

CONTRIBUCION AL ESTUDIO DEL DERECHO ANTERIOR AL CODIGO CIVIL DE 1852

(39 casos de jurisprudencia de los tribunales)

Por JORGE BASADRE

Catedrático de la Universidad Mayor
de San Marcos.

La presente contribución (que forma parte de un largo estudio sobre el sentido histórico del Código Civil de 1852) no tiene sino el valor de ser un ensayo o una tentativa preliminar dentro de una área cronológica muy restringida. Forma esta área el período en el que, promulgado ya el Código, subsistieron en los tribunales causas iniciadas durante el período inmediato anterior cuyas decisiones se arreglaron a las leyes que regían en la época en que se celebraron los contratos correspondientes, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 3º de la ley de 29 de diciembre de 1851.

Dentro de las restricciones mencionadas, pretende este trabajo iniciar en el Perú:

- 1º) La utilización histórico-jurídica del periodismo forense, en el presente caso representado por el único ejemplar que se conoce de *La Gaceta de los Tribunales* de 1855 y 1856, ejemplar muy deteriorado por el incendio de la Biblioteca Nacional en 1943.
- 2º) El estudio del Derecho aplicado por los jueces y tribunales peruanos, en dichos años, prescindiendo del orden de prelación establecido en teoría y de toda otra consideración "a priori".

I

El periódico semanal *La Gaceta de los Tribunales* apareció en Lima el 15 de setiembre de 1855 y duró hasta el Nº 67 de 27 de diciembre de 1856 con un total de 268 páginas.

Existe, en la Biblioteca Nacional, una colección de este periódico bastante deteriorada por el incendio de 1943. Me fué dable tomar parte personal en la extracción de las hojas separadas, de ésta como de otras muchas piezas bibliográficas peruanas, sacándolas de los escombros. Pese a las dificultades que presenta su lectura, sin duda alguna, si estas hojas no hubieran sido recogidas, se habrían perdido para siempre documentos de valor insustituible para nuestra historia.

La Gaceta de los Tribunales no fué la primera publicación de su género en Lima. Antes apareció otra, del mismo título, en junio de 1846 que, según Mariano Felipe Paz Soldán en su *Biblioteca Peruana*, tuvo muy corta duración. Esta primera *Gaceta* no existe hoy, ni parece haber existido antes en la Biblioteca Nacional. Sin embargo, la de 1855-56 ofrece mayor interés histórico-jurídico porque es (que se sepa) la única fuente impresa que da información acerca de la jurisprudencia de los tribunales en el período que inmediatamente siguió a la promulgación de los Códigos Civil y de Enjuiciamiento Civil en 1852. Registró, en efecto, *La Gaceta de los Tribunales* no sólo las ejecutorias supremas, sino también las sentencias de primera instancia y las de las Cortes Superiores, incluyendo frecuentemente las de provincias. También publicó las memorias de los presidentes de los Tribunales Superiores y Supremo de la época y el movimiento del Tribunal del Consulado.

Como los *Anales Judiciales* contienen únicamente las ejecutorias a partir de 1871, esta *Gaceta* viene a ser una fuente histórico-jurídica inapreciable para el conocimiento del Derecho aplicado entonces. Si hubiera entre nosotros un Instituto de Historia del Derecho, de desear sería que pudiese ser reeditada, como el Instituto de Historia del Derecho Argentino ha reeditado *El Correo Judicial*, periódico dirigido por Bernardo Vélez Gutiérrez en Buenos Aires, en 1834.

La Gaceta de los Tribunales quedó interrumpida poco antes de empezar el año 1857. El 12 de marzo de 1858 comenzó a aparecer en forma trisemanal *La Gaceta Judicial*, como continuación de la anterior; por eso, su primer número corresponde al tomo 3º. Terminó con el Nº 72, del tomo 5º, el 26 de setiembre de 1860, con un total de 288 páginas. También se redujo a publicar la jurisprudencia de los tribunales. Hay una colección de este periódico en la Biblioteca Nacional que pude adquirir después del incendio de 1943.

En 1861 apareció como diario *La Gaceta Judicial* bajo la dirección de Gabriel Gutiérrez, Luis E. Albertini, José Simeón Tejeda, Luciano Benjamín Cisneros, Toribio Pacheco y Manuel Atanasio Fuentes. El primer número fué el de 15 de mayo de 1861 y el último el de 7 de marzo de 1862 (Nº 223). La importantísima labor que cumplió inclusive en los comentarios y críticas de nuestra legislación (1), merece un estudio muy detallado, ajeno al propósito de la presente ponencia. Es, tratándose de dicho diario, que valen, sobre todo, las consideraciones de

(1).—Loaron estos comentarios los Fiscales Paz Soldán y Ureta en su nota de 16 de Setiembre de 1869. Ver pág. 351 de la *Compilación de Vistas Fiscales*. Vol. I, Lima 1873.

