

Historia del Derecho Peruano

(Catedrático: Dr. Manuel Belaúnde Guinassi)

PROGRAMA

PRIMERA PARTE

GENERALIDADES

I LECCION

I.—LA TRANSFORMACION DEL DERECHO. — 1). — La transformación en el Derecho Público y en el Derecho Privado. — 2). — Causas que originan la transformación. — 3). — Las nuevas ramas del Derecho: a). — El Derecho Social. — b). — El Derecho de los Niños o Menores; c) el Derecho Aéreo. — 4). — La finalidad del Derecho: su estabilidad. — 5). — Concepción de una Historia del Derecho Universal. — 6). — Historia del Derecho Comparado. — 7). — Relación del estudio del Derecho, con la Filosofía del Derecho.

II.—CONCEPCION DEL DERECHO A TRAVES DEL TIEMPO. — 1). — En la antigüedad la fuente del Derecho fué Dios. — 2). — Roma creó su propio Derecho. — 3). — La Edad Media afirmó el concepto Teológico. — 4). — Siglos XVI y XVII: fuente del Derecho: el Rey. — 5). — Inglaterra después de 1688: el Parlamento. — 6). La Revolución Americana y la Francesa; la fuente del Derecho en el Pueblo. — 7). — Siglo XVIII la Justa Razón. — 8). Siglo XX: el Derecho como producto de la experiencia humana.

III.—HISTORICIDAD DEL DERECHO. — 1). — Antecedentes de los estudios histórico-jurídicos. — 2). — El problema de la Historicidad de lo Humano y lo Jurídico en la Filosofía. — 3). — Las Ideas de Platón. — 4). — La concepción Agustiniana. — 5). — La Escolástica de Francisco Suárez. — 6). — La Escuela Clásica del Derecho Natural (Grocio-Puffendorf Tomasio. — 7). — El Romanticismo Jurídico o la Escuela Histórica del Derecho (Savigny). — 8). — La interpretación ética y política de la Historia del Derecho: a). — La influencia Kantiana. — b). — Hegel. — Las obras de Mommsen y Pucht. — La obra de Maine: como precursor del Derecho Comparado y de la Etnología Jurídica. — 9). — El Positivismo y el Naturalismo. — 10). — El Materialismo Histórico (Marx). — 11). — Concepción de Stammler. — 12). — Conclusiones.

IV.—LOS ESTUDIOS JURIDICOS SOBRE LOS PUEBLOS PRIMITIVOS. — 1). — Los estudios jurídicos sobre los pueblos primitivos. — 2). — La obra de Alberto E. Post. — 3). — Los estudios de Kohler. — 4). — La Etnología Jurídica. — 5). — Los estudios contemporáneos. — 6). — Importancia de los estudios de la Etnología Jurídica para el Perú. — 7). — Verdadero concepto de los estudios histórico-jurídicos. — 8). — Arqueología Jurídica. — 9). — Su concepto.

II LECCION

I.—FUENTES Y METODO DE LA HISTORIA DEL DERECHO. — a). — Diferencia entre las fuentes creadoras del Derecho y las Fuentes para los estudios histórico-jurídicos. — b) Fuentes generadoras del Derecho: 1) Legales. 2). — de Facto. — c). — Fuentes principales: la Costumbre, la Ley, la Jurisprudencia.

II.—VERDADERO CONCEPTO DE LAS FUENTES DE LA HISTORIA DEL DERECHO. — 1). — Clasificación: a) Directas. — b) Indirectas.

III.—FUENTES: A. — **Escritas:** 1). — Derecho Legislado. — 2) — Derecho Convencional. — 3). — Derecho Judicial. — 4). — Derecho Doctrinario. — B. — **Orales.** — C. — **Gráficos, Actos, Objetos.** — D. — **Fuentes Extra-jurídicas.** — E. — **El Derecho Consuetudinario.**

IV.—METODO. — 1). — Distinción entre el método del Derecho y de la Historia. — 2). — La periodificación en relación al Método.

V.—LOS SISTEMAS. — a) El cronológico o narrativo. — b) El Genético. — c) El Mixto.

VI.—LA PERIODIFICACION. — 1). — La continuidad histórica: a). — Los factores de vinculación (territorio, población). — b). — El Perú en su función del pasado, del presente y del futuro. — c). — El estudio de de las causas y de las instituciones a través del tiempo.

VII.—EL CRITERIO EXTERNO JURIDICO. — 1). — Las épocas de la evolución del Derecho: a). — Epoca de Predominio de la costumbre. — b). Epoca del Derecho Recopilado. — c). — Epoca del Derecho Codificado. — 2). — Su aplicación a la Historia del Derecho Peruano.

VIII.—La separación para nuestro estudio de: Fuentes con criterio Cronológico y de Instituciones: Genético.

III LECCION

I.—LOS ESTUDIOS SOBRE LA HISTORIA DEL DERECHO PERUANO. — 1). — **En la Colonia:** a). Antecedentes en los trabajos de los juristas del siglo XVI, XVII y XVIII. — b). — Los trabajos sobre la realidad jurídica de los Incas de: Polo de Ondegardo, Santillán y Matienzo. — c). — Los trabajos de los cronistas que pueden interesar a los estudios del Derecho Peruano (Bernabé Cobo, Cristóbal de Castro, Diego de

Ortega, Miguel Cabello de Balboa, Martín de Morúa, Pedro Cieza de León, Garcilaso de la Vega, Huamán Poma de Ayala). — d). — La iniciación de la Leyenda Negra: los escritos de Fray Bartolomé de las Casas. — e). — los Copiladores: Juan Solórzano y Pereyra, Antonio de León Pinelo, Gaspar de Escalona y A. — 2). — La clasificación de los juristas de la Colonia, según Jorge Basadre: a). — Los que intervienen en las discusiones Teológico-jurídicas del siglo XVI. — b). — Juristas que estudian las instituciones y realidad jurídicas de los Incas. — c). — Juristas que estudian la situación del Indio. d). — Autores que escribieron sobre la Legislación Indiana. — 1). — Autores del Derecho Canónico, 2) recopiladores, 3) tratadistas.

3.—I. — Los estudios históricos-jurídicos en el siglo XVIII: — 2). — Los juristas redactores de "Mercurio Peruano".— 3). — Los trabajos de Cerdán: "El Reglamento de Aguas".

4.—Estudios sobre el Derecho Indiano: a). Concepto. — b) Los estudios de Rafael Altamira, José María Ots, Vicente Gay, Carmelo Viñas Mey, Tomás Elorrieta, Joaquín Avella Vives. — c) Los estudios de Niceto Alcalá Zamora y Silvio Zavala (Inst. Jurídicas de la Conquista, "La Encomienda Indiana"). — d) La introducción al Derecho Indiano de Levene: los trabajos de Cabral Texo: "La Prelación de las Leyes en España e Indias". — e) Esquivel y Obregón: Apuntes para la Historia del Derecho en México.

5.—Los estudios de los Norteamericanos: James Brown Scott, C. H. Haring y Lewis Hanke.

6.—Los estudios entre nosotros: Torres de Saldamando, (La Encomienda), V. M. Maúrtua (La Recopilación). — Jorge Basadre (La Mita), C. Romero (La Perpetuidad de las Encomiendas). — Riva Agüero (La Encomienda). M. Belaunde (Encomienda en el Perú).

7.—Los estudios modernos sobre la realidad Jurídica de los Incas: a) Los trabajos de Tschudi, Middendorf y Luis Baudin. — b) H. Cunow, Means, Markham. — c) Los peruanos: Basadre, Tello, Riva Agüero, Valdez de la Torre, Urteaga, Valcárcel.

IV LECCION

I.—LOS ESTUDIOS HISTORICO-JURIDICOS DURANTE LA REPUBLICA. — 1). — Antecedentes: a) Los trabajos de Toribio Pacheco en "El Herald" (1853). — Su folleto "Cuestiones Constitucionales" (1854). b) El estudio de Manuel de Mendiburu "Ojeada sobre la esclavitud bajo el régimen Colonial" (Revista Lima) (1860-63). — c) Los trabajos de José Antonio de Lavalle, sobre Morales y Duares y Pedro Bravo de Lagunas (Revista Lima).

II.—La obra de Francisco García Calderón: "Diccionario de la Legislación Peruana": a) Su importancia. — b) La Recopilación de la Legislación de 1821-1859. — c) Referencia a la Legislación Española.

III.—FloreCIMIENTO de los estudios Jurídicos: a). — “Derecho Constitucional Universal e Historia del Derecho Público Peruano”, de M. Atanasio Fuentes. — b). — Los artículos de José Antonio Barrenechea en la “Gaceta Judicial” sobre Legislación Civil Comparada. — c). — El establecimiento de la Cátedra de Historia del Derecho Peruano en la Universidad de San Marcos (1875) y el Dr. Román Alzamora. — d). — La obra de Alzamora “Curso de Historia del Derecho Peruano”. — e). — El libro de Eleodoro Romero: “Derecho Peruano” (1901).

IV.—Los estudios de Jorge Basadre “Historia del Derecho Peruano” (1937). — a). — Su importancia. — b). — Partes que comprende su libro. — c). — El método seguido.

V.—Otros estudios contemporáneos de Historia del Derecho: Torres de Saldamando, Coronel Zegarra, Pedro M. Oliveira: “Política Económica, Alfonso Benavides Loredo “Antecedentes de los Códigos Peruanos”, “Bosquejo sobre la Evolución política y Jurídica de la época Republicana del Perú”, C. A. Ugarte: “Antecedentes Históricos del Régimen Agrario Peruano”, los estudios de Lavalle, Núñez, Carlos Zavala Loayza “Sinopsis de la Legislación Penal del Perú”. — Los estudios de Derecho Público (Villarán, Belaúnde V. A., Pareja P. S. y García Rada).

V LECCION

I.—LOS JURISTAS DE LA COLONIA. — a). — Problemas jurídicos que planteó la Conquista y Colonización de América. — b). — Las disputas de los Teólogos: Francisco Vitoria (Relecciones Teológicas). — Su influencia en la obra de Grocio. — La campaña en favor de los Indios. — Actitud de los religiosos.

II.—A). — La campaña de Fray Bartolomé de las Casas: su disputa con Juan Ginés Sepúlveda. — b). — Sus escritos y obras “La Brevisima relación de la destrucción de las Indias” (1552); “Historia de las Indias”, “Apologética Historia Sumaria”. — c). — “La Leyenda Negra”. — d). — Los refutadores de las Casas (Matienzo, Pinelo, Solórzano). — e). — Los estudios sobre la situación de los Indios (Acosta, Matienzo, Fray Miguel de la Agía).

III.—a)—Los Juristas que estudiaron la organización y las instituciones de los Incas: (Polo de Ondegardo, Santillán). — b). — Los trabajos de Polo de Ondegardo en pró de la formación de un Derecho Americano de la amalgama del Derecho Español y de las normas y costumbres de los Incas. — c). — Bibliografía de Polo de Ondegardo: (Errores y Supersticiones de los Indios; Relación sobre la Perpetuidad de las Encomiendas; Ordenanzas para las Minas de Huamanga; Impugnación de Fray Bartolomé de las Casas; Relación acerca del notable daño que resulta de no guardar a los indios sus fueros). — d). — Polo de Ondegardo defensor de las Leyes Españolas y refutador del Padre de las Casas.

