiene mayor importancia desde el punto de vista del espíritu, pues desempeña, se ha dicho con justeza, el papel de protagonista, porque al hacer posible la vida en común, disciplinando y regulando todas las actividades humanas, crea ambientes mas propicias para el desarrollo de los otros elementos; ni la ciencias ni el arte pueden desarrollarse dignamente sin un régimen de Derecho. El Derecho trabaja con almas y abarca todas las actividades humanas, a las que disciplina, protege y ordena, levantándolos de lo que son a la altura de lo que deben ser.

El Derecho no es por supuesto como tantos lo consideran un conjunto de reglas aplicables exclusivamente al mundo de los pleitos para definir controversias de encontrados intereses particulares, ni es tampoco un medio de vida para los que se dedican a su administración, ni una religión de iniciados de fórmulas secretas de oscuros alcances, ni menos la magia de peligrosos procedimientos; ni es el capricho del príncipe, ni la debilidad de la razón humana, ni la veleidosa voluntad de la mayoría, ni el interés de un Partido. El Derecho sirve para satisfacer la perenne hambre y sed de justicia que agosta al hombre; la justicia, es una de las virtudes cardinales, que nos impone el deber de obrar justamente. Como el Derecho, mas no siempre la ley, es la regla que nos indica lo que es justo en las relaciones humanas, el Derecho más que la ciencia o el arte, nos sirve para alcanzar nuestros fines temporales y eternos.

Basta esto para deducir cuan importante es conocer las soluciones de Derecho propugnadas por la Iglesia en cada una de las ramas en que, por razón de método y sin perjuicio de su unidad esencial, se dividen las materias jurídicas.

Sin embargo, al tratar de este legado no es mi pretensión por supuesto sino llamar nuevamente la atención especialmente de las nuevas gene-

raciones de abogados y juristas hacia ese Derecho, patrimonio jurídico que debemos guardar y defender por constituir la mayor tradición moral de la civilización occidental, para lo cual presentaré un somero cuadro de su acción en los principales campos del derecho público y privado, que permita una visión de conjunto sobre la efectividad y óptima calidad del legado jurídico de la Iglesia.

* * *

Desde el campo del Derecho político para comprobar mi tesis bastará recordar que al Cristianismo le debemos principalmente los conceptos fundamentales y las bases del ordenamiento jurídico político actual.

Le debemos la idea precisa de Estado. Dejando de lado mayores consideraciones por pertenecer a otros campos distintos de los que me he propuesto recorrer con vosotros en esta ocasión, es evidente que la sociedad precristiana no elaboró la idea cabal e íntegra de Estado. Las ideas políticas griegas sintetizadas en los Diálogos en los jardines de Academo y en el pensamiento de Aristóteles, conciben el orden político como un orden moral para la realización de la justicia, ni Platón que propugna un gobierno de clase cerrada y condena expresamente a la democracia en el libro octavo de "La República", ni el Estagirita, apesar de reconocer la igualdad en las relaciones de gobernantes y gobernados, pudieron elevarse sobre la concepción del Estado-ciudad, esto es formado por pequeños núcleos de ciudadanos, y sobre la preeminencia de la calidad de ciudadano sobre todos los demás. El Estado romano de la primera época recogió como sabemos, las ideas políticas de Grecia.

Fué el Cristianismo el que infundió a los conceptos anteriores un nuevo espíritu o los cambió radicalmente. La nueva concepción, la que predicaron San Pablo y los Santos Padres, establece la igual condición de todos los hombres, sean esclavos, extranjeros, o bárbaros, por ser hijos de Dios, y esto lleva necesariamente el universalismo católico. Sabine, conocido tratadista de derecho político, ha dicho: "La aparición de la Iglesia cristiana como institución distinta autorizada para gobernar los asuntos espirituales de la humanidad con independencia del Estado, puede considerarse sin exageración, como el medio más revolucionario de la historia de Europa occidental tanto por lo que respecta a la Ciencia Política como en lo relativo a la filosofía política", y Harold Laski, el célebre profesor de Ciencias Políticas de la Universidad de Londres escribe en 1932: "Me parece superficial decir acá que cuánto mas procuremos hacer revivir el esfuerzo de los escolásticos medievales y de los más grandes teólogos españoles del siglo 16, más rápidamente llegaremos a formular una teoría exacta del Estado". Es indudable que se está refiriendo a la teoría jurídica de la Iglesia sobre el particular.

Las reformas se fueron produciendo lentamente en las instituciones políticas del Imperio romano primero, y de todo el mundo cristiano después. Suscintamente estas reformas consisten principalmente, en que el valor supremo que hasta entonces se había dado al estrecho y limitado estado de ciudadanía desaparece por la situación de igualdad común ante el Estado compartida por gente de toda clase y condición, como resultado de una nueva escala de valores. Se despoja al soberano de ideas egoístas, se le im-

ponen graves responsabilidades, se tiende a convertir al rey en siervo de la justicia como consecuencia de que toda potestad viene de Dios y con la fecunda teoría del Derecho natural planteada por Santo Tomás y los Padres, que crea un verdadero y estable fundamento para las relaciones entre el Soberano y sus súbditos. En fin contra el principio fundamental de la organización pagana se crea una ética enteramente desconocida hasta entonces, distinguiéndose dos potestades con el evangélico precepto de dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios. Al hombre se le reconoce así ciudadano de dos Estados, de la Ciudad de Dios, representada por la Iglesia, y de la Ciudad Terrena. La Iglesia distinta del Estado, ambos inseparables como el alma y el cuerpo. La Ciudad de Dios debe primar sobre las potestades terrenas, ambas débense ayuda mutua porque son instrumentos para el gobierno de la vida de los mismos hombres en este mundo y en el futuro. La obligación del súbdito ya no es absoluta; el poder del Estado ya no es omnímodo. Los primeros cristianos ya pueden responder al Emperador: non possumus. San Ambrosio de Milán en el siglo VI aplicando esta idea proclamó que en cuanto a los intereses espirituales la Iglesia tiene jurisdicción sobre todos los cristianos incluyendo al Emperador, que es hijo de la Iglesia, que está dentro de la Iglesia y no fuera de ella. De todo esto se deduce también la dignidad del sacerdocio que responde a la vez de las almas de los súbditos y de los gobernantes.

Sentadas estas bases del Derecho Político pueden ya bambolearse y cruzir las columnas del Estado y por supuesto que muchas veces en la historia han amenazado desplomarse y aplastarnos, pero su firmeza depende de la fuerza con que sepamos asirnos de su piedra fundamental que es la piedra de la doctrina jurídica de la Iglesia. Así ha podido salvarse cuando se prepara la divinización del Estado, desde las páginas de "El Príncipe" de Maquiavelo combatiendo la primacia del Derecho natural sobre la política; con la influencia de Lutero que ataca la universalidad de la religión y la moral católica y disfrazando al pensamiento maquiavélico en forma más disimulada y peligrosa erige "la razón de Estado" como pretendida justificación de toda injusticia, abriendo el camino para todas las extralimitaciones internas y externas de un Estado y el desconocimiento de los derechos naturales de los hombres y de los demás Estados; con el Leviathan de Hobbes que amenaza tragarse al hombre; y las teorías en fin de Rosseau y Hegel y sus discípulos contemporáneos, entre aquellos el anti-Estado de Marx. En las Encíclicas Mirari Vos de Gregorio XVI, Di turnum, Inmortale Dei y Libertas de León XIII, Mit Crennerder surge de Pío XI y Summi Pontificatus de S.S. el Papa actualmente reinante y también en cartas y discursos, la doctrina jurídica de la Iglesia, sobre la naturaleza del Estado se yergue impasible y salvadora sintetizada me parece, en la fórmula del P. Suárez "el poder del Estado es soberano en su orden".

Por último cuando el concepto de democracia se confunde, se falsifica o desconoce; los hombres tienden hacia la democracia pero bajo los horrores de la guerra se sienten peligrosamente desilusionados de ella, en tal forma que pueden ser predispuestos a erróneos sistemas, Pío XII como sus predecesores, fija en un discurso célebre las bases de la verdadera y sana democracia, y como cien años antes otro representante ilustre del pensamiento de la Iglesia el P. Lacordaire, se respondió contra los detractores de la

Democracia: "si Ustedes dicen que la democracia es una joven salvaje; bauticémosla: no es incapaz de sacramentos".

* * *

La influencia decisiva y beneficiosa de la Iglesia en el Derecho Internacional Público, ha sido puesta en mayor relieve que la ejercida en el Derecho Político, y por eso no exige tan extenso análisis.

Basta para comprobar esta influencia y la calidad de tal doctrina observar los caracteres de las relaciones entre los pueblos antes y después de la aparición del Cristianismo.

Encontramos así a los pueblos divididos e irreconciliables entre sí. La única relación que había entre ellos era la guerra; solo se encontraban para combatirse. Las guerras tienen un carácter eminentemente vengativo; los prisioneros se convierten en esclavos. El mismo pueblo romano no pudo superar el característico rasgo de la antigüedad de considerar al extranjero como hostes, enemigo. Sucesivamente los pueblos antiguos hasta Roma han de llevar a efecto guerras de conquistas en que el aliado si lo hay es el pueblo anteriormente reducido al vasallaje, de tal manera que el Derecho Internacional que impone derechos y deberes recíprocos entre los diversos pueblos fué desconocido en la época precristiana.

El mensaje cristiano es esencialmente un mensaje de amor y caridad, que predica en medio del fragor del odio, la fraternidad entre los hombres, que cualquiera que fuera su origen y condición ya no son los "hostes" son los "fratres"; los hermanos. Opone al egoísmo, al aislamiento y al exclusivismo que caracteriza a los pueblos precristianos el universalismo, no a la manera en que trató de imponerlo el Imperio romano, no fundado en las armas y en la fuerza y en los privilegios para los vencedores, sino fundado en la colaboración entre los pueblos para alcanzar sus comunes destinos dentro de la más estricta igualdad entre todos. Solo en fin el espíritu de la Buena Nueva podía hacer posible que dulcificándose los usos de la sociedad pagana y sofrenándose las tendencias egoístas de los rudos reyes y emperadores, floreciera el Derecho Internacional; nada más fecundo que la realidad de la unión en Cristo y la Doctrina del Cuerpo místico que predicaban San Juan y San Pablo, para crear el universalismo cristiano, piedra fundamental de un verdadero Derecho Internacional.

Cuando se producen las invasiones bárbaras, la acción de la Iglesia se dirige a morigerar los efectos de la guerra, estableciendo el principio de que la victoria no dá derechos, rescatando a los prisioneros a veces mediante la venta por los Obispos de los vasos sagrados, y por medio de su suspensión momentánea mediante el Asilo, la Tregua de Dios, y la Paz de Dios. El Cristianismo infundiendo su espíritu a las hordas bárbaras hizo lo que no pudo hacer el Imperio, detuvo la invasión en cuanto significaba barbarie y retroceso, aún más conquistó a los invasores haciéndoles en general preparar el camino para la infiltración del espíritu cristiano que florece en la Edad Media.

Que hizo la Iglesia en la Edad Media y al iniciarse el Renacimiento en este campo del Derecho Internacional. Nada menos que sentó sus bases filosóficas y jurídicas y aún sus normas prácticas. Largo sería por su-

puesto enumerar todas las prácticas y principios que el Cristianismo difundió é impuso extrayéndolos de la misma esencia de su doctrina y de los que los Pontífices fueron sus naturales y necesarios custodios. Me basta remitirme a la obra editada en 1946 por la Universidad Católica de Milán con el título de *Acta Pontificia Juris Gentium* que contiene en forma sistemática todo el Derecho Internacional Pontificio en la Edad Media, con un total de 2,803 documentos clasificados en 15 secciones, entre las que se encuentran las tituladas "Actividades a favor de la Paz", "Carácter obligatorio de las treguas bélicas". "Solución pacífica de las controversias" y una sección tercera que podría haber sido redactada por la Organización de las Naciones Unidas al agrupar las directivas que tratan de garantizar el respeto a los tratados y a los compromisos internacionales.

Es en esta época cuando un fraile dominico en Salamanca, en sus Relecciones, sienta las bases del Derecho de gentes tratando de la guerra justa e injusta, comprendiendo entre las causas que dan derecho a declarar la guerra, los agravios de verdadera gravedad tanto de orden moral como material, así cuando se ataque el honor, la independencia, y la integridad del territorio, y rechazando como tales la diversidad de religión, el afán de adquirir mayor poder o espacio territorial. Fija los derechos que tienen los enemigos, el derecho de exigir las reparaciones de guerra; condena los ataques a lo que se llama hoy la población civil o los no combatientes, las mujeres, los niños y los labradores; el trato debido a los prisioneros que no puede ser sometidos a la esclavitud ni muertos; en fin aplicando las fecundas ideas teológicas hace resplandecer sobre el fragor de los combates la idea de justicia, las reglas de derecho que regulan las relaciones entre los Estados bajo el rubro de por sí elocuente de "De jure belli".—Es el tiempo también en que un jesuita el P. Suárez que representa la ciencia jurídica del siglo XVI influye especialmente por su teoría sobre Derecho natural de tantas consecuencias, dando origen al Derecho Internacional Público desde que superando el punto de vista del Derecho romano reconoció como sujeto de derecho no solo a los individuos sino también a los Estados. Es por último, la época del P. Soto también dominico, que fundamenta la nación jurídica y moral de la justicia.

Después de esto no le quedaba a Hugo Grocio sino coordinar y sistematizar todos los principios sentados y trasladarlos al medio donde no habían podido llegar los teólogos y juristas españoles, aplicándolos a Estados particulares; labor en la que incurrió en graves errores por su falta de catolicismo y por servir a intereses circunstanciales.

Durante la Edad Moderna las relaciones entre los Estados que habían tenido como base la fuerza material de las águilas romanas, o la fuerza espiritual de la moral católica durante la Edad Media, tratan de establecerse sobre la política protestante del equilibrio que aparece en la Paz de Westphalia, que marca la secularización de las relaciones internacionales. Es abandonada la idea de un ordenamiento cristiano de las naciones, pero Europa cae en el anarquismo internacional. Desde entonces el Papado se convierte en la suprema autoridad moral para dirimir los conflictos internacionales. La Santa Alianza recurre a Pío VII como intermediario ante el pueblo de las dos Sicilias; es entonces que el protestante David Urquhart propone a la Santa Sede constituir un Colegio diplomático, idea que hace exclamar a Pío IX:

despuntará la aurora"; Bismark elige a León XIII como árbitro entre Alemania y España para resolver el diferendo sobre el Archipiélago de las Carolinas. Esta influencia ha sido en fin, reconocida en una historia de la diplomacia publicada en 1946 bajo la dirección de Potiemkin, miembro de la Academia de Ciencias de la U.R.S.S. en que a pesar de su necesaria tendencia, admite la importancia de la actividad de los Pontífices en el mundo internacional, contra la apreciación materialista de los generales comunistas sobre el poder del Estado sin ejército.

En los tiempos actuales cuando las relaciones internacionales, parecían en bancarrota a despecho de organizaciones y discursos, la Iglesia indica los remedios recordando nuevamente sus viejos principios al respecto. Así hemos oído la voz de Pío XII maestro indiscutible de Derecho internacional, levantarse en 1940 contra la blitzkrieg de la Alemania nazi que arrollaba conjuntamente con Bélgica, Luxemburgo y Holanda a las bases del Derecho de gentes; era otra vez la proclamación de la doctrina perenne de la Iglesia respecto a las relaciones internacionales, que es repetida y reiterada en forma premiosa en sus famosas encíclicas y mensajes de Navidad en las horas apremiantes u optimistas, refiriéndose a las bases seguras del nuevo orden internacional.

* * *

En el campo del Derecho Penal la influencia de la Iglesia ha sido también decisiva y beneficiosa. Esa rama del ordenamiento jurídico presenta el problema central de la ética del Derecho. Sus leyes fijan el bien y el mal en forma coercitiva. Los Jueces deciden en este campo sobre las intenciones de los actos humanos, calificándolos de dolosos o no dolosos. Las penas que imponen consisten en sufrimientos, esto es en males queridos como tales aunque los propósitos que con ellas se persigue, puedan obedecer a diferentes fines.

La Teología cristiana tenía que influir e influyó decisivamente sobre el particular con sus conceptos de pecado, de penitencia y de arrepentimiento. Santo Tomás en la Summa Teológica sienta la doctrina fundamental del delito y la pena. Los hechos delictuosos son calificados de acuerdo con la calificación de los pecados. Los Libros Penitenciales han sido considerados por muchos como los primeros Códigos Penales. Cuando la Iglesia fué oficialmente reconocida por el Imperio romano los obispos ejercieron por delegación la jurisdicción penal y así debido a su intervención desapareció la dualidad de conceptos sobre la naturaleza de la acción penal triunfando el concepto publicístico que es uno de los postulados del derecho penal actual.

Por lo que se refiere al carácter de las penas basta recordar la muy antigua ley de Talión que subsistió en Roma, para acreditar que eran de carácter vengativo, hasta que bajo la influencia cristiana se impuso la idea canónica de las penalidades reformadoras. Las penas y castigos del derecho secular fueron orientadas hacia el nuevo objetivo de la enmienda. Chateaubrind, con su peculiar estilo observa "estamos acostumbrados a relatos antiguos de hombres desgarrados con uñas de hierro, desnudos y untados de miel expuestos a las picaduras de los insectos, torturados por la orden

del juez o la venganza del simple acreedor y nos preguntamos cómo es que no sucede ya esto en los países civilizados del mundo moderno. No basta el progreso lento de la sociedad para explicarlo —añade— es necesario reconocer una causa general: esta causa es el espíritu del cristianismo". El Papa Gregorio el Grande escribe a San Agustín: "que se castigue a los delincuentes porque se les ama y para evitarles las penas del infierno". Indudablemente toda una redentora doctrina penal.

A los teólogos católicos se le deben así todo lo que hoy representa impulso inicial, perfeccionamiento y bases esenciales en el Derecho Penal, el propósito de regenerar al culpable, el carácter moral de la expiación, la sustitución del sentimiento de venganza por el más elevado de justicia punitiva, la distinción entre los delitos por acción y omisión. Especialmente en los teólogos españoles del Siglo de Oro encontramos tratados los principios de la legítima defensa, del estado de necesidad particularmente estudiado bajo la forma del llamado "hurto famélico" y también la doctrina de la individualización de las penas.

No solamente en teoría la Iglesia inaugura el ciclo de las penas medicinales y de la prevención de los delitos sino que llevándolas a la práctica contribuye a esto con los institutos y asilos que crea para cada tipo de necesitado, tanto en el cuerpo como en el alma, en favor de encarcelados y delincuentes, de mujeres en peligro moral, de niños abandonados; instituciones que constituyen medidas eficaces para evitar los delitos y procurar la rehabilitación del delincuente. Y en fin a la Iglesia se debe la idea y la realización de lo que hoy llamamos sistema penitenciario, que es imitado por las leyes seculares sólo en el siglo XVII y que constituye hoy la base de la justicia punitiva.

En el orden de las ideas la teoría del libre albedrío y responsabilidad moral que se encuentran en la esencia de la doctrina de la Iglesia, inspiran los principios de la Escuela Clásica de Derecho Penal, que tiene que enfrentarse con los principios materialistas de la Escuela Positivista en sus diversos matices y escuelas, pero en todos rebajando la dignidad y las virtualidades del hombre, a quien suponen sujeto a leyes biológicas y fatales. Hace pocos meses oímos del propio fundador de la más moderna de las escuelas, de la Escuela Penal Católica, profesor Carnelutti, como ésta estaba fundada en los viejos conceptos cristianos de amor y caridad.

* * *

Cuánto debe el Derecho Privado a la influencia de la Iglesia y cómo contribuyó a dignificar al sujeto de Derecho, a espiritualizar las relaciones privadas entre los hombres, no necesita ya demostración. Es un lugar común repetido unánimemente que el Cristianismo transformó la sociedad pagana. Cómo logró la Iglesia esta influencia que fué decisiva? Fué sin duda un milagro: nada puede explicar en forma que satisfaga plenamente a la razón como pudo levantar desde la más profunda abyección a las más altas cumbres la dignidad de la persona humana reconociendo todos sus naturales derechos é inalienables prerrogativas, como transformar una familia constituida sobre la base de los intereses políticos y militares de Roma en otra fundada en los lazos naturales, como pudo conseguir que una sociedad

a pesar de sus disolutas costumbres se pusiera así misma un freno pronunciándose por un matrimonio indisoluble, y como en fin, este pueblo de ávidos e inescrupulosos mercaderes fué capaz de imponerse así mismo los criterios de la buena fé y la equidad, y el justo precio en sus actos contractuales y despojándolos del ropaje de las fórmulas, espiritualizar su derecho. El hecho histórico es que el Derecho que gestó Roma en un largo proceso de elaboración, es la mas genial concepción jurídica de todos los tiempos, pero tal como después de haber estado oculto en monasterios y universidades, lo recogió el mundo medioeval a partir de las enseñanzas de Irnerio, para trasmitirlo al mundo moderno y tal como se le conoce hoy, no fué ni sus virtudes nacen sino mediante la injercción en sus brotes de la semilla del derecho cristiano. El Derecho romano no podría haberse elevado por sus propias fuerzas a grandes alturas, tenía demasiado lastre materialista; solo el Cristianismo contaba con los elementos necesarios para producir un derecho mas humano, mas justo y mas conforme con la dignidad del hombre redimido por su Dios. Lo que hoy conocemos como el Derecho romano, no es sino el Derecho que creó la Iglesia sobre las rígidas fórmulas del jus civile, de la misma manera que sobre las ruinas de los templos paganos levantó las grandes basílicas cristianas.

Influyó en todas las ramas del Derecho Privado, especialmente por supuesto en todos los aspectos del derecho común. Sería imposible dentro de los límites, por supuesto ya bastante extensos de este discurso, enumerar siquiera las reformas que introdujo. Pero me he propuesto no solo proclamar que le debemos a la Iglesia cuanto en el Derecho actual de los pueblos civilizados significa verdadero progreso, sino comprobarlo mediante la comparación aunque en síntesis de las principales soluciones jurídicas anteriores al cristianismo con las soluciones cristianas. No debo dejar de hacerlo tratándose del Derecho Civil cuando menos, pero prometo hacerlo muy suscintamente.

Tratándose de los Derechos de la personalidad, lo mas saltante es que conquistó al hombre su dignidad de tal, que había sido envilecida y rebajada en la propia Roma, a extremos que hoy apenas podemos imaginar. Sabemos que los esclavos eran cosas, que los amos tenían derecho de vida y muerte sobre ellos que hubo quien mató a su esclavo solo para proporcionar un espectáculo nuevo a un amigo que nunca había visto matar a un hombre, pero desde el aspecto moral la situación fué todavía peor. Más llega la Buena Nueva, se resume en la paternidad única de Dios respecto de los hombres y en su consecuencia, la fraternidad entre los hombres: amos y esclavos son hermanos, sujetos por igual a la ley de la caridad. Todavía la lucha debía de ser larga y tenáz para que la esclavitud desapareciera pero un siglo después de la predicación de San Pablo, ya se ha atemperado, ya tiene otro carácter, ya tiene un contrapeso. Como lo han de indicar después Isidoro de Sevilla y Rufino, tiene el contrapeso de la solidaridad entre los hombres convertida en ley semejante a la del amor de Dios y la debida protección al oprimido y al débil. En otros aspectos del Derecho de la personalidad a la Iglesia se debe la creación de los Registros de Estado Civil que el Concilio de Trento impone a los párrocos la obligación de llevar con las formalidades que fija y que prestarán inestimables servicios hasta después que la institución fué secularizada. Y a élla se debe la ela-

boración del concepto moderno de persona jurídica con lo que contribuyó a la libertad colectiva como antes había contribuido a la libertad individual, a semejanza de la Iglesia apareció el instituto privado caracterizado por las fundaciones, haciendo posible el impulso económico a los grandes propósitos e ideas desprovistos de intereses materiales o de lucro.

En el Derecho de familia logró plenamente sentar sus bases y en esta forma salvó la civilización cristiana. La familia convertida en institución política y militar, reunión de personas sometidas a un mismo jefe fué restituida a sus bases naturales de los vínculos de la sangre; el matrimonio tenía dos características que prácticamente lo hacían inexistente, su falta de formalidad, pues la simple unión de un hombre y una mujer durante un año podía producirlo, y la precariedad pues podía ponerse fin, por el simple repudio. El Cristianismo santificó el matrimonio elevándolo a la dignidad de sacramento. Estableció la teoría de los impedimentos y las nulidades matrimoniales. Dignificó a la mujer; equiparó por primera vez a ambos cónyuges, unificando sus intereses patrimoniales en reemplazo del sistema de separación adoptado por los romanos, convierte en socios a ambos cónyuges sujetos por igual a los vaivenes de la fortuna y la pobreza. Solucionó las discrepancias sin solución de los cónyuges con la separación de cuerpos. Dulcificó la tiránica patria potestad romana convirtiéndola en un deber mas que en un derecho y amplió la teoría de la legitimación.

Tratándose de los bienes se ha dicho con razón que el capítulo de la posesión fué redactado de nuevo por los canonistas. La propiedad defendida por la Iglesia fué despojada del atributo del *ius abutere* que le había reconocido el Derecho romano y con su S.S. León XIII, se señala su función social. Respecto a la prescripción sienta las reglas sobre el requisito de la buena y mala fé, que ocasiona el famoso Decreto "Vigilanti" del Papa Inocencio III adoptado después por el Derecho secular.

En cuanto a la sucesión se le debe muy apreciable esfuerzo para la consolidación de la sucesión testamentaria frente al régimen de la sucesión legal que predominó en el Derecho romano clásico; y como consecuencia de las nuevas bases de la familia contribuyó a las defensas de los derechos sucesorios de los hijos y cónyuges sobrevivientes.

Y por último el derecho contractual romano debía ser sacado de su estrecho rigorismo y ser elevado a una justicia superior. Antes de la Era Cristiana solo se podía dar origen a un contrato exigible jurídicamente mediante palabras rituales y actos simbólicos. En el *nexum* y la *stipulatio* el acto formal existía por sí mismo con prescindencia de la intención de las partes contratantes. El Juez apreciaba friamente solo el aspecto extrínseco. Al través de una larga evolución este sistema se atempera precisamente cuando empieza a jugar un papel importante la equidad y los principios de la buena fé de origen cristiano. El Derecho canónico en cambio asigna a la manifestación de voluntad de las partes un sentido más amplio y una importancia decisiva en la formación del acto jurídico, sanciona como *peccatum* no solo las obligaciones acompañadas con el juramento promisorio sino en todo caso, la falta de cumplimiento de la palabra empeñada; aparece así la regla de que todo pacto con tal que no sea opuesto a la buena fé, a las costumbres o a la ley es obligatorio y el valor de la voluntad como requisito esencial, que presiden todo el derecho contractual moderno.

Como lo observa Henry Capitant en su obra "La causa en las obligaciones" solo se ha llegado a estas reglas partiendo de premisas teológicas.

Como resultado de esta nueva orientación, se produjo la aparición de un nuevo requisito para la validez de los contratos, la causa, que sin duda había sido presentada por los jurisconsultos romanos pero sin llegar a determinarla claramente. Santo Tomás en la Summa partiendo de la base de que todo tiende a un fin sienta en forma admirable la teoría de la causa y su clasificación es la que adoptan por igual filósofos y juristas.

Los glosadores que elaboraron sus principios sobre la base del derecho canónico y de la filosofía tomista desarrollaron la teoría pero no la crearon, pues se debe al derecho de la Iglesia. Contra esta opinión se yergue la de Planiol que dentro de su posición anti causalista sostiene que Domat, el remoto inspirador del Código de Napoleón, fué el "creador de la causa" pero en cambio la refuta con suficiente autoridad y recia argumentación Henry Capitant en su obra citada, quien atribuye su creación al derecho canónico. Desde entonces todos los códigos adoptaron el criterio de la causa y en nuestros días, el Código Civil alemán que significa la mejor expresión del Derecho común actual, a pesar de respetables opiniones, es causalista como el derecho preconizado por los canonistas medievales.

También referente a los contratos los criterios de la buena fé, la equidad fundada en la caridad y la piedad, la doctrina del precio justo, la teoría sobre la terminación de los contratos, la llamada condición resolutoria tácita, confirmada por tres Decretales de Inocencio III y tantas otras instituciones tienen su origen en la Doctrina canonista que primero es eclesiástica y luego secular, que no tiene otro punto de partida que el concepto de represión al pecado, como la ley pretoriana partía del mal. Esta influencia se ejerció también en la teoría particular de cada contrato especialmente el mútuo, la locación de servicios y otros y por cuya contribución el derecho moderno es deudor del derecho canónico.

* * *

Aunque sea muy suscintamente no debo dejar de mencionar la relación estrecha entre el Derecho Procesal actual y el Derecho Canónico. Las normas y procedimientos propios de la jurisdicción eclesiástica son de tal calidad que son preferidos y aún adoptados por los seglares para cuestiones no religiosas. Sin duda por esto cuando se produce la elaboración doctrinal y la creación de los diversos procedimientos que aparecen en la célebre constitución clementina llamada "Saepe" del Papa Clemente V en 1306, conjuntamente con la abundante bibliografía que contiene controversias doctrinales, orientaciones y normas de los institutos procesales, todo este material sirvió para la elaboración doctrinal del derecho procesal civil a fines del siglo XV y comienzos del XVI, hecho por los glosadores y comentaristas, resultando un proceso mixto tan influenciado por el derecho de la Iglesia que se denominó según Chiovenda derecho romano-canónico.

Las principales instituciones procesales como la cosa juzgada, contestación a la litis, nulidad, etc., caracterizándose siempre por la búsqueda incansable de la verdad fuera de las trabas del formalismo y por la aplicación del criterio discrecional del Juez en la apreciación de la prueba.

Ha sido tan decisiva y beneficiosa su influencia que Ferreres afirma: "la filiación del derecho procesal moderno debe buscarse en la decisiva influencia ejercida en él por las decretales de Gregorio IX" y Berardi dice: "las formas judiciales han salido enteramente de estas fuentes y cualquiera que sea la repugnancia que muchos sientan de vivir bajo leyes hechas por clérigos, no invocan otras cuando defienden su fortuna, su reputación o su vida".

* * *

Por último la Iglesia ha creado todo un derecho social. La antigüedad pagana desconoció la dignidad del trabajo. Más todavía el trabajo negaba al hombre su calidad de persona, los representantes del pensamiento griego equiparan el trabajador a los animales domésticos (Política, de Aristóteles) y en Roma, Cicerón considera a los operarios igual que a los bárbaros. Esta actitud frente al trabajo y al trabajador era fatal para la dignidad humana y por ende para la civilización. El Cristianismo ejerció en este campo una acción redentora. El trabajo fué dignificado superabundantemente por el Mesías "hijo del carpintero" y porque las clases trabajadoras fueron llamada a la predicación Evangélica. En San Agustín y sobre todo en Santo Tomás se asocian inseparablemente la perfección moral y el trabajo. La Iglesia consiguió así la dignificación del trabajo y la redención del obrero.

Diecinueve siglos después el trabajador se encuentra en situación análoga a la que tuvo en la antigüedad y la Iglesia formula nuevamente las bases del trabajo. El liberalismo produjo el régimen capitalista. El hombre se equipara a la máquina que debe producir más y más rápidamente como antes se les había igualado a los animales domésticos. Había aparecido una nueva esclavitud. El conflicto era inevitable entre el capital y el trabajo. Se ofrece una solución, abolir el capital y divinizar al trabajo con perjuicio de la personalidad humana. Se sostuvo que el hombre es para el trabajo por el trabajo mismo, no el trabajo para el hombre, no importan las necesidades de su espíritu. El trabajo en la solución marxista no es una redención sino un fin. El camino de la revolución social estaba abierto indefinidamente, el hombre sin un horizonte espiritual se encontrará perpetuamente insatisfecho.

León XIII ofrece en oposición a las soluciones materialistas, incompletas y erróneas tanto del capitalismo como del comunismo, la antigua solución de la Iglesia, en su famosa encíclica Rerum novarum, que conjuntamente con la encíclica Quadragésimo anno, resumen todo el derecho social de la Iglesia. En ellas no solo se trata integralmente de los puntos y cuestiones que se relacionan con la materia, salario, reglamentación del trabajo a fin de salvaguardar la salud del trabajador, la vida de familia, el descanso dominical, el régimen de la propiedad, sino que se proponen los remedios a los males, ante todo mediante la restauración de las costumbres cristianas entre obreros y patronos, la organización profesional y con ciertas limitaciones la intervención estatal. Es una solución, la única que resuelve integralmente el conflicto de las relaciones entre capital y trabajo. Sin embargo, la Carta Magna del trabajo fué desdeñada y como consecuencia se produjeron 30 años después de su formulación los hechos que hoy tenemos que lamentar sin perjuicio de que se otorgaron por lo menos algunos de los beneficios propugnados por la Iglesia, pero entonces impregnados de

otro espíritu, bajo la amenaza y la agresión. A pesar de esta experiencia la doctrina social de la Iglesia aún no ha conquistado la sociedad actual de nuestros días; es preciso difundir el derecho social de la Iglesia construída sobre las bases de la ley natural de la justicia y la virtud sobrenatural de la caridad; la primera que engendra obligaciones jurídicas; la segunda, que produce obligaciones morales desprovistas de sanciones legales, pero exigibles en el Tribunal de Dios.

* * *

Toda esta formidable obra jurídica, que apenas he esbozado la construye la Iglesia sirviéndose de los hombres que cultivan el Derecho ya sean los Padres de la Iglesia, sus santos como Santo Tomás y San Agustín, sus Pontífices, los frailes medievales o del Renacimiento como Francisco de Victoria, y los apóstoles de todos los tiempos y de cualquier condición que tuvieron la honra de poner sus conocimientos grandes o pequeños y sus actividades profesionales, ya en la magistratura como en la abogacía al servicio del pensamiento jurídico de la Iglesia, cuyas filas, profesores y alumnos de la Facultad de Derecho, procuramos engrosar.

Esta labor jurídica constituye en cierta forma el Evangelio cristiano expresado como principios o normas jurídicas, desde que como hemos visto, se reduce a aplicaciones de la ley moral divina a la realidad de la vida social. Esta labor en fin nos permite gustar el suave olor de Cristo, tres veces santo, en estas leyes que invocamos diariamente en nuestra propia defensa o en defensa de los derechos de los demás.

Por esto es que los oscuros designios que amenazan hoy a la Iglesia, no atacan tanto el dogma como los principios que informan la doctrina jurídica elaborada por el cristianismo, oponiendo a las bases del Estado cristiano las doctrinas disolventes que hemos enunciado, predicando contra los principios de solidaridad y buena fé entre las naciones que preconiza el Derecho Internacional católico, la doctrina del odio y la deslealtad; contra la doctrina penal de la Iglesia basada en la rehabilitación del delincuente, la teoría desalentadora de la fatalidad y el determinismo; respecto a las normas del derecho común los principios mas opuestos a la doctrina católica, el desconocimiento de la personalidad humana, la destrucción de la familia, el desconocimiento de la propiedad; y en cuanto al Derecho social, predicando contra la regla de la fraternidad cristiana, la estéril lucha de clases.

Este patrimonio jurídico ha venido trasmitiéndose de generación en generación; hoy está la antorcha en nuestras manos y tenemos la obligación de entregarla encendida y resplandeciente a la generación que nos ha de suceder. Confiamos en la perennidad de la doctrina jurídica de la Iglesia desde que basada en las palabras de su Divino Fundador, no como leyes sino como principios, le alcanza la promesa de que los cielos y la tierra pasarán, pero nó sus palabras. Y en nuestra lucha por el reconocimiento de estos principios jurídicos y su sujeción a ellos de la sociedad actual y de todos los tiempos, nos aliente pensar que al luchar por ellos estamos luchando por el Reino de Dios.

Investigaciones sobre el Derecho Indiano Peruano

Por MANUEL BELAUNDE GUINASSI (*)

Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú

El Perú, no ha sido extraño al intenso movimiento de investigación del Derecho Indiano, y tiene ya, aporte a la gran tarea que se lleva adelante por investigadores de España y de América, para culminar, algún día la obra emprendida. El estudio y la investigación de la legislación e instituciones del Virreynato, se inició desde el siglo pasado y se ha mantenido con más o menos preocupación hasta nuestros días, en los que no encontramos con un verdadero florecimiento de ésta clase de estudios, particularmente, en España, México, Colombia, Argentina y Chile, al que no somos extraños, y en el que tratamos de tomar parte con mayor actividad.

El estudio sobre DERECHO INDIANO PERUANO, en nuestra época republicana, como lo señaló ya el Doctor Basadre, se remonta a los artículos que publicaran en la REVISTA DE LIMA (1860-63) don Manuel de Mendiburu, sobre: "Ojeada sobre la esclavitud en el régimen Colonial" y don José Antonio de Lavalle, sobre los juristas Morales y Duarez y Bravo de Lagunas, y al trabajo de don Francisco García Calderón: DICCIONARIO DE LA LEGISLACION PERUANA" en el que se recojen las principales Ordenanzas, que estuvieron vigentes en el Perú, antes de la Independencia, para continuar luego, en 1874, con la obra de Manuel Atanasio Fuentes, titulada "DERECHO CONSTITUCIONAL UNIVERSAL E HISTORIA DEL DERECHO PUBLICO PERUANO", en la que se ocupa brevemente de la organización del Virreynato.

Esta primera etapa de estudios sobre Derecho Indiano, no presentó ningún esfuerzo orgánico de exposición panorámica hasta el año 1875, en que se crea la CATEDRA DE HISTORIA DEL DERECHO PERUANO, hecho, que es hasta entonces el de mayor trascendencia, por cuanto permitió que llegara a los universitarios la exposición ordenada del desarrollo del Derecho Nacional y habiéndose encomendado la Cátedra al señor doctor don ROMAN ALZAMORA, éste publicó en 1876, sus lecciones, bajo el título: "CURSO DE HISTORIA DEL DERECHO PERUANO" y que, representa el primer esfuerzo de estudio total del DERECHO NACIONAL.

(*) Ponencia presentada al Congreso de Juristas reunido en Lima (Diciembre de 1951).

El trabajo del doctor Alzamora, expone el desenvolvimiento del Derecho Peruano, desde la época de los Incas hasta los primeros años del siglo pasado, y después de referirse al Derecho Castellano y al Español, vigentes en América, durante la Colonia, esboza el estudio de las instituciones del DERECHO INDIANO. De este libro se ha hecho una reciente publicación en Lima (1945) por el doctor don Lizardo Alzamora Silva con interesantes notas.

Completan los trabajos del siglo vencido, los estudios de Enrique de Torres de Saldamando, "Apuntes históricos sobre las encomiendas en el Perú" en que, se trata de estudiar la importante institución virreynal en forma total.

El siglo XX, representa un mayor esfuerzo y desde luego que los trabajos son más numerosos y de mayor importancia, iniciándose con el del doctor Eleodoro Romero "DERECHO PERUANO", en que se estudian las Ordenanzas Españolas, y continuando con los del doctor Pedro M. Oliveira sobre "Política Económica de la Metrópoli" (1905), Alfonso Benavides Loredo (1918) "Bosquejo sobre la evolución política y jurídica de la época republicana del Perú" en el que se trata de la condición social del indio y de instituciones virreynales, poniendo se manifieste la necesaria distinción entre Derecho Castellano y Derecho Indiano, entre leyes aplicadas y leyes creadas para América. Completan esta etapa las monografías de Erich Zurkalosky publicada en 1920 en Lima sobre "El establecimiento de las encomiendas en el Perú", el estudio de C. A. Romero sobre la "Perpetuidad de las Encomiendas" en la Revista INCA (1923), y en el orden de las instituciones jurídico-económicas los trabajos de César Antonio Ugarte: "Los Antecedentes históricos del régimen agrario peruano" (1918); de Alberto Ulloa: "Organización social y legal del trabajo en el Perú"; de Hildebrando Castro Pozo y de Valdez de la Torre sobre el Ayllu y Comunidad respectivamente.

Culmina la segunda etapa con la publicación en Ed. Antena en 322 p. de la "HISTORIA DEL DERECHO PERUANO" la iniciación de una nueva etapa en la investigación histórico-jurídica, y sin escatimar elogios, representan hasta el momento el más serio aporte al estudio de la Historia del Derecho Peruano, porque, es renovación de métodos y exposición ordenada y lógica de las fuentes e instituciones del Derecho Patrio. Basadre sigue el plan de Brunner y Solmi, haciendo el estudio de la Epoca Pre-hispánica, y luego el de las fuentes, para terminar con el del, Derecho Privado, Penal, y Procesal.

La publicación del libro del doctor Basadre, inclinó a un grupo de jóvenes a que miraran con mayor interés el estudio de la Historia del Derecho y determinó que en las Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales, se presentaran algunos trabajos meritorios, a la vez que, por la natural inquietud intelectual y por el intercambio de publicaciones se siguiera muy de cerca los trabajos de investigaciones que se intensificaban en España y en América, particularmente los discípulos del gran Hinojosa, de tal suerte que, familiarizados con esas obras, pudimos apreciar las obras de Rafael de Altamira, de don José María de Ots y Capdequi, cuyo "Manual de Historia del Derecho Español en Indias" es usado como obra de consulta universitaria, así como los trabajos de Niceto Alcalá Zamora, los de Galo Sánchez, García Gallo, Manzano, lo mismo que los trabajos de los america-

nos Silvio Zavala, cuyos libros "La Encomienda Indiana" y "Las Instituciones Jurídicas de la Conquista de América" son ya incorporados en la bibliografía de nuestro Derecho Indiano, lo mismo que las publicaciones de Esquivel y Obregón y tantos otros.

