

UN CASO DE RECEPCIÓN EN EL PERÚ: LA INCAPACIDAD DEL SELVÁTICO EN EL CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO¹

UM CASO DE RECEPÇÃO NO PERU: A INCAPACIDADE DO INDÍGENA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

*Carlos Ramos Núñez**

Resumo:

Um importante e demorado debate ocorreu no Peru ao discutir-se, na década de 20, quando se elaborava o Código Civil de 1936, a capacidade jurídica dos indígenas. O art. 6º, parágrafo terceiro do Código Civil brasileiro de 1916, que declarou os indígenas relativamente incapazes, ocasionou no Peru um debate que durou anos. Aqueles que militavam pela inclusão de um critério similar no código civil peruano buscavam proteger os indígenas que, em sua visão, se encontravam em desvantagem na sociedade moderna pela falta de educação. Na versão definitiva decidiu-se por não incluir referida norma, mantendo-se um critério de igualdade formal e artificial relativo à capacidade dos indígenas, principalmente porque se considerou que o contrário seria ainda mais prejudicial aos mesmos. Contudo, permaneceu um sentimento protecionista ao indígena no discurso político e cultural peruano.

Palavras-chave: Código Civil. Povos indígenas. Capacidade legal. Nativos.

Resumen:

Un importante y dilatado debate tuvo lugar en el Perú al discutirse, en la década del veinte, cuando se elaboraba el Código Civil de 1936, en torno a la capacidad jurídica de los indígenas. El artículo 6, párrafo tercero del Código Civil brasileño de 1916, que declaró incapaces relativos a los selváticos, propició un debate en el Perú que duró años. Quienes impulsaban la inclusión de un criterio similar en el código civil peruano buscaban proteger a los indígenas, quienes, según su visión, se encontraban en desventaja en la sociedad moderna por su falta de educación. En la versión definitiva se decidió no incluir dicha norma y se mantuvo un criterio de igualdad formal y artificial respecto de la capacidad de los nativos, principalmente porque se consideró que lo contrario sería aún más perjudicial para ellos. Sin embargo, quedó un sentimiento tuitivo y proteccionista hacia el indígena en el discurso político y cultural peruano.

Palabras clave: Código Civil. Capacidad jurídica. Pueblos indígenas. Nativos.

¹ Texto elaborado em razão do Colóquio “Cem Anos de Codificação Civil Brasileira”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no mês de agosto de 2016.

* Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magistrado y Director del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú.

A modo de introducción: un francés en el Titicaca

En los apuntes de su *Voyage dans le Républiques de l' Amérique du Sud* (1851), el diplomático francés Eugene de Sartiges, establecido en Rio de Janeiro, en su travesía por el Lago Titicaca, se detiene en la descripción evocadora:

Cansado de mirar abrí mis alforjas, especie de saco que contenía los objetos que deseaba siempre tener a la mano y tomé un libro al azar. El primero que hallé fue el Código Civil de Santa Cruz. El general me había enviado sus tres códigos el día de mi partida para La Paz. Como mis maletas estaban ya cerradas, metí los tres volúmenes en la alforja. Recorrí un buen número de sus páginas. Vi claramente establecidos los derechos civiles y políticos de cada ciudadano de la República y cada acción de su vida sabiamente vigilada por las leyes. Al fin de la obra encontré como anexo reglamentos y ordenanzas de policía para los grandes caminos, la navegación de las costas y los lagos del interior, el alquiler de coches, mulas y caballos, etc. El viento había cesado y el barco no se balanceaba ya. Mi balseiro masticaba su coca antes de tomar la pértiga para remar. Su vista me recordó que sobre un millón de habitantes, la República Boliviana con novecientos mil ciudadanos semejantes a mi barquero. Cerré el libro y me puse a admirar el valor de algunos hombres que, conociendo los beneficios de la civilización, intentaron imponerla a la masa inerte de sus conciudadanos incapaces de comprenderla para aprovechar de ella. (SARTIGES; BOTMILIAU; PORRAS BARRENECHEA, 1947, p. 43-44).

El relato ofrece la imagen emblemática de un código moderno en tierras inhóspitas, habitadas por indígenas. Nada parecía mejor al joven vizconde que adoptar el *Code* napoleónico, para que así estas tierras alcanzaran un nivel semejante al logrado por su país. De allí su entusiasmo ante la decisión de Santa Cruz: «El gobierno boliviano –anota- ha hecho traducir y ha adoptado el Código de Napoleón. Para hacer circular en Bolivia este producto de nuestra Europa se le ha intitulado *Código de Santa Cruz*». (SARTIGES; BOTMILIAU; PORRAS BARRENECHEA, 1947, p. 38). El mismo Sartiges, había observado «Desgraciadamente para el país, el Código de Napoleón no ha reemplazado las antiguas leyes españolas. La justicia es siempre embrolladora y venal y los procesos son interminables y ruinosos». (SARTIGES; BOTMILIAU; PORRAS BARRENECHEA, 1947, p. 30-31).

Bajo la letanía de su periplo lacustre, en el Altiplano, centro mismo de la llamada despectivamente «mancha india», nuestro viajero deploraba la cultura aborígen y ofrecía como remedio la recepción del *Code* civil francés.

1. Un equívoco histórico

En *Der Geist des römischen Rechts* [*El espíritu del Derecho Romano*], quizás su libro de mayor envergadura histórica, el jurisconsulto tudesco Rudolf von Ihering formula una declaración de fe:

El gobierno constitucional es un producto importado. ¿Sería eso motivo suficiente para condenarlo? Equivaldría a que vacilásemos en beber el vino de otra nación porque no lo hemos fabricado, o a no comer naranjas porque no han brotado en nuestros huertos. [...] Solamente un loco rechazará las naranjas con pretexto de que no han madurado en su jardín. (IHERING, 1891, p. 16).

El traductor, por lo menos hasta allí, cumplió en forma diligente su papel. El problema vendría después. En efecto, en un polémico pasaje del *Fin del Derecho*, una obra que sería la continuación de *El espíritu del Derecho romano*, que concierne directamente al Perú, Ihering, escribía: “Cientos de enfermos, entre nosotros, deben su curación a la naranja recogida por el obrero del Perú...”²

Cuando Ihering publicó *Der Zweck im Recht* [*El fin del Derecho*] hacia el año de 1877, la quinina peruana causaba furor en Europa y se la estimaba como una suerte de panacea para todos los males. En realidad, Ihering se estaba refiriendo a la quinina que, como el oro, el salitre y el caucho, evocaban el nombre del Perú mucho más que el árbol de la quina junto a la vicuña y la cornucopia o el cuerpo de la abundancia, que son los símbolos de nuestro escudo nacional. En este caso, a diferencia de lo ocurrido en *El espíritu del Derecho* romano, la traducción al español resultó totalmente errada: el término “naranja” resultó infeliz. (IHERING, 1946, v. 2, p. 49). Al parecer se confundió al árbol de la quina con el de siringa, esto es la planta de la que se extrae el caucho, y la fonética le hizo pensar que siringa era naranja. En la edición italiana, bajo el cuidado de Mario Losano, se lee: “*Centinaia di persone, trai noi, debbono la loro guarigione alla corteccia di china raccolta dal bracciante peruviano...*”. (IHERING, 1972, p. 77-78). La edición en inglés a cargo de un erudito Isaac Husik (1876 – 1939), usa la frase: “*Quinina, wich the Peruvian laborarer gathers, causes the recovery of hundreds of our midst...*”. (IHERING, 1913, p. 70). En el original alemán, Ihering utilizó la oración siguiente: “*Der*

² IHERING, Rudolf von. *Der zweck im recht*. Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopt & Härtel, 1877. El texto se encuentra en el capítulo VI, “La vida por y para otro, o sea la sociedad”. Apartado 49, que titula “Universalidad de la sociedad”. En italiano, *Lo scopo nel diritto*. Torino: Giulio Einaudi editore, 1972, al cuidado de Mario Losano, p. 77-78. En español, *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946, p. 49. Se encontrará otra edición argentina, Buenos Aires, Omeba, 1960. En la edición bonaerense en Heliasta, 1978, p. 49; y, finalmente, en la edición española de Comares.

