

I. La recepción del derecho común en Indias	11
1. Recepción por vía oficial	12
2. Recepción por vía científica o académica 37	
A. La enseñanza del derecho en Indias	38
B. Las librerías indias	51
C. La literatura jurídica india	91
3. La recepción del <i>ius commune</i> por vía práctica	110
A. El derecho romano en la praxis judicial india	111
B. El <i>ius commune</i> en la praxis judicial india	117

I. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO COMÚN EN INDIAS

La incorporación jurídica de las Indias a la corona de Castilla, por donación pontifical y otros justos títulos, no sólo significó que las nuevas tierras y sus habitantes pasaran a formar parte de la monarquía hispano-indiana, sino que además importaron el enfrentar nuevos problemas jurídicos que fueron resueltos según los marcos de la tradición jurídica europea, con lo cual las Indias se hicieron partícipes de un pasado común con el Viejo Mundo.

Al tiempo del descubrimiento campeaba en Europa casi sin competidor el *ius commune* romano-canónico, por ello no fue extraño que, en un primer momento, se aplicaran sus soluciones para resolver las cuestiones derivadas del descubrimiento y la conquista. Mas como el derecho común resultó insuficiente, dadas las nuevas realidades, se abrió paso también el derecho natural, a través de la escuela española neotomista de Salamanca y Alcalá.

Esta tradición jurídica europea del derecho común y de la neoescolástica española estuvo presente en el proceso de génesis del derecho indiano y, sobre todo la primera, en su evolución posterior.

En las Indias se produjo, pues, una recepción de las corrientes jurídicas europeas desde el mismo instante del descubrimiento, pero ella no sólo se limitó al *ius commune* y a la escuela española del derecho natural, sino que a lo largo del tiempo, se recibió igualmente el influjo del *humanismo jurídico*, del *iusracionalismo*, y de la literatura jurídica del siglo XVIII marcada por la crítica al derecho vigente, por el auge de los derechos patrios o nacionales y por obras de carácter práctico, que abonaron el terreno para la codificación emprendida en el siglo siguiente.

La recepción de esta tradición jurídica en América se verificó por tres grandes vías: una oficial o real, otra académica o científica y otra práctica.

Por vía oficial el derecho común romano-canónico se recibió, en cuanto contenido, principalmente a través de las *Siete Partidas* que, a diferencia de Castilla, se aplicaron en Indias preferentemente en materias de derecho

privado, supuesta la escasez del derecho municipal y la inexistencia del derecho foral.

Por vía académica, fueron las universidades establecidas en las Indias según los moldes del Viejo Mundo, las que contribuyeron a través de la enseñanza del derecho a recibir y difundir las diversas corrientes jurídicas, así como sus métodos entre quienes siguieron la carrera de derecho. De allí, que también esta recepción científica se manifestó en la literatura jurídica india que, obra de autores salidos de las aulas universitarias, no podía más que ser fiel reflejo de la enseñanza recibida.

Por vía práctica, y en gran medida dependiente de la anterior, se operó esta recepción en la praxis judicial india. Pues ella quedaba en manos de letrados, formados según ciertos cánones y determinados autores en las universidades. Esta recepción se puede apreciar en los abogados a través de sus diversas actuaciones en estrados; en la judicatura letrada a través de las vistas de los fiscales, de los votos consultivos de los oidores, y en alguna medida en las sentencias, a pesar de no ser éstas fundadas; así como en la judicatura lega, a través de los dictámenes de los asesores letrados, que con cierta regularidad eran seguidos por el juez.

1. RECEPCIÓN POR VÍA OFICIAL

La recepción del *ius commune* se produjo en todo el occidente europeo desde el mismo siglo XII, y en particular en Castilla desde finales de él, y concretamente a partir de la primera mitad del siglo XIII.¹

Así como el núcleo impulsor de la romanización de las provincias había sido el imperio, vale decir la *potestas* del pueblo romano, el núcleo de la difusión y recepción del *ius commune* fue la universidad, esto es, una corporación basada en la *auctoritas*, en la cual se generó este derecho culto, científico y jurisprudencial, y desde la que se transmitió, a través de la enseñanza.

¹ Para la recepción del *ius commune* en España, véase Lacarra, J. María, *Sobre la recepción del derecho romano en Navarra*, en AHDE, XI (Madrid, 1934), pp. 457-467; Maravall, José Antonio, *La formación de la conciencia estamental de los letrados*, en *Revista de Estudios Políticos*, 70 (Madrid, 1953), pp. 53-81; García y García, Antonio, *La penetración del derecho medieval clásico en España*, en AHDE, XXXVI (Madrid, 1966), pp. 575-592; Font Rius, J. María, *La recepción del derecho romano en la península ibérica durante la edad media*, en *Recueil de mémoires et travaux* (1967), pp. 85-104; Horn, Norbert, *Literaturgeschichtliche Aspekte der Rezeption in Spanien*, en *Tijdschrift voor rechts geschiedenis*, 37 (1969), pp. 489-514.

La historia de la recepción del derecho común en Castilla, puede claramente periodizarse en tres etapas, que atienden a las relaciones existentes entre el derecho común y los derechos propios, adecuando una clasificación de Calasso.²

Desde los inicios de la recepción del derecho común en Castilla, es decir, desde principios del siglo XIII hasta mediados del siglo XIV, el derecho común, estuvo desligado de los derechos propios, principalmente porque era el único estudiado en las nacientes universidades y porque el trabajo y enseñanza de él no guardaba relación alguna con la aplicación de los referidos derechos propios. Por ello a esta etapa bien puede llamársela de *derecho común absoluto*.

A partir de mediados del siglo XIV, concretamente con el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348, y hasta el primer lustro del siglo XVI, con la promulgación de las *Leyes de Toro* en 1505, la vigencia del derecho común se situó en un nivel de subsidiariedad respecto de los derechos propios (el real y los forales), esto es, se aplicaba cuando faltaba el derecho propio. En razón de esto, se puede decir que esta segunda etapa de la recepción del derecho común en Castilla fue la del *derecho común subsidiario*.

Por último, desde el dictado de las *Leyes de Toro* en 1505 y hasta la codificación en el siglo XIX, los derechos propios lograrán sobreponerse al derecho común y la vigencia de éste quedará circunscrita a su consideración de *razón de sabios* y, por ende, sometido al derecho propio. Así, esta tercera etapa de la recepción puede calificarse como la del *derecho común subordinado*.

En la primera de estas etapas, en la cual el derecho común era absoluto en relación a los diferentes derechos propios, se produjo su recepción en Castilla, principalmente por tres grandes vías. A saber, una inicial, mediante las universidades y el estamento letrado; otra por la vía del derecho local, y la última por vía del derecho real.

Desde finales del siglo XII, diversos estudiantes hispanos, atraídos por el auge de los estudios jurídicos de Bolonia y otras universidades italianas, comenzaron a concurrir a ellas, y allí fueron discípulos de los glosadores y más tarde de los comentaristas. Vueltos a Castilla o a sus respectivos reinos, comenzaron a estudiar y a enseñar a su vez el nuevo derecho en las nacientes universidades peninsulares. Consta así, por ejemplo, que en la Universidad

² Calasso, Francesco, *Medio Evo del Diritto*, I (Milano, 1954).

de Palencia enseñaba derecho romano en 1184 un tal Hugolino de Sesso, que había estudiado en Bolonia.³

Principalmente en el siglo XIII, durante los reinados de Fernando III y de Alfonso X, con la reorganización de las universidades de Salamanca y Valladolid, en cuyos estatutos se imponía la enseñanza de *leyes* y de *decretos* y *decretales*, se comenzó a generar un núcleo de letrados, formados en el *ius commune*, que por su conocimiento y cultura jurídica pasaron a ocupar los más importantes puestos en la corte y en los tribunales. Se crearon también, algo después, los estudios generales de Lérida en 1300, Perpiñán en 1349 y Huesca en 1354.

Este renacimiento cultural en torno a las universidades, de reciente creación, abrió nuevas perspectivas para el conocimiento del derecho, por establecerse en ellas maestros procedentes de Bolonia y otras universidades europeas dedicadas al estudio y enseñanza de las disciplinas jurídicas. Estos nuevos juristas, formados en las aulas universitarias en unas doctrinas favorables al ejercicio de la potestad real, encontraron franca acogida en la Corte y fueron solicitados por los propios soberanos para desempeñar oficios en los tribunales reales, e incluso, actuar como sus consejeros. Así, Fernando III se rodeó de “*doce sabios de los vuestros reynos y de los reynos de los reyes de vuestros amados hermanos para os dar consejo en lo espiritual e temporal*”. Su hijo, Alfonso X, fundó en Toledo la Escuela de Traductores para llevar a cabo la versión al romance de obras científicas y literarias árabes y judías, pero también, la elaboración de otras originales sobre las más diversas disciplinas.

Esta recepción del derecho común en el ámbito culto de las universidades, junto con generar el nacimiento de un importante estamento letrado, dio pie para la aparición de una incipiente literatura jurídica en la península enraizada en la tradición del *ius commune*, en la que por esta época destacaron el maestro Jacobo de las Leyes, autor de una obra procesal titulada las *Flores del Derecho*, y otra llamada el *Doctrinal de juicios*, y el

³ Para esto, véase Rius Serra, J., *Estudiants espanyols a Avinyó al segle XIV*, en *Analecta sacra tarraconensis*, 10 (1934), pp. 87-122; Pérez Martín, Antonio, *Los colegios de doctores en Bolonia y su relación con España*, en AHDE, XLVIII (Madrid, 1978), pp. 6-90; Peset, Mariano y Gutiérrez-Cuadrado, J., *Clérigos y juristas en la Baja Edad Media castellano-leonesa*, en *Senara (revista de filología)*, 3 (1981), anexo II, pp. 7-110; Peset, Mariano, *Estudiantes hispanos en las universidades francesas. Siglo XIV*, en *Estudios dedicados a Juan Peset Aleixandre*, 1 (Valencia, 1982), pp. 273-294; Peset, Mariano, *Clérigos y universidades en la Baja Edad Media castellano-leonesa*, en *État et Église dans la genèse de l'État moderne* (Madrid, Casa de Velázquez, 1986), pp. 63-71.

arcediano de Zamora, Fernando Martínez, a quien se debe otro libro de derecho procesal, la *Margarita de los pleitos*.

De su lado, el derecho local castellano pasó por diferentes fases en su evolución: una primera, de formación desde el siglo VIII hasta la muerte de Alfonso VIII en 1214; una segunda, de afianzamiento y desarrollo, desde este último año hasta el Ordenamiento de Alcalá en 1348; y una tercera, de decadencia, desde tal año hasta los albores de la Edad Moderna.⁴

Esta etapa del derecho común absoluto, coincidió en líneas generales con la del afianzamiento y desarrollo de los derechos locales en Castilla, iniciada, tras la muerte de Alfonso VIII en 1214, con el reinado de su hijo, Fernando III el Santo, que inició una política destinada a lograr la unificación jurídica en su reino por vía local, valiéndose de los fueros, extensos en esta época, mediante la confirmación de algunos o por la concesión de uno mismo a diversas localidades, dando origen a las llamadas familias de fueros.

En el ambiente generalizado de renacer cultural y de afianzamiento del poder real que se vivía en Castilla al iniciar su reinado Fernando III, la variedad jurídica del reino, con múltiples ordenamientos, diversos en su origen, naturaleza y formulación, no dejaba de resultar anacrónica y deficiente a los ojos de los soberanos, deseosos de ejercer el derecho, y cumplir el deber de “*regir e castigar, e mandar e conocer a los de su reyno*”. Pero si así lo entendió Fernando III, a juzgar por el testimonio de su hijo, también entendió que la reforma necesaria del ordenamiento jurídico no era posible sin la previa y adecuada preparación del reino. De ahí que al tiempo que concebía la realización de una obra doctrinal, su actuación se dirigía a aprovechar lo mejor de los ordenamientos vigentes, de manera que “*los fueros e las costumbres e los usos que eran contra derecho e contra razón fuesen tollidos, e les diese e les otorgase los buenos*”. Y, efectivamente, a través del casi medio centenar de fueros hoy conocidos que se le atribuyen queda patente su preocupación, tanto por establecer con claridad los fueros que debían regir en cada lugar, como por lograr la mayor uniformidad jurídica, allí donde fuera posible.⁵

Pero no sólo Fernando III intentó la unificación jurídica por la vía local, mediante la formación de fueros extensos, sino que también con la concesión directa de un fuero modélico o cabeza a distintas localidades reciente-

⁴ Barrero García, Ana María, *El Derecho local en la Edad Media y su formulación por los reyes castellanos*, en AUCH, 20 (Santiago, 1989), pp. 105- 130.

⁵ *Ibid.*, p. 117.

mente conquistadas. En esta empresa recurrió al *Fuero Juzgo*, vale decir, a la traducción al romance que mandó formar del *Liber Iudiciorum*; a los fueros de Benavente y de San Sebastián, etcétera. En relación a los territorios de nueva conquista, el rey intentó la unificación jurídica mediante concesiones particulares de los fueros más adecuados, entre los existentes, a sus características y condicionamientos. Por ello, mientras que a las villas de la Alta Andalucía, próximas a la Extremadura (Andújar, Sabiote, Iznatoraf, Ubeda, Baeza), otorgó un fuero basado en un texto modelo formado en aquella región; a las de la ribera del Guadalquivir (Córdoba, Carmona, Sevilla), habitadas por mozárabes antes de su conquista, como había ocurrido en Toledo, decidió aplicar el derecho de esa ciudad, es decir, el *Liber*, en su versión romanceada, conocido ahora como *Fuero Juzgo*, y su carta de fueros, que años atrás había recibido la confirmación del soberano, además de privilegios particulares a cada una de ellas. De esta forma, el derecho de la ciudad de Toledo, aunque no en cuanto tal, sino como fuero de Sevilla, de Córdoba, etcétera, alcanzó gran difusión, incluso más allá del territorio peninsular. Por su parte, en la repoblación de la costa cantábrica, que prosiguió paulatinamente, concedió los ordenamientos que venían siendo utilizados en esta región: los fueros de Benavente y San Sebastián.⁶

Alfonso X, hijo y sucesor de Fernando III en el reino de Castilla, continuó la obra de unificación jurídica por la vía local emprendida por su padre. Su labor en este sentido puede resumirse en dos grandes líneas de acción, a saber, la concesión de un fuero preexistente a diferentes localidades, y la elaboración de un nuevo fuero, el *Fuero Real*, para lograr la unificación jurídica.

Los fueros utilizados por Alfonso X para obtener la unificación jurídica, mediante su concesión a distintas localidades, fueron principalmente el *Fuero Juzgo* en la región de Andalucía, bien originariamente, bien a través de los de su familia como el de Toledo, el de Sevilla y el de Córdoba; recurrió también al Fuero de Logroño y al de Vitoria.

Alfonso X decidió la elaboración de un nuevo fuero para emplearlo en su política de unificación jurídica. Tal fue el *Fuero Real*, llamado también de diversas otras maneras, como *Fuero de las Leyes* o *Fuero del Libro*, y sobre el cual hasta el día se discute.

Al parecer este fuero se habría redactado entre el año 1252 y el 1255. Fue concedido por primera vez a la localidad de Aguilar del Campo en 1255 y

⁶ *Ibid.*, p. 118.

ese mismo año a Sahagún; al año siguiente a Burgos, Soria, Alarcón y Peñafiel; en 1257 a Talavera; a Escalona en 1261; a Madrid y Guadalajara en 1262; a Niebla en 1263; a Valladolid en 1265, etcétera.

El *Fuero Real* estaba dividido en cuatro libros que trataban: de la religión, del rey, de las leyes, de los alcaldes y escribanos; de los juicios; del matrimonio, sucesiones, contratos; y de los delitos.

El *Fuero Real* fue redactado en la Corte del Rey, por “*sabidores del derecho*”, vale decir por juristas cultos, formados con toda certeza en el derecho común. Por ello se advierten en él como sus fuentes las *Decretales de Gregorio IX* y una clara presencia del derecho común romano-canónico en materias tocantes a testamentos y contratos. Le sirvió también de fuente el *Liber Iudiciorum*, lo que fortaleció su romanismo.

El fuerte contenido de derecho común romano-canónico existente en el *Fuero Real*, y que en definitiva era un derecho nuevo, las más de las veces contrario a los derechos consuetudinarios o locales preexistentes en las poblaciones a las cuales se concedió, generó una reacción adversa en algunas de ellas, incluso violenta, que movió al propio Alfonso X a partir del año 1265, ante la amenaza de una invasión africana, a modificar su política de concesión del *Fuero Real*, para contar con el apoyo de los concejos de las villas.

En aquellos casos en que el *Fuero Real* fue impuesto a localidades que ya tenían un fuero extenso propio, trajo consigo una fuerte restricción de la libertad de los concejos, del derecho tradicional vigente y un marcado fortalecimiento del poder real, así por ejemplo en el caso de la villa de Madrid, según su fuero propio la elección de los alcaldes del concejo era popular entre los vecinos y por ellos y, conforme al *Fuero Real*, los alcaldes eran designados por el rey. Lo que explica la tenaz resistencia a su aplicación en algunas de estas poblaciones.

Por ello, Alfonso X, en los años sucesivos reconoció expresamente a algunas villas y ciudades la confirmación de sus antiguos fueros, lo que hizo en forma sistemática en 1272, por ejemplo en Baeza, Béjar, Belorado y Sepúlveda, forzado por el levantamiento de la nobleza que acabó de manera definitiva con los intentos del soberano de llevar a la práctica sus aspiraciones de uniformidad de los derechos locales.

A pesar de la oposición del reino a la política unificadora por vía local, ella no significó el completo término de la aplicación del *Fuero Real*, porque éste desde las Cortes de Zamora de 1274 debía aplicarse en los casos de Corte, vale decir, en aquellos que iban por primera instancia ante el tribunal

del rey, y finalmente obtuvo su confirmación definitiva en el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348.

En suma, en la etapa del derecho común absoluto, el *ius commune* se recibió por vía local en el marco del fortalecimiento y desarrollo de los fueros locales dentro de la política de unificación jurídica emprendida por los reyes, sobre todo por Fernando III el Santo y su hijo Alfonso X el Sabio, en cuyos reinados resulta del todo probable la intervención de juristas formados en el derecho común en la tarea redactora y reformuladora de los derechos locales emprendida por los mismos concejos hacia finales del siglo XII y primera mitad del siguiente, como en los fueros formados por los mismos monarcas, de lo que es claro ejemplo el *Fuero Real*.

Los reyes pretendieron igualmente lograr la unificación jurídica por la vía del derecho real, esto es, por un derecho de aplicación general a todo el territorio del reino y emanado del propio monarca. A esta tarea se abocó principalmente Alfonso X el Sabio.

La política legislativa de Alfonso X, además del *Fuero Real*, comprendió la conclusión definitiva del *Setenario*, obra de carácter doctrinal iniciada por su padre Fernando III; la elaboración del *Espéculo* y la formación de las *Siete Partidas*.

Las *Partidas*, sobre las cuales existe una viva polémica científica hasta el día, fueron el gran texto jurídico castellano receptor del *ius commune*, y parecen haberse concebido como una *summa jurídica*, que experimentó diversas redacciones o reelaboraciones hasta fijarse, a principios del siglo XIV, en el texto que hoy conocemos.

Una primera edición impresa de las *Partidas* fue hecha por el jurista Alonso Díaz de Montalvo en 1491, acompañada de una glosa. Esta edición fue superada por la de Gregorio López en 1555, también glosada en latín, que alcanzó carácter oficial y que es la más difundida de todas. Luego hubo varias otras, entre las que destaca la de la Real Academia de la Historia, que obtuvo también reconocimiento oficial.

Las principales fuentes jurídicas de las *Siete Partidas* las constituyen obras de derecho común. Así directamente el *Corpus Iuris Civilis*, y las *Decretales*, los *Libri Feudorum*; también las obras de algunos glosadores, además de las obras de autores castellanos como el arcediano de Zamora y el maestro Jacobo de las Leyes.

Si bien las *Siete Partidas* no parece que fueran promulgadas por Alfonso X, desde finales del siglo XIII fueron ganando terreno en el ámbito de su aplicación práctica, por el uso que de ella hicieron los juristas amparados

en el prestigio y autoridad de su autor, como asimismo en razón de su contenido de derecho común que ya había impregnado diversos niveles del ordenamiento jurídico.

En resumen, durante la etapa del derecho común absoluto, los reyes y particularmente Alfonso X, intentaron lograr la unificación jurídica de su reino, a través de la elaboración de un derecho real que con carácter territorial se aplicara uniformemente. Este propósito se persiguió con la elaboración de las *Siete Partidas*, concebidas como una *summa* de derecho, con un marcado contenido de derecho común, sobre todo del de los glosadores.

El *Ordenamiento de Alcalá* de 1348, vale decir una ley dada por el monarca y las Cortes conjuntamente, contenía a su vez un orden de prelación de las fuentes jurídicas. Esto es, en una de sus disposiciones se establecía una jerarquización de los distintos textos jurídicos a los que se debía recurrir para fallar los pleitos, y como resultado de ella se inició en Castilla la segunda etapa de la recepción del *ius commune* que puede denominarse la del *derecho común subsidiario*.

El orden de prelación contenido en el *Ordenamiento de Alcalá* estaba consagrado en la ley primera del título 28. En ella el rey, tras señalar que su intención era que sus vasallos fueran mantenidos en paz y en justicia y, que como para esto era necesario dar leyes ciertas en virtud de las cuales se determinaran los pleitos, supuesto que existían diversos fueros y leyes para las distintas villas y localidades, había tenido a bien declarar: *por qué leyes se pueden librar los pleitos*.

En primer término se debía recurrir a las leyes del propio *Ordenamiento de Alcalá*. Así se prescribía: *Por las quales Leys en este nuestro Libro mandamos que se libren primeramente todos los pleytos civiles e criminales*. A falta de legislación real se debía recurrir al *Fuero Real* y a los fueros municipales, siempre que estuvieren en uso y que no fueren contra Dios, contra razón y contra la legislación real, reservándose el monarca la facultad de mejorar y enmendar los fueros en aquellas materias que les parecieran convenientes. Señalaba al efecto el *Ordenamiento*: *Por ende, queriendo poner remedio convenible a esto, establecemos e mandamos, que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas, que se usaron, salvo en aquellas que Nos fallaremos que se deben mejorar e enmendar, e en las que son contra Dios, e contra razón, e contra Leys que en este nuestro Libro se contienen*.

A falta de legislación real y del *Fuero Real* y fueros municipales y personales, se debían aplicar las *Siete Partidas*, que el mismo *Ordenamiento* se encargaba de promulgar, en razón de no saberse a ciencia cierta si lo habían sido. En este sentido declaraba:

E los pleitos e contiendas que no se pudieren librar por las Leyes de este nuestro Libro, e por los dichos fueros, mandamos que se libren por las Leyes contenidas en los Libros de las *Siete Partidas*, que el rey Don Alfonso nuestro bisabuelo mandó ordenar, como quiera que hasta aquí no se halla que sean publicadas por mandado del rey, ni fueron habidas las Leyes; pero mandámoslas requerir, y concertar y enmendar en algunas cosas que cumplían; y así concertadas y enmendadas porque fueron sacadas de los dichos de los Santos Padres, y de los derechos y dichos de muchos sabios antiguos, y de fueros y de costumbres antiguas de España, dámolas por nuestras Leyes; y porque sean ciertas, y no haya razón de tirar, y enmendar y mudar en ellas cada uno lo que quisiere, mandamos hacer de ellas dos Libros, uno sellado con nuestro sello de oro, y otro sellado con nuestro sello de plomo para tener en la nuestra Cámara, porque en lo que duda hubiere, que lo concierten con ellos; y tenemos por bien que sean guardadas, y valederas de aquí adelante en los pleitos y en los juicios, y en todas las otras cosas, que en ellas se contienen, en aquello que no fueren contrarias a las leyes de este nuestro Libro y a los fueros sobredichos.⁷

Esta ubicación de las *Siete Partidas* constituye la confirmación del carácter subsidiario del derecho común respecto de los derechos propios, supuesto que en primer lugar debían aplicarse dos derechos propios: el real, esto es el aplicable únicamente en el reino; y los forales, es decir, los que regían en alguna localidad o para ciertas personas; y sólo a falta de ellos se debía recurrir a las *Siete Partidas*, que eran el gran texto jurídico receptor del derecho común, de tal manera éste quedaba restringido a una vigencia subsidiaria respecto de los derechos propios, sin perjuicio de ser, a su vez, las propias *Partidas* un texto de legislación real.

Si bien las *Siete Partidas*, por su origen eran derecho real, y así fueron consideradas por los juristas castellanos e indianos, por su contenido no habían hecho más que recoger el derecho común sin modificarlo en su esencia. Esto era tan así reconocido por los propios juristas castellanos, que su glosador por excelencia, Gregorio López (1496-1560), declaraba en su glosa número 3 a la ley 9, del título 13, *Partida* 6, que la obra alfonsina sólo

⁷ *Ordenamiento de Alcalá, 1348, en Los códigos españoles concordados y anotados*, I (Madrid, 1872), p. 466.

corregía el derecho común cuando lo declaraba expresamente: “Multum nota istam legem, ut caveas multum in dicendo quod aliquando ill. Partitarum corrigant jus commune, nam cum hoc lex Partitarum voluit, id expressit, ut hic vides.”⁸

En Indias mantuvo esta opinión más de algún jurista indiano. Así, el oidor de la Real Audiencia de Panamá, Francisco Carrasco del Saz (15 ??-1625), en su *Interpretatio ad alias Leges Recopilationis Regni Castellae*, sostiene que: “Leges Partitarum non corrigunt ius commune, nisi quando exprese hoc dicunt”.⁹

En defecto de los órdenes anteriores se mandaba recurrir al propio rey, para que este diera ley nueva, o enmendarla la antigua o oclarara la duda, vale decir, se establecía la institución denominada: Referimiento al Legislador. Declaraba el *Ordenamiento*:

Y porque al Rey pertenece, y tiene poder de hacer fueros y leyes y de interpretarlas y declararlas y enmendarlas donde viere que cumple, tenemos por bien que si en los dichos fueros, o en los libros de las Partidas sobredichas, o en este nuestro Libro, o en alguna, o en algunas Leyes de las que en él se contienen, fuere menester interpretación, o declaración o enmendar o añadir o tirar o mudar, que Nos que lo hagamos. Y si alguna contrariedad pareciere en las leyes sobredichas entre sí mismas, o en los fueros o en cualquiera de ellos, o alguna duda fuere hallada en ellos, o algún hecho porque por ellos no se puede librar, que Nos que seamos requeridos sobre ellos, porque hagamos interpretación, o declaración o enmienda donde entendiéremos que cumple, y hagamos Ley nueva la que entendiéremos que cumple sobre ello, por la que la justicia o el derecho sea guardado.¹⁰

Finalmente esta ley 1 del título 28 del *Ordenamiento de Alcalá*, continuando con la tradición visigótica del *Liber*, permitió el estudio del derecho romano en los siguientes términos: “Empero, bien queremos, e sofrimos que los libros de los derechos que los Sabios antiguos hicieron, que se lean en los Estudios generales de nuestros Señorío, porque hay en ellos mucha

⁸ López, Gregorio, gl. 3, ad P. 6.13.9, en *Las Siete Partidas*, en *Los códigos españoles concordados y anotados*, IV (Madrid, 1872), p. 203.

