

EL CÓDIGO CIVIL Y LAS LEYES DE INDIAS

JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ MONROY

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Del derecho natural.* III. *La costumbre que es llamada en latín consuetudo si es razonable.* IV. *Postura que hayan puesto las partes entre sí.* V. *De la justicia y aplicación de la equidad.* VI. *Las diferencias formales y sustanciales.*

I. INTRODUCCIÓN

La *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*, publicada en 1680, estaba destinada a regir, entre otras regiones, al territorio de la Nueva España. La jurisdicción del secretario correspondiente, del Consejo de Indias, abarcaba según la ley II, título VI, del libro segundo:

Las provincias de Nueva España, México, Guatemala, Filipinas, Nueva Galicia y Isla Española, en que hay cinco audiencias con todo lo que se comprehende debaxo de la jurisdicción y distrito de ellas...

El Código Civil de 1928, originalmente fue dictado para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia federal, pues sabido es que conforme a nuestra Constitución Política es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República Federal (artículo 40) y que las facultades que no estén expresamente concedidas por la Constitución a los funcionarios federales se entienden reservados a los estados (artículo 124) por lo que el Código Civil de 1928 es legislación común del Distrito Federal que sólo podría aplicarse en toda la República Mexicana cuando dicha legislación se refiera a la materia federal.

Establecida, pues, que la competencia de uno y otro de los cuerpos de leyes que vamos a comparar tienen un contenido geográfico e histórico totalmente diferente, a pesar de eso la legislación civil del Distrito Federal de 1928 tuvo influencia en las legislaciones de los Estados como ejemplo a seguir.

La diferencia entre los cuerpos de leyes resulta de que los mismos son representativos de una concepción jurídica totalmente diversa, revelando con esto que no hay entre ellos una línea de continuidad a pesar de que el pueblo que quedó regido por las *Leyes de Indias*, era, en parte al menos, el mismo que había de recibir las normas jurídicas inspiradas en el Código Civil francés, en la tradición liberal y en los avances de la pandectística recogidos en su época.

Las fuentes del derecho en la legislación de Indias podríamos decir que, en resumen, quedan claramente expresadas en el contenido de la ley CCXXXVIII de las *Leyes del Estilo* de antecedentes eminentemente hispánicos. El contenido conceptual del Código Civil de 1928 queda enmarcado en un concepto de codificación que alcanzó su máxima

expresión en los códigos civiles de 1870, de 1884 y del que nos ocupamos en su análisis.

La ley CCXXXVIII *del Estilo*, señalaba:

Cuantas cosas embargan el derecho escrito.

Otro si es a saber, que cinco cosas son que embargan los derechos escritos. La primera, la costumbre usada, que es llamada *consuetudo*, en latín, si es razonable. La segunda, es postura que hayan puesto las partes entre sí. La tercera, es perdón del Rey: Cuando perdona la justicia. La cuarta, es cuando faze Ley de nuevo que contraría el otro Derecho escrito con voluntad de fazer Ley. La quinta, es cuando el Derecho Natural es contra el Derecho Positivo que fizieron los hombres. Ca el Derecho Natural se debe guardar, en lo que no fallaron en el Derecho Natural escribieron y pusieron los hombres Leyes.

De donde se desprende que las fuentes del derecho según la concepción española, son: el derecho natural, la costumbre razonable, la autonomía de la voluntad de las partes, la equidad y sólo al final la ley escrita, con voluntad de que tenga fuerza de tal.

La concepción del Código Civil de 1928, es totalmente diversa, pues conforme a ella la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento (artículo 21); las controversias judiciales del orden civil deben resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica; sólo a falta de ley se resolverá conforme a los principios generales del derecho (artículo 19); la ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente (artículo 9) y contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario. Establece, por consecuencia, la supremacía de la ley entendida como derecho escrito, ordena la interpretación de la misma conforme a su letra o a su interpretación jurídica, pudiendo solamente acudirse a los principios generales del derecho ante el problema de las lagunas de la ley; pero, de ningún modo acepta que la costumbre *contra legem* tenga fuerza alguna, pudiendo únicamente aplicarse la equidad cuando haya conflicto de derechos y no exista ley expresa que sea aplicable e imperfectamente eximir del cumplimiento de una ley sólo cuando se trate de "atraso intelectual de algunos individuos, apartamiento de las vías de comunicación o miserable situación económica" (artículos 20 y 21).