Francisco P. Laplaza en su estudio titulado "El periodismo forense como fuente de conocimiento de la historia jurídica" (2).

II

Se ha seleccionado a continuación la síntesis de 39 sentencias tomadas de las semi-destrozadas páginas de *La Gaceta de los Tribunales* de 1856-1857, en cuanto mencionan las fuentes legislativas que determinan las sentencias de causas iniciadas antes de la promulgación del Código Civil de 1852.

No hay publicaciones correspondientes al período 1852-1855. Sin embargo, puede encontrarse en las sentencias de 1856 y 1857 algunas notas o características que, acaso, se repiten o ratifican en otras de años anteriores o posteriores. Así parecen indicarlo las investigaciones que he hecho en *La Gaceta Judicial* de 1858-60 y que expondré en detalle en ulterior oportunidad.

Las conclusiones que cabe hacer son las siguientes:

1º— En muchos casos nótase la viva preocupación de la Corte Suprema por aplicar la Constitución y las leyes de ella derivadas, frente a la tendencia de ciertos particulares a no tomarlas en cuenta, o a olvidarlas o a violarlas. Resalta, en particular, el importantísimo significado no sólo jurídico sino también económico y social del artículo 160 de la Constitución de 1828 que extinguió las vinculaciones laicales, cuya fecha exacta de vigencia trata de determinar una sentencia; así como la importancia de la ley reglamentaria aprobada por el Congreso el 20 de diciembre de 1829 y promulgada el 11 de enero de 1830 y por eso referida, contradictoriamente, a veces a una o a la otra de esas dos fechas. Aunque se haya dicho lo contrario, se estaba ya operando entonces una importante transformación en el régimen de la propiedad.

Era la lucha en pró de la libre enajenación de la propiedad amparada por el artículo 1194 del Código Civil de 1852 que decía: "Ninguno puede vincular bienes en el Perú ni fundar capellanías; todas las propiedades son enagenables".

2º— Para hacer efectiva esa misma tendencia, aparece haciendo uso el Tribunal no sólo de leyes republicanas sino también de leyes coloniales especialmente el Real Decreto de 28 de abril de 1789 que fué luego la ley 12, título 17, libro 10 de la Novísima Recopilación. Es decir, la tendencia desamortizadora que no nace con la Independencia sino en el siglo XVIII y resulta amparada dentro del Derecho republicano por esa tradición colonial.

3º— Una de las formas como funcionaron las vinculaciones fué a través de "la herencia del alma". El artículo 709 del Código Civil en

(2).— En *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Buenos Aires Nº 21-22, setiembre-diciembre de 1950. Págs. 1257 a 1283.

su inciso 5º (inspirado en la ley 2ª del título 19 del libro 10 de la Novísima Recopilación) incluía entre quienes estaban prohibidos de ser herederos al "alma del testador". Pero antes de 1852 hubo quienes siguieron instituyendo ese tipo de herencia y su número proporcionalmente resulta alto entre las causas seguidas ante los tribunales cuyas sentencias le fueron adversas sin excepción. La bibliografía de la época se enriquece con folletos de interesados en estos litigios (3).

4º— Entre las causas resueltas en 1856 hay una sobre el llamado "derecho de llave" no contemplado por el Código Civil. Muy contradictoria es la jurisprudencia de los tribunales acerca de este punto. La sentencia de 1856 lo considera semejante al censo reservativo, concordando en esto con un dictamen que presentó el doctor Manuel Vicente Villarán como fiscal interino. Otras veces ha sido considerado como arrendamiento o como censo enfiteútico. Esta causa en 1856 también formó parte del proceso general de desvinculación de la propiedad.

5º— Sólo una vez aparece mencionada en las sentencias de 1856 y 1857, la Recopilación de Leyes de Indias.

6º— Constantemente aparecen mencionadas en cambio la Novísima Recopilación de Leyes de España (16 casos) y las Partidas (17 casos). En dos casos se hallan citados juntos ambos cuerpos de leyes.

7º— La Novísima Recopilación es utilizada, sobre todo, en relación con normas nuevas (especialmente prohibiciones o cambios en instrucciones concretas), como resultado de avances en la marcha del Derecho. Generalmente en estos casos se trata de restringir privilegios ya existentes. Se aplica la Novísima también en casos de prescripción; según el Art. 569 del C. C. regían en las prescripciones pendientes al tiempo de la promulgación del C. las leyes anteriores.