⁹ Carrasco del Saz, Francisco, *Interpretatio ad alias Leges Recopilationis Regni Castellae; explicataeque quaestiones plures, antea non ita discussae, in praxi frequentes iudicibus quibuscumque, nec non causidicis, & in Scholis uiles, etiam Theologiae Sacrae Professoribus & Confessariis* (Hispali, 1620), cap. III, parr. 2, núm. 22, fol. 43.

¹⁰ *Ordenamiento de Alcalá*, I. XXVIII, en *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, t. I (Madrid, 1872), p. 465.

sabiduría, y queremos dar lugar a que nuestros naturales sean sabidores, y sean por ende más honrados.”

Esta posición del derecho común en Castilla no era más que la misma solución dada contemporáneamente por los comentaristas al problema de la vigencia de los estatutos y derechos propios de las ciudades italianas en relación con el común, y que Baldo magistralmente había resumido en el adagio: *Ubi cessat statutum habet locum ius commune* o en aquel otro, no menos conocido: *Ius proprium est ius commune ubi viget*.

A pesar de haber situado al derecho común, a través de las *Siete Partidas*, en el tercer orden de prelación, a falta de derechos propios, su vigencia se mantuvo e incluso fue en aumento, debido sobre todo a su promulgación y a que era el único cuerpo jurídico que regulaba integralmente las diversas materias jurídicas. Además, la legislación real era en esta época muy escasa y los derechos locales todavía eran fragmentarios y no abarcaban todos los aspectos del derecho privado, por esta razón resultaban las *Partidas* un texto de amplia aplicación. De otro lado, contribuía a su aplicación el hecho de estar constituidas fundamentalmente por derecho común, lo que las convertía en un texto muy apreciado por los juristas y restantes letrados que compartían la misma formación.

Este avance del derecho común a través de las *Siete Partidas*, también se manifestaba en que los abogados recurrián en juicio para fundar sus alegaciones a las opiniones de los juristas del derecho común, tanto glosadores como comentaristas, lo que normalmente demoraba el curso de los pleitos. Para solucionar esta cuestión y para detener el avance del derecho común de los juristas los reyes dictaron ciertas disposiciones que consistían en verdaderas leyes de citas, destinadas a limitar la invocación en tribunales de la opinión de los doctores.

El instrumento utilizado por los reyes para detener el avance del *ius commune* fueron las *Pragmáticas*, que eran leyes aparecidas en Castilla durante el reinado de Juan II, a principios del siglo XV, dictadas por el monarca actuando sin intervención de las Cortes, es decir, *motu proprio*, a ciencia cierta y con poderío real absoluto, y que gozaban del mismo valor que el de aquellas que se habían dado en Cortes, lo que se declaraba en ellas mismas.

Las Pragmáticas dictadas para restringir las citas de juristas en tribunales fueron la de Juan II de 1427 y la de Madrid de 1499.

En la primera de ellas se declaró que sólo se podían invocar ante los tribunales las opiniones de los juristas de derecho común anteriores a

Bartolo (+1357) en derecho civil, y a Juan Andrés (+1348) en derecho canónico. Las palabras de esta pragmática eran las siguientes:

Que las partes nin sus letrados e abogados nin otros algunos, non sean osados de alegar, ninguno en los pleitos e causas e questiones nin por scripto nin en otra manera alguna opinión nin determinación nin decisión nin dicho, nin actoridad, nin glosa de qualquier Doctor nin Doctores nin de otro alguno, así legistas como canonistas, de los que han sido hasta aquí después de Juan Andrés y Bartolo, nin otrosí de los que fuese de aquí adelante.

No dio los frutos esperados esta disposición, y por ello Fernando e Isabel adoptaron una medida aun más restrictiva de las opiniones de los juristas, al ordenar en virtud de la Pragmática de Madrid de 1499 que sólo se podían citar en juicio las opiniones de Bartolo de Sassoferato y Baldo de Ubaldi en derecho civil, así como de Juan Andrés y Nicolás Tudeschis (Abad Panormitano) en materia canónica.¹¹

Esta pragmática también fue insuficiente; por ello, las *Leyes de Toro* de 1505 la derogaron, impidiendo alegar en juicio los escritos de los juristas del derecho común, con lo cual se acababa toda posibilidad de influencia de las doctrinas de los autores en los tribunales. A pesar de ello se mantuvo en cierta medida la invocación de la autoridad de los doctores.

En las Cortes reunidas en Toro para jurar como reina de Castilla a doña Juana, se dictaron el año 1505 las *Leyes de Toro*, constituidas por un conjunto de 83 leyes, en cuya elaboración habría intervenido el jurista castellano Juan López de Palacios Rubios. Trataban fundamentalmente materias tocantes al derecho de familia y sucesiones, pero además en sus primeras leyes se tocaba el tema de la aplicación del derecho y del orden de prelación de sus fuentes.

La ley primera de Toro recogió y reiteró el mismo orden de prelación contenido en el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348, vale decir, en primer término se debía acudir para resolver un pleito a la legislación real, a falta de ella al *Fuero Real* y a los fueros locales, siempre que estuvieren en uso y no fueren contra Dios, razón o leyes reales; en tercer orden se aplicaban las *Siete Partidas* y a falta de todas ellas se consagraba el referimiento al legislador.

¹¹ En Pérez Prendes, José Manuel, *Leyes por la brevedad de los pleitos* (1499), edición facsimilar (Granada, 1973).

En cuanto a la confirmación de este orden de prelación de Alcalá de Henares de 1348, los juristas entendieron que en el segundo orden de prelación que se refería al *Fuero Real* y a los restantes fueros, los requisitos del uso y vigencia sólo se exigían a los fueros municipales y no al *Fuero Real*, lo que explicará luego su aplicación en las Indias, supuesto que los restantes fueros no podían aplicarse en ellas, dado que jamás habían estado en uso.

Pero además, como ya se ha dicho, las *Leyes de Toro* derogaron la *Pragmática de Madrid* de 1499 y al efecto prescribieron que:

Y por quanto Nos ovimos fecho en la Villa de Madrid, el año que passó de 99, ciertas leyes e ordenanças; las quales mandamos que se guardassen en la ordenacion, y algunas en la decision de los Pleytos e causas en el nuestro Consejo, e en las nuestras Audiencias; e entre ellas hecimos unaa ley e ordenança que habla cerca de las opiniones de Bartholo e Baldo e de Juan Andrés e el Abad, qual de ellas se debe seguir en dubda a falta de ley: y porque agora somos informados que lo que fizimos por estorvar la prolixidad y muchedumbre de las opiniones de los doctores, ha traído mayor daño e inconveniente, por ende, por la presente revocamos, casamos e anulamos, en quanto a esto, todo lo contenido en la dicha ley e ordenança...¹²

También las *Leyes de Toro* prohibieron expresamente en su ley segunda que se juzgara por otras leyes que no fueran las de Castilla contenidas en el orden de prelación, pero permitieron el estudio del derecho romano, porque en él había razón de sabios. De otro lado impusieron igualmente a los jueces y oficiales de la corte el deber de conocer y estudiar los textos de legislación real castellana.

Todos estos preceptos de las *Leyes de Toro* de 1505 importaban la subordinación del derecho común a los derechos propios, situación que se mantuvo hasta el triunfo de los ideales de la Codificación en el siglo XIX, favorecida por el auge de la legislación real que se advierte en Castilla desde el advenimiento de la edad moderna y que se tradujo, entre otras cosas, en la elaboración de la primera recopilación: las *Ordenanzas Reales de Castilla* u *Ordenanzas de Montalvo*, promulgadas en 1484 y debidas a Alonso Díaz de Montalvo.

¹² *Leyes de Toro (1505)*, en *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, t. VI (Madrid, 1872), p. 558.

Esta subordinación del derecho común romano a los derechos propios, no significó que los juristas renunciaran a la posibilidad de invocar el derecho romano y el de los jurisconsultos en los tribunales, pues algunos de ellos, al comentar la ley primera de Toro, incluían a la costumbre, después de las *Siete Partidas*, y tras ella al derecho romano, pues entendían que la ley de Toro habría corregido de esta manera a la *Pragmática de Madrid*. Tal era el caso de Antonio Gómez (1502-1562/72), quien en su *Ad Leges Tauri commentarius absolutissimum*, al tratar de la citada ley escribía:

Nota ex ista lege, quod in isto Regno, in decisionibus causarum prius, & ante omnia debet iudicari per estas *Leges Tauri*; item consecutive postea per *Leges Ordinamenti, & Pragmaticas huius Regni, & Leges Partitae*; licet non prohibetur earum usus, nec consuetudo; postea per *Leges Fori*, quae fuerint in usu, & consuetudine. Postea vero, his deficientibus, debet iudicari per ius commune Romanorum Consultorum, & Impe(ra)torum (sic), quod legitur, & disseritur in Scholis, & in Studiis generalibus, secundum communem opinionem, quae reperiatur in casu de quo dubitatur; correcta *Lege Regia de Madrid*, quae disponebat, quod in decisionibus causarum, deficiente lege, sequatur opinio Bartol. & postea Bald.¹³

Abundaba, luego el propio Antonio Gómez (1502-1562/72), en una argumentación que le permitía defender que la opinión común de los doctores debía seguirse a falta de ley, costumbre y de razón natural:

Item adde, quod deficiente lege & consuetudine, recurrentum est ad rationem naturalem...Item, deficientibus his, recurrentum est ad communem opinionem Doctorum...quod intellige, si non est evidenter falsa, quia multoties unus ex subili ingenio, & optimis rationibus posset alias superare...¹⁴

Se ponía luego en el caso de no existir opinión común: “Item, communione deficiente, imo prorsus deficiente aliqua probabili opinione aliquius Doctoris, procedendum erit argumento alicuius legis, vel iuris scripti simili casu disponentis.”¹⁵

Y sólo a falta de todo este engarzado sistema debía el juez recurrir al principio: “Si vero omnia praedicta deficiant, itaque iudex nesciat quid

¹³ Gómez, Antonio, *Ad Leges Tauri commentarius absolutissimum* (Salamanca, 1555), cito por la edición de Madrid, 1768, lex I. núm. 1, fols. 5, 6.

¹⁴ *Ibid.*, lex I. núm. 9, fol. 6.

¹⁵ *Ibid.*, lex I. núm. 10, fol. 6.

faciat, recurrendum est ad Principem, quia eius est declarare, cuius est condere...”¹⁶

El dictado de las *Leyes de Toro* marcó también en Castilla un cambio del concepto de derecho común, pues hasta dicha época se había tenido por tal al romano-canónico y, ahora, en cuanto reiterada su falta de valor legal en el reino y limitado sólo a *sentencias de sabios*, amén de la prohibición de invocar opiniones de juristas en juicio, tal lugar lo pasó a ocupar el derecho real, en cuanto derecho de aplicación general y común en el reino, respecto de los diversos derechos forales que mantuvieron su carácter de derechos propios.¹⁷ Así, Juan de Matienzo (1510-c.1579) podía decir en 1558, que: “*nuestras leyes regias se llaman no estatutos municipales, sino derecho común y civil en nuestro reino*”,¹⁸ y que las leyes y derecho justiniano:

*no se dicen entre nosotros derechos, sino dichos de sabios, que, en caso de deficiencia de ley, podemos seguir; y, en la medida en que se ayuden por la razón y se conformen con el derecho regio, pueden ser alegadas en juicio... y con razón nuestro derecho regio se dice derecho común.*¹⁹

Tal era, pues, la situación del derecho común y del derecho real en Castilla, al momento de producirse el descubrimiento de América.

Así pues, el derecho indiano estaría llamado a estructurarse sobre la base de tres grandes elementos formativos: el derecho castellano, el derecho municipal indiano y los derechos indígenas, que se articularon sobre los moldes de la tradición jurídica del *ius commune* y, concretamente, en función de las nociones del derecho común y el derecho propio.²⁰

En efecto, el derecho castellano se aplicó en las Indias por razones jurídicas y prácticas, supuesto que las nuevas tierras, por donación pontificia y otros justos títulos, se habían incorporado a la corona de Castilla, y porque tal derecho era el que regulaba las más de las materias propias del derecho privado, amén de ser el de los conquistadores. Tal decía en 1620 el oidor

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Véase Guzmán Brito, Alejandro, *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio*, en prólogo a Bravo Lira, Bernardino, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo* (Santiago, 1989), pp. XI-XXXVIII.

¹⁸ Matienzo, Juan, *Dialogus relatoris et advocati Pinciani Senatus* (Matriti, 1558), part. 3, cap. 34, núm. 2.

¹⁹ *Ibid.*, part. 3, cap. 34, núm. 8.

²⁰ Véase Bravo Lira, Bernardino, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo* (Santiago, 1989).

de la Real Audiencia de Panamá, Francisco Carrasco del Saz (15 ?-1625) en su *Interpretatio ad aliquas Leges Recopilationes Regni Castellae*:

...& Regnum harum Indiarum Occidentalium adactum, vel adiectum Regnis Castellae & Legionis, eiusdem legibus subiicitur & gubernatur, quae sancitae fuerunt in praedicto Regno Castellae, nam adiunctum fuit casu primum fortuito, deinde bello, ex Alexandro in lege si ex toto, notabili 3. de legatis I. idem Alexand. cons. 168. lib. 2. Jason in lege finali C. de verbor. significatio...²¹

El derecho castellano se aplicó en Indias con carácter de derecho común, esto es como un derecho de aplicación general y subsidiaria, pues se recurrió a él a falta de derechos propios, que en el Nuevo Mundo lo eran los derechos indígenas y el derecho municipal indiano.

Esta posición del derecho real castellano en América, no era más que el reflejo de aquella vieja solución dada por los comentaristas al problema de la vigencia de los estatutos y derechos propios de las ciudades italianas en relación con el común, y que Baldo había expresado en el ya citado adagio: *Ubi cessat statutum habet locum ius commune*, que por otra parte hemos visto consagrado en el *Ordenamiento de Alcalá*.

La aplicación en las Indias del derecho real castellano como derecho común y, por ende, en carácter subsidiario de los derechos propios, que aquí lo eran el derecho municipal indiano y los derechos indígenas, y conforme al orden de prelación de Alcalá de 1348 confirmado en las Leyes de Toro de 1505, se mandó guardar a la Real Audiencia de México por el capítulo 54 de sus *Ordenanzas antiguas* de 20 de junio de 1528, que al efecto decían a sus oidores que como:

...En estas nuestras ordenanzas no van declarados ni proveydos todos los casos convenientes y nescesarios para la buena y breve administración de la justicia e orden de la dicha nuestra Audiencia, ordenamos e mandamos que cada e cuando acaesciere alguna cosa que no este proveyda y declarada en estas nuestras ordenanzas y en las leyes de Madrid fechas el año de quinientos e dos, se guarden las leyes e premáticas de nuestros Reynos, conforme a la Ley de Toro, ora sea de horden, o forma, o sustancia, que toque a la ordenación o dicesión de los negocios y pleytos de la dicha Audiencia y fuera de ella.²²

21 Carrasco del Saz, Francisco, *Interpretatio ad aliquas Leges Recopilationis Regni Castellae; explicataeque quaestiones plures, antea non ita discussae, in praxi frequentes iudicibus quibuscumque, nec non causidicis, & in Scholis utiles, etiam Theologiae Sacrae professoribus & confessariis* (Hispani, 1620), cap. I, núm. 20, fol. 13.

22 En Puga, Vasco de, *Provisiones, cédulas, instrucciones para el gobierno de la Nueva España*

Esta ordenanza pasó al texto retocado de las *antiguas* de audiencias de 1530 y de allí a la 312 de las *nuevas* de 1563, que son citadas como fuentes de la ley segunda del título primero del libro segundo de la *Recopilación de Indias*, cuyo tenor es el que sigue:

Ordenamos y mandamos, que en todos los casos, negocios y pleytos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta Recopilación, o por Cédulas, Provisiones, u Ordenanzas dadas, y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestros Reynos de Castilla, conforme a la de Toro, así en cuanto a la substancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleytos, como a la forma y orden de substanciar.²³

Disposición ésta, muy conforme a la parte final de la ley anterior de la propia *Recopilación*, que prescribía que: *en lo que no estuviere decidido por las leyes de esta Recopilación, para las decisiones de las causas y su determinación, se guarden las leyes de la Recopilación, y Partidas de estos Reynos de Castilla, conforme a la ley siguiente*,²⁴ y a la ley que declaraba la autoridad que habrían de tener las leyes de la *Recopilación de Indias*, que en su parte respectiva mandaba:

...que las leyes en este libro contenidas... se guarden, cumplan, y ejecuten, y por ellas sean determinados todos los pleytos, y negocios, que en estos y aquellos Reynos ocurrieren... guardando en defecto de ellas lo ordenado por la ley segunda, título primero, libro segundo de esta Recopilación.

Por esto, bien podía decir Antonio de León Pinelo (1592?-1660) en 1630, en su *Tratado de las confirmaciones reales*, que: “Las leyes de Castilla todas están mandadas guardar en aquellos Reynos (Los de Indias), no absolutamente, sino en lo que no estuviere decidido por las suyas propias i particulares, o no fuere contrario a ellas.”²⁵

Y su contemporáneo, Juan de Solórzano Pereyra (1575-1655), en 1647 en su célebre *Política india*, escribía en similares términos:

(México, 1563), fols. 12 vta. y ss. Ahora en Sánchez-Arcilla Bernal, José, *Las Ordenanzas de las Audiencias de Indias (1511-1821)* (Madrid, 1992).

²³ Rec. I, 2.1.2.

²⁴ Rec. I, 2.1.1.

²⁵ León Pinelo, Antonio, *Tratado de confirmaciones reales de encomiendas, oficios i casos, en que se requieren para las Indias Occidentales* (Madrid, 1630), part. I, cap. 8, párr. 22.

Siempre este Supremo Consejo de las Indias, de quien vamos hablando, ha procurado gobernar y contener las Provincias de ellas en Leyes, y ordenanzas, no sólo justas, sino ajustadas, y convenientes a lo que al gobierno, temple, disposición, y necesidad de cada una de ellas le ha parecido, dejando en lo demás en su fuerza, y vigor las comunes, y generales que están dadas, y promulgadas para los Reynos de Castilla y León...²⁶

De tal manera, en Indias debía guardarse para la substanciación y determinación de los pleitos el viejo principio del *ius commune*, según el cual, sólo a falta de derecho propio se podía recurrir al común, y como desde las *Leyes de Toro* se había comenzado a entender por tal al derecho real castellano, en el Nuevo Mundo primero debía juzgarse conforme a las llamadas *Municipales*, que eran las disposiciones reales dirigidas particularmente para las Indias, y que por lo tanto constituyan un derecho propio de aquéllas; y en defecto de éstas se debía recurrir al derecho castellano según el orden de prelación de las *Leyes de Toro*, que eran el derecho común aplicable a estos y a aquellos dominios de la monarquía hispano-indiana.

Supuesta la aplicación común y subsidiaria del derecho castellano en las Indias, según el orden de prelación confirmado en las *Leyes de Toro*, la recepción por vía oficial o real del *ius commune* se produjo, en el caso de la América hispana, fundamentalmente a través de las *Siete Partidas*, pues este cuerpo no fue más que una reelaboración del derecho romano justiniano y de la glosa, cuya aplicación se extendió a las Indias por decisión real, y aquí, a diferencia de Castilla, se convirtieron en el primer cuerpo de derecho privado para la regulación de materias civiles perdiendo, en cierta medida, su carácter subsidiario, debido a que en las Indias no hubo una legislación real abundante en asuntos privados y a que no existieron derechos propios importantes, como los fueros en la península.²⁷

De modo tal, el derecho común romano-canónico penetró en las Indias a través de las *Siete Partidas*, y de su literatura jurídica adventicia, propia del *mos italicus*, como la glosa de Gregorio López y sus adiciones de Gaspar y Juan de Hermosilla, que aparecen en casi todas las librerías de los letrados indios.

²⁶ Solórzano Pereyra, Juan de, *Política india* (Madrid, 1647), citado por la reimpresión de Madrid, 1776, t. II, lib. V, cap. 16, núm. 11, fol. 403.

²⁷ Guzmán Brito, Alejandro, *La penetración del derecho romano en América*, en *Revista Chilena de Derecho*, 18, núm. 2 (Santiago, 1991), pp. 203-211.

Así, en el inventario de los bienes del presidente de la Real Audiencia de Santo Domingo, Gregorio González de Cuenca (15 ?-1581), levantado en el mismo lugar entre el 17 y el 22 de mayo de 1581, aparecía una edición de las *Partidas* en dos cuerpos con la glosa de Alonso Díaz de Montalvo, quizá en su edición de Alcalá de Henares, por Juan de Brocar en 1542, y otra con la glosa gregoriana en tres cuerpos, tal vez en la edición salmantina de Andreas Portonariis de 1565.²⁸

En el reino de Chile, la edición glosada de Gregorio López, se encontraba en las libreras de los oidores Gaspar de Narváez y Valdelomar (1556-1632), Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647), Sancho García de Salazar (c.1630-1688), Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737), Francisco Ruiz de Berecedo (1674-1743), Juan Bautista Verdugo (1704-1779), Domingo Martínez de Aldunate (1707-1778), José Clemente de Traslaviña y Oyagüe (1714-1780), Luis de Santa Cruz y Zenteno (1716-1784), Juan Hipólito Suárez Trespalacios (1744-1788), y el regente Francisco Antonio Moreno y Escandón (1736-1792).²⁹ También estaba entre los libros de la Academia Carolina de Leyes Reales y Práctica Forense de Santiago de Chile, de donde pasó a la Biblioteca Central de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.³⁰

En Charcas, la glosa gregoriana aparecía en las libreras de los oidores Antonio Porlier (1722-1813), Miguel Martínez de Escobar (1728-1774), Manuel José de Reyes (1754-c.1821), y del relator Juan José de Segovia (1729-1809). Además, las *Siete Partidas*, con toda seguridad acompañadas por la glosa de López, se encontraban en las bibliotecas de los oidores Francisco de Xaraba y Buitrón (16 ?-c.1690), Antonio Martínez Luján de Vargas (16 ?-1696), José Agustín de Ussoz y Mozi (1763-p.1820), y del escribano de cámara, Carlos de Toledo (17 ?-1819).³¹

En Perú, se encontraba una edición glosada por Gregorio López, en la librería del contador Miguel Feijó de Sosa (1718-1791),³² y en la biblioteca

²⁸ Hampe Martínez, Teodoro, *Lecturas de un jurista del siglo XVI. La biblioteca del doctor Gregorio González de Cuenca, presidente de la Audiencia de Santo Domingo (1581)*, en AEA, XLI (Sevilla, 1984), pp. 143-193.

²⁹ Barrientos Grandon, Javier, *La cultura jurídica en el Reino de Chile. Bibliotecas de Ministros de la Real Audiencia de Santiago (siglos XVII-XVIII)* (Santiago, 1992).

³⁰ Barrientos Grandon, Javier, Rodríguez Torres, Javier, *La biblioteca jurídica antigua de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, en REHJ, XIV (Valparaíso, 1991), p. 314.

³¹ Ripodaz Ardanaz, Daisy, *Bibliotecas privadas de funcionarios de la Real Audiencia de Charcas, en Memoria del II Congreso Venezolano de Historia*, II (Caracas, 1975), pp. 529-530.

³² Lohman Villela, Guillermo, *La biblioteca de un peruano de la Ilustración: el contador Miguel Feijo de Sosa*, en RI, XLIV (Sevilla, 1984), pp. 367-384.

de la Universidad de San Marcos de Lima aún se conserva la edición en tres volúmenes editada en Salamanca por Domingo de Portonariis Ursino, en el año 1576.³³

En el Río de La Plata, Argentina, aparecía Gregorio López en su glosa al texto alfonsino entre los libros del abogado Francisco Pombo de Otero (17 ?-c.1803) en una edición tardía en cuatro cuerpos.³⁴

De su lado, las *Notae, additiones et resolutiones ad glossas Legum Partitarum D. Gregorii Lopetii*, de Gaspar y Juan de Hermosilla, aparecían en las librerías de los oidores santiaguinos, Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647), Sancho García de Salazar (c.1630-1688), Juan Bautista Verdugo (1704-1779), Domingo Martínez de Aldunate (1707-1778) y José de Traslaviña y Oyagüe (1714-1780). Actualmente se conservan en la Biblioteca Nacional de Chile, en sus ediciones de *Lugduni, ex officina Anissoniana*, 1674; y *Coloniae Allobrogum, sumptibus Marci Michaelis Bousquet*, 1726; y allí mismo, *sumptibus Fratres De Tournes*, 1751; en la Biblioteca Central de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en su edición de *Coloniae Allobrogum* de 1726; también igual edición, que perteneció al doctor Gabriel Ocampo (1798-1882), redactor del *Código de Comercio* de Chile, en la Biblioteca Marcial Martínez de la misma facultad.

Al promediar el siglo XVIII aparecieron los *Apuntamientos sobre las Leyes de Partida al tenor de las Leyes Recopiladas, autos acordados, autores españoles y práctica moderna*,³⁵ de José Berní Catalá (172-1787), que aunque ya no del estilo bartolista de las glosas de López y Hermosilla, continuaban en la tradición de los comentarios a los textos de legislación real. Esta obra la poseía el oidor de la Real Audiencia de Santiago de Chile, Juan Hipólito Suárez Trespalacios y Escandón (1744-1788), también la contaba entre sus libros el licenciado Juan Egaña, de quien pasó a su hijo, Mariano, y de éste a la Biblioteca Nacional de Chile, de donde fue finalmente a parar a la Biblioteca Central de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, donde puede consultarse.

En el último cuarto de este mismo siglo se publicó el *Compendio del Derecho Público y Común de España, o De las Leyes de las Siete Partidas*,

³³ Dolezalek, Gero, *Libros jurídicos anteriores a 1800 en la biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Lima*, en *Studi Sassaresi*, V (Sassari, 1981), p. 516.

³⁴ Levaggi, Abelardo, *La biblioteca del doctor Francisco Pombo de Otero*, en RHD, 8 (Buenos Aires, 1980), pp. 475-500.