De esta diferencia de concepción jurídica tan radical se desprende el análisis comparativo que vamos a permitirnos formular.

II. DEL DERECHO NATURAL

Las *Leyes del Estilo* reflejaban la ambientación filosófica de España en la época de la reconquista, y por eso señalaban con claridad los dos conceptos tomistas del derecho natural; es el primero, el principio de la supremacía del derecho natural porque al decir de San Pablo, primero es obedecer a Dios antes que a los hombres y el segundo la afirmación capital de la escolástica de que existen en el derecho natural dos clases de preceptos: los denominados derecho natural primario, que son como los primeros principios que se reflejan en el alma y que todo hombre reconoce con un pequeño esfuerzo y, enseguida, los principios del derecho natural secundario que se desprenden del anterior; sólo en lo que no hallaron en el derecho natural, dice el texto, escribieron y pusieron los hombres leyes.

De este modo nos explicamos que en el cuerpo de las *Leyes de Indias* surgen principios fundamentales que sólo se explican a la luz de esta concepción.

La ley xxii del título I, libro II, indica que:

No se cumplan las cédulas en que hubiere obrepción, o subrepción.

Los ministros y jueces obedezcan, y no cumplan nuestras cédulas y despachos, en que interviere los vicios de obrepción y subrepción, y en la primera ocasión nos avisen de la causa porque no lo hizieren.

Facultábase entonces a los ministros y jueces para no dar cumplimiento a cédulas y despachos en tanto los propios ministros entendiesen que dichas disposiciones fuesen contrarias al derecho natural, bien sea porque el autor de la ley hubiese estado mal informado o porque hubiere sufrido algún vicio del consentimiento, pero imponían de todas suertes la carga de avisar por qué razón habían dejado de cumplirlas. El llamamiento al derecho natural no puede interpretarse como una fuente de arbitrariedades, sino como una exigencia de responsabilidad.

Conforme a la ley xxiii del mismo título y libro, se facultaba a los jueces para suspender el cumplimiento y ejecución de las cédulas, si de su cumplimiento se siguiera "escándalo conocido o daño irreparable".

Por esa razón en la ley xii del título II del mismo libro se ordena a los miembros del Consejo de Indias que para:

Hazer Leyes precedan entera noticia de lo ordenado en la materia parecer e informe, si en la dilación no hubiere inconveniente porque a efecto de que menos necesidad pueda haber de mudar las leys y revocarlas, para el buen gobierno de las Indias los Consejeros procedan a estar muy informados y certificados de lo antes proveído, precediendo la mayor noticia e información que se pueda de las cosas y negocios, y de las partes para donde se proveyeren con información y parecer de los que las governaren.

Esto nos explicaría el contenido de la ley vi del mismo título y libro, en la que se ordena al Consejo que tenga hecha descripción de las cosas de las Indias sobre que pueda haber gobernación o disposición de ley:

Procuren tener hecha descripción y averiguación cumplida y cierta de todas las cosas del Estado de las Indias, así de la tierra, como de la mar, naturales y morales, perpetuas y temporales, eclesiásticas y seglares... y tengan un libro de la dicha descripción en el Consejo...

Y así quedaría explicado que los miembros del Consejo tenían que proceder, como principal negocio a la lectura de las cartas de Indias ordenándose que:

Luego que se recibieran cualesquiera cartas se lleven al Consejo y en él se lean todas consecutivamente... porque a causa de no se leer luego no se dexa de saber de algún negocio importante, en que convenga proveer con brevedad... (ley xxvii, título II, libro II).

En resumen, la primera fuente del derecho era el derecho natural y bajo su nombre podía dejarse de cumplir órdenes o despachos sobre ciertas causas cuando de la ejecución de las mismas surgiera escándalo grave o daño irreparable, y que para la elaboración de nuevo derecho escrito siempre se tuviera en consideración lo antes proveído y las condiciones históricas y sociológicas del lugar y se tomara en cuenta la opinión de los propios gobernados.