La gran abundancia de referencias a la Novísima absuelve, por lo menos en lo que al Perú respecta, la duda albergada por algunos historiadores del Derecho americano sobre si rigió o nó dicho cuerpo de leyes (4).

En algunos casos cuando lo que se aplica es la Nueva Recopilación en verdad vienen a ser las leyes de Toro, incorporadas al articulado de la Novísima.

(3) Herencia del alma por Mariano Alvarez, Lima, 1859. Tip. Aurelio Alfaro. Otro folleto: Herencia del alma: lo nulo no puede existir por la ratificación. 27 de julio de 1861. Lima Tip. Aurelio Alfaro. Una ejecutoria de 1871 sobre herencia del alma aparece en *Anales Judiciales*, vol. I, Lima, Imprenta del Estado, 1906 pág. 116.

(4).— Véase Juan Rodríguez de San Miguel, *Diccionario razonado de Legislación de Escribano*, Madrid, 1842, nota 5 de la página 591; E. Martínez Paz, *Dalmacio Vélez Sarfield y el Código Civil argentino*, Córdoba, 1916, pág. 134; J. M. González Sabatié, *Estado del Derecho Civil Argentino antes de sancionarse el Código*, Buenos Aires, 1918; Jorge Cabral Texo, *La vigencia de la Novísima Recopilación*, en el *Boletín del Instituto de Investigaciones históricas*, año I, pág. 2, agosto de 1922; R. Levene, *Historia del Derecho Argentino*, vol. I, Buenos Aires, 1945, pág. 347.

Por lo demás, dicha duda ya estaba aclarada por diversas sentencias en los *Anales Judiciales* y por el texto de las vistas de los fiscales Ureta y Paz Soldán. En el primer tomo de los *Anales Judiciales* se incluye, a propósito de una denuncia de petróleo en Tumbes, un dictamen fiscal de Ureta planteando el modo de resolver la cuestión sobre si esta clase de denuncias estaba sujeta a las Ordenanzas de Minería o a las Leyes de la Novísima Recopilación (título 20, libro 9). Si el petróleo era considerado como los minerales de carbón de piedra, regían ciertamente, según Ureta, las leyes de la Novísima "dictadas libremente para llenar en este punto el vacío de las Ordenanzas de Minería" (5).

8º— Las referencias de las Partidas son hechas, en la mayor parte de los casos, en relación con principios generales permanentes, sea en el orden sustantivo o en el procesal. Cuida la Corte Suprema de hacer notar, más de una vez, la concordancia entre algunos artículos de los entonces novísimos Código Civil y de Enjuiciamiento Civiles y las Partidas (Arts. 473 y 549 del C.C. y arts. 600, 1635 y 1649 del C. E. C.). Aunque en pequeña escala, tales indicaciones sirven para reafirmar la influencia española en esos Códigos y para ofrecer una prueba adicional en contra de quienes, en el C. C. de 1852 no han visto sino un documento históricamente desdeñable, mero trasunto de un proceso de recepción mecánica del Código napoleónico.

9º— La doctrina de los autores es mencionada pocas veces, complementariamente en esta serie de casos. En una de estas ocasiones, se invoca a Molina para aclarar una ley de las Partidas, completándose la cita con Avendaño, Covarrubias y otros autores antiguos. De los autores modernos, la misma sentencia cita al *Derecho Real de España*, de Juan Salas (6).

En otros casos se menciona a la *Curia Filipica*, de Juan de Hevia Bolaños, el *Febrero Novísimo* y el *Diccionario de Legislación* de Escriche. Esta cita de autores aparece en una sentencia del Juez de Trujillo, Miguel Garaycochea, que fué también literato y hombre de ciencia.

En todos los casos mencionados, las citas de los autores son hechas junto con las Partidas.

10º— El problema de la prelación de leyes, tan complicado según algunos historiadores del Derecho, presenta una relativa simplificación por obra de los Tribunales de aquella época, reduciendo los cuerpos legales por ellos aplicados tan sólo a las Partidas y la Novísima Recopilación, con una muy aislada cita de la Recopilación de las Leyes de Indias. Se observa sin embargo una tendencia a la variabilidad y a la dispersión. Y esto se debe a que los jueces se basan en unas obras, el Tribunal Superior en otras, y el Tribunal Supremo en dispositivos distin-

(5).— *Anales Judiciales*, Vol. I, citado, pág. 31.

(6).— Se refiere al libro titulado *Ilustración del Derecho Real de España*. Valencia 1803. He visto una tercera edición de Madrid en 1832.

tos; o a que, dentro del mismo documento, se cita distintos títulos, libros o leyes. Compruébase así que la promulgación de los Códigos no sólo sirvió para dar unidad a la legislación, sino que el progreso en la técnica legislativa, a través de la nueva organización de las materias y a través de la nueva formulación de los artículos, sirvió para aclarar y organizar la labor de jueces y abogados.