Chinarinde, welche der peruanische Tagelöhner sammel verdanken Hunderte bei uns genessun...” (IHERING, 1877, p. 98).

El traductor hispano de la obra de Ihering, *El fin del Derecho*, confundió el término alemán “chinarinde”, equivalente de quinina, atribuyéndole el significado de “naranjas” y colocó la frase: “Cientos de enfermos, entre nosotros, deben su curación a la naranja recogida por el obrero del Perú”. (IHERING, 1891, t. 1, p, 16). El traslado de dicha expresión ha sido la historia de un equívoco que grafica nítidamente una parte significativa de la historia de la recepción de las instituciones extranjeras en América Latina. (IHERING, 2011, p. 49).

Roscoe Pound asegura que la historia de un sistema jurídico es largamente una historia de préstamo de los materiales jurídicos y de asimilación de los mismos.³ Esto fue, precisamente, lo que ocurrió con el artículo 6º del Código Civil brasileño de 1916, cuyo centenario celebramos. Su diseño legislativo en cuanto contemplaba, entre otros casos, la incapacidad relativa de los indios selváticos, que se juzgaba de pertinente aplicación en el Perú, propició uno de los más interesantes debates en la civilística peruana de la segunda década del Novecientos.

2. La incapacidad jurídica del indio

El debate en torno al indio en ocasiones es fuente de Derecho, como cuando se reconoce la existencia de las comunidades indígenas, pero también, en palabras de Bartolomé Clavero, puede transformarse en “desagüe de constitución”, cuando se vulneran sus derechos. La incapacidad del indio es, pues, un espacio brumoso en el que coexisten las dos situaciones, fuente de derecho y desagüe del Derecho. (CLAVERO SALVADOR, 2002, p. 69-148).

Las ideas ilustradas, dominantes en la escena peruana e iberoamericana durante el siglo XIX, por lo menos epidérmicamente, concedían al indígena (más allá de su incompatibilidad con la realidad social de entonces) una igualdad formal ante la ley. Códigos y constituciones fraternizan para recusar la singularidad del aborigen, que se transforma en un individuo abstracto como cualquier otro. Este tratamiento constitucional y legislativo representa un típico caso de “violencia de la abstracción”. (CARONI, 1998, p. 28). El principio de igualdad, al margen de consideraciones de orden material, fomentaba y consolidada esta violencia derivada de la abstracción normativa, que nos recuerda al viajero francés que navegaba en las aguas del Lago Titicaca. (CARONI, 1998, p. 28).

³ POUND, Roscoe. *The formative era of American law*. Boston, Little, Brown Company, 1938. p. 94. Recuérdese además que Pound era un tributario intelectual de Ihering.

Esta perspectiva moderna que anida en los códigos, leyes y constituciones del siglo XX, animadas por el principio de igualdad ante la ley, contradecía monumentalmente la noción contemplada por el Derecho indiano en la que el indio era considerado un miserable, una suerte de menor de edad de edad, digno de protección.⁴ La resurrección de esta tesis proteccionista, de la que el debate sobre la incapacidad jurídica del indio es una especie, constituiría una verdadera metamorfosis de ese paradigma de la modernidad que no era otro que el principio de igualdad ante la ley. (CAPPELLINI 2002, v. 61, p. 11-68).

Pio Caroni se ha referido a la conveniencia de descubrir el lugar donde se esconden las desigualdades tanto en las recopilaciones medievales como en los códigos modernos. Distingue para ello entre fotografía y radiografía. En líneas generales las recopilaciones feudales o del Antiguo Régimen reflejan la realidad social de su tiempo. Basta una fotografía de las normas para verificar el mundo que las circunda. En palabras del estudioso suizo, el Derecho feudal se refiere directamente a la realidad. «Se adhería a su lógica, se estructuraba con su lógica. Se reflejaba de modo fiel. Garantizaba así una transferencia absoluta. Para verificarse basta una mirada fugaz, una rápida lectura de los textos, una suerte de fotografía». (CARONI, 1998, p. 27-28).

¿Un código moderno, como podría ser el Código Civil brasileño de 1916 o el Código Civil peruano de 1936, transparenta la realidad o era preciso ir a buscarla? Los códigos, a diferencia de las recopilaciones del Viejo Régimen, encriptan la realidad, la escamotean, la esconden, la disimulan. No basta, pues, la fotografía; no queda más que recurrir a la radiografía. (CARONI, 1998, p. 27). A juicio de Pio Caroni:

El Derecho burgués, por el contrario, no refleja la realidad directamente. Oficialmente no se ve, en consecuencia no puede referirse a la realidad social circundante. Pero, en los hechos como se ha permeabilizado hasta la médula midollo. Solo que para darse cuenta una simple lectura

⁴ DUVE, Thomas. La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserables en el Derecho indiano In: LOSANO, Mario Giuseppe. (Ed.) *Un giudice e due leggi: pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 3-33. En torno al origen del término *persona miserable*: «...la primera aparición del término se encuentra en una constitución constantiniana del año 334 luego recogida en el Codex 3.14.1 donde se establece un privilegio de competencia. Las causas donde interviniera una persona miserable pasaban ipso facto a la jurisdicción real, antecedente de lo que luego se llamarían «casos de corte». A partir de allí, el término persona miserable es recogido por las Siete Partida (3.3.5 y 3.18.419, por las Ordenanzas Reales del Castilla (3.1.1; 3.2.14), por la Nueva Recopilación de 1567 84.1.1; 4.3.8) y aparece en la literatura del derecho y la práctica jurídica de la época otorgando un privilegio procesal y de competencia. Su recepción en el Derecho Indiano es indudable aunque las normas no usaran el término persona miserable sino que se refieran a los indios directamente: «Que los Virreyes conozcan en primera instancia de causas de los indios, con apelación a sus audiencias», p. 17-18. También GONZALEZ MANTILLA, Gorki Yuri. La consideración jurídica del indio como persona: el derecho romano, factor de resistencia en el siglo XVI. In: HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro (Comp.). *La tradición clásica en el Perú virreinal*. Lima: Sociedad Peruana de Estudios Clásicos - Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1999. p. 255-284.

de las reglas no bastan: la opacidad del mensaje esconde aún aspectos constitutivos de este Derecho. En cuanto a la fotografía aparecería incolora y desteñida. Para descubrir lo que realmente cuenta se requiere más una radiografía. (CARONI, 1998, p. 27-28).