El régimen del Código Civil de 1928 es ubicable dentro de lo que los tratadistas del derecho comparado denominan la familia romano-germánica.

Debido a las condiciones del mundo moderno, y tanto por razones de orden filosófico como político, hoy en día se considera generalmente en los países de la familia romano-germánica que la mejor forma de hallar las soluciones justas que impone el Derecho consiste en que los juristas operen a partir de las disposiciones legales. Esta tendencia alcanzó su máximo desarrollo en el siglo XIX, cuando la casi totalidad de los Estados-miembros de la Familia Romano-germánica promulgaron sus Códigos y se dieron sus Constituciones escritas.¹

Por esa razón, nuestro Código Civil ordena la supremacía de la ley y que en las controversias jurídicas se aplique el texto de la ley o su interpretación jurídica.

En la época en que triunfó en Francia la Escuela de la Exégesis, pudo creerse que la interpretación de la Ley no era más que un proceso de pura lógica, acudiendo sólo a título subsidiario a investigar la intención del legislador.

Mas en la evolución de la familia romano-germánica la interpretación "ha estado dominada en la práctica. . . por la evolución paralela de las ideas políticas, económicas y sociales que ahora, con la perspectiva que nos da el transcurso del tiempo, podemos percibir perfectamente".²

La supremacía del texto legal consagrado en el Código Civil de 1928, que, por otra parte, no hace otra cosa sino reproducir el texto constitucional, sufre en consecuencia los embates de la evolución política y social y exigen en el aplicador de la ley acudir a principios superiores, lo que significa nuevamente el llamamiento al derecho natural. Entre los años veinte y la decena de los años setenta ha habido, pues, una transformación que amerita una reflexión más cuidadosa.

III. LA COSTUMBRE QUE ES LLAMADA EN LATIN "CONSUECUDO" SI ES RAZONABLE

El Código Civil de 1928, no permite la inaplicabilidad de la costumbre *contra legem*. "Contra la observancia de la Ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario" (artículo 10). Un análisis del contenido del código nos demostraría, sin embargo, que el legislador admite la costumbre en determinados capítulos, pero, por supuesto, siempre que ésta hubiese sido expresamente aceptada. El artículo 1796 que consagra la supremacía de la ley y de los contratos, señalando que los contratos obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado, remite, sin embargo, al "uso" para entender el alcance de los convenios; al respecto el texto no define lo que debe entenderse por uso.

En la reglamentación de algunos contratos en particular el legislador acude a los usos. Es sabido que la jurisprudencia menciona los usos inquilinarios como fuentes de interpretación de los contratos de arrendamiento, y así también podría interpretarse los que surgen del préstamo de uso gratuito. La legislación europea, al interpretar el contrato de obra a precio alzado, acude a los usos para la tasación del precio si no se

¹ David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, 1967, p. 84.

² *Ibid.*, p. 41.

hubiese convenido, pero el artículo 2624 del código remite a los aranceles o a tasación por arbitro *bonni viri*. Los usos del contrato de hospedería quedarían consagrados en el artículo 2667. Expresamente el legislador remite a los usos en los contratos de aparcería rural (artículos 2741 y 2754).

La actitud de las *Leyes de Indias* es totalmente diversa.

La famosa ley IV del título I, libro II, decretaba que:

Se guarden las Leyes que los Indios tenían antiguamente para su gobierno y las que se hicieren de nuevo.

Ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos... se guarden y executen, y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos...

La ley XXI del título II, libro II, expresa las cualidades que ha de tener la costumbre:

Quando nos fuéremos servido de conformarnos en respuesta de consulta, con lo que parece siendo costumbre. Declaramos, que esto no se ha de entender en dos, o tres actos solos, sino en muchos continuados sin interrupción ni orden en contrario... la costumbre ha de ser asentada fixa, sin alteración, ni prohibición en contrario y con muchos actos en el mismo género que la confirmen.