³⁵ Berní Catalá, José, *Apuntamientos sobre las leyes de Partida, al tenor de leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles y práctica moderna*, Valencia, por los herederos de Gerónimo Conejos, 1759.

colocado en su orden natural, de Vicente Vizcaíno Pérez,³⁶ quien, sobra decir, se ha inspirado en el clásico trabajo de Jean Domat (1625-1696). La obra de Vizcaíno la contaba entre sus libros el oidor santiaguino, Juan Hipólito Suárez Trespalacios y Escandón (1744-1788), y hoy se conserva en la Biblioteca Nacional de Chile y en la Marcial Martínez de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

De otro lado, las *Siete Partidas*, tuvieron amplia aplicación en juicio ante los tribunales indianos. Así, por ejemplo, en la Real Audiencia de Santiago de Chile, en 1724, se inició juicio por doña Rafaela Caxal contra doña Juana Ibáñez de Andrade, para que esta última reconociera que su heredad estaba gravada con la servidumbre de *stilicidium*, pero la dueña del predio sirviente argumentó que su propiedad estaba libre de tal imposición, supuesto que había operado la liberación de su predio por una especie de prescripción extintiva, y al efecto alegaba que:

Por otra *ley de Partidas* se ordena que el que concede licencia para edificar *contra unam servitutem*, la pierde de la misma suerte el que no usa de ella, respecto de que esta omisión es por equivalencia acto opuesto a la propia servidumbre.³⁷

Mas no sólo eran alegadas por las partes y en materias de derecho privado, sino también por los propios ministros de las audiencias y en todo género de asuntos. Por ejemplo, en la real audiencia de Santiago de Chile, el fiscal del crimen, Ambrosio Zerdán de Landa y Simón Pontero, preocupado, por tratar de resolver el permanente problema de la provisión de verdugo, presentó el 17 de octubre de 1778 un pedimento ante el tribunal en el que señalaba:

El Fiscal de S.M. en lo Criminal, dice: que siendo el Verdugo, un subalterno sumamente necesario para que tengan efecto las resoluciones de Justicia, es indispensable se proceda a nombrar sujeto que sirva este oficio sin exponerlo a las contingencias que ha padecido hasta ahora, habiendo recaído en reos forzados o indultados por semejante Ministerio. Para pedirlo, el Fiscal a V.A., con las luces e instrucción correspondiente necesita saber qué dineros señala el

³⁶ Vizcaíno Pérez, Vicente. *Compendio del derecho público y común de España o de las Leyes de las Siete Partidas colocado en orden natural*, Madrid, por Joaquín Ibarra, impresor de Cámara de Su Majestad, 1784.

³⁷ ANRACH, vol. 1 286, pza. 2, fs. 13 vta.

arancel a dicho subalterno, y reconocer el expediente o expedientes que haya en la Secretaría relativos a la provisión de este empleo...³⁸

Mientras se substanciaba este expediente huyó el verdugo, que lo era el reo rematado Antonio Garrido,³⁹ quien luego fue recapturado y nuevamente destinado al servicio de dicho empleo, pero volvió a escapar en la última semana de mayo de 1779. Por esto, el fiscal, en escrito del 1 de junio de 1779, insistía en su requerimiento y pasaba revista a la historia y regulación legal del oficio de verdugo, apoyándose, entre otros fundamentos, en las *Siete Partidas*:

Registrando las historias antiguas se advierte que en esos tiempos no había verdugo señalado, sino que cualquiera del pueblo lo era, como se lee en diferentes lugares de la Sagrada Escritura, donde consta, que aun los jueces mismos ejecutaban sus sentencias por sí, sus hijos y criados, habiendo llegado en la edad de Salomón a hacer el oficio de Verdugo un gran capitán.

Según se colige del contexto literal de las leyes 2, título 19, partida 2 y de la 3, título 3º, partida 7, los Alguaciles deben ejercer este oficio por mandado del Rey o de los Jueces. De suerte que recomendando estas mismas leyes la calidad distinguida de los Alguaciles, y las honras con que los soberanos hayan decidido condecorarlos, se infiere por consecuencia legítima, que el oficio de verdugo no se mirara siempre como vil, sino a veces como honrado, en cuya virtud fue llamado su poseedor con el renombre de Justicia.

Sin embargo, considerando después, cuánto repugna a esta naturaleza humana, que los hombres maten y despedacen a sus semejantes, pues aun las fieras no lo osan con las de su género por instinto natural; se tuvo por abominable el empleo de verdugo, reputándolo por vil, odioso e infame, de tal manera que (como dice un sabio orador) se entristecía el pueblo y público espectáculo con la vista sola del verdugo.⁴⁰

Viva importancia cobraron las *Siete Partidas*, al finalizar la época india, pues cuando se discutía en las diversas provincias ultramarinas de la monarquía la situación derivada de la cautividad de Fernando VII, se recurrió a ellas para argumentar la necesidad de constituir juntas. Así, en Santiago de Chile, el procurador del Cabildo, José Miguel Infante, en su parecer acerca del reconocimiento al Consejo de Regencia, el 14 de agosto de 1810 decía:

³⁸ *Ibid.*, vol. 2 231, pza. 2, fs. 43-43 vta.

³⁹ *Ibid.*, vol. 2 352, pza. 2, fs. 8-8 vta.

⁴⁰ *Ibid.*, vol. 2 231, pza. 2, fs. 46 y ss.

Cautivo nuestro rey el señor don Fernando Séptimo por la infame perfidia de Napoleón, y no habiendo nombrado Regente del Reino ¿Qué debería hacer la nación? No dejaron nuestros sabios legisladores de prevenir el caso.

La ley 3^a, título 15, Partida 2^a, resuelve lo que debe practicarse, que es, juntarse todos los mayoriales del reino, así como los prelados, los hombres ricos y los nobles, y jurando antes la guarda y honra de su Señor, y bien común de la patria, elegir tales hombres, que lo guarden bien, y lealmente...⁴¹

Pero las *Siete Partidas*, no sólo rigieron en la América hispana durante la época india, sino que sobrevivieron largamente a la independencia de los antiguos reinos de la monarquía y sólo dejaron de aplicarse con la codificación que, en muchos casos, la tuvo como una de sus fuentes.

En Chile, por ejemplo, los juntistas, para remplazar a la Real Audiencia, disuelta el 24 de abril de 1811, erigieron el 13 de mayo del mismo año el Tribunal de Justicia y Apelaciones integrado por cuatro jueces, que fueron los licenciados Francisco Cisternas, Francisco Pérez y Salas, Lorenzo José Villalón y Juan de Dios Gacitúa. Este Tribunal de Justicia y Apelaciones ejerció la misma competencia que la Real Audiencia y debió sujetarse a las mismas disposiciones y prácticas, conforme al decreto de 19 de junio de 1811, en virtud del cual la Junta ante la consulta que le dirigió el Tribunal sobre cómo habrían de actuar, declaró que:

Vista la anterior consulta del Tribunal de Justicia y Apelaciones y lo expuesto por el Ministerio Fiscal, se declara: Que dicho Tribunal en el punto consultado, como en los demás casos ocurrentes debe ajustarse a lo dispuesto por las leyes y a la práctica observada hasta aquí.

Este Tribunal fue disuelto durante la Restauración (1814-1817); ya restablecido en febrero de 1817 subsistió hasta la *Constitución Provisoria* de 1818, que le cambió de nombre, para llamarlo Cámara de Apelaciones, cuya competencia se extendía, según la propia *Constitución*, a todo el país y le tocaba conocer de: “Todo juicio contencioso entre partes, aunque sea gubernativo, siempre que se haga contencioso, arreglándose en todo lo dispuesto por el derecho común y leyes que actualmente rigen, interim se establece un nuevo código”.

Además la misma *Constitución* de 1818 prescribió, que en materia de organización de la judicatura: “Se observará, interim por el Congreso

⁴¹ En Martínez, Melchor, *Revolución en Chile, 1810-1814*, II (Santiago, 1969), p. 73.

Nacional se forma un nuevo Reglamento, *lo dispuesto por las leyes que hasta esta época rigen*".

E insistía el mismo texto constitucional en que los magistrados: "Interin se verifica la reunión del Congreso, juzgarán todas las causas por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido, a excepción de las que pugnan con el actual sistema liberal de gobierno".

Por la misma época en el Río de la Plata, el *Reglamento de 1817* había regulado de manera similar la aplicación de las fuentes del derecho:

Hasta que la Constitución determine lo conveniente, subsistirán todos los códigos legislativos, cédulas, reglamentos y demás disposiciones generales y particulares del antiguo gobierno español que no estén en oposición directa o indirecta con la libertad e independencia de estas provincias, ni con este Reglamento y demás disposiciones que no sean contrarias a él, libradas desde el 25 de mayo de 1810.⁴²

En 1821, la *Constitución de Cúcuta*, para Colombia, Ecuador y Venezuela, prescribió en su artículo 188: "Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución, ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso".⁴³

En Colombia, por ley de 13 de mayo de 1825 se completó el orden de prelación de las leyes existente en la época india, al disponer:

El orden en que deben observarse las leyes en todos los tribunales y juzgados de la República, civiles, eclesiásticos y militares, así en materias civiles como criminales, es el siguiente:

1º Las decretadas o que en lo sucesivo se decreten por el Poder Legislativo.

2º Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observancia bajo el mismo gobierno en el territorio que forma la República.

3º Las Leyes de la Recopilación de Indias.

4º Las de la Nueva Recopilación de Castilla.

5º Las de las *Siete Partidas*.⁴⁴

⁴² Tau Anzoategui, Víctor y Martíre, Eduardo, *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, 5^a ed. (Buenos Aires, 1981), p. 471.

⁴³ En Gil Fortoul, José de, *Historia constitucional de Venezuela*, 3 vols. 5^a Ed. (Caracas, 1967), 2, pp. 572 y ss.

⁴⁴ En Uribe Misas, Alfonso, *Estudio preliminar al Código Civil de Colombia* (Madrid, 1963), pp. 15-16.

En Chile, una de las llamadas *Leyes Marianas* de 1837, tocante a la fundamentación de las sentencias, reconocía la vigencia de las *Siete Partidas* dentro del derecho aplicable para la determinación de los pleitos.

Posteriormente fueron utilizadas abundantemente por Andrés Bello en la elaboración del *Código Civil*, promulgado en 1855, y aun vigente. Así lo expresa repetidas veces en el *Mensaje* con que el presidente de la república envió el proyecto al Congreso. Sirvan de ejemplo los siguientes:

El *Código de las Partidas* confiere la legitimación *ipso iure*, pero sólo al hijo de barragana, al hijo natural. En esta parte está de acuerdo con ella el presente proyecto.⁴⁵

En la determinación de las cuotas hereditarias, cuando las disposiciones del testamento envuelven dificultades numéricas, se han seguido sustancialmente, y creo que con una sola excepción, las reglas del derecho romano y del *Código de las Partidas*.⁴⁶

Luego existen en el propio *Mensaje* dos párrafos notables, que aclaran toda duda respecto de la influencia de las *Partidas* en la codificación civil chilena, tanto en el fondo como en la forma, pues las declaran lumbreña que se ha tenido más constantemente a la vista y modelo imitado:

Por punto general, el *Código de las Partidas* y el *Código Civil* francés, han sido las dos lumbreñas que se han tenido más constantemente a la vista. Donde ellos difieren, se ha elegido lo que más adaptable y conveniente parecía.⁴⁷

Por lo que toca al método y plan que en este Código se han seguido, observaré que hubiera podido hacerse menos voluminoso, omitiendo ya los ejemplos que suelen acompañar a las reglas abstractas, ya los corolarios que se derivan de ellas, y que para la razón ejercitada de los magistrados y jurisconsultos eran ciertamente innecesarios. *Pero, a mi juicio, se ha preferido fundadamente la práctica contraria, imitando al sabio legislador de las Partidas*. Los ejemplos ponen a la vista el verdadero sentido y espíritu de una ley en sus aplicaciones; los corolarios demuestran lo que está encerrado en ella, y que a ojos menos perspicaces pudiera escaparse. La brevedad ha parecido en esta materia una consideración secundaria.⁴⁸

⁴⁵ *Mensaje con que el presidente de la república remitió al Congreso el Proyecto de Código Civil, en Código Civil de la República de Chile* (Santiago, 1856), párrafo 5.

⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 35.

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 40.

⁴⁸ *Ibid.*, párrafo 45.

De otro lado, la partida tercera rigió en Chile hasta el dictado de los Códigos de Procedimiento Civil (1903) y Penal (1907), y la séptima, hasta la promulgación del Código Penal en 1875.⁴⁹

En suma, en la Indias el gran texto difusor del derecho romano medieval, por vía oficial, fue el de las *Siete Partidas*, aplicables por decisión real, y que como tal subsistió a la desintegración de la monarquía hispano-indiana al principiar el siglo XIX, constituyéndose en el nexo vinculante entre la tradición jurídica romana del medioevo y los derechos patrios o nacionales codificados en Hispanoamérica durante el siglo XIX, durante el cual, en cierta medida, el *Código Civil* de Chile, obra de Andrés Bello (1781-1865) y promulgado en 1855 pasó a ocupar el lugar de las *Partidas* como vehículo transmisor del romanismo castellano-indiano en las repúblicas hispanoamericanas, pues fue adoptado con ligeras variantes en Colombia a partir de 1860; Panamá en igual año y después de su independencia en 1917; El Salvador en 1860; Ecuador en 1861; Venezuela por escasos meses en 1863; Nicaragua en 1871; Honduras entre 1880 y 1898 y nuevamente desde 1906. Y además influyó en la codificación civil de Uruguay y Argentina.⁵⁰

2. RECEPCIÓN POR VÍA CIENTÍFICA O ACADÉMICA

El derecho común y en general las diversas corrientes jurídicas y filosóficas europeas, se recibieron en América a través del estamento letrado de la sociedad, tanto el formado en las propias Indias como el que lo había hecho en el viejo continente.

El principal vehículo transmisor de la tradición jurídica del Viejo Mundo a las Indias, fue la universidad, erigida a imagen y semejanza de las españolas, de modo tal, que con ellas comenzó a formarse en el Nuevo Mundo un grupo de letrados, más o menos instruidos en las diversas tendencias doctrinarias.

Este estamento letrado indiano, desde un primer momento comenzó a formar sus libreras, en las cuales se puede apreciar el acervo intelectual que apoyaba sus argumentaciones y actuaciones en estrados, en el gobierno y en su actuación profesional.

⁴⁹ Véase Bravo Lira, Bernardino, *La vigencia de las Partidas en Chile*, en REHJ (Valparaíso, 1985), pp. 43-105.

⁵⁰ Véase Bravo Lira, Bernardino, *La difusión del Código Civil de Bello en los países de derecho castelano y portugués*, en REHJ, VII (Valparaíso, 1982), pp. 71 y ss.

Fruto también de la recepción científica por vía de las universidades y de aquella otra adquirida por la lectura de determinados libros, surgió en América desde la primera mitad del siglo XVI una literatura jurídica, en gran medida, tributaria de la formación recibida, cuyo estudio permite conocer el grado de influencia en las Indias de ciertas doctrinas y autores.

A. *La enseñanza del derecho en Indias*

Los estudios jurídicos en las universidades españolas, desde su aparición hasta el siglo XVIII, se centraron en el *ius commune* romano-canónico, vale decir tuvieron por pilares al *Corpus Iuris Civilis* y al *Corpus Iuris Canonici*, explicados en las cátedras de Prima y Vísperas de Leyes, Código, Instituta, Digesto Viejo y Volumen, y en las de Prima y Vísperas de Cánones, Decreto, Decretales, Sexto y Clementinas.⁵¹

Las universidades indianas se erigieron a imagen de las hispanas y, en particular, sobre el modelo salmantino, de tal manera que en sus facultades de Cánones y Leyes sólo se estudió el derecho romano justiniano y el canónico contenido en el *Corpus*, explicado a la luz de sus glosadores y comentaristas más preciados, con un claro predominio del método del *mos italicus*, aunque con cierto influjo del *mos gallicus* y del iusnaturalismo racionalista, sobre todo desde finales del siglo XVIII.

Supuesto lo anterior, los letrados indianos, tanto aquellos que pasaron por universidades peninsulares como los que lo hicieron en estos dominios, recibieron una formación marcadamente bartolista, lo que condujo a que el derecho común penetrara en América desde las universidades y a través de un estamento letrado, vinculado directamente a la judicatura y a los principales oficios de gobierno del Nuevo Mundo.

Una breve revisión de las cátedras jurídicas de algunas de las universidades indianas erigidas en los siglos XVI y XVII, permite comprobar que la enseñanza del derecho instituida a imagen de la hispana se centraba en ambos *Corpora*. Asimismo, de la lectura de sus constituciones y de algún otro documento a ellas tocante, se desprende que en la explicación de los textos de cada una de las cátedras, primó en estas dos centurias el método escolástico del bartolismo, lo que también se hace evidente en las aisladas

⁵¹ Para esto véase Peset, Mariano y González González, Enrique, *Las Facultades de Leyes y Cánones, en La Universidad de Salamanca* (2 vols.), vol. 2, *Atmósfera intelectual y perspectivas de investigación* (Salamanca, 1990), pp. 9-61, con bibliografía.

noticias que se conservan relativas al curso de las lecciones y a los libros de texto empleados por los maestros.

Así, en la Universidad de San Marcos de Lima creada por real provisión del 12 de mayo de 1551,⁵² sus *Constituciones* del 23 de enero de 1578 señalaban que las cátedras de derecho serían las de Prima de Leyes, Prima de Cánones, Instituta, Vísperas de Leyes, Vísperas de Cánones y Decreto.⁵³ Conforme a las citadas *Constituciones*:

Los catedráticos de prima y vísperas de Cánones leerán *Decretales* y en ellas los títulos que por el Rector se les señalarán, teniendo atención a que cada año lea cada uno de diferente libro de las *Decretales*; el que se le asignare y el de *Decreto* lea ansi mismo en la parte que se le señale, dándole un año de las distinciones y otro en las causas.⁵⁴

Iten, el catedrático de Prima de Leyes leerá el primer año *Instituta* y lo mismo el de Vísperas para instituir a los nuevos oyentes en los principios y los demás años leerán los libros y títulos que por el Rector se le señalarán conforme al C. 28 ttº del Rector, y si pareciere al Rector que conviene podrá señalar al cathedral de Vísperas un título en que lea *Instituta* a los dos meses, primeros de cada año para instrucción de los nuevos oyentes.⁵⁵

En el siglo siguiente fue creada la Real y Pontificia Universidad de San Carlos de Guatemala, por real cédula fechada en Madrid el 31 de enero de 1676, en el Colegio de Santo Tomás de Aquino de dicha ciudad, para cumplimiento del legado que había hecho con tal fin su primer obispo, don Francisco Marroquín.⁵⁶ Las *Constituciones* de la universidad fueron formadas por el oidor de la Real Audiencia de Guatemala don Francisco de Sarasa y Arze, y aprobadas por real cédula despachada en Buen Retiro el 9 de junio de 1686.⁵⁷ Poco tiempo después por la bula *Et suprema militantis Ecclesiae* del 18 de junio de 1687 el papa Inocencio XI aprobó y confirmó la fundación de la corporación.

⁵² Véase Eguiguren, Luis, *La Universidad en el siglo XVI* (Lima, 1951), 2 vols.

⁵³ Eguiguren, Luis, *op. cit.*, supra, nota 52, I, pp. 33-132.

⁵⁴ *Constituciones de la Universidad de San Marcos, 1578*, tit. *De los Catedráticos*, c. 5, en Eguiguren, Luis, *op. cit.*, supra, nota 52, p. 77.

⁵⁵ *Ibid.*, c. 6.

⁵⁶ Véase Tate Lanning, John, *Reales Cédulas de la Real y Pontificia Universidad de San Carlos de Guatemala* (Guatemala, 1954). Mata Gavidia, *Fundación de la universidad en Guatemala* (Guatemala, 1954); Rodríguez Cabal, Juan, *Universidad de Guatemala: su origen, fundación, organización* (Guatemala, 1976).

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 58 y 59.

En lo tocante a las cátedras de la universidad, la precitada real cédula de 1676 disponía lo siguiente:

Es mi voluntad que por ahora mientras no haya más renta que la referida, para la dotación de las Cátedras y salarios de Ministros de la Universidad, no haya más que una Cátedra de Teología Escolástica y otra de Teología Moral, cada una con doscientos y cincuenta pesos de salario al año, y una de Cánones y otra de Leyes, y que cada una tenga quinientos pesos...⁵⁸

Más tarde, una real cédula fechada en Madrid el 19 de septiembre de 1678, dotó una cátedra de Instituta con doscientos pesos,⁵⁹ y otra fecha en Buen Retiro el 9 de junio de 1686 proveyó como rector de la corporación al doctor don José de Baños y Sotomayor, y respecto a los cátedras de Cánones y Leyes acordó que pasaran a servirlas dos letrados peninsulares: “Y he proveído aquí para que pasen a ella de las Universidades de estos Reynos al Lizdo. Dn. Pedro de Ozaeta, para la de Prima de Cánones y al Dr. Dn. Bartolomé de Amezqueta y Laurgain en la de Leyes...”⁶⁰

Las *Constituciones* de la universidad formadas por el oidor Francisco de Sarasa y Arce, en 1681 y aprobadas en 1686, prescribían en lo tocante a las cátedras de Cánones y Leyes, lo siguiente:

Otra Cathedra de prima de Cánones de propiedad con quinientos pesos de salario, que se ha de leer desde las siete hasta las ocho de la mañana.⁶¹

Otra cathedra de propiedad de prima de Leyes, que se ha de proveer (sic), desde las ocho de la mañana hasta las nueve con quinientos pesos de salar”.⁶²

La cathedra de Instituta temporal, que se ha de leer por oposición de cada quatro años con salario de docientos pesos, que se ha de leer desde las tres hasta las quattro de la tarde.⁶³

De su lado en la Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Javier de Chuquisaca, que comenzó a expedir grados en leyes desde 1681, se explicaban las *Instituciones* de Justiniano en dos años.⁶⁴

58 RC en Tate Lanning, John, *op. cit.*, *supra*, nota 56, p. 28.

59 *Ibid.*, p. 37.

60 *Ibid.*, p. 49.

61 *Estatutos y Constituciones Reales de la Regia Universidad de San Carlos de Goathemala. Año de 1681* (facsimil, Guatemala, 1976), const. 103.

62 *Ibid.*, const. 104.

63 *Ibid.*, const. 105.

64 Paz, Luis, *La Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Javier de la capital de los Charcas. Apuntes para su historia* (Sucre, 1914), citado por Levaggi, Abelardo, *El derecho romano en*

Los diversos libros de ambos *Corpora* estudiados en cada una de las sobredichas cátedras eran explicados en la Universidad de San Marcos de Lima con el auxilio de las glosas y comentarios de los juristas del *ius commune*. Y al efecto se nos dice en 1582:

*que el doctor Guarnido leía de siete de la mañana a ocho y media su curso de Leyes; que el doctor Fajardo leía de tres a cuatro y media de la tarde su cátedra de Cánones; los maestros ponían el caso del texto en latín y después iban apostillando y sacando conclusiones del texto, leyendo también las glosas ordinarias de Acursio o de Bartolomeus Brixiensis.*⁶⁵

Agrega Eguiguren, que en San Marcos, durante el siglo XVI, en las cátedras de Leyes se leía a Gonzalo García de Villadiego en su *De restituzione in integrum*, y en las de Cánones a Antonio Agustín (1517-1586) en sus *Collectiones Decretalium* (1576) y *Cánones penitenciales* (1584). Y también las obras de Martín de Azpilcueta (1491-1586), Diego de Cobarrubias y Leyva (1512- c.1572), Domingo de Soto (1494-1560), Melchor Cano (1509-1560) y Francisco de Vitoria (14 ?-1546).⁶⁶

Pareciera, pues, que la formación jurídica entregada a los estudiantes por sus maestros se cimentaba en la lectura del texto civil o canónico acompañado de su respectiva glosa ordinaria, tras lo cual se ponían los casos y dificultades que ofrecían, para dar finalmente la solución magistral, todo ello *more italicico*. Si embargo, si también se empleaban ciertas obras de Antonio Agustín, es probable que recibieran los escolares algún influjo del humanismo jurídico, por lo menos en lo tocante a la crítica de fuentes. De otro lado, las lecturas de Domingo de Soto, Melchor Cano y Francisco de Vitoria, aseguran la recepción del derecho natural de la escuela neotomista española que, por otra parte, los futuros letrados podían haber recibido en sus lecciones de artes.

En el siglo XVIII y bajo el signo de la Ilustración se introdujeron diversas reformas en los colegios y universidades españolas,⁶⁷ que en lo que aquí nos

la formación de los abogados argentinos del ochocientos, en *Derecho*, 40 (Lima, 1986), pp. 19.

⁶⁵ Eguiguren, Luis, *Diccionario histórico cronológico de la Real y Pontificia Universidad de San Marcos y sus Colegios. Crónica e Investigación*, 3 vols. (Lima, 1940-1951), I, pp. 183-187.

⁶⁶ Eguiguren, Luis, *op. cit.*, *supra*, nota 52, I, p. 432.

⁶⁷ Para esto véase Sala Balust, Luis, *Reales reformas de los antiguos colegios mayores de Salamanca anteriores a las del reinado de Carlos III (1623-1770)* (Valladolid, 1956); y del mismo, *Visitas y reforma de los colegios mayores de Salamanca en el reinado de Carlos III* (Valladolid, 1958); Peset, Mariano y Peset Reig, J. L., *El reformismo de Carlos III y la universidad de Salamanca. Plan general de estudios*

ocupa se dirigieron a introducir formalmente la enseñanza del derecho real junto al romano,⁶⁸ y que importaron también la utilización de nuevos libros de texto de corte humanista.

El tantas veces citado *auto acordado* del Consejo del 4 de diciembre de 1713, encargó a los tribunales: *el cuidado y atención de observar las Leyes Patrias con la mayor exactitud*⁶⁹ y mandó se creasen cátedras de derecho real en las universidades, *pues por él y no por el de los Romanos deben substanciarse y juzgarse los pleitos*,⁷⁰ sin embargo, encontró una fuerte resistencia en las facultades de Cánones y Leyes. Por ello, el propio Consejo, insistió por *auto acordado* del 29 de mayo de 1741 en que se estudiaran conjuntamente el derecho romano y el real:

Considerando el Consejo la suma utilidad que producirá a la juventud aplicada al estudio de los Cánones y Leyes, se dicte y explique también, sin faltar al Estatuto y asignación de sus cátedras los que las regentaren, el Derecho Real, exponiendo las leyes patrias pertenecientes al título, materia o parágrafo de la lectura diaria, tanto las concordantes como las contrarias, modificativas o derogatorias; ha resuelto ahora que los catedráticos y profesores en ambos derechos tengan cuidado de leer con el derecho de los romanos las leyes del reino correspondientes a la materia que explicaren.⁷¹

Este sistema de explicar el derecho romano y sus correspondientes concordancias con el real lo había seguido en su tiempo Antonio Pichardo de Vinuesa (1565-1631) como catedrático de la Universidad de Salamanca, y ahora en el XVIII lo había adoptado el jesuita y profesor salmantino de cánones, Antonio de Torres y Velasco en sus *Institutiones Hispanae pratico-theorico commentatae*, publicadas en Salamanca en 1735.⁷²

dirigido a la Universidad de Salamanca por el Real y Supremo Consejo de Castilla en 1771 (Salamanca, 1969); Álvarez de Morales, Antonio, *La Ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*, 3^a ed. (Madrid, 1985).

⁶⁸ Para esto véase Riaza, Ramón, *El Derecho Romano y el Derecho Nacional en Castilla durante el siglo XVIII*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 47 (Madrid, 1929), pp. 104 y ss; Peset, Mariano, *Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII*, en AHDE, XLV (Madrid, 1975), pp. 273-339.

⁶⁹ *Auto acordado del Consejo Pleno*, Madrid, 4 de diciembre de 1713. *Autos Acordados*, lib. I, tit. I.1.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Auto Acordado del Consejo*, Madrid, 29 de mayo de 1741, *Autos Acordados*, lib. I, tit. I.3.

⁷² Peset, Mariano y González González, Enrique, *op. cit.*, *supra*, nota 51, p. 49.

En la Universidad de Salamanca el Plan General de Estudios de 1771, modificó la estructura y contenido de las cátedras de Leyes que venían fijadas por el Estatuto de Zúñiga de 1594, conforme al cual existían dos de Prima, otras tantas de Vísperas, una de Digesto Viejo, otra de Volumen, dos de Código y dos de Instituta.