Los códigos del siglo XIX, me refiero al Código Civil peruano de 1852 principalmente, no se ocupan del indígena, no obstante tratarse de una realidad inocultable de tiempo, geografía y demografía. Los códigos y constituciones camuflaban el mundo indígena con prescripciones a simple vista de carácter igualitario. Resultaba preciso hurgar casi como una radiografía para encontrar la evidencia de la desigualdad. Ocurre, sin embargo, a comienzos del siglo XX, algo sorprendente: lo indígena se muestra, se visibiliza. Los códigos decimonónicos en ese sentido son «códigos desencantados». (CARONI, 1998, p. 99). La razón: redescubrieron el mundo indígena que los rodeaba. Brasil no pasó por esa experiencia. Todas sus normas son tuitivas en mayor o menor grado. No cayó en el mito de la igualdad formal de los indígenas frente a la ley de los países hispanos. Mantuvo una postura realista.

Cabe formular, sin embargo, una pregunta crucial. ¿Los códigos del siglo XX, el brasileño de 1916 y el peruano de 1936, eran realmente modernos? ¿Lo eran cuando el primero determinaba la incapacidad jurídica del selvático o el segundo cuando sus redactores lo intentaron en su proceso de formación? En realidad, reflejaban la organización de sociedades semif feudales que todavía estaban lejos de ser modernas. Si era así, no había modo de escamotear la realidad, de sustraerse de ella. Al reconocer esas diferencias no hacían sino reconocer la realidad que dimanaba de las ordenanzas del Antiguo Régimen o de la Recopilación de Leyes de Indias de 1680. El código se funde entonces con la recopilación. Se necesita más una fotografía que una radiografía. La realidad estaba allí. Figuraba en el código. (CARONI, 1998, p. 215). Este fue el caso por lo menos de la figura del debatido tema de incapacidad del indígena.

3. Los antecedentes brasileños

Durante la elaboración del código civil de 1916 hubo interés por ocuparse de la condición jurídica de los selvícolas.⁵ Hacia el año 1913 discutían sobre el tema Pires de Carvalho, Maximiliano de Figueiredo y Joaquín Osorio.⁶ El antiguo proyecto de

⁵ BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*: comentado. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1933. p. 188-189. «El Código usa la palabra selvícolas, para referirse a los habitantes del bosque, y no a los que viven con la población, a ellos, se les aplica los preceptos del derecho común».

⁶ *Diario do Congresso Nacional. Republica dos Estados Unidos do Brazil*, jueves de 10 de julio de 1913, año XXIV, n. 57. Véase BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*: comentado. 4. ed. v.

código civil brasileño no reguló la situación de los selvícolas en la parte que se ocupa de los incapaces.⁷ Por otro lado, «fue el senado que a propuesta de Muniz Freire, consideró a los indios individuos con capacidad restricta». (BEVILAQUA, 1933, p. 187). Clóvis Bevilaqua consideraba que «era necesaria una legislación especial aparte, que atendiese a la situación especial de individuos “extraños” a la civilización, que el Código Civil representaba». (BEVILAQUA, 1933, p. 188). Precisamente, en base a la propuesta de Muniz Freire: «Los indios que habitan al interior del país en tribus salvajes, a medida de su adaptación, serán sujetos al régimen tutelar establecido en los reglamentos especiales, tendentes a promover a su incorporación a la vida nacional».⁸

El gobierno imperial mediante el Decreto de 27 de octubre de 1831 y el Decreto del 3 de junio de 1833 equipara a los indígenas con los huérfanos. La Comisión que emprendió la elaboración del código civil asumía perfectamente esa concepción.⁹ Así se estableció entonces que: «Los selvícolas, en medida de su adaptación, se sujetan al régimen tutelar establecido en leyes y reglamentos especiales».¹⁰

No sorprende entonces que el artículo 6° del Código Civil brasileño de 1916, en su versión definitiva, puntualizaba que, junto a los mayores de 16 y menores de 21, las mujeres casadas y los pródigos, eran incapaces relativos para ciertos actos los selvícolas. Agregaba: «Los selvícolas están sujetos al régimen tutelar, establecido en las leyes y reglamentos especiales. Régimen tutelar que cesa, a medida que se fueren adaptando a la civilización del país».¹¹

Pontes de Miranda, uno de los más grandes comentaristas del código civil brasileño, opinaba: «Los selvícolas están sujetos a tutela del Estado, se toma en cuenta la adaptación gradual a la civilización, se considera que tiene capacidad de derecho, pero son relativamente incapaces, esto es, para ciertos actos jurídicos, en los que hayan de ser asistidos». (MIRANDA, 2012, p. 318).

Este régimen tutelar, cuya mención invoca el Código Civil de 1916, se puede ver ya en normas del siglo XIX. De modo que no debe verse esta protección paternalista como una invención del flamante cuerpo legislativo, sino como una institución que estaba arraigada en la tradición jurídica y cultural de ese país. Así, la Regencia que en nombre del emperador Pedro II promulgó el Decreto de 3 de junio de 1833, estableció que la

1. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1933. p. 187.

⁷ *Diario do Congresso Nacional. Republica dos Estados Unidos do Brazil*, jueves 5 de diciembre de 1912, año XXIII, n. 181. Véase *Projecto do Codigo Civil Brasileiro*. Parte general, capítulo I.

⁸ *Diario do Congresso Nacional. Republica dos Estados Unidos do Brazil*, jueves 5 de diciembre de 1912, año XXIII, n. 181, p. 4.235.

⁹ *Ibid.*, p. 4.175.

¹⁰ *Ibid.*, p. 4.135.

¹¹ Código Civil de 1916, artículo 6°, inciso 4.

administración de los bienes de los indígenas sea entregada «a los jueces de huérfanos de los municipios respectivos».¹² Esta idea del indígena como un menor huérfano aparece también en el Decreto n. 143, de 15 de marzo de 1842.¹³

Ya en los primeros años del siglo XX, por Decreto n. 8072, de 20 de junio de 1910, se creó el “Servicio de Protección de los indios”.¹⁴ Sin embargo, el selvícola aún tenía restringido ciertos actos de disposición. Si bien el Gobierno Federal les concedió tierras, los indígenas no podían «arrendarlas, alienarlas ni gravarlas».¹⁵ El artículo 8º señalaba: «Los contratos de esta naturaleza serán considerados nulos de pleno derecho».¹⁶ Esta es la concepción que abraza el Código Civil de 1916.

4. El debate peruano

La polémica en torno a la capacidad jurídica del indígena se desenvuelve en dos ámbitos. Primero en el seno de la Comisión Reformadora, que elaboraría un nuevo código civil que reemplazaría al viejo código de 1852 y que daría lugar al Código Civil de 1936. Conformaban la Comisión Juan José Calle, Fiscal de la Corte Suprema y político pierolista que la presidiría; Manuel Augusto Olaechea, abogado de prestigio, dueño del bufete legal más antiguo del Perú y afamado profesor de Derecho de obligaciones en la Universidad Nacional de San Marcos; Pedro M. Oliveira, romanista, historiador del Derecho, experto en Economía Política, político oficialista del leguismo; Alfredo Solf y Muro, diplomático, profesor de Derecho civil especial (Derecho agrícola, Derecho industrial y Derecho minero) en la Universidad de San Marcos. También participaría el médico e higienista Hermilio Valdizán, pero en esta ocasión no fue consultado.¹⁷

El otro ámbito de debate tendría repercusión nacional. En hora buena decidió la Comisión Reformadora y, sobre todo, su presidente Juan José Calle, que se

¹² BRASIL. Decreto de 3 de junho de 1833. *Collecção das Leis do Imperio do Brasil de 1833*, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1833. v. 1, pt. 2, p. 83. Señala: «Encarrega da administração dos bens dos Indios, aos Juizes de Orphãos dos municipios respectivos».