11º— Notable es la libertad que entonces alcanzaron los jueces porque su criterio no estuvo predeterminado por artículos legales de fácil acceso. Tampoco había un aparato político o administrativo que los compeliere a aplicar determinado cuerpo de leyes. Hacen honor a la cultura jurídica del Perú los miembros de la Corte Suprema de entonces. En 1856 eran ellos: Luciano Mariano Cano, Juan Mariano Cosío, Manuel Herrera y Oricain, Gervasio Alvarez, Francisco Javier Mariátegui, Juan Antonio Ribeyro, Bernardo Muñoz, Blas José Alzamora; y como adjuntos Luciano B. Cisneros, José Jorge Loayza, Fernando Palacios.

III

Afirmó Ihering alguna vez, a propósito de la historia del derecho romano, que su estudio por determinados autores era como si se limitaran a ver el movimiento de las esferas de un reloj, ignorando su mecanismo interior.

Análoga observación puede hacerse a muchos trabajos en el campo histórico-jurídico en general.

Prescindiendo de las normas diversas aplicadas por los tribunales peruanos al promulgarse el Código Civil de 1852, de la cronología de los cambios exteriores en nuestra legislación, ¿qué encontramos de común en los aquí estudiados? Encontramos tendencias diversas que acaso podrían englobarse en dos conceptos fundamentales y sólo en apariencia contradictorios: el idealismo y el realismo.

Entre las notas de la tendencia idealista en esta jurisprudencia de los tribunales cabe mencionar las siguientes:

1).—*El sentido ético.*— Se apropian los jueces de ciertas valoraciones morales. Adoptan a veces determinados modelos de conducta concreta, a los que aluden en sus decisiones. La figura del "buen padre de familia" mencionada en el Código Civil de 1852 surge también en tal o cual sentencia. Hay aquí alguna semejanza con la técnica de los "standards jurídicos" tan predilecta de los juristas norteamericanos.

2).—*La idea de un orden jurídico natural.* La herencia del "jus naturalismo" que alienta en tantas páginas del Código Civil, inspira igualmente el pensamiento de los jueces. Toda la teoría de la obligación natural de allí se deriva.

3).—*La equidad.* La apreciación concreta de las diferentes situaciones permite la búsqueda de un equilibrio entre la seguridad jurídica y

la justicia, caracterizado por la equidad. Se aplica ella, sobre todo, para la ejecución de ciertos contratos. Ya el Código la había consignado en artículos dispersos, como el 493, tratando de los derechos de accesión cuando tenían por objeto cosas muebles de diferentes dueños.

4).—*Los principios generales del derecho.* Sin mencionarlo siempre, los jueces hacen con frecuencia uso del artículo IX del título preliminar del Código Civil, según el cual los jueces debían resolver atendiendo al espíritu de la ley, a otras disposiciones sobre casos análogos y a los principios generales del derecho. Estos se convierten, sobre todo, en la época aquí estudiada, en fuentes jurídicas.

Como contrapeso al idealismo, los jueces peruanos de entonces tienen la tendencia realista en la que pueden registrarse las siguientes modalidades:

- 1) **La expresión de circunstancias sociales, económicas y políticas del momento en el derecho judicial.**
- 2) **La influencia de cláusulas contractuales entre particulares en el derecho judicial.**
- 3) **La adaptación o reglamentación de las instituciones a las necesidades de la práctica, a veces con alteración del estricto régimen legal.**

Como resultado de esta investigación cabe llegar a la conclusión de que, inmediatamente antes de entrar en vigencia el Código Civil de 1852 y en el momento en que el Código convivió con el Derecho que inmediatamente le precediera, los tribunales trataron de armonizar según las conveniencias y características del país, la Constitución republicana, la tradición colonial, las doctrinas del Derecho Romano y las ideas nuevas llegadas de España o de Francia. Procuraron el predominio de la razón y la paz social. No cortaron, ni desviaron, ni precipitaron, ni detuvieron el progreso nacional. Lo ordenaron, definieron y encauzaron. Reconocieron el elemento jurídico y social que cabría llamar tradicional o de la experiencia existente; para incorporar en él un elemento filosófico que se guiaba por principios eternos o confiaba ingenuamente en un porvenir mejor.

SUMARIO DE LOS 39 CASOS

I.—LA ABOLICION DE LAS VINCULACIONES LAICALES Y LA VIGENCIA DE SU LEY REGLAMENTARIA

El art. 160 de la Constitución de 1828 sobre extinción de las vinculaciones entró en vigencia con la circular de 18 de marzo de ese año.