En el Perú entonces aparecen monografías sobre instituciones indianas, tales como la de Domingo García Rada sobre "El Poder Judicial" (1944) en que se estudia la Audiencia de Lima, el libro de Víctor Andrés Belaunde "Peruanidad" en que en forma admirable examina los elementos formativos de la PERUANIDAD y estudia la condición legal de los indios y las instituciones más importantes de la Conquista y del Virreynato. En 1945, se publica por el que comenta "LA ENCOMIENDA EN EL PERU"; en 1946 don José Varallanos, presenta "El Derecho Indiano a través de la Nueva Crónica y su influencia en la vida social peruana", y en 1950 aparecen el trabajo de don Manuel Moreyra Paz Soldán, sobre "El Tribunal del Consulado" (1950) y el del doctor César Belaunde Guinassi: "Aporte Colonial a la Legislación del trabajo" (1905). En el orden universitario, destaca la Tesis de Wladimiro Coloma Valdez de la Torre, presentada en 1950 a la UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU, sobre "CONDICION JURIDICA DE LAS PERSONAS NATURALES EN EL VIRREYNATO" y en el se estudia en forma integral Personas y Familia, siendo en esta clase de trabajos el primero en su género.

De otro lado se han realizado estudios por el doctor Pareja, sobre los JURISTAS DE LA COLONIA en la Revista de Derecho de la Universidad de San Marcos (1939) por el doctor Estuardo Núñez sobre la obra de Vidaurre y en que necesariamente debe referirse a la Legislación Española.

Incompleto resultaría el breve examen del aporte Peruano a las investigaciones Indianistas, sino se mencionaran las Colecciones de Documentos, publicadas con motivo de nuestras cuestiones de límites y en que se publican importantes documentos de la etapa virreynal y en que tomó parte tan activa entre otros el doctor Maúrtua, quién publicó también GOBIERNO DEL PERU DE MATIENZO. En éste orden, merece especial cita el trabajo del doctor Raúl Porras Barrenechea CEDULARIO DEL PERU (1944) y que contiene las de 1529-1534 y que es de inmediato valor para cualquier investigación sobre legislación indiana de esa época. Así mismo la publicación de Libros de Cabildos de Lima, Arequipa y Trujillo, como la publicación de los documentos del Archivo del Ministerio de Hacienda completan los aportes de las publicaciones sobre legislación que merecen tenerse presente.

Al llegar al final del trabajo y como justo deseo de proponer una medida que tenga por fin, activar y más que eso relacionar a los investigadores de España y de América y unirlos en sus ideales comunes, propongo la creación del: INSTITUTO DE DERECHO INDIANO, como órgano permanente en que estén representados los países de América y España, y cuyo objeto sería la relación de los investigadores y el intercambio de publicaciones sobre el Derecho Indiano, así como también el emprender trabajos de investigación conjuntamente, aprovechando los documentos existentes en distintos países y que pudieran servir para la investigación.

Biblioteca

Libros y folletos recibidos durante el año 1952 [1er. trimestre]

Derecho Civil.

- AGUIRRE Y TORRADO, Agustín.—Desarrollos actuales acerca de la propiedad horizontal. (Ponencia a la VII Conferencia Interamericana de Abogados).—La Habana, 1951. 25 cm. 13 p.
- PERLA VELAOCHAGA, Ernesto.—Derecho de las Personas. (Estudio del Libro I del C. Civil).—Universidad Católica, Lima. 33x21 cm. 57 p.
- PERLA VELAOCHAGA, Ernesto.—Derecho Civil, 1er. curso. (Lecciones dictadas en la Universidad Católica).—Lima. 32x22 cm. 121 p. (Copias).
- VILLANUEVA, Rafael.—Derecho de Familia, (versiones taquigráficas de las lecciones dictadas en la U.N.M.S.M.).—Lima. 23x21 cm. 267 p.

Derecho Comercial.

- BRAUN MENENDEZ, Armando.—José Gabriel Ocampo y el Código de Comercio de Chile.—Buenos Aires, 1951. 22 cm. 42 p.

Derecho Constitucional.

- ITALIA. Costituzione della Repubblica Italiana.—27 Dcbr. 1947. Roma.
- SCHOENRICH, Otto.—La Comisión Consultiva de Cuba (1906-1909), precedida de una noticia bibliográfica sobre el autor.—La Habana, 1951. 26 cm. 15 p.

Derecho Internacional Privado.

- GARCIA CALDERON, Manuel.—La capacidad cambiaria en el D. Internacional Privado (Estudio comparativo de las Legislaciones Americanas).—Lima, Imp. Gil, 1951. 25x18 cm. 267 p. 2 Ej.

Derecho Internacional Público.

- GIDEL, Gilbert.—Aspectos jurídicos de la lucha por la Antártida. Universidad de Valladolid, 1951.—20x15 cm. 146 p.

Derecho Marítimo.

- LEON MONTALBAN, Andrés.—Derecho Marítimo. (Versión taquigráfica de las lecciones dictadas por el Dr... Lima. 23x20 cm. 210 p.

Derecho Minero.

PETROLEO. (Suplemento del Boletín "Noticias de Petróleo").— Lima, Enero de 1952.
25x17 cm. 55 p.

Derecho Penal.

CARBALLA, Juan B.—Delitos contra la Patria.— Montevideo, Facultad de Derecho, 1951.—
25x17 cm. 238 p.

ZARATE POLO, Antonio.—Bases para una reforma del C. de Procedimientos Penales. (Exposición desarrollada ante los Miembros de la Comisión designada por el Colegio de Abogados de Lima).— 33 cm. 14 p.

Derecho Romano.

REBAZA BALBI, Augusto.—Derecho Romano. 1er. curso. (Copias).— 32x21 cm. 136 p.

Derecho del Trabajo.

DERECHO DEL TRABAJO. (Copias).— Lima. 21x19 cm. 248 p.

MARTÍN GRANIZO, León.—Apuntes para la historia del Trabajo en España. Madrid, Imp. de F. Domench, 1951.— 22x16 cm. 101 p.

Economía Política.

QUIROGA PEREYRA, Hernán.—La Inversión de Capitales en Bolivia y el Informe "Keenleyside". (Conferencia).— Oruro, Imp. Universitaria, 1952. 26 cm. 26 p.

Revistas y Publicaciones recibidas durante el año 1952 (1er. trimestre)

NACIONALES.

- Anuario de Estadística del Perú. 1948-1949.— Ministerio de Hacienda. Lima. 1951.
- Boletín Bibliográfico. Año XXIV. Nos. 1-4. Diciembre, 1951. Biblioteca Central de la U.N.M. S. M. Lima.
- Derecho (Organo de la F. de D. de la P.U.C. del Perú).— Nos. X-XI. 1950-1951. Lima.
- Gaceta Oficial de Educación (Organo del Ministerio de Educación Pública).— Año IV. Nº 33. Julio de 1951. Lima.
- Memoria Leída por el Presidente de la Corte Superior de Lima, señor doctor Raúl Alva, en la apertura del año Judicial de 1951. Lima.
- Novena Memoria de la Caja Nacional de Seguro Social correspondiente a 1945-1949. Leyes 8433-8509. Lima.
- Perú Indígena (Organo del Instituto Indigenista Peruano).— Vol. II. Nº 4. Enero 1952. Lima.
- Revista del Foro (Organo del Colegio de Abogados de Lima).— Año XXXVIII. Nº VI. Noviembre-Diciembre de 1951.

EXTRANJERAS.

Argentina.

- Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.— Año XV. Nos. 1 y 2. Enero-Julio. 1951. Universidad de Córdoba.
- Boletín del Instituto de Derecho Civil.— Año XIV. Nos. 3-4. Julio-Diciembre 1949. Universidad de Córdoba.
- Revista de Derecho Procesal.— Año VIII. Nos. 1, II; III y IV. 1950. Nos. 1 y 2; 3-4. 1951. Buenos Aires.
- Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales.— Año XIII. (3ª ép.). Nos. 68-69. 1951.— Universidad de Santa Fe.
- Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.— T. XXIX. Nº 2. Mayo-Junio-Agosto. 1951.
- Revista del Instituto de Historia del Derecho.— Nº 3. Buenos Aires, 1951.

Bélgica.

- Documentation Juridique Etrangère.— Nº 3-4. 1951. Bruselles.

Bolivia.

- Revista Jurídica.— Año XIV. Nº 54. Diciembre de 1951. F. de D. de la U. de San Simón. Cochabamba.

Brasil.

Anuario da Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro.— Nº IX. 1949.

Canadá.

Organización de Aviación Civil Internacional (OACI).— Vol. VI. Nº 11. Diciembre 1951.— Año VII. Nº 1. Enero 1952. Montreal.

Colombia.

Estudios de Derecho.— Vol. XIII. Nº 38. Agosto de 1951. Universidad de Antioquía. Medellín.

Cuba.

Anuario de la Facultad de Ciencias Sociales y de Derecho Público.— 1950. Universidad de La Habana.

España.

Información Jurídica. Nos. 100; 101; 102; 103. Setiembre; Octubre; Noviembre, Diciembre de 1951. Nº 104. Enero de 1952. Madrid.

Francia.

Revue Bibliographique des ouvrages de Droit, de Jurisprudence, d'Economie Politique, de Science Financiere et de Sociologie.— Anné 46. Nº 2. Abril, Mai, Juin, 1951. Paris.

Honduras.

Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia.— Año XXI. Nos. 1,135 y 1,36; 1,137 y 1,138. Mayo-Junio y Julio; Agosto y Setiembre de 1951. Tegucigalpa.

Inglaterra.

Law Quarterly Review.— Vol. 67. Nº 268. Octubre de 1951.— Vol. 68. Nº 269. January, 1952.

Italia.

Revista de Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni. Anno XLIX. Nos. 7-8; 9-10. Juglia-Agosto; Settembre-Ottobre de 1951. Milano.

Mexico.

Jus (Revista de D. y CC. Sociales).— Nº 146. Enero-Marzo, 1951. México, D.F.

Uruguay.

Revista del Centro de Estudiantes de Derecho.— T. XVIII. Nº 82. Junio de 1951. Montevideo.

Régimen legal de bienes en el matrimonio

LUIS ECHECOPAR GARCIA

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la
Pontificia Universidad Católica del Perú, Catedrático
Titular de Derecho Civil.

PRIMERA PARTE

NOCIONES PRELIMINARES

Capítulo Primero

EL MATRIMONIO, SU CARACTER Y PROBLEMAS

1.—El matrimonio; sus fines; su carácter sacramental y permanente.

Por el matrimonio —decía acertadamente el Art. 132 de nuestro Código Civil de 1852— se unen perpétuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo a la conservación de la especie humana.

El matrimonio es así una institución trascendental, pues concierne íntimamente a la subsistencia y felicidad del hombre en la tierra.

Su fin primordial, la procreación de los hijos (1), comprende la crianza, alimentación, educación y, en general, la atención de éstos, en la mejor forma posible, para que puedan en el mundo ser útiles a la sociedad, y alcancen la perfección que les permita más tarde ser dichosos en la eternidad.

Su fin complementario, la vida en común, tiene también singular importancia, ya que, en virtud del mismo, el hombre y la mujer se unen también, como decía Portalis (2), para ayudarse, mediante socorros mutuos, a soportar el peso de la vida.

(1) Encíclicas del Papa León XIII "Arcanum Divinae Sapientiae" y del Papa Pío XI "Casti Connubii". Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias, Editorial Poblet, Buenos Aires, 1944, p. 561 y 693.

(2) Cita de los señores Planiol y Ripert. *Traité Élémentaire de Droit Civil*.—París, 1927. Tomo I. Pág. 253, Nº 694.

Por razón de su naturaleza y por sus fines, el matrimonio debe ser, de acuerdo con la definición de nuestro Código Civil de 1852, una institución perpétua. Lo es, como sacramento, para los católicos (3), y también lo debe ser como institución jurídica, por más que en el Perú, este carácter perpétuo se haya debilitado muy sensiblemente con la admisión del divorcio vincular, a partir de la dación de los Decretos-Leyes Nos. 6889 y 6890 de 8 de Octubre de 1930.

No cabe sostener que al legislador no le interesan el carácter sacramental del matrimonio y su naturaleza perpétua, porque no es justificado desprender una institución de su propia esencia al legislar sobre ella.

El carácter sacramental del matrimonio no puede negarse puesto que, como bien se ha dicho (4), "confiere gracia para santificar la legítima unión entre el varón y la mujer, para engendrar piamente la prole y educarla santamente".

Dice al efecto, el Papa León XIII en su Encíclica *Arcanum Divinae Sapientiae*:

"Dios formó al hombre de polvo de la tierra en el sexto día de la creación e infundió en su rostro el soplo de la vida, quiso darle compañera, la cual sacó del costado del mismo varón mientras dormía. Con lo cual quiso el providentísimo Dios que aquellos dos cónyuges fuesen el principio natural de todos los hombres, del cual se propagase el género humano y por continuas procreaciones se propagase siempre" (5).

De ésto se desprende que el matrimonio no es la simple unión de los sexos, sino algo muchísimo más elevado, desde que convierte al hombre en parte activa de la Creación y le permite contribuir así a la prolongación de la obra de Dios.

Fué Cristo quien lo elevó a la dignidad de Sacramento (6) ennobleciendo con su presencia las Bodas de Caná. San Pablo en su Epístola a los Efesios dice por eso (7) "Sacramento es éste y grande". Así lo ha establecido, por lo demás, en forma irrevocable el Concilio de Trento.

De ello se deriva también su carácter permanente, declarado por Nuestro Señor, en forma terminante.

Cuando los fariseos le preguntaron si era lícito al hombre repudiar a su mujer por cualquier motivo, El contestó, según dicen los Evangelios: (8)

... "¿No habéis leído que aquel que al principio crió al linaje humano, crió un solo hombre y una sola mujer, y serán dos en una sola carne?."

(3) Encíclicas citadas en la Nota 1.

(4) Cita del Doctor César Toledo Mas. Régimen matrimonial en el Perú p. 20.

(5) Obra citada en la Nota Nº 1. Pág. 562, *Arcanum* Nº 3.

(6) Obra citada en la nota Nº 1. Pág. 564, *Arcanum* Nº 5.

(7) Nuevo Testamento de N.S.J., traducido por el Ilmo. Dr. Félix Torres Amat 3ª y 4ª Edición Friburgo de Brisgovia (Alemania) Herder y Cía. Eph. V, 25 y sigs. Pág. 605.

(8) Obra citada en la nota Nº 7). Pág. 63, San Mateo XIX 3 al 9.

"...Por tanto, dejará el hombre a su padre y a su madre, y unirse ha con su mujer, y serán dos en una sola carne.
 "Así que ya no son dos, sino una sola carne. Lo que Dios, pues, ha unido, no lo desuna el hombre.
 "...Pero ¿por qué, replicaron ellos, mandó Moisés dar libelo de repudio y despedirla?
 "Díjoles Jesús:
 "...A causa de la dureza de vuestro corazón os permitió Moisés repudiar a vuestras mujeres; más desde el principio no fué así.
 "...Así, pues os declaro que cualquiera que despidiere a su mujer, sino en caso de adulterio, y aún en este caso se casare con otra, éste tal comete adulterio; y quien se casare con la divorciada, también lo comete".

San Pablo en su primera Epístola a los Corintios (9) confirma estas palabras cuando dice "pero a las personas casadas, mando no yo, sino el Señor, que la mujer no se separe del marido. Que si se separa por justa causa, no pase a otras nupcias, o bien reconcíliese con su marido. Ni tampoco el marido repudie a su mujer".

Este carácter permanente establecido por voluntad divina es, por lo demás, una necesidad inmanente de la naturaleza. Como bien dice Planiol (10), la unión prolongada del padre y de la madre es el medio de llenar los deberes comunes hacia los hijos, pues la debilidad del niño a quien la madre es impotente para proteger por sí sola, impone al hombre esta unión perpétua. El socorro mutuo que se deben los cónyuges en la vida, forma también parte esencial de ésta.

De todo lo expuesto se desprende el fundamento divino y sacramental del matrimonio y la necesidad de que, como institución, sea permanente.

Podría sostenerse que la especie humana se prolonga igualmente por el nacimiento de hijos fuera del matrimonio, pero a ésto debe responderse que precisa distinguir entre lo lícito y lo ilícito; y que así como unos viven de su trabajo y otros del hurto, puede procrearse hijos dentro y fuera del matrimonio; pero que, dentro de la sana organización de las instituciones, corresponde aprobar lo lícito y repudiar lo que no lo es.

2.—Bases y problemas, económicos del matrimonio.

Atendiendo a los fines del matrimonio y a su carácter permanente resulta evidente que debe reposar sobre bases de orden económico que garanticen su subsistencia material.

Por eso, nuestro Código Civil de 1936, al igual que el derogado Código de 1852, establece que los cónyuges, por el hecho del matrimonio, se obligan mutuamente a alimentar y a educar a sus hijos y que se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, (Arts. 158, 159 y 398). Por lo mismo, tam-

(9) Obra citada en la nota Nº 7, pág. 517, Corintios VII, 10 y 11.

(10) Obra citada en la nota Nº 2, Tomo 1º, pág. 253.

bién, la ley determina que el marido está obligado a suministrar a la mujer, y en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus facultades y situación (Art. 164 del Código Civil).

No basta, sin embargo, que la ley proclame una obligación de orden económico, para los esposos. Su simple enunciación supone la existencia de bienes o de rentas, de prestaciones y de deudas o sea de una serie de cuestiones que requieren solución en la práctica y ante la ley.

Todo matrimonio hace surgir una multitud de problemas (11). Es necesario establecer, en efecto, a quién pertenecerán los bienes que poseían los cónyuges con anterioridad al matrimonio, si a uno de ellos o a ambos en conjunto; cuál será el régimen de los que adquieran después; quién soportará las deudas y cargas económicas de la familia; qué derechos en materia patrimonial tendrá el marido y cuáles la mujer; quién administrará los bienes; qué límites tendrá el poder del administrador; a qué excepciones, condiciones y variantes estarán sujetas las reglas de la administración; si se transmitirán o no los derechos de los esposos a sus herederos; y, en fin, cómo se hará la liquidación de bienes al término de la vida matrimonial.

3.—Factores que influyen en la solución de los problemas económicos originados por el matrimonio.

Numerosos factores sociológicos, económicos, sentimentales y jurídicos han influido para que se de variadas soluciones a los problemas de orden pecuniario originados por el matrimonio. Entre ellos, naturalmente, el fenómeno preponderante ha sido siempre la lucha entre el predominio marital y las tendencias emancipadoras de la mujer.

Creada la mujer en un pie de igualdad con el hombre y como compañera de éste, su posición hubo de decaer mucho en el curso de la historia, como consecuencia de la relajación de las costumbres.

Dice por eso el Papa León XIII, en su Encíclica *Arcanum Divinae Sapientiae* (12): "Pero esta forma del matrimonio, tan excelente y aventajada, empezó insensiblemente a corromperse y desaparecer entre los gentiles; y aún entre los mismos hebreos pareció como anublada y oscurecida. Pues prevaleció entre éstos la costumbre general de que a cada varón fuese lícito tener más de una mujer, y más tarde, cuando por la dureza de su corazón les concedió benignamente Moisés la facultad de repudiar, se abrió la puerta al divorcio. En cuanto a la sociedad pagana, apenas parece creíble hasta qué punto degeneraron y se corrompieron las nupcias; como que estaban expuestas a las corrientes de los errores de cada pueblo y a liviandades torpísimas. Todas las naciones, más o menos, parecieron olvidar la verdadera noción y origen del matrimonio; y por esta causa se decretaban con frecuencia respecto del matrimonio leyes que parecían útiles a la república, aunque no fuesen conformes a la naturaleza. Solemnes ritos inventados al arbitrio de los legisladores hacían que las mujeres llevasen el honesto nombre de esposa o el torpe de concubina, y aún llegó a determinar-

(11) Obra citada en la nota Nº 2, Tomo 3º, pág. 1 y sgts.

(12) Obra citada en la nota Nº 1, pág. 563.

se por autoridad de los jefes de la república a quienes fuese o no permitido contraer matrimonio: tanto repugnaban las leyes con la equidad y la justicia. Además, la poligamia, la poliandria y el divorcio fueron causa de que el vínculo nupcial se relajase hasta el extremo. Hubo también una gran perturbación en los derechos y obligaciones mutuas de los cónyuges, toda vez que el varón adquiría el dominio de la mujer y se separaba de ella muchas veces sin causa alguna razonable; mientras que a él, precipitado en una sensualidad indómita y desenfrenada, le era impunemente permitido discurrir por entre lupanares y siervas, como si de la divinidad, y no de la voluntad, dependiese la culpa. Desbordado el libertinaje del marido, nada había más miserable que la mujer sumida en tanta degradación, que se consideraba casi como un mero instrumento adquirido para satisfacer la pasión o engendrar prole. Ni se tuvo por vergonzoso comprar y vender, como si fuesen cosas corporales, a las que habían de casarse, dándose a las veces al padre y al marido la facultad de castigar con la última pena a la esposa. La familia nacida de tales matrimonios necesariamente había de estar sojuzgada por el Estado o constituida en propiedad del padre de familia, a quien las leyes habían investido también de la facultad, no sólo de ajustar y disponer a su arbitrio las bodas de sus hijos, sino también de ejercer sobre ellos la bárbara potestad de vida y muerte".

Cupo al cristianismo remediar esta situación elevando la condición de la mujer, haciendo respetar sus calidades humanas y espirituales, limitando la autoridad del marido y convirtiendo el matrimonio en una verdadera sociedad moral.

La doctrina de la Iglesia a este respecto la encontramos precisada en forma hermosísima en la epístola de San Pablo a los Efesios (13), cuando dice:

- " Las casadas estén sujetas a sus maridos, como al Señor".
 " Por cuanto el hombre es cabeza de la mujer, así Cristo es cabeza de la Iglesia, que es su cuerpo místico, del cual él mismo es salvador".
 " De donde así como la Iglesia está sujeta a Cristo, así las mujeres lo han de estar a sus maridos en todo".
 " Vosotros, maridos, amad a vuestras mujeres, así como Cristo amó a su Iglesia, y se sacrificó por ella".
 " Para santificarla, limpiándola en el bautismo de agua con la palabra de vida".
 " A fin de hacerla comparecer delante de él llena de gloria, sin mácula, ni arruga, ni cosa semejante, sino siendo santa e inmaculada".
 " Así también los maridos deben amar a sus mujeres como a sus propios cuerpos. Quien ama a su mujer, a sí mismo se ama".
 " Ciertamente que nadie aborreció jamás a su propia carne; antes bien la sustenta y cuida, así como también Cristo a la Iglesia".

(13) Obra citada en la nota N° 7, pág. 604.

- " Porque nosotros que la componemos somos miembros de su cuerpo, formados de su carne y de sus huesos".
 " Por eso está escrito: Dejará el hombre a su padre y a su madre y se juntará con su mujer, y serán los dos una carne".
 " Sacramento es éste grande, más yo hablo con respecto a Cristo y a la Iglesia".
 " Cada uno, pues de vosotros ame a su mujer como a sí mismo; y la mujer tema y respete a su marido".

Dignificada así la mujer por el cristianismo, fué reconocido el rol fundamental que le correspondía en la vida del hogar y de la familia.

Más tarde con la revolución francesa se proclamó su igualdad política con el varón. Surgieron luego las corrientes feministas tendentes a otorgar a la mujer una absoluta independencia, las cuales han prosperado a punto tal que algunas legislaciones no hacen distinción entre los esposos como sucede en Rusia con el Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela (Arts. 9º y 10º), en el Código Civil Mexicano (Art. 167), en el Código Civil de Guatemala (Art. 83), en la Constitución de Cuba (Art. 43), en algunos Estados Norte Americanos y en los países escandinavos.

Sin embargo, la mayoría de los Códigos modernos, junto con la Iglesia, asignan al marido la dirección de la familia.

La razón para que se mantenga esta subordinación de la mujer a pesar de que se reconozca su igualdad "en cuanto atañe a la persona y dignidad humanas, y en las cosas que se derivan del pacto nupcial", es para unos su menor fortaleza física; para otros, la mayor preparación del marido; y para la mayoría, la necesidad de dividir el trabajo dentro de la familia.

Para nosotros, las dos primeras razones son injustificadas ya que, en el curso de la historia, se ha podido comprobar que la mujer es capaz de hacer los mayores esfuerzos y sobrellevar los más grandes sacrificios y también ha demostrado, en incontables casos, poseer una capacidad intelectual que no desmerece en ninguna forma ante la del varón.

Es verdad, en cambio, que, por razones fisiológicas naturales, corresponde a la mujer atender a sus hijos, cuidar de ellos y velar por la vida interna del hogar; y es por lo mismo que, al dividir el trabajo, se le asigna, por lo general, el cuidado de la casa, dejando al marido la jefatura general de la familia y la atención de sus actividades económicas.

Además, como bien dicen Planiol y Ripert (14), "en la sociedad conyugal, como en toda sociedad, es necesario que haya unidad de dirección. Sin duda es de desearse que esta unidad se realice por un acuerdo completo de los dos esposos en las cuestiones que haya que decidir. Pero, por muy perfecta que sea su unión, pueden subsistir diferencias de opinión y conviene que una de ellas tenga la preponderancia. El error que ha determinado la reacción feminista ha sido el considerar esta autoridad como una prerrogativa ejercida por el marido en su propio interés, cuando las razones que la justifican hacen de ella una función que el marido debe cumplir en bien de la familia".

(14) Planiol y Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.—Tomo 2, pág. 282. Editorial Cultural S.A. La Habana 1945/46.

No cabe pensar en un doble comando o cogobierno absoluto o que, como lo dispone el Código Mexicano, (Art. 168), en caso de desacuerdo se recurra al Juez, puesto que éste no sólo impediría las decisiones rápidas, sino, lo que es más grave aún, conduciría a la disolución de los matrimonios al convertir cada discrepancia, grande o pequeña, en una cuestión judicial que, sin duda alguna, iría distanciando a los cónyuges, sin perjuicio de recargar la función de los magistrados con querellas muchas veces sin importancia.

Refieren Planiol y Ripert (15 y 16) que en los primeros proyectos del Código Civil Francés, Cambacères atribuía iguales derechos a ambos esposos en cuanto a la administración de los derechos comunes, pero que en su tercer proyecto renunció a esas ideas alegando que "esa administración común destruiría, con las discusiones que traería, el encanto de la vida doméstica".

Desde luego, al lado de los factores que tienden a reducir o a conservar la potestad marital, hay también otros que influyen en la legislación matrimonial: en España, la tradición, la religión y el sentimiento; en Alemania el espíritu familiar; en Francia e Italia, las tendencias económicas; en los países anglo-sajones, el apego a la libertad individual y a las disciplinas contractuales; y en Rusia la adhesión del Estado a una teoría social absorbente.

En cada país influyen más unos factores y otros menos, según los casos y de ello surge el régimen económico que elige cada cual para su legislación sobre el matrimonio.

* * *

Capítulo Segundo

LOS REGIMENES MATRIMONIALES, EN GENERAL

De acuerdo con lo expuesto, la propiedad y administración de los bienes dentro del matrimonio se organiza variadamente en los diferentes países.

Los sistemas respectivos pueden clasificarse en cuatro grupos que son: de unidad, de comunidad, de separación, y de tipo mixto.

4.—Régimen de unidad.

Pertenece a la historia y, según Colin y Capitant, (17) descansaba en la idea de que la mujer, por el hecho del matrimonio, caía bajo la autoridad de su marido y entraba en su familia lo mismo que los hijos que nacieran dentro del matrimonio. Por ello, todos los bienes que aportase al casarse, o que pudiera adquirir durante el matrimonio, pasaban a ser propiedad del marido, constituyéndose así un solo patrimonio perteneciente a éste.

(15) Obra citada en la nota Nº 14, Tomo 8º, pág. 571.

(16) Obra citada en la nota Nº 14, Tomo 8º, pág. 571.

(17) Colin y Capitant: Derecho Civil.—Tomo 6, pág. 6, Editorial Reus S.A. Madrid 1926.

Ocurría así en Roma, donde en los primeros siglos, en virtud de la "manus" o potestad marital, la mujer era considerada habitualmente como una hija de familia, sin derecho patrimonial alguno. Pero, a partir de la ley de las Doce Tablas, que permitía a la mujer, en el matrimonio por "usus", interrumpir la posesión marital pasando tres noches cada año fuera del hogar, fué haciéndose cada vez más frecuente el matrimonio sin "manus" en que cada cónyuge tenía su propio patrimonio. Derivó de allí la constitución de una dote, por el marido, por la mujer, o por extraños, a fin de que la mujer contribuyera a las cargas de la familia.

Así mismo, entre los pueblos germánicos, la familia íntima era una comunidad sujeta a la potestad (*munt*) (18) del señor de la casa. El marido era considerado como sucesor del padre de la novia y, como tal, alcanzaba junto con la autoridad sobre la persona de la mujer, el derecho de administrar sus bienes.

Según Martín Wolff (19) "acaso sólo se dejaba a disposición de la mujer los utensilios caseros y femeninos, llamados "gerade". El resto del patrimonio, especialmente la dote (20), en tanto no sea "gerade" entraba en la "Gewere" del marido, que los administraba durante el matrimonio junto con su patrimonio, pero sin adquirir la propiedad".

Inglaterra también acogió este sistema de unidad hasta fines del siglo XIX.

En la actualidad ya no se practica en la generalidad de los países porque, con el mismo, por preservar la potestad del marido y el patrimonio familiar de tipo feudal, se despojaba a la mujer.

5.—Régimen de comunidad.

Por virtud de este sistema el marido y la mujer ponen en un fonda común y bajo la administración del marido todos sus bienes o parte de ellos. Se diferencia del anterior en que la mujer no pierde su derecho al patrimonio común, puesto que se le considera como copropietaria de los bienes conyugales y tiene derecho a recibir una parte de tal patrimonio común, generalmente la mitad, al disolverse la sociedad matrimonial.

En este régimen de comunidad se conocen varios tipos y entre ellos los más importantes son:

-
- (18) El "munt" germánico se diferenciaba del "manus" romano en que, mientras que el primero se ejercía tanto sobre la mujer como sobre los hijos, los siervos y los extraños dependientes de la casa, el "manus" sólo confería autoridad especial sobre la mujer y restrictivamente sobre los hijos y los esclavos.
- (19) Derecho de Familia, por Theodor Kipp y Martín Wolff, Sexta Edición. Traducción por Blas Pérez González y José Castán Tobeñas.—Volumen 1º, "El Matrimonio". Publicado por Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1941. pág. 262.
- (20) El marido reconocía una dote a la mujer, en virtud de pacto que se celebraba antes del matrimonio, o se fijaba por leyes. También existía el "morgengad" o "donación de la mañana" que se adjudicaba a la esposa al día siguiente de la boda como premio a su virtud. Igualmente se reconocía a la esposa el "Witua" o dote para su viudedad.

- A) La comunidad universal o absoluta; y
- B) La comunidad relativa, que puede ser:

- I) De muebles;
- II) De gananciales;
- III) De muebles y gananciales;
- IV) De aportaciones;
- V) De bienes futuros;

A).—Comunidad universal.

En la comunidad universal, los esposos ponen todos sus bienes en un fondo común, bajo la administración del marido. Es una verdadera sociedad universal de bienes que se liquida al extinguirse el vínculo matrimonial dividiendo los bienes, generalmente por mitades, entre el marido y la mujer o entre sus herederos.

Se le justifica diciendo que el matrimonio significa unidad de vida, de afectos, de aspiraciones y de ideales y que tal unidad en las existencias de los esposos requiere que se extienda a sus patrimonios, pues no sería aceptable que en la parte económica los esposos se trataran como extraños. Por ello, se sostiene que el patrimonio conyugal, mientras subsista el matrimonio, debe formar un todo indivisible.

Es evidente, sin embargo, que este régimen puede resultar peligroso y dar lugar a grandes abusos debido a los poderes excesivos del marido, o cuando exista una gran desigualdad económica entre los futuros esposos, antes del matrimonio, que despierte los apetitos y malas artes de los cazadores o cazadoras de fortunas. Se le critica también diciendo que convierte el afecto que originó el matrimonio, en título de dominio.

Se practica muy raramente en Francia, y como régimen legal en Holanda, Noruega, Finlandia, Portugal, Brasil y Dinamarca.

B).—Comunidad relativa.

B-I).—Comunidad de Muebles.

En este sistema se ponen en común tan sólo los bienes muebles que los esposos tenían antes del matrimonio y los que adquieran durante la vida de casados. La administración corresponde generalmente al marido, repartiéndose el patrimonio común por igual al fenecer la sociedad conyugal.

Cada esposo conserva la propiedad sobre sus respectivos bienes inmuebles.

Salta a la vista las dificultades que pueden presentarse con este régimen si uno de los esposos posee bienes muebles y el otro inmuebles, pues en tal caso uno de ellos perdería todos sus bienes en beneficio común y el otro conservaría los suyos.

Se practica a veces en los países donde existen convenciones o pactos nupciales.

B-II).—Comunidad de gananciales.

En ella cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes de cualquier clase que poseía antes del matrimonio y sólo van a integrar el fondo común las rentas de los bienes propios de los cónyuges, los frutos del trabajo de cualquiera de ellos y los muebles o inmuebles que adquieran durante el matrimonio a título oneroso con fondos comunes.

Se le critica diciendo que es difícil determinar la responsabilidad por las deudas, o sea cuándo son propias o comunes; y alegando que origina también litigios al momento de la liquidación.

Sin embargo, es el sistema más antiguo, pues se le encuentra ya en el Código Hamurabi que data de 2100 años antes de la Era Cristiana.

Según Colin y Capitant (21) es el que más se emplea por los esposos que celebran contrato de matrimonio en Francia.

Es obligatorio en el Perú, en Argentina, en Rusia y en algunos Estados Norte Americanos. Se practica también, con categoría preferente, en España y Chile.

B-III).—Comunidad de muebles y gananciales.

Este régimen combina los dos sistemas anteriores. Según él se pone en el fondo común todos los bienes muebles de los esposos y los bienes inmuebles que adquieran durante el matrimonio a título oneroso. Los bienes inmuebles que tenían antes del matrimonio y los que adquieran durante él a título gratuito, ésto es por herencia o donación, continúan siendo propios de cada uno, aún cuando sus rentas se incorporan al patrimonio común. Según el mismo, la renta proveniente del trabajo de cada cónyuge se incorpora al patrimonio común. La administración corresponde al marido y la división se hace generalmente por igual cuando fenece la sociedad conyugal.

Se le critica diciendo que origina grandes desigualdades cuando los aportes de los cónyuges no son equivalentes (si uno de los cónyuges tiene inmuebles que conserva como propios y el otro muebles que debe aportar al fondo común); que es difícil establecer la responsabilidad por las deudas propias y comunes; y que origina litigios al momento de la liquidación.

Es el régimen legal de Francia, o sea el que se aplica allí cuando los cónyuges no han escogido uno especial por medio de una convención matrimonial o cuando ésta deviene nula. Se practica también en Quebec, Luisiana, Haití, Santo Domingo, Bélgica y Luxemburgo.

B-IV).—Comunidad de aportaciones.

Ocurre cuando los esposos restringen la comunidad a ciertos bienes que limitativamente aportan a la masa común.

Se practica en Francia en algunos pactos nupciales.

(21) Obra citada en la nota N° 17, pág. 7.

B-V).—Comunidad de bienes futuros.

Bajo este régimen, la comunidad comprende todos los bienes que por cualquier título, oneroso o gratuito, se adquirieran después del matrimonio, pero no los que tenían antes los cónyuges. Es una limitación poco usada de la comunidad universal.

B-VI).—Comunidad con bienes reservados.

Este tipo es una variante de cualquiera de los regímenes de comunidad, y en virtud de él, la mujer administra y dispone libremente de los frutos de su trabajo, por mas que se les considere comunes, con cargo de que contribuya equitativamente al mantenimiento de los hijos comunes y del hogar en general, y de que, al concluir la vida matrimonial, se divida por igual lo que se haya adquirido con tales frutos o sus rentas.

Se aplica en Francia, Alemania, Argentina y Suiza. Entre nosotros rige imperativamente, como un complemento del sistema de comunidad de gananciales.

6.—Régimen de separación.

Los pueblos en que la mujer ha adquirido un grado sumo de independencia practican por lo general el sistema de separación en el que cada cónyuge conserva la propiedad y administración de sus bienes y disfruta de ellos sin que llegue a constituirse jamás un patrimonio común.

Los partidarios de este sistema lo fundamentan diciendo que es indispensable para la independencia económica de los esposos y como una garantía de concordia entre ellos, pues elimina las ambiciones de carácter personal y favorece la emancipación de la mujer.

Se sostiene, para este efecto, que el matrimonio es un vínculo de orden personal y afectivo y que no altera la economía individual de los esposos, quienes pueden atender sin ninguna dificultad a las necesidades de los hijos y del hogar en general, contribuyendo proporcionalmente a los gastos que se produzcan.

Aún cuando este sistema se practica en muchos países con carácter forzoso, como en Austria, Escocia, la mayoría de los Estados Americanos, Inglaterra, Italia y Rumanía; con carácter voluntario en otros países como Bulgaria, Checoeslovaquia, Servia, Grecia, Turquía, parte de Australia, Lituania y Yugoslavia; y, en forma muy limitada, en Chile; lo cierto es que está sujeto a numerosas críticas, pues, a veces va contra la unidad familiar, favorece el cálculo y el desacuerdo entre los esposos y conspira contra la armonía entre ellos. La mujer no participa de las ganancias del trabajo del marido aún cuando colabore con él dentro del trabajo del hogar y sufra toda clase de penalidades; y si el matrimonio se disuelve, después de muchos años, es difícil discriminar cuáles son los bienes propios de cada cual, sobre todo cuando, a pesar de la separación, la mujer deja tácitamente que administre el marido.

No puede negarse, sin embargo, que en los países o lugares donde se da mayor importancia a los intereses pecuniarios y a la independencia

de la mujer, la separación puede llegar a ser una necesidad, lo mismo que en los casos en que la comunidad de bienes resulta insostenible por razón de la forma como se administran los bienes por uno de los cónyuges o por ambos.

7.—Regímenes mixtos.

Existen además ciertos sistemas en que los bienes de los esposos tienen al mismo tiempo características del régimen de comunidad y de la separación.

Sucede así en el régimen dotal, en la comunidad de administración y en la comunidad de participación.

Desde luego, podría también llamarse sistemas mixtos a todos los regímenes de comunidad relativa, porque en ellos hay simultáneamente bienes propios y bienes comunes, pero no los incluimos en esta categoría por que en los sistemas de comunidad relativa los bienes propios son claramente así, sin tener matices de comunes y sucede igual cosa con éstos últimos.

En cambio, en los regímenes que nosotros calificamos de mixtos sucede lo contrario.

A).—Régimen dotal.

En el régimen dotal la mujer lleva al matrimonio ciertos bienes propios destinados a atender a las necesidades del hogar. Como bienes de ella, deberían estar sujetos a su administración, pero el hecho es que los entrega al marido para que éste los administre.

Aunque las leyes nacionales han reglamentado siempre el otorgamiento de dote a la mujer, la institución no rige, en la práctica, entre nosotros. Se admite como régimen voluntario en España, Francia y otros países.

B).—Régimen sin comunidad.

En este sistema que también se llama de unión de bienes o de comunidad de administración y goce del marido, y también de disfrute del marido, cada cónyuge conserva la propiedad de su patrimonio, pero la mujer entrega sus bienes al marido para que éste los administre y disfrute de ellos durante el matrimonio.

Los bienes de la mujer no pierden así su carácter de propios, pero, en cambio, ella pierde durante el matrimonio la posibilidad de gozar de ellos.

Es el sistema legal para Suiza y Alemania cuando no se ha optado por otro en la convención matrimonial.

C).—Comunidad de participación.

En Costa Rica, Colombia y Suecia, cada cónyuge conserva la propiedad y administración de su patrimonio, pero al extinguirse el vínculo conyugal se ponen todas las ganancias en común y se dividen por igual. Por eso se llama el sistema de comunidad de participación.

Capítulo Tercero

ADOPCION DE LOS REGIMENES MATRIMONIALES

Hemos dado cuenta ya de los diversos sistemas o regímenes que pueden adoptarse para resolver los problemas económicos que origina el matrimonio, pero queda por dilucidar, en virtud de qué se aplican algunos de los regímenes antes examinados, varios de ellos, una mezcla de los mismos o algo diferente.

La respuesta es que las cuestiones económicas originadas por el matrimonio se resuelven por la ley, por la voluntad de las partes, por la ley unida a la voluntad de las partes o por resolución judicial.

8.—Imperio de la ley.

La ley actúa por sí sola, en algunos países, imponiendo un sistema exclusivo del cual no pueden apartarse los interesados, salvo casos muy excepcionales.

Así sucede en el Perú, en que es forzoso el régimen de comunidad de gananciales y en que se tolera el régimen de separación únicamente por causas excepcionales.

También opera la ley por sí sola, en los países donde se admiten pactos nupciales, cuando las partes no han escogido régimen alguno o cuando deviene nulo o impracticable el sistema que han elegido.

9.—Imperio de la voluntad. Los pactos nupciales.

En numerosos países las partes establecen por medio de contrato el régimen que quieren aplicar a sus bienes durante el matrimonio.

A).—Denominación.

Se llama a estos contratos capitulaciones o convenciones matrimoniales o también contratos matrimoniales o contratos con motivo del matrimonio.

En España se les denomina capítulos o pactos nupciales.

B).—Fundamentos y crítica.

Se les defiende diciendo, de un modo general, que no interesa a la Sociedad que los esposos se sometan a un régimen económico determinado, pues eso está sólo dentro de su interés privado, y que basta, por consiguiente, que el Estado dé normas generales que obliguen a respetar los fines del matrimonio y los principios universales concernientes a la moral, orden público y buenas costumbres.

