

DERECHO COMÚN Y DERECHO INDIANO EN EL REINO DE CHILE*

Javier BARRIENTOS GRANDÓN

1. Planteamiento

Al momento del descubrimiento de América, campeaba en Castilla, casi sin competidor el *ius commune*, pues los juristas, a pesar de la ley I de Toro, que agotaba el cuadro de fuentes con el referimiento al legislador, tendieron a aceptar la posibilidad de recurrir a los derechos romano y canónico en subsidio del derecho real. En el caso del derecho romano, esta aplicación supletoria se efectuaba *non ratione imperii, sed imperio rationis*, argumento *pro ratione* en el que había influido la tradición jurídica hispana consignada en el *Liber Iudicum*, la propia ley taurinesa y el pensamiento humanista.¹

De tal manera, descubiertas las Indias e incorporadas a la corona de Castilla, no resulta extraño que junto a los conquistadores haya pasado a ellas esta misma concepción, y aún más cuando se hizo aplicable el orden de prelación de las Leyes de Toro, y así lo reconocía el oidor de la real audiencia de Santiago Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737) en sus *Commentaria in libros Recopilationis indiarum*.²

Las relaciones entre el *ius commune* y el derecho indiano deben ser estudiados, no sólo en una perspectiva teórica, sino que fundamentalmente práctica y para ellos las líneas fundamentales deben dirigirse, entre otros, a los siguientes

* Este estudio se realiza en el marco del proyecto de investigación patrocinado por FONDECYT, 1992.

¹ Vide GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, La fijación del derecho, Valparaíso, 1977, y del mismo: Las nociones de derecho común y derecho propio en Indias, en prólogo a BRAVO LIRA, BERNARDINO, Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo, Santiago, 1988.

² DEL CORRAL, JUAN, *Commentaria in libros Recopilationis indiarum*, lib. 2, tít. 1, parr. 45, Matriti, 1756, t. 3-4, p. 23.

aspectos: a) la enseñanza del derecho en Indias; b) la literatura jurídica india; c) el contenido de las librerías de magistrados y letrados; y d) la praxis judicial. Este trabajo intenta esbozar algunas ideas básicas en torno a estos temas, con especial referencia al reino de Chile en los siglos XVII y XVIII, y más que definir o describir pretende sugerir un vasto campo abierto a la investigación.

2. Desarrollo del derecho común

El nacimiento del *ius commune* está unido al nombre de Irnerio y a la universidad de Bolonia, con quien aparece el estudio y enseñanza científica del *Corpus Iuris Civilis*, que se tradujo en la llamada escuela de los glosadores que perduró hasta el siglo XIII. Según Hugucio de Pisa, glosador canonista de la segunda mitad del siglo XIII, *glossa est expositio sententiae et ipsius literae, quae non solum sententiam, sed etiam verba attendit*.³ La obra epigonal de esta escuela fue la glossa ordinaria o magna glossa de Accursio (c1181-c1263) que reunió y seleccionó todo el material de las glosas anteriores al *Corpus* en un trabajo perpetuo.

En forma paralela al estudio del derecho civil por los glosadores se desarrolló el del derecho canónico, efectuado sobre la *Concordia discordantium canonum* del monje Graciano, elaborada entre el 1140 y el 1142, conocida simplemente como *Decretum Gratiani*, cuya glossa ordinaria fue realizada por Bartolomé de Brescia sobre la base de un trabajo anterior de Juan Teutónico.

A principios del siglo XIV se produjo una renovación de la ciencia jurídica medieval, por obra principalmente de dos juristas franceses: Jacobus de Ravanio y Petrus Bellapertica, quienes aplicaron el método dialéctico de la escolástica al estudio de los textos justinianos. Cino de Pistoia (1270-c1336), discípulo en Orleans de Bellapertica y que había conocido a Ravanio, introdujo en Italia esta nueva manera de trabajo, cuyo método, según el mismo, consistía: *circa cuius lecturam tenebo hunc ordinem: quia primo dividam, secundum ponam casum, tertio colligam, quarto opponam, quinto quaeram*,⁴ y que alcanzó prontamente la pri-

³ Cit. por CALASSO, FRANCESCO, *Medio Evo del Diritto. I Le fonti*, Milano, 1954, p. 529.

⁴ *Ibidem*, p. 571.

macía en los estudios jurídicos italianos, por lo que se le llamó *mos italicus*, difundiéndose por toda Europa, llamándosele con posterioridad a este nuevo método bartolismo, por uno de sus más grandes representantes, Bartolo de Sassoferrato (1314-1357).

El *mos italicus* fue adoptado también por los canonistas, que ahora trabajarán sobre las colecciones, que tiempo después se editarían bajo el nombre de *Corpus Iuris Canonici*. Los principales comentaristas del derecho canónico fueron Juan Andrés (1270-c1348) y Nicolás de Tedeschi (+1453).

El bartolismo fue el método indiscutido en toda Europa hasta finales del siglo XV, época en la que se inicia su crítica por parte de la literatura del humanismo jurídico y, algo después, comienza a recibir el influjo de la teología neotomista española de la llamada escuela del derecho natural. A pesar de esto, el *ius commune* perduró en los siglos XVI, XVII y XVIII, con nuevas direcciones en la literatura jurídica.

A partir del siglo XV, se observa que el derecho común del *mos italicus*, tiende a hacerse más práctico, lo que se aprecia en los géneros jurídicos-literarios que cultivan los autores. Un esbozo de sistematización de esta literatura de derecho común entre los siglos XVI a XVIII es el siguiente:

a) Comentarios a las fuentes romanas: los comentarios a las distintas partes del *Corpus Iuris Civilis* se encontraban en una clara decadencia en el siglo XVI, aunque algunos juristas continuaron produciéndolos, v.gr. Antonio Pérez (1583-1673) autor de *Praelectionis in duodecim libros Codicis Iustiniani imperatoris*; Antonio Pichardo Vinuesa (1565-1631) autor de unos *Commentariorum in quatuor Institutionum Iustinianearum libros*; y Juan Suárez de Mendoza (16?-1681) a quien se deben unos *Commentarii ad Legem Aquiliam*.

b) Colecciones de consilia: esta literatura, que procedía de los comentaristas, se destinaba a reunir respuestas a problemas jurídicos que se planteaban a algún jurista y alcanzó gran difusión. Algunos consiliaristas fueron: Alfonso de Azevedo (1518-1598) y sus *Consilia tam doctissimi quam vigilantissimi*; Jacobo Menochio (1532-1607) y sus *Consiliorum sive responsorum iuris*; Próspero Farinacio (1544-1618) y sus *Consilia sive responsa*, etc.

c) Colecciones de decisiones y alegaciones: se trata de obras que reproducen sentencias de jueces, tribunales o abogados o alegatos fiscales, tanto civiles como canónicos. De entre los civiles se pueden mencionar a título ejemplar a Mateo de Afflictis (1443-1523) y sus *Decisiones Scri Regii Consilii Neapolitani*; Juan Pedro Fontanella (1576-1680) y sus *Sacri regii senatus Cathaloniae*; Juan Bautista Larrea (159?-1645) y sus *Allegationum fiscalium*. Entre los canonistas pueden citarse a Jacobo Puteus (14?-1453) y sus *Decisiones Rotae Romanae*; Francisco Peña (1540-1612) y sus *Decisiones Sacrae Romanae Rotae*; y a Juan Bautista de Luca (1617-1683) y sus *Sacrae Rotae Romanae decisiones*.