(Ejecutoria de 10 de junio de 1856 sobre la extensión del mayorazgo fundado por don Manuel Agustín de la Torre Quiroz y su esposa Agueda Josefa Tagle Bracho con arreglo a la ley 12, título 17, libro I de la Novísima Recopilación. Dicho mayorazgo que comprendía las haciendas Santa Beatriz y Desamparados, fué luego am-

pliado hasta comprender la casa de San Pedro llamada palacio de Torre Tagle).

La ley de 11 de enero de 1830 anuló los derechos sobres mayorazgos pese a lo indicado en la fundación de estos.

(Ejecutoria de 18 de febrero de 1855 contra la pretensión de doña Manuela Gutierrez Quintanilla).

La herencia del alma está comprendida en la prohibición establecida por la ley de 20 de diciembre de 1829.

(Ejecutoria de 31 de marzo de 1857 en la causa entre Manuel Panizo y Zárate y José Sebastián Cárdenas).

El art. 160 de la Constitución de 1828 concordante con el 160 de la Constitución vigente y la ley de 20 de diciembre de 1829 rigen como por una, acerca de las vinculaciones.

(Ejecutoria de 28 de enero de 1857 en la causa de Valdés con Flores sobre la chacra Patasagua en Tiabaya).

Son nulos los contratos de enfiteusis sin las formalidades previstas en la ley de 11 de enero de 1830 (alude a la fecha de promulgación de la ley aprobada por el Congreso el 20 de diciembre de 1829).

(Ejecutoria de 30 de abril de 1856 en la causa entre la Beneficencia y Rafaela Normantes).

II.—DERECHO DE LLAVE

El derecho de llave es la facultad que concede a una persona por tiempo muy largo el dueño de una finca para que pueda ocuparla o aprovechar de sus arrendamientos mediante una suma de dinero que entregue aquélla como juanillo y la obligación de pagar al dueño un corto arrendamiento. Debe ser considerado como censo reservativo.

(Ejecutoria de 4 de agosto de 1856 en la causa de Josefa Enclava con Manuela Vásquez).

III.—LA RECOPIACION DE INDIAS

La protocolización de testamentos nuncupativos debe arreglarse a la Ley 43, título 32, Libro 2 de la Recopilación de Indias, concordante con el art. 1244 del C. de E. C.

(Ejecutoria de 21 de enero de 1856 en la causa de Mariano Benavides con Ignacio Delgado sobre filiación).

IV.—LA NOVISIMA RECOPIACION Y LAS PARTIDAS JUNTAS

Aunque los hijos de clérigos o frailes no pudiesen heredar "ab intestato" a sus madres que murieron sin sucesión legítima, según la ley 5ª, título 20, libro 10 de la Novísima Recopilación, en lo que no están conformes todos los expositores, no por eso se hallan impedidos de ga-

nar esos bienes por prescripción. La ley 4ª del precitado título y libro de la Novísima declara que no valen los privilegios o cartas que los tales hijos hubieran ganado. Mas ello no repele la prescripción, que es un medio general de adquirir el dominio y que no está comprendido en el privilegio en el sentido jurídico que dan a esta palabra las leyes 1ª del título 11 Partida 1ª y 2ª y título 18, Partida 3ª.

(Ejecutoria de 18 de setiembre de 1856 en la causa de Negrón con Donayre).

La dote puede constituirse antes o después del matrimonio (Título 11 Partida 4ª). La obligación de dotar pertenece al padre y no a la madre y si ambos dotan proviene de los gananciales (Ley 4ª, título 3, libro 10 Novísima Recopilación). La viuda con escritura dotal tiene preferencia sobre el derecho de los acreedores (Ley 17, título 11, Partida 4ª).

La donación propter nuptias sólo puede ser de la 10ª parte de los bienes (Ley 1ª, título 3º, libro 10 Novísima Recopilación).

(Ejecutoria de 16 de marzo de 1857 en la causa de los acreedores de Domingo Derteano en concurso de éste).

V.—LA NOVISIMA RECOMPILACION

Es nula la institución del alma como heredero después de promulgada la Ley 17, título 5º, libro I de la Novísima Recopilación.

Se necesitó licencia real para vincular perpetuamente toda clase de bienes (Ley 12, título 17, libro 10 de la misma).

En dicha prohibición quedaron incluidas las capellanías y cualquier otra fundación perpetua (Ley 6, tít. 12, libro I, de la misma).

(Ejecutoria de 26 de febrero de 1856 en la causa de Francisca García Mancebo con don Mariano Soriano sobre vales de consolidación).