IV.—Juan Matienzo: a) Datos sobre su persona. — b). — Su obra “Gobierno del Perú. — c). — Defensa de los títulos de España para Con-

quista y Colonización (p. la Bula de Alejandro VI, por el derecho de ocupación, por la infidelidad de los indios y por la tiranía de sus señores). — d) Medidas que recomienda para asegurar estabilidad en el Perú: Yanacónaje, Mitas, Tributos, Reducciones, Comunidades, (aboga por ellas), encomiendas (Es partidario de la Perpetuidad). — Importancia de su obra.

VI LECCION

I.—LOS JURISTAS DE LA COLONIA. — 1). — Los trabajos sobre Derecho Indiano: a) **Antonio de León Pinelo** (1563-1660) datos sobre su vida y obra: sus estudios sobre la Recopilación: “Discursos acerca de la importancia forma y disposición de la recopilación de las Leyes de Indias Occidentales”; su “Bulario Indico”. — 2). — Sus estudios sobre la Encomienda: “Tratado de las Confirmaciones Reales de Encomienda”. — 3). — Sus investigaciones sobre Bibliografía: “Epítome de la Biblioteca Oriental y Occidental. Náutica y Geográfica” (1629). — b). — **Juan Solórzano y Pereyra**: Breve Biografía. — 1). — Sus obras “Indiarum Iure”, como base de “Política Indiana” (1648 Madrid, 1703 Amberes, 1736-9, 1776, 1930 Madrid). — 2). — Partes que comprende su obra: Lib. I: Descubrimiento, adquisición y retención de las Indias; Lib. II Condición de los Indios y servicio personal; Lib. III: Las Encomiendas; Lib. IV: Cosas Eclesiásticas y Patronazgo; Lib. V: Gobierno Secular; Lib. VI: Real Hacienda.

II.—El Copilador: Tomás Ballesteros: su vida y su obra. La recopilación de órdenes, ejecutorias, provisiones y cédulas reales posteriores a Toledo: en “Ordenanzas de Ballesteros” (Lima 1685).

III.—Los estudios de Derecho Público: Gaspar de Escalona y Agüero: su “Gazophilacium Requim Perubicum” (Madrid 1647), partes que comprende. — “El Tratado de Apelaciones”.

IV.—Otros Juristas: a). — El procesalista Hevia de Bolaños (Curia Philipica). — b). — El cronista Gaspar de Villarroel. — c). — Bravo de Lagunas.

SEGUNDA PARTE

DERECHO PRE-HISPANICO

VII LECCION

I.—EL DERECHO PRE-HISPANICO: a). — Situación Pre-incaica. — b). — Realidad jurídica Inca (siglo XII-XVI). — 2). — Dificultad para reconstruir la realidad jurídica pre-incaica. — 3). — La teoría de los ciclos culturales de Schmidt: sus fundamentos. — a). — Las investigaciones de Uhle y Tello sobre las culturas pre-incaicas.

II.—EL DERECHO INCAICO: 1). — Fuentes para su estudio: a) La Literatura Histórico-jurídica. — b) Los escritos sobre situación de los Indios y sus bienes, c) Las costumbres, d) La Arqueología Jurídica. — 2). — La importancia de los escritos de los cronistas. — Clasificación de los cro-

nistas: a) Means, b) Markham. c) Baudin, d) Porras Barrenechea, e) R. Vargas U., f) Basadre, g) Riva Agüero, h) Estudios modernos sobre los Incas: Riva Agüero, Tello, Baudin, Tschudi, Markham, Basadre, Urteaga,

VIII LECCION

I.—LA EXISTENCIA DEL DERECHO INCAICO: 1). — La discusión sobre su realidad. — 2). — Fundamento para probar su existencia real: a) La existencia de un Estado Inca; b) El Estado Inca como regulador de las relaciones Sociales. — c) La influencia que ejerció sobre la Legislación Indiana.

II.—Características del Derecho Incaico: 1). — Es un derecho Consuetudinario. — 2). — Confusión de algunos autores del Derecho Incaico con la **Costumbre**, con las **normas morales** y con las **normas Religiosas**. — 3). — Diferencia entre la costumbre y el Derecho en época de los Incas. — 4). — Separación de las normas morales y las normas jurídicas. — 5). — Distinción entre las normas religiosas y las de Derecho. — 6). — La existencia del Derecho Incaico, como norma diferente de la Costumbre, de la Moral y la Religión.

IX LECCION

I.—LA ORGANIZACION DEL IMPERIO DE LOS INCAS: 1). — El Estado Incaico: A) Existencia. — B) Organización. — C) Bases de la organización política del Imperio: a) Concepto de la autoridad del Inca. — b) La divinidad del Inca. — c) El poder absoluto del soberano. — d) El Inca como fuente de las normas jurídicas. — e) La sucesión del Inca.

II.—ORGANIZACION SOCIAL: 1). — Clases sociales: A) El Inca. — B) La nobleza. — C) Los Sacerdotes del Sol. — D) La casta militar. — E) Los Curacas. — F). El pueblo. — 2). — La situación especial de los miembros de la nobleza en cuanto a sus relaciones jurídicas. 3. — El Pueblo y las normas de Derecho.

III.—ORGANIZACION ADMINISTRATIVA: 1). — Los fundamentos de la Organización: a) División territorial. — b). Organización social. — c) Funcionarios del Poder Central. 2). — Características de la Organización Administrativa de los Incas: a) Poder absoluto y centralista del Inca. — b) La dominación total de los Ayllus sometidos y la pérdida de su autonomía.

IV.—FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACION: 1). — El Inca. — 2). — El Virrey. — 3). — El Sumo Sacerdote. — 4). — Los Cápac y el Consejo Real. — 5). — Los funcionarios Regionales y Locales: a) Chunca-Camayoc, b). Picchachunca-camayoc, c) Pachaca-camayoc, d) Picchachaca-camayoc, e) Huaranga. camayoc, f) Hume-camayoc. — 6). — Los funcionarios especiales.

V.—LOS ELEMENTOS DE ORGANIZACION: 1). — Los caminos (Objetivo Estatal) 2). — Los quipus. — 3). — Manifestaciones del Poder Central. — 4). — Las bases en las que reposa la organización Incaica (econó-

mica, administrativa, militar, religiosa). — 5). — El Estado Inca, como organización: a) Agraria, b) militar, c) burocrática.

X LECCION

I.—**Acción del Estado:** sobre las relaciones sociales (vida familiar, religiosa, económica y el orden público). — 1). — La familia: a) patriarcalismo, b) endogamia, c) matrimonio obligatorio de los tributarios comunes, d) castigo de los delitos contra la familia, e) protección a la viuda y huérfanos.

II.—**La vida religiosa:** a) La imposición del culto al Sol, b) el Inca y el culto del Sol, c) el Sumo Sacerdote y su jurisdicción sobre los asuntos religiosos.

III.—**La vida económica:** a) La distribución de tierras (El Inca, el Sol y el Pueblo). — Los tributos en especies. — c) Servicios personales (Acllas, Mitimaes, Yanacunas).

IV.—**Orden público:** a) Organismo militar, mediante: 1º) el servicio militar obligatorio; 2º) construcción de caminos y fortalezas; 3) Colonias militares, b) La pacificación e incorporación de las tribus, c) El quechua como lengua especial.

XI LECCION

I.—**EL DERECHO PENAL INCAICO:** 1) Su carácter intimidatorio. — 2) Rigurosidad de las penas. — 3) La Conciencia del delito: a) La tentativa, b) Las circunstancias atenuantes y agravantes. — 4). — La pena aplicada por el Estado con independencia de los interesados. — 5). — La idea de la culpa: a) los elementos personales en relación de la culpa.

II.—**DELITO:** 1). — Concepto. — 2). — Clasificación: a) delito contra el orden público (contra el Inca, el Estado, familia imperial y Religión); b) delitos contra el orden social privado: a) violaciones de la vida, b) orden familiar, c) contra la propiedad.

III.—**LA PENA Y SUS CARACTERES:** 1). — Clasificación: a) pena de muerte y decapitación, horca, hoguera, incineración del cadáver, descuartizamiento, emparedamiento, despeñamiento, apedreamiento, arrastramiento; b) aplicación de la pena de muerte: asesinato, violación, adulterio, incesto, coito con las vírgenes del Sol, sodomía, desertión, indisciplina militar, pereza, traición, aborto, brujería, defraudaciones de los funcionarios públicos; c) otras penas aplicadas: (corporales, privación de la libertad, económicas y de honor).

IV.—**PROCEDIMIENTO PENAL:** 1). — Características. — 2). — La prueba. — 3). — La reparación del daño causado.

XII LECCION

I.—DERECHO PRIVADO: 1). — Sus modalidades. — 2). — Esfera de influencia del Estado en las relaciones de las personas y familia. — 3). — Las personas y su clasificación: a) diferentes divisiones (por edad, por profesión); b) La persona humana como sujeto y objeto del Derecho. — 4). — La familia y su organización en el Ayllu y en el Estado Inca: a) Matrimonio (monogamia del pueblo, poligamia de la nobleza); b) requisitos y forma del matrimonio; c) filiación; d) condición de las mujeres y niños; e) tutela. — 5). — Domicilio.

II.—DERECHO SUCESORIO: a) La herencia del pueblo; b) La herencia de la nobleza y Curacas; c) Propiedad de los yanacones y mitimaes; d) Propiedad privada (semovientes); e) p. cadáveres. — 2). — Casos de donación.

III.—DERECHO DE OBLIGACIONES: Contratos: 1). — Locación: a) de servicios; b) de tierras. — 2). — Pongaje. — 3). — Permuta. — 4). — Mercado.

TERCERA PARTE

DERECHO CASTELLANO

XIII LECCION

I.—EL DERECHO CASTELLANO: El Descubrimiento y Conquista de América, como fenómeno creador de nuevas formas jurídicas. — 1). — Referencia al Derecho Castellano y su relación con el Derecho de América Española. — 2). — Etapas que comprende la evolución del Derecho Castellano: a) Primitiva o indígena; b) romana (218 A. J.); c) Visigoda (romana-germana) (Siglo V); d) La Invasión de los Arabes (711) no deja mayores huellas en el Derecho Castellano; e) La reconquista (sistema Germano-Castellano) (Siglo VII-9); f) Las recepciones (Siglo XIII) (Justiniana-castellana-germana), influencia del Derecho Romano a través de los glosadores, post-glosadores y comentaristas; g) la Unificación legal: "Las Partidas". — 3). — El Derecho que pasó a la América, fué el Castellano y no el Español, propiamente dicho.

II.—La aplicación del Derecho Castellano: en América trasplantó una serie de Instituciones del Derecho Romano, Germánico, Canónico y del Derecho Hispano: 1). — Del Derecho Romano: las clasificaciones jurídicas del Derecho Castellano, ya las nociones de personas, cosas, acciones, nupcias, dotes, filiación, adopción, legitimación, patria potestad, curatela, dominio, condominio, ocupación, accesión, tradición, adjudicación, servidumbre, en fiteusis, prenda, hipoteca, interdictos, prescripción, testamento, herencia vacante, obligaciones, dolo, culpa y otras. — 2). — Del Derecho Germánico: la noción del procedimiento acusatorio, público y oral, la doctrina de los Derechos reales o de inmuebles, el régimen de gananciales en el matrimonio y en el ejercicio de la patria potestad o del padre y la madre. — 3). — El Derecho Hispano: el mayorazgo y la mejora. — 4). — El derecho Canónico: El nacimiento, normas sobre matrimonio, familia, propiedad, testamentos y penalidad.