De ahí se desprende que, en tratándose de los negocios de indios, aun cuando las decisiones sobre propiedades o bienes de indios fuesen materia de suplicación o apelación, ésta nunca se admitía en el efecto suspensivo, pues la ley V del título I del mismo libro, dice que:

Las leyes que fueren en favor de los indios se executen sin embargo de apelación ---mandándose que todo lo que se decretase en favor de los indios--- se guarde y cumpla y se haga guardar, cumplir y executar en todo y por todo sin embargo de apelación o suplicación...

Estas disposiciones nos explicarían el porqué aun cuando los indios no llegaron a tener el concepto de propiedad romana, reunidos en congregaciones o comunidades, la legislación de Indias, sin calificar el régimen de propiedad de los indios, ordena se les respete y de esta suerte las comunidades de indios quedaron consagradas en función de sus usos y costumbres.

Mas el alcance de estos usos y costumbres debe cuidadosamente ser examinado a la luz del concepto de autonomía de la voluntad y de la equidad que existieron en la época novohispana y que será materia de los dos capítulos siguientes.

Según la ley II del título I, libro II, las leyes de Castilla se aplicaban supletoriamente a las leyes de Indias en lo que no estuviere decidido ni declarado y conforme a las *Leyes de Toro* en cuanto a la jerarquía de las recopilaciones castellanas escritas.

Por esa razón tuvieron aplicación en América las leyes de las *Siete Partidas*, del rey Alfonso X el Sabio, y el título segundo de la primera partida distingue con claridad meridiana entre uso, costumbre y fuero.

Estos nacen unos de otros e an derecho natural en sí: Según en aqueste libro se muestra: ca bien como de las letras nasce verbo, e de los verbos, parte: e de la parte, razón: ansi nasce del tiempo, uso y del uso, costumbre: e de la costumbre, fuero.

El uso fue definido como:

Cosa que nace de aquellas cosas que ombre dize e faze e sigue continuamente, por gran tiempo y sin embargo ninguno (ley I). Fazer se debe el uso de manera que sea aprocomunal, e sin daño: e no debe ser fecho afurto, ni escondido: más en manera que lo sepan e se paguen los que fueran conoscedores de razón e derecho (ley II).

En realidad el legislador de 1928, al aceptar la costumbre en los contratos a que hemos hecho mención, está haciendo referencia al uso; la diferencia entre nuestro actual sistema y el régimen español claramente se desprende por cuanto que los usos que la legislación actual acepta sólo son los que expresamente admite en las figuras contractuales mencionadas y sólo para el alcance e interpretación de los contratos conforme al intérprete remitirse a los usos locales (artículo 1796).

"Costumbre es derecho, fuero que no es escrito: el cual han usado los ombres luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas e las razones otras que lo usaron" (ley III, *id.*).

La costumbre, en consecuencia, con gran técnica queda definida como un *ius*. El *ius* lo elabora el pueblo, por esa razón inmediatamente después el rey Alfonso X define en la ley V qué debe entenderse por pueblo: "Pueblo tanto quiere dezir como *ayuntamiento* de gentes de todas maneras aquella tierra do se allegan." El derecho, pues, está elaborado por el pueblo. El legislador de 1928 consagra como personas morales, en su artículo 25 a la nación, los estados y los municipios y las demás corporaciones de carácter público reconocidos por la ley (fracciones I y II). Definir la persona moral con un concepto sociológico, como es la nación, es un tanto cuanto discutible, pero de toda suerte podríamos decir que el legislador acude al concepto de nación reproduciendo el texto del proemio del artículo 27 constitucional. Más aún, cuando hace referencia a la nación y no al pueblo el legislador actual no le consagra al pueblo el derecho de elaborar su propio *ius*, pues la familia romano-germánica no tiene confianza en realidad en la posibilidad de elaboración del *ius* por el pueblo.