¹³ BRASIL. Decreto n. 143, de 15 de março de 1842, artículo 5º, § 12. *Collecção das Leis do Imperio do Brasil de 1842*, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1843. v. 1, pt. 2, p. 199.

¹⁴ El funcionamiento del “Servicio de Protección al indígena” tendrá que ser contrastado con el Relatório Figueiredo, que desde el año 2008 puede ser encontrado en el Museu do Índio de Brasil. Al respecto véase también, LEWIS, Norman. Genocide. *The Sunday Times Magazine*, London, 23 de febrero de 1969.

¹⁵ Decreto n. 8.072 de 20 de junio de 1910, artículo 7º. En *Diário Oficial da União*. Seção 1º de 24 de junio de 1910: «Os indios não poderão arrendar, alienar ou gravar com ônus reaes as terras que lhes forem entregues pelo Governo Federal».

¹⁶ *Ibid.*, artículo 8º. «Os contractos dessa natureza que forem realizados pelos mesmos, serão considerados nulos de pleno direito».

¹⁷ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del derecho civil peruano: siglos XIX y XX*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011. Tomo 6: El Código de 1936. v. 3: El bosque institucional. RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cultura jurídica, proceso y hombres del foro*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 2014. p. 99-114.

consultase sobre la incapacidad jurídica de los indígenas a personalidades del mundo del foro, la magistratura y la administración. Se entiende que se consulta a expertos, a entendidos en la organización de los indios.¹⁸

4.1. El debate en la Comisión Reformadora

En el Perú, correspondería al presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, Juan José Calle, en la cuarta sesión del 4 de octubre de 1922, plantear esta interrogante «¿Los individuos de las tribus salvajes de la región de los bosques deben o no ser considerados capaces de ejercer los derechos civiles?».¹⁹ Recogía el texto directamente el artículo 6º, inciso 4 del código civil brasileño de 1916, promulgado apenas seis años antes, que establecía la incapacidad relativa de los selvícolas.

El comisionado Juan José Calle, que conocía de cerca la realidad indígena, observó:

... tratándose de la capacidad de las personas para ejercer sus derechos civiles era indispensable examinar si los que no saben leer ni escribir, y especialmente los indígenas, que además, no poseen el idioma castellano, pueden ser considerados como capaces de ejercerlos por sí mismos».²⁰ En cuanto a la condición de los indígenas, anotaba: «la situación del indio de las serranías del Perú era tan desfavorable, que la facultad de ejercer por sí mismo sus derechos civiles constituía para él, en realidad, más que un bien un daño evidente; pues no pudiendo enterarse, por no saber leer, de los documentos que otro suscribía a su ruego como contratante y en los que aparece conociendo obligaciones o enajenando las tierras de su propiedad, en la generalidad de los casos, resulta víctima de ese para él engañoso derecho.»²¹

La cuestión era determinar si el mismo tratamiento se extendería a otros «indígenas»; por ejemplo a los indios de la sierra o andinos. Alfredo Solf y Muro, profesor de Derecho civil especial en la Universidad de San Marcos y otro de los miembros de

¹⁸ Véase RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del derecho civil peruano: siglos XIX y XX*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006. Tomo 5: Los signos del cambio. v. 2: Las instituciones. p. 209-273.

¹⁹ *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del código civil peruano*. 4ª sesión, miércoles 4 de octubre de 1922, p. 16.

²⁰ *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del código civil peruano*. 9ª sesión de miércoles 8 de noviembre de 1922. Lima: Imp. La Tradiciones, 1926, p. 41-42.

²¹ *Ibid.*, p. 42-43.

la Comisión Reformadora, se preguntaba cuál sería la línea divisoria para distinguir selváticos de indígenas.²²

A juicio de Manuel Augusto Olaechea, afamado abogado y profesor de Derecho de obligaciones en la Universidad de San Marcos y otro de los comisionados:

La cuestión era de una inmensa gravedad porque afectaba a las dos terceras partes de peruanos, y que, además había que contemplar si se limitaba a los indígenas analfabetos o se extendía a todos los que no supieran leer y escribir. Respecto de los primeros habría que pensar en una tutela colectiva porque sería imposible la individual. Si el nuevo código declara la incapacidad relativa de los indios tiene que determinar a qué régimen están sujetos, pues si se hace la declaración y no se organiza la tutela se arranca de la vida civil aquel enorme número de peruano. No puede dejarse tampoco de considerar que la tutela ejercida sobre grandes grupos de indios por delegados o tutores dotaría a estos de un poder peligroso, corriéndose el riesgo de repetir el fenómeno histórico del coloniaje en que los españoles fundaron un régimen de protección que se convirtió, funcionando a la inversa, en una institución del daño para la raza indígena. Teme que los funcionarios protectores revivan el sistema de las encomiendas. Cree que se trata de un fenómeno sociológico, económico y cultura, susceptible de experimentación. La creación de un régimen jurídico puede ser un mero artificio si no se busca una solución integral, con el criterio de que la cuestión indígena es una obra de extensión de la civilización por el fomento de la riqueza y de la educación del país y del indio.²³

Juan José Calle, el proponente, estimaba que «tratándose del indígena que no sabía leer ni escribir lo conveniente sería declarar su incapacidad relativa con la finalidad de limitar los abusos que se cometen contra ellos arrebatándoles sus propiedades con contratos fraguados dolosamente».²⁴

Pedro M. Oliveira, político, diplomático y profesor de Historia del Derecho discrepaba de la propuesta de imponer a los indígenas la incapacidad relativa. A su juicio,

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*, p. 40-41.

²⁴ *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del código civil peruano*. 12ª sesión, de 2 de diciembre de 1922, Lima: Imp. Las Tradiciones, 1926, p. 63. La Constitución de 1823 estableció en el artículo 17º, inciso 3, que para el ejercicio de la ciudadanía el requisito de saber leer y escribir sería exigible después de 1840. A su vez, el decreto del 3 de agosto de 1827, ya establecía el requisito de la alfabetización del indio para la libre enajenación de las tierras. RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del derecho civil peruano: siglos XIX y XX*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. Tomo 4: Legislación, abogados y exégetas. p. 150.

«declarar incapaces a los indígenas que no supieran leer y escribir, implicaría la adopción de un criterio anticientífico».²⁵ Sostenía:

Muchos habitantes del Perú, quizás la mayoría, son analfabetos, pero esto no les impide gozar de la aptitud natural suficiente para conducirse con acierto en la vida. El conocimiento de la lectura o de la escritura, agregó, son medios que facilitan al hombre el acceso a las formas superiores de la actividad mas no pueden ser convertidos en causas en nombre de las cuales quepa restringir la capacidad de obrar. Terminó diciendo que el criterio del idioma era superior al referido, aunque no estaban exento de inconvenientes.²⁶

Oliveira juzgaba que «dada la condición manifiestamente inferior del indígena, no cabía poner en tela de juicio su incapacidad relativa».²⁷ Así, el asunto quedaba reducido a plantear el criterio legal para calificarla.