Para muchos, sin embargo, el Estado no puede dejar que los interesados decidan por sí solos el régimen económico a que se deberá someter su vida conyugal, pues interesa a la sociedad, en general, y al orden público, en particular, la consolidación de la familia y el que ésta funcione den-

tro de las normas económicas y legales más adecuadas para su buen desarrollo. Se agrega, por lo mismo, que resulta peligroso dejar a las partes que elijan libremente el sistema que encuentren más conveniente, ya que pueden equivocarse al convenir en algo ilícito, deficiente o contrario al interés general.

C).—Antecedentes.

El hecho es, sin embargo, que la institución se generaliza y que se practica en muchos de los países más importantes del mundo.

Se le conocía ya en Roma cuando se celebraban convenciones para la constitución de la dote; se hace referencia a ella en la Novela 97, Capítulo I, al ocuparse de la inalterabilidad de los pactos dotales anteriores y posteriores al matrimonio; se le menciona en El Digesto, Libro XXIII, Título 4º, Ley Primera; tratan de ella Las Partidas, Ley 24, título XI, Partida IV, autorizando los pactos en que las partes convinieren como dividirse lo que ganaren de consumo.

Se reconoce, asimismo, que comenzaron a tener auge desde el siglo XVI y nadie niega que tienen gran difusión en la actualidad.

D).—Momento de celebración.

En casi todos los países, solo pueden celebrarse los pactos nupciales antes del matrimonio.

Así sucede en el Brasil, Chile, Venezuela, Costa Rica, Haití, Uruguay, Panamá, Québec, Francia, Italia, Holanda y Japón.

En México, inclusive, es imperativo celebrar las convenciones como una formalidad inherente al matrimonio.

Turquía, Noruega y Suiza los admiten con ciertas dificultades, después del matrimonio y sólo en Alemania, Austria, Checoslovaquia, Yugoslavia, Livonia, Estonia, Curlandia, Suecia, Dinamarca e Inglaterra, se permite que las convenciones matrimoniales puedan concluirse antes o después del matrimonio.

Como dicen Theodor Kipp y Martin Wolff (22), en el primer caso (pactos pre-nupciales), se impide que entre en vigor el régimen legal y, en el segundo caso, (pactos post-nupciales), el régimen legal o convencional ya en vigor, se altera a posteriori.

Dicen los mismos autores que "no está exenta de inconvenientes la admisión de contratos de matrimonio después de la celebración del mismo y, por lo tanto, la alteración del régimen matrimonial ya existente. La experiencia enseña que casi siempre el fin de tales contratos es perjudicar a los acreedores de uno de los cónyuges, aunque tal intención no puede demostrarse claramente".

Por la misma razón en muy pocos lugares se permite reformar las convenciones después del matrimonio.

(22) Ennecerus-Kipp-Wolff.—Tratado de Derecho Civil, obra citada en Nº 19. Tomo IV, Volumen I, pág. 275.

E).—Cómo opera la voluntad.

Cuando la ley permite que funcione libremente la voluntad de las partes, pueden éstas establecer el régimen que quieran adoptando uno reglamentado por la ley, reformándolo combinándolo con otro, o en fin, creando uno nuevo.

Así en Brasil, Francia y España puede pactarse en las convenciones matrimoniales todas las cláusulas que se desee siempre que no sean contrarias a las buenas costumbres, al estatuto familiar o a los principios de la herencia.

Sin embargo, aún en estos países, la ley ha cuidado de reglamentar varias fórmulas-tipos para que las partes, si lo desean, puedan elegir una de ellas, sin necesidad de hacer su propia reglamentación.

En Francia, rigen como fórmulas-tipos: la comunidad, que puede ser universal de muebles y gananciales, o restringida al arbitrio de las partes; el régimen sin comunidad; o la separación y el régimen dotal. Si las partes no han celebrado convención o si la celebrada deviene nula o no puede ejecutarse, los cónyuges deben sujetarse al régimen de comunidad de muebles y gananciales.

En España, las fórmulas-tipos reglamentadas por la ley son: la comunidad de gananciales que rige también a falta o por defecto de la convención; el régimen dotal; y la separación. También se permite los sistemas forales, pero con la condición de que en un lugar no se puede adoptar el régimen foral de otro sitio, a fin de que no haya confusión acerca de la ley por aplicar. Se prohíbe allí reformar las convenciones después del matrimonio.

10.—Actuación de la voluntad bajo la tutela de la ley.

En no pocos países como Alemania y Suiza la ley autoriza la convención matrimonial, pero no permite a los interesados pactarlas a su arbitrio, obligándolos a elegir entre una de las fórmulas-tipos que establece la ley. Así en Alemania, las partes deben elegir necesariamente entre el régimen de administración y disfrute maritales; la comunidad, que puede ser universal, de gananciales, o de muebles; y la separación. En Suiza ocurre lo mismo. En Chile existe la comunidad de gananciales que puede ser atemperada con una separación limitada.

11.—Régimen judicial.

Cuando es imposible aplicar el régimen-legal o cuando las convenciones resultan inoperantes, hay que recurrir a los Tribunales y es entonces que éstos pueden imponer a las partes un régimen legal o un sistema alternativo.

Entre nosotros, de acuerdo con los artículos 240, 241 y 271, en muy contadas circunstancias, se pone en suspenso la comunidad de gananciales y por vía judicial se impone a los consortes la separación de bienes.

SEGUNDA PARTE

GENERALIDADES SOBRE EL REGIMEN PERUANO

Capítulo Cuarto

BASES Y ANTECEDENTES

12.—Régimen peruano.

De acuerdo con el Art. 176 del Código vigente, por la celebración del matrimonio se constituye entre marido y mujer una sociedad en la que puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes comunes.

El Art. 1339 agrega que se prohíbe contratar entre cónyuges.

Por consiguiente, nuestro Código impone un sistema legal forzoso: el de la comunidad de gananciales, llamado también sociedad conyugal o sociedad de gananciales y no permite los pactos nupciales.

La separación es un régimen supletorio que las partes no pueden escoger por su propia voluntad y que sólo rige cuando ocurren situaciones muy graves, previa resolución del poder judicial.

El régimen de sociedad conyugal, elegido por la ley peruana se caracteriza, de acuerdo con el Art. 176 del Código Civil, por lo siguiente:

- 1º—Existen bienes propios de cada cónyuge;
- 2º—Existen bienes comunes;
- 3º—Cada uno administra sus bienes propios, salvo los bienes dotales de la mujer que son administrados por el marido;
- 4º—El marido administra los bienes comunes, salvo los frutos del trabajo de la mujer y la renta de los bienes de los hijos de ésta, que ella administra;
- 5º—Cada cónyuge responde con sus bienes por las deudas propias; y
- 6º—Los bienes comunes responden por las deudas comunes y el marido por las suyas y las comunes.

13.—Ubicación de la sociedad conyugal como institución jurídica.

Muchos se preguntan a qué institución de orden económico o jurídico puede asimilarse la comunidad de bienes que se establece entre los esposos por razón del matrimonio.

Para unos es una **sociedad civil** porque los cónyuges ponen bienes en común, formando con el matrimonio una nueva unidad familiar; para otros, es un **condominio**, y para algunos, una **persona jurídica**.

Nosotros pensamos que, en realidad, la llamada sociedad conyugal no es una **sociedad civil** ni una sociedad mercantil, porque faltan los elementos indispensables para la constitución de una sociedad de esta clase, desde que no hay **afectio societatis**, ni espíritu de lucro, puesto que los esposos no contraen matrimonio para los efectos de poner bienes en común ni con el objeto de obtener utilidades.

Como bien dice Planiol (23), en la sociedad civil o mercantil, las partes establecen libremente cómo ha de funcionar la sociedad, quién ha de ejercer la gerencia, cuándo comenzará y terminará la sociedad. Existe la obligación de rendir cuentas e, inclusive, muertos los socios, puede continuar la sociedad con sus descendientes. En cambio, en la llamada sociedad conyugal, la ley es la que estipula como funcionará esta sociedad, quien ejercerá la representación; quien será el jefe de ella; permite que haya bienes propios de cada cónyuge que no forman parte de la sociedad. Sólo ciertos bienes quedan en común, lo mismo que determinadas deudas. El marido no rinde cuentas de su administración, la duración de la sociedad conyugal no depende de la voluntad de las partes; dura mientras existe el vínculo conyugal y termina con la muerte de uno de los cónyuges sin que pueda prorrogarse posteriormente.

Tampoco puede confundirse con el condominio porque no hay partes alícuotas, sino bienes propios y comunes; no administra cada cual una parte alícuota ni puede enagenar su parte proporcional por separado, ni pedir la división y partición como sucede en la co-propiedad, sino que debe someterse a la administración de una de las partes que puede, inclusive, disponer de los bienes sin el consentimiento de la otra.

Finalmente no es una **persona jurídica** nueva, porque no hay ley ni razón moral ni jurídica que autorice la creación de un ser ficticio que se interponga entre los esposos con desmedro de la unión absoluta que significa la vida matrimonial.

Si bien los asociados no responden en la persona jurídica por las deudas de ésta, en cambio, en la sociedad conyugal, el marido, y algunas veces la mujer, responden por las deudas comunes, de modo que no existen en el texto de la ley ni en la práctica las características jurídicas indispensables para que se forme con el matrimonio una nueva persona jurídica.

Hay que admitir, por lo mismo, que la sociedad conyugal es una institución **sui-generis** que participa en cierta proporción del condominio, en cuanto hay bienes comunes, y de la sociedad, en cuanto hay un administrador común en ciertos bienes. En lo demás es una institución autónoma y válida por sí sola.

14.—Origen del sistema peruano.

Los antecedentes más remotos del sistema de comunidad de bienes que se practica en el Perú se encuentran, según algunos, en el Código Hamurabi, hallado en Susa y que data del año 2100 antes de la Era Cristiana (23a.).

Desde luego, no podemos pretender que hemos extraído nuestra legislación de esa fuente tan distante, y por eso debemos basar nuestra historia en antecedentes más próximos: los hispánicos.

(23) Obra citada en la nota N^o 14, Tomo 8, pág. 191 y sgtes.

(23a) Hamurabi o Yamurabi, fué uno de los monarcas de la primera dinastía Babilónica; reinó en los años 2,125 a 2,081 (A.J.). El Código fué descubierto por Morgan en la Mesopotamia. Susa era una ciudad en el Elam (Mesopotamia).

En las tribus germánicas hubo la costumbre de dividir entre los cónyuges el botín que traía el esposo de la guerra o de la caza y los frutos que obtenía la mujer en el trabajo de la tierra. Se dice que llevaron estas costumbres de Tracia e Iliria a España y que se fué formando así en la Península un derecho consuetudinario de participación de ambos esposos en las ganancias obtenidas durante el matrimonio, aún cuando no hubiera regla precisa acerca de la proporción que tocaba a cada cual y siendo lo más probable que tal participación variase según las tribus y las regiones.

Estas costumbres se fueron transformando poco a poco en legislación positiva, y, así, en el Código de Eurico (años 466-499), hay vestigios de la institución, lo mismo que en el Liber Iudiciorum de Recesvinto (años 649-672); en el siglo XII se dictó una disposición por el Papa Urbano III, mandando que los gananciales se partieran por igual entre los esposos; el Fuero Juzgo (siglo XIII) reconoció los gananciales pero no estableció proporción definida para dividirlos; en el Fuero Real (año 1255) se regula la institución en las leyes 1 y 3, Título III del Libro III (23b) en Las Partidas (años 1256-65) se hace varias referencias a los gananciales, sin fijar el derecho preciso de cada cónyuge; pero es en las leyes de Toro (año 1505), ley Nº 77, que se establece que al liquidarse la sociedad conyugal corresponderá a cada cónyuge la mitad de los gananciales, disposición que se incorpora posteriormente a la Nueva Recopilación (año 1567) y a la Novísima Recopilación (año 1805) (23c).

Estas leyes nos vinieron al Perú con la Colonia y siguieron rigiendo algunos lustros durante la República.

Es así como nos ha llegado la institución, tal como rige en la actualidad, de España, pues en el imperio incaico no se reconocía gananciales a la esposa.

En tiempo de los Incas, el común de las gentes dependía de su ayllu; las tierras que cada cual recibía en las distribuciones periódicas, no podían ser enajenadas ni transmitidas a otro; y los poseedores tenían, por lo general, un simple derecho de usufructo que les permitía aprovechar de los rendimientos sólo para subsistir, pero no para ahorrar ni para formar un capital en el sentido actual de la palabra.

No podría hablarse, pues, entonces, de una comunidad de gananciales, donde no había dominio privado, y cuando sólo podía transmitirse, al fallecimiento, los bienes de uso personal.

Es cierto que entre los incas, los curacas y los grandes señores, se admitía la propiedad individual, pero entre ellos mismos la situación de la mujer era completamente subordinada —casi una propiedad del jefe de la familia— y la trasmisión de los bienes se hacía habitualmente por la línea

(23b) El Fuero Real, en la ley 1A título 3, lib. 3, dice: Toda cosa que marido y la mujer ganasen o comprasen estando de consuno, háyanla ambos de por medio.

(23c) Don. Felipe Clemente de Diego, en su Derecho Civil Español, en la pág. 445 (Ed. Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1930) dice: "Aparecen los gananciales en el Fuero Juzgo, dividiéndose entre los cónyuges en proporción al capital de cada uno, salvo que hubiese poca diferencia entre ellos, pues entonces se dividían por mitad. En el Fuero Real y en el Viejo se sigue el propio criterio".

del varón. Muy raros fueron los casos en que la coya o la consorte de un curaca quedó con el patrimonio familiar (24).

Al advenimiento de la República siguieron rigiendo en el Perú las leyes españolas. Cuando, en 1836, se dictó el Código de Santa Cruz, de corta duración, se sometió a los esposos a la comunidad de gananciales, en la forma que rige en nuestros días (Art. 970). El proyecto de Vidaurre, en su Art. 39, contiene disposiciones análogas; y los Arts. 955 y 956 de nuestro Código de 1852 dicen prácticamente lo mismo que el 176 del actual.

La institución, por consiguiente, en sus líneas fundamentales, no ha variado desde la época del Virreynato, salvo algunos principios que conducen a la liberación de la mujer al permitirle la administración de sus bienes propios y de las ganancias que obtenga en su trabajo y con la renta de los bienes de sus hijos menores.

15.—Fundamentos.

Se justifica la subsistencia del régimen de comunidad de gananciales como obligatorio en el Perú, haciendo presente que, como bien dice Rébora (25), la comunidad de gananciales es el régimen de las economías minúsculas, necesario para la familia agricultora o ganadera, para el pequeño comerciante, para el funcionario, para el empleado y para el profesional, pues si bien el marido trabaja fuera de la casa, la mujer lo hace en el hogar, y ambos para los hijos, de modo que deben compartir las ganancias entre los dos.

Se critica el sistema de acuerdo con las observaciones generales hechas al régimen de comunidad de bienes, pero lo cierto es que la sociedad de gananciales contribuye a la unidad de los esposos, no contraría los derechos de la mujer y, por lo contrario, comunica a ambos el mismo interés solidario en las actividades económicas de la familia.

Cuando se trató de redactar el nuevo Código Civil, los miembros de la Comisión Reformadora en sus reuniones iniciales acordaron mantener el régimen del Código del 52, sin más reformas que las indispensables para elevar la condición de la mujer, que siendo absolutamente capaz de soltera se convertía en una incapaz relativa por el hecho del matrimonio (Art. 28, inc. 1º).

Más, cuando se presentó el ante-proyecto del Doctor Pedro M. Oliveira, encargado de redactar el respectivo título del Código, se creyó ver en el articulado una disposición que permitía las convenciones matrimoniales (Art. 4º), lo cual fué observado por el Doctor Juan José Calle.

El Doctor Manuel Augusto Olaechea, partidario de los pactos nupciales, propuso entonces que se mantuviera la sociedad conyugal, pero facultando a los contrayentes para elegir el régimen de separación.

(24) Historia del Derecho Peruano por Jorge Basadre.—Pág. 105 y sgtes. pág. 169 y sgtes. y pág. 176 y sgtes. Ed. Editorial Atenea S.A. Lima, 1937.

(25) Cita del Doctor Emilio F. Valverde. Derecho de Familia en el Código Civil Peruano.—Pág. 437. Ed. Imprenta Ministerio de Guerra 1942.

Reconoció el Doctor Olaechea que el régimen de comunidad de gananciales correspondía a la tradición nacional, diciendo: (26).

"Este sistema intermedio, que consagra el genuino régimen nupcial de la familia peruana, es expresivo de una combinación feliz que suprime los inconvenientes del sistema de la comunicación general de bienes y los del régimen económico de separación dentro del cual cada uno de los esposos conserva su propiedad y la libre administración de ella. Los resultados de la producción, las ganancias obtenidas y las adquisiciones efectuadas con posterioridad al enlace, vienen a formar, por decirlo así, una propiedad colectiva que pertenece a la entidad jurídica creada por los esposos mediante el enlace. Sin duda alguna la intención de los que se unen por el matrimonio es constituir una comunidad moral y material y desde este punto de vista la presunción legal de la sociedad de gananciales es inherente a la índole misma de la institución del matrimonio".

Pero, al mismo tiempo, defendió la introducción del régimen de separación, como subsidiaria, con las siguientes palabras: (27).

"No se ha aducido, empero, ningún argumento concluyente para destimar el régimen jurídico-económico de la separación, cuando este régimen es simplemente opcional y subsidiario; porque el hecho solo de adoptarlo los esposos es la revelación tangible de su bondad en cada caso ocuriente, cuando su adopción obedece a situaciones excepcionales en que el marido y la mujer tienen intereses complicados y distintos. Ninguna legislación sagaz puede sustraerse a los hechos; y cuando dos esposos eligen libremente el régimen de separación de patrimonios para organizar la futura familia, es preciso admitir que este régimen cumple una necesidad efectiva".

Agregó luego "que la nueva institución, creada por la ley en forma simplemente opcional y subsidiaria, acomoda el anteproyecto al escenario de lo real en un futuro que ha de llegar en el Perú y que presupone un camino fundamental en la organización de la vida social peruana. El Perú, como todos los demás países de América, tiende a formarse por aluvión y ha de llegar en su evolución un momento en que las aspiraciones jurídicas, suscitadas por el cosmopolitismo del medio ambiente, requieran y vitalicen ampliamente la institución que el exponente ha tenido el honor de someter a la Comisión como forma puramente opcional y de carácter subsidiario".

"El régimen de la separación de bienes afirma y define la personalidad civil de la mujer, casada y desde este punto de vista feminista gana terreno en los Códigos y en la literatura jurídica".

Concluyó finalmente el Doctor Olaechea, expresando que:

"El régimen que propugno tiene la ventaja moral incuestionable de alejarse en la medida de lo posible, de las uniones celebradas bajo la influencia deleterea del cálculo. El ejemplo de los codificadores español y brasileño, dando cabida al régimen de separación como subsidiario es, a mi parecer, un hecho legislativo digno de ser imitado en el Perú".

(26 y 27) Germán Aparicio y Gómez Sánchez. Código Civil, Concordancias.—Tomo 3, pág. 219. Ed. Taller Librería Guadalupe, año 1922.

(28) Obra citada en la nota N° 26, Tomo 8º, "Jurisprudencia", pág. 98 y 99. Edición de la Librería e Imprenta Gil S.A., 1938.

El Doctor Alfredo Solf y Muro, aún cuando manifestó su simpatía por los conceptos del Doctor Olaechea, opinó porque no debería introducirse la innovación propuesta, por cuanto creía que:

"En el momento actual, dada la sociabilidad del Perú, ese pacto no tendría vida, rompe con la costumbre y sería utilizado en poquísimas veces ... para un futuro más o menos próximo dependiente del ritmo de la inmigración ese pacto en la forma española de ser pre-nupcial, no sería bastante, pues no es antes del matrimonio sino durante él, que los consortes y sobre todo la esposa, llegando a darse cuenta de la necesidad del régimen de separación de bienes; ... admitir desde luego la posibilidad de cambiar de régimen después del matrimonio permitiendo esa contratación entre esposos importa una novedad en la institución española y brasileña, que ofrece tales inconvenientes que por ellos no la acepta el mismo señor Olaechea; y ... en conclusión, con la institución de los bienes reservados en la forma tan amplia propuesta por el señor Oliveira y aceptada ya por la Comisión, queda perfectamente satisfecha la necesidad sentida hoy de romper el exclusivismo y rigidez de la regla general de la comunidad de bienes como único sistema legal".

El Doctor Juan José Calle defendiendo los mismos puntos de vista que el Doctor Oliveira, sostuvo que el Art. 4º del proyecto, al permitir a los cónyuges todas las estipulaciones lícitas, se refería a las relaciones personales entre ellos y no a los bienes de la sociedad conyugal e insistió en la tesis contraria a las capitulaciones matrimoniales, reproduciendo los argumentos del Doctor Solf y agregando:

"El argumento de la inmigración futura que cambie el medio ambiente del Perú carece de fuerza, porque una observación atenta y constante de la realidad me tiene persuadido de que el hombre de fortuna y aún aquel que con sólo su trabajo, industria o profesión, consigue lo preciso para subvenir a sus necesidades y a las de su familia, no emigra nunca; emigra únicamente el que no encuentra en su patria campo para desarrollar su actividad y busca en el extranjero trabajo bien remunerado que le proporcione más o menos tarde comodidades y fortuna; ... uno de los medios con que para ese fin cuenta el emigrante que viene a estas Américas es el de un posible enlace con una heredera rica o aunque no lo sea, tenga lo preciso para asegurarle una subsistencia cómoda, un pequeño capital con el cual pueda elaborar la fortuna a que aspira y persigue; ... a una persona en tales condiciones no puede convenirle el régimen de separación de bienes, sino más bien el de la comunidad y de gananciales, únicos que pueden llevarle a la realización de sus aspiraciones; ... por consiguiente, cualquiera que sea la importancia o volumen que adquiera con el tiempo la inmigración en el Perú, nunca llegará a ser viable el régimen de la separación de bienes, quedando, por consiguiente, superflua toda legislación sobre la materia".

Terminó diciendo que:

"Sería, en consecuencia, introducir forzosamente por una ley una institución extraña a nuestras costumbres, y respecto de la cual tampoco se puede discurrir sobre su utilidad futura por cuanto están distantes las condiciones dentro de las cuales puede esperarse que sea necesaria, siendo es-

tas mismas, insospechables desde que se discurre sobre la base de que serán las determinadas por futuras corrientes inmigratorias”.

La Comisión, en vista de estas opiniones, resolvió, finalmente, mantener como régimen legal obligatorio el de la comunidad de gananciales y admitir la separación sólo para casos excepcionales y no como un sistema electivo para los esposos.

16.—Cómo nace la sociedad conyugal en el Perú.

De acuerdo con el Art. 176 del Código, la sociedad conyugal solamente nace entre nosotros por razón del matrimonio. El concubinato y cualquier otra unión ilícita no produce los efectos de la sociedad conyugal. Así se ha establecido ya por diversas ejecutorias supremas entre las que pueden citarse las de 3 de Enero y 15 de Octubre de 1935, y la de 11 de Diciembre de 1936 (28).

La razón para que esta sociedad se establezca sólo con el matrimonio es clara.

Contraen matrimonio, y, por consiguiente, se unen en una sociedad conyugal, quienes quieren someterse a la ley; en la ceremonia nupcial se lee a los esposos los artículos pertinentes del Código para que conozcan a qué se obligan en esencia y, es en virtud de su consentimiento que se les impone determinadas normas que les producen obligaciones y beneficios.

En cambio, viven en concubinato quienes no desean someterse a la ley, pues de otro modo, si lo quisieran, se casarían.

La ley no puede amparar a quienes viven al margen de ella y a quienes deliberadamente se abstienen de cumplirla.

El único recurso que tendría el varón contra la mujer o vice-versa, en caso de una unión de esta clase, sería el reclamo por enriquecimiento ilícito, pero de ningún modo pueden pretender que existe entre ellos una sociedad conyugal sujeta a las leyes del matrimonio.

17.—Cómo termina.

Nacida la sociedad conyugal con el matrimonio fenece según el Art. 199 del Código Civil: por la muerte de uno de los cónyuges; por la nulidad del matrimonio; por el divorcio; por la separación de bienes; y por la declaración de ausencia.

T E R C E R A P A R T E

REGLAS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Capítulo Quinto

EL ACTIVO PROPIO

BIENES DE CADA UNO DE LOS CONYUGES

18.—Los tres patrimonios.

Según el Art. 176 del Código vigente, en la sociedad conyugal peruana hay bienes propios de cada cónyuge, y bienes comunes.

Por consiguiente, con el matrimonio, se forman entre los esposos tres patrimonios distintos, o sea

- El patrimonio de la mujer;
- El patrimonio del marido; y
- El patrimonio común.

A estos tres patrimonios se agrega, en calidad aparte, el menaje ordinario de casa que, conforme al Art. 200, al fenecer el matrimonio se entrega al cónyuge sobreviviente o a la mujer en los casos de nulidad de matrimonio o de divorcio.

Los dos primeros patrimonios se califican por el Código con el nombre de "bienes propios de cada cónyuge" y conviene examinarlos en todos sus aspectos.

19.—Cuáles son los bienes propios.

Dice el Art. 177 del Código Civil de 1936, que son bienes propios de cada cónyuge:

- 1º—Los que aporte al matrimonio;
- 2º—Los que adquiriera durante el matrimonio a título gratuito;
- 3º—Los que adquiriera durante el matrimonio a título oneroso cuando la causa de adquisición ha precedido al casamiento; y
- 4º—La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas durante la sociedad.

Veamos el alcance de cada uno de estos incisos.

20.—Bienes anteriores al matrimonio.

Art. 177. Inc. 1).—**"Son bienes de cada cónyuge... Los que aporte al matrimonio"**.

Pertenece a esta clase todos los bienes, acciones o derechos que cada cónyuge tiene en el momento del matrimonio, salvo aquellos que les haya sido otorgados o donados, en común, por razón de su unión.

A).—Bienes de la mujer.

Antiguamente, el Código Civil de 1852 establecía que eran bienes propios de la mujer, como aportes al matrimonio (Art. 961), la dote, las arras y los bienes parafernales.

Se llamaba *dote*, a todo lo que llevaba la mujer para sostener a las cargas del matrimonio con sujeción al régimen especial propio de la institución.

Llamábase *arras* (Art. 1029) a todo aquello que el esposo daba a la esposa por razón del matrimonio.

Eran bienes parafernales (Art. 1033) todo lo que llevaba la mujer al matrimonio, sin estar comprendido en la dote y, por consiguiente, quedaba bajo el dominio y administración de la mujer (Art. 1035).

El actual Código, de acuerdo con la redacción del Art. 177, no hace distinción entre arras y bienes parafernales, y cubre con una sola denominación todo lo que lleva la mujer al matrimonio, aunque se reglamente por separado los bienes dotales.

B).—Bienes del marido.

Tratándose del marido, el Código de 1852 disponía (Art. 957) que eran bienes propios del marido los que llevó al matrimonio, siempre que aparecieran del capital o inventario que, por escritura pública, debía firmar antes de celebrarlo (Art. 958).

Resultaba así, que, si el marido no hacía inventario por escritura pública antes de casarse, se convertían todos sus bienes en comunes salvo que, tratándose de los inmuebles, pudiera probar su propiedad exclusiva por medio de escritura pública o sentencia judicial (Art. 1047).

El actual Código no exige al marido capital de bienes y son propios suyos todos los que aporte al matrimonio, siempre que pueda probarlo, de acuerdo con el Art. 185 que dice: "Todos los bienes de los cónyuges se presumen comunes mientras no se pruebe lo contrario".

Esta disparidad entre la legislación antigua y la legislación moderna respecto de los bienes propios del marido origina, o puede originar, importantes conflictos, pues, tratándose de las sociedades conyugales formadas conforme al Código del 52, que se liquidan con posterioridad a la dación del Código del 36, existe el problema de saber conforme a que Código se ha de determinar la propiedad de los bienes del marido: si de acuerdo con el Código de 1852, que exige escritura de capital de bienes, o de acuerdo con el Código de 1936, que no la exige.

El problema es de la mayor importancia, pues, según la ley que se aplique, el marido casado antes de 1936 que no hubiera hecho inventario, por escritura pública, conservará o perderá el dominio de sus propios bienes.

El problema resulta muy agudo en los casos de divorcio y más penoso aún cuando el marido debe partir los gananciales con otros hijos legítimos o ilegítimos de su esposa pre-muerta o con ascendientes o hermanos de ella.

Para resolver el caso no existe sino una disposición en el Código Civil que nos rige. Es el Art. 1824 que dice: "Las disposiciones de este Código regirán los efectos jurídicos de los actos anteriores, si con su aplicación no se violan derechos adquiridos".

Pero, sensiblemente, este artículo admite dos interpretaciones exactamente opuestas:

- a) Si no se violan derechos adquiridos se aplicará el Código Civil de 1936; y
- b) Si se violan se aplicará el de 1852.

Puede decirse que según tal artículo la sociedad conyugal nacida conforme al Código Civil de 1852 y fenecida durante la vigencia del Código Civil de 1936, debe liquidarse conforme al Código Civil de 1936 por cuanto su aplicación no viola derechos adquiridos; pero puede sostenerse también que el Código de 1936, de aplicarse, violaría derechos adquiridos y que, por consiguiente, una sociedad conyugal, en las condiciones de que se trata, debe ser liquidada de acuerdo con el Código Civil de 1852.

Puede decirse también que los bienes que aportó el marido sin hacer capital de bienes son comunes conforme al Código Civil de 1852; o que son propios, si se puede probar su calidad de tales, de acuerdo con el Código Civil de 1936.

Todo el nudo de la cuestión reside, en consecuencia, en determinar si con la aplicación de uno u otro Código se violan derechos adquiridos.

Como es natural, los letrados del país tienen opiniones diametralmente opuestas, sobre la materia.

Para unos, debe aplicarse el Código Civil de 1852. Sus razones en esencia, son las siguientes:

- 1º—Según el Código Civil de 1852, el marido tratándose de su patrimonio, podía elegir entre dos sistemas: el de la comunidad universal si no hacía capital de bienes, y el de la comunidad de gananciales cuando lo hacía.
- 2º—El marido que hacía capital de bienes, conservaba el dominio sobre sus bienes propios (Art. 957).
- 3º—Si no hacía capital de bienes se producía instantáneamente, por el acto del matrimonio, la traslación de dominio de todos los bienes del marido en favor de la sociedad conyugal.
- 4º—No era admisible la prueba en contrario, salvo para los bienes inmuebles y para los que el marido adquiriese durante el matrimonio, por disposición expresa de los Arts. 1047 y 960 del citado Código.

- 5º—Ni la mujer ni el marido podían alterar esta situación por cuanto el Art. 956 del Código Civil de 1852 establecía que ninguno de los cónyuges podía renunciar a la sociedad conyugal así formada, ni a sus efectos.
- 6º—La mujer, de este modo, por el hecho del matrimonio, había adquirido irrevocablemente la propiedad de la mitad de los bienes aportados por el marido.
- 7º—No puede, en consecuencia, liquidarse la sociedad conyugal así formada, aplicando las reglas del nuevo Código que admite la prueba en contrario en favor del marido, por cuanto se privaría a la mujer de un derecho ya adquirido sobre los bienes aportados por éste al matrimonio.
- 8º—El Art. 1824 del Código Civil de 1936 tiene, pues, que interpretarse en el sentido de que, por tratarse de un derecho adquirido, los bienes aportados por el marido a la sociedad conyugal, sin hacer capital de bienes, son comunes y no propios, por aplicación de las reglas ya enumeradas del Código Civil de 1852.

Para otros, en cambio, y estoy de acuerdo con ellos, debe aplicarse el Código Civil de 1936. Sus razones, también en esencia, son las siguientes:

- 1º—Mientras rigió el Código de 1852 nadie pensó que establecía un régimen de capitulaciones matrimoniales ni que existiera un sistema electivo de comunidad universal y otro de sociedad de ganancias. Los debates de la Comisión Reformadora hacen mucha luz al respecto, pues se ve en ellos que se rechazó, por conservar la tradición, la tendencia innovadora en virtud de la cual se quiso permitir la aplicación de los pactos nupciales.
- 2º—La aplicación del Código Civil de 1936 no violará derecho adquirido alguno.
- 3º—La escritura de capital de bienes era exigida antiguamente sólo como medio de prueba para determinar cuáles eran los bienes propios del marido. Se suponía que la mujer era la parte débil en la sociedad conyugal y que debía ser protegida contra las maniobras de un marido inescrupuloso que pretendiera arrebatarle sus derechos atribuyendo maliciosamente la calidad de bienes propios a algunos que no la tuvieran. De allí que se exigiera inventario, por escritura pública, para establecer por anticipado cuáles eran los bienes propios del marido.
- 4º—La inexistencia de la escritura de capital de bienes no producía, sin embargo, la traslación de dominio de parte de los bienes del marido, automáticamente, en favor de la mujer.
- 5º—Prueba de ello es que, según el Art. 1047 del Código Civil de 1852, aunque el marido no hubiese hecho capital de bienes se reputaba como suyos los bienes inmuebles cuya adquisición se comprobaba por escritura pública o por sentencia judicial, así como los que adquiriese durante el matrimonio, si acreditaba la propiedad en la misma forma.

- 6º—El Código Civil de 1852 admitía, pues, la prueba en contrario para los bienes más importantes que en el momento de su dación eran los inmuebles. Si no se refirió a los muebles fué, seguramente, porque en esa época los bienes muebles tenían un valor relativo y por cuanto aún no se había producido la extraordinaria evolución posterior en que las más importantes propiedades rústicas y urbanas del país han sido aportadas a sociedades anónimas y están hoy representadas por acciones.
- 7º—Si la falta de escritura pública hubiese producido la traslación de dominio de los bienes en favor de la mujer, no se habría admitido la prueba en contrario para los bienes inmuebles.
- 8º—El marido que no había hecho capital de bienes y poseía valores, estaba, pues, simplemente, en el caso de aquel que tiene un derecho y no puede probarlo. Su derecho no dejaba técnicamente de existir, pero se hallaba impedido de ejercerlo por falta de prueba adecuada.
- 9º—El actual Código, al extender la prueba en contrario a toda clase de bienes, no altera, pues, los derechos adquiridos de la mujer. Simplemente, facilita al marido el medio de probar lo que es y ha sido suyo; y cuando la ley franquea un nuevo medio de prueba no viola ni altera un derecho, sólo permite demostrar cuál era la verdadera situación de los bienes.
- 10º—En consecuencia, interpretando debidamente el Art. 1852 del Código Civil de 1936 y no violando este Código ningún derecho adquirido, es de toda aplicación para liquidar las sociedades conyugales constituidas antes de su vigencia. El marido que aportó bienes propios, puede comprobar la realidad de tal aporte y reivindicar los derechos que legítimamente le corresponden sobre ellos.

21.—Adquisiciones posteriores a título gratuito.

Art. 177. Inc. 2).—“Son bienes propios de cada cónyuge... Los que adquiriera durante el matrimonio a título gratuito”.

Pertenecen a esta clase los bienes que adquiere el marido o la mujer durante el matrimonio por herencia, donación u otra forma de liberalidad.

Al respecto establece el Código en el Art. 179 que ninguno de los cónyuges puede renunciar una herencia o un legado sin el consentimiento del otro, lo cual no puede llamar la atención porque aún cuando se trata de un bien que debería pertenecer a un solo cónyuge, corresponde al otro aprovechar de sus frutos, que son comunes, y, por consiguiente, le toca prestar su consentimiento para la renuncia que lo privará de esos frutos.

Aún cuando el Código no haga ninguna referencia a las donaciones en el Art. 179, es evidente que deben comprenderse dentro de su sentido por tratarse de una liberalidad, o sea que, para rechazar una donación, se requiere el consentimiento del consorte.

22.—Adquisiciones posteriores con origen anterior.

Art. 177. Inc. 3).—"Son bienes propios de cada cónyuge... Los que adquiriera durante el matrimonio a título oneroso cuando la causa de adquisición haya precedido al casamiento".

Este inciso a simple vista parece muy claro, pues en realidad no hace sino confirmar que son propios los derechos que cada cónyuge lleve al matrimonio aún cuando el título respectivo se obtenga posteriormente; pero, el inciso comentado en la realidad no permite apreciar por sí solo todo su significado.

Consideramos por eso que nuestro legislador debió estudiar una redacción mas explícita haciendo una enunciación precisa de los bienes que se comprenden como bienes propios de cada cónyuge bajo este concepto, sin perjuicio de una disposición que cubriese además la generalidad de los casos.

El Código Chileno en su Art. 1736 establece al respecto lo siguiente:

"La especie adquirida durante la sociedad, no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella.

"Por consiguiente:

- 1º—"No pertenecerán a la sociedad las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ella;
- 2º—"Ni los bienes que se poseían antes de ella por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación, o por otro remedio legal;
- 3º—"Ni los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación.
- 4º—"Ni los bienes litigiosos y de que durante la sociedad ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica.
- 5º—"Tampoco pertenecerá a la sociedad el derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge: los frutos solos pertenecerán a la sociedad.
- 6º—"Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio pertenecerá al cónyuge acreedor. Lo mismo se aplicará a los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del matrimonio, y pagados después".

Esta enumeración es válida para el inciso que comentamos; y nosotros podríamos agregar que también pertenecen a esta categoría los bienes que se adquieren por razón de servicios prestados antes del matrimonio.

23.—Indemnizaciones.

Art. 177. Inc. 4).—“Son bienes propios de cada cónyuge... La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas durante la sociedad”.

Tratándose de indemnizaciones por daños físicos o por pérdida de la vida, es evidente que no podrían ser un bien común, ya que no puede haber nada mas personal que la vida o el cuerpo humano y, por lo tanto, la indemnización que en algo lo reemplace.

Naturalmente, en caso de muerte, la indemnización del seguro de vida que tiene el carácter de propio, toca a los herederos.

Se comprende que en tal caso se deduzcan las primas de los seguros pagados durante la sociedad conyugal, porque han sido abonadas a costa del caudal común; pero, si las primas hubieran sido pagadas por un tercero, a título de liberalidad, serían también ellas bien propio del beneficiado o de sus herederos.

24.—Bienes propios por sustitución o subrogación.

También son bienes propios:

- 1º—Los bienes sustituidos o subrogados a un bien propio, por vía de permuta, aporte a una sociedad, o en cualquier otra forma legal, de acuerdo con el Art. 186 del Código Civil que dice: “Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición legal de los que sustituyeron o subrogaron”.
- 2º—Los bienes adquiridos con el precio de la venta de un bien propio, de acuerdo con el Art. 187 del Código Civil que dice: “Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compraron después otros, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior fué hecha con el producto de los bienes que antes se enajenaron”.

Capítulo Sexto

EL ACTIVO CONYUGAL

BIENES COMUNES

25.—Cuáles son los bienes comunes.

De conformidad con el Art. 185 del actual Código Civil, todos los bienes de los cónyuges se presumen comunes mientras no se pruebe lo contrario.

Rige así en el Perú, para la sociedad conyugal, el principio en virtud del cual todo el que reclama un derecho debe probarlo.

Es el mismo principio considerado en el Art. 338 del Código de Procedimientos Civiles, cuando dice que si el demandante no prueba su acción, será absuelto el demandado.

Establecida de este modo la presunción legal acerca de la calidad de los bienes, el Art. 184 del Código Civil enumera los que califica específicamente como comunes diciendo:

Son bienes comunes:

- 1º—Los frutos de los bienes propios y de los comunes;
- 2º—Los adquiridos por título oneroso a costa del caudal común, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges;
- 3º—Los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión;
- 4º—Las mejoras útiles hechas en los bienes propios a costa del caudal de la sociedad, o por la industria del marido o de la mujer;
- 5º—Los edificios construídos a costa del caudal común, en suelo propia de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo a quien le pertenezca;
- 6º—Los que cualquiera de los cónyuges adquiera por modo originario;
- 7º—Las ganancias obtenidas por el marido o la mujer en las loterías;
- 8º—El tesoro descubierto, aunque se hallare en predio de alguno de los cónyuges.

De los respectivos incisos, el 1º y 3º se refieren a los frutos del capital o del trabajo; el 2º, 4º, 5º y 7º, a los bienes adquiridos a título oneroso; y el 6º y 8º, a los que adquieran los cónyuges por medios originarios.

Conviene examinar todos estos incisos en detalle porque son de extraordinaria importancia.

26.—Los frutos de los bienes.

1.—"Son bienes comunes... los frutos de los bienes propios y de los comunes". (Art. 184, inc. 1º).

A).—El usufructo conyugal.

En virtud de este inciso, la sociedad conyugal tiene un verdadero derecho de usufructo sobre los bienes propios de los cónyuges, usufructo que está sujeto a las reglas normales de la institución.

B).—Diferencia con el usufructo común

Mas, debe hacerse notar que hay ciertas diferencias entre el usufructo normal, tal como se halla legislado en el Art. 924 y siguientes del Código Civil, y el usufructo de que goza la sociedad conyugal sobre los bienes propios de cada uno de los cónyuges.

El usufructo normal o común se establece por el mérito de la ley, de la voluntad de las partes, o por testamento.

El usufructo legal (que tienen los padres sobre los bienes de sus hijos) nace por mandato de la ley (Art. 398 del Código Civil) sin intervención de la voluntad de los padres; el usufructo testamentario opera por voluntad unilateral del testador; y el usufructo convencional requiere la voluntad de las dos partes, sin que intervenga el imperio de la ley.

En cambio, en el usufructo conyugal intervienen simultáneamente la ley (Art. 176) y la voluntad de las partes, pues, se requiere de tal voluntad para que haya matrimonio (Art. 114) y, por consiguiente, para que exista el usufructo.

El usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos y el que se adquiere por herencia, son renunciables (Arts. 405 y 671 del Código Civil); y el convencional, puede anularse o puede rechazarse; mientras que el usufructo de la sociedad conyugal, una vez producido el matrimonio, es irrenunciable (Art. 176) salvo los casos excepcionales de separación.

Del mismo modo, el usufructo común es transferible por enagenación, salvo el usufructo legal (Art. 405) y, en cambio, el usufructo de los cónyuges es intransferible porque ningún cónyuge puede renunciar a la sociedad conyugal ni a sus efectos (Art. 176).

Finalmente, en el usufructo común el usufructuario administra los bienes respectivos (Art. 924) mientras que en el usufructo de la sociedad conyugal es uno sólo de los cónyuges quien administra los bienes (cada uno los propios y el marido los comunes), a pesar de que la usufructuaria es la sociedad conyugal.

C).—Aplicación de las reglas generales.

En todos los demás casos, las reglas son las mismas.

De este modo, para saber a quien pertenecen los bienes al comienzo y al fin del usufructo conyugal habrá de aplicarse los Arts. 927, 928, 931 y 933 que dicen al efecto lo siguiente:

"Art. 927.—Pertenecen al usufructuario los frutos naturales y los de la industria agrícola pendientes al comenzar el usufructo; y al propietario, los pendientes a su término".

"Art. 928.—Los frutos naturales y los de las industrias agrícola y minera se perciben cuando se recogen o extraen, respectivamente. Los frutos civiles y los productos de las industrias fabriles se entienden percibidos día a día, y se pagan los primeros cuando sean recaudados y los segundos, al término del período económico".

"Art. 931.—Cuando el usufructo recae sobre animales de labor, material de explotación industrial u objetos análogos, el usufructuario está autorizado para devolver otros de la misma clase de los recibidos".

"Art. 933.—El usufructo de un rebaño obliga al usufructuario a conservar las crías en número suficiente para reemplazar las cabezas de que disponga y las que perezcan".

Lo mismo sucede respecto a las especies de consumo de acuerdo con el Art. 930 que dice: "Si el usufructo es de especies que se consumen, el usufructuario se convierte en propietario, con cargo de devolver otras en igual cantidad y calidad o de pagar el valor estimado al tiempo de constituirse el usufructo, en su defecto, el corriente al tiempo de pago".

D).—Usufructo de minas

Se presenta en nuestra ley, el problema de saber cómo se ejerce el usufructo de la sociedad conyugal sobre las minas o yacimientos petrolíferos propios de uno de los cónyuges.

El Art. 928 del Código Civil permite al usufructuario, sin duda, disponer de los frutos; pero surge la duda cuando se quiere determinar qué puede llamarse "frutos" en la explotación de las minas o yacimientos petrolíferos, por cuanto al extraer los minerales, el petróleo o los diversos productos, se va haciendo desaparecer la substancia del yacimiento mismo y podría sostenerse que éste representa la propiedad y no sus provechos.

El Código Civil no resuelve la cuestión con claridad y su falta de coordinación con la legislación específica sobre la materia puede originar dudas.

El Código de Minería de 1900, distinguía entre los yacimientos metálicos y los no metálicos (canteras y análogos) pues según él, los primeros, esto es los metálicos, se adquirían por denuncia y los segundos (canteras y análogos) pertenecían al propietario del suelo.

Más tarde, la ley N° 6611 de 29 de Marzo de 1929, permitió adquirir también las canteras y similares por denuncia, pero reconociendo siempre un derecho de preferencia al propietario del suelo, para hacer suya la concesión dentro de cierto plazo.

Tratándose del petróleo e hidro-carburos, los yacimientos respectivos se otorgaban siempre por concesión.

Con estos antecedentes, el Art. 932 del Código Civil vigente dispuso que "el usufructuario puede explotar las substancias minerales si son de las que pertenecen al dueño del suelo"; de donde resulta que, según él, la sociedad conyugal podría explotar las canteras y similares pertenecientes a un cónyuge, sin reconocer nada a éste por el agotamiento de su propiedad.

Tratándose de las minas metálicas el Código Civil no contenía una disposición semejante limitándose a decir en el Art. 957 que el usufructo sobre las minas de los hijos menores comprende el derecho a los minerales extraídos, pero que el padre restituirá al menor la mitad del valor líquido.

Nada estipulaba sobre la sociedad conyugal, pero por analogía podía aplicársele un principio semejante; esto es que la sociedad conyugal tendría derecho a los minerales extraídos, pero con la obligación de restituir al cónyuge, dueño de la mina, la mitad del valor líquido de tales minerales.

Para el petróleo no había disposición alguna en el Código Civil ni en la legislación específica.

Pero a partir de la dación del nuevo Código de Minería de 12 de Mayo de 1950, la situación ha cambiado substancialmente por las razones siguientes:

- 1º—Tal Código declara que, tanto los yacimientos metálicos como los no metálicos, pertenecen al Estado y son susceptibles de concesión, suprimiendo así, para el futuro, toda distinción entre ellos;
- 2º—Al desaparecer, de este modo, el derecho de propiedad o de preferencia de que, según las épocas, gozó el propietario del suelo sobre los yacimientos no metálicos, ha quedado ya sin aplicación el Art. 932 del Código Civil, que permitía al usufructuario, y por lo mismo a la sociedad conyugal, explotar las substancias que pertenecían al dueño del suelo; y
- 3º—En cambio, el nuevo Código de Minería declara que el concesionario de una mina puede reservar, libre de todo impuesto distinto al cánón territorial, por concepto de agotamiento de la mina, 5% en las concesiones carboníferas y demás no metálicas y 15% en las concesiones metálicas, del valor bruto total de los productos que extraiga, pero fijando como límite para dicha deducción el 50% de las ganancias netas que sean computadas en el ejercicio respectivo.

La ley de Petróleo N° 11780 de 12 de Marzo de 1952, fija para el agotamiento el 15% del valor bruto total de la producción en la Costa y 27 y ½% en la Sierra y en el Oriente, hasta un límite de 50% de las utilidades netas.

Con estos antecedentes, es de preguntarse qué principio aplicará la sociedad conyugal para determinar la propiedad de los productos de las minas:

¿Un principio análogo al del Art. 932 del Código Civil que permitía al usufructuario explotar las substancias no metálicas para sí? ¿El principio establecido por el Art. 957 del Código Civil para los menores, que daba el 50% a cada cual?

¿Las reglas del Código de Minería y de la ley de petróleo, sobre agotamiento de los yacimientos, que fijan porcentajes específicos para cada clase de yacimientos?

La cuestión es importante, pues, según la regla que se invoque, el total de lo que se extraiga de las minas o sólo una parte pertenecerá a la sociedad conyugal.

En la necesidad de solucionar el problema, debemos decir que para nosotros, la cuestión ha de resolverse aplicando los principios del Código de Minas y de la ley de petróleo, por cuanto constituyen la legislación general sobre la materia.

Al establecer tales cuerpos un "factor de agotamiento" reconocen expresamente que todo yacimiento, a parte de las inversiones que en él se hagan, representa para su dueño una riqueza o capital distinto de la utilidad y que debe serle repuesto. También significa un reconocimiento de que todo el yacimiento no es capital, ni todo frutos, y que sólo una parte de él debe reputarse capital de acuerdo con el porcentaje que la legislación señala.

Ahora bien, si el dueño de un bien propio tiene derecho a que se le devuelva su capital, es evidente que ese capital no puede ser otro que el que tiene el concepto de tal según la ley y que lo demás, después de descontar los gastos, constituye los frutos o provechos que corresponden a la sociedad conyugal si se han obtenido durante su vigencia.

El Art. 928 del Código Civil, relativo a las canteras y yacimientos análogos no podría erigirse en regla general, aplicable por analogía a todas las minas, tanto por referirse al caso particular y excepcional de tal clase de yacimientos, cuanto por que ha quedado abrogado por el Código de Minas, que suprime la propiedad o preferencia del dueño del suelo.

Del mismo modo, el Art. 957 del Código Civil que establece la proporción en que los padres y sus hijos menores deben partirse los productos de las minas, constituye, sin duda, una excepción que no puede extenderse a los demás casos cuando existe ley general sobre la materia.

En consecuencia, pues, tratándose del usufructo de la sociedad conyugal sobre yacimientos mineros, consideramos que debe reservarse el 5% de las entradas brutas de los yacimientos carboníferos y el 15% de los demás —después de pagar el cánón territorial— hasta un límite del 50% de las utilidades para restituir su bien propio al cónyuge de que se trate; que el resto de las utilidades constituirá bien común de la sociedad conyugal; y que análogo principio rige para los yacimientos petrolíferos, dentro de los porcentajes de agotamiento que la ley respectiva señala.

E).—Usufructo de acciones de sociedades anónimas.

Si uno de los esposos lleva al matrimonio acciones de una sociedad anónima es evidente que los dividendos que tales acciones producen durante la vida conyugal son comunes, en calidad de frutos.

Pero, sucede con frecuencia que las sociedades anónimas guardan sus utilidades en todo o en parte, en calidad de reservas, sin distribuirlas y entonces se pregunta que calidad tendrán tales utilidades si las acciones son bien propio de uno de los cónyuges.

Para unos estas reservas pertenecen a la sociedad anónima y nada tienen que ver con la sociedad conyugal, de modo que, en el fondo, siguen la calidad de las acciones, o sea de bien propio del cónyuge que las llevó al matrimonio.

Para otros, estas reservas son frutos, que en la parte proporcional correspondiente, pertenecen a la sociedad conyugal como bien común.

¿Cuál de estas dos teorías es la fundada?

El tema es tan interesante que vale la pena ver cómo fundamenta cada parte sus puntos de vista.

Para los primeros, ésto es, para los que sostienen que las reservas siguen como accesorio del bien propio del cónyuge que llevó las acciones al matrimonio, la situación es la siguiente:

- 1º—La sociedad anónima es una persona jurídica independiente de sus asociados.
- 2º—Las reservas pertenecen a aquella y no a éstos.
- 3º—El socio sólo tiene sus acciones, que siendo propias, mantienen su misma calidad, aumente o disminuya el patrimonio de la sociedad.
- 4º—Las utilidades no adquieren la calidad de frutos mientras no se distribuyan como dividendo.
- 5º—Si las utilidades se incorporan a las reservas, no llegan a ser frutos.

6º—Las reservas no constituyen sino una expectativa para la sociedad conyugal que, como todo usufructuario, debe esperar que se produzcan los frutos para aprovecharlos, de modo que si no se distribuyen como dividendos jamás llegan a pertenecer a la sociedad conyugal.

7º—Los insignes tratadistas Planiol y Ripert opinan resueltamente en favor de esta teoría (29).

Por nuestra parte debemos observar que la teoría que acabamos de exponer no está acorde con la verdadera interpretación jurídica del caso.

Para nosotros, las utilidades que produce una sociedad anónima, durante el matrimonio de sus accionistas, son bien común, si se guardan para constituir reservas que incrementan los recursos sociales y aumentan así la potencia del negocio. Encontramos que es aplicable, al efecto, por analogía el inciso 4) del Art. 184 del Código Civil, relativo a inmuebles, según el cual son bienes comunes las mejoras útiles hechas en los bienes propios a costa del caudal común.

En cambio, consideramos que, aún cuando las utilidades son bien común, pasan a formar parte del bien propio y adquieren el carácter de tal, cuando se destinan a respaldar pérdidas, malas deudas, depreciación de materiales, desmedros producidos o previsibles en el negocio o a la formación de reservas técnicas o sociales exigidas por la ley o por los estatutos. Opinamos para ello que el caso debe resolverse aplicando por analogía los incisos 4) y 7) del Art. 195 del Código Civil, según los cuales son de cargo de la sociedad conyugal las reparaciones de mera conservación hechas en los bienes propios y las cargas que pesen sobre los usufructuarios. En este caso, las reservas destinadas a respaldar pérdidas, etc., tienen por objeto conservar el valor de la acción; y, así mismo, las reservas técnicas y sociales son una carga que pesa sobre la acción, de modo que la sociedad conyugal, como usufructuaria de la acción, no tiene más remedio que soportarlas.

No podría objetarse que es difícil distinguir entre una y otra clase de reservas, porque ya la ley 9703, de impuestos a la renta, establece claramente cuáles son las reservas de mera conservación y cuáles las de capitalización, llamadas también recursos sociales.

Conviene recordar, sin embargo, que, tal como se ha expuesto antes, algunos abogados, aduciendo muy poderosas razones y amparándose en la opinión de insignes tratadistas, sostienen que si las acciones son bien propio, las reservas también lo son.

La realidad es que las utilidades de una sociedad anónima le pertenecen a ésta, mientras no sean distribuidas.

La realidad es también que la sociedad anónima es una persona jurídica independiente que sólo tiene relación con sus accionistas.

La realidad es igualmente que los derechos en una sociedad anónima sólo se ejercen y se invocan por quienes son poseedores de las acciones.

La realidad, es finalmente, que si las acciones son de uno solo de los cónyuges, es éste el llamado a tener relación con la sociedad.

(29) Obra citada en la nota N° 14, Tomo 8º, Pág. 456.

Pero hay también otra realidad y es que, durante el matrimonio, el régimen legal de bienes que existe entre los esposos, reposa en ciertos principios esenciales que precisa tener en todo momento a la vista al resolver sus problemas.

Son estos principios fundamentales los siguientes:

- 1º—Que son bienes comunes los frutos de los bienes propios y de los comunes (Art. 184 del Código Civil, inciso 1º).
- 2º—Que, por consiguiente, la sociedad conyugal es usufructuaria de los bienes propios de los cónyuges.
- 3º—Que son, igualmente, comunes las mejoras útiles hechas en los bienes propios a costa del caudal común (Art. 184 del C.C. inc. 4).
- 4º—Que ninguno de los cónyuges puede renunciar a la sociedad conyugal ni a sus efectos (Art. 176 del Código Civil).
- 5º—Que nadie puede enriquecerse con detrimento de otro (Art. 1149 del Código Civil).
- 6º—Que cada cónyuge administra sus bienes propios, pero que las utilidades de éstos pertenecen a la sociedad conyugal (Arts. 178 y 184 del Código Civil).
- 7º—Que la ley no ampara el abuso del derecho.

De estas premisas se deriva una conclusión no menos importante y es que los bienes propios no pueden ser administrados en forma tal que se prive a un cónyuge de su legítimo derecho a los frutos, porque, si así se hiciera, no sólo habría un abuso del derecho y un enriquecimiento ilícito del otro cónyuge, sino que se estaría destruyendo los efectos de la sociedad conyugal que, por mandato imperativo de la ley, son irrenunciables e inalterables.

De estas premisas se derivan también otras conclusiones aplicables al caso específico de las sociedades anónimas y que pueden resumirse como sigue:

- 1º—Una sociedad anónima, aún cuando sea una persona jurídica autónoma, es un ente ficticio, que sólo existe por el mérito de la ley y como medio que tienen determinadas personas físicas, para trabajar.
- 2º—Este ente ficticio, aún cuando sea autónomo, tiene por lo menos una ocasión, en cada año, en que se identifica con la persona de sus accionistas.

Es el día en que se reúne la junta general ordinaria de accionistas y en que la sociedad anónima presenta su balance, poniendo a disposición de los accionistas las utilidades que ha producido.

En ese día no es ya la sociedad la que decide sobre el destino de sus bienes, sino son los accionistas quienes, como personas físicas, votan y ordenan que se haga lo que ellos tengan por conveniente con las utilidades.

- 3º—Cuando un accionista forma parte de la junta general ordinaria de una sociedad, representando acciones propias no sólo procede como dueño de su capital sino como representante de la sociedad conyugal que forma con su consorte, usufructuario de esas acciones, según el inciso 1º del Art. 184 del Código Civil.
- 4º—Por consiguiente, cuando un accionista en una junta general ordinaria decide que las utilidades de la sociedad se distribuyan como dividendos, o cuando decide que esas utilidades sean conservadas por la sociedad en calidad de reservas, está ejerciendo un acto de disposición, está tomando una determinación para sí y para la sociedad conyugal que representa y disponiendo, en consecuencia, de una cosa que pertenece a ésta, desde que en el acto de la reunión de la junta general ordinaria esas utilidades están a la más libre y absoluta disposición de la sociedad conyugal.
- 5º—No se podría sostener que el accionista actúa sólo como representante de un bien propio porque sería olvidar que la sociedad conyugal es usufructuaria de las acciones y admitir un desdoblamiento del accionista, un desdoblamiento de la sociedad conyugal, y suponer que en algún momento uno de los cónyuges puede desprenderse de su calidad de miembro de la sociedad conyugal para representarse sólo a sí mismo, y tomar resoluciones que puedan perjudicar a su consorte, inclusive privarlo en lo absoluto de todos los frutos de los bienes que él posee.
- 6º—Repugna a todo principio de mandato la idea de que el mandatario, en este caso, el representante de la sociedad conyugal, pueda concurrir a una junta y tomar disposiciones que lo protejan a él solo y que en cambio perjudican a su mandante.
- 7º—No se puede decir que, en una junta general de accionistas, la voluntad del accionista no es autónoma por cuanto está sometida a la opinión de los otros accionistas, desde que el respectivo artículo de los estatutos lo obliga, como miembro de la sociedad conyugal usufructuaria de las acciones, y las utilidades de que se dispone son las que tocarían a la sociedad conyugal en el ejercicio de su usufructo legal. Así, pues, la decisión que tome la junta es una decisión que afecta tanto al accionista mismo, como a toda la sociedad conyugal.
- 8º—Debe concluirse, por lo expuesto, que cuando el accionista dueño de acciones que son bienes propios se somete a una decisión de una junta general de accionistas en virtud de la cual se acumulan reservas, está contrayendo personalmente una obligación respecto de la sociedad conyugal que forma, desde que está respaldando o mejorando sus acciones e incrementando su valor real a expensas de la sociedad conyugal.
- 9º—Si uno de los cónyuges por este acto propio priva a su consorte de los frutos de una sociedad anónima, conservándolos sin distribuir, como reservas, es evidente que asume una obligación personal en favor de tal consorte, pues de otro modo estaría violando los principios esenciales de esta sociedad conyugal y torciendo completamente los efectos de ella.

10—Es un axioma jurídico que nadie puede hacer indirectamente lo que la ley le prohíbe efectuar directamente, de modo que si un cónyuge no puede despojar directamente al otro de los frutos de los bienes propios, es evidente que tampoco por medio de una sociedad anónima puede quitarle la respectiva participación, sin que nazca para él la obligación de restituir.

No se diga que los frutos sólo existen cuando se han desprendido de la cosa, o sea que las utilidades de una sociedad anónima sólo se reconocen cuando se han desprendido de la acción, en calidad de dividendo, porque el Art. 928 del Código Civil establece que los frutos civiles y los productos de las industrias se entienden percibidos día a día, sin que tenga importancia que se paguen, también, unos cuando sean recaudados y otros al término del período económico, porque el derecho a los frutos se produce exactamente en el momento en que son percibidos, en otras palabras, cuando son devengados.

Respecto de este último punto consideramos aplicable un párrafo del profesor de Derecho Civil de la Universidad de Madrid don F. Clemente de Diego, quien en su Tratado sobre las Instituciones del Derecho Civil Español, Tomo II, pág. 450, dice:

“Condición común a los frutos, intereses, etc., es que sean percibidos o devengados durante el matrimonio. Parece como que basta que sean percibidos o devengados durante el matrimonio para que sean gananciales, es decir, que los percibidos, aunque no sean devengados, durante el matrimonio, serán gananciales; y los devengados aunque no sean percibidos durante el matrimonio, lo serán también. Esto último es exacto, pero no lo primero, es decir, que entendemos que sólo los devengados durante el matrimonio son gananciales.

De modo que si para la sociedad anónima han devengado frutos, que aumentan el haber de los socios, el cónyuge dueño de sus acciones debe ver que lleguen a su destino final o reconocer a su consorte un crédito por su importe.

11—Si se admitiese la tesis en virtud de la cual las reservas acumuladas como recursos sociales en nada deben beneficiar al consorte se estaría produciendo evidentemente un enriquecimiento del dueño de las acciones con detrimento del otro consorte porque, indiscutiblemente, el valor de la acción se incrementa considerablemente cuando está respaldada no sólo por los primitivos bienes de la sociedad, sino también con las reservas que ella ha acumulado a través de los tiempos.

Los tratadistas alemanes Theodor Kipp y Martin Wolff, en su libro sobre derecho de Familia, volumen I, pág. 459-462 indican que “se da un deber general de abono del valor cuando al hacerse la partición resulta enriquecido un patrimonio aportado (por uno de los cónyuges) con perjuicio del patrimonio común o a la inversa”.

12—En este caso no se puede aplicar, como se pretende, la teoría fran-

cesa de los señores Planiol y Ripert porque dicha teoría corresponde a un sistema jurídico completamente distinto al peruano.

En Francia, el régimen legal de bienes en el matrimonio se establece, por lo general, por la voluntad de los cónyuges, que tienen el derecho de celebrar la respectiva convención matrimonial; y cuando falta esa convención matrimonial se aplica el régimen de la comunidad de muebles y gananciales, o sea, que en tal caso, en Francia, todos los bienes muebles, inclusive los valores, son bienes comunes, incluyendo sus frutos, reservas e incrementos. Existe, además, en Francia, como un régimen opcional, el régimen de comunidad universal en que todo es común; y, en último término, como algo excepcional y sui generis, el régimen de la comunidad restringida, que es aquel a que se refiere la cita de los Sres. Planiol y Ripert. No hay duda de que, en tal caso, cuando se trata de la comunidad restringida, toda interpretación debe tener carácter restrictivo, porque de otro modo, los cónyuges habrían adoptado otro sistema o se habrían sometido al sistema legal de la comunidad de muebles y gananciales.

Sólo así se explica la opinión de los señores Planiol y Ripert al comentar este sistema restrictivo; y así se explica también que sostengan principios, buenos en Francia pero inadmisibles en el Perú, tales como aquellos según los cuales si se distribuyen entre los accionistas, durante el matrimonio, ciertas utilidades, llamándolas reservas, no tendría en ellas participación la sociedad conyugal, tesis que en el Perú nadie podría sostener fundadamente dentro de nuestro sistema legal según el cual todos los frutos que se produzcan dentro del matrimonio tienen el carácter de bien común y según el cual, también, no es dable a los cónyuges renunciar a la sociedad legal de bienes ni a sus efectos.

- 13—Finalmente, el Código vigente establece en su Art. 185 que todos los bienes se presumen comunes mientras no se pruebe lo contrario, de modo que en caso de duda no caben discusiones ni interpretaciones, sino tiene que funcionar la presunción legal.

Si esta interpretación no fuera la válida ni la procedente se destruiría en lo absoluto todos los principios que forman en el Perú el régimen legal de bienes en el matrimonio.

Bastaría constituir una sociedad anónima para que cualquier cónyuge pudiera burlar a su consorte.

Podría enriquecerse egoístamente uno de los esposos sin que el otro tuviera nada que decir ni hacer. Podría por fin anularse el usufructo sobre los bienes propios que establece la ley en favor de la sociedad conyugal dejando que uno de los cónyuges conserve, a pesar de existir tal usufructo, no sólo el bien mismo y su substancia, sino también sus frutos.

El problema que dejamos así estudiado no puede desdeñarse, en esa época en que gran parte de la propiedad territorial, rústica y urbana y la mayoría de los negocios se poseen en la forma de sociedades anónimas.

Sabido es que las utilidades de las acciones se producen en dos formas: por la distribución de dividendos y por el aumento de su valor producido por la acumulación de reservas y recursos sociales.

No hay ley que niegue al consorte el derecho de participar en estas últimas utilidades. Por lo mismo, de acuerdo con la tesis propuesta, el cónyuge que llevó las acciones al matrimonio seguirá siendo dueño exclusivo de éstas, pero su consorte tendrá un crédito contra él por razón de las reservas de capitalización formadas durante el matrimonio.

F).—Provechos de un usufructo

El derecho de usufructo sobre una pensión o renta vitalicia de que goza uno de los cónyuges en calidad de bien propio, por haberlo adquirido antes del matrimonio o durante éste por herencia, donación, etc., es indudablemente propio, pero los provechos de ese usufructo, renta o pensión, percibidos durante el matrimonio, son comunes, porque son frutos desde que su percepción no destruye ni aminora la substancia del derecho mismo y son por lo contrario, la renta que produce ese derecho.

G).—Frutos de los bienes comunes.

Es evidente que estos frutos deben ser también comunes, desde que siendo la sociedad conyugal dueña de los bienes mismos, le corresponde gozar de ellos de conformidad con las disposiciones normales sobre ejercicio del derecho de propiedad (Arts. 850 y 817 del Código Civil).

27.—Bienes que no deben confundirse con los frutos.

Existen determinadas cosas o derechos provenientes de los bienes propios que no deben confundirse con los frutos de éstos, como son:

- a) Los materiales extraídos al demoler un edificio propio, que siguen la suerte de éste, de acuerdo con los Arts. 186, 814 y 815 del Código Civil que dicen:

"Art. 186.—Los bienes sustituidos o subrogados a otros, se reputan de la misma condición legal de los que sustituyeron o subrogaron".

"Art. 814.—No pierden el carácter de parte integrante de un edificio los materiales que se han separado mientras se hacen reparaciones".

"Art. 815.—Es accesorio del predio todo lo que está aplicado permanentemente a su fin económico y se halla en una relación que responda a ese fin".

"La separación temporal de los bienes a que se refiere este artículo no les hace perder su calidad".

- b) Los cortes de madera que se hagan en un bosque propio, en forma inusitada, ésto es en exceso de la explotación ordinaria, por cuanto la sociedad conyugal debe explotar el bien tan sólo en forma normal y acostumbrada, de acuerdo con el Art. 929 del Código Civil, ya que, por la esencia misma de la Institución, el usufructua-

rio se halla obligado a conservar la substancia de la cosa, sin disponer de ella.

c) Los bienes que pueden ser considerados como simple crecimiento de un bien propio (30), tales como:

I Los premios o primas de reembolso de bonos, cédulas u otras obligaciones emitidas por una sociedad civil o mercantil, que no constituyan distribución de utilidades devengadas durante la sociedad conyugal, por cuanto se tratará de derechos accesorios al bien propio, que siguen la suerte de éste, de acuerdo con el Art. 817 del Código Civil y el inciso 3) del Art. 177 del mismo cuerpo de leyes, o por ser una devolución de capital, ésto es del bien propio mismo.

II Las reservas hechas para la conservación o defensa del capital o por prescripción estatutaria, de acuerdo con lo expuesto anteriormente en el capítulo título E).

III El mayor valor o plus-valía de un bien propio, que constituye aumento de capital y no provecho de inversiones ejecutadas durante la vigencia de la sociedad conyugal, pues en tal caso no puede hablarse de frutos ya que el mayor valor corresponde a la cosa usufructuada cuya substancia debe conservarse para el dueño.

IV Las acciones que distribuya gratuitamente una sociedad por desdoblamiento de capital o capitalización de reservas anteriores al matrimonio, por las mismas razones expuestas en el párrafo III.

V Las acciones de otra sociedad que, por semejantes motivos, reciba un accionista.

VI El precio que reciba un accionista por ceder el derecho de preferencia que le corresponda en la emisión de nuevas acciones de una sociedad, por tratarse de un derecho accesorio a una acción propia y no de un fruto de ésta (31).

(30) Véase Aubry & Rau, Droit Civil Francais, Pág. 316. Tomo VIII, Ed. Librairie de la Cour de Cassation, París 1949.

(31) La Jurisprudencia española, según dicen los señores Blas Pérez González y José Castan Tobeñas en sus notas a la Traducción del Derecho de Familia de Martín Kipp y Theodor Wolff, citada en la nota (19) pág. 462, ha decidido "que tienen el carácter de gananciales las acciones repartidas a cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, sin desembolso alguno por su parte y en pago de dividendos, así como las adquiridas en virtud de ventajas ofrecidas a los accionistas para la adquisición de las nuevas emisiones... y en general los productos, rendimientos o utilidades que se obtengan de los valores, ya se llamen dividendos o beneficios... sin que importe que sean aquéllos ordinarios o extraordinarios ni que se distribuyan de momento en metálico o se suspenda su pago mediante reconocimiento de su existencia o entrega de bonos a cobrar más tardíamente, o se substituyan por las nuevas acciones que exija el aumento del capital, pues basta que procedan de la utilidad obtenida que se desprende del capital para que no se estimen incremento anejo o inseparable de éste. Téngase en cuenta, de todos modos, que no es de aplicación el concepto de bienes gananciales cuando no se trata de frutos, o ganancias propiamente dichas, sino de abonos que sean parte integrante y substancial del capital aportado como en el caso previsto en el Art. 1402 ("sumas que se cobran por razón de los plazos vencidos durante el matrimonio, de créditos pagaderos en fracciones").

28.—Los frutos del trabajo.

3.—Son bienes comunes... Los que cualquiera de los cónyuges adquiriera por su trabajo, industria o profesión. (Art. 184, inciso 3).

La base esencial del Derecho de Familia es que los cónyuges, con los frutos de su trabajo, atiendan a las necesidades de su hogar. Por eso el Art. 164 del Código Civil establece que el marido está obligado a suministrar a la mujer y, en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus facultades y situación; y, por lo mismo, los Arts. 159 y 441 determinan que los cónyuges se deben recíprocamente asistencia y están obligados a proporcionarse alimentos, lo que significa que no sólo el marido debe contribuir a las necesidades del hogar, sino también la mujer cuando sea necesario.

A esta obligación de los esposos se da tanta importancia que en algunos lugares, como por ejemplo, en los Estados Norteamericanos de Delaware y Maine, se ha prohibido el matrimonio a los indigentes y aún entre nosotros, en el proyecto de Código de Vidaurre se proponía una disposición semejante, en la idea de que no deben contraer matrimonio quienes no pueden sostener a su familia y que las uniones entre gentes sin recursos originan frecuentes escándalos, divorcios, adulterios, mala educación o abandono de los hijos y aún vida decidiosa de los miembros de la familia.

Es, naturalmente, por todos estos antecedentes, que a los frutos del trabajo de cualquiera de los cónyuges, se les atribuye el carácter de comunes desde que, por esencia, quien quiera que sea el que los gane, deben servir para la vida común.

Por consiguiente, de un modo general, son comunes los frutos del trabajo, de la industria o profesión, tal como indica el Código y sea cual sea la naturaleza de la labor: manual, intelectual o mixta, habiendo llegado, inclusive, algunos Códigos como el Español, (32), a declarar común lo que se obtenga por razón de actos ilícitos o inmorales.

En especial, se califica como frutos del trabajo los siguientes:

A).—Remuneraciones.

Están incluidos en el concepto de frutos del trabajo, como remuneraciones, los salarios, sueldos, honorarios, pensiones y premios percibidos por uno de los cónyuges o por ambos por servicios prestados durante el matrimonio.

Se discute a quién pertenecerán las remuneraciones cuando se trate de servicios prestados en parte durante el matrimonio y en parte antes

(32) El Art. 1406 del Código Civil Español dice lo siguiente: "Las ganancias obtenidas por el marido o la mujer en el juego, o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución, pertenecerán a la sociedad de gananciales, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el Código penal".

o después de fenecida la sociedad conyugal, pero, parece evidente que, salvo prueba en contrario, tales remuneraciones deben distribuirse en proporción al tiempo en que se prestaron, los servicios durante cada etapa, ya que, de un lado, el derecho a los frutos es propio o común, según la época en que se realizó el trabajo, y no hay base mejor que el tiempo para hacer la distribución correspondiente. Se puede tomar, al efecto, como premisa del sentido de la ley, el Art. 205 del Código Civil que también adopta el tiempo como índice para distribuir los haberes cuando una persona ha contraído varias nupcias sucesivas, y es necesario, como consecuencia, liquidar varias sociedades conyugales.

No podría funcionar por sí sola la presunción legal establecida por el Art. 185 de que todos los bienes son comunes mientras no se pruebe lo contrario, porque según la premisa propuesta, se podría probar que los servicios se prestaron en parte fuera del matrimonio. Desde luego, que si no existiese tal prueba, se aplicaría de pleno derecho la presunción legal.

Tratándose de las remuneraciones se discute también si las donaciones, legados, u otros actos de liberalidad otorgados por razón de servicios, constituyen un bien propio o un bien común ya que de un lado el inciso 2) del Art. 177 del Código Civil califica como bien propio lo que uno de los cónyuges adquiere durante el matrimonio a título gratuito; y el inciso 3) del Art. 184 dice que son comunes los frutos del trabajo; de modo que hay lugar a duda sobre la calidad de la adquisición, ésto es, si es gratuita por ser una donación u onerosa por ser consecuencia del trabajo.

Parece claro que una simple liberalidad, otorgada en recuerdo de un servicio, pero no en pago de éste, sería bien propio, porque en tal caso no se trataría de cancelar una deuda exigible en dinero, sino de una simple obligación de orden moral; pero que una donación otorgada por razón de un servicio que nunca fué remunerado, a pesar de ser exigible, la correspondiente retribución, tendría que reputarse como un verdadero pago y no como un acto de liberalidad y que, por consiguiente, debería calificarse como fruto perteneciente a la sociedad conyugal.

B).—Valor venal de un cargo público.

En algunos países, como en Francia, ciertos cargos públicos (por ej. el de agente de cambio y bolsa), por más que sean concedidos gratuitamente, pueden ser transferidos a terceros en virtud del pago de una compensación y, en tal caso, se considera por la doctrina que el valor venal de la transferencia es bien común como fruto del trabajo, si el cargo fué otorgado durante el matrimonio.

C).—Obras de arte, composiciones literarias, inventos.

En toda obra de arte, composición literaria o invento influye la actividad personal de uno de los cónyuges, raramente la de los dos, y es por eso que siendo algo personalísimo podría calificarse como bien propio. Sin embargo, parece indudable que cualquiera que sea la naturaleza del trabajo, ya sea intelectual, material o mixta, se trata de un producto de la actividad de uno de los cónyuges, si se ha hecho durante el matrimonio y que por lo mismo es común.

Desde luego, que si la obra comenzó antes o terminó después del matrimonio habría que hacer la correspondiente repartición de derechos en proporción al tiempo que ha durado cada etapa.

Para algunos, sin embargo, en los casos propuestos, lo que vale es el momento de la concepción porque, sin la idea nada existiría; y, para otros, la ejecución, porque sin ésta la obra no tendría realidad.

Para nosotros, los momentos de concepción, preparación y ejecución de una obra de arte, de una composición literaria o de un invento tienen que ser considerados como un todo, pues todas esas etapas son indispensables para que la obra se concrete en algo real y, por lo mismo, debe atribuirse la propiedad teniendo en cuenta el conjunto general del esfuerzo.

Desde luego, la reproducción de una obra de arte, de una composición literaria o de un invento, ejecutados antes del matrimonio serían propios y, sólo sería común lo que produjera la explotación de los mismos, como fruto, por aplicación de los principios normales sobre propiedad de los bienes en la sociedad conyugal.

D).—Acciones por aporte de industria.

Cuando a una persona se le reconoce, durante la vigencia de la sociedad conyugal, determinada participación o un número de acciones en una sociedad civil o mercantil, por razón de la industria o del trabajo que se comprometió a aportar a la misma, la doctrina se inclina en el sentido de que tales participaciones o acciones son bien común, porque se entregan en remuneración del trabajo.

Naturalmente, puede suceder que el trabajo se preste en parte durante la vigencia de la sociedad conyugal y en parte después, y entonces habría que hacer la distribución en proporción a la duración de cada etapa, siempre que se pueda probar, pues de otro modo serían un bien común por aplicación de la presunción legal estatuida por el Art. 185.

E).—Establecimientos comerciales

Los servicios prestados en establecimientos comerciales propios de uno de los cónyuges pueden dar lugar a dificultades por razón de que en ellos, se mezclan el capital con el trabajo; pero también parece claro que en ese caso es propio el capital y comunes los frutos y las remuneraciones debidas al cónyuge por su trabajo personal.

Si se tratase de establecimientos comerciales fundados durante el matrimonio serían comunes tanto el capital como los frutos .

F).—Minas o canteras

La doctrina y legislación española y francesa consideran que las minas y canteras descubiertas durante el matrimonio son fruto del trabajo; y, por lo mismo, les atribuyen la calidad de comunes, a pesar de que la riqueza obtenida no esté siempre en proporción con el esfuerzo desplegado.

G).—Tierras y aguas

Las concesiones de tierras y aguas obtenidas durante la vigencia de la sociedad conyugal también deben considerarse comunes. Se podría sostener que el Gobierno las otorga gratuitamente, pero es indudable que se requiere del esfuerzo intelectual y material de un cónyuge o de ambos para obtener las adjudicaciones respectivas y por lo mismo deben reputarse como fruto del trabajo.

29.—Medios originarios.

Son bienes comunes... los que cualquiera de los cónyuges adquiera por modo originario (Art. 184, inc. 6).

Son modos originarios de adquirir el dominio, la ocupación y la accesión (33), de modo que todo cuanto los esposos hagan suyo por uno de estos medios durante el matrimonio les pertenece en común.

Así, por la **ocupación** se pueden adquirir los bienes inmuebles poseídos durante treinta años o más sin título, de acuerdo con el Art. 871 del Código Civil que nos rige, salvo los bienes de uso público que no pueden jamás llegar a ser del dominio privado, según el Art. 33 de la Constitución y el Art. 823 del Código Civil.

También se adquieren en la misma forma las cosas muebles que se aprehenden, sin haber tenido antes dueño como son, de acuerdo con los Arts. 877 y 878 del Código Civil:

- a) Las cosas muebles que no pertenecen a nadie, como las piedras, conchas u otras análogas, que se hallen en el mar o en los ríos o en sus playas u orillas (Art. 877); y
- b) Los animales de caza y pesca, salvo que sean cogidos en propiedad ajena sin licencia del dueño, pues en tal caso pertenecen al respectivo propietario (Arts. 878 y 879 del Código Civil).

Por la **accesión**, llegan a ser de la sociedad conyugal las crías de los animales hembras, salvo, desde luego, convención en contrario con el dueño de los animales machos o la obligación de la sociedad conyugal, en su calidad de usufructuaria de los bienes propios de uno de los cónyuges, de conservar las crías en número suficiente para reemplazar las cabezas de ganado de que disponga y las que perezcan, de acuerdo con el Art. 933 del Código Civil.

Igualmente se adquieren en esta forma determinados bienes inmuebles, según los Arts. 867, 868, 869 y 871 del Código Civil, como son:

(33) El Art. 464 del Código Civil de 1852 dice: "Se adquiere el dominio por los modos originarios de ocupación, invención y accesión, o por los derivativos prescritos en este Código".

- a) Las tierras que se unan o adhieran materialmente a un inmueble propio o común;
- b) El terreno que se adquiriera por accesión, en caso de haberse hecho una obra de edificación, de buena fé, en suelo ajeno, con cargo de abonar el valor de tal suelo; y
- c) El edificio construído con materiales ajenos o el sembrío hecho con semillas o plantas ajenas, con cargo de pagar el valor de los materiales, plantas o semillas y los perjuicios causados.

Todos los bienes adquiridos en esta forma se reputan frutos o provechos de la sociedad conyugal inherentes a la actividad de sus miembros o a la explotación de sus bienes.

30.—Tesoro.

4.—Son bienes comunes... el tesoro descubierto, aunque se hallare en predio de alguno de los cónyuges. (inc. 8 del Art. 184).

Se entiende por tesoro, según Domat (34) "El depósito de dinero o de otras cosas preciosas guardadas en un lugar oculto, que se descubren por alguna casualidad y cuyo verdadero dueño no se encuentre".

El hallazgo o invención es en realidad un medio originario de adquirir la propiedad de un tesoro, de modo que lo dispuesto en el inciso 8) del Art. 184 estaba ya de hecho incluido en el inciso 6).

Su adquisición se reputa, pues, también como resultado de la actividad de la sociedad conyugal.

De allí que el Código haya dispuesto que el tesoro (o la parte que toque a la sociedad conyugal si el hallazgo se hizo entre varios) descubierto durante el matrimonio, será bien común aún cuando se encuentre en terreno propio de uno de los cónyuges, apartándose así del principio general establecido en los Arts. 887, 888 y 889 del mismo Código que dicen lo contrario, o sea:

"Art. 887.—El tesoro descubierto en terreno propio pertenece al descubridor íntegramente".

"Art. 888.—Nadie puede buscar tesoro en terreno ajeno, sin permiso del dueño".

"Art. 889.—El tesoro encontrado fuera del caso del Art. 887, se dividirá por iguales partes entre el que lo halló y el propietario del terreno, salvo pacto diverso".

31.—Adquisiciones a título oneroso.—

5.—Son bienes comunes... Los adquiridos por título oneroso a costa del caudal común, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges. (Art. 184, inc. 2).

(34) Cita del Doctor Emilio F. Valverde en la pág. 482 de su obra citada en la nota Nº 25.

Con los frutos de los bienes propios de cada cónyuge y con las retribuciones que obtengan por su trabajo, así como por adquisiciones hechas en forma originaria, se puede ir formando para la sociedad conyugal, que inicialmente nada suyo tenía, un caudal común.

Es natural que la inversión o reinversión de tal caudal siga la misma suerte y que sea también común, de modo que el inciso que comentamos no requiere mayor justificación.

Sin embargo, tradicionalmente se ha tratado de burlar sus efectos haciendo las adquisiciones a nombre de uno sólo de los cónyuges o practicando declaraciones en tal sentido. De allí que el Código haya sido muy enfático al reconocer explícitamente la calidad del bien común, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges.