Finalmente, el fuero quedó definido por la ley VII del título III, partida primera como:

Cosa en que se encierran dos cosas que abemos dicho, uso e costumbre, que cada una de ellas ha de entrar en Fuero para ser firme. El uso porque los omnes se hagan a él e lo amen. La costumbre que les sea así como manera de heredamiento para lo razonar e guardar casi el fuero e como conviene e de buen uso e de buena costumbre a tan gran fuerza que se torne como en Ley porque mantienen los omnes e vivan unos con otros en paz e justicia. . .

El fuero, en consecuencia, hace referencia a la autonomía municipal que elabora sus propios ordenamientos, su propio *ius*. Así las *Leyes de Indias* facultan a los municipios para elaborar sus propios ordenamientos, pues se dice que:

Las audiencias reales vean y examinen las Ordenanzas que hizieren las Ciudades, villas y poblaciones de sus Provincias para su buen gobierno, y hallando que son justas y que se deben guardar, las hagan cumplir y executar por tiempo de dos años, y las remitan a nuestro Real Consejo de Indias para que en quanto a su confirmación provea lo que convenga.

El legislador de 1928 otorga personalidad moral a los municipios (artículo 25, fracción I), pero nada dice sobre su régimen legislativo ni podría decirlo dado el texto

constitucional que divide a los poderes, siguiendo las ideas de Montesquieu y que ordena terminantemente que no se reúna en su sola persona más de un poder (artículo 49 de la Constitución).

IV. POSTURA QUE HAYAN PUESTO LAS PARTES ENTRE SI

La autonomía de la voluntad tiene sus raíces en la elaboración jurisprudencial romana. La etimología de la palabra *ius*, al decir de Álvaro D'Ors³ "en su aceptación originaria, *ius* es aquel acto de violencia privada con la sociedad, a través de sus jueces, reconoce como ordenada y ajustada a las conveniencias". El *ius* es la defensa de los intereses personales y por esa razón el primitivo texto de las *Doce Tablas* señalaba *Pater familias, utilingua nunq-upassit ita ius esto*.

Sabido es que el *ius civilis*, con su solemnidad, impide el desarrollo del consensualismo, mas su progreso se logra a través del *ius gentium*.

Las *partidas* distinguían diversos grupos de contratos según que se perfeccionasen por el solo consentimiento, por la entrega de la cosa o por la expresión verbal o literal consagrada, y así se distinguen entre contratos consensuales, reales, verbales y literales. La ley 16 del Ordenamiento de Alcalá abolió toda fórmula y señaló que en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y forma en que aparezca que quiso obligarse; siendo que para que sea valedera la obligación no se requiere formalidad alguna.

Llamábanse obligaciones naturales las que derivaban de actos o contratos de determinadas personas que no podían obligarse civilmente, pero que por equidad debían cumplirse. La obligación civil fue definida por las *Partidas* como vínculo legal que nos ata y obliga a dar o hacer alguna cosa, de manera que podamos ser apremiados a cumplirla; así, en medio de estas distinciones de diversas clases de contratos y de distintas clases de obligaciones, el título 16 del *Ordenamiento de Alcalá* dispuso:

Pareciendo que alguno se quiso obligar a otro por provisión o por algún contrato o en otra manera, sea tenido de cumplir aquello a que se obligó; y no puede poner excepción que no fue hecha estipulación, que quiere decir prometimento con cierta solemnidad de Derecho, o que fue hecho el contrato u obligación entre ausentes, o que no fue hecho ante escribano público, o que fue hecho a otra persona privada a nombre de otra entre ausentes, o que se obligó alguno que daría otro o haría alguna cosa; mandamos que todavía vala la dicha obligación y contrato que fue hecho en cualquiera manera que parezca que uno se quiso obligar a otro.

El legislador de 1928 consagró el principio de autonomía de la voluntad en los artículos 1796 y 1832, repitiendo en este último artículo, textualmente, el texto del *Ordenamiento de Alcalá*, pero aun podríamos decir que en la definición misma de convenio como el acuerdo de voluntades para crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones o derechos, rememora el antiguo concepto del *ius* y expresa la raíz de la autonomía de la voluntad como defensa del propio interés ante los jueces.

La legislación de Indias supone válido, con el llamamiento de las *Leyes de Castilla* el principio de la autonomía de la voluntad, pero elaboradas para proteger y conservar a los indios consagra importantísimas limitaciones.