Según el nuevo plan, las dos antiguas cátedras de Prima se transformaban en una homónima y en otra de Vísperas en las cuales se estudiaría la *Nueva Recopilación de Castilla*, para estos efectos dividida en seis partes, correspondiendo tres de ellas a cada una de las referidas cátedras.

Las dos antiguas de Vísperas pasaban a ser una de Código y otra de Volumen, y las de Digesto Viejo y Volumen se convertían en dos de Digesto. De su lado, las dos de Código y las dos de Instituta se volvían en cuatro de Instituta Civil para estudiar las *Instituciones* de Justiniano, concordadas con las disposiciones del derecho nacional.⁷³

El plan de 1771 alteró también las cátedras de Cánones, que al momento eran dos de Prima, otras tantas de Vísperas, una de Prima de Decreto, otra de Sexto y Clementinas, otra más de Clementinas, y tres de Decretales.

Ahora, las dos de Prima pasaban a ser una homónima, donde se estudiarían los Concilios nacionales y generales, y el de Trento en particular; y otra de Vísperas dedicada a la explicaciones de las colecciones canónicas anteriores al *Decreto*. Se mantenía la de Prima de Decreto; y la de Clementinas y las tres de Decretales se transformaban en dos denominadas Instituta Canónica y Derecho Eclesiástico Nuevo, para el estudio de las *Decretales*. De su lado, en las nuevas de Decreto y Derecho Eclesiástico Antiguo, se explicaría el derecho de los Concilios; y finalmente la antigua de Sexto se volvía en una de Historia Eclesiástica Antigua, y aparecían dos de Colecciones Canónicas.

El fiscal Campomanes, recomendaba para la explicación de las respectivas cátedras, diversos libros de texto con un marcado carácter humanista.

Así, en las de leyes, para las cuatro de Instituta Civil, se recurriría al *In quatuor libros Institutionum Imperialium commentarium* de Arnaldo Vinnio (1588-1657) y a los *Elementa Iuris Civilis secundum ordinum Institutionum* de Johannes Heineccio (1681-1741), complementado por las *Institutiones Hispanae practico-theorico commentatae* de Antonio de Torres y Velasco. En las dos de Digesto se acudiría a la *Paratitla* de Jacobo Cuyacio (1522-1590), al *Originum iuris civilis libri tres* de Juan Vicente Gravina

⁷³ Peset, Mariano y González González, Enrique, *op. cit., supra*, nota 51, pp. 26-27 y 47-55.

(1664-1718), a Antonio Agustín (1517-1586), o a Gregorio Mayans y Siscar (1699-1781). En la de Prima de Derecho Real, se recomendaban los *Sacra Themidis Hispanae arcana*, de Juan Lucas Cortés, publicada por Frankenau en 1703; la *Historia del Derecho Real de España* de Antonio Fernández Prieto y Sotelo; o el *Arte legal para estudiar la jurisprudencia*, de Francisco Bermúdez de Pedraza, publicada en Salamanca en 1612. En la de Vísperas de Derecho Real se utilizaría el *Ad Legum Tauri commentarium absolutissimum*, de Antonio Gómez (1502-1562/72).⁷⁴

En cánones, se recomendaba para las de Instituta Canónica y de Derecho Eclesiástico Nuevo la *Paratitla in quinque librum Decretalium Gregorii IX*, de Inocencio Cironio, complementado por el *Ius ecclesiasticum universum*, de Zeger Bernardo Van Espen (1646-1728). En las de Derecho Eclesiástico Antiguo y Decreto se ocuparían los de Antonio Agustín (1517-1586) y los *Gratiani canones genuinis ab apocriphis discreti, corrupti ad emendiorum codicum fidei exacti*, de Carlos Sebastián Berardi (1719-1768). En las de Colecciones Canónicas se recurriría a los estudios histórico canónicos de Van Espen (1646-1728) y en las de Prima a las Colecciones del cardenal García de Loayza y el cardenal José Sáenz de Aguirre (1630-1699). De su lado, en la de Vísperas se haría uso de la *Notitia Conciliorum Sanctae Ecclesiae* de Iohannes Cabasutio, la *Summa Conciliorum omnium ordinata* de Ludovico Bail (16 ?-1669), la de Thomasino o similares.⁷⁵

Los autores recomendados para las cátedras de Leyes se caracterizaban porque se inscribían dentro de la corriente del humanismo jurídico, que desde el siglo XVI había comenzado a disputar la primacía al tradicional bartolismo.

Tales eran Antonio Agustín (1517-1586), discípulo de Andrés Alciato (1492-1550); Juan Vicente Gravina (1664-1718), hombre de variados conocimientos, a quien se deben trabajos históricos y jurídicos y grande admirador de Cuyacio, cuyas directrices sigue en sus obras; y los de sobra conocidos, Jacobo Cuyacio (1522-1590); Arnoldo Vinnio (1588-1657); y Iohannes Heineccio (1681-1741).

Por su parte, los autores sugeridos para las cátedras de cánones, también se caracterizaban por su adhesión al método histórico del humanismo jurídico. Eran ellos el propio Antonio Agustín (1517-1586) y Carlos Sebastián Berardi (1719-1768).

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 49-51.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 51-55.

Con Zeger Bernardo Van Espen (1646-1728) ingresaba el jansenismo y el más extremo galicanismo a los estudios canónicos. En efecto, el flamenco profesor de Lovaina había discutido la autoridad de la bula *Unigenitus* y defendido las ilegítimas ordenaciones practicadas por el heresiárca obispo de Utrecht. Estas posturas suyas, amén de su adhesión a los hombres de Port-Royal, le valieron la suspension *a divinis* y la inclusión de su *Ius Ecclesiasticum Universum* en el *Index Librorum prohibitorum* por decreto del 22 de abril de 1704, y más tarde, por decretos del 14 de noviembre de 1713 y del 18 de noviembre de 1732, todas sus obras fueron puestas en el *Index*, aunque jamás se las incluyó en el *Indice hispano*.

No sólo en Salamanca fue libro de texto el *Ius ecclesiasticum* de Van Espen, sino que también en otras universidades hispanas. En efecto, en 1775 lo adoptó oficialmente la Universidad de Zaragoza y en 1787 hizo lo propio la de Valencia.

En América se produjo también cierta renovación de los estudios jurídicos durante el siglo XVIII, como reflejo de las reformas ilustradas intentadas en la península, aunque aquí no prosperó mayormente la tendencia a introducir cursos de derecho real en las universidades, sino que más bien el estudio del derecho nacional se confió a las academias de leyes reales y práctica forense, que comenzaron a erigirse en diversos reinos indianos.

Una breve revisión del contenido de las cátedras y de los libros por los cuales se explicaban, en las universidades indianas del siglo XVIII, permite hacerse una visión general acerca de la formación jurídica que recibían los letrados indianos en el siglo XVIII.⁷⁶

Por una real cédula fechada en Lerma el 22 de diciembre de 1721, se erigió la Real Universidad de Caracas, que contaba con una cátedra de Instituta y otra de Prima de Cánones.⁷⁷

El 27 de octubre de 1773, don Juan Pablo Montilla envió una carta al rector y claustro de la universidad, en la cual, preocupado por el lustre de la corporación y de los medios apropiados para aumentarlo, les proponía la creación de una cátedra de Derecho Real Práctico:

Vuestras Señorías comprenden muy bien que uno de los más importantes de esta especie es el del Derecho Real Práctico de nuestra Monarquía, cuyas leyes

⁷⁶ Para la Universidad de San Felipe en el reino de Chile, véase Ávila Martel, Alaimo de, *La universidad y los estudios superiores en Chile en la época de Carlos III*, en *Estudios sobre la época de Carlos III en el reino de Chile* (Santiago, 1989), pp. 173-202.

⁷⁷ Véase Leal, Ildefonso, *El claustro de la Universidad y su historia*, 2 vols. (Caracas, 1979).

(según se explicaba Dn. Gregorio Mayans y Síscar) son un cumplido Cuerpo del Derecho Divino y Humano, que comprende la Ley Evangélica, el Derecho Natural y de Gentes, las leyes más útiles de los romanos, los Cánones y Decretales Pontificias, la Retórica fidelísima de las antiguas costumbres, dignidades y oficios de los Reynos de España, con sus honores y prerrogativas... De aquí es que así como su estudio es y siempre ha sido recomendado por nuestros gloriosos Reyes, se ha hecho también por su mismo mérito y dignidad acreedor a la más seria, prolja y constante aplicación de todos aquellos profesores, a quienes anima el espíritu nacional y gobierna el verdadero amor del patriotismo. El considerar a Vuestras Señorías intimamente penetrados de estas interesantes máximas, me excusa la detención que podría tener en discurrir sobre las ventajas, utilidades y suceso feliz que debe prometerse de la erección de una Cátedra únicamente dirigida a la disciplina, instrucción y enseñanza de nuestras leyes, y en una palabra a formar un abogado diestro y capaz de manejar con acierto los asuntos y negocios que se le confían...⁷⁸

En el claustro universitario del 30 de octubre de 1773 sus miembros:

Uniformemente dijeron que constádoles como les constaba de la habilidad y literatura del dicho Dr. Dn. Juan Pablo Montilla y ser utilísima al público su propuesta, desde luego convinieron en que la susodicha Cátedra de Derecho Real Práctico se estableciese en la conformidad que consta en su carta... y que el dicho Juan Pablo Montilla el día siete de enero del año próximo venidero sea obligado a abrir el curso de Derecho Práctico en la forma propuesta y bajo el plan y establecimiento que se formaren por el señor Maestrescuela y Su Señoría a consulta del Claustro...⁷⁹

De este modo se introdujo formalmente en la Universidad de Caracas un curso de Derecho Real, que funcionó entre 1774 y 1778, pues no hay constancia que hubiera continuado después de este último año.⁸⁰ Cabe sí hacer presente, que antes del establecimiento de esta cátedra, en la de Instituta, se concordaba el derecho romano con el real, según lo había hecho presente el catedrático doctor Vicente Pérez en el citado claustro:

Si embargo de haber puesto presente el Dr. Dn. Vicente Pérez, Catedrático de Instituta, que por auto acordado en 29 de mayo de 1747 que es el tercero, título 7, libro 2 de la Recopilación de Castilla, está prevenido el que los Catedráticos

⁷⁸ *Ibid.*, vol. II, p. 314.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 312-313.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 42.

de Instituta en los Reinos de España expliquen el Derecho Real, y que así lo ha practicado desde que tomó posesión de la dicha cátedra...⁸¹

En el reino de Chile, desde principios del siglo XVII había comenzado la enseñanza superior, en las llamadas universidades conventuales, que fueron la de Santo Tomás, erigida en el Convento de Predicadores de Nuestra Señora del Rosario de Santiago por bula *Carissimi in Christo* del papa Paulo V fechada el 11 de marzo de 1619; y en la que se autorizó erigir a los jesuitas. Estas universidades no enseñaron derecho, sin embargo, en sus cátedras de artes y en los colegios de San Diego de Alcalá, Convictorio de San Francisco Javier y Colegio Máximo de San Miguel, a propósito de los estudios de filosofía se explicaban las doctrinas de autores como Suárez, Vitoria y el doctor Sutil.

Creada que fue la Real Universidad de San Felipe por real cédula fechada en San Ildefonso el 28 de julio de 1738, se incluyeron en ella facultades de Cánones y Leyes, cuyas cátedras eran: Prima de Leyes, Prima de Cánones, Decreto e Instituta. Los primeros catedráticos fueron designados por el presidente Amat y Junyent únicamente en 1758, y las provisiones recayeron en Santiago de Tordesillas para la de Prima de Leyes, Alonso de Guzmán y Peralta para la de Prima de Cánones, Santiago Marín de Azúa para la de Decreto, y José Antonio Martínez de Aldunate para la de Instituta.⁸²

El contenido de las cátedras fue fijado por el rector José Valeriano de Ahumada por auto del 23 de mayo de 1759.⁸³ Según él, la materia de la cátedra de Instituta se tomaría precisamente de las *Instituciones de Justiniano*, explicadas probablemente por el Vinnio *castigatus*, según noticia que ofrece Francisco Antonio Pinto; la de Prima de Leyes se destinaba al estudio del *Infortiatum*; la de Prima de Cánones se dedicaba al análisis del *Liber Decretalium*, explicado, probablemente, por los *Commentaria Decretalium* del canonista italiano Próspero Fagnanus (1558-1678), recurriendose también a las obras de Anacleto Reiffenstuel (1642-1703), Bernardo Van Espen (1646-1728) y al jesuita Pedro Murillo Velarde (1696-1743). Finalmente la

⁸¹ *Ibid.*, pp. 312-313.

⁸² Véase Medina, José Toribio, *Historia de la Real Universidad de San Felipe de Santiago de Chile* (Santiago, 1928), 2 vols.; Ávila Martel, Almíro de, *Reseña histórica de la Universidad de Chile 1622-1979* (Santiago, 1979); Mellafe, Rolando, *Historia de la Universidad de Chile* (Santiago, 1992); Bravo Lira, Bernardino y Barrientos Grandon, Javier (Documentos), *Historia de la Universidad en Chile* (Santiago, 1993).

⁸³ Archivo de la Universidad de San Felipe, libro I de acuerdos, fs. 45 y ss.

cátedra de Decreto, como lo indica su nombre, se dedicaba al estudio de la *Concordia discordantium canonum*.

Mientras el claustro formaba sus constituciones, la universidad chilena se regló por las de la Universidad de San Marcos de Lima. En 1788 el proyecto de constituciones fue revisado en el Consejo de Indias y allí su fiscal recomendó que en el artículo que mandaba al rector y al claustro señalar anualmente las materias y autores por las que los catedráticos tendrían que dictar sus lecciones, debía complementarse con un listado de obras y autores que el mismo señalaba:

En la 43 (constitución), que habla de los libros y materias que han de leer los catedráticos, se añadirá que el de Prima de Cánones enseñe por el Van Espen; el de Prima de Leyes, el Origen del Derecho por Gravina... el de Decreto explique los cinco libros de las Decretales por Selvagio; el de Instituta, los cuatro libros de las Instituciones por Vinnio.⁸⁴

Nos encontramos, pues, con que en la universidad chilena se recomendaban los mismos autores que para la de Salamanca, con la única excepción del canonista italiano Julio Lorenzo Selvaggio (1728-1772).

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 Real Academia Carolina de Leyes y Práctica Forense, en virtud de real cédula despachada en San Lorenzo del Escorial el 24 de octubre de 1779.⁸⁵ Con ello el derecho real quedó incorporado a los estudios jurídicos, pues los bachilleres que deseaban ser recibidos como abogados por la audiencia, debían previamente haber sido académicos de la de Práctica Forense por espacio de tres años.

Los académicos participaban de dos tipos de sesiones, la de leyes reales y la de práctica forense. Conforme a lo prescrito por la constitución 79 de la Academia:

En el 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.⁸⁶

⁸⁴ Medina, José Toribio, *op. cit.*, *supra*, nota 82, t. II, pp. 198 y ss.

⁸⁵ Véase Espinosa Quiroga, Hernán, *La Academia de Leyes y Práctica Forense* (Santiago, 1956).

⁸⁶ En Espinosa Quiroga, Hernán, *op. cit.*, *supra*, nota 85, p. 130.

Las propias constituciones mandaban que a estas sesiones: “Todos los académicos deberán ir prevenidos con Leyes del Derecho Real, y en defecto de estas se podrá argüir con principios de Derecho Canónico y Civil de los Romanos”.⁸⁷

Estos preceptos merecen, al menos, dos observaciones en lo tocante a este estudio. Una, que por primera vez se incorporaba expresamente a la enseñanza jurídica el estudio de las *Siete Partidas*, el principal cuerpo receptor del *ius commune* en Castilla, y con ello su glosa gregoriana y las adiciones de Gaspar de Hermosilla, que tanto abundaban en las libreras de los letrados indios; y otra, que nuevamente se consagraba aquí el principio de subsidiariedad del derecho común respecto del real, pues se permitía que a falta de leyes reales, pudieran los académicos argumentar con principios del derecho común.

Para la enseñanza del derecho real, se empleaban en la Academia obras como la *Praxis ecclesiastica et saecularis* de Gonzalo Suárez de Paz (15??-1590); la conocida *Curia Philippica* de Juan de Hevia Bolaños (c.1570-1623); y, por cierto, las *Siete Partidas* glosadas por el doctor Gregorio López (1496-1560). Además, el primer presidente de la Academia, doctor José Alberto Díaz, redactó un breve texto para el uso de los postulantes, tocante a las principales tramitaciones judiciales.⁸⁸ Se recurrió también al no menos conocido *Cuadernillo de Gutiérrez*, obra muy divulgada en el siglo XVIII, y que se debe a la pluma de Francisco Gutiérrez de Escobar, redactado en 1782 para el uso de los practicantes juristas de Charcas.

En suma, la enseñanza del derecho romano y canónico en la Universidad de San Felipe siguió el modelo del *mos italicus*, aunque moderado por el empleo de las obras de Arnoldo Vinnio (1588-1651) y de Juan Vicente Gravina (1664-1718). De su lado, la enseñanza del derecho real, a partir de 1779, quedó entregada a la Academia de Leyes Reales y Práctica Forense.

Por su parte, en la Universidad de San Carlos de Guatemala, una real cédula fecha en El Pardo el 29 de enero de 1787 se había hecho eco del auto acordado del Consejo de 1741, al prescribir que: “Y en las de Cánones y Leyes [se lean] las Decretales de Gregorio Nono, las Instituciones de Justiniano y las Leyes del Digesto, advirtiendo, cuando lo exige la materia lo que previene, o corrige nuestro Derecho Real...”⁸⁹

⁸⁷ *Ibid.*, p. 57.

⁸⁸ Véase Dougnac Rodríguez, Antonio, *Variaciones introducidas por la costumbre y aceptadas por la jurisprudencia chilena en el procedimiento ejecutivo*, en RCHHD, 7 (Santiago, 1980), pp. 107 y ss.

⁸⁹ Tate Lanning, John, *op. cit.*, *supra*, nota 56, p. 209.

En Perú, el año 1771 vio la expedición de nuevas constituciones para la Universidad de San Marcos de Lima y en ellas, por primera vez, se señalaron las obras y autores por los que debía enseñarse en las diferentes cátedras. En lo tocante a las de derecho se mandaba que en primer año se estudiaran los *Prolegómenos del derecho en general* de Heinecio, de modo tal que *den noción clara y distinta de todos los Derechos y las Leyes, y los Elementos del Derecho Natural y de Gentes*, del mismo autor. Para el segundo año, la *Historia Iuris Romani del Tesoro del Derecho*, sacada del *Manuale Juris* de Jacobo Godofredo, y las *Instituciones* de Justiniano, utilizando los *Elementa Iuris Civilis secundum ordinum Institutioqnum* de Iohannes Heinecio, *omitiendo todos los Títulos y Textos, cuyo estudio es inútil o poco importante*. En el tercer año, el *Tratado o sintagma de las Antigüedades Romanas* de Iohannes Heinecio, según el orden de las Instituciones, y las *Pandectas* en su serie o disposición de títulos, tomada del *Tesoro del Derecho*. En el cuarto año, la *Suma del Derecho Canónico*, compendiada en cuatro libros de *Instituciones* y *Comentarios* por Henrico Canisio. Y en quinto año debía estudiarse la Historia del Derecho Español, recalando la obligatoriedad de cada una de sus partes, con distinción de la diversidad de sus materias, en especial las correspondientes al Derecho público y privado, junto con una noción de las Leyes de las Indias e *Instituciones criminales regladas por las disposiciones de nuestro Derecho*.⁹⁰

El plan de estudios de la Universidad de San Marcos de 1816⁹¹ mantuvo prácticamente este sistema en la enseñanza del derecho, pues se dispuso que en las lecciones de Jurisprudencia se dictasen unos prolegómenos del derecho en general, que contuvieran la noticia de todos los derechos y leyes, y los *Elementos del derecho natural y de gentes*, de Heinecio. Este estudio debía cumplirse durante un año. En el primero, se daría Historia del Derecho Romano, sacada del *Manual Juris* de Jacobo Godofredo, y las *Instituciones* de Justiniano con las notas de Heinecio en sus *Elementa Iuris Civilis secundum ordinum Institutionum*. En el segundo año se dictaría el *Tratado o Sintagma de las Antigüedades Romanas* de Heinecio, y la serie o disposición de todos los títulos de las Pandectas que se hallan en el *Tesoro* de Jacobo Godofredo. En el tercero, las *Instituciones Cánonicas* de Canisio con las reglas de ese derecho comentadas por el mismo. En el cuarto, la

⁹⁰ Valcárcel, Daniel, *Reformas virreinales en San Marcos* (Lima, 1960), pp. 54, 55.

⁹¹ Id., *El Reglamento Universitario de 1816*, en *Revista Mar del Sur*, 14, XI-XII (Lima, 1950).

Historia del Derecho Español con una noción de las de Indias, y unas Instituciones criminales.⁹²

En la Visita al Colegio de San Bernardo Abad del Cuzco ordenada por el virrey Pezuela y llevada a cabo por el visitador Manuel Pardo, en 1815, se elaboró un Plan de la Educación de la Juventud de este Real Convictorio de San Bernardo del Cuzco.⁹³ La ordenanza 31 de este Plan se refería a las obras y autores por los que debía enseñarse la jurisprudencia, y al efecto prescribía lo siguiente:

Se estudia también la Jurisprudencia Civil y Canónica. A la Civil debe preceder un estudio formal y sólido del Derecho Natural, y el de Gentes por el Heinecio Castigado. Luego, después de este se debe estudiar la letra de las Instituciones de Justiniano, exponiéndola por Hëes, o Vinnio, también castigado, dando exámenes públicos Libro por Libro, que los debe presidir el mismo Regente Mayor de Estudios, si fuese Facultativo, o si no otro, que para la enseñanza de esta Facultad está destinado.⁹⁴

La ordenanza siguiente se refería a la jurisprudencia canónica: “La Jurisprudencia Canónica se debe estudiar tomando sus rudimentos por las Instituciones Canónicas del célebre Selbagio, acompañado de una Historia prolixa de los Concilios Generales, Particulares y Decretos Pontificios”.⁹⁵

En suma, se introdujeron también en la Universidad de San Marcos de Lima, autores de cuño humanista como Arnoldo Vinnio y Jacobo Godofredo, también representantes del iusracionalismo como Heineccio, aunque éste y Vinnio en sus versiones castigadas.

De esta manera, en la segunda mitad del siglo XVIII, las universidades indias, producto de las reformas ilustradas, comenzaron a dar cabida a autores que se alejaban del *mos italicus* y que representaban tendencias humanistas y racionalistas.

B. Las librerías indias

La presencia de las diversas tendencias jurídicas recibidas en Indias puede rastrearse a través de las librerías indias, tanto de corporaciones y órdenes religiosas como de letrados o simples particulares, pues ellas son

⁹² Valcárcel, Daniel, *op. cit., supra*, nota 90, p. 70.

⁹³ *Ibid.*, pp. 75-88.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 83.

⁹⁵ *Ibidem.*

guía segura para conocer las lecturas jurídicas de los diversos estamentos de la sociedad india.

Naturalmente, las bibliotecas de abogados, y en particular, de ministros de las audiencias indias revisten mayor importancia para el estudio de la cultura jurídica del estamento letrado, vinculado directamente a la judicatura. Pero también las de eclesiásticos y órdenes religiosas para investigar en qué medida la literatura jurídica estaba presente en el mundo clerical y de las órdenes religiosas. De otro lado, las bibliotecas de las universidades, colegios y academias permiten conocer el caudal bibliográfico que nutrió a los escolares americanos durante la época india y así, finalmente, las librerías de particulares pueden ofrecer preciosas noticias acerca de la penetración de las obras de derecho en la sociedad civil.

En los últimos años el estudio de las bibliotecas de la época india ha llamado la atención de numerosos especialistas. Entre ellos, y sin pretender comprenderlos a todos, conozco los siguientes:

Para Argentina, los trabajos de Juan María Biedma, *Los bienes y la biblioteca del deán de la catedral de Córdoba, doctor Nicolás Videla del Pino al ser electo obispo del Paraguay*;⁹⁶ Guillermo Furlong Gardiff, *Las bibliotecas coloniales en el Río de la Plata*,⁹⁷ y *Bibliotecas argentinas durante la dominación hispánica*;⁹⁸ José Torre Revello, *Bibliotecas en Buenos Aires antiguo desde 1729 hasta la inauguración de la Biblioteca Pública en 1812*;⁹⁹ Jorge Ruiz Comadrán, *Bibliotecas cuyanas en el siglo XVIII*;¹⁰⁰ de la versadísima en la materia, doctora Daisy Rípodas Ardanaz, *El obispo Azamor y Ramírez. Tradición cristiana y modernidad*;¹⁰¹ *La biblioteca de Mariano Izquierdo. Un repositorio jurídico atípico en el Buenos Aires finicolonial*;¹⁰² y su reciente: *Manuel Silvestre Martínez y sus dos*

⁹⁶ Biedma, Juan María, *Los bienes y la biblioteca del deán de la catedral de Córdoba, doctor Nicolás Véasela del Pino, al ser electo obispo del Paraguay*, en *Boletín del Instituto de Investigaciones Históricas*, 29, pp. 194 y ss.

⁹⁷ Furlong Gardiff, Guillermo, *Las bibliotecas coloniales en el Río de la Plata*, en *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, 13 (Buenos Aires, 1940).

⁹⁸ Furlong Gardiff, Guillermo, *Bibliotecas argentinas durante la dominación hispánica* (Buenos Aires, 1944).

⁹⁹ Torre Revello, José, *Bibliotecas en Buenos Aires antiguo desde 1729 hasta la inauguración de la Biblioteca Pública en 1812*, en *Revista de Historia de América*, 59 (México, 1965).

¹⁰⁰ Comadrán Ruiz, Jorge, *Bibliotecas cuyanas en el siglo XVIII* (Mendoza, 1961).

¹⁰¹ Rípodas Ardanaz, Daisy, *El obispo Azamor y Ramírez. Tradición cristiana y modernidad* (Buenos Aires, 1982).

¹⁰² Id., *La biblioteca de Mariano Izquierdo. Un repositorio jurídico atípico en el Buenos Aires finicolonial*, en *RHD*, 12 (Buenos Aires, 1984), pp. 304-336.

“librerías”. *De la Librería de jueces a la biblioteca privada*,¹⁰³ y del doctor Abelardo Levaggi, *La biblioteca del doctor Francisco Pombo de Otero*.¹⁰⁴

Para Perú, de Irving Leonard, además de su clásico: *Los libros del conquistador*,¹⁰⁵ su *Best sellers of the Lima book trade, 1583*,¹⁰⁶ de Pablo Macera, *Bibliotecas peruanas del siglo XVIII*,¹⁰⁷ de Guillermo Lohman Villena, *La biblioteca de un peruano de la Ilustración, el contador Miguel Feijó de Sosa*,¹⁰⁸ de Gero Dolezalek, *Libros jurídicos anteriores a 1800 en la Biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Lima*,¹⁰⁹ y de Teodoro Hampe Martínez, *Una biblioteca cuzqueña confiscada por la Inquisición*.¹¹⁰

Para México, Francisco Fernández del Castillo, *Los libros y libreros del siglo XVI*,¹¹¹ Enrique O’Gorman, *Bibliotecas y librerías coloniales 1585-1699*,¹¹² José Malagón Barceló, *La literatura jurídica española del siglo de oro en la Nueva España*,¹¹³ Helga Kröpfinger Von Kugelgen, *Libros europeos en la Nueva España a finales del siglo XVI*,¹¹⁴ y el reciente de la doctora Marfa del Refugio González, *El derecho indiano en la obra de Juan N. Rodríguez de San Miguel*.¹¹⁵

Para el resto de América, se puede citar a Ildefonso Leal, *Libros y bibliotecas en Venezuela colonial (1633-1767)*,¹¹⁶ y Jorge Luján Muñoz,

¹⁰³ Id., *Manuel Silvestre Martínez y sus dos ‘librerías’. De la librería de jueces a la biblioteca privada*, en *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios* (Madrid, 1990), I, pp. 185-203.