d) Controversias y cuestiones disputadas; entre otros, se pueden mencionar a Fernando Vásquez de Menchaca (1512-1569) y sus *Controversiarum usu frequentum libri II*; Julio Caponius (1612-1673) y sus *Controversiae forenses utriusque iuris et fori*; Antonio Merenda (1578-1655) y sus *Controversiae iuris*; y Jerónimo Fernández de Otero (15?-1635) y sus *Diversarum iuris quaestionum*.

e) Tratadistas: desde el siglo XV se desarrolla un tipo de obras de carácter monográfico, que aborda tanto materias civiles como canónicas y que resumen la evolución del *ius commune* desde la época de la glosa y que fueron ampliamente difundidos y citados por los autores, entre cuyos exponentes se encuentran: Andrés Tiraquellus (1488-1558) y sus *Tractatus varii*; Jaime Antonio Marta (1559-1623) y su *Tractatus de iurisdictione*; Juan Gutiérrez (1530-1618) y sus *Tractatus de iuramento confirmatorio* y *Tractatus de tutelis*; Gabriel Pereyra de Castro y su *Tractatus de minoribus*; Alfonso de Olea (16?-1685) y su *Tractatus de cessione iurium et actionum*. Entre los canonistas destacan Agustín Barbosa (1590-1649) y sus *Tractatus varii*; Esteban de Avila (1549-1601) y su *De censuris ecclesiasticis tractatus*; Tomás Sánchez (1550-1610) y sus *Diputationum de Sancto Marimonii Sacramento*.

f) Literatura jurídica práctica: también a partir del siglo XVI se comienzan a producir obras de carácter práctico que se encontraban enraizadas en el *mos italicus*. Entre otras, de Gonzalo Suárez de Paz (15?-1590) la *Praxis ecclesiastica et saecularis*; de Julio Claro (1525-1575) la *Practica civilis et criminalis*; de Luis de Peguera (15?-1607) la *Praxis criminalis et civilis*, etc.

g) Comentaristas del derecho real: en España y Francia alcanzó gran desarrollo una literatura jurídica que estudiaba el derecho territorial desde la perspectiva del derecho común y así junto a cada cuerpo de legislación surgió una literatura

adventicia que los comentaba y explicaba a la manera del *ius commune*. En el caso de España son de sobra conocidos los nombres de Cristóbal de Paz (XVI-XVII); Gregorio López (1496-1560); Antonio Gómez (1501-1562/1572); Alfonso de Azevedo (1518-1598); Diego Pérez de Salamanca (XVI); Alfonso de Narbona (1564-1611), etc. En el caso de Francia destaca Pedro Rebuffe (XVI-XVII) y sus *Tomis tres commentariorum in Constitutiones seu Ordinationes Regias Gallicas*.

Estos géneros jurídicos -literarios de los siglos XVI a XVIII fueron cultivados por juristas de derecho común de toda Europa y sus obras circularon profusamente en el viejo continente. Quizá el elemento que da unidad a estos trabajos sea el recurso de sus autores a la *communis opinio*, máxima expresión del bartolismo y que precisamente sería uno de los flancos contra el cual se dirigiría la crítica del humanismo jurídico y de la literatura de cuño ilustrado del siglo XVIII.

El humanismo renacentista tuvo su expresión en el derecho a través del humanismo jurídico, que por su trascendencia y difusión en Francia fue denominado *mos gallicus*, en clara oposición al *mos italicus*. La contribución del humanismo consistió en considerar al derecho romano justiniano como una fuente de estudio histórico que debía ser comprendida en su contexto con auxilio de la historia, la filología y la literatura, de allí que atacaran al bartolismo, al que acusaban de haber confundido aún más el derecho clásico romano con un alud de glosas y comentarios.

En Italia, cuna del humanismo renacentista, destacaron en el campo jurídico Angelo Policiano (1454-1494) y Andrés Alciato (1492-1550), sin embargo, no alcanzó gran desarrollo y continuó dominando el método tradicional del bartolismo a través de los trabajos jurídicos de carácter más prácticos ya analizados.

Fue en Francia donde el nuevo método encontró su mejor acogida y donde floreció. Entre sus principales exponentes destacan Guillermo Budaeus (1467-1540), Francois Baron (1495-1550), Francois Connanus (1508-1551), Franciscus Duarenus (1509-1559), Franciscus Balduinus (1520-1573), Franciscus Hotomanus (1524-1590), Hugo Donellus (1527-1591), Dionisio Gothfredus (1549-1622) y Jacobo Cuiacius (1522 -1590). La recepción del humanismo en Holanda dio origen a una escuela llamada de jurisprudencia elegante, cuyos principales au-

tores fueron Matías Wesembecius (1531-1586), Arnaldo Vinnius (1588-1657), Ioannes Heineccius (1681-1741), y Hugo Grotius (1583-1645).

En España el humanismo jurídico no tuvo la trascendencia que en Francia, pero contó con algunos representantes, como Aelius Antonius de Nebrija (1444-1522), Francisco Amaya (c1580-c1640) y Francisco Ramos del Manzano (1604-1683). Pero además influyó en otros juristas como Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569) y Diego de Covarrubias (1512-1577).⁵

Junto al humanismo jurídico, influyó a partir del siglo XVI en el derecho común, la escuela española del derecho natural, cultivada principalmente por los teólogos juristas de Salamanca. Baste citar los nombres de Francisco de Vitoria (+1546), Domingo de Soto (+1560), Melchor Cano (+1560), Luis de Molina (+1600), Francisco Suárez (+1617), Leonardo Lessius (1554-1623). Esta escuela influyó notablemente en el desarrollo del derecho de gentes y en la escuela del derecho natural racionalista, pero además en el derecho privado, a través de la formación de conceptos fundamentales, según el profesor Coing, como por ejemplo la definición de propiedad, en la definición del *ius in re* en oposición al *ius ad rem*.⁶

En el siglo XVIII, declina la literatura jurídica del *ius commune* y se introduce una jurisprudencia ilustrada, que se caracteriza por la crítica al derecho vigente y por ende al derecho común; por el auge de los derechos patrios o nacionales y por la edición de obras jurídicas de carácter práctico.

Entre los prácticos del siglo XVIII se pueden mencionar a José Bermúdez Febrero (1732-1790) y su Librería de escribanos; Manuel Silvestre Martínez y su Librería de jueces, Francisco Antonio de Elizondo y su Práctica universal forense; Eugenio de Tapia (1776-1860) y sus Febrero novísimo, Manual de práctica forense y Manual de los juicios de inventario y partición de herencias.

La crítica del derecho vigente está representada, entre otros, por Ludovico Antonio Muratori (1672-1754) y su *Dei difetti della Giurisprudenza* (Venecia,

⁵ Falta de estudio sobre la influencia del humanismo jurídico en España.