Las religiosas están prohibidas de heredar, como manos muertas (Ley 17, título 5º, libro I, de la Novísima Recopilación).

(Ejecutoria de 28 de abril de 1856 en la causa entre Manuela Maza y Luis Ponce).

Los pleitos resultantes de mayorazgos deben ser resueltos conforme a la Ley 45 de Toro que es la Ley 1ª, título 24, libro II, de la Novísima Recopilación.

(Ejecutoria de 11 de junio de 1856 en la causa sobre mayorazgo de San Isidro).

Las mejoras deben quedar a beneficio del dueño (Ley 1ª, título 1, libro 10, Novísima Recopilación).

(Sentencia 1ª Instancia en la causa de José Amat y la viuda de Santiago e hijo en 5 de noviembre de 1855).

Son nulos los vínculos creados sin arreglo al Real Decreto de 28 de abril de 1789 concordante con la Ley 12, título 17, libro 10 de la No-

vísima Recopilación. La Ley 6ª, título 12, libro I de la misma, comprende las Capellanías.

(Ejecutoria de 20 de octubre de 1856 en la causa entre Cuasiti y Calderón).

Procede la nulidad de las vinculaciones fundadas aún antes de las limitaciones que estableció en 1789 la ley que fué luego la 12, título 17, libro 10 de la Novísima Recopilación; si del análisis de los documentos de su fundación, resulta que faltaron ciertos requisitos de dicha figura jurídica y si además resulta que su erección contraviene las leyes de la República prohibiéndola.

(Ejecutoria de 3 de diciembre de 1855 en la causa de Miguel Aparicio Morante con Nicolás Morante sobre derecho a una capellanía consistente en un aniversario de misas de patronato real de legos, excepto absolutamente de jurisdicción ordinaria eclesiástica).

El hombre queda obligado sólo de la manera que aparezca que quiso obligarse (Ley 1ª, título 1, libro 10 de la Novísima Recopilación).

(Ejecutoria de 30 de octubre de 1855 cit.)

(Idem sentencia de 17 de noviembre de 1856 en la causa de Miguel Ciurliza con Cayetano Freyre).

Las causas sobre concurso deben seguirse conforme a la Ley 6ª, título 15, libro 4 de las recopiladas de Castilla, que es la Ley 5ª, título 8, libro 11 de la Novísima Recopilación.

(Ejecutoria de 3 de febrero de 1854 en el concurso seguido por los acreedores de la hacienda San Isidro).

Esta prohibido al comisario revocar el testamento que otorgó en nombre de su comitente (Ley 4ª y 5ª del título 19, libro 10 Novísima Recopilación).

Ejecutoria de 28 de junio de 1857 en la causa entre Valdez y Pastor sobre el colegio de Educandas de Arequipa).

Para la validez de los testamentos por escritura privada son necesarios tres testigos vecinos del lugar cuando no puedan ser habidos cinco testigos y el escribano (Ley 1ª, título 7, libro 10 de la Novísima Recopilación).

(Sentencia de 2ª Instancia de 3 de abril de 1856 en la causa de Feliciano Cirene, de Puno).

El derecho de pedir la herencia que otro posee se pierde no demandándolo dentro de diez años entre presentes y veinte entre ausentes en cuyo caso gana la herencia el tenedor de ella. (Ley 5ª, título 20, libro 10 de la Novísima Recopilación).

(Ejecutoria de 22 de agosto de 1856 en la causa entre Anselmo Negrón y Manuela Donayre. Aquí parece haber habido competencia entre la Novísima Recopilación y las Partidas).

La acción ejecutiva prescribe a los 20 años (Ley 5ª, título 8, libro 11 de la Novísima Recopilación).

(Ejecutoria de 1º de setiembre de 1856 en la causa entre José Arraco García con los herederos de José Barreda y Bustamante).

No hay prescripción de bienes pro indiviso. (Ley 2ª, título 8, libro 11 de la Novísima Recopilación).

(Ejecutoria de 15 de febrero de 1856, en la causa de Pedro Villalobos y Melchora y Miguel Villalobos).

La acción personal prescribe a los 20 años (Ley 5ª, título 8, libro 11 de la Novísima Recopilación). (Según el art. 569 del CC. regirían en las prescripciones pendientes al tiempo de la promulgación del C. las leyes anteriores).

(Ejecutoria de 16 de enero de 1856 en la causa entre Pedro Mendoza y Antonio Rivero, de Arequipa).

VI.—LAS PARTIDAS

La ejecutoria pronunciada en una causa no perjudica ni daña al que no fué parte en ella ni intervino en el juicio ni fué citado (Leyes 12, 20 y 21 del título 22, Partida 3ª concordantes con los incisos 3 y 7 del art. 1635 del CEC).