XIV LECCION

I.—FUENTES DEL DERECHO CASTELLANO. — Derecho Romano. — Derecho Visigótico.

A) Derecho Romano en España. — **Fuentes Generales:** Códigos: Heremogeniano, Gregoriano y Teodosiano, las Novelas y los escritos de los jurisconsultos, a que había dado fuerza de ley Valentiniano III. — **Fuentes especiales:** Ley Provincial y Edicto Provincial.

B) La dominación Visigótica: 1). — Las invasiones (vándalos y suevos; los alanos, los godos “getas”: ostrogodos y visigodos). 2). — **Fuentes de la legislación** de este período: a) los invasores dejaron que quedara vigente el Derecho Romano, por el principio de la personalidad de las leyes, b) los bárbaros se rigieron por su propia ley. c) formación de un cuerpo de derecho visigótico con un Código para los Hispano-romanos y otro para los visigodos. 3) **Derecho Gotohispánico:** orígenes en costumbres germánicas, fuentes romanas y eclesiásticas. — Código de **Eurico (475)** legisla sobre dominio de la tierra y de los siervos, sobre el comodato, depósito, préstamo, permuta, venta, donación y sucesión.

Lex Romana Visigothorum, Breviario de Alarico o Ananiano (506) es el Código para los hispanoromanos, o compilación que comprende 16 libros del Código Teodosiano, las Novelas de Teodosio, Marciano, Mayoriano, y Severo, Institutas de Gayo, Sentencias de Paulo, Código Gregoriano, Heremogeniano, respuestas de Paulo. — Vigente durante 150 años y basado en el Derecho Romano ante-justiniano. — **Liber Judiciorum, Libro de los Juces o Fuero Juzgo, años 654-681-694.** — Fué el primer Código nacional que entró en vigencia después del Breviario de Alarico: Se compone de un primer Título que se refiere a la elección del monarca y conducta de este y luego vienen 12 Libros: 1) se ocupa del “Facedor de la ley” y leyes en general, 2) juicios, procedimientos y aplicación de la ley, 3) de la prueba y algunas disposiciones sobre el matrimonio y el nacimiento de las personas, 4) linaje natural. 5) avaniencias y compras, 6) delitos, penas y tormentos, 7) hurtos y engaños, 8) fuerzas, daños y quebrantos, 9) los siervos, 10) calendario, 11) los físicos, mercaderes de ultramar y marineros, y 12) herejes, sectas y judíos. — **Principales disposiciones:** a) legitimó la apropiación de las terceras partes de tierras “sortes” hechas por los visigodos durante la invasión, b) autorización entre godos y romanos para contraer matrimonio: la doncella no podía casarse contra la voluntad del padre o de la madre; la promesa de matrimonio debía cumplirse; la viuda no podía contraer nuevo matrimonio sino después de un año del fallecimiento del esposo; estaba prohibido el matrimonio entre parientes hasta el cuarto grado de afinidad y entre parientes directos; el parentesco civil admitía siete grados; en materia de derecho sucesorio se admite el testamento o la sucesión ab-intestato; la mujer tiene iguales derechos que el marido en materia de sucesión. **Juicio sobre el Fuero Juzgo:** Base de los grandes principios jurídicos y políticos modernos, armonizando las tendencias germánicas con las doctrinas romanas; juicio contrario de Montesquieu (Pueril, torpe, e idiota), juicio de Zeumer, hace resaltar el beneficio a la convivencia de los godos y los romanos, Martínez Alcubilla destaca su influjo trascendental en el derecho moderno.

XV LECCION

I.—DESARROLLO DEL DERECHO BAJO LA INVASION ARABE. —

1. — **El Derecho Arabe.** — a) **fuentes:** se rigieron por el **Alcorán**, compuesto por el “Sumah” y el “Idjtihad” y del “Kias” b) escuelas para la enseñanza del derecho (hanefitas, chafeitas, hambelitas y malequitas) c) reconocieron el estatuto **personal de los hispanogodos**, lo que permitió a estos regirse por sus propias leyes y costumbres d) Alguna **influencia se observó:** 1) en el **idioma** con vocablos como: Alcalde, Alcalá, Aduana, Arancel, Arras, Albacea 2) en las **instituciones** jurídicas: de procedencia árabe la sociedad en comandita y en participación y vestigios en la sociedad conyugal.

2. — **Legislación Foral:** El principio de la personalidad de las leyes, permitió el desarrollo de los Fueros o legislaciones locales a medida que se iba reconquistando.

3. — **Instituciones principales:** a) ajustadas al Feudalismo (división en señoríos, clero y siervos, y colonos) con tierras reconquistadas se repartieron a título de merced o **Señoríos** (Realengo, Abadengo, Solariego, Behetría, Encomienda), b) el debilitamiento de la autoridad real-central permitió el desarrollo de los **Municipios**, antecedentes romanos, distinción entre Cabildo Abierto y Cerrados o Ayuntamiento c) los Concejos castellanos y las Cortes.

II.—ESTUDIOS SOBRE LA LEGISLACION FORAL. — CORRESPONDEN A LA RECONQUISTA. —

1. — Se llama Legislación Foral el conjunto de Fueros habidos en España durante la Invasión de los Arabes y la Reconquista. a) **Clasificación de los Fueros:** 1) Fueros Municipales, 2) Nobiliarios, 3) Personales o jurisdiccionales (eclesiástico, militar, escolástico) 4) En las ciudades donde no los había la justicia se administraba por árbitros del “Fuero Alvedrío” y ya en 1255 Alfonso el Sabio prometió un “Fuero Real” para las ciudades y lugares que no lo tenían, b) **Principales Fueros:** Cartas Pueblas (Brasónera 824) Municipalidades: de León 1020, de Toledo, Extensos (el de Cuenca, y el Fuero Real de Castilla y el Fuero Viejo de Castilla). c) **Estudio del Fuero Real de Castilla**, con un Prefacio y cuatro Libros, donde se legisla sobre la fe católica, autoridad, de los Reyes, caracteres que debe reunir la ley, organización judicial y procedimiento, sobre el matrimonio, propiedad y testamentos. d) **Fuero Viejo de Castilla** o Código de la nobleza castellana medioeval, en que determinan las relaciones con el Rey, con los otros nobles y con los subalternos, contiene un Prólogo y cinco libros con algunas normas de derecho e) **Apreciación sobre la Legislación Foral:** Mantuvo las instituciones primitivas al lado de las del Derecho Romano y Germánico, siendo el primer esfuerzo de unificación legislativa expresada en el Fuero Real.

III.—Instituciones propias de la época: a) espíritu corporativo: 1) Cofradías 2) Gremios y 3) Hermandades.

XVI LECCION

I.—LA RECEPCION. —

1. — **Antecedentes:** esfuerzos por la unificación político-legislativa.

2. — **Recepción del Derecho Romano:** a) Alfonso el Sabio restauró los estudios del Derecho Romano y del Derecho Canónico. b) No desapareció el Derecho Primitivo o Indígena. c) Influencia de los llamados “legistas” de manera especial en el Derecho Público, al explicar las teorías sobre la soberanía y la autoridad real. d) principales legistas: Jacobo Ruiz, Fernando Martínez, Roldán.

3. — **Recepción del Derecho Canónico:** a) Incorporación de las Decretales. b) innovaciones principales: en materia de autoridad papal, naturaleza de los diezmos, rentas y bienes de la Iglesia y otras materias eclesiásticas.

4. — Se mantuvo el **Derecho Indígena** especialmente en: a) materia penal, b) usos de la nobleza.

II.—**Legislación llamada “Alfonsina”:** a) Trabajos en pro de un Código de Fernando III: “**Septenario**” o “**Setenario**” terminado por D. Alfonso. b) **El Espéculo** publicado bajo Alfonso, tomadas sus disposiciones de los Fueros, tuvo cierto carácter nobiliario, sg. la Academia, este Código no llegó a tener fuerza de ley. c) **Fuero Real de España**, de la misma época del Espéculo, cuyas fuentes principales: a) el Fuero Juzgo y b) los Fueros municipales, derogado por los esfuerzos de la nobleza en 1272 recobra su autoridad por ley del Ordenamiento de Alcalá. 1. — Se divide en cuatro libros: el primero legisla sobre la fe católica, el Rey y su señorío y las penas de muerte y confiscación, el segundo sobre enjuiciamiento, el tercero derecho civil y el cuarto derecho penal. d) El Espéculo y el Fuero Real son los precedentes de las Partidas. — d) **Leyes del Estilo**, son declaraciones procesales para la aplicación del Fuero Real, aunque nunca se promulgaron en forma expresa y se componen de 252 leyes que se ocupan de diversas clases de juicios, demandadores, demandados “litis contestatio”, pruebas, personeros, abogados, etc. Entre las reglas importantes, aquella que no permite la prisión por deuda de honorarios al abogado. Algunas de las de las Leyes del Estilo se incorporaron a la Novísima Recopilación. e) completan la Legislación “Alfonsina” las “Leyes para Adelantados Mayores” y el “Ordenamiento de las Tafurerías” o Código de juegos preparado por el maestre Roldán en 1276.

XVII LECCION

I.—Estudio de “Las Siete PARTIDAS”.

1. — **Formación:** La mayor obra legislativa de Alfonso el Sabío fué comenzada el 23 de junio de 1256 y terminada el 28 de agosto de 1265.

2) **Autores:** a) **primera tendencia**, señala al **Rey como autor** (Academia de la Historia y el padre Burriel) b) el Rey contó con la colaboración de varios jurisconsultos entre los que se señala a Ruiz, a Roldán y a Martínez (sostienen esta opinión Pedro Gómez de la Serna, Muñoz y Ántequera entre otros).

3. — **Fuentes:** La Recepción del Derecho Romano y Canónico fueron las fuentes inmediatas, además los Fueros de Castilla, pero predomina en las Partidas, el Digesto y el Código de Justiniano de una parte y las Decretales de la otra.

4. — **Apreciación:** a) no se trata propiamente de un Código sino de una obra de filosofía, moral y de derecho redactada en forma de leyes, b) por este su carácter no fué promulgado como ley, y solo en 1348 por el “Ordenamiento de Alcalá” se le dió fuerza de ley.

II.—EXAMEN DE LAS PARTIDAS: **Primera Partida**, destinada a materias del Derecho Canónico, con excepción de los dos primeros Títulos que se refieren a las leyes, usos, costumbres y fueros; después de definirla ley, señala las virtudes de esta: crear, ordenar las cosas, mandar, ayuntar, galardonar, vedar, escarmentar; divide a las leyes en **espirituales y temporales**. En cuanto a los usos, costumbres y fueros les reconoce fuerza de ley.

Segunda Partida, es en realidad un Tratado de Derecho público, Político y Militar, en el cual se señalan los deberes y situación de los reyes, se le indica como la parte que probablemente solo el Rey escribió; se le indica como la antítesis del Príncipe de Machiavello.