³ D'Ors, Álvaro, *Elementos de derecho privado romano*. Pamplona, España, 1960, p. 13.

En primer término, conforme a la ley XXVII del título I, libro VI se establece que los indios pueden vender sus haciendas sólo con autorización de justicia:

Quando los indios vendieren sus bienes raíces y muebles, conforme a los que se les permite, tráiganse a pregón en almoneda pública en presencia de la justicia los bienes raíces por término de treinta días; y los muebles por nueve días y lo que de otra forma se rematare sea de ningún valor y efecto, y si pareciere al juez su justa causa abreviar el término en cuanto a los bienes-muebles, lo podrá hacer. Y porque los bienes, que los indios venden ordinariamente son de poco precio, y si en todas las ventas hubiesen de preceder estas diligencias sería causarle tantas costas como importaría el principal. Ordenamos, que esta ley se guarde y execute en lo que excediere de treinta pesos oro común y no en menor cantidad, porque en este caso bastará que el vendedor indio parezca ante algún juez ordinario a pedir licencia para hacer la venta, y constándole por alguna averiguación, que es suyo lo que quiere vender, y que no le es dañoso enajenarse de ello, le dé licencia interponiendo su autoridad en la escritura, que el comprador otorgare, siendo mayor y capaz para el efecto.

De todo lo anterior resulta que el principio de la autonomía de la voluntad se limita en las operaciones que recayeren sobre bienes de importancia, propiedad de los indios, y que de hecho la enajenación de sus inmuebles estaba prohibida.

Mas en cambio sí se permite que los indios apliquen esta autonomía respecto de sus frutos y mantenimiento, y que entre indios y españoles exista comercio con libertad de las partes.

Ley xxv; que los indios puedan libremente comerciar sus frutos y mantenimiento; ley xxiv: que entre indios y españoles haya comercio libre y a contento de las partes; ley xxviii: que los indios puedan hazer sus tianguis y vender en ellos sus mercaderías y frutos.

En vano trataríamos de buscar las limitaciones a la libertad contractual en el Código Civil de 1928.

Las limitaciones más enérgicas quedaron consagradas en la Constitución de 1917, en los artículos 27 y 123 constitucionales.

Cabría reflexionar hasta qué punto ha funcionado en la vida práctica la defensa a los campesinos y trabajadores, consagradas en las garantías sociales de la Constitución, y hasta qué punto algunas de ellas resultan inoperantes por la falta de técnica que otorga el derecho común; en otros términos:

¿Sería posible que la legislación laboral y agraria volviesen a los cauces del derecho civil? La técnica del derecho civil y la aceptación de las limitaciones a la libertad contractual harían más operable la protección.

V. DE LA JUSTICIA Y APLICACIÓN DE LA EQUIDAD

El Código Civil de 1928 procuró asimilar a la legislación civil los avances que la pandectística alemana había logrado y así dejó consagrada la Doctrina de la lesión aceptada por el Código Suizo de las Obligaciones e inspirada en el artículo 138 del Código alemán, para proteger al ignorante, inexperto o necesitado; pero, con poca fortuna, añadió, que protegía al de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria colocándole los calificativos que hace imposible su aplicación en la práctica.

Aceptó el legislador de 1928 la declaración unilateral de la voluntad y el enriquecimiento ilegítimo como fuentes de las obligaciones, y consagró expresamente la responsabilidad objetiva.

Las *Leyes de Indias* repitiendo un texto de Solórzano y Pereyra, sostenido en su obra *Política indiana*, consagró a favor de los indios el beneficio de la nulidad o restitución *in integrum*; la presunción de que en ellos no se daba dolo ni engaño y especialmente el principio de que sus pleitos se harían en plazo breve y sumario sin atender a las escrupulosas fórmulas del derecho:

Bien pueden venir, decir o alegar contra los instrumentos que hubieren presentado y contra las confesiones que sus abogados hubieren hecho en los libelos o peticiones, y revocarlos no solo *in continenti*, sino cada y cuando les convenga, y pedir nueva prueba y presentar nuevos testigos después de hecha publicación y en segunda instancia, aunque sea sobre los mismos artículos o derechos contrarios; no se practica en ellos la contumacia judicial: Teniendo caso de corte como las viudas y pupilos, y estar libres de las penas en que incurren otros cuando no hacen inventarios.⁴

Todos estos principios corresponden al derecho procesal y son ajenos a la materia civil; pero los que hacen referencia a la legislación común no quedaron repetidos en nuestros códigos civiles, producto del liberalismo.