Respecto de los habitantes de la Amazonía, la comisión estimó, en un primer momento, que no era conveniente tratar de ellos por separado, dado que estaban comprendidos en la declaración de incapacidad de los individuos de raza indígena. Nuevamente saltará a la vista la percepción etnocentrista de los miembros de la comisión. Oliveira sostenía una posición radical. Los «salvajes», refiriéndose a los selváticos, «no participan de la vida nacional estando en cierto modo fuera de la comunidad jurídica».²⁸

La Comisión Reformadora, luego de un amplio cambio de ideas, adopta una fórmula provisional: «Son incapaces relativos los individuos de la raza indígena que no hablan castellano».²⁹

A la larga esta posición frente al indígena y selvático sería desechada del proyecto de la comisión; pero con todo, quedaría un rezago de la misma en el código cuando, en los concerniente a la elección de mandatarios de la comunidades indígenas, según es de verse del artículo 72º, se establecerá el criterio de la alfabetización como requisito para poder ser elegido para el cargo.³⁰

La comisión no escudriñó la opinión de los indígenas y selváticos mismos. No se observa, en efecto, ninguna encuesta o entrevista en dicho sentido; más bien trataría de conocer la opinión de instituciones que los estudiaban, o que los protegían, como la

²⁵ *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del código civil peruano*. 12ª sesión. Cit., p. 63.

²⁶ *Ibid.*, p. 63.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, p. 64.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ «Art.72.- Representan a las comunidades sus mandatarios elegidos por los individuos que forman la comunidad, mayores de edad; debiendo recaer la elección en individuos del grupo que sepan leer y escribir y que hayan obtenido la mayoría absoluta de los sufragios válidos».

Iglesia en las Juntas de Patronato, entonces muy activas.³¹ Se trataba de un variado grupo de profesionales y humanistas que conocían la organización comunal.³² En ese sentido, Calle manifestaría:

Conveniente [es] consultar a los Colegios de abogados de la república, a los señores obispos presidentes de las juntas de patronato, algunos profesionales y a las personas que conocen la organización de las comunidades de indígenas, los artículos concernientes a ellas contenidos en el anteproyecto sobre personas jurídicas, sometido a conocimiento de la Comisión, a fin de que emitan su parecer no solo sobre los preceptos que contiene, sino, también, caso de no encontrarlas aceptables, sobre cuál sería, en su concepto, la mejor manera y forma de proceder para llenar cumplidamente la prescripción contenida en el artículo 53º, 2ª parte de la Constitución.³³

El trato paternalista hacia los indios se torna evidente en las cartas que el comisionado Juan José Calle dirigió a obispos, rectores y decanos de los Colegios de Abogados el día 21 de noviembre de 1923, con el afán de que se pronunciaran sobre la capacidad del indio:

La comisión reformadora del código civil ha acordado -subraya el presidente- considerar entre los individuos relativamente incapaces a los indígenas que no hablan castellano. La comisión estima que siendo el idioma castellano el instrumento de la civilización y el medio de expresión de las relaciones jurídicas en nuestro país, su ignorancia comporta necesariamente la de las leyes y hasta la de los principios esenciales del Derecho. Los indígenas que lo ignoran carecen, pues, de la aptitud necesaria para la expresión libre de una voluntad de obligarse o de practicar actos civiles. Se hace, así, indispensable ponerlos a opuesto de los suyos. Esta protección ha de tomar la forma de una vigilancia o de una tutela.³⁴

³¹ En mayo de 1922, bajo el patrocinio leguista de la *Patria Nueva*, como le gustaba autotitularse, fue establecido por decreto el Patronato de la Raza Indígena, que era una institución oficial presidida por el arzobispo de Lima. Este debía estar constituido por una junta central en Lima y juntas departamentales y provinciales en las capitales de cada una de estas circunscripciones, y por delegaciones unipersonales en los distritos. El Patronato resultó ineficaz al ser considerado un órgano consultivo antes que ejecutivo.

³² Véase: *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del código civil peruano*. Segundo fascículo, 56ª sesión de miércoles 28 de noviembre de 1923, p. 477.

³³ *Ibid.*, p. 477-478.

³⁴ PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926. p. 206. Misiva de Juan José Calle. 21 de noviembre de 1923.

En el seno de la Comisión Reformadora Juan José Calle sopesa las consultas y se reafirma como defensor de la tutela mediante la declaración de incapacidad relativa, basado en el «rudimentario desarrollo y manifiesta imperfección de la personalidad de los indígenas» que los acercan y los semejan «a la inexperiencia y candidez del niño, a quien fácilmente se maneja y engaña», ya sea que hablen o no el castellano. El motivo de esta tutela descansa en la protección de su propiedad territorial. De allí que propusiera: «La incapacidad relativa de los indígenas está reducida a la prohibición de enajenar y gravar tierras de su propiedad sin licencia judicial, otorgada previos los trámites señalados por este código y el de procedimientos civiles para enajenar y obligar bienes de menores».³⁵

Invita luego Juan José Calle a no dejarse llevar por consideraciones como «la supuesta inferioridad de la raza indígena», dado que en su propuesta no subyace ese prejuicio, sino que busca fomentar el ejercicio de sus derechos naturales, como contraer matrimonio, ejercer potestad marital o la patria potestad, contratar y disponer de sus bienes por actos entre vivos o *mortis causa*, aun cuando no hable castellano. Recalca Calle que ese no fue el espíritu de la norma proyectada. «Cualquiera que sea la raza a que pertenece un individuo es innegable que el analfabeto es inferior a otro de la misma raza que sabe leer y escribir, y que un hombre instruido es superior al que carece de cultura aun siendo iguales las condiciones étnicas de ambos».³⁶ Calle asegura que la igualdad jurídica lejos de favorecer a los indios, los perjudica gravemente. Por lo que propugna una capacidad jurídica circunstancial o transitoria que no afecta la igualdad constitucional. Debe educarse al indio hasta que obtenga plenitud de derechos; mientras tanto el único derecho restringido sería la disposición de sus tierras «sin la licencia legal requerida para la disposición de bienes de menores, me parece el único conveniente».³⁷

Un pragmático Solf y Muro se opuso a la propuesta de Calle: «La inclusión de los indígenas que no hablan castellano entre las personas de capacidad relativa, que se contiene en los trabajos preparatorios del código ha levantado mucha resistencia, provocando una abundante literatura en contra de la proyectada reforma».³⁸ Reclama Solf que la propuesta sea diferida a leyes especiales sobre propiedad comunal, porque considera que esta labor no debía ser trabajada en el código. Acota el profesor de Derecho civil especial:

³⁵ «Artículo 16 [segundo anteproyecto del Título Preliminar y Libro Primero].- Son relativamente incapaces: 5.º- Los indígenas analfabetos que no hablan castellano».

³⁶ *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del código civil peruano*. Octavo fascículo, 288ª sesión del miércoles 8 de mayo de 1929, p. 85-86.

³⁷ *Ibid.*, p. 88-89.

³⁸ *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del código civil peruano*. Octavo fascículo, 289ª sesión, p. 93-94.