⁶ COING, HELMUT, La contribución de las naciones europeas al derecho común, en España y Europa un pasado jurídico común. Actas del primer Simposio Internacional del instituto de Derecho Común, Murcia, 1986, p. 57.

1742); Luis Antonio Verney, el Barbadiño (1713-1792) y su Verdadeiro método de estudiar para ser útil á República e a Igreja (Valencia, 1746); Pablo de Mora y Jaraba (1716-1748) y su Tratado de derecho civil. Los errores del derecho civil y los abusos de los jurisperitos (Madrid, 1748); y Juan Francisco de Castro (1731-1790) y sus Discursos críticos de las leyes y sus intérpretes (Madrid, 1765).

El auge de los derechos nacionales se evidencia en la publicación de los libros de instituciones de derecho patrio, por ejemplo, Ignacio Jordán de Asso (1712-1804) e Ignacio de Manuel Rodríguez, publican en 1771 sus Instituciones de derecho real de Castilla; Pascual José Mello Freire (1738-1798) y sus *Institutiones iuris civilis Lusitani*, editadas en Lisboa en 1789; Juan Sala y Bañuls (1731-1806) y su Ilustración al derecho real de España, aparecida en 1803, etc.

Tanto la crítica dieciochesca al derecho vigente, como el auge de los derechos patrios, sumados a la influencia del humanismo jurídico y del iusnaturalismo racionalista, contribuyeron a crear las bases del movimiento codificador, que desde finales del siglo XVIII vino a substituir al antiguo *ius commune*.⁷

3. Derecho indiano y *ius commune*

Los elementos formativos del derecho indiano fueron el derecho castellano, los derechos indígenas y el derecho específico para las Indias o derecho municipal, que se articulan sobre la base de conceptos propios del derecho común, precisamente a través de la dualidad *ius proprium* - *ius commune*.

En América, la vigencia del derecho castellano era subsidiaria del derecho propiamente indiano y de los derechos indígenas, en cuanto se lo consideraba derecho común y primaban sobre él los dos restantes, por ser cada uno *ius proprium*, el municipal, en cuanto una especie de derecho local de las Indias, y el indígena en cuanto un derecho o fuero personal.

⁷ Para una visión del desarrollo del derecho común vide KOSCHAKER, PAUL, Europa und das römische Recht, München, 1947, CALASSO, FRANCESCO, Introduzione al Diritto Comune, Milano, 1951, y obra cit (n. 3), COING, Helmut, Die europäische privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als ein heiliger Forschungsgebiet, en *Jus commune*, 1, 1967, pp. 1-33, y del mismo Handbuch der Quellen und literatur der neueren europäischen privatrechtsgeschichte, München, 1973 (en curso de publicación).

El derecho castellano se aplicaba subsidiariamente en Indias conforme al orden de prelación contenido en la Ley I de las de Toro de 1505, que habían privado de toda vigencia legal al derecho romano y a sus doctores. Sin embargo, tanto en Castilla como en América los juristas admitirán que se recurra a él a falta del derecho vigente, mas no con carácter y fuerza legal sino como razón y autoridad de sabios. Es lo que enseña el oidor Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737) en sus *Commentaria in Legum Indicarum*, donde escribe que a falta de derecho real se debe acudir: al derecho civil, pues aunque las leyes civiles, tanto las de los jurisconsultos como las de los emperadores, no tengan fuerza de ley entre nosotros... sin embargo, debe usarse de dichas leyes en cuanto razón natural, si se fundan en ella⁸ y agrega por último que debía fallarse según las opiniones de los doctores o Glosa de Leyes.⁹ En esta misma línea el jurista Fernando de Messa (s. XVIII) explicaba que se recurría al derecho romano no sólo cuando era origen o consecuencia inmediata del derecho real, sino que también en falta de éste nos acogemos a aquél como a razón natural, ayudados de la cual extendemos nuestro derecho o le suplimos.¹⁰

Así pues, según esta concepción, la consideración *pro ratione* del derecho romano fue la que abrió la puerta a la invocación del *ius commune* en el derecho indiano. Pero además de esta construcción teórica, se debe considerar la influencia del derecho común en el indiano ejercida a través de la enseñanza del derecho, de la literatura jurídica indiana, de las librerías de los letrados y de su aplicación en juicio, puesto que en definitiva lo que interesaba al momento de llevar a la práctica el derecho, no sólo era su formulación legal o consuetudinaria, sino el marco conceptual en el cual se encontraban inmersos tanto los jueces como los abogados, quienes precisamente daban vida a este derecho indiano.

8 Vide (n. 2).

9 Ibidem.

10 MESSA, FERNANDO DE, *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano en España*, Valencia, 1747.

4. Derecho común y enseñanza del derecho en Indias

Durante la Edad Media y gran parte de la época Moderna, es bien sabido, que el derecho nacional estuvo al margen de la enseñanza universitaria, pues en las facultades únicamente se enseñó *ius commune*, vale decir, el derecho romano a la luz de sus principales glosadores y comentaristas y el derecho canónico en sus principales colecciones y según sus más lucidos expositores.

Esta tradición pasó a América y en las universidades que se establecieron en el Nuevo Mundo sólo se estudió y enseñó derecho romano -canónico, así, por ejemplo en la de San Marcos de Lima los maestros ponían el caso del texto en latín y después iban apostillando y sacando conclusiones del texto, acompañados de la lectura de las glosas ordinarias de Acursio o de Bartolomeus Brixien-sis.

En el reino de Chile la enseñanza nació en las universidades conventuales dirigidas por el Convento de Predicadores y por los Jesuitas en el siglo XVII, pero en ellas no se enseñaba derecho. Sólo por una real cédula de 28 de julio de 1738 se creó la Real Universidad de San Felipe, que contaba con una facultad de Cánones y Leyes provista de cuatro cátedras: Instituta, Prima de Leyes, Prima de Cánones y Decreto. El contenido de los estudios de cada una de ellas fue fijado por el rector José Valeriano de Ahumada por auto del 23 de mayo de 1759 y en él se prescribía que la materia de la cátedra de Instituta se tomaría precisamente de las instituciones de Justiniano, explicadas probablemente por el *Vinnius castigatus*, que corría en la mayoría de las bibliotecas de la época; la de Prima de Leyes se destinaría al estudio del *Infortiatum*, explicado a la luz de las glosas y comentarios; la de Prima de Cánones se dedicaría al análisis del *Liber Decretalium*, que seguramente fue enseñado por los *Commentaria Decretalium* del canonista italiano Próspero Fagnanus (1558-1678) y por las *Institutionum canonicarum* del también italiano Julio Lorenzo Selvaggio (1728-1772), se recurría también a las obras de Anacleto Reiffenstuel (1642-1703), Bernardo Van Spen (1646-1728) y Pedro Murillo Velarde (1696-1743), aunque esto último varió luego de la expulsión de los jesuitas y de la proscripción de sus obras; finalmente la cátedra de *Decretum*, como lo indica su nombre se destinaba a la enseñanza del Decreto de Graciano y de su glossa ordinaria.