La jurisprudencia relativa al Código Civil de 1852 había sido desde antiguo muy uniforme en el mismo sentido, inclusive en los casos de declaraciones hechas por testamento. Pueden citarse, al efecto, las ejecutorias de 12 de Setiembre de 1887, de 10 de Agosto de 1910, de 17 de Mayo de 1887, de 22 de Marzo de 1891, de 15 de Octubre de 1919, de 27 de Junio de 1929 y de 10 de Junio de 1936, según las cuales las declaraciones hechas por testamento o por escritura por el marido en favor de la esposa no valen si no hay comprobación suficiente del hecho (35).

La Corte Suprema ha sido tan severa a este respecto que inclusive ha declarado bien común la donación hecha a un cónyuge sin escritura pública (35).

32.—Mejoras útiles.

6.—“Son bienes comunes... Las mejoras útiles hechas en los bienes propios a costa del caudal de la sociedad, o por la industria del marido o de la mujer”. (Art. 184 inc. 4).

Conviene recordar que se entiende por mejoras los gastos que se ejecutan en un inmueble con el objeto de contribuir a su conservación, mayor provecho o utilidad.

También conviene recordar que, como bien decía el Art. 1616 del Código Civil de 1852, las mejoras son **necesarias**, cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro de la cosa; **útiles** cuando, sin pertenecer a la clase de necesarias, aumentan el valor y renta de la cosa en que se ponen; y de **recreo**, cuando sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad.

El actual Código sólo atribuye carácter de comunes a las mejoras útiles hechas en bienes propios a costa del caudal de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer.

Esto significa que se excluye de la comunidad las mejoras necesarias y las de recreo hechas en un bien propio.

Se ha criticado la procedencia de esta exclusión haciendo notar que aún en caso de las mejoras necesarias o de las de recreo contribuye la so-

(35) Obra citada en el párrafo 26. Tomo VIII, pág. 100 y 101.

(35a) Véase también el N° 27, párrafo C).

ciudad conyugal a su ejecución, aumentando el valor del inmueble o impidiendo que perezca debido a un riesgo inminente; pero, en realidad, consideramos más fundada la solución adoptada por el Código, pues la sociedad conyugal por razón del usufructo de que goza se halla obligada a hacer las mejoras necesarias para conservar la existencia de la cosa y también como consecuencia del inciso 4) del Art. 195 del Código Civil que establece que son de cargo de la sociedad conyugal las mejoras de mera conservación hechas en los bienes propios; y en cuanto a las mejoras de recreo, aún cuando hayan sido ejecutadas para que gocen de ellas ambos cónyuges, es evidente que, por razón de su naturaleza, no aumentan el valor del bien, de modo que no pueden originar la obligación de restituir su importe, desde que la obligación de pagar las mejoras útiles se basa esencialmente en la necesidad de impedir que un cónyuge se enriquezca con detrimento de la comunidad.

Establecido así que solo pertenecen a la sociedad conyugal las mejoras útiles hechas en bienes propios, en las condiciones expuestas, procede aclarar qué carácter tienen estas mejoras, esto es si en virtud del inciso 4) del Art. 184, producen un condominio entre el dueño del bien y la sociedad conyugal o un simple derecho de crédito para la sociedad a cargo del bien propio.

Consideramos que la mejora es algo accesorio del inmueble, y que, al adherirse a éste, tiene que seguir la suerte de lo principal, pues de otro modo se produciría un peligroso condominio con desmedro de uno de los cónyuges transformando la naturaleza de la sociedad conyugal que exige respeto por los bienes propios de cada cónyuge y que le sean devueltos al fenecer la sociedad conyugal (Art. 200 del Código Civil).

Si las mejoras útiles se pagan porque uno de los cónyuges no puede enriquecerse, o sea aumentar el valor de su propiedad, con detrimento del otro, es evidente que nuestra ley debe interpretarse en el sentido de que sólo obliga a restituir el valor de las mejoras y no otorga un condominio por razón de ellas.

Este valor para unos es el de inversión que se hace al ejecutarse la obra y para otros el que tiene al enagenerarse el bien propio o al disolverse la sociedad.

Para nosotros, siguiendo la doctrina francesa, el valor que corresponde a la sociedad conyugal es el que tiene la mejora al liquidarse la sociedad o venderse el bien, pues sólo en ese caso puede sacar beneficio el propietario del bien propio ya que de lo demás ha gozado la sociedad conyugal durante su existencia.

33.—Edificios.

7.—“Son bienes comunes... Los edificios construídos a costa del caudal común, en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo a quien le pertenece”. (Art. 184, inc. 5º).

Con el objeto de estimular la edificación, nuestro Código ha establecido que los edificios construídos en suelo propio son comunes; pero se ha criticado esta solución aduciendo que lo principal es el suelo y no la

construcción (ya que el suelo es lo único permanente) y, que la disposición de que se trata está en contra del principio establecido por el mismo Código en su Art. 868 que dice:

“Las obras de edificación en terreno ajeno, si son hechas de buena fe, corresponden al dueño del suelo con la obligación de pagar su valor; pero si son de mala fe, el dueño puede pedir la restitución de las cosas al estado anterior. En uno y otro caso tendrá derecho a la indemnización de los perjuicios”.

Sin embargo, consideramos que la crítica no es fundada, pues aparte de que, como se ha dicho, es necesario fomentar la edificación, el edificio por lo general cuesta más y, por consiguiente, es lo principal desde el punto de vista económico.

Debe notarse que el Código se refiere a la construcción de edificios, de modo que no encajarán dentro de su texto las construcciones eventuales u otras obras que no tuvieran verdadero carácter de edificaciones.

Como el inciso comentado establece que debe abonarse el valor del suelo a quien pertenezca, se produce la duda de saber cuál es ese valor: si el que tenía el terreno cuando se hizo la edificación o si el que le corresponda al momento de la enajenación del inmueble o de la liquidación de la sociedad conyugal.

Siguiendo el principio enunciado al tratar de las mejoras, consideramos que debe reconocerse a su dueño el valor del terreno al momento en que se disponga del bien, o al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, según sea el caso, pues, de otro modo, se podría producir un enriquecimiento de la sociedad conyugal, en perjuicio del cónyuge propietario.

Cabe llamar la atención acerca de que el Código en ninguna forma hace perder al cónyuge propietario el dominio de su suelo, pues simplemente establece que son comunes “los edificios”.

Los efectos de la disposición comentada no son, pues, tornar en común todo el inmueble, ésto es el suelo y las construcciones, sino simplemente, reconocer a la comunidad la propiedad sobre una parte del inmueble, ésto es, sobre el edificio.

La consecuencia práctica de ésto es que el cónyuge dueño del suelo ya no podrá disponer libremente de él y que se requerirá el consentimiento del cónyuge administrador de la sociedad conyugal para que pueda enajenarse la totalidad del inmueble, ésto es, suelo y edificio; y que, en caso de enajenación, deberá prorratearse el precio que se obtenga entre el cónyuge propietario del suelo y la sociedad conyugal dueña del edificio.

Cabe preguntar qué pasará si a la finca propia de uno de los cónyuges y ya edificada, se le agrega uno o mas pisos.

La respuesta para nosotros es que, en tal caso, no se trata ya del inciso 5) del Art. 184, por no hacerse la **construcción en suelo propio de uno de los cónyuges**, sino de una mejora u obra ejecutada para ampliar un bien propio debiendo en tal caso, aplicarse las disposiciones del inciso 4) relativo a las mejoras que en el punto tiene el mismo sentido y resultados que el que comentamos, salvo que el bien mejorado puede venderlo por sí solo

el cónyuge propietario sin intervención del otro, mientras que no puede hacer tal cosa si se trata de construcciones hechas en suelo propio, de acuerdo con lo expresado anteriormente.

34.—Loterías.

8.—“Son bienes comunes... Las ganancias obtenidas por el marido o la mujer en las loterías. (Art. 184, inc. 7).”

Se atribuye el carácter de bien común a las ganancias obtenidas en las loterías porque se trata de los resultados de un contrato aleatorio celebrado a título oneroso a costa del caudal común, cuando con fondos conyugales se compra el billete que mas tarde resulte premiado.

Es tan pequeño, comparativamente, el valor del número de la lotería en relación con el premio que puede obtenerse, que la ley no se detiene a considerar el caso en que el número haya sido comprado con fondos provenientes de la liquidación de bienes de uno solo de los cónyuges y considera el premio siempre como bien común, salvo el caso, por supuesto, de que el billete hubiere sido adquirido desde antes del matrimonio o por alguno de los medios que señala el Art. 177 del Código Civil, pues en tales casos parece evidente que se trataría de un bien propio y que la ganancia obtenida seguiría tal condición a pesar de lo dispuesto en el inciso que comentamos por aplicación de los incisos 1) y 3) del referido Art. 177 del Código Civil.

La doctrina española considera que, por analogía, lo dispuesto en este inciso se extiende a lo que ganen los cónyuges en juegos de azar que así como pueden causar provecho también pueden originar quebrantos a la familia.

35.—Otros bienes comunes.

- a) Los que se adquieren por sustitución con otros bienes comunes, en virtud del Art. 186 del Código Civil que dice:

Art. 186.—“Los bienes sustituidos o subrogados a otros, se reputan de la misma condición legal de los que sustituyeron o subrogaron”.

- b) Los que se adquieran por reinversión del precio de un bien común, de acuerdo con el Art. 187 del Código Civil que dice:

Art. 187.—“Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compraron después otros, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior fué hecha con el producto de los bienes que antes se enajenaron”.

- c) Aquellos cuya condición de propios no pueda ser probada, según el Art. 185 del Código Civil que dice:

Art. 185.—“Todos los bienes de los cónyuges se presumen comunes mientras no se pruebe lo contrario”.

36.—Caso de las alhajas.

A la muerte del marido se pretende a veces privar a la esposa de las joyas de su uso: o, a la inversa, al fallecer la mujer, se intenta, en algunas oportunidades, despojar al marido de las pocas alhajas que emplea en la vida diaria, provocándose de este modo incidentes sumamente dolorosos.

Como las joyas, según el Art. 820 del Código Civil, no forman parte del menaje de la casa, se les tiene que atribuir el carácter de bienes comunes, a falta de prueba sobre su calidad de propias y aunque sean bienes de familia, de acuerdo con el Art. 185 del Código Civil ya citado.

Ni aún las alhajas que el marido regala a su mujer durante el matrimonio, como natural demostración de afecto, quedan excluidas de esta ley implacable, por cuanto está prohibido a los cónyuges renunciar a la sociedad legal de bienes o a sus efectos (Art. 176 del Código Civil) y celebrar entre ellos contrato alguno (Art. 1339 del Código Civil).

Algunos letrados, tratando evidentemente de suavizar la dureza de la ley, sostienen que la mujer es dueña de las alhajas que el marido le regala y éste recíprocamente de los objetos que le dé su mujer e invocan para ello el Art. 778 del Código Civil según el cual no son colacionables los regalos siempre que estén de acuerdo con la condición de la familia y las costumbres.

Fatalmente, este artículo no es aplicable a los cónyuges, por cuanto se refiere a la colación, que sólo alcanza a los hijos y descendientes, de acuerdo con el Art. 775. Además, todo regalo es una donación, y si toda donación es un contrato, y si todo contrato está prohibido a los cónyuges, por las disposiciones ya citadas, es evidente que según ley, cuando el marido regala algo a su esposa, no puede legalmente transmitirle la propiedad de tal objeto, de modo que si ella no es propietaria del mismo, no podría invocar las reglas de la colación en su beneficio exclusivo. Lo mismo sucede con el marido.

Por más que la ley, en este caso, sea contraria a las costumbres normales que rigen en el Perú y por más que atente contra los más delicados sentimientos de los esposos, su sentido es claro. No cabe, pues, aferrarse a una interpretación dudosa. Lo que corresponde es modificarla y establecer como un principio básico de nuestra sociedad conyugal, que un cónyuge puede hacer regalos al otro, y que éstos serán bien propio del beneficiario, siempre que estén de acuerdo con la condición de la familia y las costumbres, y si no causan perjuicio a los acreedores.

37.—Bienes que no deben confundirse con los comunes.

No es común la plus-valía o mayor valor que adquiere un bien propio, por acción del tiempo o por razones de orden económico o social, sin que intervenga el caudal de la sociedad conyugal ni la industria de uno de los esposos.

En tal caso, el bien sigue siendo el mismo y no sufre alteración en su substancia, de modo que no se ve la razón para que su propiedad pase a

la sociedad conyugal en todo o en parte, pues el dueño a título de aumento de valor, perdería algo de lo que, como bien o derecho real, es y ha sido siempre suyo.

Si no ha habido obra o mejora ejecutada con desmedro de la sociedad conyugal, ni, por consiguiente, nada que indemnizar a ésta; y si sólo existe un incremento del bien, es justo que el propietario lo aproveche del mismo modo que se perjudicaría por sí solo si el bien pereciera, puesto que es un axioma jurídico que aquel que corre los riesgos debe gozar también de los beneficios.

38.—Situación del menaje.

El menaje se encuentra en nuestro Código en una situación muy original, ya que no es bien propio ni común, por cuanto la parte final del Art. 200 del Código Civil dispone que, al fenecer la sociedad conyugal no se incluirá en el inventario el menaje ordinario de cada uno, que se entregará al cónyuge sobreviviente, o a la mujer en los casos de nulidad de matrimonio o de divorcio.

Para interpretar este artículo, debemos hacer presente que se entiende por menaje todo aquello que esté destinado al uso, adorno o comodidad de la casa (36), o, en otras palabras, las cosas que forman el ajuar de ella (37).

Por consiguiente, debemos entender que, cuando el Código dice "menaje ordinario" se refiere tan solo a los objetos afectados al uso, adorno y comodidad normal de la casa, de acuerdo con la posición económica de la familia de que se trate y de las costumbres del lugar, de modo que el concepto del menaje ordinario ha de variar según la posición económica de cada cual, pues así como en la casa de familia de grandes recursos el menaje podrá ser costoso, para un hogar de situación económica estrecha, el menaje ordinario tendrá que ser modesto.

Precisa recordar que, según el Art. 820 del Código Civil, "los muebles que forman el menaje de una casa no comprenden los libros, el dinero, joyas, documentos, papeles de crédito, medallas, armas, instrumentos de artes y oficios, ropas, granos y animales".

Por lo mismo, se excluye del menaje los objetos enumerados en el Art. 820, inclusive los muebles-joyas, como cuadros artísticos, que no pueden recibir la calificación de objetos de simple uso común.

Conviene también advertir que el Código ha olvidado decir qué pasará si la sociedad conyugal termina por separación de los cónyuges o por ausencia de uno de ellos.

¿Se aplicará, por analogía, las reglas concernientes a los casos de muerte (para la ausencia) y de divorcio (para la separación), o se resolverá el caso según el Art. 185, conforme al cual todos los bienes se presumen comunes, mientras no se pruebe lo contrario?.

Para nosotros, la ausencia no puede asimilarse a la muerte, porque el ausente puede regresar y no se le reputa por muerto sino después de trans-

(36) Obra citada en la nota N° 22.

(37) Código Civil Argentino. Art. 2323.

curridos 10 años de su desaparición (tres en casos excepcionales), según los Arts. 611 y 612 del Código Civil y, entre tanto, debe respetarse su patrimonio. Tampoco puede equipararse la separación con el divorcio, por cuanto la primera no disuelve el vínculo matrimonial y el segundo sí.

Consideramos, además, que la regla del Art. 185 no tiene excepciones y que no habiendo disposición expresa en el Código, ni por consiguiente título para quitar en este caso al menaje la calidad de común, tiene que reconocérsele como tal.

Debe hacerse notar, finalmente, que no parece justo que se asigne siempre el menaje de casa a la mujer en los casos de divorcio, ya que, si bien se comprende esta adjudicación caballerezca cuando ella no sea culpable, no parece admisible cuando la disolución del vínculo se deba a falta de su parte.

39.—Caso del automóvil.

Al morir algunas personas dejan entre sus bienes un automóvil comprado durante el matrimonio y se discute entonces entre los herederos si es un bien común que debe partirse entre ellos o si forma parte del menaje y pertenece exclusivamente al consorte que sobreviva. Análogo debate podría sobrevenir en los casos de nulidad de matrimonio o de divorcio.

A primera vista no parece haber dificultad y que el automóvil, como todas las demás cosas, se halla sujeto a la regla del inciso 2) del Art. 184 del Código Civil, según el cual son bienes comunes los adquiridos por título oneroso a costa del caudal común, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges.

Pero, el asunto se vuelve más difícil cuando se tiene en cuenta el uso que reciben los automóviles en la vida diaria y el silencio de nuestra legislación al respecto.

Existe, por ello, cierta tendencia a considerar el automóvil como parte del menaje de la casa sujeto a la regla del Art. 200 del Código Civil, según la cual el menaje no forma parte de la masa común y se debe entregar al cónyuge sobreviviente o a la mujer en los casos de nulidad de matrimonio y de divorcio.

Los que patrocinan esta tendencia dicen, en resumen, lo siguiente:

- 1º—Así como la casa es usada para la vida en común, el automóvil sirve para el movimiento general de la familia, de modo que puede ser calificado como un mueble de uso doméstico.
- 2º—Como se guarda, por lo general, en la casa y atendiendo al uso que se le da, se le atribuye el carácter de un accesorio del hogar, afecto a su servicio externo.
- 3º—No es justo privar a la viuda que sobrevive al esposo del automóvil que el marido le había comprado para su uso diario.
- 4º—Recíprocamente, no es equitativo privar al marido que sobreviva a la esposa, del automóvil que emplea como instrumento de trabajo o para su movilidad cotidiana.
- 5º—Otras legislaciones, como la española (Art. 346 del C.C.) y la chilena (Art. 574 del C.C.) excluyen expresamente a los carruajes

o caballerías o sus arreos de los muebles que forman parte del menaje; y, en cambio, nuestro Código Civil (Art. 820) excluye sólo a los animales, y no dice nada respecto de los vehículos, lo que podría hacer suponer que no ha querido considerarlos en la excepción.

Estas razones, pueden llevar a la duda sobre la calidad que corresponde al automóvil y producir conflictos que muchas veces adquieren carácter personal y que se agravan en los momentos de dolor, cuando existen hijos por razón de varios matrimonios, si ha habido divorcios o si existen hijos ilegítimos.

Por nuestra parte consideramos que esta tesis que trata de atribuir al automóvil la calidad de parte del menaje no es fundada, porque sólo es menaje aquello que está destinado al uso, adorno y comodidad de una casa (38) o, en otras palabras, las cosas que forman el ajuar de ella (39).

El automóvil no es un accesorio de la casa, desde que no está aplicado permanentemente a su fin económico, ni se halla en una relación que responda a ese fin (40). Es más bien algo que se usa fuera de ella para comodidad y provecho personal de los miembros de la familia. Su costo, relativamente elevado, no justificaría que se le sustrajera del patrimonio común para provecho de uno sólo de los cónyuges. Hay muchas cosas que usan el marido o la mujer como las joyas y los instrumentos de artes y oficios, que están expresamente excluidos del menaje por el Art. 820 del Código Civil. El hecho de que en las exclusiones practicadas por dicho artículo no figure el automóvil, nada significa, por cuanto la enumeración respectiva sólo es enunciativa, según rezan las actas de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 (41), de modo que debe considerarse comprendido en él a los carruajes, ya se les considere como objeto de uso de la esposa o como un instrumento de trabajo.

Varias ejecutorias de la Corte Suprema han definido ya qué se entiende por menaje diciendo que "constituye el menaje ordinario de casa no sólo los muebles indispensables para el servicio doméstico, sino los objetos destinados al adorno y comodidad del hogar" (42); que el piano (43) y las victrolas (44) no constituyen menaje ordinario de la casa; y que sí lo forman los muebles cuando su empleo es útil y necesario para la vida diaria, pero no los objetos de lujo o arte (45); y dentro de este concepto de menaje no cabe, por cierto, el automóvil.

(38) F. García Calderón.—Diccionario de la Legislación Peruana. T. 2. pág. 1331 2a. Edición París, Librería de Laroque Jeune. 1879.

(39) Código Civil Argentino. Art. 2323.

(40) Art. 815 del Código Civil Peruano.

(41) G. Aparicio y Gómez Sánchez, Código Civil, Concordancias. T. III. p. 368.

(42) Ejecutoria de 7/5/1898. G. Aparicio y G.S.C. Civil, jurisprudencia. T. VIII. p. 196.

(43) Ejecutoria de 16/10/32. G. Aparicio y G.S. C. Civil, jurisprudencia.

(44) Ejecutoria de 18/10/33. G. Aparicio y G.S. C. Civil, jurisprudencia.

(45) Ejecutoria de 2/7/45. Anales Judiciales de 1945. pág. 236.

Mas, sea cual sea nuestra opinión, el hecho es que los conflictos se producen y que, como sana deducción de lo expuesto debería concluirse que conviene reformar el Art. 820 del Código Civil y declarar expresamente, como lo hacen el Código Civil español y el Código Civil chileno, que los carruajes no forman parte del menaje de una casa. Se evitarían así dudas y, lo que es más importante, las desavenencias en las familias.

Capítulo Sétimo

EL PASIVO PROPIO

DEUDAS DE CADA CONYUGE

40.—Correlación de los beneficios con las deudas.

Todo patrimonio supone la existencia de un activo, o sea de bienes, y de un pasivo, o sea de deudas y cargas que gravan esos bienes.

La sociedad conyugal no es una excepción a esa regla y, por consiguiente, así como hay bienes propios de cada cónyuge y bienes comunes, existen, igualmente, deudas que gravan a cada esposo por separado o a ambos en conjunto, de acuerdo con la naturaleza de sus bienes o el origen de la obligación.

Dice al efecto Demófilo de Buen (46): "La sociedad de gananciales es una entidad económica creada para el cumplimiento de los fines comunes a los dos cónyuges; el principio fundamental para señalar las cargas de la misma se deriva de ésta su principal misión"... "Aparte de ello, debe existir una correlación entre los beneficios de la sociedad y las cargas de la misma. Estas deben ser las inherentes a los bienes o causas productoras de los beneficios".

Corresponde examinar, por consiguiente, cómo ha acogido nuestra legislación los principios antes enunciados.

41.—Deudas exclusivas del marido.

El marido responde con sus bienes propios:

a) Por sus deudas anteriores al matrimonio.

Para ello dice el Art. 194 del Código Civil, *in fine*.

"Las deudas anteriores al matrimonio serán pagadas con los bienes del cónyuge que las contrajo".

(46) Demófilo de Buen, Notas a la Obra de Derecho Civil de Colín y Capitán, citada en la nota Nº 17. T. 6º pág. 224.

Por excepción no se incluye entre estas deudas propias la obligación de suministrar alimentos a determinados parientes, aún cuando haya sido contraída antes del matrimonio, pues ella grava al patrimonio común de acuerdo con el inciso 2) del Art. 195 del Código Civil.

Los atrasos por las pensiones que debieron pagarse antes del matrimonio gravan, desde luego, sólo a la persona que dejó de abonarlos.

- b) Por sus **deudas personales contraídas después del matrimonio** que no redunden en provecho de la familia.

Esta regla se desprende del Art. 183 del Código Civil que dice: "Los bienes propios de un cónyuge no responden de las deudas del otro sino en caso de insolvencia de éste y siempre que se pruebe que ellas redundaron en provecho de la familia".

Luego, los bienes del marido responden exclusivamente cuando no es insolvente y contrajo deudas sólo por razones personales.

El Art. 197 del Código Civil confirma este punto de vista al declarar que las obligaciones personales del marido no podrán hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes propios de la mujer, a menos que se pruebe que ellas se contrajeron para provecho de la familia.

- c) Por su **acto ilícito**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 198 del Código Civil, según el cual la responsabilidad civil por acto ilícito de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en su parte de los comunes.

Se comprende que así sea por el carácter personalísimo del acto infractorio de la ley pero, desde luego, ambos cónyuges quedarán obligados si ambos participaron en el hecho que originó la obligación, de acuerdo con el Art. 1147 del Código Civil y el Art. 70 del Código Penal que dicen:

Art. 1147 del Código Civil: "Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, el que pagó la totalidad de la indemnización, puede repetir contra los otros y el juez fijará la respectiva proporción, según la gravedad de la falta de cada uno. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales".

Art. 70 del Código Penal: "La obligación de la reparación civil es solidaria entre los partícipes en el hecho punible".

- d) Por los **daños que causen sus hijos menores** o personas sujetas a su guarda, en virtud del Art. 1142 del Código Civil que dice: "El padre, en su defecto, la madre, y el tutor o curador son responsables por el daño que causen sus hijos menores o personas sujetas a su guarda".
- e) Por las **deudas de la sociedad**, a falta de bienes comunes, de acuerdo con el Art. 196 del Código Civil que así lo dispone, en los términos siguientes: "Los bienes comunes, y, a falta de éstos, los

bienes del marido, responden de las deudas que son de cargo de la sociedad”.

El marido es así, fiador solidario de todas las obligaciones de la sociedad conyugal, al punto de que sus bienes propios no se le restituyen, al liquidarse la sociedad conyugal, sino una vez pagadas las respectivas deudas, de acuerdo con el Art. 201 del Código Civil.

Esta obligación se le impone al marido por ser él quien administra de un modo general los bienes conyugales, y también en virtud de la obligación fundamental que le corresponde, de acuerdo con el Art. 164 del Código Civil, de suministrar a la mujer y, en general, a la familia, todo lo necesario para la vida.

No se podría, de otro lado, exigir a quienes contraten con el marido que estén probando para quién contrata éste cada deuda, si para él sólo o para la familia; y de allí que la ley lo haga preferentemente responsable de todos sus hechos.

Esto lo obliga, también, a ser más celoso en la administración del patrimonio común.

Sucede, sin embargo, que a veces la mujer administra junto con él o en su lugar y entonces se discute por qué ha de ser garante de las obligaciones que asuma su consorte.

De acuerdo con el Art. 169 del Código Civil, para las necesidades ordinarias del hogar, la sociedad conyugal será representada indistintamente por el marido o por la mujer. Podrá, según ello, la mujer, sin autorización ni intervención del marido, hacer compras en los almacenes, contratar servidores, llamar al médico, etc., etc. En este caso se comprende que responda el marido porque, en realidad, la esposa no hace sino cooperar con él en una gestión que a él le compete fundamentalmente, tocándole vigilar que su esposa no se extralimite, porque para ello dirige la sociedad conyugal, (Art. 161 del C.C.) y por cuanto su mujer debe aceptar sus decisiones, salvo cuando constituyan abuso del derecho (Art. 163 del Código Civil).

Del mismo modo, cuando la mujer administre otros bienes comunes con la tolerancia de su esposo (Art. 190 del C.C.), o en ejercicio de un poder conferido expresamente para ello (Art. 1339 del C.C.) se comprende que el marido no pueda eximirse de su responsabilidad desde que, en tales casos, la mujer ejerce tal función, en buena cuenta en nombre de él. Por eso el Art. 191 del Código Civil dispone que el marido responde con sus bienes propios de las obligaciones contraídas por la mujer cuando ella administra los bienes comunes con el consentimiento de aquel.

No se percibe claramente, en cambio, si el marido ha de responder cuando la mujer asuma la administración por virtud de la ley en los casos de urgencia previstos por el Art. 174 del Código Civil o sea de interdicción del marido, ausencia o residencia en lugar remoto o condena a pena privativa de la libertad que produzca la interdicción civil. En tales casos no interviene para nada la voluntad del marido, ni se vé porqué ha de quedar obligado antes que nadie por los actos de su mujer.

Sin embargo, la ley no hace excepciones al establecer en el Art. 196 del Código Civil que los bienes del marido responden, a falta de bienes comunes, por las deudas de la sociedad y al determinar, en el Art. 201 del mis-

mo Código, que los bienes del marido le serán devueltos sólo en último término, una vez pagadas las obligaciones conyugales, sin discriminar entre los casos que administre él o aquellos en que la administración sea ejercida por la mujer, en virtud de mandato expreso de la ley.

- f) Por la dote que constituya por sí solo según el Art. 222 del Código Civil que dice: "No son responsables los bienes propios de un cónyuge, ni los bienes de la sociedad, por la dote que constituya el otro por sí solo".
- g) Por la devolución de los bienes de la mujer cuando los haya tenido a su cargo, como por ejemplo:

I. La dote, según los Arts. 229, 230 y 236 del Código Civil que dicen:

Art. 229.—"Salvo estipulación en contrario, el marido puede disponer de los bienes fungibles quedando responsable de su valor".

Art. 230.—"El marido está obligado a constituir hipoteca en seguridad de la dote, en el caso del artículo anterior".

Art. 236.—"La reivindicación por la mujer de los muebles cuyo dominio conserva, sólo será permitida si el marido no tuviere bienes con que responder de su valor, o si la enajenación por el marido y las subsiguientes entre terceros hubiesen sido hechas a título gratuito o de mala fe".

II. Los bienes propios de su mujer que administre por encargo o poder de ella, según los Arts. 1339 y 201 del Código Civil que dicen:

Art. 1339.—"Se prohíbe contratos entre cónyuges, si no es para el otorgamiento de poderes".

Art. 201.—"Aprobado el inventario se pagarán los bienes propios de la mujer; después, las cargas y obligaciones de la sociedad; y, por último, el capital del marido".

- h) Por la devolución de los bienes de la mujer, aunque no hayan estado a su cargo, al liquidarse la sociedad conyugal, según el Art. 201 antes citado, pues al serle devueltos sus bienes en último término resulta respondiendo por los de su esposa.

42.—Deudas exclusivas de la mujer.

La mujer responde con sus bienes propios:

- a) Por sus deudas anteriores al matrimonio, de acuerdo con el Art. 194 citado al tratar de las deudas del marido, con la salvedad de la segunda parte del Art. 237 del Código Civil, relativo a la dote, que dice: "Las deudas de la mujer anteriores al matrimonio serán pagadas con sus otros bienes propios; a falta de éstos, con los frutos de los bienes dotales; y, en último caso, con los muebles dotales".

- b) Por sus **deudas personales** contraídas después del matrimonio y que no beneficien a la sociedad conyugal, según el Art. 183 también ya referido, pero con la excepción del Art. 237 según el cual la mujer no responde con sus bienes dotales de las obligaciones contraídas por ella durante el matrimonio.
- c) Por los **daños que causen sus hijos menores** que no estén a cargo de su marido, tales como sus hijos ilegítimos o los de otro matrimonio.
- d) Por su **acto ilícito**, en virtud del Art. 183 que ya conocemos.
- e) Por las **deudas comunes**, en los casos en que ella administre la sociedad, según los Arts. 169 y 174 del C.C., y por aplicación de los Arts. 190 y 193 que dicen:

Art. 190.—“La mujer no puede sin consentimiento del marido administrar los bienes comunes, obligarlos ni litigar sobre ellos, sino dentro de los límites en que representa a la Sociedad”.

Art. 193.—“La mujer que asuma la administración de los bienes comunes tendrá idénticas facultades y responsabilidades que el marido cuando la ejerce”.

En este caso, sin embargo, queda sujeta a la excepción establecida en el Art. 237 para los bienes dotales y a la responsabilidad previa del marido por las deudas de la sociedad conyugal.

- f) Por la **dote que constituya por sí sola**, de acuerdo con el Art. 222 ya transcrito; y
- g) Por las obligaciones que resulten del **ejercicio de su profesión o industria**, según lo prescrito por los Arts. 173 y 213 del Código Civil, 10, 11 y 12 del Código de Comercio, en los términos siguientes:

Art. 173 del C.C.—“La mujer puede ejercer cualquiera profesión o industria, así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común con el consentimiento expreso o tácito del marido.

“Si el marido negare su consentimiento la mujer podrá ser autorizada por el juez, siempre que pruebe que esta medida la justifica el interés manifiesto de la sociedad conyugal o de la familia”.

Art. 213 del C.C.—“Los bienes reservados y los bienes propios de la mujer responderán de las obligaciones contraídas por ésta en el ejercicio de su profesión o industria”.

Art. 10 del Código de Comercio.—“Si la mujer ejerciere el comercio en los casos señalados en los Arts. 6º, 7º y 9º de este Código, quedarán solidariamente obligados a las resultas de su gestión mercantil todos sus bienes dotales y parafernales, y todos los bienes y derechos que ambos cónyuges tengan en la comunidad o sociedad conyugal, pudiendo la mujer enagenar é hipotecar los propios y privativos suyos, así como los comunes.

Los bienes propios del marido podrán ser también enajenados é hipotecados por la mujer, si se hubiere extendido o se extendiere a ellos la autorización expresa por aquel".

Art. 11.—"Podrá igualmente ejercer el comercio la mujer casada, mayor de veintiun años, que se halle en alguno de los casos siguientes:

- 1º Vivir separada de su cónyuge por sentencia de divorcio.
- 2º Estar su marido sujeto a guardaduría.
- 3º Estar el marido ausente ignorándose su paradero; y previa licencia judicial.
- 4º Estar su marido sufriendo la pena de interdicción civil.

Art. 12.—"En los casos a que se refiere el artículo anterior, solamente quedarán obligados a las resultas del comercio, los bienes propios de la mujer, y los de la comunidad o sociedad conyugal que se hubiesen adquirido por esas mismas resultas, pudiendo la mujer enajenar e hipotecar los unos y los otros.

Declarada legalmente la ausencia del marido, tendrá además la mujer las facultades que para este caso le concede la legislación común".

43.—Comparación de la responsabilidad personal de los cónyuges.

De lo expuesto anteriormente se desprende que, aún cuando en muchos casos la responsabilidad personal de un cónyuge es análoga a la del otro, como sucede con las deudas anteriores al matrimonio, con las deudas personales que no benefician a la sociedad, con las obligaciones por acto ilícito, con la dote que constituya por sí solo, cualquiera de ellos, o con las obligaciones que contraiga cada cónyuge en el ejercicio de su profesión o industria, hay una serie de casos en que lleva ventaja la mujer, pues no responde con sus bienes dotales, que son propios, por algunas de sus obligaciones, solo paga al final de cuentas las obligaciones comunes de la sociedad conyugal cuando ella administre, a falta de bienes comunes y de bienes del marido y no responde con sus bienes personales por las obligaciones contraídas por el marido en provecho de la familia, aún en caso de insolvencia de éste y a pesar de lo dispuesto por el Art. 183, pues el Art. 175 declara que la mujer no responde con sus bienes propios de las deudas personales del marido, cualesquiera que sean la forma de la obligación y la renuncia que hiciere de sus derechos.

Tampoco hay disposición alguna que la obligue a responder con sus bienes por el patrimonio de su marido cuando lo tenga a su cargo salvo, por supuesto, cuando se exceda de los límites de su mandato o de la curatela, casos en que si responde de acuerdo con las reglas de dichas instituciones y, en todo caso, al disolverse la sociedad conyugal recupera todos sus bienes propios aún antes de pagarse las deudas de la sociedad conyugal (salvo cuando haya administrado, pues en tal caso responde de tales deudas), y, siempre, por supuesto, antes que sean devueltos al marido los bienes que a éste corresponden.

Capítulo Octavo

El pasivo conyugal.—Deudas comunes

44.—¿Quién responde y cómo?

En general, ambos cónyuges responden con los bienes comunes por las deudas de la sociedad, de acuerdo con los Arts. 194 y 196 del Código Civil que dicen:

Art. 194.—“La sociedad responde de las obligaciones contraídas durante ella por el marido y también por la mujer, en los casos en que ésta puede obligarla.

“Las deudas anteriores al matrimonio serán pagadas con los bienes del cónyuge que las contrajo”.

Art. 196.—“Los bienes comunes, y, a falta de éstos, los bienes del marido, responden de las deudas que son de cargo de la sociedad”.

45.—Cuáles son las deudas comunes.

a) Son deudas de la sociedad:

Las que contrajo el marido durante su administración, en virtud del Art. 194 antes citado, salvo las siguientes excepciones:

I. Las obligaciones personales suyas que, según el Art. 197, no pueden hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes propios de la mujer (que son comunes) a menos que se pruebe que tales obligaciones se contrajeron para provecho de la familia.

De acuerdo con esto, la mujer puede oponerse en cualquier momento al embargo de los frutos de sus bienes propios por deudas personales del marido, sin esperar para ello la disolución de la sociedad conyugal.

II. La responsabilidad civil por acto ilícito del marido, que no afecta a la mujer en sus bienes propios ni en su parte de los comunes (Art. 198).

III. Las obligaciones nulas o anulables por haber sido simuladas o contraídas en fraude de la mujer o en contravención al Código, por aplicación del Art. II del Título Preliminar y del Art. 176 del Código Civil y de todos los principios relativos a la nulidad de los actos jurídicos.

b) También son deudas de la Sociedad, las que contrajo la mujer en su administración, en los casos en que ésta puede obligarla, de acuerdo con el Art. 194 del Código Civil y los Arts. 10, 11 y 12 del Código de Comercio, sin mas excepciones que las siguientes:

- I. La responsabilidad civil por acto ilícito de la mujer que no obliga al marido en sus bienes propios ni en su parte de los comunes.
- II. Las obligaciones nulas o anulables por haber sido simuladas o contraídas en fraude del marido o en contravención al Código, por aplicación de los principios ya citados en el inciso III) del párrafo a).
- III. Las obligaciones contraídas por la mujer que ejerce el comercio, cuando vive separada de su cónyuge por sentencia de divorcio, cuando está sujeto su marido a guardaduría, cuando está el marido ausente o cuando está sufriendo éste pena de interdicción civil, pues para tales casos dispone el Código de Comercio que la mujer sólo responderá con sus bienes propios y con los de la comunidad o sociedad conyugal que se hubiesen adquirido por resultas de sus negocios.
- IV. Podría decirse, así mismo, que si la mujer no responde, de acuerdo con el Art. 197, con los frutos de sus bienes propios por las obligaciones personales del marido; éste, por reciprocidad, tampoco debe responder, con los frutos de sus bienes propios, por las deudas personales que contraiga la mujer en su administración.

Pero, el Art. 197, por su texto, parece estar destinado a proteger solamente a la mujer y no al marido, pues éste se halla sujeto a la fianza general que el Art. 196, concordante con el 200, le impone sin tasa por las obligaciones de la sociedad conyugal.

- c) Son, finalmente, deudas de la sociedad las que en detalle establece el Art. 195 del Código Civil, o sea:

I. Sostenimiento de la familia.

Art. 195.—1. "El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes".

Esta carga afecta a la sociedad porque no es sino una consecuencia de las obligaciones impuestas por el Código a los esposos en los Arts. 158, 164 y 398 del Código Civil.

Por el primero, los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos; por el segundo, el marido está obligado a suministrar a la mujer, y en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus facultades y situación; y, en virtud del tercero, son deberes de los padres alimentar y educar a sus hijos y dirigir la instrucción profesional de éstos, con arreglo a su situación.

II. Alimentos.

Art. 195.—2. "Los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a sus parientes".

Nótese que el Código no hace distinción alguna entre las diversas clases de parientes, sean legítimos o ilegítimos. Nótese también que, por consiguiente, aún los hijos ilegítimos no reconocidos pueden disfrutar de esta ventaja de acuerdo con el Art. 367 del Código Civil que dice: "Fuera de los casos expresados en el artículo anterior, el hijo ilegítimo sólo podrá reclamar una pensión alimenticia, hasta la edad de dieciocho años, del que hubiera tenido relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción".

Esta acción subsistirá aunque la madre hubiera transigido o renunciado a incoarla, si lo hizo en condiciones manifiestamente perjudiciales para los intereses del hijo".

Por lo tanto, la sociedad conyugal responde con sus bienes por los alimentos de toda clase de parientes, siempre que se encuentren dentro de los grados enumerados en los Arts. 441 y 442 que dicen:

Art. 441.—Se deben alimentos recíprocamente:

- 1º—Los cónyuges;
- 2º—Los ascendientes y descendientes;
- 3º—Los hermanos.

Art. 442.—Los alimentos, cuando sean dos o mas los obligados a darlos, se prestarán en el orden siguiente:

- 1º—Por el cónyuge;
- 2º—Por los descendientes;
- 3º—Por los ascendientes;
- 4º—Por los hermanos".

Esta regla tan absoluta del Código parece, sin duda, excesiva.

No puede llamar la atención que un cónyuge esté obligado a dar alimentos al otro, puesto que es un deber elemental que asumen al contraer matrimonio; ni que ambos estén obligados a alimentar a sus descendientes comunes, o a sus ascendientes o hermanos, desde que es una obligación emanada del vínculo de sangre que los une con ellos; ni que, por análoga razón, cada cual esté obligado a alimentar a sus propios descendientes; pero sí llama la atención que, con los bienes comunes, inclusive con los frutos de los bienes propios o del trabajo de un cónyuge deba alimentarse a los hijos ilegítimos del otro cónyuge.

Es justo que ambos esposos, dentro de la mútua ayuda que se obligan a prestarse al contraer matrimonio, contribuyan a la atención de los hijos legítimos del otro, pero no parece tan claro que un cónyuge tenga el derecho de pedir a su consorte que le entregue los frutos de sus bienes propios o de su trabajo personal para alimentar a los hijos ilegítimos que él haya tenido fuera del hogar.

Sin duda es necesario que alguien atienda a la subsistencia de tal clase de hijos, pero parece que la obligación respectiva debe recaer en el progenitor. La solidaridad conyugal no puede, evidentemente, llegar hasta el límite de obligar a un cónyuge a responder con sus bienes por esta clase de deudas del otro.

En el caso de los hijos ilegítimos del marido podría invocarse, quien sabe, el Art. 197 que, como acabamos de ver, libera a los frutos de los bienes propios de la mujer de toda responsabilidad por las obligaciones personales del marido; pero no parece que el Art. 197 se refiera a esta clase de obligaciones, porque el Código, cuando trata de los alimentos, no hace ninguna clase de excepciones, y por cuanto no habría ninguna razón para que se forzara al marido a alimentar a los hijos ilegítimos de su mujer cuando ella no contribuye a los alimentos de los hijos del marido.