Como la incapacidad relativa en que se coloca al indio que no conoce el idioma oficial no tiene otro fin civil que el de equiparar las tierras que posee esa clase de gentes a las de los menores para prohibir su enajenación y gravámenes sin licencia judicial, como lo estatuye la ponencia del señor doctor J.J. Calle, me parece que no sería difícil uniformar las opiniones de todos los que han intervenido en el debate público al respecto, si acordamos suprimir aquella declaración de la incapacidad, circunscribiendo el problema a saber si la propiedad de la tierra agrícola de los indígenas sea individual o colectiva debe estar sujeta al régimen de la propiedad inmueble en general, o debe tener un régimen especial, y en tal caso si este debe contenerse en el código o en leyes particulares.³⁹

Aconsejaba Alfredo Solf para que el problema de los indígenas no sea abordado por el código, por ser una ley general de carácter permanente. Debe preferirse las leyes especiales que vivirán al margen del código «mientras no puedan aplicarse a toda la población».⁴⁰ El código civil debería limitarse a reservar el tratamiento de las comunidades de indígenas a las leyes especiales. Olaechea fue del mismo parecer, lo propio hizo Pedro M. Oliveira.⁴¹ Calle se quedaba sin aliados. El veredicto estaba tomado: la comisión acordó presentar simultáneamente al esbozo del código civil un proyecto sobre la propiedad indígena.⁴² En consecuencia, el código de 1936 no contendría una restricción a la capacidad jurídica del indio. La influencia brasileña, amplia en diferentes materias, quedaba trunca en la formulación legislativa final.

4.2. El debate nacional

El abogado limeño Pedro Irigoyen estaba a favor de conceder al indígena una incapacidad absoluta al tratarse de la transferencia de sus tierras. Para Irigoyen, los indígenas podrían hablar castellano con sus compradores y luego frente al juez no hablar castellano, por lo que allí resultaba difícil probar ese conocimiento. La incapacidad absoluta debía comprender al menos la enajenación y gravamen de los bienes raíces que debían ser inembargables e intransferibles.⁴³

Pedro Manuel La Riva observa el proyecto para imponer la incapacidad relativa a los indígenas que no hablaban castellano. Entiende que se refiere a un problema

³⁹ *Ibid.*, p. 94.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 94-95.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, p. 95-96.

⁴³ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del derecho civil peruano: siglos XIX y XX*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011. Tomo 6: El Código de 1936. v. 3: El bosque institucional. p. 104.

secular que no puede resolverse con una declaración de incapacidad. Propone una solución similar a la del pensador socialista José Carlos Mariátegui:

Désele al indio una parcela de tierras; hágasele dueño de ella; impídase la absorción o desmembración de las que tiene o le hayan sido adjudicadas; y entonces, y solo entonces, el aborígen, por gravitación espiritual creciente, se hará fuerte, se hará bueno, será sociable, importando poco que sepa o desconozca el castellano, porque creo que si el indio ignora nuestro idioma a nosotros nos toca aprender el suyo. ¿Acaso el quechua y el aymará, o sus diversos dialectos, son inabordables para la gente civilizada? Si desconocer el castellano es motivo de incapacidad el gran número de extranjeros que conviven con nosotros deberían adolecer de idéntica incapacidad.⁴⁴

Carlos M. Espinoza, también abogado de Lima, aplaudió a la comisión por reconocer en el indígena un incapaz relativo cuando no sabe leer, no escribir ni hablar castellano. En esta «triste» y «desgraciada» «condición de inferioridad efectiva» se hace indispensable legislar sobre la guardaduría del indígena para que queden debidamente resguardados sus derechos y a cubierto de la explotación de que hoy por lo general son víctimas».⁴⁵

Por otro lado, el abogado puneño Miguel de La Riva Loza acusa a los miembros de la Comisión Reformadora de incurrir en un grave error por «falta de conocimiento suficiente de esta parte de la población peruana». Se refería a que, en muchos lugares alejados de la república, existen indígenas que sí hablan castellano pero que no saben leer ni escribir; por lo tanto una legislación tutelar del indígena debería discernir este detalle y disponer que sean relativamente incapaces todos aquellos que no saben leer ni escribir, ya sea que se trate de un indígena, de un español o de un extranjero.⁴⁶

Francisco Urteaga, abogado piurano, se opuso a la propuesta de la Comisión Reformadora. Aseguraba que esta interdicción civil para los indígenas no reportaría las ventajas que se esperan. «Su inclusión sería caprichosa», asevera. Confía en su experiencia como magistrado para afirmar que «en la actualidad, hacia el año 1923, a pesar de su ignorancia del idioma español, defienden sus pequeñas propiedades contra el avance de los grandes propietarios y el abandono del poder público».⁴⁷

⁴⁴ PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926. p. 62-63.

⁴⁵ PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926. p. 121.

⁴⁶ PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926. p. 124-125.

⁴⁷ PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil*

El abogado cuzqueño Wenceslao Mujica, sobre la incapacidad de los indígenas que no hablan castellano, es de la opinión de que no hablar el castellano no debía configurar restricción alguna en sus derechos civiles:

Es muy laudable —escribe el doctor Mujica— que los señores de la comisión y todos, sintamos la necesidad de civilizar, de instruir y de procurar que todos los indios hablen el castellano, como idioma oficial; pero no creo que por falta de ese requisito, sean considerados como incapaces y privados del ejercicio de sus derechos civiles; se les niegue testar, testificar, adquirir bienes, disponerlos, comerciar, contratar, trabajar libremente, y en fin, los medios de subsistencia y de progreso económico.⁴⁸

El letrado Mujica añade en sentido crítico:

Esta calificación de los indígenas como incapaces relativos por el mero hecho de no hablar castellano colocaría a tres millones de los habitantes del Perú en una condición desastrosa y el resto de un millón no alcanzaría para servir de tutores y guardadores de aquellos incapaces, descontando de este número a los funcionarios y empleados públicos, a las mujeres, niños y ancianos y otros incapaces, aun de los que saben hablar castellano.⁴⁹

Otro de los estudiosos consultados, Ángel Ugarte, encuentra «muy conveniente» la incapacidad relativa del indígena que no habla castellano, «por ser un hecho innegable la manifiesta inferioridad en que se encuentran en la vida jurídica, social y política del país».⁵⁰ Juzga Ugarte necesaria la abolición de la ley del 31 de marzo de 1828, ratificada el 24 de mayo de 1845, que declaró a los indígenas propietarios absolutos de las tierras de la comunidad puesto que esa fue, a su parecer, la causa de los abusos, y que dichas tierras deben volver a ser de la comunidad hasta que el indígena sea persona capaz.⁵¹

y respuestas que ha recibido. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926. Respuesta de Francisco Urteaga. Piura, 20 de junio de 1923, p. 30.

⁴⁸ PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926. Respuesta de Wenceslao Mujica. Cuzco, 2 de julio de 1923, p. 38-39.

⁴⁹ PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926.

⁵⁰ PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926. Respuesta de Ángel Ugarte, p. 56-57.

⁵¹ cfr. PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926. p. 57-58.