Destaca entre sus disposiciones la que se refiere a los deberes del Rey para su pueblo: “amar, honrar y guardar”, y la que se refiere a prisioneros de guerra y su trato; el título XXXI de esta Partida se refiere a la enseñanza, a los maestros y a los escolares, y define el estudio como “**ayuntamiento de maestros e de escolares que es fecho en algund lugar con voluntad, e entendimiento de aprender los deberes**”.

Tercera Partida, o Código de Procedimiento menos los títulos XXVII y XXXVII destinados a la propiedad, posesión, servidumbre, usufructo, uso y habitación. En esta Partida se encuentran las disposiciones generales sobre el procedimiento, tales como medidas previas, demanda, contestación, excepciones dilatorias, pruebas, defensa, representación en juicio, sentencia, recurso de apelación y procedimiento en segunda instancia. Igualmente encontramos reglas sobre abogados, personeros, honorarios y sobre ética profesional.

Cuarta Partida: Contiene disposiciones sobre matrimonio, familia, parentesco, siervos, vasallos y amistad.

a) matrimonio está precedido de los esponsales, tienen carácter indisoluble entre cristianos, se establece el Libre consentimiento de los cónyuges si tienen edad legal, siendo impedidos para casarse los incapaces físicos y mentales, son causales de nulidad del matrimonio: error en la persona, impotencia, etc.

b) el parentesco es **consanguíneo** y por **afinidad**, reconoce también el **espiritual**.

c) el divorcio absoluto solo se concede por nulidad del matrimonio, pero si se admite la separación de cuerpos en algunos casos.

d) se reconoce la adopción y la amistad se establece como vínculo jurídico que engendra deberes recíprocos.

Quinta Partida, destinada a los contratos y obligaciones, a) contratos son **gratuitos** (muto, comodato, depósito, donación) **onerosos** (compraventa, cambio, locación, fletamento de buques) b) se ocupan también de los mercaderes y mercados, sociedades, promesas, fianzas, prendas, pagos, y deudores.

En esta Partida se sigue al Derecho Romano en cuanto al concepto de los contratos y requisitos.

Sexta Partida trata sobre la sucesión: testamentos y herencia, distinguiendo tres clases de testamentos (nuncupatium, in scriptis y el cerrado), reglamenta la herencia "ab intestato" y los legados "mandas".

Sétima Partida es en realidad un Código Penal y de Procedimientos en la Materia. La acción penal se inicia por **acusación, denuncia y de oficio**, no pudiendo ser una persona acusada dos veces por el mismo delito, señala como el delito más grave el de traición al Rey. Luego viene la clasificación de los delitos y penas, las que se establecen por ley pero pudiendo ser graduadas y separando las mayores (muerte, mutilación, trabajos forzados, destierro) menores (destierro sin confiscación y otras) el Rey ejerce el derecho de indulto.

Esta **Partida** trae algunas máximas jurídicas.

La fuerza de ley se otorgó a las Partidas por el "Ordenamiento de Alcalá (1348).

III.—CRITICA:

A). a) Es por su importancia el monumento jurídico más notable de su época; b) representa la fusión de los Derechos romano-germano-castellano-canónico; c) destacan la definición de guerra justa y condición de prisioneros muy adelantadas a su época; d) influye en la formación de los legisladores modernos y contemporáneos, e) influye en la formación de las legislaciones hispano-americanas; f) en materia penal se observa la desigualdad se abusó de los tormento, y de la severidad en las penas, reconociendo la existencia de los delitos espirituales.

B) Tres textos existen de las Partidas: 1. — el de Alonso Diaz de Montalvo, 2. — El de Gregorio López y 3) El de la Academia de la Historia.

XVIII LECCION

1.—**Período de los Reyes Católicos.** — A) características: 1) centralización política y administrativa; 2) los Ayuntamientos pierden su poder; 3) se oficializan las Hermandades; 4) Reformas en las audiencias como tribunales de Apelación y en el Consejo Real de Castilla; 5) Creación de los Consulados de Burgos y Bilbao; 6) unidad religiosa; 7) La Inquisición.

B) Trabajos por la unidad legal: 1) preparación de un proyecto por Díaz de Montalvo y Galindez de Carbajal, el primero presentó "Ordenamiento de Montalvo"; el segundo, "Pragmáticas".

C) Ordenanzas de Montalvo, llamadas "Ordenanzas Reales de Castilla" (1484) cuyas fuentes fueron Las Partidas, el Fuero Real, reunió todas las leyes y pragmáticas posteriores, está dividida en ocho Libros donde se legisla sobre: religión, oficios reales, procedimientos, caballeros, hidalgos, matrimonio y herencia, rentas reales, concejos municipales y en materia penal.

No fueron promulgadas oficialmente.

D) Leyes de Toro (1505) para completar las del Ordenamiento de Alcalá, debieron ser sancionadas en Toledo en 1502, pero por muerte de Isabel, no lo fueron hasta las Cortes de Toro 1505. Establecen el **orden de prelación**: 1) Leyes de Toro, 2) Ordenamientos y Pragmáticas, 3) Fueros Regionales 4) Las Siete Partidas — Las Leyes de Toro traen algunas reformas en derecho sucesorio, prohíben disponer en favor de extraños de más de un tercio cuando quedan hijos del testador y de un quinto si hay nietos. Favorecen la conservación de los bienes de familia. Y refuerzan el régimen de mayorazgos.

E) Formación de la **escuela española de derecho público**: diferentes factores históricos y legales la determinan: a) luchas de la reconquista; b) influencia del derecho canónico. Sus representantes más destacados: Francisco Vitoria, Domingo Soto, Francisco Suárez, Bartolomé de las Casas.

2.—**Período de la Casa Austriaca.** — a) afirmación del absolutismo orgánico, b) plenitud del poder real, c) decadencia de los concejos municipales y de las Cortes, d) organización de la Suprema Cámara de Castilla (cuerpo cuasi-legislativo). e) **Legislación: La Nueva Recopilación** (1567) preparada comenzada por Pedro López de Alcocer, continuada por Escudero y Pedro López de Arrieta, fué terminada por Bartolomé de Atienza: 1) Derogó todas las leyes anteriores, menos los Fueros y las Siete Partidas, y Ordenanzas de Audiencias, conservando el orden de prelación de las Leyes de Toro. 2) Se compone de IX Libros en los que trata sobre: fe católica, leyes y organización judicial, materia civil, penal y comercial, jurisdicción, matrimonio, herencia, contratos, derechos y prerrogativas de la nobleza. Cortes, Ayuntamientos, Concejos, judíos y cristianos, Real Hacienda. 3) Materias principales: reafirmó el Patronato real, importantes disposiciones sobre salarios y jornales que fueron fijados, disposiciones sobre aprovechamiento de minas declaradas de propiedad del Estado, f) En política comercial prevalecía el mercantilismo, y se acordaron privilegios a los Consulados de Burgos y Bilbao y se creó la Junta General de Comercio, Moneda y minas, g) en materia financiera se reglamentó la situación de los Bancos públicos.

3.—**Período de la Casa Borbónica.** — a) absolutismo político y legislativo b) liberalidad comercial y económica c) la función legislativa se concentró en el monarca que resolvía mediante “Reales Ordenes” y “Cartas de Consejo” d) se reforzó el Patronato, se regimentaron las órdenes religiosas, e) Felipe V estableció las Secretarías de Despacho y Consejo de Estado, f) Fernando VI en 1749 dictó las Ordenanzas de Intendentes, instalándose los Intendentes en las Provincias. g) Esfuerzos en favor de una nueva **Legislación:** I. **La Novísima Recopilación** A) De la Recopilación de 1567 se hicieron varias ediciones en que se aumentaban las Nuevas disposiciones. B) Necesidad de ordenar este material legislativo determinó los primeros trabajos encomendados a Manuel de Lardizábal y después a Juan de Reguera de Valdelomar, cuyo proyecto se convirtió en la Novísima Recopilación. C) Comprende 12 Libros que trata sobre las materias siguientes: Santa Iglesia, Real Casa y Corte, Jurisdicción, Cancillerías y Audiencias, comercio, moneda y minas, contratos y obligaciones, herencias, juicios y derecho penal). II. **Derecho mercantil marítimo:** vigentes fragmentos del Fuero Juzgo y del Fuero Real; y de las Partidas y Ordenamiento de Alcalá lo mismo que algunas Pragmáticas de los Reyes Católicos, completándose con el “Consulado del Mar” (Recopilación de las costumbres marítimas). **Las Ordenanzas de Bilbao** (1737) con disposiciones sobre derecho comercial y marítimo fuente de nuestro Derecho Nacional.

CUARTA PARTE

DERECHO INDIANO

XIX LECCION

I.—CONTENIDO Y APLICACION DEL LLAMADO DERECHO INDIANO:

1.—El descubrimiento de América y sus problemas dan origen a un nuevo Derecho: I) Público y II) Privado. — 2. — La situación de la población americana y el propósito de respetar sus derechos fundamentales por parte de los Reyes son elemento fundamental de la nueva legislación. — 3. — Distinción entre la aplicación del Derecho Castellano y el Derecho especial promulgados para América (Derecho Indiano). — 4. — El Derecho Indiano manifiesta un contenido **espiritual y social** bien claro: a) evangelización de los naturales, b) defensa de los derechos de los naturales. — 5. — El descubrimiento de América dá impulso a la formación del Derecho Internacional y Social Moderno.

2.—**Períodos** que comprende la aplicación del Derecho indiano:

I.—**Reinado de los Reyes Católicos (Prólogo):** a) momento inicial que dá la orientación general, b) la colaboración de los moralistas c) la difusión de la fe católica (el sacerdote). d) la preocupación de defensa de los derechos de los naturales frente a los descubridores y conquistadores en el primer momento. d) en la legislación se mezclaban preceptos propiamente jurídicos con los que correspondían a la religión o a la moral.

II.—**De la Casa Austriaca:** (Texto) a) se señala a esta como la verdadera creadora del Derecho Indiano b) imprimió a la legislación un sentido y sentimiento nacional representado por un absolutismo orgánico inconfundible c) en la demarcación política y administrativa se tomaron como bases los dos grandes Imperios Americanos: A) AZTECAS y B) INCAS.

III.—**De la Casa Borbónica:** (Epílogo) a) deja huellas importantes en la legislación: I) Nuevas divisiones territoriales desdoblando los Virreynatos del Perú y Méjico, y creando los de Nueva Granada (1739) y la Plata (1776), influyendo así en la formación de las nacionalidades. II: Nuevo sistema político-administrativo: Las Intendencias. III) Reformas en el sistema comercial.

3.—**Fines de la legislación:** a) unidad de propósito y objetivo: I: **Cristianizar a los indios** es la piedra angular de la Colonización española. II) **Defensa** de los naturales frente a los españoles. III) Se toma en cuenta **el Derecho propio** de los indios. IV) Separación entre la legislación y su aplicación en casos distantes de sus objetivos.

XX LECCION

FUENTES.

Son:

A) **ESCRITAS:** 1. — Leyes, Ordenanzas, Pragmáticas, Cédulas y Provisiones dictadas por España para sus colonias.

2.—Reglamentos, Bandos, Instrucciones, Decretos y demás disposiciones adoptadas por las autoridades coloniales en cumplimiento de las dictadas en España para las Colonias

3.—Leyes Generales vigentes en España en cuanto no haya sido modificada por las leyes de Indias o haya disposición especial de estas Leyes.