El Código Español establece a este efecto (Art. 1408), que será de cargo de la sociedad de gananciales el sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y de los ilegítimos de uno solo de los cónyuges.

El Código Chileno, a su vez, dispone (Art. 1740) que la sociedad está obligada al pago. . . "5º del mantenimiento de los cónyuges; del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes; y de toda otra carga de familia. Se mirarán como carga de familia los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes, o ascendientes, aunque no los sean de ambos cónyuges; pero podrá el juez moderar este gasto, si le pareciere excesivo, imputando el exceso al haber del cónyuge".

Ecuador y Colombia siguen este mismo sistema.

El Código Argentino establece, en cambio, (Art. 1275), que son de cargo de la sociedad conyugal. . . "1º—La manutención de la familia y de los hijos comunes; y también de los hijos ilegítimos de uno de los cónyuges; los alimentos que uno de los cónyuges está obligado a dar a sus ascendientes".

Los Códigos de Alemania (Arts. 1529 y 1534) y de Francia (Art. 1409, inc. 5), también prescriben la necesidad de alimentar a toda clase de hijos.

Como única excepción, sin embargo, a la regla general de nuestro Código que comentamos, podemos decir que si uno de los cónyuges, al casarse adeudaba algo por concepto de pensiones de alimentos de parientes propios, tal deuda no gravará a la sociedad conyugal, por ser anterior al matrimonio y, como tal, obligación personal del respectivo cónyuge.

III. Donativos.

Art. 195.—3. "El importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por ambos cónyuges".

Se incluye, en las obligaciones de la sociedad conyugal, de acuerdo con este inciso, las donaciones, regalos, constituciones de dote, anticipos de herencia, y, en general, cualesquier acto de liberalidad que hagan ambos cónyuges en conjunto en favor de sus hijos.

No gravarán, en cambio, a la sociedad las donaciones que otorgue uno solo de los cónyuges a los hijos, aunque sean comunes, porque ninguno de los esposos está autorizado para disponer a título gratuito de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro.

Por eso el Art. 222 del Código Civil dispone que no son responsables los bienes propios de un cónyuge, ni los bienes de la sociedad, por la dote que constituya el otro por sí solo.

Por la misma razón no gravará a la sociedad conyugal el importe de lo donado o prometido por un cónyuge a un hijo propio, que no es del otro.

Esto, desde luego, no impide al marido o a la mujer actuar unilateralmente, sin la concurrencia del otro, para favorecer a un hijo común o a un hijo exclusivamente suyo, siempre que grave tan solo sus bienes propios y que no se exceda de lo que la ley le permite disponer por vía de donación, legado o mejora, de acuerdo con los Arts. 700, 707, 775, 776, 778 y 1469 del Código Civil que dicen:

Art. 700.—“El que tiene descendientes o padres o hijos adoptivos o descendientes de éstos o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

Art. 707.—“El testador puede disponer hasta de uno de los dos tercios de sus bienes destinados a legítima para mejorar a sus descendientes.

Art. 775.—“Toda donación o liberalidad que, por cualquier título, hayan recibido los hijos o descendientes se reputará anticipo de herencia, para el efecto de colacionarse, salvo dispensa del causante.

Art. 776.—“La dispensa está permitida dentro de la porción de libre disposición o dentro de los límites de la mejora, y debe establecerla expresamente el testador en su testamento u otro instrumento público.

Art. 778.—“No es colacionable lo que se ha gastado en alimentos o en enseñar alguna profesión, arte u oficio. Tampoco son colacionables los regalos siempre que estén de acuerdo con la condición de la familia y las costumbres.

Art. 1469.—“Ninguno podrá dar por vía de donación, mas de lo que puede dar por testamento.

La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida. El exceso se regulará por el valor de los bienes que tuvo el donante al tiempo de la donación”.

IV. Reparaciones en bienes propios.

Art. 195.—4. "Las reparaciones de mera conservación hechas en los bienes propios".

La sociedad conyugal está gravada con esta carga como una consecuencia del usufructo de que goza sobre tales bienes.

Si aprovecha de los frutos, es evidente que debe hacer lo necesario para conservar la substancia de los bienes que los producen. No es ésto sino la aplicación de la regla general establecida para todos los usufructuarios en el Art. 934 del Código Civil.

Como el Código se refiere en el inciso comentado a las reparaciones de mera conservación, es evidente que no gravarán a la sociedad conyugal las obras extraordinarias; y que las inversiones respectivas deberán reputarse como mejoras pertenecientes, si son útiles, a la masa común, de acuerdo con el inciso 4) del Art. 184 del Código Civil.

Sin embargo, si las obras extraordinarias llegaren a ser necesarias por omisión de quien administre los bienes comunes, en tal caso responderá la sociedad, por aplicación de la parte final del Art. 934 del Código Civil.

V. Reparaciones en bienes comunes.

Art. 195.—5. "Las reparaciones realizadas en los bienes comunes".

Al dueño de un bien le corresponde atender a los gastos que origine su conservación y, por lo tanto, la procedencia de este inciso es indiscutible, sea cual sea la naturaleza de las obras por ejecutar.

No se comprendería que se gravara los bienes de un cónyuge cuando la sociedad tiene el peculio necesario para hacer frente a sus propios gastos.

IV. Atrasos o réditos.

Art. 195.—6. "Los atrasos o réditos devengados de las obligaciones a que estuviesen afectos así los bienes propios de los cónyuges como los comunes".

Se ha de entender por "atraso" las pagas o rentas vencidas y no cobradas (47), como por ejemplo, los arrendamientos que se adeuden por un fundo o ambos, los sueldos, salarios o remuneraciones no pagadas y que sean de cargo de los esposos o provenientes de sus negocios, las indemnizaciones o multas impuestas por el retardo en el cumplimiento de obligaciones, los recargos sufridos por la demora en el pago de impuestos, etc., etc.

(47) Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. p. 137. 16a. Edición. Talleres Espasa Calpe. S.A. Madrid. 1939.

Réditos son los intereses que rinde un capital.

Es claro, pues, cuáles son las cargas que por estos conceptos gravan a la sociedad conyugal; no es tan claro si el patrimonio común debe soportar solamente los atrasos y réditos devengados durante la vida conyugal o también los anteriores.

El Art. 1408 del Código Civil Español, en su inciso 2) que reproduce, casi literalmente nuestro Código, se refiere expresamente a los devengados "durante el matrimonio", pero nuestro Código no reproduce estas palabras refiriéndose tan solo a los "devengados". De allí podría deducirse que, según nuestra ley, los bienes comunes deben responder por todos los atrasos o réditos cualquiera que sea la época en que se originaron; pero, para nuestro criterio, no es así, por cuanto el Art. 194 dispone que las deudas anteriores al matrimonio serán pagadas con los bienes del cónyuge que las contrajo y es evidente que los atrasos y réditos producidos antes de la ceremonia nupcial forman parte de tal clase de obligaciones sin que exista razón alguna para hacer con ellas una excepción cancelándolas a costa de la comunidad.

En cambio, como consecuencia del derecho de la sociedad sobre todos los frutos de los bienes propios y comunes, ella responde por todos los atrasos o réditos devengados durante el matrimonio, sea por bienes o negocios propios o por los comunes.

No dice el inciso comentado si la sociedad conyugal está gravada o nó con la obligación misma que da lugar al atraso o rédito, pero, de acuerdo con el Art. 194 antes citado, parece evidente que sólo está a su cargo el principal de las deudas contraídas por ella o el de las que afecten a los frutos y que el principal de las restantes obligará tan solo al cónyuge que las originó. Así pues, en una deuda hipotecaria contraída antes del matrimonio, la sociedad responderá por los intereses y comisiones que devenguen durante el matrimonio pero las cuotas de amortización serán de cuenta del cónyuge a quien pertenezca el bien hipotecado.

VII. Cargas de los usufructuarios.

Art. 195.—7. "Las cargas que pesen sobre los usufructuarios".

Tanto la sociedad conyugal, como cualquiera de los cónyuges puede gozar del usufructo de un bien y, en tal caso, es natural que, como lo dispone este inciso, la sociedad conyugal que percibe los frutos haga los gastos correspondientes.

En esta materia podemos mencionar como cargas del usu-

- I. El cumplimiento de las obligaciones prescritas al constituirse el usufructo (Arts. 1233 y 1328 del Código Civil);
- II. La explotación del bien en la forma normal y acostumbrada, para conservar su substancia (Arts. 929 a 933 del Código Civil);
- III. El pago del seguro contra incendio de los edificios, pues responderá de su pérdida si el siniestro ocurre por culpa suya (Arts. 929, 1136, 1518 y 1519 del Código Civil);
- IV. El pago de las contribuciones, las rentas vitalicias y las pensiones de alimentos que graven los bienes usufructuados (Art. 935);
- V. La defensa del bien, por sí mismo o en unión del nudo propietario, según sea el caso, por aplicación de los Arts. 929, 1136 y 1517 (inc. 3) del Código Civil que dan las reglas generales sobre la forma de explotar el bien usufructuado, sobre la responsabilidad por descuido o negligencia y sobre las obligaciones del conductor (aplicables por analogía); siendo sensible que no se haya reproducido en nuestra legislación vigente el Art. 1110 y el 1111 del Código Civil de 1852 que reglamentaban esta obligación en forma clara y expresa; y
- VI. La ejecución de las reparaciones ordinarias y aún las extraordinarias si por omisión se necesitasen éstas.

VIII.—Gastos de Administración.

Art. 195.—8. "Los gastos que cause la administración de la sociedad".

Este inciso no requiere comentario, puesto que es evidente que la sociedad conyugal debe atender a sus propios gastos.

IX.—Funeral y lutos.

Art. 195 —9. "Los gastos de funeral y luto que un cónyuge ocasione con su muerte y los ordinarios de la familia durante el mes siguiente".

Parece que este inciso estuviere en contradicción con los artículos 803 y 804 del mismo Código que dicen:

Art. 803.—"Los gastos de funeral se pagan de preferencia".

Art. 804.—"Las personas que hasta el fallecimiento han vivido y se han alimentado gratuitamente en la casa del fallecido, pueden exigir que la masa siga soportando los mismos gastos durante un mes".

Aplicando el inciso 9º, materia del comentario, todos los gastos de funeral y luto de un cónyuge y los ordinarios de la familia durante un mes, serían de cargo de la sociedad conyugal.

Aplicando los Arts. 803 y 804, los mismos gastos no serían de cargo de la sociedad conyugal sino de los herederos.

En el primer caso, el cónyuge supérstite respondería con sus gananciales por la mitad de tales gastos.

En el segundo, no respondería con sus gananciales por todos los gastos.

En la necesidad de encontrar un sentido lógico en todo el Código consideramos que los Arts. 803 y 804 han de interpretarse en el sentido de que el cónyuge supérstite, por sus gananciales y los herederos del cónyuge fallecido, con la mitad que a éste corresponde en los gananciales, responderán por los gastos de que se trata y que, sólo por falta o insuficiencia de los gananciales pagarán los herederos tales gastos íntegramente con los bienes propios del causante que hereden.

Capítulo Noveno

ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

REGLAS GENERALES

Las reglas fundamentales de la administración de los bienes conyugales son las siguientes, en el Perú:

46.—Bienes propios.

Cada cónyuge administra sus bienes propios.

Los Arts. 178 y 172 del Código Civil dicen, al efecto, lo siguiente:

Art. 178.—“Cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos”.

Art. 172.—“La mujer puede contratar y disponer de sus bienes, sin mas limitaciones que las derivadas del régimen legal”.

Esta regla tiene seis excepciones, o sea:

- a) El marido, salvo estipulación en contrario, administra los bienes dotales de la mujer, de acuerdo con el Art. 228 del Código Civil, siguiendo las reglas que examinaremos en detalle al tratar de la institución respectiva;
- b) El marido puede pedir que pasen a su administración, en todo o en parte, los bienes de la mujer, cuando ésta no contribuya con los frutos de tales bienes al sostenimiento de las cargas del hogar (Art. 180);
- c) El marido puede administrar los bienes de la mujer con simple consentimiento tácito de ésta en virtud del Art. 182 que dice: “Cuando la mujer deje que sus bienes propios sean administrados en todo o en parte por el marido, no tendrá éste sino las facultades inherentes a la mera administración y quedará obligado a devolverlos en cualquier momento”;

- d) El marido representa a la mujer en juicio, de acuerdo con el Art. 20 del Código de Procedimientos Civiles.

Se ha sostenido (48) que, desde la promulgación del actual Código Civil, el marido ya no ejerce esta representación por cuanto el Art. 172 del Código Civil confiere a la mujer el derecho de actuar por sí misma; pero debe observarse que el Art. 172 no deroga la potestad del marido para representar a su esposa en juicio, pues otorga esta prerrogativa a la mujer sólo en forma facultativa, diciendo que "puede" comparecer, o sea, que si quiere tiene el derecho de hacerlo y si nó de dejar al marido que la defienda.

Debe recordarse, al efecto, que, de acuerdo con la parte final del Art. 1823 del Código Civil, las disposiciones de otros Códigos no se considerarán derogadas por las de éste, sino cuando expresamente se haga referencia a materias comprendidas en dichos Códigos y que estén en oposición a ellas.

No podría sostenerse que en el actual Código Civil hay oposición y que ha quitado al marido la representación jurídica de la mujer, pues ésto no ha ocurrido en forma absoluta, ya que el Art. 182 permite a la mujer que deje administrar por el marido sus bienes propios.

La diferencia entre el antiguo y nuevo sistema radica, sin duda, en que, según el Código Civil de 1852, el marido era el representante forzoso de la mujer en juicio; y, en el Código actual es sólo un representante facultativo, ya que la mujer puede evitar que intervenga saliendo ella a juicio personalmente.

La Ejecutoria Suprema de 15 de Abril de 1941 concuerda con esta tesis (49).

- e) Un cónyuge puede administrar los bienes del otro, si este le otorga poder para ello (Art. 1339); y
- f) Un cónyuge también puede administrar los bienes del otro, sin mandato de éste, en caso de incapacidad o interdicción del consorte, siguiendo las reglas sobre la curatela (Arts. 554, 555, 559, 564, 583, 588 y 590).

47.—Bienes comunes: Marido.

El marido administra los bienes comunes de acuerdo con el Art. 188 que dice: "El marido es el administrador de los bienes comunes, y, además de las facultades que tiene como tal, puede disponer de ellos a título oneroso".

Esta administración la ejerce por derecho propio y como obligación legal, por ser el director y representante de la sociedad conyugal y tener a su cargo las decisiones referentes a su economía (Arts. 161, 162 y 163) y porque está obligado a suministrar a la mujer y en general a la familia lo necesario para la vida (Art. 164).

(48) Ejecutoria de la Corte Suprema de 25/7/38, mencionada en la obra del Doctor G. Aparicio y Gómez Sánchez, citada en la nota N° 26. Tomo VIII. pág. 95.

(49) "El Peruano" de 7 de Mayo de 1942. N° 410.

Su potestad marital está sujeta a determinadas excepciones que veremos luego.

48.—Necesidades del hogar.

El marido o la mujer representan indistintamente a la sociedad conyugal para las necesidades ordinarias del hogar (Art. 169).

Esto significa que la mujer puede adquirir cosas en los almacenes y tiendas, contratar servidumbre y realizar otras actividades semejantes sin intervención del marido.

No creemos que esta facultad se extienda a la de adquirir casa-habitación por cuanto la ley confiere al marido la facultad de fijar y cambiar el domicilio de la familia (Art. 162).

Podría sí, representar a la familia en un juicio de desahucio si el marido no estuviera en el lugar, porque así lo dispone expresamente el inciso 5) del Art. 22 del Código de Procedimientos Civiles.

49.—Bienes reservados.

La mujer administra sus bienes reservados, aunque sean comunes.

50.—Administración excepcional por la mujer.

La mujer administra excepcionalmente los bienes propios del marido y los comunes.

- a) En los casos de urgencia, de acuerdo con el Art. 192 del Código Civil que dice "La administración de los bienes comunes" y de los bienes del marido se transfiere a la mujer en los casos del Art. 174".

Tales casos ocurren:

1. Si el marido está impedido de ejercer la dirección y administración de la sociedad conyugal por causa de interdicción;
2. Si se ignora el paradero del marido o éste se encuentra en un lugar remoto sin tener apoderado;
3. Si el marido ha sido condenado a una pena privativa de la libertad que produzca la interdicción civil.

Llama la atención que el Código no haya previsto que en los mismos casos el marido administre los bienes propios de la mujer.

- b) Si el marido le da autorización a su esposa para ello, de acuerdo con los Arts. 190 y 1339 del Código Civil.

Debe entenderse esta última regla en el sentido de que la autorización debe otorgarse mediante un poder expreso a fin de que haya prueba efectiva de su existencia y también atendiendo a lo dispuesto por el Art. 1633 del Código Civil que di-

ce: "Para disponer de la propiedad del mandante o gravarla, se necesita que el encargo conste expresamente y por escritura pública".

51.—Mujer comerciante.

La mujer puede ejercer cualquiera profesión o industria, así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común con el consentimiento expreso o tácito del marido.

Si el marido negare su consentimiento, la mujer podrá ser autorizada por el juez, siempre que pruebe que esta medida la justifica el interés manifiesto de la sociedad conyugal o de la familia.

Este principio se complementa con los Arts. 6 a 12 del Código de Comercio que facultan a la mujer para ejercer el comercio con autorización del marido y aún sin tal autorización, en determinados casos.

Es de advertir, a este respecto, que en los casos en que haya contradicción entre el Código de Comercio y el Código Civil debe entenderse que prevalece el Código Civil de acuerdo con el Art. 1823 del Código Civil ya citado.

Por consiguiente, entendemos que, al presente, la mujer podría dedicarse al comercio aún con la oposición de su marido, si recibe autorización judicial para ello; y también que ya no necesita llegar a los 25 años para dedicarse al comercio sin autorización del marido en los casos que enumera el Art. 12 del C. de Comercio que exige tal edad.

Capítulo Décimo

EXTENSION DE LOS PODERES DE ADMINISTRACION

52.—Bienes propios

La ley es muy amplia al determinar las facultades que tiene cada cónyuge cuando administra sus bienes propios; y de ello debe concluirse que puede gravarlos y enajenarlos a título oneroso o el título gratuito.

El Art. 178 dice, al efecto, "cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos".

Esta regla se confirma por el Art. 172, relativo a la mujer, que dice: "La mujer puede contratar y disponer de sus bienes, sin mas limitaciones que las derivadas del régimen legal".

"La mujer puede comparecer en juicio".

Las únicas limitaciones que podrían invocarse en contra de la libre disposición de los bienes propios serían:

- a) Una general, relativa a las donaciones, ésto es la del Art. 1469, cuando dice: "Ninguno puede dar por vía de donación más de lo que puede dar por testamento..."

- b) Otra particular relativa a la herencia o legado que dice: "Ninguno de los cónyuges puede renunciar una herencia o un legado sin el consentimiento del otro" (Art. 179).
- c) Otra especial concerniente a los frutos de los bienes propios pues siendo ellos bienes comunes, deben ser entregados al cónyuge que tiene a su cargo la sociedad conyugal, salvo los que sean requeridos indispensablemente para atender las cargas originadas por la administración de los bienes propios, pues de otro modo tal administración sería imposible o ilusoria.

Este derecho de la sociedad conyugal a los frutos de los bienes propios así como el hecho de que las mejoras útiles introducidas en un bien propio sean bien común, (Art. 184, incisos 1) y 4), ha dado lugar a que en muchas ocasiones se exija la intervención del marido cuando la mujer vende u obliga sus bienes propios pensando que ella no tiene facultad para disponer de la parte común que haya en sus bienes; y tales posibilidades hacen en muchos casos ilusorio el derecho de la mujer a disponer libremente de sus bienes. Indudablemente la interpretación legal que obliga a intervenir al marido es excesiva pero se origina que por la falta de previsión de la ley y no puede censurarse que, por defecto de ella, los contratantes tomen toda clase de seguridades para evitar litigios o reclamos posteriores. En nuestro concepto el Código requiere, en este punto, una aclaración para que cada cónyuge pueda obligar sus bienes incluyendo los frutos y mejoras.

53.—Bienes del otro cónyuge.

Si un cónyuge administra los bienes propios de su consorte, ha de sujetarse a los límites impuestos por la naturaleza de la administración que ejerza.

Así, el marido que administra los bienes dotales, debe observar las reglas concernientes a la dote; si administra los demás bienes de la mujer por consentimiento tácito de ésta (Art. 182) no tiene sino las facultades inherentes a la mera administración, es decir, que no puede venderlos, gravarlos ni disponer de ellos; y si interviene en juicio, no puede convenir en la demanda, transigir, prestar juramento decisorio ni deferir a él, sino con el consentimiento de su mujer manifestado por escritura pública o en escrito presentado al Juez y con firma legalizada (Art. 21 del Código de Procedimientos Civiles).

Si la mujer asume la administración de los bienes propios por virtud de lo dispuesto en los Arts. 174 y 192 del Código Civil, sólo tendrá facultades de mera administración aplicando por analogía los Arts. 182 y 1633 del mismo Código.

Del mismo modo, si un cónyuge actúa como apoderado del otro, en virtud de mandato expreso, deberá sujetarse a los términos del poder (Art. 1636, inciso 3) del Código Civil; y si procede como guardador, ha de observar las reglas de la curatela (Arts. 504, 505, 506, 507, 516, 520, 522, 558 y 564 del Código Civil).

54.—Bienes comunes.

El marido es, como ya se ha dicho, el administrador de los bienes comunes, (salvo los bienes reservados de la mujer cuya administración corresponde a ésta según el Art. 207 del Código Civil); pero únicamente puede disponer de ellos a título oneroso. Así lo prescribe el Art. 188 del Código Civil.

Está facultado, por consiguiente, para arrendarlos, venderlos, apartarlos a una sociedad, constituir hipotecas, servidumbres, o cualquier otra clase de gravámenes y para realizar, en general, toda clase de actos de administración o disposición sin intervención de la mujer y sin mas restricción que la de que no sean actos a título gratuito, ésto es que no impliquen una donación o liberalidad.

Hay, por lo mismo, exceso cuando se hace intervenir a la mujer en unión del marido, para enajenar o gravar bienes comunes, por el hecho de que hayan sido adquiridos a nombre de ella. Se olvida que, según el inciso 2) del Art. 184 del Código Civil, son bienes comunes los adquiridos por título oneroso a costa del caudal común, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges. Se olvida también que todos los bienes se presumen comunes, mientras no se pruebe lo contrario (Art. 185 del Código Civil).

La mujer, como participe en la sociedad conyugal, tiene el derecho de estar informada de lo que su marido haga con los bienes comunes, para darle su ayuda y consejo para la prosperidad común (y aún para oponerse a los excesos del marido) tal como indican los Arts. 161 y 189 del Código Civil, pero ésto no limita los poderes del marido ni produce efectos para la validez o nulidad de los contratos a título oneroso que él celebre con terceras personas.

En cambio, para disponer a título gratuito, el marido requiere el consentimiento de su consorte, por cuanto el Art. 188 lo faculta, exclusivamente, como queda dicho, para enajenar los bienes a título oneroso. Ni siquiera puede constituir por sí solo dote en favor de una hija común, pues el Art. 222 establece que no son responsables los bienes propios de un cónyuge, ni los bienes de la sociedad, por la dote que constituya el otro por sí solo.

Pero, desde luego, en estas prohibiciones no pueden estar incluídos los moderados regalos que se hagan, de acuerdo con las costumbres y la condición de la familia.

La mujer que asuma la administración de los bienes comunes, dice el Art. 193 del Código Civil, tendrá idénticas facultades y responsabilidades que el marido cuando la ejerce.

Por consiguiente, cuando la mujer administre, procederá como si fuera el propio marido que actúa, sin diferencia alguna.

Se duda por algunos de que la mujer en tal caso tenga poder para disponer de los bienes comunes a título oneroso (50), pensando que al decir que se encargará de la "administración" le toca sólo "administrar" y no

(50) Véase Héctor Cornejo Chávez, Derecho Familiar Peruano. Pág. 226.

disponer. En nuestro concepto, sin embargo, el Código en este artículo usa la palabra administración como sinónimo de "dirección" o "representación" tal como dice en el Art. 174 y no en un sentido limitativo. De otro modo no existiría la identidad de facultades de que habla el propio Art. 193.

Ciertos Códigos, como el del Brasil y la legislación de algunos Estados Americanos son mas severos que el nuestro, pues inclusive exigen la intervención de ambos cónyuges para todos los actos de disposición.

Capítulo Décimo Primero

GARANTIAS DE LA ADMINISTRACION

55.—Administración del marido.

El marido que administra sus bienes propios o los comunes no tiene que rendir cuentas de su administración, ni dar a la mujer garantía alguna, pero la ley otorga a ésta la facultad de obtener determinadas medidas precautorias o de carácter más severo en caso de mala conducta del marido o de peligro de los bienes conyugales. Tales medidas son las siguientes:

- a) Si el marido no le suministra lo necesario para la vida, según sus facultades y situación, la mujer puede pedir al Juez que ordene a los deudores de aquel y a los de la sociedad conyugal que le hagan sus pagos a ella en todo o en parte (Art. 166) o pedirle alimentos de acuerdo con los Arts. 159, 161, 441 y 442 del Código Civil;
- b) Puede oponerse a todos los actos del marido que excedan de los límites de una administración regular, según la naturaleza de los bienes, y que redunden en perjuicio de los intereses administrados. (Art. 189);
- c) Puede pedir la separación de bienes, sin disolver el vínculo matrimonial, en los casos prescritos por el Art. 241 que dice:

"La separación de bienes será declarada por el juez a pedido de la mujer".

1º—"Cuando el marido desatienda las obligaciones que le impone el Art. 164.

2º—"Cuando el marido no asegure los aportes de la mujer;

3º—"Cuando el marido abuse de las facultades que respecto de los bienes comunes le acuerda este Código;

4º—"Cuando la mujer no quisiere asumir la administración de la sociedad que le transfiere el Art. 192".

- d) Obtiene de hecho la separación de bienes en los casos de quiebra del marido según el Art. 240.

- e) Puede lograr por mutuo disenso la separación de cuerpos, que produce también la separación de patrimonios de acuerdo con los Arts. 199, 269 y 271 del Código Civil que dicen:

Art. 199.—“Fenece la sociedad;

.....
4º Por la separación de los bienes”;

Art. 269.—“El divorcio puede limitarse a la separación de los casados”.

Art. 271.—“La separación pone término a los deberes conyugales relativos al lecho y habitación y disuelve la sociedad legal, dejando subsistente el vínculo del matrimonio”.

- f) Puede obtener, también por mutuo disenso, el divorcio que produce la nulidad del vínculo y extingue la sociedad conyugal, de acuerdo con los Arts. 199 y 253 del Código Civil;
- g) Puede pedir que se declare **pródigo** al marido y que se nombre curador de su patrimonio, cuando dilapide más de la tercera parte de los bienes raíces o capitales (Art. 576 del Código Civil);
- h) Puede pedir la **nulidad de los actos abusivos** que practique su marido, ésto es cuando se extralimite de los poderes que le confiere la ley para la administración de la sociedad conyugal, como, por ejemplo, si enajena a título gratuito los bienes comunes, pues no puede olvidarse que los bienes no le pertenecen exclusivamente y que su facultad de administración no lo autoriza para llegar al abuso, con desmedro de los derechos de su mujer.

Serían de aplicación a este efecto el Art. II del título preliminar del Código Civil, según el cual la ley no ampara el abuso del derecho, el Art. 176 que impide a los cónyuges renunciar a la sociedad conyugal o a sus efectos y, por lo mismo, violar las reglas de tal sociedad, el Art. 189 que la faculta para oponerse a los actos del marido que excedan de los límites de una administración regular, y los Artículos 1634, 1637 y 1646 del C.C. que impiden al mandatario excederse de los límites de su poder.

- i) Puede pedir la nulidad de los actos maliciosos que practique el marido en su perjuicio, invocando para ello las disposiciones que conciernen al dolo (Art. 1085), a la simulación (Art. 1095), al fraude (Art. 1098 y sigt.) o a la nulidad de los actos jurídicos (Art. 1123 y sigt.) según sea el caso.

El marido, en tesis general, puede decir, sin mas, al terminar la sociedad conyugal, como bien expresan los señores Colin y Capitant (51) “He aquí lo que queda del activo común”, pero, al mismo tiempo, sin necesidad de obligarlo a rendir cuentas, se le puede obligar a restituir probándole que oculta bienes o que ha dispuesto de ellos en mala forma por odio a su mujer o a sus herederos, o para causarles perjuicio o desmedro o en vista de la próxima extinción de la sociedad conyugal por muerte u otra causa legal”.

(51) Obra citada en la nota 17. Tomo 6, pág. 264.

Las maniobras del marido, pueden consistir en actos jurídicos (como donaciones, enajenaciones, arrendamientos ruinosos, etc.); hechos materiales (como usurpaciones, destrucción de bienes o daños a los mismos); o abstenciones; que en el fondo constituyan abuso del derecho, enriquecimiento ilícito o fraude; pero, para que den lugar a una acción de nulidad, deben ser intencionales, a fin de "suprimir o disminuir —como dicen los mismos señores Planiol y Ripert— (52) la porción que la mujer o sus herederos deban percibir algún día en la comunidad, es decir, despojar voluntaria y subrepticamente a la mujer y a sus herederos de una porción de los bienes comunes o en términos mas amplios de violar los derechos de la mujer o sus herederos en o sobre la comunidad".

Insistimos en que debe tratarse de actos deliberados del marido porque, si no lo fueran, dejaría de existir la malicia que justificaría la acción de nulidad.

Las acciones por simulación y análogas podría intentarlas, la mujer, aún estando vigente el matrimonio, sin perjuicio de pedir la separación de bienes, si lo tuviera a bien, porque nada le impide litigar con su marido y los cómplices de éste, para defenderse si es necesario (Art. 189 del Código Civil, Art. III del Título Preliminar del mismo Código y Art. 22, inciso 2), del Código de Procedimientos Civiles); pero para la Acción Pauliana, contra terceros, si fuere el caso, se requeriría, naturalmente, que primero quedase disuelta la sociedad conyugal para que la mujer pudiera ser reputada como acreedora por sus gananciales; pero también sin duda, entre tanto, podría intentar todas las acciones y adoptar todas las medidas necesarias para comprobar el fraude y asegurar sus derechos, de acuerdo con los Arts. 241 (inc. 3) y 242 del Código Civil.

- j) Puede hacerse **indemnizar** en ciertos casos por el acto ilícito del marido en agravio suyo, de acuerdo con los Arts. 1136, 1149 y 1321 del Código Civil, cuando no sean aplicables las disposiciones a que se refieren los artículos anteriores.

Este principio debe interpretarse, desde luego, en forma muy restringida, porque de un modo general se reconoce al marido la facultad de administrar, como tenga por conveniente, los bienes comunes, sin que sea responsable de las pérdidas que origine tal administración, porque la ley no le señala el grado de diligencia que debe poner; y porque resultaría, por lo general, casi imposible determinar el límite exacto entre la negligencia y la administración normal que debe hacer como buen padre de familia.

La mujer es, sin duda, sólo consejera y no juez en tal administración, pero es evidente que no puede exonerarse al marido de responsabilidad cuando procede con culpa inexcusable o dolo como, por ejemplo, si deja perder deliberadamente un bien por prescripción, o si pretende enriquecerse con detrimento de su cónyuge;

(52) Obra citada en la nota 14. Tomo VIII págs. 612 y 613.

- k) Puede, en fin, **negarse** a aceptar la resolución del marido cuando constituya abuso del derecho, de acuerdo con el Art. 163 del Código Civil que dice: "La mujer no está obligada a aceptar "la decisión del marido cuando ésta constituye un abuso de su derecho".

Además, cuando el marido administre los **bienes propios de ella**, puede exigirle que otorgue garantía hipotecaria, de acuerdo con los Arts. 180, 181, 229, 231 y 230 del Código Civil, que dicen:

Art. 180.—"Si la mujer no contribuye con los frutos de sus bienes propios al sostenimiento de las cargas matrimoniales, el marido podrá pedir que pasen a su administración dichos bienes, en todo o en parte".

"En este caso, el marido estará obligado a constituir hipoteca por el valor de los bienes muebles que recibiere".

Art. 181.—"Si el marido careciere de bienes propios para constituir la hipoteca, quedará obligado a prestar otra garantía, siempre que fuere posible, según el prudente arbitrio del juez".

Art. 229.—"Salvo estipulación en contrario, el marido puede disponer de los bienes fungibles quedando responsable de su valor".

Art. 231.—"El marido no puede enajenar ni gravar los bienes dotales no fungibles, salvo que la mujer consienta expresamente".

Art. 230.—"El marido está obligado a constituir hipoteca en seguridad de la dote; en el caso del artículo anterior. Si no tuviere inmueble que hipotecar, regirá lo dispuesto por el artículo 181".

56.—Administración por la mujer.

Cuando la mujer abusa de su derecho de representar a la sociedad en las **necesidades internas del hogar**, o cuando sea incapaz de ejercitarlo, el juez podrá privarla de él o limitárselo a instancia del marido.

Cuando la mujer administre los **bienes comunes**, dice el Art. 193 que tendrá idénticas facultades y responsabilidades que el marido; pero no expresa el Código si el marido gozará de las mismas garantías que por su parte se halla obligado a otorgar a su mujer cuando él administra.

Es claro, sin embargo, que el marido podrá:

- a) Pedirle alimentos, invocando los Arts. 159, 161, 441 y 442 del Código Civil;
- b) **Privarla** en todo o en parte de la administración de sus bienes propios, de acuerdo con el Art. 180 del C.C. ya citado;
- c) Exigir que **contribuya** al sostén del hogar con sus bienes reservados, según el Art. 208 del Código Civil que dice: "El marido pue-

- de exigir que la mujer contribuya con los bienes reservados, de un modo equitativo, al levantamiento de las cargas del matrimonio. El juez en caso contrario, regulará la contribución".
- d) Invocando por analogía el Art. 189 y de acuerdo con el Art. 193, oponerse a todos los actos de la mujer que excedan de los límites de una administración regular;
 - e) Obtener la separación de bienes en caso de **quiebra**, de la mujer, según el Art. 241 ya citado.
 - f) Obtener la separación de cuerpos o el divorcio por mutuo disenso, en los casos ya previstos anteriormente al tratar de los derechos de la mujer contra el marido;
 - g) Hacer que sea declarada **pródiga** la mujer en casos análogos a los previstos para el esposo;
 - h) Pedir la **nulidad** de los actos abusivos o fraudulentos de la mujer, también en los casos ya citados al tratar de la administración del marido.
 - i) Hacerse **indemnizar** por el acto ilícito de la mujer en contra suya.

No puede, en cambio, pedir la separación de patrimonios manteniendo el vínculo matrimonial y la obligación concerniente al lecho y habitación, porque la ley franquea esta acción tan sólo a la mujer, según el Art. 241.

57.—Administración de los bienes del otro.

Si un cónyuge administra los bienes del otro con poder de éste, el mandato podrá serle revocado; y si procede como curador y actúa mal, podrá ser removido del cargo, de acuerdo con las reglas concernientes a la respectiva institución.

58.—Excepciones a las reglas sobre la administración.

Ya hemos visto que, de un modo general, cada cónyuge administra sus bienes propios y el marido los comunes.

Sin embargo, la ley sujeta este principio a dos excepciones fundamentales que conciernen a la dote y a los bienes reservados de la mujer; pues la dote constituida por bienes propios de la mujer es administrada generalmente por el marido, y los bienes reservados de la mujer, que son comunes, quedan bajo la administración de la esposa. De cada uno de estos casos trataremos en capítulo aparte.

Capítulo Décimo Segundo

LA DOTE

59.—Definición.

En el derecho clásico, dice Petit (53), se entiende "por dote el conjunto de bienes que el marido recibe de su mujer, o de otra persona en su nombre, para ayudarle a soportar las cargas del matrimonio".

Lo que caracteriza la dote es, pues, la entrega de ciertos bienes al marido para que él los administre en beneficio de la familia aún cuando la propiedad de ellos corresponda a la mujer.

Los demás bienes de la mujer, o sea aquellos cuya administración y disfrute ella conserva —aunque a veces sólo teóricamente— son conocidos con el nombre general de parafernales.

60.—Antecedentes históricos.

Nació la dote en Roma en el matrimonio *in manu*, por variadas razones. De un lado, fué una compensación que otorgaba el padre a su hija, que perdía el derecho de heredarle cuando salía de la familia —por el matrimonio— para ingresar a la del marido; de otro lado tuvo por objeto dar a la mujer un medio de contribuir, en alguna forma, a los gastos de la casa y a la manutención y educación de los hijos; y constituyó, en fin, un modo de indemnizar a los nietos por la falta de participación en la herencia del abuelo materno.

La dote subsistió en el matrimonio *sine manu*; pero mientras que en el matrimonio *in manu*, según las opiniones más comunes, el marido adquiría la propiedad de los bienes dotales, en este otro caso, sólo asumía la administración conservando la mujer su dominio sobre las propiedades de esta clase, de modo que eran inalienables y debían ser devueltas a la mujer al disolverse el matrimonio.

La otorgaban el padre, la familia paterna de la mujer, el tutor o el curador y se llamaba entonces *dote profecticia*. También podían otorgarla, la mujer misma, su madre, los parientes maternos o un extraño y adquiría en tales casos la denominación de *dote adventicia*.

En la necesidad de fomentar los matrimonios y la solidez de las familias, llegó a hacerse obligatoria.

En el sistema germánico hubo también dote, pero únicamente la otorgaba el marido a su mujer, ya sea en la forma de "morgengabe" o donación de la mañana o de "wittum" o donación para la viudez que retenía el marido durante el matrimonio, pero que recibía la mujer a la muerte de éste para atender con decoro a su subsistencia.

(53) Eugéne Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano. Ed. Saturnino Calleja. Madrid, 1926, pág. 433.

El sistema romano llegó a nuestro Código de 1852, con carácter forzoso, a través de Las Partidas y de la Novísima Recopilación, y ha sido acogido por nuestro Código del 36 en los Arts. 220 a 239, aún cuando en la actualidad carezca de aplicación práctica y sea una institución casi sólo de sabor histórico.

61.—La dote en el Código vigente.

Dice el Art. 220 del Código Civil: "La dote se compone de los bienes que lleve la mujer al matrimonio y de los que durante él adquiera gratuitamente conforme a este título"; comprendiendo con estas palabras, aparentemente, todos los bienes que lleve la mujer al matrimonio; pero no es así, porque dicho artículo mediante la frase "conforme a este título" sólo incluye en la dote aquellos bienes que se lleven al matrimonio sujetándose a las disposiciones que reglamentan específicamente esta institución. Por lo mismo, en repetidos casos y en otros artículos el Código se refiere a otros bienes propios de la mujer que no tienen el carácter de dotales y cuya administración ella conserva. Tales son los Arts. 172, 178, 182 y 237.

62.—Constitución de la dote.

a) Quiénes la constituyen.

Están facultados para constituir la dote en el Perú los padres o extraños.

Según el Art. 221 se entiende que los padres se obligan por mitad cuando dotan juntos a su hija sin expresar la parte con que concurren. En cambio, si uno de los cónyuges constituye la dote por sí solo, no obliga al otro, pues, según ley, en tal caso no son responsables los bienes propios del consorte que no intervino, ni los bienes de la sociedad conyugal (Art. 222).

Los extraños pueden ser el novio o terceras personas.

Estando al texto del Art. 220, la mujer también puede constituir la dote asignando a cierta parte de sus bienes o a todos ellos tal calidad. Abonan este punto de vista los antecedentes de la institución, tales como El Digesto, Código Libro V, Título XII, Ley 4; Las Partidas, Ley 8ª, Título XI, Partida 4ª; el Código Brasileño, Art. 279; el Código Francés, Art. 1541; nuestro antiguo Código Civil de 1852, Art. 988, y otros diversos cuerpos legales.

b) Cuándo se constituye.

La dote puede constituirse, de acuerdo con el Art. 225, antes o después de la celebración del matrimonio, excepto en el caso del esposo a quien la ley sólo permite constituirla antes de contraer las nupcias.

Con esta última excepción se corrobora la regla general establecida en el Art. 1339 del mismo Código, según la cual se prohíbe contratar entre cónyuges.

Si fuera la mujer quien constituyera la dote, estaría también sujeta, evidentemente, a este último precepto.

c) .Cómo se constituye .

Para nuestro Código, la constitución de la dote es un acto solemne que debe practicarse por escritura pública o por testamento especificando los bienes que la componen y expresando el valor de cada uno de ellos (Art. 227).

Decimos que se trata de un acto solemne porque, de acuerdo con los Arts. 1075 y 1123 (inc. 3) del Código Civil, para la validez del acto jurídico se requiere observancia de la forma prescrita, siendo nulo el que no revistiera tal forma.

Debemos recordar también, al respecto, que el Art. 407 del Código de Procedimientos Civiles dispone que si la ley exige como solemnidad de algún acto el otorgamiento de instrumento público, este es el único medio de probar la realidad y legitimidad del acto.

d) .Reglas para constituirla .

Para constituir la dote, si hay deudas cuyo pago pueda ser perjudicado con la constitución de ella, se requiere llenar los requisitos establecidos por los Arts. 226 y 467 del Código Civil o sea:

- I) No tener deudas cuyo pago sea perjudicado con la constitución de ella;
- II) Que sea aprobada judicialmente;
- III) Que sea inscrita en el Registro de la Propiedad.

La aprobación judicial se obtiene siguiendo los trámites establecidos por el Art. 468 del Código Civil.