(Ejecutoria de 11 de marzo de 1857 en la causa de las Landaveris).

La escritura pública es prueba plena. (Ley 114, título 18, Partida 3). Los requisitos que debe tener el documento privado para que sea ejecutivo son los señalados en la Ley 119, título 19, Partida 3; y en Curia Filípica, Parte I, Párrafo 17, N° 36, Febrero Novísimo libro 3, título 2, capítulo 10, N° 89 y Escriche, palabra "instrumento privado".

(Sentencia del juez de Trujillo Miguel Garaycochea en la causa de Rosario Escusa con Mariano Cavada sobre cantidad de pesos, confirmada por la Suprema en 25 de octubre de 1855).

Sobre mejoras es aplicable la ley 13, título 22, Partida 3ª. (Concordante con el inciso 12, art. 1649 del C. E. C.)

(Ejecutoria de 3 de febrero de 1857 en la causa de Antonio Cavero y Sifuentes con María Rosario Zegal).

El poseedor de buena fé está obligado a restituir los frutos percibidos desde que es citado con la demanda sobre la cosa poseída (Ley 40, título 28, Partida 3, y ley 39, título y Partida cit. concordante con art. 473 del CC. e inciso 5, art. 600 C. E. C.)

(Ejecutoria de 28 de enero de 1857 en la causa entre Domingo Elías y Francisco Heredia).

Para ganar por prescripción se necesita tiempo continuado con justo título sin que el primero sea interrumpido, por lo que las cosas liti-

giasas no pueden ser prescritas (Ley 9, título 29, Partida 3ª). Para que se repunte a una persona como poseedora de buena fé es necesario que el que adquiriera una cosa la haya adquirido por uno de los medios de adquirir el dominio reputando dueños a los que la vendieron (Ley 9 y Ley 19, título 29, Partida 3ª).

(Ejecutoria de 11 de octubre de 1855 en la causa de Andrés Rázuri con Tomás Cortés sobre deslinde de la hacienda Tambo Grande, Piura).

La adquisición de dominio por prescripción se rige por la ley 18, título 29, Partida 3ª, concordante con el inc. 2 del art. 549 del CC.

(Ejecutoria de Puno de 23 de julio de 1856 en la causa de Lucas Alanoca y Gerónimo Lupo).

Los incapaces no pueden ser herederos según la ley 2ª, título 2, Partida 6ª y el alma es incapaz.

(Ejecutoria de 26 de febrero de 1856 en la causa sobre nulidad de testamento de Francisca Mancebo).

Heredero, según la ley 1ª, título 3º, Partida 6ª, es el que ha de suceder en los bienes, derechos y acciones de un individuo al tiempo de su muerte por testamento o "abintestato" aprehendiéndolos o disponiendo de ellos como verdadero dueño; y el alma no puede representar al finado y desempeñar los deberes señalados por la ley 13, título 2, Partida 6ª.

(Ejecutoria de 14 de julio de 1856 en la causa sobre nulidad de testamento de Antonio Irigoyen y Centeno).

Siendo el contrato de compra-venta consensual, si falta el consentimiento del dueño, no hay venta y todo trato sobre ella es nulo (Ley 1ª, título 5º, Partida 5ª y Regla 31 de derecho, título 34, Partida 7ª).

(Ejecutoria de 11 de abril de 1856 en la causa de José María Puente Arnao con Isidro Aramburú sobre la propiedad de la hacienda Palao).

En la línea materna de un hijo adulterino por parte de la madre, no se extiende la obligación recíproca de alimentarse más allá de la madre y del hijo. La obligación de alimentar al hijo ilegítimo procreado por hombre casado corresponde a la madre antes que al padre; (este hijo jamás debe alimentos a su padre) (Ley 20, título 14, Partida 5).

(Ejecutoria de 10 de junio de 1857 en la causa entre Petronila Tarazona y Joaquín Torrico).

Los requisitos de los contratos sobre ventas en enfiteusis deben sujetarse a lo dispuesto en la ley 28, título 8, Partida 5ª. Para el esclarecimiento de este caso, fué citado Molina, "Jut et jur tractat. 2. Disp. 381. Cuando hay dudas sobre si se trata de censo enfiteutico o reservativo, debe optarse por éste (Juan Sala, "Derecho Real de España", tomo 1, libro 2, título 14 con referencias a Abendaño, Covarrubias y otros).

(Sentencia del juez de 1ª Instancia de Arequipa Evaristo Vargas en la causa de Lorenzo Tobar con el convento de la Merced de Arequipa sobre un censo en las estancias de Moro y Lechugal (Puno) confirmada por la Suprema el 30 de octubre de 1855).