B) **ORALES:** 1.—Derecho consuetudinario de los indios en cuanto no fuera opuesto al Derecho Indiano y a los objetivos de este.

2.—Las costumbres políticas, administrativas y judiciales formadas en la aplicación de la legislación en los distintos lugares de la Colonia.

TITULOS.

Son: I) LAS BULAS DE ALEJANDRO VI.

II) LOS DOCUMENTOS DERIVADOS DE ELLAS:

1.—Capitulaciones.

2.—Instrucciones a los conquistadores.

3.—Actas de los Cabildos.

- 4.—Repartos de tierras e indios hechas por los conquistadores.
- 5.—Requerimientos.
- 6.—Primeras Leyes y Ordenanzas generales para Indias: a) Leyes Nuevas, b) Ordenanzas de Nuevos Descubrimientos y Poblaciones.

NATURALEZA JURIDICA Y POLEMICA EN TORNO A LOS TITULOS INVOCADOS POR ESPAÑA PARA LA CONQUISTA.

1.—La controversia doctrinaria entre juristas españoles, y algunos extranjeros.

2.—Ciclos en la controversia:

1er. CICLO: TITULOS JUSTOS FUNDADOS EN a) **La exaltación de las jurisdicciones y valores locales Occidentales**, tales como: 1. — Autoridad temporal del Papa. — 2. — Jurisdicción universal del Emperador. b) **Atacando la situación legal y categoría del indio por ser pecador, bárbaro, infiel y vicioso.**

2o. CICLO: SE FUNDAMENTAN LOS JUSTOS TITULOS: a) Se negó poder temporal al Papa sobre los infieles. b) No se aceptó la jurisdicción universal del Emperador. d) Se afirmó la calidad humana de los indios y se reconocieron sus derechos en calidad de seres humanos. e) Se distinguieron varias clases de infieles f) **principal fundamento el Derecho Natural:** que ampara a los gentiles y no es causa esta de despojo, antecedentes de esta aplicación con la doctrina del Papa Inocencio IV y Sto. Tomás de Aquino.

AUTORES DEL PRIMER CICLO: a) Dr. Palacios Rubio, b) Matías de Paz, c) Solórzano y Pereira, d) Gregorio López.

AUTORES DEL SEGUNDO CICLO: a) **Bartolomé de las Casas**, sostiene que: a los infieles que no oyeron nada sobre Cristo se les debe aplicar el Derecho Natural, no pudiendo ser condenados por sus pecados antes de recibir el bautismo; pero acepta que la Fe y el Papado **representan un valor universal de salvación**, b) **Vitoria**, afirma que: aunque los indios fueron infieles antes de la llegada de los españoles eran legítimos señores de sus cosas, no siendo lícito despojarlos de sus cosas, y finalmente desconoce la jurisdicción universal del Emperador y el poder temporal del Papado sobre los infieles; **Fray Domingo de Soto:** distinguió la servidumbre natural de la legal, admitiendo que se podía usar fuerza conforme al Derecho civil y canónico con los infieles bajo dominio de los príncipes cristianos o con los que ocupaban sus territorios, pero con aquellos que no eran súbditos ni habían oído el nombre de Cristo no era lícito perturbar; d) **Sepúlveda** aunque favoreció con sus soluciones a los españoles, sin embargo manifestó que los paganos, por el hecho de serlo no hay justa causa para castigarlos; e) **Suárez**, no aceptó que el Papa fuera señor político del Mundo, ni admitió la conquista para cristianizar; finalmente **Grocio** rechazó la ocupación por la fuerza de tierras de aborígenes.

XXI LECCION

SOLUCIONES PRICIPALES AL PROBLEMA DE LOS JUSTOS TITULOS.

Ellas corresponden especialmente a Bartolomé de las Casas, Vitoria, Sepúlveda, Matienzo, Solórzano Pereira.

a) **Bartolomé de Las Casas**: la encuentra en la **expansión de la fe cristiana**, lo trae el derecho correspondiente de la Iglesia de potestad universal sobre los infieles, pero como manifestación de jurisdicción cuasi-civil. En cierta forma admite pues la intervención de los españoles en América.

b) **Vitoria**, señaló los títulos que podían ser aceptables: 1) **Predicación y propagación de la religión cristiana**; 2) **la sociedad, y comunicación natural, la tiranía de los señores indios, elección voluntaria** de los bárbaros, y la alianza con los españoles.

Estos títulos, tienen un sentido político, destacando la **sociedad y comunicación del Derecho de Gentes**, admitiendo por lo tanto que es lícito a los españoles viajar por las tierras de los bárbaros, negociar con ellos y gozar de leyes y ventajas de todos los viajantes, y aún naturalizar a sus hijos; que por Derecho Natural son comunes todas las aguas: mar, ríos, y sus puertos y por **Derecho de Gentes** es lícito atracar las naves, teniendo por ello los españoles derecho de recorrer Indias y permanecer sin daño a los naturales.

Esta idea de **comunicación natural** se encuentra aceptada en documentos jurídicos de los Reyes de España; y debemos afirmar la teoría fundamental del Derecho Internacional se debe a Vitoria.

c) **Sepúlveda**, siguiendo a Aristóteles, señaló que los indios eran bárbaros, amantes y siervos por natura y los creía necesariamente ligados a los hombres de razón superior (europeos) por lo que los unos debían gobernar y los otros faltos de capacidad propia sujetarse, pudiendo por tanto si los indios resisten ser sometidos por la guerra.

d) **Matienzo**, para el caso de la conquista del Perú siguiendo a Vitoria manifestó que la justificación de la conquista en el Perú la encontramos en la tiranía de Atahualpa para con sus súbditos.

e) **Solórzano Pereira**, hace un resumen de las soluciones propuestas: **Vocación Divina, Hallazgo** (las tierras nuevas y despobladas son de quien las descubre conforme a derecho, y si están habitadas, cabe sujetarlas por la guerra justa) **Barbarie** (los indios por su falta de razón deben sujetarse por ley natural a los españoles) Los indios son **depravados, infieles, idólatras** (por tanto pueden ser sujetados) **La Bula de donación de Alejandro VI** (con precedentes en la historia medieval) **La autoridad universal del Emperador** (título suficiente para la conquista) **La resistencia** de los indios para recibir la predicación de la fe. **El derecho de prescripción**, sobre Indias del que gozan los Reyes de Castilla.

XXII LECCION

NATURALEZA JURIDICA DE LAS BULAS DE ALEJANDRO VI.

I.—Número: a) según López de Velasco (cosmógrafo del C. de I.) fueron tres:

1. — La de 2 de mayo de 1493 por la que el Papa Alejandro VI concedió a los Reyes Católicos y a los de Castilla sus sucesores, **la navegación** de indias Occidentales, con las mismas prerrogativas que a los Reyes de Portugal cerca de Indias, Guinea y Africa.

2. — La de 2 de mayo de 1493, por la que el Papa hizo **donación**, a los Reyes de Castilla y León y sus sucesores, de todas las Indias, Islas y Tierra Firme del Mar Océano por descubrir al occidente, a medio día y septentrion desde un meridiano que desde un polo al otro pasase por cien leguas al occidente de las islas de Cabo Verde y las Azores, que hasta el día de navidad del año 1492 no fuesen poseídas por otro Príncipe cristiano.

3. — La de 26 de setiembre de 1493, por la que les concedió todo lo que ganasen en su nombre en las Indias de Oriente, Occidente y Mediodía.

II. — Naturaleza jurídica:

1. — **¿Se trata de un fallo arbitral?** a) Algunos piensan que frente a las disputas de Portugal y España fueron un fallo. b) Otros rechazan tal afirmación porque se expidieron sin citación y sin conocimiento de los portugueses, y porque después de su expedición por mucho tiempo continuó el litigio entre Portugal y España.

2. — **¿Se trata de una donación?** a) Se sostiene (S. Zavala) que la segunda bula (la de donación) se ajustó a los requisitos propios al acto jurídico de donar, admitiendo que nacía de la voluntad del Papa sin gestión de los Reyes de Castilla. b) frente a esta corriente tenemos las soluciones del primero y segundo ciclo: I) Los que admitieron el dominio temporal absoluto del Papa sobre los infieles no tenían problema en cuanto a que se considere como una donación la Bula Papal. II) Los que negaron el poder temporal del Papa si tenían un problema jurídico por resolver, empero ningún autor español dejó de reconocer alguna forma o facultad de predicación y gobierno cuasi-civil para ese fin.

3.—**¿Se trata de acto especial de soberanía del Papa o de la prolongación de una costumbre medioeval?** a) Los antecedentes históricos: tales como las Bulas de Clemente VI (1342), las de Adriano VI, Martino V, etc., explican la **prolongación de una práctica medioeval**. b) No se trata pues de un acto especial de soberanía. c) Sin embargo la conexión creó problemas jurídicos y políticos.

4.—ACEPTADA LA VALIDEZ DE LAS BULAS: ¿ELLAS CONCEDIERON UN PODER POLITICO O SOLO DE PROTECTORES DEL EVANGELIO?

- a) algunos sostienen que sólo concedió el cuidado de predicación y conversión de los naturales, lo mismo que su protección; entre ellos opinan así: Las Casas, Vitoria, Soto, Acosta, etc.
- b) Otros son de opinión que el dominio y jurisdicción fué absoluto y general, entre ellos: Palacios, Sepúlveda, Gregorio López.
- c) El Estado Español se pronunció por la interpretación que las Bulas Papales otorgaron la facultad y el deber de la predicación y el **Dominio Político** (interpretación lata) tal como fué también llevada a la Recopilación de Leyes de Indias. (ley. 14. tit. 12. Lib. IV).

XXIII LECCION

NATURALEZA JURIDICA DE LOS DOCUMENTOS DERIVADOS DE LAS BULAS DEL PAPA ALEJANDRO VI.

I.—CAPITULACIONES.

1. — Necesaria distinción entre la primera etapa del Descubrimiento: **privada**, y la segunda: en que interviene el Estado. 2. — El Derecho Indiano como consecuencia nace con un sentido territorial y feudal.

2. — **Las Capitulaciones:** a) fueron **permisos** o **licencias** para conquistar y poblar y a la vez **contratos bilaterales** (Basadre) de un lado se establecían gastos y honores del otro esto es obligaciones y premios. b) los contratos fueron de un lado persona de derecho privado (vasallos). c) en el texto de las Capitulaciones se evitan las palabras guerra y conquista y se reemplazan por **pacificación** y **población** (reducción pacífica por la evangelización).

II.—INSTRUCCIONES.

1. — Las Capitulaciones quedaban completadas por las Instrucciones.

2. — Fueron documentos fundamentales del sistema de expedición.

3. — Estos documentos reglamentaban: la forma de navegación, el comportamiento de los conquistadores, la propagación de la fe, la posesión de las tierras, y la facultad para recibir mercedes.

4. — Sus notas esenciales son la **uniformidad** y tratarse de normas reglamentarias.

5. — Naturaleza jurídica: se parecen a los contratos de **mandato** o poder, porque delegaban en los conquistadores la **facultad coactiva** de un lado y del otro la **jurisdicción**.

III.—REQUERIMIENTOS.

1. — Documento relacionado con la etapa de la conquista y con la fundamentación del derecho de España a la conquista y población de América basado en la Bula Papal.

2. — Por estos documentos se pedía a los naturales se declararan cristianos y súbditos de los Reyes de España.