Para ello el juez ordenará que se publique la solicitud de constitución durante diez días; y transcurriendo este plazo sin haberse formulado oposición, el juez autorizará la constitución de la dote. Si se dedujere oposición, la resolverá por los trámites del juicio de menor cuantía.

La disposición según la cual la dote debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad debe ser tomada con reservas, pues, no existiendo registro de muebles, no cabría exigir tal requisito para esta clase de bienes.

Por consiguiente, consideramos que la inscripción de las escrituras dotales tiene dos aspectos: uno real y otro personal.

En el aspecto real deben ser inscritas en el Registro de la Propiedad cuando se trata de inmuebles, por aplicación del inciso 2) del Art. 467 del Código Civil; y en el aspecto personal, deben inscribirse en el Registro de Comerciantes cuando la persona favorecida con la dote o su cónyuge, se dediquen al comercio, por aplicación del inciso 9) del Art. 21 del Código de Comercio que así lo dispone.

Naturalmente que, si por medio de la constitución de la dote, alguna persona se empobreciera indebidamente con perjuicio de sus acreedores, podrán éstos intentar la respectiva Acción Pauliana para obtener la nulidad de tal constitución de acuerdo con el Art. 1098 del Código Civil.

e) Modalidades a que puede someterse.

Siendo la constitución de la dote un acto jurídico como cualquier otro, puede sujetarse a todas las condiciones, términos, modos o cargos que tengan por conveniente los contratantes y que no sean contrarios a las leyes ni a las buenas costumbres (Art 1103 del Código Civil).

Es de plena aplicación al efecto el Art. 24 de la Constitución según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Desde luego, sería nulo, por contrariar a la ley, cualquier pacto dotal en que se pretendiera sujetar a condiciones, cargo o modo un anticipo de legítima, pues, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 705 del Código Civil, la legítima, o sea la parte que en la herencia corresponde a los herederos forzosos, no puede sujetarse a gravamen, modalidad o condición alguna.

63.—Derechos y obligaciones de las partes.

De conformidad con lo indicado en el párrafo anterior, los derechos y obligaciones de las partes son los que corresponden a la naturaleza del pacto que celebran, como donación, anticipo de herencia, etc., sin más limitaciones que las que conciernen a no poder celebrar pactos que sean contrarios a la naturaleza de la institución, a las leyes en general y a las buenas costumbres.

64.—Obligaciones especiales del donante.

El donante, por el hecho de constituir la dote, queda obligado a la evicción y saneamiento de los bienes que la componen, salvo estipulación en contrario (Art. 223); y a la entrega de los frutos que la dote produzca desde el día del matrimonio, o desde la fecha señalada (Art. 224).

Se ha creído ver en la disposición relativa a la evicción y saneamiento, una derogación indebida de los principios que con respecto a tal institución contienen los Arts. 1370 y 1371 del Código Civil que restringen la respectiva obligación a los contratos onerosos (54) pero, en realidad, más que una derogación del principio es una extensión del mismo a ciertos actos a título gratuito que por su naturaleza requieren justificadamente garantías muy amplias; porque, de otro modo, se pondría en peligro la seguridad de la familia beneficiada con ella.

Este principio es el mismo que establecía nuestro Código Civil de 1852 en su Art. 989.

65.—Administración.

Ya hemos dicho que lo que caracteriza la dote es la forma cómo se administra esta clase de bienes de la mujer: tradicionalmente por el marido

(54) Dr. Héctor Comejo Chávez, obra citada en la Nota Nº 50.

y con muchas limitaciones para la libre disposición de los bienes que la constituyen.

Se ha querido, mediante este sistema, conservar un núcleo de bienes para la familia y evitar la dilapidación.

Es interesante por lo mismo ver cómo está organizada la administración entre nosotros.

a) Quién administra.

Siguiendo la tradición, nuestro Código establece en el Art. 228, que el marido será el administrador de los bienes dotales y a no ser que el donante establezca que sean administrados por la mujer.

Desde luego, el marido pierde el derecho de administración de la dote en los casos de separación de bienes a tenor de lo dispuesto por el Art. 243 del Código Civil.

b) Cómo se administra.

Según nuestra ley, el marido tiene facultad de mera administración sobre todos los bienes dotales y puede disponer de los bienes fungibles, salvo estipulación en contrario (Art. 229); pero no puede gravar ni enajenar los bienes no fungibles, salvo que la mujer consienta expresamente en ello (Art. 231).

Esta última disposición tiene una importante restricción, pues ni aún con consentimiento de la mujer puede el marido disponer de los bienes inmuebles, ya que el Art. 232 establece que los inmuebles dotales no pueden ser enajenados ni hipotecados, bajo pena de nulidad, sino con licencia judicial y en muy restringidos casos.

Resulta con todo ésto que, de un lado, no basta el consentimiento de la mujer para que se enajene los inmuebles dotales ya que requiere autorización judicial; y que, de otro lado, esta autorización judicial no puede suplir a la voluntad de la mujer para obligarla a enajenar cuando ella no quiera.

Los Arts. 231 y 232 son claros y terminantes en el sentido de que es indispensable el consentimiento previo de la mujer y además la autorización judicial para enajenar los inmuebles dotales.

No debe olvidarse que se trata de un bien propio de ella y que no hay prescripción alguna en el Código que la obligue a disponer de sus bienes propios o a consentir en tal enajenación cuando ella no quiere.

Por algo establecen los Arts. 175, 178, 183 y 197, que la mujer no responde con sus bienes propios por las obligaciones personales del marido; que conserva la libre administración de tales bienes y puede disponer de ellos; que los bienes propios de un cónyuge no responden por las deudas del otro; que las obligaciones personales del marido no podrán hacerse efectivas con los frutos de los bienes de la mujer; etc., etc.

La dote constituye una excepción en cuanto permite al marido disponer de los bienes fungibles sin consentimiento de la mujer, pero esta excepción no puede erigirse en regla para obligarla a disponer siempre de sus bienes aunque ella no quiera.

El arbitrio judicial no sustituye a la voluntad de la mujer sino, por lo contrario, la complementa, cuando concede la autorización, y la resguarda, cuando se le niega tal autorización, a pesar del consentimiento previo de la mujer.

Por algo las Institutas (Libro II Título VIII) establecen que ni aún consintiendo la mujer podrá el marido enajenar el predio total, para que la fragilidad del sexo femenino no redunde en perjuicio de los bienes de ella; y el Código Alemán prescribe claramente en su Art. 1375 que el derecho de administración del marido no comprenderá la facultad de obligar a la mujer por medio de actos jurídicos o de disponer sin su consentimiento de sus aportaciones.

Las reglas que garantizan la intangibilidad de la dote han sido tradicionalmente severas y, por consiguiente, con tal criterio deben ser interceptadas.

Se ha dicho con razón, como anotan los señores Colin y Capitant (55) que "si la intangibilidad es molesta para los maridos... es causa de tranquilidad para los padres".

Sin duda la intangibilidad de la dote condena a conservar durante toda la vida bienes que pueden irse depreciando u obliga a renunciar a inversiones ventajosas, pero todo se halla compensado con la garantía de que la mujer no podrá ser vencida u obligada a vender un bien que le ha sido precisamente entregado como dote para la seguridad de ella y de sus hijos durante la vida matrimonial. Debido a ésto las garantías que a este respecto existen tienen que ser muy severas; y, por lo demás, nunca llegarán a producir un daño si, como queda dicho, cabe obtener autorización judicial para hacer enajenaciones cuando son necesarias.

Naturalmente, cuando la mujer administra, no requiere consentimiento de su marido sino autorización judicial, porque la ley no le exige otro requisito por tratarse de bienes propios suyos.

c) Cuándo pueden enajenarse los bienes dotales.

Según los Arts. 261 y 232 del Código Civil los inmuebles dotales pueden enajenarse previo consentimiento de la mujer y con licencia judicial en los casos siguientes:

- I) Para hacer en ellos los reparos necesarios o las mejoras que requieran;
- II) Para dividir los poseídos en común, cuando en ellos esté constituida la dote;
- III) Cuando estén situados en lugares distintos del domicilio de los cónyuges;
- IV) Cuando fuere manifiesta la conveniencia de venderlos;
- V) En caso de extrema necesidad, por faltar otros recursos para la subsistencia de la familia.

(55) Obra citada en la nota N° 17, pág. 469.

De acuerdo con el Art. 233 también pueden enajenarse en el caso de expropiación por causa de utilidad pública.

Tratándose de la venta para hacer reparos o mejoras debe hacerse notar que los reparos no pueden ser de cualquier naturaleza sino, necesarios, como dice el Código; y que las mejoras deben ser "requeridas" o sea convenientes, de acuerdo con el inc. 1) del Art. 232, pues de otro modo no se justificaría que se dispusiera de un inmueble dotal.

En nuestro concepto entre las mejoras "requeridas", debe considerarse tanto las necesarias, por ser indispensables, para evitar la destrucción o deterioro de la cosa, cuanto las útiles, puesto que contribuyen al mejor aprovechamiento de la dote aumentando el valor y rendimiento de los bienes.

De otro modo el Código en lugar de usar la frase "las mejoras que requieran", habría dicho los reparos y mejoras necesarias.

No creemos por eso como algunos (56) que este inciso no es aplicable a las mejoras útiles. Sin perder su armonía y severidad, el Código evidentemente puede y debe permitir que se hagan mejoras útiles en los bienes dotales puesto que el fin esencial de las medidas precautorias que la ley ha dictado con respecto a la dote es contribuir al bienestar permanente de la familia y ello se logra no sólo conservando todos los bienes dotales sino también realizando algunos para que otros rindan más mediante inversiones reproductivas.

Se comprende, por supuesto, que nunca podría enajenarse todos los inmuebles dotales con el pretexto de hacer mejoras, porque entonces no quedaría qué mejorar. Debe entenderse, por consiguiente, que puede enajenarse un inmueble para mejorar otro u otros, o parte de un inmueble para mejorar el resto.

Queda excluida la venta para hacer mejoras de recreo, por no tener éstas fin alguno reproductivo.

La venta sólo puede hacerse para conservar los demás bienes y evitar que se pierdan o para incrementar su utilidad, pero de ningún modo sólo para fines suntuarios.

También es evidentemente justificada la posibilidad de vender los bienes dotales que se poseen en común, puesto que, de un lado, la administración de bienes indivisos origina a menudo dificultades y desmedros y, de otro lado, es forzoso conforme a ley poner fin a la indivisión cuando alguien solicita la partición (Art. 903).

Igualmente se comprende que puedan venderse los inmuebles dotales cuando estén situados en lugar distinto del domicilio de los cónyuges, y, por consiguiente, no puedan ser administrados en debida forma.

En cambio, parece demasiado amplia la posibilidad de vender los bienes dotales "cuando fuera manifiesta la conveniencia de venderlos", porque si bien la intención del artículo es sana, la aplicación puede dar lugar a toda clase de abusos ya que siempre los interesados podrían encontrar la forma de demostrar al juez la conveniencia de vender los bienes sin que éste tenga a su alcance elementos suficientes, en la generalidad de los casos, para obtener prueba en contrario.

(56) Dr. Héctor Cornejo Chávez, obra citada en la nota N° 50, pág. 274.

Indudablemente que esta regla se inspira sólo en la moderna tendencia legislativa que induce a restringir la inalienabilidad de los inmuebles dotales.

Por algo ha establecido el Art. 192 del Código de Bustamante que es de orden público internacional la regla que repudia tal inalienabilidad.

En cuanto a los casos de extrema necesidad por faltar otros recursos para la subsistencia de la familia, no hay nada que decir porque es evidente que no se puede condenar a la familia a perecer por necesidad ante la inalienabilidad de una dote que no produce nada o que no rinde lo necesario para vivir o para atender al cuidado de la salud.

66.—Garantías de la administración.

Como es natural, la ley, así como establece severos requisitos para la venta de los bienes dotales, concede numerosas garantías a la mujer y a la familia para asegurar las resultas de tal administración.

a) Garantías comunes.

Sin perjuicio de la responsabilidad normal de la sociedad conyugal y del marido por el pago de los bienes propios de la mujer, la ley establece otras garantías específicas para la dote.

En general, el Código dispone en el Art. 227, como ya hemos visto, que la dote se constituirá por escritura pública o por testamento, especificando los bienes que la componen y expresando el valor de cada uno de ellos; y de este modo puede identificarse permanentemente cuáles son los bienes dotales y a cuánto asciende la responsabilidad del marido por concepto de los mismos.

De otro lado, para mantener a los bienes dotales a cubierto de deudas, el Código establece que la mujer no responde con los bienes dotales de las obligaciones contraídas por ella durante el matrimonio (Art. 237); y que las deudas que haya contraído antes de su matrimonio serán pagadas con otros bienes propios; a falta de éstos con los frutos de los bienes dotales y en último caso con los muebles dotales.

Y, para asegurar aún más la intangibilidad de la dote, el mismo Código establece que cuando ella peligrá, la mujer puede pedir la separación de bienes de acuerdo con los Arts. 238 y 241 (inciso 2); y que si se declara tal separación durante el matrimonio, la dote permanece inalienable (Art. 239).

b) Bienes fungibles.

Según los Arts. 230 y 181 el marido está obligado a constituir hipoteca en seguridad de los bienes fungibles de que disponga; y si no tuviera inmuebles que hipotecar deberá otorgar otra garantía, siempre que fuera posible, según el prudente arbitrio del Juez.

c) Bienes no fungibles.

En cuanto respecta a los bienes muebles no fungibles, la mujer cuenta con las siguientes garantías:

- I) El marido no puede enajenarlos ni gravarlos sin su consentimiento expreso (Art. 231); y
- II) La mujer o sus herederos pueden demandar la nulidad de la enajenación que se haya hecho sin tal consentimiento si el marido no tuviera bienes con qué responder de su valor o si la enajenación por el marido y las subsiguientes entre terceros hubiesen sido hechas a título gratuito o de mala fe (Arts. 234 y 236).

d) Inmuebles.

Tratándose de los inmuebles, las garantías de que goza la mujer son las siguientes:

- I) Desde luego, la prohibición de enajenar los bienes inmuebles sin su consentimiento (Art. 231);
- II) La necesidad de que haya autorización judicial aunque ella preste su consentimiento (Art. 232);
- III) La necesidad de depositar el precio de la venta para ser invertido en otros bienes que tengan también el carácter de dotales, en los casos de venta por expropiación o para concluir la indivisión, o por hallarse situados los bienes en lugares distintos del domicilio de los cónyuges o si fuera manifiesta la conveniencia de venderlos (Art. 233);
- IV) La nulidad de la enajenación que se efectúe sin los requisitos legales o de las hipotecas constituídas con el mismo vicio (Arts. 232, 234, 1123 y 1124 del Código Civil);
- V) La responsabilidad personal y pecuniaria del Juez que autoriza la enajenación fuera de los casos permitidos por la ley o que no ordene la subrogación del precio, de conformidad con lo explicado anteriormente (Arts. 235 y 233).

67.—Extinción.

De las disposiciones que hemos examinado en los párrafos anteriores se desprende que los bienes dotales conservan su calidad de tales mientras dure el matrimonio, pues, aún en caso de separación y de volver los bienes a manos de la mujer, guardan las características propias de la institución.

Sólo al fenecer la sociedad conyugal y devolverse a la mujer sus bienes propios, de acuerdo con el Art. 201 del Código Civil, la mujer recupera incondicionalmente los bienes de que se trata, pues ya el Código en tal caso no los sujeta a norma restrictiva alguna.

Capítulo Décimo Tercero

BIENES RESERVADOS DE LA MUJER

68.—Definición.

Se entiende por bienes reservados de la mujer cierto conjunto de bienes comunes (generalmente los frutos del trabajo de la esposa) que se sustraen de la administración del marido y cuya administración se confiere a la mujer para seguridad de ella y de sus hijos.

69.—Origen.

Como ya se ha dicho, esta institución constituye una derogación del principio general según el cual la administración de los bienes comunes corresponde al marido.

Se quiere ver su origen en el Derecho Germano diciendo que la *morgengabe* tiene tal calidad (57), pero lo cierto es que su origen inmediato podemos encontrarlo en el Derecho Norteamericano o sea en las leyes de los Estados de Maine de 1821 y de Nueva York de 1840.

En los demás países se ha ido adoptando posteriormente, o sea: en Inglaterra según la ley de 9 de Agosto de 1870; en Suecia según ley de 11 de Diciembre de 1874; en Dinamarca según ley de 7 de Mayo de 1880; y ley de 7 de Abril de 1889; en Hamburgo según ley de 24 de Abril de 1883; en Noruega según ley de 29 de Junio de 1888; en los Cantones Suizos de Ginebra y Vaud, por leyes del año 1894; en Bélgica por ley de 1900; en toda Suiza, según ley de 1907; en Francia según leyes de 13 de Julio de 1907 y de 22 de Setiembre de 1942; en Ecuador según ley de 3 de Octubre de 1911; en Italia por ley de 1919; en Polonia según ley de 1921; en Chile según decreto-ley N° 21 de 10 de Marzo de 1925; en Holanda según ley de 1926; en Argentina según ley N° 11257 de 2 de Setiembre de 1926; y en Turquía por ley de 1926.

También la encontramos incorporada en el Código Civil Alemán promulgado el 18 de Agosto de 1896 y vigente a partir del 1° de Enero de 1900; en el Código Civil Brasileiro de 1916 y en el Código Civil Venezolano.

70.—Justificación.

En el aspecto doctrinario, la institución de los bienes reservados emana de la situación que la mujer tiene en la sociedad moderna. Cada día contribuye más, con los frutos de su trabajo, al sostenimiento del hogar y en tales circunstancias no parece justo privarla de los mismos obligándola a entregárselos a su marido a título de administrador del patrimonio común, porque eso sería esclavizarla.

(57) Obra citada en la nota N° 19. pág. 331.

Permitiendo, en consecuencia, a la mujer, que conserve los frutos de su trabajo y otros bienes afines, se contribuye a su independencia. Al mismo tiempo, se le protege contra la voracidad de los maridos indignos y se le pone al margen de toda explotación personal.

Se ha dicho con razón (58) que si ella trabaja y deja el hogar es porque el marido no le da lo suficiente y que por lo mismo tiene derecho de administrar lo que ella gana y asegurarse un patrimonio.

Estos puntos de vista, naturalmente, no han dejado de tener objetantes (59) pues se ha dicho que privilegios de esta clase desfiguran el régimen de la sociedad conyugal, y quiebran la igualdad entre los esposos; que si el marido da al fondo común los frutos de su trabajo, la mujer debe hacer lo mismo por cuanto al casarse cada uno deja de ganar para sí y tiene idénticas obligaciones en cuanto se refiere al mantenimiento del hogar y a la alimentación de los hijos y que, en realidad, no debe pensarse que existe trabajo de cada uno por separado sino de la familia para todos.

Dijo al respecto el Doctor Manuel Augusto Olaechea al tratar del punto ante la Comisión Reformadora que, aunque había votado (60) el anteproyecto del Doctor Oliveira, deseaba dejar constancia de su trepidación para admitir la institución de los bienes reservados y agregó:

"Este nuevo instituto consagrado en los últimos tiempos por los Códigos de Alemania, Suiza y Brasil, por la ley francesa de 1907 y más recientemente aún, por la ley argentina de derechos civiles de la mujer, acusa cierto ilogismo y desnaturaliza el régimen de gananciales adoptado por la Comisión en el curso de sus trabajos, porque este sistema presupone la unidad de administración de los productos y adquisiciones de ambos cónyuges. Formada la sociedad legal de los esposos, bajo el régimen jurídico de gananciales, no puede hablarse de trabajo de cada cónyuge individualmente considerado, sino de la familia, y desde este punto de vista los bienes reservados de la mujer casada desintegran el sistema al autorizar la separación de los resultados de la actividad industrial o profesional de la mujer casada creando con ello un régimen de desigualdad en favor de la mujer y con detrimento del marido".

"No ignoro la necesidad de proteger a la mujer contra la corrupción o la tiranía del marido. Reconozco la noble finalidad social de la nueva institución; pero me pregunto si dado el sistema que la comisión ha adoptado, no sería solución más lógica dejar simplemente a salvo el derecho de la mujer casada sobre los productos de su trabajo, para que los haga valer por medios fáciles y expeditivos cuando la torpeza u holgazanería de su marido ponen en grave peligro el bienestar de la familia".

Por nuestra parte consideramos que sobre cualquier observación predomina el hecho evidente de que no puede pedirse a la esposa que se dedi-

(58) Dr. Comejo Chávez, obra citada en la nota Nº 50. pág. 245.

(59) Obra del Dr. Comejo Chávez, citada en la nota Nº 50. pág. 245.

(60) Germán Aparicio y Gómez Sánchez, obra citada en la nota Nº 26. pág. 226. Tomo III.

que al trabajo y después entregue íntegramente sus remuneraciones al marido porque eso sería reducirla a la calidad de sierva y no de consorte.

Sus obligaciones para con la familia puede cumplirlas fácilmente contribuyendo al igual que el marido a los gastos comunes cuando ésto sea necesario. En cambio, conservando el disfrute y administración de sus haberes puede invertirlos de acuerdo con sus deseos y sus necesidades más inmediatas que generalmente coinciden con las del hogar. En caso de abuso, naturalmente la ley puede poner las limitaciones y seguridades que sea menester.

71.—Cuáles bienes son reservados.

De acuerdo con la organización de la familia en cada país, las diversas legislaciones reservan para la mujer diferentes bienes, aunque en todas ellas se considera específicamente los frutos del trabajo de la mujer.

a) Legislación Francesa.

En Francia, según las leyes de 3 de Octubre de 1907 y de 22 de Setiembre de 1942, son bienes reservados todos los adquiridos por la mujer en ejercicio de cualquier actividad profesional y comprenden: (61).

- I Todos aquellos que constituyen únicamente la remuneración del trabajo de la mujer tales como los salarios, gajes, sueldos, remuneraciones y honorarios, derechos de autor, productos de patentes de invención y los créditos que la representen.
- II Todos los que puedan ser considerados como accesorio de los precedentes, tales como las indemnizaciones por residencia o movilidad, las comisiones, bonificaciones en natura o gratificaciones usuales, las indemnizaciones de vestido y de limpieza, las indemnizaciones de carestía de la vida, las primas de producción.
- III Todos aquellos cuya adquisición resulte del trabajo de la mujer combinado con el empleo de capitales, tales como los beneficios comerciales o industriales o los beneficios de una explotación agrícola.
- IV Todos aquellos que provienen indirectamente del trabajo de la mujer en el sentido de que sean, y siempre que sean, la compensación que está a cargo del empleador de la mujer o de un organismo sostenido por él para este efecto, por la cesación temporal o definitiva en su trabajo, tales como las pensiones de retiro o de invalidez, las indemnizaciones adeudadas en los casos de accidentes de trabajo por las Cajas de Seguro Social y aquellas que adeudare el empleador o su asegurador en virtud del derecho común, sea en el caso de accidente del trabajo, sea en cualquier

(61) Véase Aubry y Rau, obra citada en la nota N° 30. Tomo 7º. pág. 380.

otro caso de daño a la persona de la mujer, las indemnizaciones adeudadas por ruptura del contrato de locación de servicios a la mujer, por su empleador, que la ha despedido.

- V Las economías realizadas por ella respecto de los productos de su trabajo, tal como antes se han definido.
- VI Son, en fin, bienes reservados cualesquiera bienes adquiridos por el marido de los productos del trabajo o de las economías hechas sobre ellos o por medio del precio de los bienes así adquiridos.

b) Legislación Alemana.

En Alemania son bienes reservados:

I Las cosas exclusivamente destinadas al uso personal de la mujer, especialmente vestidos, adornos e instrumentos de trabajo (Art. 1366).

Según Theodore Kipp y Martin Wolff (62) también se incluye en este concepto la bicicleta, el caballo de montar, el piano y la mesa de escritorio.

II Lo que la mujer adquiriera por su trabajo (Art. 1367).

Según Theodore Kipp y Martin Wolff se considera como adquisición por el trabajo "tanto lo que procede del trabajo intelectual como del manual o sean las ganancias de la maestra, de la actriz y de la escritora, lo mismo que las de la lavandera y de la obrera. Es indiferente que la adquisición se base en una relación de derecho privado o en un cargo público (telefonista) y lo mismo que la mujer preste su trabajo a un extraño o al propio marido en el negocio de éste. También puede ser producto del trabajo, lo adquirido por donación como, por ejemplo, las ropas de la encargada de un guardarropa. Así mismo es adquisición por trabajo la adquisición de la propiedad por especificación y la de derechos de autor por acto de creación. Pero no lo es la adquisición por hallazgo o descubrimiento de tesoro, por acto inmoral (proxenetismo, prostitución, contrabando) por juego o apuesta, por alquiler de habitaciones en la casa conyugal. Tampoco lo es la pretensión de indemnización por un delito cometido contra la mujer. . .".

III Lo que la mujer adquiere por la explotación independiente de una empresa de carácter lucrativo (Art. 1367 in fine). Basta que la explotación se haga en nombre de la mujer, aunque sea por medio de apoderado y aún cuando el apoderado sea el marido, incluyéndose dentro de este concepto el negocio en sí, y los objetos que sirvan a la empresa.

IV Lo que la mujer adquiriera por contrato de matrimonio con calidad de tal (Art. 1368).

(62) Obra citada en la nota Nº 19, pág. 331.

- V Lo que la mujer adquiriera por sucesión hereditaria, por legado o a título de legítima (adquisiciones por causa de muerte) o lo que le es atribuido gratuitamente entre vivos por un tercero cuando sea el autor de la trasmisión hereditaria, por disposición de última voluntad, sea el tercero, en la adjudicación haya especificado que la adquisición debe ser bien reservado (Art. 1369).
- VI Lo que la mujer adquiriera en virtud de un derecho, que forme parte de su bien reservado (como los frutos) o a título de reparación por la distribución, deterioro o sustracción de un objeto que forme parte del bien reservado o por un acto jurídico que se refiera al bien reservado (como subrogación de un bien con otro (Art. 1370).

c) **Legislación Suiza.**

En Suiza según el Art. 191 del Código Civil, son bienes reservados:

Los efectos exclusivamente destinados al uso personal de uno de los esposos.

II Los bienes de la mujer que sirven para el ejercicio de su profesión y de su industria.

III El producto del trabajo de la mujer fuera de su actividad.

d) **Legislación Argentina.**

En Argentina son bienes reservados tanto los frutos del trabajo de la mujer, cuanto los bienes pertenecientes a los hijos de un matrimonio anterior sin que los frutos naturales o civiles de los mismos pertenezcan a la nueva sociedad conyugal.

e) **Otras legislaciones.**

En el Brasil, Chile y el Ecuador, son bienes reservados de la mujer los frutos de su trabajo, profesión o industria.

Tal es también el sentido de las legislaciones originales de Maine, Nueva York e Inglaterra.

f) **Legislación Peruana.**

Entre nosotros, de acuerdo con el Art. 206 del Código Civil, son bienes reservados, por el ministerio de la ley, los productos del trabajo de la mujer y lo que ésta obtenga por el usufructo legal sobre los bienes de sus hijos.

Esta definición de nuestra ley da lugar a las siguientes observaciones:

I La calidad de bien reservado no depende de la voluntad de las partes ni puede ser materia de convenio alguno, pues se impone por el ministerio de la ley.

Es en realidad una cuestión de orden público que no puede ser modificada ni alterada, pues de acuerdo con el Art. 176 del Código Civil, los cónyuges no pueden renunciar a la sociedad legal ni a sus efectos.

II De un modo general, es bien reservado el producto del trabajo de la mujer y, aunque el Código no reglamente este punto, consideramos que, de acuerdo con la doctrina y la legislación que ha dado origen a la institución, el concepto de "producto del trabajo" debe entenderse en su sentido más lato o sea que incluye no solo los productos del trabajo mismo, llámense salario, honorario, sueldo, bonificación, remuneración, pensión o en otra forma, ya sea que lo practique por sí sola o en unión de su marido (en este último caso sólo sería su remuneración personal por la parte que le corresponda a ella), la renta que percibe de su actividad personal en el comercio o industria, aunque el capital haya sido proporcionado por el marido, sino también las economías que haga con estos frutos, el capital proveniente de las inversiones que realice con ellos y los réditos que produzcan las mismas inversiones.

III Es igualmente bien reservado el que la mujer obtenga por el usufructo legal de los bienes de sus hijos, debiendo entenderse, aún cuando el Código no lo diga, que no se trata de los frutos de los bienes de los hijos comunes, pues tales hijos están sujetos a la patria potestad de los dos esposos en conjunto y es el marido quien percibe tales frutos de acuerdo con los Arts. 390, 391 y 392 del Código Civil; y que el Código sólo se refiere, por consiguiente, a los hijos que la mujer haya tenido en otro matrimonio, o a sus hijos ilegítimos, o a los hijos del mismo matrimonio que no estén bajo la potestad del marido y cuyos bienes, por lo tanto, ella administre. Tal es el sentido de la ley Argentina como lo hemos visto anteriormente.

72.—Prueba.

Siguiendo el principio establecido por la ley francesa de 1907 y por el Código Suizo, en el Perú la condición de bien reservado no se presume. Su calidad de tal debe ser probada y la respectiva prueba corresponde a la mujer que la invoca de acuerdo con el artículo 210.

Además, tratándose de los bienes adquiridos con el producto del trabajo de la mujer no basta que ella pruebe que ha trabajado sino que es necesario demostrar que los bienes de que se trata han sido adquiridos con los frutos de ese trabajo.

Tratándose de bienes muebles, la mujer puede probar que son reservados por todos los medios que sean legales ya que el Código no formula reserva a este respecto; pero, en lo que se refiere a los inmuebles, sólo puede alegar frente a tercero su calidad de tales con la inscripción en el Registro de la Propiedad, porque así lo manda el Art. 211 del Código Civil.

Esta obligación de inscribir, desde luego, no podría ser opuesta por el marido porque él no tiene calidad de tercero.

En nuestro concepto el Código ha debido reglamentar mejor los medios que deben usarse para probar que un bien es reservado pues en la actualidad pueden coludirse marido y mujer para atribuir a un bien tal calidad. En más de un caso la mujer ha demandado al marido para que reconozca que es un bien reservado y éste se ha dejado vencer fácilmente, aunque el bien no fuera reservado, lo que evidentemente es contra todo el espíritu de la ley y se hace casi siempre para defraudar a alguien.

73.—Carácter de los bienes reservados.

En el Perú los bienes reservados son bienes comunes de la sociedad conyugal por dos razones:

- a) Por cuanto los frutos de los bienes propios y de los comunes y las cosas que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión son bien común de acuerdo con los incisos 1) y 3) del Art. 184 del Código Civil; y
- b) Por cuanto el Art. 212 establece que los bienes reservados se dividirán por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos al disolverse la sociedad, lo que no podría suceder sino se tratase de bienes comunes.

En este punto debemos llamar la atención sobre el hecho de que los frutos de los bienes de los hijos de la mujer deberían ser propios, de ella, pues no hay ninguna razón para que su marido aproveche de rentas de hijos que no son suyos.

74.—Administración.

La administración de los bienes reservados corresponde exclusivamente a la mujer quien, de acuerdo con el Art. 207 del Código Civil puede:

- a) Administrarlos;
- b) Gozar de ellos, ésto es, usarlos directamente o aprovechar sus frutos;
- c) Enajenarlos a título oneroso sin autorización del marido; y
- d) Comparecer en juicio para litigar sobre ellos.

Aunque el Código no lo diga, entendemos que en la facultad de disposición a título oneroso se incluirá también la de gravarlos, pues ello va dentro de la facultad de enajenación.

Sólo, pues, para disponer de ellos a título gratuito requiere la autorización de su esposo.

75.—Responsabilidades.

Los bienes reservados responden:

- a) Junto con los bienes propios de la mujer, de las obligaciones contraídas por ésta en ejercicio de su profesión o industria (Art. 213) estando facultados los acreedores para perseguir tanto los bienes de ella como los reservados (Art. 214);
- b) En caso de insolvencia del marido, de las deudas contraídas por éste para el sostenimiento de la familia (Art. 209); y
- c) De un modo equitativo por el levantamiento de las cargas del matrimonio ya que, según el Art. 208, el marido puede exigir a la mujer que contribuya a tal fin de un modo equitativo, y, en caso necesario, el juez puede reglar la contribución.

De todo ésto se desprende que los bienes reservados están preferentemente afectos a las deudas propias de la mujer, a las deudas provenientes de su trabajo y, en caso extremo, a las deudas y cargas comunes.

76.—Extinción.

Los bienes reservados tienen la calidad de tales mientras dura la sociedad conyugal, pues entre tanto están sujetos a los efectos de ésta, de acuerdo con los Arts. 176 y 206; pero, al fenecer dicha sociedad por alguna de las causales que establece el Art. 199, termina su situación excepcional desde que deben partirse por igual entre los cónyuges o sus herederos, como ya se ha dicho, por aplicación del Art. 212 del Código Civil.

Capítulo Décimo Cuarto

DONACIONES POR RAZON DEL MATRIMONIO

77.—Definición.

Se llama donaciones por razón del matrimonio a los actos de liberalidad que se practican en favor de uno de los contrayentes por sí solo o de ambos en conjunto en consideración de su casamiento.

78.—Concepto.

Estas donaciones se caracterizan por los siguientes atributos:

- a) Son actos esencialmente unilaterales por cuanto obligan sólo al donante y no requieren aceptación por parte del beneficiario (Art. 216);

- b) Están sujetos a condición suspensiva, pues en ellas se presume la condición de celebrarse la boda (Art. 215) o sea que no valen si el matrimonio deja de realizarse;
- c) Su denominación es genérica pues comprenden tanto las donaciones que se hacen los contrayentes entre sí a causa del matrimonio, llamadas específicamente "~~arras~~"; los regalos que les hacen sus padres, parientes o amigos, sin fin especial, o "**donaciones esponsalicias**"; o lo que se entregue en calidad de dote (desde que la dote es una forma de donación), y las donaciones **propiter nuptias**" que se confunden con las "arras" o que vienen a ser lo que se ha dado en llamar impropriamente "la dote del varón" (no es propiamente dote del varón porque no se sujeta a las reglas de la institución y son dadas por los padres a cualquiera de los cónyuges);
- d) Gozan de tres privilegios que las diferencian de las demás donaciones:

I Que, como ya se ha dicho, no requieren aceptación del beneficiario (Art. 216), a pesar de que para las demás donaciones éste es requisito indispensable (Art. 1474);

II Que no son revocables por causa de ingratitud (Art. 217) mientras que las demás donaciones sí lo son (Art. 1480);

Por excepción, según el Art. 267, en caso de divorcio, el cónyuge inocente puede revocar dentro de los seis meses posteriores a la sentencia, las donaciones que hubiere hecho en favor del culpable.

III Que si fueron hechas para que surtan sus efectos después de la muerte del donante, subsisten aún en el caso de que el donante sobreviva al donatario, si éste dejare hijos legítimos (Art. 218); siendo así que las demás donaciones por causa de muerte caducan, según los Arts. 1467 y 752 del Código Civil, si el favorecido fallece antes que el donante.

- e) Se rigen, en lo demás, por las reglas generales sobre donaciones o sea en lo que éstas no se opongan a las disposiciones antes referidas (Art. 219).

79.—Quiénes pueden hacerlas.

La ley no señala restricción alguna, de modo que pueden otorgar estas donaciones todas las personas capaces de donar: los contrayentes entre sí (antes del matrimonio porque después están prohibidas de celebrar contrato entre ellos por el Art. 1339 del Código Civil); los padres, los familiares, los amigos o cualquier otra persona.

80.—Quiénes pueden recibirlas.

Por ser una institución vinculada al matrimonio pueden ser favorecidos con estas donaciones todos aquellos que van a contraer matrimonio y.

si fueren menores, las recibirán por ellos las personas que los tienen a su cuidado, sean padres, tutores o curadores, en caso de que sean entregadas antes del matrimonio, aún cuando debe advertirse que como no se requiere aceptación, basta que se haga la donación y que se lleve a cabo el matrimonio para que la transmisión se realice aún cuando el beneficiario haya sido menor antes de casarse, puesto que con el matrimonio los esposos adquieren la plenitud del ejercicio de sus derechos civiles.

Estas donaciones pueden favorecer a uno solo de los cónyuges o a ambos en conjunto, porque la ley no establece limitaciones al respecto y en este último caso se aplica el Art. 1470 del Código Civil que dice:

" Cuando la donación se hubiese hecho a varias personas
" conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se da-
" rá entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubie-
" ra dispuesto otra cosa. Se exceptúan de esta disposición las
" donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer, entre
" los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no dis-
" puso lo contrario".

81.—Fin.

El objeto de estas donaciones es ayudar a los esposos en la fundación del hogar, para la vida en común y en la atención de los hijos que puedan tener en el matrimonio.

82.—Límites.

Por su naturaleza están sujetas a los mismos límites que las demás donaciones, o sea que será de aplicación el Art. 1469 del Código Civil que dice:

" Ninguno podrá dar por vía de donación, más de lo que
" puede dar por testamento.

" Lo donación será inoficiosa en todo lo que exceda de
" esta medida. El exceso se regulará por el valor de los bie-
" nes que tuvo el donante al tiempo de la donación".

83.—Cuándo se otorgan.

Por la redacción del Art. 215 ha de suponerse que sólo deben otorgarse antes de la boda porque de otro modo no podría decirse que "están sujetas a la condición de celebrarse el matrimonio".

Las que se otorgan después no serán "por razón del matrimonio" sino simples donaciones que podrán sujetarse a cualquier condición y ser dedicadas a cualquier fin, siempre que sea algo lícito y moral.

84.—Forma.

Pueden otorgarse usando cualquiera de las formas que la ley permite para las donaciones sea por acto inter vivos o mortis causa.

85.—Extinción.

Las donaciones por razón del matrimonio caducan:

- a) Si no se lleva a cabo el matrimonio (Art. 215);
- b) Por incumplimiento de cualquier otra condición a que estén sujetas;
- c) Por morir el donatario antes que el donante, si el primero no deja hijos legítimos y se trata de una donación por causa de muerte del donante (Arts. 218, 1467 y 752).

Pueden ser revocadas:

En caso de divorcio, las que un cónyuge hizo al otro, si el primero es inocente y el segundo culpable de la disolución del vínculo.

Son nulas:

- a) Para ambos cónyuges si se anula el matrimonio por mala fe de ambos (Arts. 157); y
- b) Para el culpable si sólo hubo mala fe en uno de ellos (Art. 157).

Están desde luego afectas a todos los demás causales de caducidad, revocación (excepto por ingratitud, o nulidad) que la ley contempla en general, para todas las donaciones por estar sujetas a todas las reglas de éstas (Art. 219).

Capítulo Décimo Quinto

DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

86.—Cuándo termina.

Tal como se ha dicho en el N^o 17 y en virtud de disposición expresa del Art. 199 del Código Civil, fenece la sociedad conyugal:

1. Por la muerte de uno de los cónyuges;
2. Por la nulidad del matrimonio;
3. Por el divorcio;
4. Por la separación de bienes; y
5. Por la declaración de ausencia.

La separación puede ocurrir:

- a) Quedando vigentes los deberes relativos al lecho y habitación (Arts. 240 a 246) ó
 - b) Poniéndose término a éstos (Arts. 269 a 277).
- Disuelta en esta forma la sociedad debe procederse a su liquidación.

87.—Cómo se liquida en los casos comunes.

Fenecida la sociedad conyugal se debe actuar como sigue:

- a) Se entregara el menaje ordinario de la casa al cónyuge sobreviviente en casos de muerte del consorte; y a la mujer en los casos de nulidad de matrimonio o de divorcio (Art. 200 *in fine*).

En los otros dos casos, o sea separación de bienes o de declaración de ausencia y ante el silencio de la ley tendrá que presumirse que el menaje ordinario es bien común, de acuerdo con el Art. 185 y aplicarle las reglas correspondientes que vienen a continuación;

- b) Se procederá de inmediato a la formación del inventario judicial (Art. 200);

Aunque el Código no lo diga, es evidente que en este inventario se incluirá los bienes propios de cada cónyuge, y los comunes, especificando la calidad de cada cual, porque siendo una la sociedad y socios los dos esposos no habría razón para suprimir los de uno de ellos, y por cuanto la forma de hacer una partición exacta, y consciente, es enumerando todos los bienes.

No se incluirá, desde luego, en el inventario, el menaje ordinario en los casos de muerte, nulidad de matrimonio, o divorcio, pues deberá dedicarse a los fines previstos en los párrafos anteriores.

- c) Aprobado el inventario, se pagarán primero los bienes propios de la mujer (ésto es, se le devolverán los bienes de ella que existan; ya sea los primitivos o los que los hayan reemplazado por subrogación legal, de acuerdo con los Arts. 186 y 187; o el valor de aquellos de que se haya dispuesto, sin haberlos reemplazado con otros);

Naturalmente, la mujer recoge sus bienes junto con sus deudas propias, pues en este caso, el concepto de "bienes" se identifica con el de "patrimonio".

- d) Se paga después las cargas y obligaciones de la sociedad, cancelándolas una a una o separando los fondos necesarios para ello;
- e) Por último, se devuelve su capital, ésto es su patrimonio, al marido;
- f) El remanente que quede constituye las utilidades de la sociedad conyugal, o gananciales y se parte por igual entre los esposos o sus respectivos herederos de acuerdo con los Arts. 201, 202 y 203 que dicen:

Art. 201.—"Aprobado el inventario, se pagarán los bienes propios de la mujer; después, las cargas y obligaciones de la sociedad; y, por último, el capital del marido".

Art. 202.—"Son gananciales todos los bienes que se encuentren al fenecer la sociedad, después de hechas las deducciones prefijadas en el artículo anterior".