El abogado trujillano Francisco Quiroz Vega se complace con la reforma que postula la incapacidad de los indígenas. Quiroz Vega la entiende injusta con la aplicación del principio *ignorantia iuris non excusant*, según el cual «la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento». A su juicio, el indígena desconoce la ley por desconocer el idioma. De allí que implícitamente sugiera la enseñanza de la lengua castellana. Estima conveniente también la existencia de un organismo protector para los naturales.⁵²

Vicente H. Delgado, vocal de la Corte Superior de Loreto, en una misiva del 1 de setiembre de 1923, expresaba sus puntos de vista acerca de la incapacidad relativa de los indígenas que no hablan castellano. Delgado señala:

La mayoría de los indígenas que pueblan sus bosques y que se hallan agrupados en diversas tribus, contratan, no obstante ignorar nuestro idioma, con los hombres civilizados, a quienes prestan sus servicios o dan sus productos, por mercancías de que tienen necesidad para vivir, como sustancias alimenticias, escopetas, pólvora y fulminantes para la caza.⁵³

Afirma el vocal loreetano que el acuerdo de voluntades que se produce entre aborígenes y «el hombre de cultura superior» no solo contribuye al enriquecimiento del departamento y del país, sino que es necesario para el fortalecimiento de los lazos del indígena con el mundo civilizado. Vicente H. Delgado refiere que fue testigo de hechos que lo llevan a concluir en la poca importancia que tiene el idioma castellano, cuando el mejor lenguaje son las necesidades y la conciencia del trabajo:

He visto una vez en un Puerto Meléndez -relata el magistrado-, cerca del Pongo de Manseriche, a unos indios *ahuarunas* ofrecer al representante de la lancha en que me encontraba un bloque de balata, que habían traído desde las cabeceras del río Apaga, después de caminar un día dentro del bosque, en cambio de unas mercaderías que deseaban; (...) también he presenciado cómo dos indios *ahuarunas*, que tampoco hablaban castellano y que se entendían en su propio idioma con un señor Arellano, condujeron a este en canoa al Pongo expresado, con el fin de pasarlo; los indios, según me informaron después en Puerto Meléndez, no pudiendo vencer una de las fuertes corrientes que hay en esa parte del río Marañón, dejaron a Arellano encaramado en uno de los peñascos que se levantan a sus orillas y

⁵² PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926. Respuesta de Francisco Quiroz Vega, p. 52.

⁵³ PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926. Respuesta de Vicente H. Delgado. Iquitos, 1 de setiembre de 1923, p. 92.

regresaron en busca de cuerdas para halar embarcación y salvar el mal paso, y conseguidas aquellas los surcaron de nuevo (...).⁵⁴

Delgado subraya un hecho social: «Los indígenas de las selvas lorentanas, a pesar de no hablar castellano, contratan sus servicios y productos con gentes superiores a ellos».⁵⁵ A partir de ese dato, opina que debe favorecerse esos intercambios económicos y se pregunta si la solución, planteada por la Comisión, de considerar incapaces a los selváticos, aun cuando solo sea relativamente, beneficiaria el aumento de esas transacciones. La respuesta que formula es negativa: «Parece que la circunstancia de ignorar el castellano no fuera suficiente para desconocer la eficacia de dichos actos, ni menos la realidad de ellos, desde que el hecho existe, se repite se repetirá a despecho de todas las taxativas del legislador».⁵⁶

Ante esa comprobación recomienda el vocal Delgado que la incapacidad relativa de los indígenas que no hablan castellano subsista solo para intervenir en los contratos escritos sobre bienes inmuebles. Con respecto a los bienes muebles, casas fungibles de poco valor, y la locación de sus servicios a plazos cortos, el conocimiento del idioma no es gravitante para establecer la incapacidad, «porque -en palabras del letrado- cuando el hambre acosa o el peligro de morir desespera, el lenguaje mudo es más elocuente que el hablado».⁵⁷

Plácido Jiménez cree necesario que sobre los «habitantes de la región de los bosques» la comisión tome como guía en materia de capacidad jurídica el código del Brasil.⁵⁸ En virtud a la incapacidad relativa de los selvícolas estos quedarían sujetos al régimen tutelar establecido en las leyes y reglamentos especiales. Esta situación cesaría en la medida que los nativos se adapten progresivamente a la civilización del país. El término «habitante de la región de los bosques» carece de la precisión que disfruta el término «selvícolas», usada por la legislación brasileña, por lo que recomienda su incorporación en el proyecto, puesto que del otro modo se podría pretender incluir en la incapacidad relativa a los hombres civilizados que habiten en la región selvática.

⁵⁴ PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926. p. 92-93.

⁵⁵ PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926. p. 93.

⁵⁶ PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926. p. 93.

⁵⁷ PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926. p. 93-94.

⁵⁸ PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926.

Colocar bajo el mismo rubro -asevera el profesor sanmarquino- a los indígenas que no hablan castellano y a los habitantes de la región de los bosques, ocasiona tergiversaciones, que conviene evitar. El aborigen de raza quechua y aymara, poblador de nuestra sierra y de nuestra puna, es heredero de una vieja civilización y no puede nivelarse con los salvajes que viven en la montaña, por mucho que quizás necesitan más protección los primeros que los segundos.⁵⁹

Aristides Guillén, abogado ayacuchano, se opone a la incapacidad del indígena por «antidemocrática», puesto que la democracia parte de concebir a todos sus ciudadanos en igualdad de condición, sean o no analfabetos, hablen o no idioma castellano. El no hablar castellano no es razón suficiente para considerarlos de condición inferior. En ese caso, la incapacidad debía extenderse a todos los analfabetos y no solo en forma discriminatoria a los indígenas, de lo contrarios «sería una norma racista pues otras razas que no hablan castellano se afincan en el territorio nacional».⁶⁰

5. Epílogo

Existe una fábula andina, *El pleito del Pukupuku y el Gallo*, de amplia difusión en la región del altiplano peruano-boliviano.⁶¹ El picapleitos (llamado tinterillo en el Perú) está representado por un ratón. El Pukupuku era el ave andina cuya misión consistía en lanzar el primer canto del amanecer -“Pukús, pukús, pukús...”- y dar así la bienvenida al nuevo día. Desde tiempos inmemoriales, sus antepasados cumplían esa tarea. Pero una mañana lo sorprendió un alarido extraño: “¡Cocorocó! ¡Cocorocó! ¡Cocorocó...” ¡Era el gallo venido de España que le disputa al ave andina el derecho de anunciar la llegada del alba. Los días siguientes el canto del gallo se repetía. El Pukupuku decide confrontar al usurpador. Dado que no hay acuerdo deciden llevar el conflicto a un proceso judicial. Como ya se habrá adivinado, el Pukupuku perdió el juicio. El juez no dudo en favorecer al gallo. (PALACIOS RÍOS, 2005, p. 133-136). Los prejuicios raciales y culturales prevalecieron sobre el sentido de justicia. Quizás el juez pudo haber decidido que el gallo y el pajarito andino se turnasen en anunciar el nuevo día.

⁵⁹ PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926. p. 106-107.

⁶⁰ PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926. Respuesta Abogados de Ayacucho, 10 de noviembre de 1923, p. 115.

⁶¹ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *La pluma y la ley: abogados y jueces en la narrativa peruana*. Lima: Fondo editorial de la Universidad de Lima, 2007. p. 77-80. Versión de PALACIOS RÍOS, Julián. Recogida. In: AYALA OLAZÁVAL, José Luis. *Literatura y cultura Aymara*. Lima: Universidad Ricardo Palma, 2005. p. 133-136.