3. — Antecedentes de los Requerimientos usados en el Perú: el redactado por Palacios Rubio. Las Casas lo refutó.

4. — El Reparto del botín: por el carácter privado de la primera etapa de la conquista.

IV.—PRIMERAS LEYES GENERALES.

1. — **Las Nuevas Leyes de 1542.** a) **Antecedentes:** la campaña de los frailes indianistas, especialmente el sermón de Montesinos en Sto. Domingo (1512) y los escritos de Las Casas contra la conducta de los españoles 2) Las Leyes de Burgos (1512) primer esfuerzo orgánico-legal por resolver la situación del indio. 2) el Breve de Paulo III sobre la condición de los naturales. 3) La campaña de Las Casas contra Las Encomiendas. ("Remedios") b) **Promulgación:** después de la Junta de Valladolid: 20 de Noviembre de 1542. c) **Textos:** conjunto de disposiciones para mejorar la situación de los indios y suprimir las Encomiendas d) **Consecuencias:** La situación del Perú.

2. — **Ordenanzas de 1543:** completan las Nuevas Leyes de 1542, insisten en el buen tratamiento de los indios, reglamentan el tributo y suprimen el servicio personal.

3. — **Derogación:** Por los sucesos del Perú.

XXIV LECCION

ORGANIZACION POLITICA Y ADMINISTRATIVA DE INDIAS

I.—**Sistema de Gobierno** (LA CORONA, EL CONSEJO, LOS VIRREYES.).

a) No está representado en el proceso histórico uno de los poderes: Las Cortes.

b) esplendor de la **Corona** y el **Consejo**, esta es la verdadera fuente de redacción del Derecho Indiano.

II.—**Bases de organización:**

1. — **Organismos Centrales:** a) Rey, b) Supremo Consejo de Indias, c) La Junta de Guerra, d) la Casa de Contratación.

2.—**Organismos locales o coloniales:** a) Virreyes, Presidentes, Gobernadores, Intendentes, y diferentes oficiales reales.

ORGANISMOS CENTRALES: a) **El Rey:** fuente de toda autoridad pero fué nominal por compartirla con órganos consultivos de España y América.

b) **Supremo Consejo de Indias:** importante organización con funciones políticas, legislativas y judiciales, reglamentadas por Ordenanzas de 1542, 1571, 1636. **Atribuciones principales:** redactando la legislación de Indias al dictar Leyes, Pragmáticas, Ordenanzas; velar por la conversión y protección de los naturales: **Judiciales** conociendo pleitos sobre repartimientos de indios, causas de comisos, actuando como Tribunal de Apelación en las causas que falló la Casa de Contratación de Sevilla; y finalmente entendiendo de juicios de residencia.

c) **Casa de Contratación de Sevilla:** fundada en 1503, intervenía en las relaciones comerciales entre España y sus colonias, acordando las licencias, vigilando el contrabando y administración de justicia en materia comercial y marítima. Contaba para el efecto con el Consulado.

ORGANISMOS LOCALES O COLONIALES: a) **Virreyes** para representar al Rey, atribuciones generales: procurar la propagación de la fe, velar por la administración de justicia, protección y defensa de los derechos de los naturales, administración de la Real Hacienda, facultad para otorgar Encomiendas. Intervenían en la administración de justicia como Presidentes de la Audiencia.

b) a fines del siglo XVIII se crearon las intendencias.

ORGANIZACION JUDICIAL DE INDIAS.

1. — **Las Audiencias.** a) importancia y fines: división de Audiencias; ha primado sobre otras divisiones administrativas, sostienen ello algunos autores y en algunos conflictos de límites.

b) **Funciones:** además de ser tribunales de justicia, fueron cuerpos consultivos en materia administrativa y gubernativa.

c) **Jurisdicción:** contenciosa-administrativa-, civil y criminal.

d) **Clasificación:** Ruiz Guíñazú: **Pretoriales Virreynales** a cargo de un Virrey, caso del Perú y Méjico, **Pretoriales-simples** a cargo de un Presidente Gobernador, caso de Buenos Aires; y **Subordinadas** dirigidas por un Presidente Togado, caso de Chile y Charcas.

Fernando Jiménez, las clasifica en: **Pretoriales** que no dependen del Gob. superior de los Virreyes y sus Audiencias, caso del Perú. **Subordinadas**, sujetas a estas autoridades en materia de Gobierno, Guerra y Hacienda, caso de Chile y Charcas; y **Mixtas**, sujetas en los casos de mucha importancia a la autoridad superior del virrey.

e) **Composición**, dependía de su categoría, la de Lima se componía de 8 oidores, cuatro alcaldes de crimen, dos fiscales, un alguacil y personal subalterno.

Alcaldes, Corregidores, Gobernadores y Tenientes Letrados: a) completan la organización judicial. b) auxiliares de justicia: procuradores y abogados.

2.—Jurisdicciones especiales:

a) Diversos jueces inferiores (Sta. Hermandad, de Vagabundos, Alcaldes de Mar, Fieles).

b) Juzgados de Bienes de Difuntos.

c) Tribunales de Residencia.

d) Tribunales Militares, Eclesiásticos, Cuentas, Hacienda, Comercio, Minería.

ORGANIZACION ECONOMICA.

a) Breve referencia a los Repartos de Tierras b) La Encomienda, sus períodos y naturaleza jurídica. c) trabajo y mita. d) sistema comercial: monopolio absoluto y relativo. e) Tribunales de Comercio: Consulado de Lima.

REGIMEN FISCAL.

Los impuestos: Alcabala (impuesto a la transmisión de bienes)

Almojarifazgo (derecho aduanero a las importaciones y exportaciones).

Quintos (imp. extracciones mineras).

Diezmos (décima parte de todo producto de labranza)

Otros: Sisa, Mesada Eclesiástica, Habería, Estanco.

XXV LECCION

ESTUDIO DE LA LEGISLACION ESCRITA LA RECOPIACION DE LEYES DE INDIAS

I.—ANTECEDENTES. 1) a) La legislación de Indias fué: **escrita y consuetudinaria.**

b) Las primeras disposiciones fueron las Capitulaciones y autorización a los conquistadores para dictar Ordenanzas.

c) Se dictaron luego Ordenanzas, Pragmáticas, Cédulas y Reglamentos, formándose así un **Derecho escrito.**

d) Se formó también un **Derecho Consuetudinario Indiano**: que en parte admitió algunas costumbres indígenas.

2) a) **Necesidad de la Recopilación**: la gran variedad de las disposiciones escritas fué una de las causas.

b) se presentaron dos sistemas de Recopilación: A) **TERRITORIAL** y B) **CONTINENTAL**.

II.—SISTEMA DE RECOPIACION TERRITORIAL.

1. — Especialmente en los Virreynatos de Nueva España y el Perú.

2. — Nueva España: “Cedulario de Puga” (1563) que es una Colección de cédulas y provisiones reales para Méjico de 1552-62.

3. — Perú: **Ordenanzas de Toledo**, formadas por éste Virrey con la colaboración de los juristas Polo de Ondegardo y Matienzo; a) contenido: normas sobre reducciones de indios, corregidores, jueces de los naturales, repartimientos, adquisición de propiedad por los españoles, caciques, tributos, hacienda real, minas, yanaconazgo, mita, obrajes, etc. b) importancia: reglamentación y recopilación territorial peruana.

III.—SISTEMA DE RECOPIACION CONTINENTAL.

1.—Primeros trabajos:

A) Se inicia con el “Código Ovandino”: su autor Juan de Ovando Presidente del Consejo de Indias, no terminó sino dos de los siete libros b) parte del Lib. II fué puesto en vigencia en 1571 por Felipe II

B) Diego de Encinas en 1596 redacta su Colección de Provisiones y Cartas libradas y despachadas por los Reyes Católicos y sus sucesores: no alcanzó aprobación oficial.

C) Otros esfuerzos: trabajos de Alonso de Zorita (1574).

2.—La Recopilación de 1680.

A) Trabajos preliminares: a) **Diego de Zorrilla** que continuara la labor de Encinas da los primeros pasos, b) El Consejo de Indias encomendó luego la labor a **Rodrigo de Aguiar y Acuña** que presentó sus “Sumarios” en 1628, c) luego se designó como colaborador a **Antonio de León Pinelo** que dió término a la Recopilación en 1635 con 10.000 leyes agrupadas en 9 libros, d) Finalmente revisó la Recopilación **Juan Solórzano y Pereira**.

B) Comentario sobre los autores: a) Jorge Basadre destaca la participación de Solórzano y Pereira, b) Galo Sanchez de León Pinelo, c) Ots. la de Zorrilla y d) Niceto Alcalá Zamora establece que la Recopilación es obra del Consejo de Indias.

C) Estudio de la Recopilación:

1.—a) Vigentes desde 1681, b) fué elaborada con el sistema de las Recopilaciones casteilanas, c) se agruparon 6377 leyes en 218 títulos contenidos en 9 libros, d) las leyes van precedidas de epígrafes o rubricas referentes a la materia, año y monarca; e) legislan sobre diferentes materias, tanto del derecho sustantivo como adjetivo, f) no son muy abundantes las disposiciones sobre derecho privado.

2.—Contenido de los Nueve Libros:

Libro **Primero**: Con 24 títulos, trata del Derecho Público eclesiástico, estudios universitarios, destaca la finalidad de la conquista: evangelización de los naturales.

Libro **Segundo**: Dedicado a materias de Derecho Administrativo, organización judicial y procesal, se nota la tendencia para asegurar la rapidez en el trámite; en este Libro se reconocen los usos y costumbres indígenas; y Jorge Basadre hace notar la existencia de un verdadero Derecho Gremial.

Libro **Tercero**: que se ocupa de Derecho Administrativo, Militar y Naval y sobre autoridades. En este Libro se encuentran disposiciones relacionadas con el derecho de España a colonizar América y basado en las Bulas Papales.

Libro **Cuarto**: trata sobre Descubrimientos, Poblaciones, Cabildos, Obras Públicas, Minas, Pesquería y Obrajés. Se recogen las Ordenanzas sobre Nuevos Descubrimientos y Poblaciones.

Libro **Quinto**: sobre organización administrativa de la colonia.

Libro **Sexto**: legisla sobre la condición jurídica de los indios, y particularmente sobre la protección a ellos reconociendo los principios fundamentales de la libertad de éstos.

Libro **Séptimo**: Diversas disposiciones sobre pesquisadores, juegos.

Libro **Octavo**: Real Hacienda, Tribunales, Oficiales Reales.

Libro **Noveno**: Legisla sobre Derecho Comercial y Marítimo.

3. — **Crítica**: a) Obra de positivo valor, b) opinión favorable de Vinas Mey, Gay, Zavallos Herrera, c) Levene destaca su generosidad para con los naturales.