El grado de bachiller en leyes lo confería la Universidad al pretendiente que hubiera aprobado los cinco exámenes sobre la instituta, que hubiere cumplido con las pruebas de cada curso y que hubiere rendido un examen final que consistía en la defensa de 33 quaestiones sacadas de las Decretales. Para obtener los grados de licenciado o de doctor se requerían cursar otros cinco años, aprobar un examen final y presentar y defender una tesis de la elección del candidato.

Dentro del movimiento ilustrado propio del siglo XVIII, uno de sus más típicos representantes en Chile, el fiscal de la real audiencia Ambrosio Zerdán y Pontero, obtuvo la creación de la Academia Carolina de Leyes Reales y Práctica Forense, por real cédula de 24 de octubre de 1779. Con ello el derecho real quedaba incorporado a los estudios jurídicos, aunque aún fuera de la Universidad, puesto que los bachilleres que deseaban optar a ser recibidos como abogados por la audiencia, debían previamente haber sido académicos por tres años de la de Práctica Forense, y según la constitución 17 de la corporación el pretendiente a académico debía picar puntos en la Instituta de Justiniano y componer un discurso latino sobre ellos en el término de ocho días.

Los académicos debían concurrir a dos sesiones por semana, una destinada al estudio de las leyes reales y la otra a la práctica forense. En la primera de ellas se debían estudiar las Siete Partidas y la Nueva Recopilación, según lo mandaba la constitución número 79, que prescribía: En la día de Junta en que corresponda ejercicio de la ley real, de las Siete Partidas o de la Nueva Recopilación de Castilla... se empezará inmediatamente el ejercicio, que deberá hacerse inviolablemente en semejante día por el académico a quien toque por turno, leyendo un discurso o disertación por espacio de media hora, escrita en el idioma castellano.¹¹ No obstante el contenido de esta junta, se mandaba por las Constituciones de la Academia que a ella: Todos los académicos deberían ir prevenidos con Leyes del Derecho Real, y en defecto de éstas se podrá argüir con principios de Derecho Canónico y Civil de los Romanos.¹² Con lo cual nuevamente se ve consagrado en el caso del reino de Chile la presencia subsidiaria del Derecho Romano.

¹¹ Cit. BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER y RODRÍGUEZ TORRES, JAVIER, La biblioteca jurídica antigua de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, XIV, Valparaíso, 1991.

¹² *Ibidem*.

La junta dedicada a práctica forense se destinaba a resolver casos prácticos, lo que se efectuaba por medio de pleitos simulados ante tribunal real o eclesiástico, y para sus explicaciones se utilizaban obras tales como la *Praxis ecclesiastica et saecularis* de Gonzalo Suárez de Paz (15?-1590) y la *Curia Philipica* de Juan de Hevia Bolaños (c1570-1623), las que se encontraban en la biblioteca de la Academia.¹³

En suma, la enseñanza del Derecho Romano y del Derecho Canónico en el reino de Chile se centró en la Universidad de San Felipe, siguiendo el modelo del *mos italicus*; y la enseñanza del Derecho Real, a partir de 1779 quedó entregada a la Academia de Leyes Reales y Práctica Forense, donde se empleaban también obras de derecho común y donde se permitía razonar con principios de derecho romano, a falta del real.

Supuesto lo anterior, los bachilleres y letrados que se formaron en el reino de Chile y que se recibieron como abogados ante la real audiencia, se encontraban inmersos en el marco conceptual del *ius commune*, lo que explicará la frecuencia con que recurrirán a los autores de derecho común en su ejercicio profesional.

5. La literatura jurídica indiana y el *ius commune*

Una de las fuentes del derecho indiano, fue la jurisprudencia doctrinal o teórica, generada por las obras de diversos juristas que se ocuparon de materias relativas al Nuevo Mundo y que floreció durante el curso del siglo XVII, con autores de la talla de Juan de Solórzano Pereyra (1575-1655), Antonio de León Pinelo (1592?-1660) o Gaspar de Escalona y Agüero (c1590-1650).

Las relaciones entre el *ius commune* y la literatura jurídica indiana pueden analizarse, a lo menos, desde dos perspectivas: el método y contenido de las obras, y la base doctrinal que sustenta el tratamiento de las materias estudiadas.

¹³ Ibidem.

a) Método y contenido de las obras: para abordar esta cuestión resulta imprescindible el estudio detallado de cada jurista indiano y de sus producciones, como asimismo del análisis en perspectiva histórica que permita distinguir las eventuales influencias en ellas, tales como las de la teología moral española o las del humanismo jurídico. Como es este un tema arduo y complejo sólo me limitaré a efectuar algunas apreciaciones de carácter general.

Los inicios de la literatura jurídica indiana están ligados a las polémicas de Indias o de los justos títulos, donde intervendrán destacados juristas castellanos y teólogos salmantinos y complutenses, y durante el curso de ellas se producirá un enfrentamiento entre el *ius commune* romano-canónico y el derecho natural. Por ejemplo, Juan López de Palacios Rubios (c1447-1524) en su obra *De las Islas del mar Océano*, escrita en 1512, se nos muestra como un típico jurista del *mos italicus*, por su método, forma de razonar y por el contenido de sus argumentos, v.gr. defiende la potestad espiritual y temporal del papa sobre toda criatura, incluso con poder para deponer a los reyes y privarlos de sus dominios, materia en la que recurre a las autoridades de Inocencio IV y el Hostiense, ambos canonistas de la primera mitad del siglo XIII. Estas ideas de Palacios Rubios se concretarán en el famoso Requerimiento, que es un ejemplo de derecho común. Sin embargo, en este punto se advierte una primera y gran influencia del derecho natural de la escuela española, y que es de sobra conocida, a través de las obras de Matías de Paz, Domingo de Soto y, sobre todo, Francisco de Vitoria.

Así pues, casi contemporáneamente a la crítica de fondo dirigida por los humanistas contra el bartolismo en Europa, se producirá en las Indias una crítica concreta de la escuela española del derecho natural a propósito del poder temporal del emperador y del dominio de los reyes sobre las tierras y naturales del Nuevo Mundo, lo que retornó al viejo continente e influyó en aspectos relativos a la doctrina política de los autores iusracionalistas como Grocio.

El método expositivo de la mayoría de los juristas indianos es marcadamente bartolista, sobre todo en los siglos XVI y XVII, así Francisco de Alfaro (XVI-XVII) en su conocido *Tractatus de officio fiscalis* (Madrid, 1639) tratará el oficio de fiscal y los privilegios del fisco, simplemente comentando el real título en virtud del cual se lo designaba fiscal de la audiencia de Charcas.

En líneas generales, la literatura jurídica indiana de los siglos XVI, XVII y principios del XVIII, vino a constituirse en una nueva manifestación del derecho común, que en el cuadro general, descrito en el párrafo 2 de este estudio, se inscribe dentro de los tratadistas o de los comentaristas de derecho real. Destacan así: Gaspar de Escalona y Agüero (c1590-1659) y su *Arcae Limensis, Gazophilacium Regium Perubicum*; Gabriel Alvarez de Velazco (15?-1658) y su *Tractatus de privilegiis pauperorum*; Antonio de León Pinelo (1592?-1660) y su Tratado de confirmaciones reales; Francisco Carrasco del Saz (XVI-XVII) y su *In aliquas leges Recopilationis*, etc.