VI. LAS DIFERENCIAS FORMALES Y SUSTANCIALES

Dos importantes consecuencias podemos concluir de las diferencias entre la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias* y las legislaciones liberales de derecho privado, especialmente recogidas en los códigos civiles de 1870, 1884 y 1928, materia de nuestra atención.

Es la primera que, como puede verse de los ejemplos que hemos traído a colación en las *Leyes de Indias*, por un lado, el recopilador hace preceder al texto normativo de una exposición de motivos que trata de convencer al gobernado de la necesidad y utilidad de la norma; pero si bien se invitaba a que la disposición se cumpliera, por otro lado, nos encontramos con que las *Leyes de Indias* tenían un carácter prohibitivo, esto es, no se pretende en ellas que las autoridades encargadas de cumplirlas evadan el cumplimiento o que las partes a través de un convenio renuncien a sus beneficios. Son en realidad leyes de orden público.

Así resulta de la lectura de la ley I del libro II:

Que se guarden las leyes de esta recopilación en la forma y casos que se refiere, habiendo considerado cuánto importa que las leyes dadas para el buen gobierno de nuestras Indias, Islas y tierra firme de el mar Oceano, Norte y Sur que en diferentes cédulas, provisiones, instrucciones y cartas se han despachado se juntassen y reduxessen a este cuerpo y forma de Derecho, y que sean guardadas, cumplidas y executadas. Ordenamos y mandamos que todas las leyes en él contenidas se guarden, cumplan y executen como leyes nuestras, según y en la forma dada en la ley, que va puesta al principio de esta recopilación, y que solas éstas tengan fuerza de ley y pragmática sanción en lo que decidieren y determinaren. . .

⁴ Cfr. *Recopilación de las Leyes de Indias*, libro II, título XV, ley LXXXIII, libro V, título III; leyes X y XII, libro VIII, título XIII; leyes 24 y 33.

El Código Civil de 1928 reflejando las ideas liberales, a pesar de que en la exposición de motivos se autocalifica como un código socializador del derecho reproduce el sistema liberal por cuanto que faculta y da a los particulares la posibilidad de renunciar los derechos privados que no afecten al interés público cuando la renuncia no perjudique a los intereses de terceros. Solamente no permite hacer renuncia al contenido expreso de las leyes prohibitivas o de interés público. La doctrina civil francesa mencionaba cuatro grupos de normas prohibitivas: primero, las relativas a la regulación de la familia; segundo, las que delimitan el concepto de propiedad privada; tercero, las que organizan el Registro Público de la Propiedad, y cuarto, las que defienden a un contratante frente al otro en la elaboración y cumplimiento del acto jurídico (Teorías de la nulidad y de la rescisión). El legislador de 1928, en consecuencia, parte del principio de que fuera de las normas de orden familiar y las relativas a ciertas protecciones de una justicia conmutativa muy objetivada, el resto de las disposiciones del articulado del código son susceptibles de ser renunciadas, puesto que no defienden otra cosa que intereses privados.

De esto resulta la primera diferencia entre la forma convincente e invitante, pero a la misma vez prohibitiva, de las *Leyes de Indias* y la fórmula abdicativa y renunciante de las normas protectoras propias del derecho privado moderno.

La segunda diferencia es más notable.

El contenido de las *Leyes de Indias* no se limita a regular lo social en forma periférica sino que pretendió dar un contenido económico a sus normas, así se desprende de la historia de la Casa de Contratación de Sevilla que, a pesar de que ameritó graves críticas, curiosamente organizó la economía tan minuciosamente que sólo podría encontrar parangón con la economía organizada de los países socialistas actuales.