¹⁰⁴ Levaggi, Abelardo, *op. cit.*, *supra*, nota 34.

¹⁰⁵ Leonard, Irving, *Los libros del conquistador* (México, 1942).

¹⁰⁶ Id., *Best sellers of the Lima book trade, 1583*, en *The Hispanic American Historical Review*, XXII, 1942.

¹⁰⁷ Macera, Pablo, *Bibliotecas peruanas del siglo XVIII*, en *Boletín bibliográfico*, 35 (Lima, 1962), pp. 124 y ss.; y en *Trabajos de Historia*, I (Lima, 1977), pp. 283-312.

¹⁰⁸ Lohman Villena, Guillermo, *op. cit.*, *supra*, nota 32.

¹⁰⁹ Dolezalek, Gero, *op. cit.*, *supra*, nota 33.

¹¹⁰ Hampe Martínez, Teodoro, *Una biblioteca cuzqueña confiscada por la Inquisición*, en AEA, XLV (Sevilla, 1988), pp. 273-315.

¹¹¹ Fernández del Castillo, Francisco, *Libros y libreros en el siglo XVI* (México, 1914).

¹¹² En *Boletín del Archivo General de la Nación*, 10 (México, 1939).

¹¹³ Malagón Barceló, José, *La literatura jurídica española del siglo de oro en la Nueva España* (México, 1959).

¹¹⁴ Kröpfinger von Kugelgen, Helga, *Libros europeos en la Nueva España a finales del siglo XVI* (Wiesbaden, 1973).

¹¹⁵ En *X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, Veracruz, 1992 (en prensa en *Actas y Estudios* respectivos). Agradezco la gentileza de la doctora González en facilitarme copia de los originales de su estudio donde se recogen las fuentes jurídicas del *Diccionario razonado*, del autor en cuestión.

¹¹⁶ Leal, Ildefonso, *Libros y bibliotecas en Venezuela colonial (1633-1767)* (Caracas, 1978).

*Biblioteca jurídica del Dr. José C. del Valle;*¹¹⁷ y para la América india en general es imprescindible José Torre Revello y su: *El libro, la imprenta y el periodismo en América durante la dominación española.*¹¹⁸

Para Chile, los estudios relativos a bibliotecas de abogados, tales como: Tomás Thayer Ojeda, *El doctor José Valeriano de Ahumada y su biblioteca*;¹¹⁹ Aniceto Almeyda, *El doctor don Santiago de Tordesillas*;¹²⁰ Emilio Vaisse, *Una biblioteca del siglo XVIII*;¹²¹ Carlos Salinas Araneda, *La biblioteca de don Mariano Egaña, con especial referencia a sus libros de derecho*;¹²² María Eugenia Vega Godoy, *Obras jurídicas en los inventarios de bibliotecas chilenas del siglo XVIII*;¹²³ y Alejandro Guzmán Brito, *La cultura jurídico-literaria en la época de Carlos III*.¹²⁴

Otro significativo número de estudios se ha destinado a las librerías de obispos en el reino de Chile, tales como, Emilio Vaisse, la del prelado José de Toro y Zambrano;¹²⁵ Walter Hanisch Espíndola, *La biblioteca del obispo don Luis Francisco Romero*;¹²⁶ Horacio Aránguiz Donoso, *Notas para el estudio de la biblioteca del obispo de Santiago don Manuel de Alday (1712-1788)*;¹²⁷ René Millar Carvacho y Paz Larraín Mira, que bajo el título de *Una biblioteca americana del siglo XVIII. Notas para la historia de la cultura en el período indiano*,¹²⁸ analizan la librería del obispo Juan Bravo

¹¹⁷ En X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. México-Veracruz, 1992 (en prensa).

¹¹⁸ Torre Revello, José, *El libro, la imprenta y el periodismo en América durante la dominación española* (Buenos Aires, 1940). Hay reimpresión facsimilar en México, 1991.

¹¹⁹ Thayer Ojeda, Tomás, *El doctor José Valeriano de Ahumada y su biblioteca*, en *Revista de bibliografía chilena y extranjera*, 2 (Santiago, 1913), pp. 4 y ss.

¹²⁰ Almeyda, Aniceto, *El doctor don Santiago de Tordesillas*, en *Revista Chilena de Historia y Geografía*, 102 (Santiago, 1943), pp. 120 y ss.

¹²¹ Con este título estudió las librerías de Francisco Maldonado de Silva, Vicente de la Cruz, Manuel de Salas, Antonio de Rojas y José Teodoro Sánchez, en *El bibliófilo chileno*, números 2, 3 y 8, Santiago, 1947-1952.

¹²² Salinas Araneda, Carlos, *La biblioteca de don Mariano Egaña, con especial referencia a sus libros de derecho*, en REHJ, VII (Valparaíso, 1982), pp. 389 y ss.

¹²³ Vega Godoy, María Eugenia, *Obras jurídicas en los inventarios de bibliotecas chilenas del siglo XVIII*, Memoria inédita, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso (Valparaíso, 1983).

¹²⁴ Guzmán Brito, Alejandro, *La cultura jurídico-literaria en la época de Carlos III*, en *Estudios sobre la época de Carlos III en el reino de Chile* (Santiago, 1989), pp. 203-222.

¹²⁵ Vaisse, Emilio, *Una biblioteca del siglo XVIII*, en *El bibliófilo chileno*, 1 (Santiago, 1947).

¹²⁶ Hanisch Espíndola, Walter, *La biblioteca del obispo don Luis Francisco Romero*, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, 78 (Santiago, 1968), pp. 200 y ss.

¹²⁷ Aranguiz Donoso, Horacio, *Notas para el estudio de la biblioteca del obispo de Santiago don Manuel de Alday (1712-1788)*, en AHJE, V (Quito, 1980), pp. 625 y ss.

¹²⁸ Millar Carvacho, René y Larraín Mira, Paz, *Notas para la historia de la cultura en el período indiano*, en prensa en *Historia*, 26 (Santiago, 1992). Agradezco la gentileza de los autores por facilitarme una copia de su excelente estudio.

del Rivero y Correa; y Antonio Dougnac Rodríguez, *Reforma y tradición en la biblioteca de un obispo ilustrado de Chile. El caso de Francisco José de Marán (1780- 1807)*.¹²⁹

Otros trabajos generales o relativos a librerías conventuales y de corporaciones son los siguientes: Tomás Thayer Ojeda, *Las bibliotecas coloniales de Chile*,¹³⁰ y *Bibliotecas conventuales*,¹³¹ del mercedario fray Pedro Nolasco Pérez, *Inventario del Convento de la Merced de Santiago. Año 1676*,¹³² fray Miguel Ríos, *La biblioteca de nuestro Convento de Santiago*,¹³³ el sugerente estudio de Isabel Cruz de Amenábar, *La cultura escrita en Chile 1650-1820. Libros y bibliotecas*,¹³⁴ y Javier Barrientos Grandon y Javier Rodríguez Torres *La biblioteca jurídica antigua de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*.¹³⁵

Entre los estudios que se han ocupado de libreras de oidores americanos, no pueden dejar de citarse, los del doctor José María Mariluz Urquijo, *La biblioteca de un oidor de la real audiencia de Buenos Aires*,¹³⁶ de la doctora Daisy Rípodas Ardanaz, *Bibliotecas privadas de funcionarios de la Real Audiencia de Charcas*,¹³⁷ y de Teodoro Hampe Martínez, *Lecturas de un jurista del siglo XVI. La biblioteca del doctor Gregorio González de Cuenca, presidente de la Audiencia de Santo Domingo (1581)*.¹³⁸

De oidores de la real audiencia de Chile, pueden consultarse mis trabajos tocantes a las libreras de los oidores Gaspar de Narváez y Valdelomar.¹³⁹

¹²⁹ Dougnac Rodríguez, Antonio, *Reforma y tradición en la biblioteca de un obispo ilustrado de Chile. El caso de Francisco José de Marán (1780-1807)*, en prensa en RCHHD, 16. Agradezco a su autor el haber podido conocer su agudo estudio.

¹³⁰ Thayer Ojeda, Tomás, *Las bibliotecas coloniales de Chile*, en *Revista de bibliografía chilena y extranjera*, 2 (Santiago, 1913), pp. 24 y ss.

¹³¹ Thayer Ojeda, Tomás, *Bibliotecas conventuales*, en *Revista de bibliografía chilena y extranjera*, 7 (Santiago, 1913), pp. 4 y ss.

¹³² Pérez, Pedro Nolasco (fray), *Inventario del convento de la Merced de Santiago. Año 1676*, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, 39 (Santiago, 1948), pp. 95 y ss.

¹³³ Ríos, Miguel (fray), *La biblioteca de nuestro convento de Santiago*, en *Revista Mercedaria chilena* (Santiago, 1919).

¹³⁴ Cruz de Amenábar, Isabel, *La cultura escrita en Chile 1650-1820. Libros y bibliotecas*, en *Historia*, 24 (Santiago, 1989), pp. 107 y ss.

¹³⁵ Barrientos Grandon, Javier y Rodríguez Torres, Javier, *op. cit., supra*, nota 30.

¹³⁶ Mariluz Urquijo, José María, *La biblioteca de un oidor de la Real Audiencia de Buenos Aires*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 7 (Buenos Aires, 1955-1956), pp. 140 y ss.

¹³⁷ Rípodas Ardanaz, Daisy, *op. cit., supra*, nota 31.

¹³⁸ Hampe Martínez, Teodoro, *lecturas de un jurista del siglo XVI. La biblioteca del doctor Gregorio González de Cuenca, presidente de la Audiencia de Santo Domingo (1581)*, en AEA. XLI (Sevilla, 1984), pp. 143 - 193.

¹³⁹ Barrientos Grandon, Javier, *La biblioteca del oidor Gaspar de Narváez y Valdelomar (1556-1632). Notas para el estudio de la cultura jurídica en el reino de Chile (I)*, en *Revista de Derecho y Jurispru-*

y Sancho García de Salazar,¹⁴⁰ y *La cultura jurídica en el reino de Chile. Bibliotecas de ministros de la Real Audiencia de Santiago (siglos XVII-XVIII)*.¹⁴¹

Para el análisis de la recepción de las diversas tendencias jurídicas en las librerías indias me limitaré a esbozar un suscinto panorama de las diversas corrientes imperantes. Para mayores datos remito al aparato crítico reseñado en los párrafos anteriores.

a) Ediciones de fuentes romanas

Las ediciones de las fuentes romanas estaban presentes en la mayoría de las librerías de letrados, ministros de audiencias y obispos, a lo largo de los siglos XVI, XVII y XVIII. Cabe hacer presente que estas ediciones del *Corpus Iuris Civilis* iban acompañadas de sus correspondientes glosas y comentarios ordinarios. También, a partir del siglo XVII, se nota la presencia de las ediciones del *Corpus* anotado por Dionisio Godofredo (1549-1622) y del *Codex Theodosiano*, con las notas de su hijo, el igualmente, humanista Jacobo Godofredo (1587-1652).

En el siglo XVI, el oidor de la Real Audiencia de Lima, Lisón de Tejada (14 ?-1549) contaba con un volumen pequeño de las *Instituciones de Justiniano*,¹⁴² y algo después, en el Cuzco, el doctor Agustín Valenciano de Quiñones, hereje penitenciado por la Inquisición en 1578, poseía, según el inventario de su librería levantado en 1576, una edición del *Corpus Iuris Civilis*; por la misma época, el presidente de la Audiencia de Santo Domingo, Gregorio González de Cuenca (15 ?-1581), tenía el *Digesto Nuevo*, el *Digesto Viejo*, el *Inforciado*, el *Código* y el *Volumen*,¹⁴³ al oidor de la Real Audiencia de Panamá, Diego de Villanueva y Zapata en 1596 le enviaban desde España una edición del *Corpus* en cuatro volúmenes;¹⁴⁴ y en el reino

dencia de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 46 (Lima, 1992).

140 Barrientos Grandon, Javier, *La biblioteca del oidor Sancho García de Salazar (c1630-1688). Notas para el estudio de la cultura jurídica en el reino de Chile (III)*, en *Revista de Historia del Derecho*, 29 (Buenos Aires, 1992).

141 Barrientos Grandon, Javier, *La cultura jurídica en el reino de Chile. Bibliotecas de ministros de la Real Audiencia de Santiago (siglos XVII-XVIII)* (Santiago, 1992).

142 Hampe Martínez, Teodoro, *En torno al levantamiento pizarrista: la intervención del oidor Lisón de Tejada*, en RI, XLIV, núm. 174 (Madrid, 1984), pp. 385-414, en particular, anexo II, *Memoria de los libros del doctor Lisón de Tejada (1549)*, pp. 413-414.

143 Hampe Martínez, Teodoro, *op. cit.*, *supra*, nota 110, pp. 161-193.

144 *Memoria de quatro cajas de libros... para dar en la ciudad de Nombre de Dios, al doctor Dio. de Villanueva Capata, oydor de la Real Audiencia de Panamá*, en Torre Revello, José, *op. cit.*, *supra*, nota

de Chile, el oidor Gaspar de Narváez de Valdelomar (1556-1632) contaba con una edición del *Corpus*.

En el siglo XVII, en el reino de Chile, contaban entre sus libros, una edición del *Corpus* los oidores Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647) y Sancho García de Salazar (c.1630-1688), al igual que en Charcas, sus colegas Francisco Xaraba y Buitrón (16 ?-c.1690) y Antonio Martínez Luján de Vargas (16 ?-1696).¹⁴⁵

En el siglo XVIII, en Chile, la poseían los oidores Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737); Francisco Ruiz de Bercedo (1674-1746); el fiscal Martín Gregorio de Jáuregui y Ollo (1690-1749); los oidores Domingo Martínez de Aldunate (1707-1778); Juan Bautista Verdugo (1704-1779); José Clemente de Traslaviña y Oyagüe (1714-1780); Luis de Santa Cruz y Zenteno (1716-1784); Juan Hipólito Suárez Trespalacios y Escandón (1744-1788); el regente Francisco Antonio Moreno y Escandón (1736-1792); el oidor José Santiago de Aldunate y Guerrero (1754-c.1825), y el obispo de Santiago, Manuel de Alday y Aspee (1712-1788).¹⁴⁶

El *Corpus Iuris Civilis* con las anotaciones de Dionisio Godofredo (1549-1622), lo tenían en sus librerías los oidores de la audiencia de Santiago, Sancho García de Salazar (c.1630-1688) y Juan Hipólito Suárez Trespalacios y Escandón (1744-1788), y el abogado doctor Gabriel Ocampo (1798-1882) en la edición de Colonia Muniatanae por los hermanos De Tournes en 1701-1780.¹⁴⁷ El *Codex Theodosianus* editado por Jacobo Godofredo (1587-1652) lo contaba entre sus libros el abogado chileno Manuel de Salas (17 ?-p.1817).

b) Ediciones de fuentes canónicas

De las fuentes canónicas, el derecho canónico universal, representado por el *Corpus Iuris Canonici*, aparecía en la gran mayoría de las librerías indias, tanto de letrados, ministros, eclesiásticos y corporaciones, igual ocurría con el Concilio de Trento, aunque no así con otros concilios generales o nacionales europeos.

118, apéndice p. XLIX.

145 Rípodas Ardanaz, Daisy, *op. cit.*, *supra*, nota 31, p. 529.

146 Barrientos Grandon, Javier, *op. cit.*, *supra*, nota 141.

147 *Id.*, y Rodríguez Torres, Javier, *op. cit.*, *supra*, nota 30, p. 310.

El derecho canónico particular de las Indias, representado por los concilios americanos y los sínodos, aparecen con irregularidad en las diversas bibliotecas.

En el siglo XVI, en el Perú, el inventario de la librería del doctor Agustín Valenciano de Quiñones levantado en 1576, daba cuenta de una edición del *Corpus Iuris Canonici*,¹⁴⁸ que también poseía el presidente de la Audiencia de Santo Domingo, Gregorio González de Cuenca, en una edición de cuatro cuerpos,¹⁴⁹ y que en 1596 se remitían desde España al oidor de Panamá, Diego de Villanueva Zapata.¹⁵⁰

En el siglo XVII, los oidores chilenos, Gaspar de Narváez y Valdelomar (1556-1632) y Sancho García de Salazar (c.1630-1688), contaban entre sus libros al *Corpus*, y su colega Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647) poseía el *Liber Decretalium* y el *Liber Sextus*.

En el siglo XVIII se encontraba en las libreras de los oidores de la Audiencia de Chile, Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737), Domingo Martínez de Aldunate (1707-1778), Juan Bautista Verdugo (1704-1779), José de Traslaviña (1714-1780) y Juan Hipólito Suárez (1716-1784), y también en la del obispo de Santiago, Manuel de Alday y Aspee (1712-1788), y en la del doctor Gabriel Ocampo (1798-1882) estaban el *Liber Decretalium* y el *Liber sextus*, en su edición de Turín por Nicolás Benilaqua, 1620-1621.¹⁵¹ En Charcas lo poseían los oidores Antonio Porlier (1722-1813), José Agustín de Ussoz y Mozi (1763-p.1820), y el fiscal Miguel López Andreu.¹⁵²

El *Concilio de Trento* aparecía en las libreras del siglo XVIII pertenecientes a los oidores chilenos Juan del Corral Calvo de la Torre (1665- 1737), José de Traslaviña (1714-1780), Luis de Santa Cruz (1716-1784), Juan Hipólito Suárez (1744-1788), y en la del regente Francisco Moreno y Escandón (1736-1792), y también en la del obispo de Santiago, Manuel Alday (1712-1788).

En este mismo siglo, en el Río de la Plata, el abogado Francisco Pombo de Otero (17 ?-1803), contaba con una edición del *Concilio de Trento*, anotada por el cardenal Juan de Gallemart,¹⁵³ la misma que poseía en Chile

148 Hampe Martínez, Teodoro, *op. cit.*, *supra*, nota 110, p. 299.

149 Hampe Martínez, teodoro, *op. cit.*, *supra*, nota 28, p. 161.

150 *Memoria...* *op. cit.*, *supra*, nota 144, p. XLIX.

151 Barrientos Grandon, Javier y Rodríguez Torres, Javier, *op. cit.*, *supra*, nota 30, pp. 323 y 327.

152 Rípodas Ardanaz, Daisy, *op. cit.*, *supra*, nota 31, p. 529.

153 Levaggi, Abelardo, *op. cit.*, *supra*, nota 34, p. 484.

el doctor Gabriel Ocampo (1798-1882), en su edición de Madrid en la Imprenta Real de 1769.¹⁵⁴

El *Concilio de Iliberis* se mencionaba en las libreras dieciochescas de los oidores chilenos, Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737), Juan Bautista Verdugo (1704-1779) y José de Traslaviña (1714- 1780), y en la del fiscal Martín Gregorio de Jáuregui y Ollo (1690-1749).

Las *Constituciones Sinodales* de Chile, de los obispos Pedro Felipe de Azúa (1694-1750) y Bernardo Carrasco Saavedra, aparecen en las libreras de los oidores santiaguinos, Domingo Martínez de Aldunate (1707-1778), Juan Hipólito Suárez (1744-1788) y José Santiago de Aldunate (1754-c. 1825), y en la del obispo Manuel de Alday y Aspee (1712-1788).

Las *Constituciones Sinodales de Caracas*, en la biblioteca del regente de la Audiencia de Santiago, Francisco Moreno y Escandón (1736-1792), y las del *Arzobispado de los Reyes*, de Lobo Guerrero (1613), en la del obispo Manuel de Alday y Aspee (1712-1788).

c) Cuerpos de legislación real

Los grandes textos de legislación real castellana mantuvieron su presencia en las libreras a lo largo de los siglos XVI, XVII y XVIII, principalmente, en los casos de las *Siete Partidas*, como se ha tenido ocasión de anotar, y la *Nueva Recopilación*. La *Recopilación de Indias* fue registrada, a su vez, en la mayoría de las del siglo XVIII, así como la legislación reformadora de esta época. Finalmente, eran algo más escasas, las colecciones privadas de derecho real, tanto castellano como municipal de Indias.

Las *Ordenanzas Reales de Castilla*, las poseía triplicadas en Lima en 1576, el doctor Agustín Valenciano de Quiñones, y allí mismo también la contaba en su biblioteca el contador dieciochesco, Miguel Feijó de Sosa (1718-1791).¹⁵⁵

La *Nueva Recopilación* aparecía en la librería cuzqueña del doctor Agustín Valenciano de Quiñones en 1576; en la del oidor de Panamá Diego de Villanueva Zapata (1596), en la de doce oidores chilenos de los siglos XVII y XVIII, en la del regente Francisco Moreno y Escandón (1736-1792), y en la del obispo Manuel de Alday y Aspee (1712-1788). También en la del contador limeño Miguel Feijó de Sosa (1718-1791), y en la del abogado

¹⁵⁴ Barrientos Grandon, Javier y Rodríguez Torres, Javier, *op. cit., supra*, nota 30, pp. 325- 326.

¹⁵⁵ Lohman Villena, Guillermo, *op. cit., supra*, nota 32, p. 377.

rioplatense, Francisco Pombo de Otero (17 ?-1803). Como asimismo en las de los ministros de la Audiencia de Charcas, Francisco Xaraba y Buitrón (16 ?-c.1690), Clemente Díaz de Durana y Uriarte (1653-17 ?), Antonio Martínez Luján de Vargas (16 ?-1696), Antonio Porlier (1722-1813), Miguel Martínez de Escobar y Coronado (1728-1774), Juan José de Segovia (1729-1809), José Agustín de Ussoz y Mozi (1763-p.1820), Miguel López Andreu y Manuel José de Reyes (1754-1822).¹⁵⁶

Las *Ordenanzas de la Chancillería de Granada*, se encontraban en las bibliotecas del oidor de Lima, Gregorio González de Cuenca (15 ?-1581) y en la del oidor de Santiago, Sancho García de Salazar (c.1630-1688). El doctor González de Cuenca poseía también las *Ordenanzas de la Chancillería de Valladolid*, y el obispo de Santiago, Manuel de Alday y Aspee (1712-1788), tenía entre sus libros las *Ordenanzas de la Audiencia de Sevilla*.

De las obras privadas que reunían legislación real castellana, se mencionaban el *Repertorio de las leyes de todos los reinos de Castilla*, de Hugo de Celso (14 ?-1553), en las bibliotecas del doctor cuzqueño Agustín Valenciano de Quiñones (1576), en la del presidente de la Audiencia de Santo Domingo, Gregorio González de Cuenca (15 ?-1581), y en las de los oidores chilenos, Gaspar de Narváez y Valdelomar (1556-1632) y Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647).

La *Recopilación de Indias* aparecía en las libreras de los oidores chilenos Juan del Corral (1665-1737), Francisco Ruiz de Bercedo (1674-1746), Domingo Martínez de Aldunate (1707-1778), Juan Bautista Verdugo (1704-1779), José de Traslaviña (1714-1780), Luis de Santa Cruz (1716-1784), Juan Hipólito Suárez Trespalacios (1744-1788), y José Santiago de Aldunate y Guerrero (1754-c.1825), y también en la del fiscal Martín Gregorio de Jáuregui (1690-1749), y en la del obispo Manuel de Alday y Aspee (1712-1788), y todavía se conserva en su edición de 1756 en cuatro volúmenes en la biblioteca de la Universidad de San Marcos de Lima,¹⁵⁷ como también en la de doce ministros de la Real Audiencia de Charcas.¹⁵⁸

El oidor chileno, Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647), contaba entre sus libros las *Ordenanzas del Consejo de Indias* y las de la Casa de Contratación.

¹⁵⁶ Rípodas Ardanaz, Daisy, *op. cit.*, *supra*, nota 31, p. 529.

¹⁵⁷ Dolezalek, Gero, *op. cit.*, *supra*, nota 33, p. 514.

¹⁵⁸ Rípodas Ardanaz, Daisy, *op. cit.*, *supra*, nota 31, p. 529.

El *Cedulario* de Vasco de Puga se encontraba en la biblioteca del oidor chileno, Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647), y el de Diego de Encinas, publicado en 1596, aún se conserva en la biblioteca de la Universidad de San Marcos de Lima.¹⁵⁹ Las *Ordenanzas del Perú*, de Tomás de Ballesteros, aparecían entre los libros de los oidores chilenos, Domingo Martínez de Aldunate (1707-1778), Luis de Santa Cruz (1716-1784), Juan Hipólito Suárez (1744-1788) y José Santiago de Aldunate (1754-c.1825), y en la del contador limeño, doctor Miguel Feijó de Sosa (1718-1791).

Las *Ordenanzas de Intendentes* las poseían en Chile los oidores Luis de Santa Cruz (1716-1784) y Juan Hipólito Suárez (1744-1788), así como el regente Moreno y Escandón (1736-1792). Las de *Minería de la Nueva España*, el oidor Juan Hipólito Suárez (1744-1788) y el regente Francisco Moreno y Escandón (1736-1792). Las del *Ejército*, los oidores José de Traslaviña (1714- 1780), Luis de Santa Cruz (1716-1784) y Juan Hipólito Suárez (1744-1788). Las de *Marina*, el regente Francisco Moreno y Escandón (1736-1792) y las de la *Real Renta de Tabacos*, el oidor Luis de Santa Cruz (1716-1784). La *Instrucción de Regentes*, el oidor Juan Hipólito Suárez (1744-1788), y el *Reglamento de Comercio Libre*, los oidores Domingo Martínez de Aldunate (1707-1778), Luis de Santa Cruz (1716-1784), José Santiago de Aldunate Guerrero (1754-c.1825) y el regente Francisco Moreno y Escandón (1736-1792).

d) Glosadores

La literatura jurídica de la *glossa* había quedado fijada a mediados del siglo XIII en dos cuerpos magistrales para cada uno de los *Corpora*; la *Magna Glossa* de Accursio para el derecho civil, y la de Bernardo de Parma para el canónico, época a partir de la cual, las versiones y luego las ediciones de ambos *Cuerpos* necesariamente las recogían, por ello no abundaron las ediciones de obras particulares de glosadores civilistas o canonistas, sin perjuicio de que las hubo, incluso algunas de singular interés.

Las obras individuales de glosadores parece que circularon en las Indias solamente en los siglos XVI y XVII, pues en las librerías del siglo XVIII prácticamente no se las encuentra, tendencia que también se observaba en Europa, donde ya en el siglo XVII eran escasas.

¹⁵⁹ Dolezalek, Gero, *op. cit., supra*, nota 33, p. 511.