En cuanto a la recepción del *ius commune* en la literatura jurídica indiana y a la aplicación de conceptos de éste a las nuevas realidades americanas, baste citar, la asimilación que se realiza de los indios a la categoría de *misserabilis personae* o menesterosos, con todas las consecuencias jurídicas derivadas de ello.

b) Base doctrinal de la literatura jurídica indiana: la sola lectura de cualquier jurista indiano nos enfrenta de inmediato con un cúmulo de citas de autoridades, las más de *ius commune*, desde glosadores hasta tratadistas o decisionistas de los siglos XVI y XVII, lo que se explica por la formación universitaria de estos juristas que los había marcado indeleblemente.

La anterior fue una tendencia general, que se puede observar en juristas del siglo XVII como Juan de Solórzano Pereyra (1575-1655) sobre quien existe un reciente trabajo de la doctora Ana María Barrero al que remito al lector,¹⁴ e incluso en otros de carácter más prácticos como Prudencio Antonio de Palacios (1682-1753) o José Lebrón y Cuervo (+c1793) en sus Notas a la Recopilación de Indias, que han sido editadas y cuidadosamente trabajadas por las doctoras Concepción García Gallo Peñuela¹⁵ y Beatriz Bernal.¹⁶

A manera ejemplar, citaré algunos de los autores que aparecen mencionados en la obra del oidor de la real audiencia de Chile Gaspar de Escalona y Agüe-

14 BARRERO GARCÍA, ANA MARÍA, La literatura jurídica del barroco en la Política Indiana, en RCHHD., 15, Santiago, 1992.

15 GARCÍA GALLO, CONCEPCIÓN, José Cebión y Cuervo. Notas a la Recopilación de Leyes de Indias. Estudio, edición e índices, AHDE, Madrid, 1970.

16 BERNAL, BEATRIZ, Prudencio Antonio de Palacios. Notas a la Recopilación de Leyes de Indias. Estudio, edición e índices, México, 1979.

ro (c1590 - 1650), quien fue natural del Nuevo Mundo y estudió en la Universidad de San Marcos de Lima, sin que jamás haya viajado a la península, lo que permite comprobar hasta qué punto la literatura jurídica del *ius commune* se había hecho fuerte en América. Las obras de Escalona que he revisado son el *Gazophilacium*, y su Tratado de las apelaciones al superior gobierno, que se encuentran manuscrito en el Archivo Nacional de Chile.¹⁷

De entre los glosadores, recurre a la *Glossa ordinaria* de Accursio (c1182-c1260) a la *Summa Codicis* de Azo de Bolonia (11?-1230); de entre los comentaristas, a Bartolo de Sassoferrato (1314-1357), Baldo de Ubaldis (1327-1400), Juan Andrés (+1348), Nicolás Tudeschis (+1445), Jasón del Mayno (1435-1519), Juan de Imola (+1436), Lucas de Penne (1343-1382).

Está ampliamente representada en sus obras la literatura del *ius commune* posterior al 1500. De entre los consiliaristas cita a Alfonso de Azevedo (1518-1598), Tiberio Deciano (1509-1582), Jacobo Menochio (1532-1607), etc. Recurre también a decisionistas como Mateo de Afflictis (1443-1523), Juan Pedro Fontanella (1576-1680), Próspero Farinacio (1544-1618); igualmente a alegacionistas como Juan Bautista Larrea (159?-1645); a autores de controversias como Fernando Vásquez de Menchaca (1512-1569), Jerónimo de Zevallos (1560-c1623); a tratadistas como Pedro Gregorio Tolosano (1540-1599), Francisco Muñoz de Escobar (15?-163?); a prácticos como Blas Flores Díez de Mena (s. XVI); y a comentaristas de legislación real, como al francés Pedro Rebuffe (s. XVI-XVII), y a los españoles Gregorio López (1496-1560), Antonio Gómez (1501-1562/1572), Alfonso de Azevedo (1518-1598), Diego Pérez de Salamanca, etc. Por último cita también a juristas indios como Francisco Alfaro (s. XVI-XVII) y Juan de Solórzano (1575-1655).

Se observa también cierta influencia humanista en algunas de sus citas, así de los italianos invoca a Andrés Alciato (1492-1550), de los franceses a Hugo Donegillus (1527-1591), Franciscus Duarenus (1509-1559), de los españoles a Francisco Amaya (c1580-c1640), finalmente acude también a Jacobo Cuiacius (1522-1590).

Este sucinto panorama de la literatura jurídica indiana, permite formarse una pequeña idea del vasto campo que queda por investigar en lo tocante al influjo del derecho común y de otras tendencias jurídicas, en la jurisprudencia doctrinal indiana.

¹⁷ ANCH.F. Antiguo, vol. 3 pza. 5.

6. Las librerías de magistrados y el *ius commune*

Una de las fuentes de mayor riqueza para el conocimiento de la difusión de la cultura jurídico-literaria en indias la constituyen los inventarios de las librerías de los ministros de las audiencias y de los letrados indianos, pues ellas nos permiten adentrarnos en los autores y obras de uso común, que los ministros y abogados tenían a la mano para el ejercicio de sus plazas o el desempeño de su profesión.

De las diversas bibliotecas indianas, cuyos inventarios se conocen, destaca la gran cantidad de obras de derecho común presentes en ellas. En este apartado ofreceré una muestra de las obras existentes en las librerías de 15 ministros de la audiencia de Santiago de Chile, que en su conjunto alcanzan a más de 2.300 volúmenes. Estas bibliotecas son las siguientes: oidores Gaspar de Narváez y Valdelomar (1556-1632); Sancho García de Salazar (c1630-1688); Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737); Juan Próspero de Solís Vango (1690-1743); Juan Bautista Verdugo (1704-1779); Domingo Martínez de Aldunate (1707-1778); José Clemente Traslaviña y Oyagüe (1714-1780); Luis de Santa Cruz y Zenteno (1716-1784) y Juan Hipólito Suárez Trespalcacios y Escandón (1744-1788); del oidor honorario Francisco Ruiz de Berecedo (1674-1752); del regente Francisco Antonio Moreno y Escandón (1736-1792); de los fiscales Pablo Vásquez de Velasco (1655-1720) y Martín Gregorio de Jáuregui y Ollo (1690-1749); y datos parciales de las librerías del fiscal José Perfecto Salas (1714-1778) y del oidor Francisco Tadeo Díez de Medina (1738-1803).



A. Fuentes:

1. Derecho Romano: en todas las librerías se encontraban diversas ediciones del *Corpus Iuris Civilis* o de algunas de sus partes.

2. Derecho Canónico: en la mayoría de las bibliotecas aparece el *Corpus Iuris Canonici* y su glosa, además ediciones latinas y castellanas del Concilio de Trento; en dos de ellas el Concilio Iliberitano (Traslaviña y Verdugo); en la

de Verdugo el Bulario Romano de Angel María Querubini; en la de Aldunate el *Concilium Limensi celebratum anno 1583*; en esta misma y en la de Suárez los Sinodales de Chile, y en la de Moreno y Escandón, los Sinodales de Caracas.