La historia andina recuerda, a su vez, la trágica historia brasileña de la india tupi que en 1594, en medio de un conflicto entre portugueses y franceses, mata a su novio extranjero y lo devora y degusta. La historia que, hacia 1971, llevó al cine Nelson Pereira dos Santos, bajo un título cargado de humor, *Como era gostoso o Meu Francês*, sería objeto de reflexión por Mario Benedetti (1995) en un libro de ensayos, *El ejercicio del criterio*. El escritor uruguayo diseccionaba el filme del cineasta brasileño. Concluía lucidamente que uno de los signos de la cultura de ese país reposaba en la antropofagia cultural, esto es, en el aprovechamiento de la cultura de otros países. La metáfora de la historia descansa en la apropiación de una cultura forastera que (como la ingesta del francés) se convierte en propia. Exactamente el mismo fenómeno de recepción acontece en el plano de la ciencia jurídica. Se toma elementos (normativos, institucionales, principios, prácticas del foro, símbolos, etc.) que pertenecen a una cultura extranjera y la entidad receptora los hace suyos.

Ilustrativo es en este punto citar el *Manifiesto Antropófago* de Oswaldo de Andrade que pertenencia a un grupo literario brasileño que se declararon resueltamente ‘antropófagos culturales’:

Sólo la Antropofagia nos une. Socialmente.
Económicamente. Filosóficamente.
Única ley del mundo. Expresión enmascarada de todos los
individualismos, de todos los colectivismos. De todas las
religiones. De todos los tratados de paz.
Tupi, or not tupi, that is the question.
Contra todas las catequesis. Y contra la madre de los Gracos.
Sólo me interesa lo que no es mío. Ley del hombre. Ley del
antropófago.⁶²

En unos casos hay una decisión consciente, pero en otros casos de recepción operan también otros factores tanto en la creación legislativa como en la interpretación o aplicación. Tobías Barreto, sorprendido ante la aparición de los patines que para el inexperto podía llevarlo a un destino incierto, se aferraba a la idea más tradicional y conocida de la canoa. Ya sea con los patines o ya sea con la canoa, en parte uno va donde uno quiere ir, pero en parte también donde uno no quiere ir. (LOSANO, 2000). Tal parece haber sido el caso de la frustrada recepción de la incapacidad del indio selvático en el Perú.

São Paulo, agosto de 2016.

⁶² ANDRADE, Oswaldo de. Manifiesto Antropófago. *Revista de Antropofagia*, año 1, n. 1, mayo 1928. Véase también TELES, Gilberto Mendonça. *Vanguarda européia e modernismo brasileiro*: apresentação e crítica dos principais manifestos vanguardistas. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: INL, 1976.

Referências

ANDRADE, Oswaldo de. Manifiesto Antropófago. *Revista de Antropofagia*, año 1, n. 1, mayo 1928.

BENEDETTI, Mario. *El ejercicio del criterio*. Madrid: Alfaguara, 1995.

BENVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*: comentado. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1933.

BRASIL. Decreto de 3 de junho de 1833. *Collecção das Leis do Imperio do Brasil de 1833*, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1833. v. 1, pt. 2, p. 83. Disponible en: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18463/collecao_leis_1833_parte2.pdf?sequence=2>.

BRASIL. Decreto n. 143, de 15 de março de 1842, artículo 5º, § 12. *Collecção das Leis do Imperio do Brasil de 1842*, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1843. v. 1, pt. 2, p. 199. Disponible en: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18442/collecao_leis_%201842_parte2.pdf?sequence=6>.

CAPPELLINI, Paolo. Il codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità. In: CAPPELLINI, Paolo; SORDI, Bernardo (Ed.). *Codici: una riflessione di fine millennio: atti dell'Incontro di studio* (Firenze, 26-28 ottobre 2000). Milano: Giuffrè Editore, 2002. v. 61: Per la storia del pensiero giuridico moderno.

CARONI, Pio. *Saggi sulla storia della codificazione*. Milano: Giuffrè Editore, 1998. v. 51: Per la storia del pensiero giuridico moderno.

CLAVERO SALVADOR, Bartolomé. Código como fuente de derecho y desagüe de constitución. In: CAPPELLINI, Paolo; SORDI, Bernardo (Ed.). *Codici: una riflessione di fine millennio: atti dell'Incontro di studio* (Firenze, 26-28 ottobre 2000). Milano: Giuffrè Editore, 2002. v. 61: Per la storia del pensiero giuridico moderno.

DUVE, Thomas. La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserables en el Derecho indiano In: LOSANO, Mario Giuseppe. (Ed.) *Un giudice e due leggi: pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 3-33.

GONZALEZ MANTILLA, Gorki Yuri. La consideración jurídica del indio como persona: el derecho romano, factor de resistencia en el siglo XVI. In: HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro (Comp.). *La tradición clásica en el Perú virreinal*. Lima: Sociedad Peruana de Estudios Clásicos - Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1999.

IHERING, Rudolf von. *Der zweck im recht*. Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopt & Härtel, 1877.

IHERING, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Madrid: Librería Editorial de D. Carlos Bailly-Bailliere, 1891. t. 1.

- IHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946. v. 2.
- IHERING, Rudolf von. *Law as means to an end*. Boston: The Boston Book Company, 1913.
- IHERING, Rudolf von. *Lo scopo nel diritto*. Torino: Giulio Einaudi editore, 1972.
- IHERING, Rudolf. von. *El fin en el derecho*. Granada: Edición de la Editorial Comares, 2011.
- LEWIS, Norman. Genocide. *The Sunday Times Magazine*, London, 23 de febrero de 1969.
- LOSANO, Mario Giuseppe. *Un giurista tropicale*. Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale. Roma–Bari: Editori Laterza, 2000.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 1: Parte geral. Introdução pessoas físicas e jurídicas. p. 318.
- PALACIOS RÍOS, Julián. Recogida. In: AYALA OLAZÁVAL, José Luis. *Literatura y cultura Aymara*. Lima: Universidad Ricardo Palma, 2005. p. 133-136.
- PERÚ. Comisión Reformadora del Código Civil. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*. Lima: Librería Imprenta Gil, 1926.
- PORRAS BARRENECHEA, Raúl (Ed.). *Dos viajeros franceses en el Perú republicano: De Sartiges – Botmiliau*. Vilarejos em El Perú, primera serie, II. Lima: Editorial Cultura Antártica, 1947. p. 43-44.
- POUND, Roscoe. *The formative era of American law*. Boston, Little, Brown Company, 1938.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cultura jurídica, proceso y hombres del foro*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 2014.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del derecho civil peruano: siglos XIX y XX*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. Tomo 4: Legislación, abogados y exégetas.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del derecho civil peruano: siglos XIX y XX*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006. Tomo 5: Los signos del cambio. v. 2: Las instituciones. p. 209-273.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del derecho civil peruano: siglos XIX y XX*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011. Tomo 6: El Código de 1936. v. 3: El bosque institucional.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *La pluma y la ley: abogados y jueces en la narrativa peruana*. Lima: Fondo editorial de la Universidad de Lima, 2007.
- SARTIGES, Étienne Gilbert Eugène; BOTMILIAU, René Louis Marie Adolphe; PORRAS BARRENECHEA, Raúl (Ed.). *Dos viajeros franceses en el Perú republicano*. Primera serie, II. Lima: Editorial Cultura Antártica, 1947.
- TELES, Gilberto Mendonça. *Vanguarda européia e modernismo brasileiro: apresentação e crítica dos principais manifestos vanguardistas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: INL, 1976.