La acción hipotecaria es real como ley persecutoria y con ella se persigue la cosa hipotecada cualquiera que sea su poseedor (Ley 14, título 13, Partida 5ª).

(Ejecutoria de 5 de junio de 1856 en la causa entre Micaela Alatrística y Gabina Rivera).

La hipoteca da al acreedor sólo derecho a la cosa cuando el deudor no satisface la deuda. Su derecho de demandar la deuda en juicio no llega hasta poder apropiársela sin intervención judicial. Esta apropiación no transfiere el derecho (Ley 14, título 14, Partida 5).

Los inmuebles pueden ser dados en prenda (Ley 2ª, título 13, Partida 5).

(Ejecutoria de 26 de noviembre de 1856 en la causa de José Domingo Apesteguía con Francisco Sotil sobre hacienda San Antonio de Chávez, Lima).

La novación de contrato no se presume sino debe ser expresa y tener por base un contrato anterior (Ley 15, título 14, Partida 5ª).

(Sentencia de la Corte de Puno, de 10 de junio de 1856, en la causa entre Anselmo Arce y María del Rosario de Velasco. Esta sentencia anuló la de Primera Instancia que declaró que el promotor queda obligado al pago cuando hay novación (Leyes 15 y 16, título 14, Partida 5ª concordante con la doctrina de la "Curia Filípica", libro 2º, capítulo 5º).

Hay libertad de dejar herederos cuando no existen herederos forzados en la clase de ascendientes o descendientes (Ley 25, título 1, Partida 6ª).

(Ejecutoria de 28 de abril de 1856 en la causa entre Manuela Maza y Luis Ponce).

Habiendo practicado la diligencia de inventario el heredero no está obligado a pagar las deudas de aquel a quien heredó sino en cuanto monten los bienes inventariados. Sólo es obligado el heredero a pagar las deudas del finado con bienes que hubo de éste y con lo que hubo de otra parte cuando ha omitido dicha diligencia (Ley 5ª y 7ª, título 6, Partida 6).

(Ejecutoria de 17 de octubre de 1855 en la causa de María Trinidad Cornejo con Miguel Pereyra y Pacheco por cantidad de pesos (Arequipa).

Alta *hija*

(Sentencia del juez de 1ª Instancia de Arequipa Evaristo Vargas en la causa de Lorenzo Tobar con el convento de la Merced de Arequipa sobre un censo en las estancias de Moro y Lechugal (Pano) confirmada por la Suprema el 30 de octubre de 1855).

La acción hipotecaria es real como ley persecutoria y con ella se persigue la cosa hipotecada cualquiera que sea su poseedor (Ley 14, título 13, Partida 5ª).

(Ejecutoria de 5 de junio de 1856 en la causa entre Micaela Alatrística y Gabina Rivera).

La hipoteca da al acreedor sólo derecho a la cosa cuando el deudor no satisface la deuda. Su derecho de demandar la deuda en juicio no llega hasta poder apropiársela sin intervención judicial. Esta apropiación no transfiere el derecho (Ley 14, título 14, Partida 5).

Los inmuebles pueden ser dados en prenda (Ley 2ª, título 13, Partida 5).

(Ejecutoria de 26 de noviembre de 1856 en la causa de José Domingo Apesteguía con Francisco Sotil sobre hacienda San Antonio de Chávez, Lima).

La novación de contrato no se presume sino debe ser expresa y tener por base un contrato anterior (Ley 15, título 14, Partida 5ª).

(Sentencia de la Corte de Puno, de 10 de junio de 1856, en la causa entre Anselmo Arce y María del Rosario de Velasco. Esta sentencia anuló la de Primera Instancia que declaró que el promotor queda obligado al pago cuando hay novación (Leyes 15 y 16, título 14, Partida 5ª concordante con la doctrina de la "Curia Filipina", libro 2º, capítulo 5º).

Hay libertad de dejar herederos cuando no existen herederos forzosos en la clase de ascendientes o descendientes (Ley 25, título 4, Partida 6ª).

(Ejecutoria de 28 de abril de 1856 en la causa entre Manuela Marr y Luis Ponçe).

Habiendo practicado la diligencia de inventario el heredero no está obligado a pagar las deudas de aquel a quien heredó sino en cuanto monten los bienes inventariados. Sólo es obligado el heredero a pagar las deudas del finado con bienes que hubo de éste y con lo que hubo de otra parte cuando ha omitido dicha diligencia (Ley 5ª y 7ª, título 6, Partida 6).

(Ejecutoria de 17 de octubre de 1855 en la causa de María Trinidad Cornejo con Miguel Pereyra y Pacheco por cantidad de pesos (Arequipa).