3. Derecho Real: prácticamente en todas las librerías se encuentran las Siete Partidas y su glosa gregoriana, las Ordenanzas reales de Castilla, la Nueva Recopilación y la de Indias; y en las de finales del siglo XVIII, la legislación reformadora borbónica, a saber, Reglamento de libre comercio; Ordenanzas militares; Ordenanzas de Intendentes; Instrucción de Regentes; Ordenanzas de Bilbao.

B. Derecho Común Anterior al 1500:

1. Glosadores: además de las ediciones del *Corpus Iuris Civilis* y *Canonici* glosadas, sólo aparecen dos glosadores, uno civilista Azo de Bolonia (c1160-1230) y su *Summa Codicis*, en dos de las librerías más antiguas, las de Narváez y del Corral; y un canonista Sinibaldo de Fieschi (12?-1254), luego papa Inocencio IV, en la biblioteca más antigua, que es la de Narváez. Este hecho reafirma, por una parte, que estos primeros glosadores ya habían caído en desuso en el siglo XVII, y por otra, que su labor sólo se valoraba en la medida en que aparecieran en la glossa ordinaria, que sí estaba presente en estas bibliotecas.

2. Comentaristas: al igual que con los glosadores, las obras de los comentaristas aparecen en las librerías más antiguas, las de Narváez, García de Salazar y Corral, con la sola excepción de Bartolo que se encontraba en la de Martínez de Aldunate. Aparecen así el ya referido Baldo de Ubaldis (1327-1400); Bartolo de Sassoferrato (1314-1357); Paulo de Castro (13? -c1441); Lucas de Penne (1343-1382); Nicolás de Tudeschis (13?-1435) y Jasón del Mayno (1435-1519).

C. Derecho Común de los Siglos XVI, XVII y XVIII:

Esta literatura jurídica es la más abundante en los inventarios de las librerías de los ministros de la audiencia de Santiago, lo que puede explicarse, en cierta medida, por su carácter más práctico y menos teórico que la de los glosadores y comentaristas, mucho más acordes con las necesidades de un magistrado, enfrentado diariamente a la solución de casos concretos, amén de ser ésta la literatura jurídica predominante en Europa.

Para la sistematización de esta materia recurriré al esquema propuesto del desarrollo del derecho común en el párrafo 2 de este trabajo.

1. Comentarios a las Fuentes Romanas: la decadencia de este género de obras producida a partir del siglo XVI queda en evidencia por su escasez, en los inventarios de las librerías estudiadas, en las que únicamente aparecen:

a. Antonio Pérez (1583-1673), *Praelectionis in duodecim libros Codicis Iustiniani imperatoris*, Amsteladami, 1653.

b. Juan Suárez de Mendoza (16?-1681) *Commentarium ad Legem Aquiliam*, Salmanticae, 1640.

c. Ignacio Ortega y Cotes (s. XVII) *Commentarium ad Labeonem*.

d. Arias Pinelo (s. XVI) *In Constitutiones Cod. de Bonis maternis*, Lugduni, 1576.

2. Colecciones de Consilia: este tipo de obras abunda en las librerías. De los cerca de treinta autores mencionados, citaré a título ejemplar a algunos civilistas y canonistas, tanto europeos como españoles en particular.

a. Marco Salón de Paz (15?-c1567) *Resolutissima consilia*, Methymnae Campis, 1576.

- b. Alfonso de Azevedo (1518-1598) *Consilia tam doctissimi quam vigilantissimi*, Vallisoleti, 1607.
- c. Diego Brito (c 1555-1635) *Consilium in causa maioratus Regiae Coronae Regni Lusitaniae*, Olisypone, 1612.
- d. Juan Gutiérrez (1530-1618) *Consilia*, Salmanticae, 1587.
- e. Juan B. Valenzuela (1574-1664) *Consiliorum sive responsorum iuris*, Colonias Allogobrum, 1727.
- f. Próspero Farinacius (1544-1618) *Consilia sive responsa*, Lugduni, 1610.
- g. Jacobo Menochius (1532-1667) *Consiliorum sive responsorum iuris*, Francofurti, 1594.
- h. Cristóbal Besoldo (1577-1638) *Consilia*.
- i. Franciscus Schmalgruber (s. XVIII) *Consilia seu responsa iuris*, Dillingae, 1740.

3. Colecciones de Decisiones y Alegaciones: resultó ser ésta la más abundante de los géneros jurídicoliterarios existentes en las librerías, representados por cerca de cincuenta autores, de los que sólo citaré a algunos.

- a. Jacobo Puteus (14?-1453) *Decisiones Rotae Romanae*, Romae, 1620.
- b. Guido Papa (14?-c1487) *Decisiones Gratianopolitanae*, Lugduni, 1607.
- c. Mateo de Afflictis (1443-1523) *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani*, Venetiis, 1672.
- d. Tomás Gramatico (1473-1566) *Decisiones Sacri Regii Neapolitani Consilii*, Venetiis, 1557.
- e. Jacobo Mendelus (1510-1555) *Decisiones aureas*.

f. Francisco Peña (1540-1612) *Decisiones Sacrae Rotae Romanae*, Lugduni, 1648.

g. Juan Pedro Fontanella (1576-1680) *Decisiones Sacri Regi Senatus Catholoniae*, Genevae, 1689.

h. Cristóbal Crespi (1599-1671) *Observationes illustratae decisionibus S.S. Aragonum Consilii*, Lugduni, 1562.

i. Juan B. de Luca (1617-1683) *Sacrae Romanae Rotae decisiones*, Neapoli, 1758.

j. Juan B. Larrea (159?-1645) *Allegationes fiscales*, Lugduni, 1645.

4. Controversias y Cuestiones Disputadas: las obras de este género alcanzan también un número significativo, y entre ellas destacan las siguientes:

a. Fernando Vásquez de M. (1512-1569) *Controversarum usu frequentum libri II* Bornat, 1563.

b. Jerónimo Fernández O. (15?-1635) *Diversarum iuris quaestionum*, Neapoli, 1619.

c. Antonio Merenda (1578-1655) *Controversiarum iuris*, Venetiis, 1710.

d. Julio Caponius (1612-1673) *Controversiae forenses*, Coloniae Allobrogum, 1732.

e. José Vela (15?-1643) *Dissertationes iuris controversiarum*, Lugduni, 1675.

5. Tratadistas: este tipo de literatura jurídica es la más representada en los inventarios y se refiere tanto a derecho civil como al canónico, por su elevado número únicamente señalaré algunos de ellos:

a. Antonio Ayerve de A. (sXVI) *Tractatus de partitionibus*, Valentinae, 1766.

b. Alfonso de Olea (16? -1685) *Tractatus de cessione iurium et actionum*, Venetiis 1752.

c. Gabriel Pereyra (1531-1632) *De manu regia tractatus*, Ulyssipone, 1625.

d. Francisco Salgado (1595-1652) *Tractatus de regia protectione*, Lugduni, 1669.

e. Jaime A. Marta (1559-c1623) *Tractatus de iurisdictione*, Avenionae, 1616.

f. Héctor Felicio (1589-1623) *Tractatus de societate bonorum*, Venetiis, 1610.

g. Matías Lagúnez, (1619-1703) *Tractatus de fructibus*, Genevae, 1727.

h. Gerónimo de Zevallos (1560-16?) *Tractatus de cognitione per viam violentiae*, Toleti, 1618.