XXVI LECCION

I.—**Desintegración del Derecho Indiano**. — 1. — Los Borbones en el trono de España. — 2. — Los dos nuevos Virreynatos: 1739 Nueva Granada y 1770 Buenos Aires. — a) Su importancia para el Derecho Público Peruano. — 3. — Las ordenanzas de Intendentes (1783, 1786, 1803), sus consecuencias para la formación del Derecho Administrativo. — 4. — Reformas en el Régimen de Comercio (Carlos III). — a). — Permisos al comercio inglés y francés y su repercusión; b) la Promulgación del Reglamento Aranceles Reales (1778) para el comercio libre de España e Indias. — 5. — Reformas en la Legislación de Minas: a) declaración de Escobedo; b) fundación del Tribunal de Minería de Lima. — 6. — La aplicación de las Ordenanzas de Bilbao (promulgación 1737). — 7. — Legislación de Aguas: a) Reglamento de Cerdán para Lima. — 8. — Ordenanzas militares y navales: a) Ordenanzas militares y Ordenanzas de Matrícula del Mar (1802)

II.—Proyecto para una nueva Recopilación. — 1. — Proyecto del jurista Juan Crisóstomo Ansotegui. — 2. — La Comisión a don Antonio Poreal.

III.—El Catálogo de Matraya: 1. — Importancia de esta recopilación para conocer la realidad jurídica. — 2. — Su autor: Padre don Juan de Matraya de Ricci. — Contenido: Las Reales cédulas posteriores a la Recopilación de Leyes de Indias, hasta 1819.

IV.—Referencia a Literatura jurídica Colonial para el estudio del Derecho de esa época.

QUINTA PARTE

DERECHO REPUBLICANO

XXVII LECCION

I.—Situación jurídica del Perú a fines de la Colonia: a) confusión en la aplicación de las leyes; b) en el derecho privado, regían las disposiciones del Derecho Castellano y en algunos casos las del derecho Indiano. — 2. — Características del Derecho de la época Republicana: El Derecho codificado. — 3. — Diferencias entre los Códigos y las Recopilaciones. — 4. — Iniciación de la Codificación: a) ideas de Leibnitz y Wolff. — 5. — Primeros Códigos: a) Código Austriaco (1767); b) Prusiano (1794) y el Código de Napoleón; d) su influencia en la formación de nuestro Derecho.

II.—Primeras manifestaciones de la transformación del Derecho Privado: 1. — Decreto de San Martín (12 de agosto de 1821) sobre condición de los hijos de esclavos. — 2. — Decretos de Octubre de 1821 y 17 de Octubre sobre naturaleza y ciudadanía y "Estatuto Provisional"; modifican la situación de las personas naturales. — 3. — El Congreso de 1822 suprime los títulos de nobleza influyendo en el Derecho Privado. — 4. — La Ley de 17 de Diciembre de 1829 que fija la edad de 21 años para la emancipación de los hijos. — 5. — La ley de 11 de enero de 1830 sobre bienes de vinculación laical cuyo contenido pasa al Código Civil en 1852 (art. 1194). — 6. — Ley de 7 de enero de 1833, derogando las prohibiciones sobre usuras. — 7. — Ley de 24 de Diciembre de 1839 estableciendo el patronato para los hijos de esclavos. — 8. — Ley de 3 de Noviembre de 1849 sobre propiedad intelectual.

XXVIII LECCION

I.—Primeros trabajos sobre la Codificación: 1. — Comisión designada por Bolívar el 31 de Diciembre de 1825 y bajo presidencia de Manuel Lorenzo Vidaurre. 2. — Labor de Vidaurre en favor de la Codificación: a) proyecto de Código Penal (Boston 1828); b) Proyecto de Tellería, Aranibar, Mariátegui, a) Comisión de Ortiz de Zavallos y Pando. 4. — Proyecto de

Reforma Constitucional de don Manuel Lorenzo Vidaurre (1833) en que eleva a 5 los Poderes del Estado.

II.—Antecedentes del Proyecto de Código Civil de Vidaurre: — 1. — La disposición de la Constitución de 1834. — 2. — Propuesta de Vidaurre a la Corte Suprema para dar cumplimiento al mandato constitucional: Vidaurre designado para redactar el Código y Aranibar, Figuerola y Pérez Tudela para revisarlo.

III.—Estudio del Proyecto de Código Civil de Vidaurre: 1. Fuentes: A. No se concedió la importancia debida al Derecho Romano, Canónico y Español; b) Influencia del Derecho Natural; c) Códigos que sirvieron de fuente: a) Código francés o de Napoleón; b) Código prusiano o de Federico; d) Influencia del Derecho Inglés. — 2. — Aspecto doctrinario: a) Consulta de Civilista y Canonista (Covarrubias, Diego Pérez, Gregorio López, Antonio Gómez, Juan del Castillo; b) Indianistas (Solórzano) c) Romanistas (Bartolo y Baldo); d) Juantás: (Donald) Grocio; e) Filósofo (Heinecio).

XXIX LECCION

ESTUDIO DEL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE VIDAURRE.

I.—La Técnica Jurídica en el Proyecto de Vidaurre: A) Partes que comprende: III partes con 810 páginas: I Personas (Pub. agost. de 1834) II Dominio y Contratos (pub. 1835) III Testamentos (1836).

II.Estudio de la I parte: Personas: a) comprende 16 títulos: I: Esponsales, II: Matrimonio, III: Modo de proceder en las causas de Esponsales, IV: Dotes, Arras, Donaciones, Proter-Nupcias y Gananciales, V: Leyes de procedimiento sobre Dote, Donaciones y Gananciales, VI: del Divorcio, VII: Leyes de procedimiento en la causa de Divorcio, VIII: Leyes de los hijos legítimos naturales y demás hijos, IX: procedimiento en las causas de filiación, X: de la Adopción, XI: Procedimiento de adopción, XII: De la potestad en la familia, derecho y obligaciones del padre, la madre, los hijos, de la desheredación, tribunal de familia, de los domésticos, XIII: Procedimiento en las causas de familia, XIV: Tutelas y Curatelas, XV: Procedimiento en las causas de tutelas y curatelas, XVI: Emancipación.

III.—Exposición y comentario de la Ia. parte del Código Civil de Vidaurre. — 1. — La Ia. parte reúne los derechos de las personas naturales y familia. — 2. — Baza los esponsales en el Mutuo y libre prometimiento. — 3. — Define el matrimonio como un contrato civil y natural que requiere el libre y mutuo consentimiento. — 4. — Establece la prelación del matrimonio civil sobre el religioso. — 5. — Se fija el divorcio como separación perpetua. — 6. — Se determina la obligación del padre de dotar a la hija. — 7. — Se pone a la mujer bajo la potestad del marido dentro del matrimonio. — 8. — En la filiación se clasifica a los hijos en legitimados, naturales e hijos en general. — 9. — Se admite el Consejo de Familia dentro de los moldes del Derecho Romano y del Código de Napoleón.

IV.—Estudio de la IIa. parte: Dominio y Contratos: a) comprende 23 títulos: 1. — Dominio, Posesión y Propiedad, II: de los procedimientos en

las causas de dominio, posesión y propiedad, III: de las servidumbres reales y personales, del usufructo, IV: Procedimientos en las causas de servidumbre y usufructo, V: De la denuncia de nueva obra. VI: De las prescripciones, VII: De la restitución de lo despojado, VIII: De las obligaciones, IX: De las fianzas, X: De las hipotecas y Prendas, XI: Mutuo, XII: Comodato, XIII: Depósito, XIV: Procedimiento en los juicios de Depósito, XV: Mandato, Apoderado, Procuradores. XVI: Ejecuciones, Instrumentos públicos y privados, concurso, esperas y quites, XVII: Compras y ventas, XVIII: Censos, XIX: Arrendamientos, XX: Procedimiento en las causas de arrendamiento, XXI: Enfiteusis. XXII: Donaciones, XXII: Compañías.

V.—**Exposición y Comentario:** a) El Proyecto de Vidaurre se aparta del concepto romano-justiniano sobre propiedad; b) fundamenta la propiedad en la ocupación de la cosa; c) encuentra el ánimo de retener la propiedad en el uso continuo y el trabajo; c) La posesión se define como la "tenencia" de una cosa; d) Al ocuparse de las obligaciones se señalan los requisitos (consentimiento, capacidad, objeto cierto, causa lícita); e) Concepto sobre principales contratos: compraventa, la define como permuta.

VI.—**Estudio de la IIa. parte.** a) Comprende 7 títulos: 1: Testamentos, quienes pueden testar, II: Herederos, III: de los ritos de los testamentos y por cuya falta se anulan, IV: Sustituciones, V: Legados, VI: Albaaceas o ejecutores de los Testamentos, VII: Procedimientos en las causas testamentarias.

VII.—**Exposición y comentario:** a) Se aparta del Derecho Español y se deja sentir la influencia del Derecho Natural; b) Se adopta la definición de Grocio y del art. 895 del Código de Napoleón para los testamentos; c) Se da amplia libertad para testar; d) Se clasifica a los herederos en legítimos y voluntarios, no hay forzosos; e) No se acepta división de testamentos en solemnes y menos solemnes.

VIII.—**Crítica:** 1) Técnicamente el Proyecto de Código Civil de Vidaurre se puede atacar por: a) observar la Dogmática Jurídica; b) No respetar la Política Jurídica; c) No tomar en cuenta la Técnica Jurídica; d) Se trata de un Proyecto avanzado para la época; f) Otras causas del fracaso: -) No tomó en cuenta el ambiente conservador.

XXX LECCION.

ESTUDIO DEL CODIGO CIVIL DE LA CONFEDERACION.

I.—**Aplicación** del Código Civil Boliviano de Sta. Cruz del Perú: a) D. S. de 22 de Junio de 1836 que lo promulga al Sur del Perú; b) y Decreto de 1^a de noviembre de 1836 para el Estado Nor-peruano.

II.—**Estudio del Código Civil de la Confederación:** 1. — Fuentes: a) Derecho Francés: El Código de Napoleón fué la fuente principal; b) Derecho Canónico: particularmente en las normas sobre el matrimonio; c) Derecho Español: cuando conserva la institución de la reserva. — 2. — Técnica del Código: a) comprende 3 partes: I Parte: Personas, II: Bienes, III: Diferentes maneras de adquirir la propiedad; b) sigue el mismo Plan del Código Francés.

III.—**Estudio de la Ia. Parte:** a) Determinar los goces y privación de los derechos civiles anexos a la calidad de nor-peruano; b) En cuanto al domicilio se establece que a base de él debían hacerse los juzgamientos; c) Sigue el Código de Napoleón al legislar sobre los esponsales; d) fija la edad del matrimonio en los 14 años para los hombres y 12 para las mujeres; e) Los requisitos para contraer matrimonio, lo mismo que la clasificación para los impedimentos son tomados de las reglas del Concilio de Trento; f) Sólo se acepta la separación de cuerpos; g) Se clasifica los hijos en legítimos e ilegítimos (incestuosos y adulterinos); h) el sistema romano para la adopción; i) Se clasifica la tutela en legítima y judicial o dativa.

IV.—**Estudio del Libro II:** a) Legisla sobre los Bienes a los que clasifica en muebles inmuebles particulares de dominio público y de Pueblos; b) Se legisla sobre el aumento de los bienes por accesión; c) Se dan normas especiales para el uso, usufructo y habitación; d) Se distinguen los predios rústicos de los urbanos.