En el siglo XVI aparecían en la librería cuzqueña del doctor Agustín Valenciano de Quiñones (1576) la *Summa de Azo de Bolonia* (c.1160-1230) y los *Commentaria super quinque libros Decretalium*, de Inocencio IV. Ambas obras también las poseía el presidente de la Audiencia de Santo Domingo, Gregorio González de Cuenca (15 ?-1581).

En el siglo XVII en el reino de Chile, la *Summa de Azo* la poseía el oidor Gaspar de Narváez y Valdelomar (1556-1632), quien además tenía otro cuerpo de Azo, titulado, *Ad singulas leges*. De su lado, el oidor Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647), contaba entre sus libros los *Commentaria in regulas iuris Pontificii*, del canonista de mediados del siglo XIII, Dino de Muxello.

En la primera mitad del siglo XVIII, en el reino de Chile, el oidor Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737), poseía las *Summa Codicis* de Azo y los *In V Decretalium commentaria*, del canonista Sinibaldo dei Fieschi (+1254), y su colega de honores, Francisco Ruiz de Berecedo (1674-1743) también contaba entre sus libros con las mismas dos obras, que pasaron a la biblioteca de su sobrino, el obispo Manuel de Alday y Aspee (1712-1788).

e) Comentaristas

Al igual que lo sucedido con las glosas, los comentarios de los principales civilistas y canonistas se incorporaron a las diversas ediciones de ambos *Corpora* y así circularon en América largo tiempo. Las obras particulares de ellos, que ya en el siglo XVI parecían haber caído en el olvido en Europa, corrieron en las libreras indias durante los siglos XVI, XVII y, en menor medida, en el XVIII.

En el siglo XVI, el oidor limeño Lisón de Tejada (14 ?-1549) tenía en su librería diez cuerpos de Baldo de Ubaldi (1327-1400): la *Lectura super I-IX libris Codicis*, la *Lectura super feudis*, los *Consilia* y la *Lectura super I et II Decretalium*; un cuerpo de Ángel Gambiglioni de Arezzo (+c.1451), el *Tractatus de maleficiis*; un cuerpo de Jean Faure de Roussines, los *Commentaria super Institutis iuris utriusque*; cuatro volúmenes de Bartolomé de Saliceto (1363-1412), que eran la *Lectura super IX libris Codicis*, y la *Lectura singularis in secunda Digesti veteris parte*; y, finalmente, de Guillaume Durand, el *Speculum iuris*.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Hampe Martínez, Teodoro, *op. cit.*, *supra*, nota 142, pp. 413-414.

En el Perú, durante este mismo siglo, el inventario de la biblioteca del cafilicado de herético doctor Agustín Valenciano de Quiñones, daba cuenta en 1576 de las siguientes obras de comentaristas: un cuerpo de Petrus Bellapertica; el *Sextus liber Decretalium, cum epitomis, divisionibus et glossa ordinaria*, de Juan Andrés (c.1270-1348); el *Super feudis*, de Andrés de Isernia (13 ?-1353); el *Singularis in statutorum materia tractatus*, de Alberico de Rosate (+1354); los *In omnes iuris civilis libros commentarii*, de Bartolo de Sassoferato (1313-1357); los *Commentaria in tres priores libros Decretalium*, los *In usus feudorum commentaria*, el *Tractatus de dotibus et dotatis mulieribus*, y otros cinco cuerpos más de Baldo de Ubaldi (1327-1400); el *Super sexto Decretalium*, de Pedro de Ancarano (c.1330-1416); los *Commentaria in Clementinarum volumen*, del cardenal Francisco Zabarella (1335- 1417); los *Commentarii in libros Clementinarum*, de Juan de Imola (13 ?-1436); las *Interpretationes in quinque Decretalium libros*, de Nicolás Tudeschis (c.1383-1453); los *In Codicem et Digestum commentaria* de Jasón del Mayno (1435-1519); la *Lectura super sexto Decreto*, de Guido de Baisio; los *Super tribus ultimis libris Codicis commentaria*, pertenecientes a Juan de Platea; y la *Lectura super ff. de regulis iuris*, de Felipe Decio (1454-1535).¹⁶¹

Por la misma época, el tantas veces citado, presidente de Santo Domingo, Gregorio González de Cuenca (15 ?-1581), contaba entre sus libros, los *In Codicem et aliquod titulos princi Pandectorum tomi, id est Digesti Veteris, dotissima commentaria*, de Cino de Pistoia (1270-c.1336); el *Sextus liber Decretalium commentaria*, de Juan Andrés (c.1270-1348); las *Opera* en cinco cuerpos de Bartolo de Sassoferato (1313-1357); los *Commentaria in Digestum & in Codicem* de Baldo de Ubaldi (1327-1400), de quien también tenía los *Commentaria in tres priores libros Decretalium*, y los *In usus feudorum commentaria*; los *Commentaria in Clementinarum volumen*, del cardenal Francisco Zabarella (1335-1417); los *Commentaria in Digestum & in Codicem*, de Paulo de Castro (13 ?-1441); el *De maleficiis tractatus* y los *In Authenticum commentaria*, de Angel Gambiglioni de Arezzo (+c.1451); los nueve cuerpos de las *Interpretationes in quinque Decretalium*, de Nicolás Tudeschis (c.1383- 1453); los *Commentaria super libri quinti Decretalium*, de Mariano Socino (1401-1467); los cuatro de los *Commentaria ad quinque libros Decretalium*, de Felino Sandeo (1444-1503); los *In Codicem et Digestum commentaria*, de Jasón del Mayno

¹⁶¹ Hampe Martínez, Teodoro, *op. cit.*, *supra*, nota 110, pp. 299-312.

(1435-1519), en nueve cuerpos, y del mismo autor sus *In titulum de actionibus commentaria*; la *Aurea et singularis lectura super quarto Decretalium* y el *Tractatus appellationum*, de Juan Sangiorgio; los *Super sexto Decreto uberrima commentaria*, de Guido de Baisio; el *Tractatus super reassumptione instrumentorum*, de París de Puteo; además de algunos otros.¹⁶²

En el siglo XVII, en las librerías de los oidores chilenos, Gaspar de Narváez y Valdelomar (1556-1632), Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647) y Sancho García de Salazar (c.1630-1688), aparecían las obras de los civilistas, Andrés de Isernia (+c.1353), Alberico de Rosate (+1354), Bartolo de Sassoferato (1313-1357), Lucas de Penna (c.1343-c.1382), Baldo de Ubaldi (c.1327-1400), Bartolomé de Saliceto (c.1363-1412), Paulo de Castro (c.1394-c.1441), Jacobo Puteo (+1453), Alejandro Tartagno de Imola (1424-1477), Jasón del Mayno (1435-1519). Entre los canonistas, se mencionaba a Juan Andrés (c.1270-1348), Pedro de Ancarano (c.1330-1416), Nicolás Tudeschis (c.1383- 1453) y Felino Sandeo (1444-1503).

En la librería del oidor chileno, de la primera mitad del siglo XVIII, Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737) se encontraban nueve cuerpos del Abad Panormitano (c.1383-1453) más uno de Lucas de Penna (c.1343-c.1382), los mismos que poseía el fiscal santiaguino Martín Gregorio de Jáuregui y Ollo (1690-1749); por su lado, en la del oidor honorario Francisco Ruiz de Berecedo (1674-1746) habían cuatro volúmenes de Baldo de Ubaldi (c.1327-1400), ocho de Bartolo de Sassoferato (1313-1357), uno de Paulo de Castro (c.1394-c.1441) y otro de Jasón del Mayno (1435-1519).

Dé las librerías de oidores chilenos de la segunda mitad del siglo XVIII, únicamente en la de Domingo Martínez de Aldunate (1707-1778), aparecían doce cuerpos de Baldo de Ubaldi (c.1327-1400) y ocho del Abad Panormitano (c.1383-1453), así como en la del obispo de Santiago, Manuel de Alday y Aspee (1712-1788), se encontraban los mismos volúmenes que habían pertenecido a su tío, el oidor honorario Francisco Ruiz de Berecedo (1674-1746), quien se los había legado.

Por su parte, en la biblioteca de la Universidad de San Marcos de Lima, aún permanecen dos volúmenes de los *Consilia iuris responsa ac quaestiones*, de Nicolás Tudeschis (c.1383-1453), publicados en Venecia en 1569.¹⁶³

¹⁶² Hampe Martínez, Teodoro, *op. cit.*, *supra*, nota 28, pp. 161-190.

¹⁶³ Dolezalek, Gero, *op. cit.*, *supra*, nota 33, p. 517.

f) *Mos italicus* tardío (siglos XVI y XVIII)

Escribía Ludovico Antonio de Muratori (1672-1754), en su célebre *De los defectos de la jurisprudencia*, que:

Facilitóse la impresión de innumerables libros; lo que dio lugar a que varios Jurisconsultos saliesen con una grande multitud de alegaciones y consultas, llegando a ser interminable la abundancia de tratados sobre asuntos particulares, y decisiones dimanadas de diferentes Rotas y Senados. Esto es lo que ha dado motivo a que los libros de Leyes compongan en el día una Librería tan asombrosa, que sin embargo de los muchos que comprehende el Fontana en su Biblioteca Legal, pueden todavía agregársele muchísimos.¹⁶⁴

Este párrafo, que recogía una fuerte crítica al bartolismo imperante en la literatura jurídica europea de los siglos XVI y siguientes, reflejaba el cambio de orientación en las obras de los juristas del *mos italicus* posteriores a 1500. En efecto, a pesar de la crítica humanista que se había iniciado al finalizar el siglo XV contra el *ius commune*, continuó el predominio del bartolismo, caracterizado por el recurso a la *communis opinio*, pero con caracteres marcadamente prácticos, lo que dio pie a la aparición de diversos libros de derecho, alejados de intenciones teóricas y del trabajo directo de los textos romanos, donde lo más importante parecía ser el acumulamiento de opiniones favorables a determinada solución, para así demostrar que aquélla era la *opinión común* y, por ende, la acertada.¹⁶⁵

Tal situación la había caracterizado muy bien el hispano Gerónimo de Zevallos (1560-16?), en su famoso *Speculum Aureum: opinionum communium contra communes*, cuando denunciaba: *In quanta caligine et obscuritate totum Ius versetur, cum nulla sit opinio certa et verissima, quae non possit pluribus contrariis opinionibus et fundamentis contrariari et sic omnia negotia magis ex iudicium arbitrio, quam ex certa iuris dispositione terminantur et modo in uno eodemque negotio, nunc pro actore, nunc pro reo, sententia fertur, sine variatione iuris nesque facti, sed solum ex eo, quis his iudicibus placet haec opinio et aliis displicet et contraria directa*

¹⁶⁴ Muratori, Luis Antonio, *Defectos de la jurisprudencia* (Madrid, 1794), pp. 25-26. Traducción de Vicente María de Tercilla.

¹⁶⁵ Véase el sugerente trabajo del profesor Coing, Helmut, *La contribución de las naciones europeas al derecho común, en España y Europa. Un pasado jurídico común, Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común* (Murcia, 1986), pp. 45-61, donde plantea suscintamente el desarrollo de la ciencia jurídica europea de los siglos XVI al XVIII.

*satisfacit, cum sine certa lege omnimo in tot opinionum varietate Res publica gubernetur.*¹⁶⁶

Esta literatura jurídica bartolista posterior al 1500 se caracterizó por la declinación del género de comentarios a los textos justinianeos, y por el auge de comentarios al derecho real, junto con la aparición, o en algunos casos, el fortalecimiento de las obras de *consilia, responsa, allegationes, quaestiones, controversiae, praxis y tractatus*.¹⁶⁷ Estos géneros jurídico-literarios constituyeron la mayor parte de las libreras de los letrados americanos, en los siglos XVI, XVII y primera mitad del XVIII, pues sólo a partir de la segunda mitad de este último siglo comenzaron a decaer, en oposición a las obras de algunos humanistas y iusracionalistas, y de la literatura jurídica dieciochesca de instituciones de derecho patrio o nacional, de crítica al bartolismo y de prácticas forenses, notariales, etcétera.

En los siguientes apartados se revisarán suscintamente los principales autores de derecho común posteriores al 1500, que aparecían en algunas libreras indias.

Comentaristas de fuentes romanas

Dicho género de obras estaba en decadencia desde finales del siglo XV, lo que se reflejaba en las libreras indias, pues se las encontraba en muy reducido número y, sobre todo, en las bibliotecas de los siglos XVI y XVII.

Manuel Costa (siglo XVI) con sus *Cap. si pater de testam. lib. sexto ff. commentaria*, en la librería del doctor cuzqueño Agustín Valenciano de Quiñones (1576), en la del presidente de la Audiencia de Santo Domingo, Gregorio González de Cuenca (15 ?-1581) y en la del togado chileno, Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647); Antonio Padilla y Meneses (15 ?-1598) y sus *Ad tit. Cod. de transactionibus y De Fideicommisis commentarius*, en las libreras de los citados doctores González de Cuenca y Machado de Chávez, y en la biblioteca de la Universidad de San Marcos de Lima, en una edición de Madrid, de 1568.

Pedro Barbosa (15 ?-1606) y sus *Commentaria ad interpretationem tit. De soluto Matrimonio, Commentaria ad interpretationem tituli Pandecta-*

¹⁶⁶ Zevallos, Gerónimo, *Speculum Aureum. Opinionum communium contra communes, Oratio ad lectorem*, sin foliar. He tenido a la vista la edición de Coloniae Agripinnae, 1664.

¹⁶⁷ Véase Holthöfer, Gerhard, *Literaturtypen des mos italicus in der europäischen Rechtsliteratur der frühen Neuzeit (16.-18.Jahrhundert)*, en *Ius Commune*, II (Frankfurt am Main, 1969), pp. 131-166 y Horn, Norbert. *Die juristische Literatur der Kommentatorenzeit*, en *Ius Commune*, II (Frankfurt am Main, 1969), pp. 86-129.

rum de iudiciis y *Commentaria ad rubricam et legem Codicis de Praescriptionibus*, en la del oidor chileno, Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647); y su *De matrimonio et pluribus aliis materiebus in tit. ff. Soluto matrimonio quemad. Dos. Pet.*, en la del oidor Juan Verdugo (1704-1779).

Antonio Pichardo Vinuesa (1565-1631) en sus *In quatuor Institutionum Imperatoris Iustiniani librum commentaria*, también en la de Machado de Chávez y en las de sus colegas Juan del Corral (1665-1737) y Verdugo.

Los indianos Juan Suárez de Mendoza (16 ?-1681) en sus *Commentarii ad Legem Aquiliam*, en la del oidor honorario Francisco Ruiz de Berecedo (1674- 1746); y Francisco Jaraba y Buitrón (16 ?-c.1690) en sus *Selectionis Iuris civilis quatuor*, en la de su colega Sancho García de Salazar (c.1630-1688).

Comentaristas de fuentes canónicas

Los textos normalmente comentados eran, además de las *Decretales*, la *Bula de Cruzada*, y las *Reglas de la Chancillería Apostólica*.

En lo tocante a los comentaristas de las *Decretales*, se advertía una relativa modernización de las obras que se manejaban en las Indias, pues en el siglo XVIII, prácticamente han desaparecido los comentarios de los siglos XVI y XVII, salvo el caso de los magistrales *Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum Decretalium*, de Manuel González Téllez (15 ?-1649).

Los comentaristas de las *Decretales* de los siglos XVI y XVII, presentes en las bibliotecas indias eran:

Luis Gómez (1484-1542), con sus *Commentaria in nonnullos lib. VI Decretalium titulos*, entre los libros de los oidores chilenos Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647), Sancho García de Salazar (c.1630-1688) y Juan del Corral (1665-1737).

Juan de Acosta (c.1560-1637), con sus *Summaria in novem prioris titulos libri primi Decretalium*, en la biblioteca del oidor honorario chileno, Francisco Ruiz de Berecedo (1674-1746).

El limeño Feliciano de la Vega (15 ?-1640) con sus *Selectionum canoniarum in secundum Decretalium libros*, en las libreras de Machado de Chávez y del mismo Ruiz de Berecedo, quien además poseía el ya citado comentario de Manuel González Téllez (15 ?-1649).

El célebre italiano Próspero Fagnanus (1588-1678) con sus *Commentaria in quinque libros Decretalium*, se encontraba entre los libros de los

oidores chilenos Juan Verdugo (1704-1779), Domingo Martínez de Aldunate (1707-1778) y José Santiago de Aldunate y Guerrero (1754-c.1825), y entre los de los ministros de la Audiencia de Charcas, Antonio Martínez Luján de Vargas (16 ?-1696), Antonio Porlier (1722-1813), Miguel Martínez de Escobar y Coronado (1728-1774) y del relator Juan José de Segovia (1729-1809).¹⁶⁸

El no menos conocido jesuita Enrique Pirhing (1606-1679), con su *Ius canonicum in V libros Decretalium distributum nova methodo explicatum*, en la librería del fiscal chileno, Martín Gregorio de Jáuregui y Ollo (1690-1749), y en la del contador limeño Miguel Feijó de Sosa (1718-1791).

El mucho muy difundido Anacleto Reiffenstuel (1642-1703), con su *Ius Canonicum Universum clara methodo iuxta titulos quinque librorum Decretalium in quaestiones distributum*, en las bibliotecas de los oidores chilenos, Juan Bautista Verdugo (1704-1779), Domingo Martínez de Aldunate (1707-1778), José de Traslaviña (1714-1780) y José Santiago de Aldunate y Guerrero (1754-c.1825), en las de sus colegas de Charcas, Miguel Martínez de Escobar y Coronado (1728-1774), y Miguel López de Andreu;¹⁶⁹ y en la del contador limeño Miguel Feijó de Sosa (1718-1791).

Entre los comentarios del siglo XVIII destacaba el *Ius Canonicum Universum hodiernae disciplinae accommodatum*, del flamenco y jansenista profesor de Lovaina, Zeger Bernardo Van Espen (1646-1728), que aparecía en la librería del oidor chileno Juan Hipólito Suárez (1744-1788), en la del obispo de Santiago, Francisco José de Marán (17 ?-1807), en la del doctor Gabriel Ocampo (1798-1882); en la del abogado rioplatense, Francisco Pombo de Otero (17 ?- 1803); y en las de los ministros de la Audiencia de Charcas, Antonio Porlier (1722-1813), Miguel Martínez de Escobar y Coronado (1728-1774), José Agustín de Ussoz y Mozi (1763-p.1820), y Manuel José de Reyes (1754-18 ?).¹⁷⁰ En la biblioteca de la Universidad de San Marcos de Lima, se conserva el *Ius ecclesiasticum in epitomen redactum*, publicado en Madrid en 1792.

Finalmente, no puede dejar de citarse al destacado canonista indiano, Pedro Murillo Velarde (1696-1753), con su ya clásico, *Cursus Iuris Canonici Hispanici et Indici, in quo iuxta ordinem titulorum Decretalium, non solum canonicae decisiones afferentur, sed insuper additum, quod in nostro Hispaniae Regno et in his Indiarum Provinciis, lege, consuetudine, privile-*

¹⁶⁸ Rípodas Ardanaz, Daisy, *op. cit.*, *supra*, nota 31, p. 530.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

gio, vel praxi statutum, et admissum est, que poseían el oidor chileno, Luis de Santa Cruz (1716-1784), y el contador limeño Miguel Feijó de Sosa (1718-1791).

De aquellos juristas que se ocuparon de la *Bula de Cruzada*, aparecían el lusitano Manuel Rodríguez (1545-1619), con su *Explicación de la Bula de la Cruzada*, y el hispano Andrés Mendo (1608-1684), con su *Bullae Sacrae Cruciae dilucidationem*, el primero entre los libros del oidor chileno Francisco Ruiz de Berecedo (1674-1746), y el segundo, entre los de su colega José de Traslaviña (1714-1780).

Respecto a las *Reglas de la Chancillería*, en el siglo XVI, los doctores Agustín Valenciano de Quiñones y Gregorio González de Cuenca, poseían los *Commentaria in regulas Cancillariae iudiciales, quae usu quotidiano in curia et foro saepe versantur*, del valenciano Luis Gómez (1484-1543), que también se encontraba entre los libros del oidor chileno Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737). De su lado, el oidor Sancho García de Salazar (c.1630-1688) tenía entre los suyos, el *Super XIV regulas Cancillariae*, del catalán Guillermo Cassador (1477-1527); y sus colegas del Corral y Martínez de Aldunate (1707-1778), contaban con los *Glossema ad regulam VIII Cancillariae Apostolicae de reservatione mensium, & alternativa episcoporum*, del hispano Jerónimo González (15 ?-1609).

Comentaristas de legislación real

Los comentarios a los textos de legislación real, siguiendo el método del *mos italicus*, se desarrollaron en Castilla a desde finales del siglo XV, de modo tal, que surgió una literatura jurídica adventicia a los principales textos del derecho real como las *Recopilaciones*. Estas obras gozaron de grande aprecio entre los letrados peninsulares e indianos, lo que se refleja en su abundante presencia en las librerías tanto del siglo XVI como en las de los XVII y XVIII. En este último siglo se difundieron además, las notas o apuntamientos a algunos textos legales, ya no con el método propio del *mos italicus* tardío, sino más bien con carácter histórico y de reafirmación del derecho patrio o nacional frente al común, de los que fueron ejemplo las obras de José Berní Catalá (1712-1787) y sus *Apuntamientos sobre las leyes de Partida*; de los doctores Ignacio Jordán de Asso (1712-1804) y Miguel de Manuel Rodríguez, en sus ediciones del *Fuero Viejo de Castilla Ordenamiento y Cortes*.

En lo tocante a las glosas y comentarios a las *Siete Partidas*, nada se dirá aquí, pues en otro lugar ya se ha hecho.

Las *Ordenanzas Reales de Castilla* fueron comentadas por Diego Pérez de Salamanca (siglo XVI) en su *Commentaria in librum VIII Ordinationum Regni Castellae*, que tenían, en Lima el doctor Agustín Valenciano de Quiñones (1576) y el contador Miguel Feijó de Sosa (1718-1791); en Santo Domingo el presidente, Gregorio González de Cuenca (15 ?-1581); en Chile los oidores Gaspar de Narváez (1556-1632), Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647), Juan Verdugo (1704-1779) y Juan Hipólito Suárez (1744-1788), que en su edición en tres volúmenes de Madrid 1779-1780, por Joseph Doblado, tenía el doctor Gabriel Ocampo (1798-1882). En el Río de la Plata, Argentina, aparecían en la librería del abogado Francisco Pombo de Otero (17 ?-1803).

De los comentaristas de las *Leyes de Toro*, aparecían Juan López de Palacios Rubios (c.1447-1524), con su *Glossemata in Leges Taurinas, quas vulgo de Toro appellat*, en las libreras del doctor limeño, Agustín Valenciano de Quiñones, en la del presidente de Santo Domingo, Gregorio González de Cuenca (15 ?-1581), y en la del oidor chileno Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647); Miguel de Cifuentes (siglo XVI), con su *Nova lectura, seu declaratio Legum Taurinarum*, en las libreras del citado doctor González de Cuenca y del oidor honorario chileno, Francisco Ruiz de Bercedo (1674-1746); Luis Velázquez de Avendaño (siglo XVI) y su *Legum Taurinarum a Ferdinando et Ioanna Hispaniarum Regibus foelicis recordationibus utilissima glossa sequitur*, en las bibliotecas de los oidores de Panamá Diego de Villanueva Zapata (1596), y de Chile Gaspar de Narváez (1556-1632) y Francisco Ruiz de Bercedo (1674-1746); Diego del Castillo de Villasante (c.1500-1560) con sus *Utilis et aurea glossa super Legibus Tauri*, en la biblioteca del doctor limeño, Agustín Valenciano de Quiñones, en la del oidor de Panamá Diego de Villanueva Zapata, y en la del oidor chileno Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647); Antonio Gómez (1502-1562/72) y su *Ad Leges Tauri commentarium absolutissimum*, en la librera del doctor limeño, Agustín Valenciano de Quiñones, y en la del presidente de Santo Domingo, Gregorio González de Cuenca, quienes además poseían la *Subtilissima nec non valde utilis glossa ad famosissimas, subtiles, necessarias ac quotidianas Leges Tauri*, de Fernando Gómez Arias (siglo XVI).

El clásico comentario de Antonio Gómez lo tenían el oidor de Panamá Diego de Villanueva Zapata (1596) y sus colegas santiaguinos, Pedro

Machado de Chávez (c.1590-1647), Sancho García de Salazar (c.1630-1688), Juan del Corral (1665-1737), Domingo Martínez de Aldunate (1707-1778), Luis de Santa Cruz (1716-1784), Juan Hipólito Suárez (1744-1788), y José Santiago Aldunate Guerrero (1754-c.1825), y el fiscal Martín Gregorio de Jáuregui (1690-1749), el regente Francisco Moreno y Escandón (1736-1792), y el contador limeño Miguel Feijo de Sosa (1718-1791); Juan Guillén de Cervantes (1509-15 ?), en su *Prima pars commentariorum in Leges Tauri*, que contaban entre sus libros el oidor de Panamá Diego de Villanueva Zapata y su colega chileno, Gaspar de Narváez (1556-1632); Tello Fernández Mexfa (15 ?-1595), con sus *Commentaria in Constitutiones Taurinas*, que aparecía en las bibliotecas de los oidores chilenos Gaspar de Narváez (1556-1632), Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647), Juan del Corral (1665-1737) y José Traslaviña (1714-1780); Marcos Salón de Paz (Matías Burgos de Paz) (c.1520-1567), con sus *Ad Leges Taurinas insignes commentarii*, en las librerías del presidente González de Cuenca y en las de los oidores chilenos, Machado de Chávez, García de Salazar, Del Corral, Martínez de Aldunate y Aldunate Guerrero, así como en la del fiscal Martín Gregorio de Jáuregui (1690-1749).

La *Nueva Recopilación* fue comentada por Juan Matienzo (1510- c.1579) en sus *In Librum V Collectionis Legum Hispaniae commentaria*, que poseían el oidor de Panamá Diego de Villanueva Zapata (1596), sus colegas chilenos Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647) y Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737), y el fiscal Martín de Jáuregui (1690-1749); por Alfonso de Azevedo (1518-1598) en sus *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, que aparecían en las librerías del oidor de Panamá Diego de Villanueva Zapata, y en las de los oidores chilenos, Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647), Sancho García de Salazar (c.1630-1688), Juan del Corral (1665-1737), Juan Próspero de Solís Vango (1690-1743), Juan Bautista Verdugo (1704-1779), José de Traslaviña (1714-1780) y Juan Hipólito Suárez (1744-1788), y en la del abogado rioplatense Francisco Pombo de Otero (17 ?-1803); parcialmente por Andrés Angulo (1545-1600) en sus *Commentaria ad leges regias meliorationum tit. VI. lib. V Compilationis*, que aparecía entre los libros del oidor chileno Sancho García de Salazar (c.1630-1688); por Alfonso de Narbona (1564-1611) en sus *Commentaria in tertiam partem Novae Recopilationis legum Hispaniae*, que se hallaba en las bibliotecas de los oidores santiaguinos Machado de Chávez, García de Salazar, Martínez de Aldunate, Aldunate Guerrero y del regente Moreno y Escandón; por Francisco Carrasco del Saz (15 ?-1625)

en su *Interpretatio ad aliquas Leges Recopilationis Regni Castellae*, que poseían los ministros de la Real Audiencia de Chile, Narváez y Valdelomar, Machado de Chávez, del Corral, Jáuregui y Ollo, Verdugo, además de Santa Cruz.