6. Literatura Jurídica Práctica: estas obras también se encuentran bien representadas, por autores como:

a. Julio Clarus (1525-1575) *Practica civilis et criminalis*, Genevae, 1739.

b. Luis de Peguera (15? -1607) *Praxis criminalis et civilis*, Barcinonae, 1585.

c. Gonzalo Suárez (15? -1590) *Praxis ecclesiastica et saecularis*, Matriti, 1780.

7. Comentaristas del Derecho Real: prácticamente se encuentra a la totalidad de los juristas españoles, que por ser de sobra conocidos, sólo cito sus nombres: Gregorio López (1496-1560), Antonio Gómez (1501-1567/1572), Marcos Salón de Paz (15?-c1567), Tello Fernández Mexía (15?-1595), Juan Guillén de Cervantes (15?-c1600), Luis Velázquez de Avendaño (s. XVI), Diego Pérez de Salamanca (s. XVI), Cristóbal de Paz (XVI-XVII), Gaspar de Hermosilla (s. XVII), Alfonso de Villadiem (s. XVI-XVII), Francisco de Avilés (XVI), Alfonso de Narbona (1564-1611), Alfonso de Azevedo (1518-1598), Juan Gutiérrez (1530-1618), Juan Matienzo (1510-1579), Andrés de Angulo (1545-c1600). De los extranjeros sólo aparecen Pedro Rebuffe (XVI-XVII).

8. Juristas Indianos: como quedó dicho en su lugar la jurisprudencia doctrinal indiana está inmersa en el marco conceptual del derecho común y por ello la incluyo en este apartado. En los inventarios aparecen citados los principales juristas indianos, entre ellos los siguientes: Gaspar de Escalona y Agüero (c1590-1650), Francisco Alfaro (XVI-XVII), Juan de Hevia Bolaños (1570-1623), Juan de Solórzano Pereyra (1575-1655), Antonio de León Pinelo (1592?-1660), Gaspar de Villarroel (1587-1665), Juan Matienzo (1510-1579), José Veitía y Linage (1623-1680), Pedro Bravo de Laguna (1703-1762), Antonio Joaquín de Ribadeneyra y Barrientos (1710-1772), Pedro Frasso (1630-c1691), Pedro Murillo Velarde (1696-1753), José Álvarez de Abreu, etc.

D. Humanismo Jurídico:

Los representantes de esta tendencia aparecen fundamentalmente en las librerías del siglo XVIII, a excepción de Cravete y Nebrija que se encontraban también en la de Narváez.

1. Españoles:

a. Elio Antonio de Nebrija (1444-1522) *Dictionarium iuris civilis*, Madrid, 1784.

b. Francisco Amaya (c1580-c1640) *Commentaria in tres posteriores libros Codicis Impetatoris Iustiniani*, Coloniae Allobrogum, 1655.

c. Francisco Ramos (1604-1683) *Ad Legem Iuliam et Papiam*, Matriti, 1778.

2. Italianos:

a. Andrés Alciato, (1492-1550) *Emblemata*, Lugduni, 1549.

b. Alphonsus Delbene (15?-1608) (Cuatro volúmenes)

- c. Antonio Faber (1557-1624) *Opera omnia* (12 volúmenes).

3. Franceses:

- a. Franciscus Conanus (1508-1551) *Commentaria iuris civilis*, París, 1553.
- b. Aymone Cravete (1504-1569) *Consilia*, Lugduni, 1545.
- c. Franciscus Balduinus (1520-1573) (un volumen)
- d. Hugo Donellus (1527-1591) *Commentarii absolutissimi*, Lugduni, 1558.
- e. Dionisio Gothofredus (1549-1622) *Infortiatum seu Pandectarum iuris civilis*, Lugduni, 1618.
- f. Jean Domat (1625-1696) *Les lios civiles dans leur ordre naturel*, París, 1689-94.

4. Holandeses y Alemanes:

- a. Matfas Wesembecis (1531-1586) *Paratitla in Pandectas iuris civilis*, Basiliae, 1561.
- b. Joannes Borcholten (1535-1593) *Commentarum ad Institutionum Iustianiani*, París, 1646.
- c. Hugo Grotius (1583-1645) *De iure belli ac pacis*, Amstelodami, 1724.
- d. Arnaldo Vinnius (1588-1657) *Institutionum imperialium accademicus et forensis*, Valencia, 1767.
- e. Joannes Heinecciuyus (1681-1741) *Operum*, Genevae, 1768 (5 volúmenes).

E. Escuela Española del Derecho Natural

Esta escuela está escasamente representada en las librerías, debido tal vez, a su carácter doctrinario, un tanto alejado de la praxis judicial. Sólo aparecen los clásicos *De iustitia et iure* de Domingo de Soto (1494-1560), Luis de Molina (1536-1600), Leonardo Lessius (1554-1623) y Esteban Fagúndez (s.XVI-XVII), hay además una obra de Melchor Cano (1509-1560). Llama la atención la ausencia de Francisco Suárez.

F. Crítica y Decadencia del Derecho Común (Siglo XVIII)

Están representados los más importantes autores de crítica al derecho vigente, de instituciones de derecho nacional y de práctica judicial.

1. Crítica al Derecho Vigente:

a. Luis A. Muratori (1652-1754) *Dei diffetti della Giurisprudenza*, Venetiis, 1742.

b. Pablo de Mora (1716-1748) Tratado de derecho civil. Los errores del derecho civil y los abusos de los jurisperitos, Patriti, 1748.

c. Luis A. Verney (1713-1792) *Verdadeiro metodo de estudar para ser útil á República e a Igreja*, Valencia, 1746.

2. Instituciones de Derecho Patrio o Nacional:

a. Ignacio J. de Asso (1712-1804) Instituciones de derecho real de Castilla, Madrid, 1771.

3. Prácticos:

- a. José Bermúdez F. (1732-1790) Librería de escribanos, 1767.
- b. Manuel S. Martínez (XVIII) Librería de jueces, Madrid, 1763-1768.
- c. Francisco A. Elizondo (XVIII) Práctica universal forense, Madrid, 1764.

Como puede apreciarse de la sola lectura de este pesado listado de juristas y obras, el *ius commune* se mantuvo presente en las librerías de los ministros de la audiencia de Santiago, hasta finales del siglo XVIII, lo que naturalmente habría de influir en el ejercicio de sus plazas.

7. Praxis judicial y *ius commune*

Uno de los aspectos de mayor importancia en lo tocante al estudio del derecho común y el derecho indiano es el relativo a la aplicación en los estrados de *ius commune*, para lo cual es imprescindible una labor acuciosa de archivo, que está aun por hacerse.