V.—**Estudio del Libro III:** Legisla sobre las diferentes maneras de adquirir la propiedad. 1. — El título I legisla sobre los Testamentos, reconociendo como privilegiados el de los militares y de los indios, a) Da amplia libertad al testador, limitada sólo por incapacidad (edad, defecto físico o mental); b) Se mira con amplitud la situación del hijo ilegítimo; c) Se mantienen la mejora, dote y legado conforme al Derecho Español; d) Se legisla sobre la representación; e) Se dan normas sobre la sucesión ab-intestato; f) Se limita en los colaterales en el 4º grado el derecho de heredar, no siguiendo al Código de Napoleón que le permite hasta el duodécimo grado. 2. — El título II legisla sobre las donaciones entre vivos y mortis-causa: a) Si hay hijos se permite el quinto de libre disposición si no hay hijos la mitad, siempre conservan del usufructo; b) Se evitan las donaciones entre cónyuges, para proteger al acreedor. 3. — El tit. III se ocupa de las obligaciones convencionales y generales, A) establece como requisitos del contrato el consentimiento, capacidad, objeto cierto y causa lícita; a) Legisla sobre las obligaciones de dar, hacer o no hacer y mancomunadas; b) Se reconocen como causas de la extinción de las obligaciones: el pago, la novación, la remisión, la compensación, la confusión y la pérdida de la cosa; c) Se legisla sobre las obligaciones involuntarias o sean las nacidas de un hecho personal; d) Se dan normas sobre el régimen de bienes en el matrimonio; e) Aceptando como causas de la disolución de la sociedad matrimonial: el divorcio, el destierro y la renuncia de la mujer. — B). — Al legislar sobre los contratos se respeta la libertad de las partes. a) Al contrato de permuta se le llama de cambio; b) Se distingue en el contrato de locación: el alquiler, el jornal y el flete; c) Los contratos aleatorios son: seguro, juego de cartas y apuesta; d) Se legisla sobre la Prescripción adquisitiva: señalando los plazos por inmuebles y muebles.

VI.—**Crítica y Comentario:** 1. — Este Código es en gran parte una recepción del Código Francés. 2. — Concuerta las disposiciones del Derecho Civil con tendencias del régimen político de la época. 3. — Su estilo y redacción es sencillo y claro. 4. — Causas del fracaso: a) Su aplicación hirió el honor nacional; b) Fué un Código rechazado por el sentimiento de nacionalidad; c) Derogado para el Norte del Perú el 31 de Julio de 1838 y para el Sur en 1839.

XXXII LECCION

ANTECEDENTES DEL CODIGO CIVIL DE 1852.

I.—**Situación del Perú** después de la Confederación: a) política; b) jurídica. 2. — El Proyecto de José Luis Gómez Sánchez. 3. — La Comisión de los Siete: a) El Congreso al designarla sigue el sistema francés, optado por Italia y Alemania; b) El sistema adoptado por Argentina, Chile y Suiza: preparan sus Códigos un jurisconsulto: Chile Bello, Argentina Vélez Sarsfield, Suiza Huber.

II.—**La Comisión de los Siete** (20 de Diciembre de 1845): Ml. Pérez de Tudela, Francisco Javier Mariátegui, Ml. López Lissón, Mariano Carrera, José Julio Rospigliosi, José Luis Gómez Sánchez y José Manuel Tirado. 2. — En la Comisión se notan distintas tendencias.. 3. — Reglamento de trabajo: 20 de Diciembre de 1845. 4. — La discusión sobre el matrimonio: a) Actitud de Gómez Sánchez que sigue a Vidaurre; b) La oposición de Pérez de Tudela y López Lissón; c) Los dos proyectos sobre el matrimonio.

III.—**El Proyecto de Código Civil de 1847**: a) Se divide en 3 Libros: I: De las Personas, II: De las Cosas, III: De las Obligaciones, y comprende 2055 artículos. 2. — Sometido al Congreso el Proyecto por Ley de 1849, se designa una segunda Comisión: a) recomienda no promulgar el Código; b) El Presidente Castilla por Decreto de 22 de Noviembre de 1850 promulga el Código; c) Echenique, por Ley de 7 de Junio de 1851, suspende los efectos del Decreto de Castilla.

IV.—1. — **La Tercera Comisión** que revisa el Proyecto de Código Civil: a) Se designa por Ley de 7 de Junio de 1851; b) la forman: Andrés Martínez, José Lino Gómez Sánchez, Pedro Gálvez, Manuel Toribio Ureta, Teodoro La Rosa, Juan Celestino Caveró y Pedro José Flores; c) La poderosa influencia que ejerció Martínez impone una orientación conservadora: 1) En relación al matrimonio. 2) En relación a la filiación y contratos; d) Se depura su técnica jurídica: a) separando las instituciones jurídicas que no pertenecen al Derecho Civil (letras de cambio).

V.—**Promulgación del Código Civil**: a) Remitido al Congreso el 28 diciembre de 1851 se aprueba y se promulga como Código el 28 de Julio de 1852; b) El Código Civil de 1852 es el resultado del trabajo de Tres Comisiones; 1) La de los Siete de 1845-1847. 2) La del Congreso de 1849, y 3) La de Martínez de 1849.

XXXIII LECCION

FUENTES DEL CODIGO CIVIL DE 1852.

I.—**FUENTES**: Son mayores y menores: 1) Mayores: a) Derecho Romano; b) Derecho Francés; c) Derecho Castellano; d) Derecho Canónico. 2. — Menores: a) Derecho Alemán; b) Código de Santa Cruz; d) Código de Luisiana y Código Albertino.

II.—Influencia del Derecho Romano: 1) Directa: a través de los legisladores. 2. — Indirecta: a) a través de Las Partidas"; b) del Código de Napoleón; c) del Código de Santa Cruz.

III.—El Derecho Francés y el C. C. de 1852, ejerce influencia: 1) con los juristas anteriores al Código Francés, como Domat; 2) con el Código Francés; 3) con la Literatura Jurídica del Siglo XIX: a) autores como Aubry e Rau y Duranto, b) con la Escuela de Exegesis.

IV.—Derecho Español: 1) Influye por distinto medio: a) Las Partidas; b) Las Recopilaciones; c) Leyes de Indias. 2. — Del Derecho Español se conservan algunas instituciones en el Derecho de Familia y sucesorio (mejora por ej). 3). — Leyes de Indias no llegaron a influir mayormente: situación del indio en el C. C. de 1852.

V.—El Derecho Canónico: 1) Deja su huella en el C. C. de 1852, especialmente: a) en las formalidades para el matrimonio; b) impedimentos; c) causales de nulidad. 2) Opero indirectamente a través del Derecho Castellano.

VI.—Fuentes Menores: 1) El Derecho Alemán: a) Sólo a través de Heinecio; b) Particularmente en la definición del matrimonio; c) En la división de las personas (C. C. de 1852). 2). — Código de Santa Cruz: a) especialmente en cuanto a herencia legal. 3. — La Costumbre: a) No se acepta como fuente general; b) Por excepción: en el contrato de locación-conducción.

XXXIV LECCION

I.—Exposición y crítica del Código Civil 1852: a) No se puede aceptar que el C. C. de 1852 fué simplemente un trasplante del Derecho Francés; En su formación intervienen diversidad de fuentes y corrientes; c) Representa, según Basadre, una reacción frente al Proyecto de Vidaurre; d) Imperó el sentimiento conservador en cuanto a relaciones de familia.

II.—Las Nuevas Tendencias: 1) Se legisló sobre algunos aspectos nuevos en el Derecho Civil: a) La mayoría de edad sin distinción del sexo; b) El paso de la igualdad jurídica del marido y la mujer casados. 2) Se suprimieron algunas instituciones que no coordinaban con el momento jurídico-político: a) Los mayorazgos. 3) Se suprimen los contratos de arrendamiento de larga duración y se fija el plazo máximo.

III.—Instituciones en desacuerdo con la época: 1) En cuanto a las personas la distinción entre: ingenuos, siervos y libertos. 2) en cuanto a las cosas: a) El mantenimiento del retracto de los bienes muebles.

IV.—Crítica Jurídica: 1) En relación a las personas: a) No se legisla sobre la condición del sordo-mudo; b) Se coloca en igual situación al loco y al fatuo; c) No se legisla sobre el derecho al nombre. 2) No dicta disposición alguna sobre las personas jurídicas. 3) Tampoco legisla sobre la publicidad de los derechos reales. 4) No se ocupa del derecho de pro-

iedad intelectual. 5) Ni de las limitaciones del derecho de propiedad. 6) En cuanto al Derecho Sucesorio: a) Del C. C. 1852 está ausente el testamento ológrafo. 7. No obstante la crítica, el C. C. 1852 es un Código: a) De equilibrio; b) Y de acuerdo con el momento.

NOTA.—En este programa no se comprende el desarrollo de todas las ramas del Derecho sino de las que han sido estudiadas en el curso del año 1945.

BIBLIOGRAFIA

(ESTA SE REFIERE SOLO A LA QUE SE RECOMIENDA
A LOS ALUMNOS PARA SER CONSULTADA).

- Alcalá Zamora Niceto. — Nuevas Reflexiones sobre las Leyes de Indias. — Buenos Aires, 1944
- Altamira Rafael. — Los cedularios como fuente histórica de la legislación indiana. En Revista América N° 10. 1940.
- Alzamora Román. — Historia del Derecho Peruano. Revisado y anotado por Lizardo Alzamora Silva. — Lima, 1945.
- Antokoletz Daniel. — Historia del Derecho Argentino. — Buenos Aires, 1929.
- Arenas Loayza Carlos. — Estudios históricos de la legislación civil peruana durante la República. — Lima, 1908.
- Basadre Jorge. — Historia del Derecho Peruano. — Lima, 1937
- ” ” — Antecedentes al Código Civil de 1852. — En Revista de D. C. P. de U. de S. M.
- Benavides Loredo A. — Bosquejo sobre la evolución política y jurídica de la época Republicana del Perú.
- Cornejo A. G. — Comentarios al Código Civil de 1852.
- Códigos. — Proyecto de Código Civil de Vidaurre, el de la Confederación y el C. C. de 1852.
- Esquivel Obregón T. — Apuntes para Historia del Derecho en México. III Vols. 1937-1943.
- Esquivel Obregón T. — Hernán Cortés y el Derecho Internacional en el Siglo XVI. — México, 1939.
- Fuentes M. A. — Derecho Constitucional Universal e Historia del Derecho Público Peruano. 1874.
- García Rada Domingo. — El Poder Judicial. Lima, 1944.
- Gay V. — Leyes del Imperio Español.
- Leyene Ricardo. — Introducción al Derecho Indiano. — Buenos Aires, 1924.
- ” ” — Derecho Penal Indiano. — En Revista de Derecho Penal. N° 3. 1945.
- Leyes de Indias. —
- Ots, José María. — El Derecho de Familia y el Derecho de Sucesión en nuestra Legislación de Indias. — Madrid, 1921.
- Ots, José María. — Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho propiamente Indiano. 2 Vols. — Buenos Aires, 1943.
- Solórzano Pereira J. — Política Indiana.
- Sánchez Galo. — Curso de Historia del Derecho. Madrid, 1932.
- Zavala Loayza, Carlos. — Sinopsis Histórica de la Legislación Penal en el Perú. — Rev. de Derecho y Ciencias Políticas. — U.N.M.S.M. — Año V: N 1. Lima, 1941.
- Zavala Silvio. — Las Instituciones Jurídicas en la Conquista de América. — Madrid, 1935.
- Zavala Silvio. — La Encomienda Indiana. — Madrid. 1935
- Zorrilla Concha Enrique. — Esquema de la Justicia en Chile Colonial. — Santiago. 1942.