También en las libreras de los siglos XVI, XVII y XVIII aparecían algunos comentaristas de derecho francés, que tuvieron muchísima difusión, a juzgar por la frecuencia con que se les encontraba en las referidas bibliotecas, fueron Bartolomé Casaneo (1480-1542) y Pedro Rebuffe (1487-1557).

Bartolomé Casaneo (1480-1541) fue autor de la obra *Consuetudines Ducatus Burgundiae sequenstotius Galliae quam antea emmendatiores*, que contaban entre sus libros el doctor limeño Agustín Valenciano de Quiñones (1576), el presidente de Santo Domingo, Gregorio González de Cuenca (15 ?-1581) y el oidor santiaguino, Francisco Ruiz de Berecedo (1674-1746). Pedro Rebuffe (1487-1557) escribió unos *Commentariorum in Constitutiones, seu Ordinationum regias Gallicas*, que aparecían en las libreras del doctor González de Cuenca y en las de los oidores chilenos García de Salazar y Ruiz de Berecedo.

Consiliaristas

Las obras de consejos fueron de las más representativas de la literatura jurídica del *mos italicus* tardío, aunque ya algunos comentaristas como Oldrado de Ponte, Bartolo, Baldo, Bartolomé Saliceto, Rafael Fulgosio y otros, las habían cultivado. Estas obras gozaron de amplia difusión en las Indias, durante los siglos XVI, XVII y primera mitad del XVIII.

Para no hacer en extremo pesado este apartado, solamente se mencionará a los principales que aparecían en las libreras indias.

De entre los hispanos, Marcos Salón de Paz (1520-1567), Alfonso de Azevedo (1518-1598), Juan Gutiérrez (1530-1638) y Juan Bautista Valenzuela Velázquez (1574-1645); de los lusitanos estaba Diego Brito (c.1655-c.1635); de los italianos, Felipe Decio (1454-1535), Jacobo Menochio (1532-1607), Próspero Farinacio (1544-1618); de los germanos, Cristóbal Besoldo (1577-1638); y de los franceses, el ya citado Bartolomé Casaneo (1480-1541).

Decisionistas

Los libros jurídicos con carácter decisionista tuvieron mucha aceptación en Indias hasta la primera mitad del siglo XVIII, tanto los que recogían sentencias de tribunales seculares como los que lo hacían de las diversas rotas.

De entre los civilistas hispanos destacaban Jaime Cánzer (1549- 1629), Juan Bautista Larrea (1590-1645), Juan Pedro Fontanella (1576-1650), Cristóbal Crespi Valdaura (1621-1681) y Miguel Cortiada (16 ?-1691); y de los lusitanos, Antonio Gama (15 ?-1579) y Luis de Peguera (15 ?-c.1607). De entre los italianos, Mateo de Afflictis (1430-1510), Tomás Gramatico (1473-1566), Jacobo Mandelus (1510-1555), Juan Pedro Surdo (15 ?-1592), Vicente de Franchis (siglos XVI y XVII), Mario Giurba (siglo XVII), y Héctor Capicio Latro (siglo XVI); y del francés, Guido Papa (1402-1487).

De los canonistas, el hispano Francisco de Peña (1540-1612); los italianos, Próspero Farinacio (1544-1618), Ludovico Postio (siglo XVII), José Urseolo (siglo XVII) y el famoso cardenal Juan Bautista de Luca (1614-1683).

Alegacionistas

Al igual que los géneros jurídico-literarios anteriores, las alegacionistas fueron las obras que recopilaban alegatos muy frecuentes en Indias hasta mediados del siglo XVIII.

En la casi totalidad de las librerías indias aparecen los dos muy difundidos Juan Bautista Larrea (c.1590-1645), en sus *Allegationes fiscales*, y Pedro Díez de Rivadeneyra y Noguerol (15 ?-1640) en sus *Allegationum iuris*; y en menor medida, Antonio de Castro (siglo XVII) y Diego Antonio Yáñez Fajardo (siglo XVII).

Controversistas

Los libros de tipo controversista, las más de las veces de contenido heterogéneo pero emparentados entre sí porque reunían cuestiones disputadas que el autor intentaba resolver —normalmente con el recurso a la *communis opinio*—, abundaban en las librerías indias del siglo XVII y primera mitad del XVIII, principalmente de juristas hispanos e italianos.

Entre los hispanos presentes destacaban el humanista Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569), Jerónimo Fernández de Otero (15 ?-1635), Tomás Carlevalio (15 ?-1645), Juan del Castillo Sotomayor (c.1580-16 ?), José Vela de Oreña (15 ?-1653) y José Yáñez Parladorio (siglos XVI y XVII); y entre los italianos, Antonio Merenda (1578-1655), Julio Caponio (1612-1673) y Francisco Merlino Pignatellus (siglos XVI y XVII); además del francés Andrés Tiraquello (c.1480-1558).

Prácticos

Ya algunos glosadores postacursianos habían elaborado obras de carácter práctico, destinadas a tratar materias propias de la praxis judicial o estrechamente vinculadas al ejercicio forense, como la muy conocida y difundida *Summa artis notariae*, del boloñés Rolandino de Passaggieri (c.1234-1300), que reordenó y sistematizó toda la materia notarial, acompañándola de los formularios en uso, y que como dato peregrino anotó que poseía el presidente de la real Audiencia de Santo Domingo, doctor Gregorio González de Cuenca (15 ?-1581).

También algunos comentaristas escribieron obras prácticas, como Jacobo de Belviso (1270-1335), autor de una *Practica criminalis*. Sin perjuicio de ello, en los siglos XVI y XVII aparecieron innumerables trabajos de juristas, tanto civilistas como canonistas que se ocupaban de la práctica judicial de los tribunales de sus reinos. Este tipo de libros aparecían en la casi totalidad de las libreras indias, y sobre todo las de los italianos Julio Claro (1525-1575) y de su contemporáneo Luis Carrera, y las de los españoles Gabriel de Monterroso (siglo XVI), Alonso de Villadiego (siglos XVI y XVII), Gonzalo Suárez de Paz (15 ?-1590) y Gabriel Pareja de Quesada (siglo XVII). Sin que pueda pasarse en silencio el nombre del indiano Juan de Hevia Bolaños (1570-1623) y su *Curia Philippica*.

Tratadistas

El género jurídico-literario del *tractatus*, que se había afirmado con los glosadores postacursianos, como Alberto de Gandino (c.1278-c.1310), autor de un *Tractatus de maleficiis*, se desarrolló ampliamente con los comentaristas, como Juan de Imola (13 ?-1436), autor de un *Tractatus de appellationibus*, y Ángel Gambiglioni de Arezzo (+c.1451), a quien se debe un *Tractatus de maleficiis*.

En los siglos XVI y XVII abundaron los tratadistas, tanto civilistas como canonistas que gozaron de sobrada difusión en las Indias, donde, por lo demás, diversos juristas indianos cultivaron, con singular fortuna, este tipo de obras.

Entre los muchos de tratadistas civilistas que circularon en Indias durante los siglos XVI, XVII y XVIII, puede mencionarse a los hispanos Antonio Ayerbe de Ayora (siglo XVI), Ignacio de Lassarte y Molina (siglo XVI), Luis Velázquez de Avendaño (siglo XVI), Juan García de Saavedra (siglo XVI), Juan de Arce y Otalora (siglo XVI), Luis de Molina y Morales (siglo XVI); Domingo Espino de Cáceres (siglo XVI), Pedro Plaza de Moraga (c.1525-c.1590), Diego Rodríguez Alvarado (1529-1584); también, Juan Vela de Acuña (15 ?-c.1602), Francisco Salgado de Somoza (1595-1644), Antonio Oliván (1560-1620), Alfonso Guzmán Genzor (siglos XVI y XVII), Juan Escobar del Corro (siglos XVI y XVII), Amador Rodríguez (siglos XVI y XVII), Feliciano de Solís (siglos XVI y XVII), así como Manuel Román Valerón (siglo XVII), José Suárez de Figueroa (siglo XVII), Antonio de Acosta (siglo XVII), Diego Bolero y Caxal (16 ?-1681) y Alfonso de Olea (16 ?-c.1685).

De la multitud de civilistas italianos presentes en las librerías indias, puede recordarse a Juan Bautista Costa (siglo XVI), Sebastián Vantius (siglo XVI), Marco Antonio Peregrino (siglo XVI), Tiberio Deciano (1508-1581), Héctor Felicio (1589-1623), Honorato Leotardo (siglo XVII), Luis Postio (siglo XVII), Segismundo Scaccia (15 ?-c.1610), Jaime Antonio Marta (1559-1628) y Ansaldo de Ansaldi (1651-1719).

De los tratadistas indianos no pueden olvidarse los nombres del fiscal de la Audiencia de Panamá Francisco Carrasco del Saz (15 ?-1625), a quien se debe un magistral *Tractatus de casibus curiae*; del oidor limeño Blas Robles de Salcedo (15 ?-c.1650), autor del *Novus et methodicus tractatus de repraesentatione*; del fiscal, también limeño, Gabriel Álvarez de Velasco (15 ?-1658), autor, entre otras obras, de un *Tractatus de privilegiis pauperorum et miserabilis personae*; del enigmático Juan de Hevia Bolaños (1570-1623), a quien se debe, además de la clásica *Curia Filipica*, el *Labirintho del comercio terrestre y naval*; del oidor limeño Francisco Alfaro (15 ?-c.1640), autor del célebre *Tractatus de officio fiscalis*; del oidor chileno Gaspar de Escalona y Agüero (1590-1650), autor del muy conocido *Gazophilatum regium Perubicum*; del clásico, Juan de Solórzano Pereyra (1575-1655), con sus *De Indiarum Iure*, *De Indiarum Gubernatione* y la *Política Indiana*.

Entre los canonistas hispanos representados en las bibliotecas indias, entre los siglos XVI y XVIII, sobresalen: Tomás Sánchez (1550-1610) y su famoso *De sancto matrimonio sacramento*; Gerónimo de Zevallos (1560-16?) y su *Tractatus duplii de cognitione per viam violentiae in causis ecclesiasticis & inter personas ecclesiasticas*; Nicolás García (1582-16?) y su *De beneficiis tractatum*; Francisco Salgado de Somoza (1595-1644) y sus célebres *Tractatus de regia protectione*, *Tractatus de supplicatione ad Sanctissimum*, y *Tractatus de libertate beneficiorum & capellaniarum recuperanda*; Alfonso Pérez de Lara (siglos XVI y XVII) y su *De capellaniis libri II*; y el más moderno, Antonio José Álvarez de Abreu (1683-1775) y su conocida *Víctima real legal*.

De los muchos tratadistas italianos de derecho canónico, destacaban: Flaminio Parisio (c.1473-1545) y su *De resignatione beneficiorum tractatus*; Próspero Farinacio (1544-1618) y sus *De haeresi*, y *De immunitate Ecclesiae*; Octavio Caracciolo (16?-1671) y su *De fori privilegiorum remissione*; Ascanio Tamburino (siglo XVII) y sus clásicos *De iure abbatum* y *De iure abbatissarum*; y el preclaro cardenal Juan Bautista de Luca (1614-1683) y su *Tractatus de officiis venalibus Romanae Curiae*, además de su monumental *Theatrum veritatis et iustitia*.

De los canonistas indios que escribieron tratados abundaban, entre otros, el obispo de Popayán, Feliciano de la Vega (15?-1640) y su *Tractatus de censuriis*; el obispo de Santiago, fray Gaspar de Villarroel (1587-1665) y su clásico *Gobierno eclesiástico pacífico y unión de los dos cuchillos pontificio y regio*; el oidor limeño, Pedro Frasso (1630-1693) y su *De regio patronatu Indiarum, ac aliis nonnullis regaliis Regibus Catholicis in India-rum Occidentalium Imperium pertinentibus*; y el oidor mexicano Antonio Joaquín de Rivadeneyra y Barrientos (1710-1772) y su *Manual compendio de el regio patronato indiano*.

g) Escuela española del derecho natural

En el siglo XVI y primera mitad del siguiente se desarrolló en la península la llamada escuela española del derecho natural, escolástica y neotomista, vinculada a las universidades de Salamanca, Alcalá y otras como Evora y Coimbra en Portugal, que tuvo grande influencia en el curso de las polémicas de Indias o de los justos títulos.

Los autores pertenecientes a esta corriente no aparecían con mucha frecuencia en las libreras de letrados indios, salvo el caso del jesuita Luis

de Molina (1536-1600), que incluso sobrevivió largamente a la expulsión. Esta relativa ausencia de la neoescuelística española en las bibliotecas no significa que el influjo de ella hubiera sido escaso, pues muchos de sus autores se estudiaban en las cátedras de artes, donde incluso había una titulada *De locis theologicis* para la obra homónima del dominico Melchor Cano (1509-1560).

En el siglo XVI, el doctor cuzqueño Agustín Valenciano de Quiñones (1576) poseía entre sus libros los *De natura et gratia*, *Commentaria in quartum sententiarum*, y el *De iustitia et iure*, de Domingo de Soto (1494-1560); y el presidente de la Audiencia de Santo Domingo, Gregorio González de Cuenca (15 ?-1581) contaba entre los suyos el *De potestate legis poenalis*, y el *De iusta haereticorum punitione*, del franciscano Francisco de Castro (14 ?-1558), y los *De ratione tegendi et detegendi secretum*, *Commentaria in quartum Sententiarum*, y el citado *De iustitia et iure*, de Domingo de Soto (1494-1560).

En el siglo XVII, el oidor chileno, Gaspar de Narváez y Valdelomar (1556-1632), tenía el *Codex de restitutione & contractibus tractatus*, de Juan de Medina; y su colega Sancho García de Salazar (c.1630-1688) el *De iustitia et iure*, del jesuita Luis de Molina (1536-1600).

En la primera mitad del siglo XVIII, el oidor santiaguino Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737), disponía en su librería de los *De iustitia et iure*, de Domingo de Soto (1494-1560), Luis de Molina (1536-1600) y Leonardo Lessius (1554-1623); y su colega de honores, Francisco Ruiz de Berecedo (1674-1746), el *De iustitia et iure*, de Domingo de Soto (1494-1560).

En la segunda mitad del siglo XVIII, el oidor chileno José de Traslaviña (1714-1780), poseía el *De locis theologicis*, del Melchor Cano (1509-1560), y el *De iustitia et iure*, de Luis de Molina (1536-1600); a este último también lo contaban entre sus libros los oidores santiaguinos, Domingo Martínez de Aldunate (1707-1778) y José Santiago de Aldunate y Guerrero (1754-c.1825), y el abogado rioplatense Francisco Pombo de Otero (17 ?-1803). De su lado, el obispo de Santiago, Manuel de Alday y Aspee (1712-1788) tenía las *Opera*, del padre Francisco Suárez (1548-1617); y el contador limeño Miguel Feijó de Sosa (1718-1791) contaba con la *Summa commentariorum ac disputationum... de sacramentis, indulgentiis sufragiis*, de Francisco Suárez (1548-1617), con una edición de las *Opera* de Melchor Cano (1509-1560), y con el *De iustitia et iure*, del jesuita Leonardo Lessius (1554-1623).

En la biblioteca de la Universidad de San Marcos de Lima, se conserva la edición de Salamanca de 1573, del *De iustitia et iure*, de Domingo de Soto (1494-1560).

h) Humanismo jurídico

El humanismo jurídico¹⁷¹ nació en Italia, donde tuvo como sus iniciadores a Petrarca, Traversari, Filelfo, Vegio y Valla, en cuyas obras aparecían las primeras críticas al bartolismo imperante en la jurisprudencia, mas el primero en contribuir directamente según las nuevas orientaciones fue Ángel Policiano (1454-1494), quien intentó una primera edición crítica del *Digesto*. En Italia le siguió Andrés Alciato (1492-1550), pero allí no tuvo mayores continuadores. Fue en Francia donde se desarrolló fuertemente la nueva escuela, por ello llamada del *mos gallicus*, con autores como Guillermo Budaeus (1467-1540), Francisco Baron (1495-1550), Francisco Connarus (1508-1551), Francisco Duarenus (1509-1559), Francisco Balduinus (1520-1573), Jacobo Cuyacio (1522-1590), Francisco Hotomanus (1524-1590), Hugo Donellus (1527-1591), Dionisio Godofredo (1549-1622), Jacobo Godofredo (1587-1652) y otros. En Holanda, el humanismo jurídico dio también abundante fruto, a través de la llamada escuela de *jurisprudencia elegante*, cuyos máximos representantes fueron Matías Wesembecius (1531-1586), Hugo Grocio (1583-1645), Arnoldo Vinnio (1588-1657), Iohannes Heinecio (1681-1741). En Alemania destacaron Ulrico Zazius (1461-1535), Schwarzenberger (1463-1528), Apel (1486-1536) y Haloander (1501-1531).

En España el influjo del humanismo jurídico fue más débil,¹⁷² sin embargo, hubo notables juristas pertenecientes a esta escuela como Antonio

171 Véase Koschaker, Paul. *Europa y el derecho romano* (Madrid, 1955), pp. 167-190; Calasso, Francesco, *Medio Evo del Diritto*, I (Milán, 1954), pp. 183-205; Wieacker, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Göttingen, 1967), pp. 88-92 y 161-169; Maffei, D., *Gli inizi dell'humanesimo giuridico* (Milán, 1956); Troje, Hans Erich, *Die europäische Rechtsliteratur unter dem Einfluss des Humanismus*, en *Ius Commune*, III (Frankfurt am Main, 1970), pp. 33-63; Carpintero Benítez, Francisco, "Mos italicus", "mos gallicus" y el humanismo racionalista. *Una contribución a la historia de la metodología jurídica*, en *Ius Commune*, VI (Frankfurt am Main, 1977), pp. 108-177, y en *Prudentia Iuris*, VII (Buenos Aires, 1982), pp. 9-60; Mozos, José Luis de los, *Humanismo y "mos gallicus"* en la escuela de Salamanca, en *Metodología y ciencia en el Derecho Privado Moderno* (Madrid, 1977), pp. 281-316; Guzmán Brito, Alejandro, *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones* (Valparaíso, 1977), pp. 106-113; Cavanna, Adriano, *Storia del Diritto moderno in Europa. Le Fonti e il Pensiero Giuridico*, I (Milano, 1979), pp. 172-190.

172 Para el humanismo jurídico en España, véase Guzmán Brito, Alejandro, *Estudios en torno a las ideas del humanismo jurídico sobre reforma del derecho (I). Un humanista español frente al derecho*

de Lebrija (1442-1522), que trabajó sobre los errores de la glosa, Antonio Agustín (1517-1586). Hubo otros juristas influidos por el humanismo, como Francisco Amaya (c.1580-c.1640), Fernando Vásquez de Menchaca (1512-1569), Diego de Covarrubias y Leiva (1512-c.1572) y Francisco Ramos del Manzano (16?-1683).

La influencia del humanismo jurídico en Indias es un tema escasamente tratado.¹⁷³ Por ahora se dirá que en las libreras indias de los siglos XVI y XVII se advertía una importante presencia de obras de humanistas clásicos, sobre todo italianos y franceses, tendencia que disminuye durante el siglo XVIII, durante el cual han desaparecido prácticamente para reducirse casi en exclusiva a los de la jurisprudencia elegante, como Matías Wesembecius (1531-1586) y Arnoldo Vinnio (1588-1657).

En el siglo XVI se encontraba en la biblioteca del doctor cuzqueño, Agustín Valenciano de Quiñones (1576), los *Paradoxorum ad Pratum libri sex*, de Andrés Alciato (1492-1550); y en la del presidente de la Audiencia de Santo Domingo, Gregorio González de Cuenca (15?-1581), las *Opera omnia*, del mismo autor; el *Vocabularium utriusque iuris*, de Elio Antonio de Lebrija (1442-1522), las *Opera omnia* de Ulrico Zasius (1461-1535) en cuatro cuerpos, y otros tantos de Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569).

En el siglo XVII, en las libreras de oidores de la Real Audiencia de Santiago de Chile, se apreciaba un importante número de obras de representantes del humanismo jurídico clásico. Así, en la de Gaspar de Narváez y Valdelomar (1556-1632) se encontraban: Aymone Craveta (1504-1569) con sus *De antiquitate temporum* y sus *Consilia*; Elio Antonio de Lebrija (1442-1522) y su *Vocabularium utriusque iuris*; y Fernando Vázquez de

de su época: Pedro Simón Abril, en REHJ, IX (Valparaíso, 1984), pp. 167-185; Tau Anzoategui, Víctor, *¿Humanismo jurídico en el mundo hispánico? A propósito de unas reflexiones de Helmut Coing*, en AUCH, 20, Estudios en Honor de Alfonso de Ávila Martel (Santiago, 1989), pp. 585-594, y del mismo su reciente *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano* (Buenos Aires, 1992), pp. 173-176, y 404 y ss.

173 Aunque hay algunos trabajos particulares de mucho interés, véase Tau Anzoategui, Víctor, citado en nota anterior y del mismo El "Gobierno del Perú" de Juan de Matienzo. *En la senda del humanismo jurídico*, Eroberung und Inbesitznahme Amerikas im 16. Jahrhundert rechtfertigung, realität und literarische reflexion. Internationales Symposium Eischätt, 1988; Dougnac Rodríguez, Antonio, *El humanismo jurídico a través de dos relecturas en la Universidad de San Marcos de Lima*, comunicación al VIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano (Santiago de Chile, 1992), en prensa en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, XV (Valparaíso, 1992) y Barrientos Grandon, Javier, *El humanismo jurídico en las libreras de letrados del reino de Chile (siglos XVII-XVIII)*, en prensa en *Revista Chilena de Derecho*, 19 (Santiago, 1992).

Menchaca (1512-1569) y sus *Controversiarum illustrium libri III*; en la de Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647) aparecían Andrés Alciato (1492-1550) en sus *Emblemata*; Antonio Fabro (1557-1624) en diez cuerpos de sus *Opera*; Hugo Donellus (1527-1591) en sus *Opera* en seis volúmenes; y Jacobo Cuyacio (1522-1590) también en sus *Opera* en seis cuerpos; y en la de Sancho García de Salazar (c.1630-1688), los *Emblemata*, de Andrés Alciato (1492-1550), el *Digesto* con notas de Dionisio Godofredo (1549-1622), y las *Opera omnia* de Francisco Amaya (c.1580-c.1640). De su lado, en una *Memoria de libros* remitida a Nueva España por el sevillano Fernando Romero y Torres, el 23 de junio de 1685, se mencionan las *Opera omnia iuridica*, de Antonio Fabro (1557-1624) y las de Francisco Amaya (c.1580-c.1640).¹⁷⁴

En este mismo siglo el oidor de la Real Audiencia de Chacras, Antonio Martínez Luján de Vargas (16 ?-1696), poseía las obras de Jacobo Cuyacio (1522-1590).¹⁷⁵

En las libreras de oidores chilenos de finales del siglo XVII y de comienzos del siguiente, se notaba también una importante presencia de humanistas. En efecto, aparecían en la de Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737), los *Emblemata*, de Andrés Alciato (1492-1550), el *De antiquitate temporum*, de Aymone Craveta (1504-1569), el *Thesaurus variarum lectionum utriusque iuris*, de Guido Pancirolo (1523-1599), los *Commentaria iuris civilis* de Francisco Conanus (1508-1551), los *In tres posteriores libros Codicis Imperatoris Iustiniani commentaria*, y las *Observationum iuris libri tres*, de Francisco Amaya (c.1580-c.1640), y el *De successionibus & ultimis voluntatibus* de Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569); en la de Juan Próspero de Solís Vango (1690-1743), se encontraba la *Paratitla ad Institutionum*, de Juan Borcholten (1535-1593); y en la de Francisco Ruiz de Bercedo (1674-1746), los *Commentaria iuris civilis*, de Francisco Conanus (1508-1551), las *Opera* en seis volúmenes de Jacobo Cuyacio (1522-1590), y la *Paratitla in Pandectas iuris civilis*, de Matías Wesembelius (1531-1586).

En las bibliotecas de oidores chilenos de la última mitad del siglo XVIII se ha reducido la presencia de humanistas clásicos, aunque aparecen los más modernos; así, en la de Juan Bautista Verdugo (1704-1779), tres cuerpos de Jean Domat (1625-1696); en la de Domingo Martínez de Aldunate

174 Torre Revello, José, *op. cit.*, *supra*, nota 118, pp. CXXIII.

175 Rípodas Ardanaz, Daisy, *op. cit.*, *supra*, nota 31, p. 530.

(1707-1778) se encontraban las *Opera* en seis cuerpos de Hugo Donellus (1527- 1591), las *Opera* en once volúmenes de Antonio Fabro (1557-1624), y las *Opera omnia*, de Francisco Amaya (c.1580-c.1640); en la de José de Traslaviña (1714- 1780), los *Emblemata* de Andrés Alciato (1492-1550), el *Codex Fabricianus*, de Antonio Fabro (1557-1624), las *Institutionum Imperialium* de Arnoldo Vinnio (1588-1657), el *De iure belli ac pacis*, de Hugo Grocio (1583-1645), el *De antiquitate temporum*, de Aymone Craveta (1504-1569), los *Commentaria iuris civilis*, de Francisco Conanus (1508-1551), y las *Opera omnia*, de Francisco Amaya (c.1580-c.1640); en la del regente Francisco Moreno y Escandón (1736-1792), los *Emblemata* de Andrés Alciato (1492-1550); y en la de Juan Hipólito Suárez (1744-1788), el comentario al *Digesto* de Dionisio Godofredo (1549-1622), y la *Paratitla in Pandectas iuris civilis*, de Matías Wesembecius (1531-1586).¹⁷⁶

En las bibliotecas de letrados chilenos del siglo XVIII aparecían los siguientes humanistas: Elio Antonio de Lebrija (1442-1522) y Juan Borcholten (1535-1593) en la de Tomás Durán; el mismo Lebrija y Francisco Amaya (c.1580-c.1640), en la de Santiago de Tordesillas (17 ?-1766); Arnoldo Vinnio (1588-1657), en la de Miguel Palacios (1743-c.1818); Matías Wesembecius (1531-1586), en la de Fernando Bravo de Naveda (17 ?-1777); Francisco Amaya, Juan Puga y Feyjoo, Hugo Donellus (1527-1591), Dionisio Godofredo (1549-1622), Juan Brunemann (1608-1672), en la de Manuel de Salas (17 ?-p.1817); Elio Antonio de Lebrija, Francisco Amaya, Francisco Ramos del Manzano (16 ?-1683), Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569), Arnoldo Vinnio (1588-1657) y Jean Domat, en la de José Teodoro Sánchez Villasana (17 ?-1812); y Hugo Donellus y Arnoldo Vinnio, en la de Pascual Silva Bohórquez.¹⁷⁷

En los inventarios de las libreras de los colegios jesuitas de Chile, levantados en 1767 aparecía Matías Wesembecius;¹⁷⁸ y en la biblioteca del Convento de la Recoleta Dominica, fundada en 1753, se encontraban Andrés Alciato, Juan Vicente Gravina, Jean Domat, Arnoldo Vinnio y Hugo Grocio.¹⁷⁹

176 Véase Barrientos Grandon, Javier, *op. cit.*, *supra*, nota 141, pp. 74-81.

177 Véase Vega Godoy, María Eugenia, *Obras jurídicas en los inventarios de bibliotecas chilenas del siglo XVIII*, memoria inédita Facultad de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso (Valparaíso, 1983).