En este apartado sólo sugeriré la aplicación del derecho común romano-canónico ante la real audiencia de Chile, a través de algunos expedientes judiciales, pues este asunto debe estudiarse con detención. En esta materia me limitaré a tratar de sólo tres aspectos: la invocación del derecho romano; la invocación de autores de *ius commune* en los alegatos de abogados; y las citas de juristas en las vistas fiscales.

a) Invocación del Derecho Romano:

En juicio substanciado ante la audiencia de Santiago entre 1710 y 1713 entre José Agüero y Antonio Barros, sobre denuncia de obra nueva, el procurador Francisco Rodríguez, por el demandante, señala que: En los predios rústicos pueden incidir nuevas obras que no comprenden en el Edicto de obra nueva, sino en el Edicto *quod vi aut clam*, como son el corte de árboles, la siega de mie-

ses y la poda de las viñas.¹⁸ Si bien, no se menciona directamente al derecho romano, esta cita corresponde exactamente al Código de Justiano 8.11.1. (12).

En 1737, el oidor honorario Francisco Ruiz de Berecedo, promovió un expediente al tribunal de la real audiencia para ser restituido a los honores de su plaza y en su alegato abundan las citas directas del derecho romano, en efecto, recurre al Digesto en 9 ocasiones y en otras 5 al Código,¹⁹ refiriéndose a ellos simplemente como la ley, v.gr.

"Por manera que según la doctrina de Parladorio, en el recibimiento de cualquier Señor Ministro está el Rey representado *per fictionem iuris*, pero cuando los señores Ministros asisten *pro tribunali*, en la realidad está S.M. representada, porque fuera superfluo que en el recibimiento, en el Real Sello estuviese representada la persona del Rey y juntamente se hallase la misma representación en los Señores Ministros que asistían al recibimiento, detestando la ley estas superfluidades ley *haec stipulatio final ff ut legatoris nomine caveatur*, y según el filósofo: *natura bene ordinata nec abundat in superfluis, nec deficit in necessariis*".²⁰

Finalmente en un expediente de 1805, relativo a una licencia para construir un molino, una de las partes cita la regla del Digesto: *In re sua quilibet est moderator et arbiter*.²¹

Resulta así, que queda comprobada la invocación en juicio del derecho romano en el caso de la real audiencia de Santiago, pero aún falta mucho por investigar respecto a si efectivamente se aplicó o no en subsidio del derecho real vigente.

b) Invocación de autores en alegatos:

En 1783, en un expediente de reparto de aguas para el Valle de Copiapó se invoca la autoridad de Santo Tomás de Aquino en su *Summa* y *De regimine*

¹⁸ ANCH.F. Real Audiencia (ANRACH), vol. 369, pza. 1.

¹⁹ Vida BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER, El derecho común ante la real audiencia de Chile en un alegato del siglo XVIII, en RCHHD. 15, Santiago, 1992.

²⁰ ANRACH, vol. 2. 106, pza. 12, fs. 9 vta.

²¹ ANRACH, vol. 747, pza. 2.

proncipum; Aristóteles en el capítulo I de su *Metaphisica*; Egidio Romano (1247-1316) en su *De potestate ecclesiastica*, libro 3; y Justus Lipsius en Los seis libros de las políticas o doctrina civil que sirven para el gobierno del reino o principado, libro 4, cap.8.²²

En el referido expediente promovido por Ruiz de Berecedo en 1737 se recurre a 29 juristas, todos ellos de *ius commune*, con la sola excepción de Francisco Amaya (c1580-1640) de cuño humanista. Aparecen así un glosador como Accursio, un comentarista como Bartolo y Baldo y juristas de derecho común posteriores al 1500, cuyos nombres son: Alfonso de Azevedo, Domingo Antúnez Portugal, Francisco de Avilés, Nicolás Boerius, Fabio Capicio Galeota, Bartolomé Chasaneo, Juan del Castillo Sotomayor, Pedro Frasso, Juan García de Saavedra, Pedro González de Salcedo, Stephani Gratiani, Pedro Gregorio, Matías Lagúnez, Juan Bautista Larrea, García Mastrillo, Jacobo Menochius, Pedro Moneta, Ildelfonso Pérez de Lara, Juan Francisco de Ponte, Pedro Rebuffe, Francisco Salgado de Somoza, Juan de Solórzano Pereyra, Antonio Thesauro, Juan Bautista Valenzuela Velázquez, Gaspar de Villarroel, y José Yáñez Parladorio.²³

Por último en un expediente promovido por el conde de la Conquista en 1798 donde se ventiló una cuestión de fuero militar, el gobernador Ambrosio O'Higgins cita a Félix Colón de Larriategui en sus Juzgados Militares.

Parece ser que, al igual que el derecho romano, la literatura jurídica de derecho común se invocó en juicio por los abogados en el reino de Chile, desde la glossa ordinaria hasta los del siglo XVII y principios del XVIII.

c) Las vistas fiscales:

Esta materia no se ha investigado en el reino de Chile, por ello me remitiré a los estudios del profesor Levaggi, relativos a los fiscales José Máquez de la Plata y Soto (1741-1825) y Manuel Genaro de Villouta.

Márquez de la Plata sirvió como fiscal del crimen en la real audiencia de Santiago entre 1780 y 1783, antes de pasar a ocupar igual plaza en el tribunal de Buenos Aires. En una vista expedida el 28 de julio de 1802 citaba a Gaspar

²² ANRACH, vol. 183, fs. 319.

²³ BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER, cit. (n. 19).

de Escalona y Agüero en su clásico *Gazofilacium* y así expresaba: Ya por lo que anota el Señor Escalona en su Gazofilacio real del Perú, libro 2, part. 1, cap. 7, n. 9.²⁴ En otras vistas efectúa referencias genéricas a la doctrina de los regnícolas.²⁵

En el caso del fiscal de la real audiencia de Buenos Aires, Manuel Genaro de Villouta, también se pueden apreciar algunas citas de juristas, así en una visita del 12 de mayo de 1805 se invoca a Lorenzo Matheu y Sanz; en otra de 1801 a Félix Colón de Larriategui y en una de 10 de enero de 1809 escribe: Contrayéndose el Señor Solórzano al caso en que los virreyes incurriesen en la prohibición de esta ley.²⁶

Los escasos datos anotados muestran la importancia del estudio en detalle de las vistas fiscales para el análisis de la aplicación práctica del *ius commune* en Indias.

8. Conclusión

El *ius commune* no fue sólo una realidad europea, sino que su influencia se extendió a las Indias, donde se produjo una suerte de segunda fase de su recepción, y no sólo se limitó su presencia al plano de la enseñanza del derecho y de la literatura jurídica indiana, sino que también se advierte su presencia mayoritaria en las librerías de magistrados y letrados y en la praxis judicial.

El tema del *ius commune* en el Nuevo Mundo recién comienza a tratarse y por ello esta comunicación sólo ha pretendido sugerir algunas líneas de investigación y poner de manifiesto la necesidad de su estudio.

²⁴ LEVAGGI, ABELARDO, El virreinato Rioplatense en las vistas fiscales de José Márquez de la Plata, Buenos Aires, 1988 (3 vols.), 2, p. 929.

²⁵ *Ibidem*, 3, p. 1057.

²⁶ LEVAGGI, ABELARDO, Los escritos del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires, Manuel Genaro de Villouta. Buenos Aires, 1981. p. 625.