Art. 203.—"Los gananciales se dividirán por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos".

- g) Pierde sus gananciales el cónyuge culpable, en caso de separación de hecho (Art. 204) correspondiendo en tal caso todas las utilidades al otro cónyuge o a sus herederos;
- h) El cónyuge divorciado por culpa suya pierde también los gananciales en cuanto provengan de los bienes del otro (Art. 266), punto que puede resultar extremadamente difícil de esclarecer cuando han existido bienes de los dos esposos y bienes comunes, pues daría lugar a una complicadísima rendición de cuentas para determinar el origen de las respectivas rentas y gananciales;
- i) Igualmente pierde los gananciales el cónyuge que actuó de mala fe, en los casos de nulidad de matrimonio (Art. 151) si sólo uno de ellos fuere culpable.

88.—Cómo se liquida cuando ha habido más de un matrimonio.

Cuando uno de los cónyuges ha contraído más de un matrimonio y no ha liquidado oportunamente la sociedad o sociedades anteriores se procede en la forma que establece el Art. 205 del Código Civil que dice:

" Siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de los gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona, se admitirá, en defecto de inventarios, toda clase de pruebas para determinar el capital de cada sociedad, y, en caso de duda, se dividirán los gananciales entre las diferentes sociedades, proporcionalmente al tiempo de su duración y a los bienes de los respectivos cónyuges".

De acuerdo con este artículo merecen fé, en primer lugar, los inventarios hechos, ha de entenderse, oportunamente, o sea antes de las nuevas nupcias, pues de otro modo no serían prueba preestablecida; y sólo en defecto de ellos se admitirá toda otra clase de pruebas, para determinar el capital de cada sociedad.

Es natural que en defecto de pruebas se haga la división de acuerdo con los bienes propios de cada consorte, si los hubiere, y atendiendo al tiempo de duración de cada sociedad, ya que, a falta de pruebas precisas debe resolverse por comparación y con equidad y no hay mejores bases de cálculo que las antes citadas.

89.—Efectos para tercero.

El fenecimiento de la sociedad conyugal y la consiguiente separación de bienes en los casos de nulidad de matrimonio, divorcio, separación o ausencia, debe inscribirse en el Registro Personal para que produzca efectos para terceros, de acuerdo con los Arts. 246 y 1069 (inciso 5º) del Código Civil.

Capítulo Décimo Sexto

REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES

90.—Clases de separación.

En el Perú se admite dos clases de separación, dentro del matrimonio:

- a) Una que podríamos llamar **absoluta** (Art. 271 del Código Civil) que no sólo produce la separación de los patrimonios de los cónyuges y, por consiguiente, la extinción de la sociedad conyugal, sino que pone fin al mismo tiempo a los deberes de lecho y habitación, pero subsistiendo el vínculo matrimonial; y
- b) Otra que podríamos llamar **restringida**, pues se limita a la separación de los patrimonios continuando vigente el vínculo matrimonial y los deberes de lecho y habitación.

En el aspecto económico, ambos tipos de separación producen los mismos efectos, el fenecimiento de la sociedad conyugal, su liquidación y la entrega de su parte a cada consorte para que la administre y goce por su cuenta.

La separación **absoluta** se diferencia, pues, de la **restringida**, en cuanto a las relaciones personales entre los esposos y, por consiguiente, no nos corresponde estudiarla. Basta recordar que esta separación absoluta puede pedirse y obtenerse de acuerdo con los Arts. 247 y 270 del Código Civil, en virtud de sentencia judicial, únicamente en los siguientes casos:

- 1º—El adulterio;
- 2º—La sevicia;
- 3º—El atentado contra la vida del cónyuge;
- 4º—La injuria grave;
- 5º—El abandono malicioso de la casa conyugal, siempre que haya durado más de dos años continuos;
- 6º—La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida común;
- 7º—El uso habitual e injustificado de sustancias estupefacientes;
- 8º—La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio;
- 9º—La condena por delito a una pena privativa de la libertad, mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio;
- 10º—El mutuo disenso, después de transcurridos dos (2) años de la celebración del matrimonio;

La separación absoluta puede llevar al divorcio por solicitud unilateral de uno de los cónyuges formulada después del año de expedirse la sentencia que ordene tal separación (Art. 276 del Código Civil).

La separación restringida es, en cambio, un régimen supletorio al de la sociedad conyugal, de carácter netamente económico y, por lo mismo, debemos revisarlo.

91 —Régimen supletorio de separación de bienes o separación restringida.

A) —Definición.

La separación restringida es, en el Perú, una medida de protección por la cual se separan los patrimonios y derechos pecuniarios de los cónyuges y la administración de los mismos, con el fin de poner los bienes de uno de ellos a salvo de los peligros que podrían correr si subsistiera la comunidad.

B).—Antecedentes.

Se quiere ver en la dote el antecedente remoto de la separación restringida, pues indudablemente la dote fué en Roma la primera base de defensa y de segregación del patrimonio de la mujer; también se cita la separación de cuerpos tan común en las legislaciones modernas, como fuente de la separación de bienes, sea convencional, legal o judicial.

El hecho es, sin embargo, que entre nosotros se ha adoptado como una medida transaccional, pues ante la brillante y feliz insistencia del Doctor Manuel Augusto Olaechea para que se introdujera en el Perú la separación de bienes como régimen supletorio convencional, la Comisión Reformadora del Código Civil del 52, optó por introducirla como sistema de emergencia para ser aplicada por mandato de la ley o en virtud de resolución judicial sólo en contados casos, cuando peligrase el patrimonio conyugal.

Es muy sensible, sin embargo, que no se aceptara totalmente la iniciativa del Doctor Olaechea, pues al presente ocurre que cuando no se llenan los requisitos necesarios para obtener por la vía judicial la separación restringida, se recurre a la separación de cuerpos y patrimonios, que es muchísimo más grave, ya que contribuye poderosísimamente, con el alejamiento de los esposos a la disolución definitiva del hogar y puede conducir al divorcio.

Es realmente inverosímil que la ley que permite el divorcio y la separación de cuerpos y patrimonios por mutuo disenso prohíba la simple separación convencional de bienes; y que el Código cuide así más de los bienes que de la conservación del hogar, de la unión conyugal y de los intereses permanentes y generales de la familia y de los hijos.

Es inconcebible también que el Código que permite algo tan incalificable como el divorcio por voluntad unilateral de uno sólo de los cónyuges (ya que así puede pedirse al año de la sentencia de separación de cuerpos y patrimonios, de acuerdo con el Art. 276 del C.C.), no haya evitado ésto en forma categórica y, en cambio, no haya permitido que los esposos, por mutuo acuerdo separen sus patrimonios cuando sea necesario precisamente para evitar el divorcio, la separación de cuerpos o la desaparición de los bienes.

Quien sabe se ha hecho así por proteger a los acreedores o a terceros, pero ésto pudo lograrse con otras medidas de seguridad mas no con una prohibición que a la larga resulta ineficaz y siempre dañosa.

Quizás se debe tan sólo a la fuerza de la tradición, al deseo de conservar la sociedad conyugal como sistema único peruano, pero lo verdad es que la tradición debe ser siempre recordada pero no impuesta cuando ya las circunstancias y la evolución de la sociedad exigen que se reforme alguna de las instituciones que ella nos brinda.

C).—Clases.

La separación restringida que no es en ningún caso convencional en el Perú, puede ser entre nosotros legal o judicial.

La **legal** ocurre en caso de quiebra, pues en tal caso se produce, de pleno derecho, según el Art. 240 del Código Civil, la separación de bienes de los cónyuges.

La **judicial** ocurre en los casos del Art. 241 del Código Civil que dice:

La separación de bienes será declarada por el Juez a pedido de la mujer:

- 1º—Cuando el marido desatienda las obligaciones que le impone la ley;
- 2º—Cuando el marido no asegure los aportes de la mujer;
- 3º—Cuando el marido abuse de las facultades que respecto de los bienes comunes le acuerda el Código; y
- 4º—Cuando la mujer no quisiere asumir la administración de la sociedad que le trasfiere la ley.

D).—Análisis de los casos de separación.

I.—La quiebra (Art. 240)

La quiebra del marido o de la mujer, o de ambos si juntos ejercen el comercio, produce la separación de sus bienes.

Como en tal caso la separación ocurre de pleno derecho, basta la resolución que declare el estado de quiebra de uno de los cónyuges, para que de hecho fenezca la sociedad conyugal.

II.—Desatención. (Art. 241, inc. 1)

Según el Art. 164 del Código Civil, el marido está obligado a suministrar a la mujer, y en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus facultades y situación.

Cuando el marido desatiende estas obligaciones es justo que la mujer esté facultada para pedir la separación de bienes pues tal es el único medio para que ella pueda recibir su parte en los bienes comunes y disfrutar de la renta correspondiente.

III.—Falta de garantías (Art. 241, inc. 2)

El marido, en determinados casos, está obligado a dar garantía por los bienes propios o "aportes" de la mujer.

Cuando están a su cargo por mandato judicial, de acuerdo con el Art. 180, debe constituir hipoteca por el valor de los bienes muebles que reciba; cuando los administre con el consentimiento tácito de la mujer (Art. 182) queda obligado a devolverlos en cualquier momento; y, por consiguiente, debe hallarse en aptitud de hacerlo; cuando recibe la dote, debe constituir hipoteca por los bienes fungibles de que disponga (Arts. 229 y 230); y depositar y reinvertir el precio de los bienes inmuebles que enajene con el consentimiento de su mujer y previa autorización judicial.

Si no cumple con dar estas garantías, es evidente que pone en peligro el patrimonio de su consorte y que ésta debe hacer lo necesario para cautelar sus derechos obteniendo la separación.

Lo que no se explica es que en casos análogos, cuando la mujer administre el patrimonio común, o sea curadora del marido, (Arts. 169, 174 y 559) y lo haga mal, no sea posible al marido actuando por sí mismo o por medio de un apoderado o curador, obtener la separación de bienes.

IV.—Abuso del marido (Art. 241 inc. 3)

Es claro que si el marido abusa de sus facultades de administración debe concederse a la mujer medios de defensa: uno de ellos es la separación de bienes. Pudo darse igual medio también al marido, cuando la mujer administra.

V.—La mujer no desea administrar (Art. 241, inc. 4)

Los artículos 174 y 192 del Código Civil transfieren a la mujer la administración, ésto es la dirección y representación de la sociedad conyugal, en los siguientes casos:

- 1º—Si el marido está impedido de ejercerlas, por causa de interdicción;
- 2º—Si se ignora el paradero del marido, o éste se encuentra en un lugar remoto sin tener apoderado;
- 3º—Si el marido ha sido condenado a una pena privativa de la libertad que produzca la interdicción civil.

Son situaciones extremas en las que el marido no puede actuar y en que es inevitable que la mujer asuma la jefatura de la familia. Si ella no lo desea puede negarse y pedir la separación de bienes.

Puede ocurrir, sin embargo, que la mujer se niegue a administrar los bienes conyugales pero no pida la separación; o que sin negarse a asumir el comando, se abstenga de actuar. En todos esos casos ha debido permitirse que el marido o quien lo represente en defecto de la mujer pida también la separación.

El Código quiere, con justicia, defender a la mujer pero esta actitud equitativa y caballeresca no debe hacer olvidar que el marido es también

parte en la sociedad conyugal y que puede requerir protección contra los excesos de su consorte, si se produjeran.

E).—Procedimiento.

I.—Qué procedimiento se seguirá

El Código es claro al decir que la separación de bienes se produce de hecho en caso de quiebra, pero no dice cómo se procederá para obtenerla en los demás casos..

Puede sostenerse en consecuencia, que la correspondiente demanda de la mujer deberá tramitarse en la vía ordinaria, de acuerdo con el Art. 296 del Código de Procedimientos Civiles que dice: "Se ventilan en juicio ordinario las cuestiones litigiosas que no tienen tramitación especial señalada en este Código, y cuyo valor excede de cincuenta libras o es inapreciable en dinero".

También cabe pensar que siendo algo más simple que la separación de cuerpos y patrimonios, y quien sabe más urgente debe seguirse el procedimiento sumario que el Código (Arts. 278 a 291) establece para tal clase de separación.

Nos inclinamos por la primera solución en vista de que el Art. 278 sólo establece el procedimiento de menor cuantía, para el juicio de separación de cuerpos de acuerdo con el encabezamiento del título respectivo.

Se trata sin duda de una inexplicable omisión de la ley pero para tales casos no hay más remedio que aplicar el Art. 296 del Código de Procedimientos Civiles antes citado.

II.—Medidas de seguridad para los cónyuges

El Código Civil en el Art. 242 establece que interpuesta la demanda de separación, podrá el juez a pedido de la mujer dictar las providencias que estime concernientes a la seguridad de los intereses de ésta.

Por consiguiente, queda al arbitrio del juez autorizar todas las medidas lícitas que sean más convenientes y efectivas para proteger a la mujer.

III.—Situación de la familia durante el juicio.

De conformidad con el Art. 244 del Código Civil, durante la separación el marido y la mujer deben contribuir al sostenimiento del hogar, proporcionalmente a sus facultades. El juez, en caso necesario, reglará la contribución.

IV.—Medidas de seguridad para terceros.

El Art. 246 establece que la separación, cesación, y, en general, todas las resoluciones concernientes al régimen de los bienes en el matrimonio, deben inscribirse en el registro personal; y que sin este requisito no producirán efecto contra tercero.

Esto equivale a decir que se pondrá en conocimiento de terceros los hechos consumados, olvidando que muchas veces la separación se produce con el objeto aparente de proteger a la esposa y con el fin real de burlar a los acreedores y que por consiguiente éstos deben estar en aptitud de defenderse desde que se plantea la demanda para poder hacerlo a tiempo.

Por lo mismo, ha debido establecerse como obligatoria la notificación de la demanda por periódico a terceros; la limitación de la prueba confesional, a fin de que su solo mérito no baste para fundamentar la sentencia; la publicidad del fallo en el diario oficial; la partición inmediata, a fin de que bajo un régimen aparente de separación no se mantenga la comunidad; la intervención de los acreedores, cuando éstos lo consideren necesario; y, en fin, todas las demás medidas convenientes, para protegerlos.

V.—Efectos de la sentencia.

Declarada la separación, fenece la sociedad conyugal, de acuerdo con el inciso 4 del Art. 199 del Código de Procedimientos Civiles y cada una de los cónyuges recuperará, en toda su plenitud, el dominio, la administración, y el goce de su patrimonio (Art. 243).

Naturalmente, ésto supone que se haga la liquidación de la sociedad en la forma prevista por los Arts. 200 a 205 del Código Civil examinados anteriormente.

Como el Código no indica a partir de qué día produce sus efectos la sentencia, ésto es, si desde la fecha de la demanda o desde el momento en que quede ejecutoriado el fallo, nos inclinamos por esta última solución; en vista de que el Código en el Art. 243 establece que los cónyuges recuperan la administración independiente de sus bienes una vez "declarada la separación" o sea después del fallo.

Por consiguiente, los frutos que entre tanto produzcan son comunes.

Esto puede resultar por demás injusto si uno de los cónyuges demora el juicio de separación para beneficiarse a expensas del otro.

92.—Restablecimiento de la sociedad conyugal.

La separación relativa de que tratamos no es entre nosotros una medida irrevocable, pues el Art. 245 del Código Civil establece que la separación de bienes cesa por resolución del juez, a pedido de ambos cónyuges.

Cabe, por lo tanto, reestablecer la sociedad conyugal por común acuerdo de los interesados, medida completamente justificada, desde que la ley debe contribuir por todos los medios posibles a fomentar la más estrecha unión de los consortes y la unidad y solidez de la familia.

QUINTA PARTE

CONFLICTOS DE DERECHO

CAPITULO DECIMO SETIMO

EL REGIMEN DE BIENES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

93.—Los conflictos de Derecho Internacional Privado.

En los capítulos anteriores, hemos tratado del régimen de bienes dentro del matrimonio, tal como se practica en el Perú; pero sin relacionarlo con la vida internacional.

Sucede, sin embargo, que las relaciones jurídicas que origina el matrimonio no son tan simples y que trascienden frecuentemente de la esfera puramente nacional vinculando personas de distinta nacionalidad o sujetas a diversas legislaciones.

Un peruano puede casarse con una extranjera o una peruana con un extranjero, dentro del país o fuera de él; una pareja de peruanos puede contraer matrimonio fuera del Perú, residir en el extranjero y después domiciliarse en el Perú; esposos extranjeros, casados en su país o en un país extraño, pueden venir a establecerse en el Perú, conservando su nacionalidad o adquiriendo la nacionalidad peruana; los casados, en fin, residan o no en el Perú, sean o no peruanos, pueden tener bienes, o acreedores en diversos países y, entre ellos, en el Perú. ¿A qué ley estarán sujetas todas estas situaciones? ¿A la ley peruana? ¿A la ley nacional del marido? ¿A la ley de cada uno de los cónyuges, si son de diversa nacionalidad? ¿A la ley del primer domicilio de los cónyuges, o sea del lugar donde celebraron su matrimonio? ¿A la ley del lugar en que establezcan su domicilio definitivo? ¿A la ley del lugar donde están ubicados los bienes? ¿A la ley del tribunal que se pronuncie sobre cualquier conflicto jurídico que origine el matrimonio? (63).

94.—Determinación de la ley aplicable, según la doctrina.

Para algunos rige el principio de la autonomía de la voluntad. Dumoulin (64), sostiene, al efecto, que las relaciones patrimoniales de los cónyuges se norman siempre por la convención que hayan celebrado y, en defecto de ésta, por la ley del lugar del primer domicilio que, se supone, fué adoptada voluntariamente por ellos, en virtud de su consentimiento tácito.

(63) Este capítulo se inspira, salvo las discrepancias que en el mismo se consignan, y con autorización del autor, en el artículo publicado por el Profesor Jorge Vega García en el Nº III de la Revista Jurídica del Perú, p. 221. (Editora Médica Peruana, 1950).

(64) Dumoulin fué un célebre abogado parisiés, que vivió entre los años 1500 y 1566 considerado como uno de los fundadores de la doctrina francesa que distingue entre los estatutos reales y los personales.

D'Argentré dentro de la misma tendencia, (65), considera que, si bien los pactos nupciales tienen valor extraterritorial, no es posible hablar de consentimiento tácito cuando tales pactos no existen, ya que en tales casos la ley se impone prescindiendo de la voluntad de los casados. Sostiene, por lo mismo, que, a falta de capitulación, debe aplicarse la ley del lugar en que estén ubicados los bienes.

Jean Voet (66), va más lejos; pues, para éste último caso, indica que debe investigarse la intención de los contrayentes.

Weis (67), en cambio, opina que si no hay capitulación, procede aplicar la ley nacional de los esposos, primando la del marido si ambos fueran de distinta nacionalidad.

Para otros, el principio de la autonomía de la voluntad no es válido sea por que el sistema de las capitulaciones matrimoniales no es universal y depende de una ley previa que las autorice, la cual escapa de la voluntad de quienes contraen matrimonio; sea por que en muchos países la ley impone el régimen de bienes aún contra lo que hubieran querido los esposos; sea por la injusticia que significaría en algunos casos someter a los esposos a una ley local y en otros permitirles que se investigue la intención tácita que ellos tuvieron al casarse; sea por las dificultades procesales y judiciales y por la incertidumbre que originaría tal género de investigaciones.

Quienes así objetan el principio de la autonomía de la voluntad se inclinan por diversas soluciones.

Algunos son partidarios de la aplicación de la ley territorial o sea de la ley de ubicación de los bienes inmuebles, para todo lo que a éstos se refiera y de la ley del domicilio de los cónyuges para los muebles; pero se les critica haciendo notar, con justicia, que tal solución somete a los casados con bienes en diversos lugares a una pluralidad de legislaciones y que, además, al hacerlo, se confunde la organización de la propiedad en un país, que puede ser de interés público, con las relaciones económicas entre los esposos que no tienen tal interés.

Los tratadistas modernos (68) consideran, por eso, que debe regir, para los efectos patrimoniales, la misma ley a que están sometidas las relaciones personales de los cónyuges; sosteniendo algunos que esta ley debe ser la ley de la nacionalidad que tenían los esposos al contraer matrimonio y otros la ley del domicilio de los cónyuges.

(65) D'Argentré famoso jurisconsulto bretón, que vivió entre los años 1519 y 1590, reaccionó contra las teorías de Dumoulin sosteniendo la aplicación, en cuanto fuera posible, de la ley de ubicación de los bienes inmuebles.

(66) Cita que hace el Profesor Jorge Vega García en el artículo citado en la Nota Nº 63.

(67) Manual de Derecho Internacional Privado. Traducción de Estanislao S. Zevallos.—2a. Edición, 1928.

(68) Véase Jorge Vega García, artículo citado en la Nota Nº 63, pág. 234.

95.—Ley aplicable según la jurisprudencia, las legislaciones y los tratados.

Tanto la jurisprudencia como el derecho positivo han oscilado en sus soluciones, ante la gran variedad de las teorías que propone la doctrina.

La jurisprudencia francesa (69) y el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (70), se inspiran en la teoría de la autonomía de la voluntad; la jurisprudencia de Inglaterra y Estados Unidos se inclinan por el principio de la ley territorial; el Código Civil Alemán (71) se ins-

(69) El Art. 3º del Código Civil Francés dice lo siguiente:

Art. 3º.—Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas rigen a los franceses, aunque residan en país extranjero.

(Del Code Civil, Ed. Librairie Dalloz.—París, 1952.

(70) Los Arts. 40, 41, 42 y 43 del Tratado de Derecho Civil Internacional celebrado en Montevideo el 12 de Febrero de 1889 dicen lo siguiente:

Art. 40.—Las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes que tengan al tiempo de celebrarlas y de los que adquieran posteriormente, en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de su situación.

Art. 41.—En defecto de capitulaciones especiales, en todo lo que ellas no hayan previsto, y en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes, las relaciones de los esposos sobre dichos bienes, se rigen por la ley del domicilio conyugal que hubieren fijado, de común acuerdo, antes de la celebración del matrimonio.

Art. 42.—Si no se hubiese fijado de antemano un domicilio conyugal, las mencionadas relaciones se rigen por la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración del matrimonio.

Art. 43.—El cambio de domicilio no altera las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio.

(De "Tratados, Convenciones y Acuerdos Vigentes entre el Perú y otros Estados. T. II. Ed. Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, 1926).

(71) Los Arts. 14, 15 y 16 de la ley de introducción al Código Civil Alemán, de 18 de Agosto de 1896, dicen lo siguiente:

Art. 14.—Las relaciones jurídicas personales entre los esposos alemanes serán juzgadas de acuerdo con las leyes alemanas, aún cuando los esposos tengan su domicilio en el extranjero.

Las leyes alemanas reciben igualmente aplicación cuando el marido ha perdido la nacionalidad del Imperio, si la mujer la ha conservado.

Art. 15.—El régimen matrimonial se rige por las leyes alemanas, cuando el marido era alemán al celebrarse el matrimonio.

Si después de haber contraído matrimonio, el marido adquiere la nacionalidad alemana, o si esposos extranjeros tienen su domicilio en Alemania, se aplica al régimen matrimonial las leyes del Estado a que hubiere pertenecido el marido al momento de celebrarse el matrimonio. Sin embargo, los esposos pueden celebrar un contrato de matrimonio, aún cuando no gozaren de tal facultad según los términos de esta última ley (ley nacional del marido en el momento de la celebración).

Art. 16.—Si esposos extranjeros o esposos que, después de la celebración de su matrimonio han adquirido la nacionalidad alemana, establecen su domicilio en Alemania, se aplicarán las disposiciones del Art. 1435 del Código Civil (relativo a derechos de terceros y a la cosa juzgada): el régimen legal extranjero se asimila a un régimen convencional.

pira en el principio de la ley nacional, dando preferencia a la del marido en caso de que los cónyuges sean de nacionalidad diferente y respetando las convenciones matrimoniales, cuando sean lícitas: análogo sistema siguen el Código Civil Italiano (72), el Código Civil Español (73) y la Convención de La Haya de 1900 (74); y, en fin, el Tratado de Derecho Civil Internacio-

Las disposiciones de los Arts. 1357, 1362 y 1405 del Código Civil (relativos a la administración por parte de la mujer, obligaciones del marido y ejercicio de profesión por parte de la mujer), reciben aplicación, en la medida en que sean más favorables a los terceros, que las leyes alemanas.

(Del "Code Civil Allemand", Traducción de l'Office de Législation étrangère et de Droit International.— París, 1929, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence).

(72) El Art. 19 del Código Civil Italiano dice lo siguiente:

Art. 19.—Ley reguladora de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Las relaciones patrimoniales entre cónyuges son reguladas por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio.

El cambio de nacionalidad de los cónyuges no influye en sus relaciones patrimoniales, salvo pacto entre los cónyuges basado en la nueva ley nacional común.

(De "Codici e Leggi d'Italia". Ed. de los Prof. L. Franchi y V. Ferrari, Imp. Ulrico Hoepli, Milán, 1950).

(73) El Código Civil Español, en su Art. 9º, dice lo siguiente:

"Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles aunque residan en país extranjero".

(De "Derecho Civil Español", por Modesto Falcón.—Ed. Centro Editorial de Góngora. Madrid, 1888-1890).

(74) La Convención de La Haya de 1905, en sus Arts. 3, 4, 5, 7 y 8, dice lo siguiente:

Art. 2.—A falta de contrato los efectos del matrimonio sobre los bienes de los esposos, tanto inmuebles como muebles, serán regidos por la ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio.

El cambio, de nacionalidad de los esposos o de uno de ellos no tendrá influencia sobre el régimen de bienes.

Art. 4.—La ley nacional de los esposos decide si pueden, en el curso del matrimonio, sea celebrar un contrato de matrimonio, sea rescindir o modificar sus convenciones matrimoniales. El cambio en el régimen de bienes no puede tener efecto retroactivo en perjuicio de terceros

Art. 5º.—La misma ley decide si tienen los esposos y en qué medida, libertad de referirse a otra ley.

Art. 7.—Las disposiciones de la presente convención no son aplicables a los inmuebles colocados por la ley de su situación bajo un régimen territorial especial.

Art. 8.—Cada uno de los Estados contratantes se reserva:

1º—Exigir las formalidades especiales para que el régimen de bienes pueda ser invocado contra terceros;

2º—Aplicar las disposiciones que tengan por objeto proteger a los terceros en sus relaciones con una mujer casada que ejerza una profesión en el territorio de este Estado.

(De "Derecho Internacional Privado", por Carlos García Gastañeta.—Ed. Librería e Imprenta Gil S. A., Lima 1930).

nal suscrito en Montevideo en 1940 (75), pero aún no ratificado por los signatarios, consagra la competencia de la ley del primer domicilio de los cónyuges. El Código Bustamante se inclina por la ley nacional, aunque admite subsidiariamente la del domicilio (76). El Código Peruano de 1852 imponía, en todos los casos la ley peruana (77).

96.—Solución del Código Peruano de 1936.—

El Código Peruano de 1936 se ha inspirado en el principio de la ley del matrimonio, pero no ha optado en forma decidida entre la ley nacional y la ley del domicilio pues en el Art. V de su Título Preliminar dice lo siguiente:

(75) El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1940 en su Art. 16º dice lo siguiente:

Art. 16º.—Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes.

(Del artículo mencionado en la Nota Nº 63).

(76) El Código Bustamante en sus Arts. 187, 188, 189, 190, 191, 192 y 193, dice lo siguiente:

Art. 187.—Este contrato (sobre bienes con ocasión del matrimonio) se rige por la ley personal común de los contrayentes y en su defecto por la del primer domicilio matrimonial.

Las propias leyes determinan, por ese orden, el régimen legal supletorio a falta de estipulación.

Art. 188.—Es de orden público internacional el precepto que veda celebrar capitulaciones durante el matrimonio, o modificarlas, o que se altere el régimen de bienes por cambio de nacionalidad o de domicilio posteriores al mismo.

Art. 189.—Tienen igual carácter los preceptos que se refieren al mantenimiento de las leyes y las buenas costumbres, a los efectos de las capitulaciones respecto de terceros y a su forma solemne.

Art. 190.—La voluntad de las partes regula el derecho aplicable a las donaciones por razón del matrimonio, excepto en lo referente a su capacidad, a la salvaguarda de derechos legitimarios y a la nulidad mientras el matrimonio subsista, todo lo cual se subordina a la ley general que lo rige, y siempre que no afecte el orden público internacional.

Art. 191.—Las disposiciones sobre dote y parafernales dependen de la ley personal de la mujer.

Art. 192.—Es de orden público internacional la regla que repudia la inalienabilidad de la dote.

Art. 193.—Es de orden público internacional la prohibición de renunciar a la sociedad de gananciales durante el matrimonio.

(Del libro sobre "Tratados Multilaterales del Perú", citado en la Nota Nº 70).

(77) El Doctor Carlos García Gastañeta, en la obra citada en la Nota Nº 74, dice, a este efecto, lo siguiente:

"Ya se ha visto que el Art. 1158 del Código de Procedimientos Civiles, establece la jurisdicción forzosa de los tribunales peruanos en las causas que versen sobre relaciones de familia de peruanos o extranjeros domiciliados en el Perú y que aunque esta disposición se refiere únicamente a la competencia del tribunal, se aplicarían, sin embargo, a falta de disposición expresa sobre la ley competente, los mismos principios a la determinación de la ley. ¿Comprende esta disposición las relaciones familiares

Art. V.—“El estado y la capacidad civil de las personas se rigen por la ley del domicilio, pero se aplicará la ley peruana cuando se trate de peruanos”.

“Las mismas leyes regularán los derechos de familia y las relaciones personales de los cónyuges así como el régimen de los bienes de éstos”.

Así, según este artículo, a los peruanos ha de aplicárseles siempre, donde quiera que estén domiciliados y cualquiera que sea el lugar de ubicación de sus bienes, la ley peruana. En cambio, para los extranjeros la ley competente será la de su domicilio.

97.—Crítica del Código Civil.

La solución arriba mencionada, no ha parecido satisfactoria a importantes profesores de Derecho Internacional de nuestro país.

Así, Vega García (78), dice lo siguiente:

“Este texto consagra una notoria incongruencia jurídica al establecer un sistema dual, el de la ley nacional para los peruanos y el domicilio para los extranjeros”.

“Lógicamente debe regir en la materia un criterio de reciprocidad. Si la ley del matrimonio es la nacional, debe serlo para nacionales y extranjeros, y lo mismo debe sostenerse si se prefiere la ley del domicilio”.

“Tratándose de matrimonio entre peruanos, ese dualismo, jurídicamente inaceptable, no provoca dificultades prácticas. El régimen de bienes de los esposos se regirá en todo caso por la ley peruana, cualquiera que sea el domicilio de los cónyuges, el lugar de celebración del matrimonio o de situación de los bienes”.

“Pero, no siempre sucede así, cuando el matrimonio es entre personas de diferente nacionalidad, por ejemplo, cuando tiene lugar entre peruana y extranjero, o entre extranjera y peruano”.

“patrimoniales?. Indudablemente que sí. Pero no sería posible aplicar la ley del domicilio actual en el caso de extranjeros domiciliados en el Perú. El régimen patrimonial de bienes se fija al celebrarse el matrimonio. Surge entonces la duda de saber si los tribunales peruanos aplicarían la ley nacional del matrimonio, o la del primer domicilio conyugal, o la del lugar de celebración. En los casos que se han discutido ante los tribunales, se ha sostenido la aplicación de la ley nacional; pero no ha llegado a pronunciarse ejecutoria al respecto. Cuando el matrimonio se ha celebrado en el Perú, sin fijar aquí su primer domicilio, pero este domicilio se establece posteriormente, dando competencia a nuestros tribunales, es indiscutible que se aplicará la ley peruana”.

(78) Artículo citado en la Nota Nº 63, Pág. 238.

" Si es una peruana la que se casa con extranjero, debe tenerse presente lo dispuesto en el Art. 6º de la Constitución:

" La peruana que se casa con extranjero conserva la nacionalidad peruana, salvo renuncia expresa".

" Pueden, pues, presentarse dos casos: 1º—Que la peruana renuncie a su nacionalidad; y 2º—Que conserve la nacionalidad peruana".

" La primera hipótesis no ofrece dificultades. Si la mujer deja de ser peruana, ambos cónyuges son extranjeros y su régimen de bienes se rige por la ley del domicilio que constituyan".

" Si la mujer conserva su nacionalidad peruana, pero el domicilio conyugal se establece en el Perú, tampoco se presentará el problema, puesto que habrá coincidencia en las leyes personales de ambos esposos".

" Pero, si el domicilio se establece en el extranjero, surge de inmediato la cuestión, ¿Qué ley se aplicará al régimen de bienes, la del domicilio del marido o la ley nacional de la mujer?

" Desde luego, no puede pensarse en aplicar las leyes personales de ambos esposos. Si las leyes personales son contradictorias, no podrá obedecerse a una sin desobedecer a la otra. Tal solución sería además contraria a la letra y al espíritu del Art. V del Título Preliminar. Conforme a este dispositivo debe aplicarse en todo caso a los peruanos la ley peruana. De este modo el dualismo del Art. V conduce a la singular solución de hacer prevalecer la ley de la mujer sobre la del marido. Se aplica a éste un sistema jurídico con el que no está vinculado ni por su nacionalidad ni por su domicilio. Y como es de suponer, el régimen de bienes peruano impuesto así al marido, no tiene la menor probabilidad de ser reconocido por el país del domicilio del varón cuyas leyes han sido puestas de lado".

" Conforme al Art. 5º de la Constitución:

"La extranjera casada con peruano adquiere la nacionalidad de su marido".

" Tampoco habrá pues dificultades en esta hipótesis. La ley peruana tiene aquí competencia exclusiva sobre el régimen de bienes".

Por nuestra parte consideramos que la sólida crítica que antecede tiene mucho de razón, pero que, en realidad, los problemas que origina la

aplicación del Art. V del Título Preliminar provienen más que de la dualidad, de la ley, de un defecto de técnica de la misma, pues al redactarlo se ha olvidado prever lo que se hará si los esposos tienen distinta nacionalidad, punto que ya había sido materia de solución en las más importantes legislaciones que se inspiran en la ley nacional y que para tal caso establecen que el régimen patrimonial de los cónyuges de diversa nacionalidad será el que señala la ley del marido, por ser él el jefe del hogar y el llamado a establecer su domicilio.

De otro lado nos parece que el Codificador ha sometido justificadamente a los peruanos a la ley nacional.

La organización de la familia y del régimen de bienes en el Perú, se inspira en un principio de orden público y social, según el cual el sistema adoptado por el Código es el que más conviene a los peruanos, por la tradición, cultura, religión y organización general de nuestra patria; y, siendo así, la ley tiene que ser categórica. De allí que no sea dable a los peruanos renunciar a la sociedad conyugal ni a sus efectos. Y, si esto ocurre dentro del territorio nacional, no se percibe, tampoco, suficiente razón para que sea diferente con los peruanos domiciliados en el extranjero. De otro modo resultaría también que, por el simple hecho de haber contraído matrimonio fuera del Perú, y haber permanecido aunque sea por poco tiempo en el extranjero, lo que ahora ocurre con extraordinaria frecuencia, dado el cosmopolitismo moderno y el intercambio cada vez más frecuente y acelerado que se produce entre los hombres, los peruanos que regresaran a su país, aunque ya no volvieran a salir de él, se encontrarían atados a una ley extranjera desconocida y extraña tanto para ellos como para los tribunales patrios. Igualmente resultaría que, bajo la aparente unidad técnica, originada por la aplicación a todos de la ley del domicilio, se tendría una gran diversidad en la práctica originada por la diferencia de legislaciones a que estarían sometidos los peruanos residentes en el Perú, sea que nunca hubieran salido al extranjero, sea que hubieran contraído matrimonio fuera del territorio nacional.

Se comprenderá el trastorno y confusión que tal disparidad podría originar, sobre todo cuando no existe entre nosotros un Registro de Regímenes Matrimoniales, ni la costumbre de recurrir a ellos.

El sistema adoptado por el Código no es perfecto, por ser dual, pero, indudablemente, corresponde a las necesidades del país y permite saber a los peruanos que viven o contratan dentro del país o que tienen relaciones con peruanos, aún cuando estos últimos residan en el extranjero, que todos están sometidos a un solo régimen o sea el del Código Civil nacional.

98.—Problemas que origina la situación de los extranjeros.

Aparte de los problemas que acabamos de examinar, la aplicación del Art. V origina varios otros de importancia, tratándose de la situación de los extranjeros.

A).—Domicilio que determina la competencia.

Dice el Art. V que los extranjeros se rigen por la ley del domicilio, pero es de preguntarse, ¿cuál es ese domicilio? ¿El lugar donde los esposos se casaron? ¿El primer domicilio que establecieron al contraer matrimonio? ¿El último o alguno nuevo?

Caben naturalmente toda clase de teorías al respecto, pero consideramos con Vega García que la ley del domicilio de que habla el Art. V es la ley nacional del lugar en que se establecieron los esposos al contraer matrimonio; y que tal ley es inmutable, porque otorga una serie de derechos y obligaciones a los esposos que no pueden ser destruidos ni modificados mediante la constitución de un nuevo domicilio, porque ello sería dar efecto retroactivo a las leyes del nuevo lugar contraviniendo el Art. 25 de nuestra Constitución y destruir los derechos ya adquiridos por los cónyuges o por terceros. Por eso mismo es que la ley del domicilio tiene carácter personal y acompaña a los esposos donde vayan.

Abonan esta solución principios tan antiguos como los de las Leyes de Siete Partidas (Ley 23, Título XI, Partida IV), los acuerdos del Instituto de Derecho Internacional adoptados en Lausana en 1888 (Art. 15), la Convención de La Haya de 1905 (Art. 2), el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (Art. 43) y gran parte de la doctrina.

Conviene tener presente, sin embargo, que no todas las legislaciones aplican el concepto de la inmutabilidad de la ley personal con absoluta rigidez, ya que el Código Civil Alemán, que se inclina por la ley nacional, permite a los esposos que trasladan su domicilio a Alemania celebrar contratos de matrimonio, aún cuando no gozaren de esta facultad de acuerdo con la ley original (Art. 15 de la ley de introducción).

Del mismo modo, la ley federal Suiza de 25 de junio de 1891 (79), que aplica el principio de la ley del domicilio, en su Art. 20 declara que, cuando los esposos cambian de domicilio, pueden, con el asentimiento de la autoridad competente, adoptar, para las relaciones entre ellos, la legislación del nuevo domicilio, mediante una declaración común hecha ante la oficina cantonal competente, declaración a la que se da efecto retroactivo hasta el momento en que comenzó a producir sus efectos el régimen matrimonial, pero que no modifica en forma alguna los derechos adquiridos por terceras personas, (Art. 21).

La ley argentina de Matrimonio Civil en su Art. 5º contiene también una descripción semejante cuando dice que los bienes adquiridos por los esposos antes de cambiar de domicilio son regidos por las leyes del primero; y los que hubiesen adquirido después del cambio, por los del nuevo.

B).—Cambio de nacionalidad.

Igualmente puede preguntarse qué pasará si un extranjero adquiere la nacionalidad peruana o si un peruano toma otra nacionalidad.

(79) Virgile Rosselt, Code Civil et des Obligations.—Librairie Payot, Lausanne, 1948, p. 347.

Para nosotros, en tal caso es de plena aplicación el principio establecido en los párrafos anteriores, o sea el del respeto de los derechos adquiridos e irretroactividad de la ley del nuevo domicilio que no puede modificar el estatuto personal de los cónyuges.

C)—Situación de los terceros.

De lo expuesto anteriormente se desprende que en el Perú debe ser respetado el derecho de los cónyuges extranjeros a regir sus relaciones patrimoniales por la ley de su domicilio original. Consecuencia es que los extranjeros no domiciliados en el Perú y los que se domicilien con posterioridad a su matrimonio, seguirán rigiéndose por su propio estatuto, ya emane de una convención matrimonial o de su ley local.

Por consiguiente, quienes contratan con extranjeros deben informarse de la verdadera situación jurídica de éstos a fin de observar las normas que correspondan. Basta, pues, el conocimiento de la calidad de extranjero que tenga o haya tenido una persona que no haya estado domiciliada en el Perú antes de su matrimonio, para que sea indispensable hacer la investigación correspondiente o para exigir la intervención de ambos cónyuges en los contratos que celebren a fin de evitar errores o dificultades. De otro modo el cónyuge que no haya intervenido en el contrato, teniendo derecho a ello, o sus sucesores, podrían interponer el correspondiente reclamo, salvo, por supuesto, los casos de error o fraude.

Es de lamentar, por lo mismo, como bien dice Vega García, que nuestro Código Civil admita la vigencia de regímenes foráneos sin establecer suficientes formalidades de publicidad en favor de terceros, salvo cuando se trata de inmuebles inscritos en los Registros Públicos, respecto de los cuales los derechos de terceros están amparados por los incisos 1) y 5) del Art. 1042 del Código Civil y el Art. 3º del Reglamento de Inscripciones que mandan inscribir todas las limitaciones o restricciones concernientes a las facultades del propietario y derivadas de contratos, testamentos y sentencias, extendiendo la facultad respectiva a los actos y contratos que emanen del extranjero si tienen fuerza legal en la República.

Es indispensable, por todo ello, que se amplie las disposiciones concernientes a los Registros Públicos, estableciendo para los extranjeros que se domicilien en el Perú después de casados o para los domiciliados en el extranjero que contraten en el Perú, la obligación de inscribir oportunamente su régimen de bienes en el Registro Personal, pues sólo en tal forma quedarán debidamente informados quienes con ellos contraten y libres los terceros de todo peligro o sorpresa en los actos jurídicos que realicen de buena fé.

**PUCP-BIBLIOTECA
MEMEROTECA**

500316  **48072**