Al decir de Schäfer⁵ la Casa de Contratación de Sevilla principiaría como una bodega en donde se controlara la entrada y salida de los barcos; pero imponiendo la obligación de cristianizar a los naturales de las tierras descubiertas, como se lee en el testamento de Isabel la Católica, y de cuidar de las personas y bienes de los indios, la Casa fue complicando sus labores. Controló los pasajeros a las Indias, organizó el combate a la piratería con aplicación analógica de las reglas de la echazón y avería, organizó una universidad de cosmografía, sentó las bases de consulados, terminando, antes del advenimiento de la libertad de comercio, preconizada por los últimos Borbones, en convertirse en un monstruo centralizador de la economía.

Por otro lado, el libro IV de las *Leyes de Indias* organiza los pósitos y las alhóndigas, los bienes propios y comunes de los municipios territoriales. A través de sus disposiciones se trata de dar un contenido económico semicontrolado a la actividad de los vecinos del ayuntamiento. A guisa de ejemplo podemos mencionar que las alhóndigas, según señala el título XIV del libro IV de las *Leyes de Indias*, tenían por objeto evitar a los comerciantes y regatones en los artículos de primera necesidad y al efecto "se señala cosa conveniente para que en ella pudiesen los labradores despachar sus granos, y los panaderos dónde proveerse del trigo y harina, que hubiesen menester para su avío y abasto de la ciudad a los precios más acomodados. . ." (ley I); pero para los efectos de la fijación del precio, independientemente de que se facultaba al fiel ejecutor para regularlo, se daba una regla genérica indicándose que respecto de

⁵ Cfr. *El Consejo Real y Supremo de las Indias*. Sevilla, España.

los "precios en que se vendiere el trigo, harina y cebada, que en la alhóndiga entrare, regiría el primer precio que saliere aquel día..." (ley II), respetándose, en consecuencia, la ley de la oferta y la demanda, pero vigilándola a efecto de evitar la lesión.

El contenido de las *Leyes de Indias*, en resumen, es, desde el punto de vista sustantivo, eminentemente social y económico.

El legislador de 1928, en su exposición de motivos, señala que:

En nombre de la libertad de contratación han sido inicuaamente explotadas las clases humildes, y con una declaración teórica de igualdad se quiso borrar las diferencias que la naturaleza, la educación, una desigual distribución de la riqueza, etcétera, mantienen entre los componentes de la sociedad. Socializar el Derecho significa extender la esfera del Derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra.

En resumen, los proyectistas del Código de 1928 sintetizaban así su idea:

El pensamiento capital que informa el proyecto puede expresarse brevemente en los siguientes términos: ARMONIZAR LOS INTERESES INDIVIDUALES CON LOS SOCIALES, corrigiendo el exceso de individualismo que impera en el Código Civil de 1884.

Los buenos deseos de los autores del Código de 1928 parece que quedaron ahí, en buenos deseos; si hurgamos la jurisprudencia de nuestros altos tribunales en vano buscaremos sin encontrar decisiones jurisprudenciales o ejecutorias que nos expliquen cómo ha funcionado la aplicación del artículo 17 relativa a la lesión; el régimen patrimonial de la familia a que se refieren los artículos 723 al 746; en vano buscaremos si existe alguna aplicación a aquella afirmación sostenida en el artículo 840 del Código Civil, que repite el texto del artículo 226 del Código Civil alemán, de que "no es lícito ejercitar el Derecho de Propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero sin utilidad para el propietario".

En cambio, encontraremos decisiones jurisprudenciales que se niegan a admitir la doctrina de la imprevisión, al buscar el alcance del artículo 1796 que señala que los contratos obligan a las consecuencias que se derivan de la buena fe; encontraremos ejecutorias interpretando el artículo 1949 del Código Civil, en un sentido literal de la palabra, sin importar que el incumplimiento del deudor haya sido en un ápice del contrato, colocando sobre los deudores toda la majestad de la Ley cuando éstos incumplen en el último de los abonos de sus compras.