178 Archivo Nacional Santiago de Chile, Fondo Jesuitas de Chile, vol. 7, pza. 4.

179 *Catálogo general por orden alfabetico de autores de la Biblioteca de la Recolección Dominicana de Santiago de Chile* (Santiago, 1910). Esta biblioteca fue fundada en 1753 por el fraile Manuel Acuña. En 1809 el padre Justo de Santa María de Oro trajo de Europa 300 volúmenes; en 1823 la librería contaba

En Charcas, las obras de Arnoldo Vinnio (1588-1657) las poseían los ministros Antonio Martínez Luján de Vargas (16 ??-1696), Antonio Porlier (1722-1813), Miguel Martínez de Escobar y Coronado (1728-1774), José Agustín de Ussoz y Mozi (1765-p.1820), y el relator Juan José de Segovia (1729-1809).¹⁸⁰

En el Río de la Plata, el abogado Francisco Pombo de Otero (17 ??-1803), tenía entre sus libros el *Tractatus academicus, sive opera omnia postuma, ex sparsis manuscriptis, nunc primum in unum collecta, recognita, digesta indicis adiecta*, de Juan Puga y Feijoo, y el *In quatuor libros Institutionem imperialium commentarius academicus et forensis*, de Arnoldo Vinnio.

En la biblioteca de la Universidad de San Marcos de Lima, se conservan los *Ad Instituta Iustiniani commentaria* y *Commentaria in consuetudines feudorum*, de Iohannes Borcholten (1535-1593); las *Opera minora*, de Barnabás Brissonius (1531-1591); los *Argumentis tum ante singulorum librorum capita*, de Francisco Conanus (1508-1551); el *Francogallia*, de Francisco Hotomanus (1524-1590); el *Dictionarium iuris civilis*, de Elio Antonio de Lebrija (1444-1522); y el *Tribonianus, sive errores Tribonianii de poena parricidii*, de Francisco Ramos (1535-1578).¹⁸¹

i) Iusnaturalismo racionalista

Esta tendencia doctrinal denominada *iusnaturalismo racionalista* y que tradicionalmente ha situado a Hugo Grocio (1583-1645) como su principal iniciador, recibió el influjo doble del humanismo jurídico y de la escuela española del derecho natural, desarrollándose sobre todo desde mediados del siglo XVII, y en el siguiente continuó su evolución con autores como el alemán Cristián Thomasius (1655-1728), que prosiguió la obra de Hugo Grocio (1583-1645) y a quien se deben unos *Fundamenta iuris naturae et gentium*; Christian Wolf (1679-1754) autor del *Ius naturae methodo scientifica pertractatum* y de las *Institutiones iuris naturae et gentium*; el suizo Juan Jacobo Burlamaqui (1694-1748) autor de unos *Principes de droit naturel*; Juan Heineccius (1681-1741), quien publicó en 1733 sus *Elementa*

con 2 385 volúmenes y al año siguiente aumentó en 1 241 cuerpos traídos de Roma por fray Ramón Arce. En 1910 poseía esta biblioteca 33 000 volúmenes. En la actualidad asciende a cerca de 100 000, pues en ella se han reunido las libreras de todas las casas dominicas y la del Convento de Santiago.

¹⁸⁰ Rípodas Ardanaz, Daisy, *op. cit.*, *supra*, nota 31, p. 530.

¹⁸¹ Dolezalek, Gero, *op. cit.*, *supra*, nota 33.

iuris naturae et gentium; Carlos de Montesquieu (1689-1755) y su *L'esprit des Lois*; su compatriota Roberto José Pothier (1699-1772), etcétera.

Estas obras contribuyeron a generar un nuevo modelo de ciencia jurídica y política, construido sobre las bases de un derecho romano abstracto, general y sistematizado racionalmente, que era reinterpretado desde el prisma de las ideas del liberalismo y del individualismo jurídico y político, cimentado en las nociones del contrato social y de los derechos subjetivos. Esta tendencia, se mantuvo durante gran parte del siglo XVIII en el ámbito del derecho profesional, y hubo de esperar su concreción legislativa en el constitucionalismo y la codificación, desde la segunda mitad del referido siglo.

Las obras de los iusracionistas parecen no haber circulado mayormente en las librerías indias del siglo XVIII, quizá porque provenían, en su mayor parte, de la Europa protestante y, en algunos casos, de la Francia revolucionaria, amén de que casi todas ellas estaban incluidas en el *Index*, aunque esto último, bien sabemos, no significaba necesariamente que no hubieran corrido en estas latitudes.

Son extraordinariamente escasas las obras de los escritores políticos europeos del siglo XVIII. Sólo se ha encontrado a Carlos Montesquieu (1689-1755) y su *L'Esprit des Lois*, en la librería de la Recoleta Dominicana de Santiago de Chile, y en las bibliotecas de los ministros de la Real Audiencia de Charcas, Antonio Porlier (1722-1813), Ignacio Flores (17 ?-1786) y Miguel López Andreu.¹⁸²

No aparecían estas obras en las librerías del contador limeño Miguel Feijóo de Sosa (1718-1791), ni en las del abogado rioplatense, Francisco Pombo de Otero (17 ?-1803). Tampoco se las encontraba en las de los obispos santiaguinos, Juan Bravo del Rivero (1685-1752), Manuel de Alday y Aspee (1712-1788) y Francisco José de Marán (17 ?-1807).

En el reino de Chile, el oidor José Clemente de Traslaviña y Oyagüe (1714-1780), contaba entre sus libros al clásico *De iure belli ac pacis*, de Hugo Grocio (1583-1645), y su colega, Juan Hipólito Suárez Trespalacios y Escandón (1744-1788), poseía los *Elementa iuris civilis*, los *Opuscula varia ad legem Iuliam et Papiam* y las *Opera*, de Juan Heineccius (1681-1741). Por su parte, el abogado santiaguino, Juan Antonio de Rojas (1737-1817), tenía en su librería un cuerpo de Samuel Puffendorff (1632-1694),

¹⁸² Rípodas Ardanaz, Daisy, *op. cit.*, *supra*, nota 31, p. 532.

al igual que su colega Manuel de Salas (17 ?-p.1817), quien además tenía las *Opera* de Juan Heineccius (1681-1741).

Los jesuitas chilenos, al tiempo de la expulsión, únicamente contaban con las *Institutiones iuris naturae et gentium*, de Christian Wolff (1679-1754). Algunos más tenían los dominicos en la biblioteca de la Recoleta, donde hasta el día se conservan las *Opera* de Juan Heineccius (1681-1741), *L'Esprit des Lois*, de Carlos Montesquieu (1689-1755), y las obras de Samuel Puffendorf (1632-1694) y Emeric de Vattel.

En Charcas, las obras de Juan Heineccius (1681-1741), las contaban entre sus libros los oidores Antonio Porlier (1722-1813), Miguel Martínez de Escobar y Coronado (17 ?-1774), y el relator Juan José de Segovia (1729-1809), y las de Samuel Puffendorf (1632-1694), el oidor Antonio Porlier (1722- 1813).¹⁸³ De su lado el oidor de Charcas, Miguel Martínez de Escobar y Coronado (1728-1774) contaba con una obra de Cristián Wolff (1679-1754).¹⁸⁴

En la biblioteca de la Universidad de San Marcos, se mantienen el *Ad legem Iuliam et Papiam Poppeam commentarius*, los *Elementa iuris naturae et gentium, castigationibus ex catholicorum doctrina*, las *Praelectiones academicae in Samuelis Pufendorfii de officio hominis et civi*; las *Operum ad universam iurisprudentiam*, y los *Opusculorum variorum sylloge I*, de Juan Heineccius (1680-1741).

j) Literatura jurídica crítica del derecho vigente

El marco ilustrado en el que se desenvolvió la ciencia jurídica del siglo XVIII, facilitó la aparición de una literatura jurídica marcadamente crítica del bartolismo aun imperante, cuyos máximos exponentes fueron, en Italia Luis Antonio Muratori (1672-1754) y su célebre *Dei difetti della Giurisprudenza*, publicado en Venecia en 1742; en España, Pablo de Mora y Jaraba (1716-1748) y su *Los errores del derecho civil y los abusos de los jurisperitos*, publicado en Madrid en 1738, Juan Francisco de Castro (1731-1790) y sus *Discursos críticos de las leyes y sus intérpretes*, publicado en Madrid en 1765, y Manuel de Lardizabal y Uribe (1739-1820) y su *Discurso sobre las penas contraídas a las leyes criminales de España*, para facilitar su reforma, impreso en Madrid en 1782; en Portugal, Luis Antonio Verney

¹⁸³ Rípodas Ardanaz, Daisy, *op. cit.*, supra, nota 31, p. 530.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 531.

(1713-1792) y su *Verdadero método*, publicado en Valencia en 1746; y en Francia Carlos de Montesquieu (1689-1755) y su *L'Esprit des Lois*, publicado en Ginebra en 1748. Además, hubo otros autores que, sin ser necesariamente juristas, destinaron algunos apartados de sus obras a la crítica del derecho vigente, tales fueron, entre otros, José del Campillo y Cossío (1694-1744), y Benito Jerónimo de Feyjoo (1676-1764).

Son escasas las obras netamente jurídicas de este carácter presentes en las librerías dieciochescas indias.

El *Dei diffetti della giurisprudenza*, del padre Luis Antonio Muratori (1672-1754), no parece haber corrido abundantemente en las Indias, pues se lo ha encontrado escasamente en las librerías estudiadas. No ocurría igual con otras de sus obras, como *La devoción arreglada*, que poseía el oidor chileno Juan Hipólito Suárez Trespalacios y Escandón (1744-1788), y con su escrito en favor de la tolerancia, *De ingeniorum moderatione*, que se encontraba en la biblioteca del regente Francisco Antonio Moreno y Escandón (1736-1792).

Los oidores de Charcas, Antonio Porlier (1722-1813) y José Agustín de Ussoz y Mozzi, contaban con los *Defectos de la jurisprudencia*, de Luis Antonio Muratori (1672-1754); el fiscal Miguel López de Andreu poseía la *Ciencia de la legislación*, de Cayetano Filangieri, y el *Discurso sobre las penas*, de Manuel Lardizabal y Uribe (1739-1774).¹⁸⁵

En el Río de la Plata, Argentina, el abogado, Francisco Pombo de Otero (17 ?-1803) tenía en su librería los *Discursos críticos de las leyes y sus intérpretes*, de Juan Francisco de Castro (1731-1790) y el *Discurso sobre las penas*, de Manuel de Lardizabal y Uribe (1739-1820).

El oidor chileno Luis de Santa Cruz y Zenteno (1716-1784) tenía *Los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos*, de Pablo de Mora y Jaraba (1716-1748), que también poseía su colega de Charcas, Miguel Martínez de Escobar y Coronado (1728-1774).¹⁸⁶

El *Teatro crítico* y las *Cartas eruditas*, del padre Benito Jerónimo de Feyjoo (1676-1764), gozaron de inusitada difusión en las Indias durante la segunda mitad del siglo XVIII. Así, en el reino de Chile las poseían los oidores José Clemente de Traslaviña (1714-1780), Juan Hipólito Suárez Trespalacios y Escandón (1744-1788), y el obispo Manuel de Alday (1712-1788). En el Perú, el *Teatro crítico* lo tenía entre sus libros el contador

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 532.

Miguel Feijó de Sosa (1718-1791); en el Río de la Plata el abogado, Francisco Pombo de Otero (17 ??-1803); y en Charcas los ministros de la Audiencia, Antonio Porlier (1722-1813) Miguel Martínez de Escobar y Coronado (1728-1774), el relator Juan José de Segovia (1729-1809), así como los escribanos Ángel Mariano Todo y Carlos Toledo.¹⁸⁷

El *Verdadeiro metodo de estudar para ser útil á República e a Igreja*, del lusitano *Barbadinho*, Luis Antonio Verney (1713-1792) circuló también con bastante frecuencia en las Indias. En el reino de Chile, lo poseía el oidor Juan Hipólito Suárez Trespalacios y Escandón (1744-1788), y en el Perú el contador Miguel Feijó de Sosa (1718-1791).

k) Libros de instituciones de derecho patrio o nacional

El siglo XVIII correspondió también a una época de auge de los libros de instituciones de derecho nacional en Europa y América como una manifestación más del fortalecimiento de los derechos patrios frente al común romano-canónico. En efecto, en España encontramos a Ignacio Jordán de Asso (1712-1804) y Miguel de Manuel Rodríguez, con sus *Instituciones de derecho real de Castilla*; José Berní Catalá (1712-1787), con su *Instituta de derecho civil y real*; Antonio Torres y Velasco y sus *Institutiones Hispaniae*; Juan Sala Bañuls (1731-1806) y su *Ilustración al Derecho Real de España* y sus *Institutiones Romano-Hispaniae* publicadas en Valencia entre 1788 y 1789; en Italia, Giuseppe Basta y sus *Institutiones iuris Romano-Neapolitani*, publicadas en Nápoles entre 1787 y 1788; Oronzio Fighera, y sus *Institutiones iuris regni Neapolitani*, publicadas en Nápoles en 1766; en Francia, Claudio Serres y sus *Les institutions du droit français*, publicadas en París en 1753; Claudio Fleury (1640-1723) y su *Institution au droit françois*; en Portugal, Pascual José de Mello Freire (1738-1798) y su trilogía: *Historia iuris civilis Lusitani*, publicada en Lisboa en 1788, *Institutiones iuris civilis Lusitani*, publicadas en Lisboa en 1789 y sus *Institutiones iuris criminalis Lusitani*, publicadas en 1794; en América, las *Instituciones* del guatemalteco José María Álvarez (1777-1820), y muchas más.¹⁸⁸

Estas obras estaban ampliamente representadas en las librerías indias dieciochescas, aunque naturalmente sólo por autores hispanos.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 534.

¹⁸⁸ Véase Luig, Klaus, *Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert*, en *Ius Commune* (Francfurt am Main, 1970) III, pp. 64-97.

Las *Institutiones Hispaniae practico theoricae commentatae*, del jesuita y profesor salmantino Antonio Torres y Velasco (siglos XVII y XVIII) aparecían en la biblioteca del oidor santiaguino, Luis de Santa Cruz (1716-1784); en la del relator de la Audiencia de Charcas, Juan José de Segovia (1729-1809); y aún se conserva en la biblioteca de la Universidad de San Marcos de Lima, en su edición de Madrid de 1735.

La *Instituta civil y real*, de José Berní Catalá (1712-1787) se encontraba en la librería del oidor chileno Juan Hipólito Suárez Trespalacios y Escandón (1744-1788), y en la de los de Charcas, Antonio Porlier (1722-1813), Miguel Martínez de Escobar y Coronado (1728-1774), y del escribano Ángel Mariano Todo.

Las *Instituciones del derecho civil de Castilla*, de los doctores Ignacio Jordán de Asso (1712-1804) y Miguel de Manuel Rodríguez, no aparecían en las libreras de los ministros de la Real Audiencia de Chile, ni en las de sus colegas de Charcas.

I) Literatura jurídica práctica

Hubo en el siglo XVIII un género jurídico-literario de antigua tradición, que gozó de grande éxito en Indias, fue el de los libros prácticos destinados a facilitar el trabajo de jueces, abogados y escribanos. Entre ellos destacaron: Manuel Silvestre Martínez y su *Librería de Jueces*, publicada en Madrid entre 1763 y 1768; José Bermúdez Febrero (1732-1790) y su *Librería de escribanos*, publicada en 1767; Francisco Antonio de Elizondo, con su *Práctica universal forense*, adicionada por Pedro Boada de las Costas y Figueros en dos volúmenes publicados en 1793 con el título de: *Adiciones y repertorio de la práctica universal forense de Elizondo*; Manuel Domínguez Vicente y su *Ilustración y continuación a la Curia Philippica*; José Juan y Colom y su *Instrucción jurídica de escribanos*; Félix Colón de Larriategui y sus *Juzgados militares de España y sus Indias*; Eugenio Tapia (1776-1860) y sus *Febrero novísimo, Manual de práctica forense, y Manual teórico práctico de los juicios de inventario y partición de herencias*.

La *Librería de escribanos*, de José Bermúdez Febrero (1732-1790), aparecía en las bibliotecas del oidor santiaguino, Juan Hipólito Suárez (1744-1788); en la de su colega de Charcas José Agustín de Ussoz y Mozi; en la del fiscal del mismo tribunal, Miguel López Andreu; en la del abogado rioplatense, Francisco Pombo de Otero (17 ?-1803); y aún se conserva en

su edición de Madrid en 1781 en la biblioteca de la Universidad de San Marcos de Lima.

La *Librería de jueces*, de Manuel Silvestre Martínez, y la *Práctica universal forense de los tribunales de España y de las Indias*, de Francisco Antonio de Elizondo, se encontraban entre los libros de los oidores chilenos, José Clemente de Traslaviña (1714-1780), Luis de Santa Cruz (1716-1784), y Juan Hipólito Suárez Trespalacios y Escandón (1744-1788); entre los del relator de la Audiencia de Charcas Juan José Segovia (1729-1809) y del escribano del mismo tribunal, Carlos Toledo; y entre los del letrado argentino, Francisco Pombo de Otero (17 ?-1803).

La *Ilustración y continuación de la Curia Filípica*, de José Manuel Domínguez Vicente, aparecía en la biblioteca del oidor chileno, Luis de Santa Cruz (1716-1784), y en las de sus colegas de Charcas, Antonio Porlier (1722-1813), José Agustín de Ussoz y Mozi, y en la del fiscal Miguel López Andreu.

Los *Juzgados militares de España y sus Indias*, de Félix Colón de Larriategui, se encontraban en la librería del abogado rioplatense Francisco Pombo de Otero (17 ?-1803).

II) Jansenismo-antijansenismo, probabilismo-probabiliiorismo

Si bien el jansenismo y sus impugnadores se sitúan en el campo de la teología moral y no en el jurídico, constituyeron en sí dos tendencias de grande interés en la América hispana durante el siglo XVIII, que mantuvieron su importancia en los primeros decenios de la vida independiente de los estados sucesores de la monarquía. Y estrechamente emparentado con este tema se situaba el del galicanismo y el del probabiliiorismo rigorista, además del probabilismo laxista en materia moral.

El jansenismo tomó su nombre del heresiárca Cornelio Jansenio (1585-1638), cuyas doctrinas heterodoxas en diversas materias dogmáticas se recogieron en el célebre *Augustinus*, publicado dos años después de su muerte, y condenado por el papa Inocencio X en 1653 en la no menos célebre bula *Unigenitus* y por varios de sus sucesores, principalmente por sus ideas tocantes a la gracia y a la redención. Los más de los jansenistas, se caracterizaron en materia moral por su exacerbado rigorismo, de allí que casi todos fueran probabiliioristas.

Desde mediados del siglo XVIII, circularon en América con cierta difusión algunos de los más prominentes jansenistas, como el flamenco Zeger

Bernardo Van Espen (1646-1728) y el francés Carlos Rollin (1661-1741), y algún otro moderado como el abate Noël Antoine Pluche (1688-1761). Junto a ellos también se leyó con profusión a ciertos autores filojansenistas o a los menos rigoristas como Jacobo Benigno Bossuet (1627-1704), aunque jamás vaciló su fe y adhesión a Roma, Juan Mabillon (1632-1707) que coincidía con los jansenitas en su defensa del rigor de la antigua disciplina, y Claudio Fleury (1640-1723), que por su rigorismo moral se acercaba a las doctrinas de Jansenio.

Zeger Bernardo Van Espen (1646-1728), en quien se compendiaban una serie de ideas peligrosas para la ortodoxia, jansenita impenitente, rigorista exacerbado, extremo galicano y admirador de los hombres de Port-Royal, escribió un *Tractatus de censuris ecclesiasticis; De peculiaritate in religione et simonia circa ingressum religionis; De instituto ex officio canonicarum*; y su divulgadísimo *Ius ecclesiasticum universum*, puestos todos en el *Index Romano*. Aparecía en las librerías del oidor chileno Juan Hipólito Suárez Trespalacios y Escandón (1744-1788), en la del letrado rioplatense, Francisco Pombo de Otero (17 ??-1803), y aún se conserva el *Ius ecclesiasticum in epitomem redactum*, en la biblioteca de la Universidad de San Marcos.

Carlos Rollin (1661-1741), grande amigo del canciller D'Aguesseau, Boileau y Racine, jansenita delirante y uno de los más célebres herederos de la tradición pedagógica de Port-Royal, fue autor de: *Traité des études; De la manière d'enseigner et d'étudier les belles lettres; Histoire ancienne; y la Historia de las artes y ciencias de los antiguos*. Esta última se encontraba en la librería del oidor santiaguino Luis de Santa Cruz (1716-1784).

Noël Antoine Pluche (1688-1761), cercano amigo de Rollin aunque de ideas jansenitas más moderadas, escribió dos obras de amplia difusión en España, Italia y América, donde fueron los instructores de muchos ilustrados, eran el *Espectacle de la nature, our entretiens sur l'histoire naturelle et les sciences*, y la *Histoire du ciel*, que se hallaban en la librería del oidor santiaguino, José Clemente de Traslaviña y Oyagüe (1714-1780), y el primero de ellos en la librería del contador limeño Miguel Feijó de Sosa (1718-1791).

Jacobo Benigno Bossuet (1627-1704), tachado de jansenita en algunas materias, siempre mantuvo viva su fidelidad a la Iglesia. Veinte cuerpos de sus *Obras* se encontraban en la biblioteca del contador limeño Miguel Feijó de Sosa (1718-1791), y algunas de ellas en la del oidor chileno Juan Hipólito

Suárez Trespalacios y Escandón (1744-1788), y en la del regente Francisco Moreno y Escandón (1736-1792). De su lado, en la librería del letrado rioplatense, Francisco Pombo de Otero (17 ??-1803) aparecía la *Historia de las variaciones de las iglesias protestantes*.

Juan Mabillon (1632-1707), benedictino de la Congregación de San Mauro, realizaba en sus obras el estudio de la historia eclesiástica y profana y gran divulgador de los más modernos autores de cada una de las disciplinas científicas, con cierto desprecio por la escolástica y grande apego a la teología positiva, coincidía con el jansenismo por su defensa de la antigua disciplina y en sus obras se advertían ciertos tintes galicanos. Entre sus variadas obras destacaron: *Vetera analecta*, *De re diplomatica*, y su divulgado *Tratado de los estudios monásticos*. Un volumen de sus obras se encontraba en la librería del oidor chileno Domingo Martínez de Aldunate (1707-1778).

Claudio Fleury (1640-1723), amigo de Fenelon y Bossuet, de quien fue seguidor, defendía el sistema cartesiano contra el escolasticismo medioeval, rigorista en materia moral y de abierta postura galicana, fue autor de una *Histoire ecclesiastique*; *Histoire du droit français*; *Institutions de droit ecclesiastique*; *Introduction au Droit Canonique*, prohibida en Roma en 1693; *Moeurs des israélites*; *Moeurs des chrétiens*, y *Cathéchisme Historique*.

Dos volúmenes de sus obras aparecían en la librería del oidor de la Real Audiencia de Santiago, José Clemente de Traslaviña (1714-1780).

El antijansenismo aparecía representado en las librerías indianas por Luis Abelli (1603-1691), Pedro Annatus (1638-1715) y Domingo Viva (1648-1726); y el probabilismo, más o menos marcado, por Antonino Diana (1585-1663), Francisco Garau (1640-1701) y Lucio Ferraris (16 ??-1750).

Luis Abelli (1603-1691), autor de la *Medulla theologica*, criticada por la mayoría, llena de máximas relajadas sobre la probabilidad, el amor a Dios y la penitencia; de la *Tradición de la Iglesia tocante a la devoción de los cristianos a la Virgen*, acremente atacada por los protestantes; y de la *Vida de San Vicente de Paul*, en la que se mostraba como un firme adversario de los jansenitas y, en especial, del abad de Saint-Cyran. Su *Medulla theologica* la poseía el regente de la Audiencia de Santiago, Francisco Moreno y Escandón (1736-1792).

Pedro Annatus (1638-1715), sobrino del jesuita fray Francisco Annatus (1605-1670) grande opositor del jansenismo y de los hombres de Port-Royal, escribió una obra titulada *Methodicus ad positivam theologiam appa-*

ratu in gratiam candidatorum, que aparecía entre los libros del regente chileno Francisco Moreno y Escandón (1736-1792).

Domingo Viva (1648-1726), enemigo declarado del jansenismo, escribió un *Cursus theologico moralis*, presente en la librería del oidor chileno José Clemente de Traslaviña (1714-1780); y obras como *Damnatae theses ab Alejandro VII, Innocentio XI, et Alejandro VIII, nec non Jansenii ad theologicam trutrinam revocatae iuxta pondus sanctuarii; Trutrina theologica Quesnelianorum*; y *De iubileo anni sancti*.

Antonino Diana (1585-1663), preclaro teólogo moral, que gozó de inapreciable fama a quien se consultaba como oráculo de verdad. Su obra mayor fue: *Resolutionum moralium*, publicada en 12 partes y de la que se editó un compendio titulado *Diana coordinatus*. Sus *Resolutionum*, en las que mostraba un criterio benigno, rayano en el laxismo, las poseyeron los oidores de la Real Audiencia de Santiago, Pedro Machado de Chávez (c.1590-1647), Juan Próspero Solís Vango (1690-1743), Juan Bautista Verdugo (1704-1779) y José Clemente de Traslaviña (1714-1780).

Lucio Ferraris (16 ?-1750), autor de una obra instrumental titulada: *Prompta bibliotheca canonica, iuridica, moralis, theologica, nec non ascetica, polemica, rubricistica, historica*, en la que a propósito de los autores y temas morales, se inclinaba por el probabilismo laxista. Se le encontraba en la librería del letrado rioplatense Francisco Pombo de Otero (17 ?-1803).

C. La literatura jurídica india

La literatura jurídica del *mos italicus* posterior al 1500, además de su carácter práctico, recibió a través de algunos autores el influjo del humanismo jurídico y de la neoescolástica española, y presenció su expansión extraeuropea tras el descubrimiento de América, pues en el Nuevo Mundo se produjo, como insistentemente se ha repetido, una suerte de recepción del derecho común o segunda fase de ella, que condujo al surgimiento de una jurisprudencia india marcadamente bartolista, aunque no sin alguna influencia humanista y neotomista.

Esta recepción del *ius commune* en las Indias permitió que surgiera en ella una literatura jurídica, a la par de la europea, obra de letrados americanos o peninsulares, que con los métodos propios del derecho común enfrentaron los problemas jurídicos que planteaba el descubrimiento, la conquista y posterior asentamiento en el nuevo mundo. Además, esta jurisprudencia doctrinal recibió desde temprano el influjo de la escuela

española del derecho natural, sobre todo durante la discusión de los *justos títulos*, donde intervinieron los muy conocidos Francisco de Vitoria, Melchor Cano, Domingo de Soto y muchos más.¹⁸⁹

La influencia de las diversas tendencias doctrinarias en la literatura jurídica india, se puede observar tanto en la forma, como en el fondo. En efecto, formalmente, los más de los juristas indianos escribieron obras que se inscribían dentro de los géneros tradicionales de la literatura jurídica del *mos italicus* tardío. Además, enfrentaban los problemas jurídicos con unos métodos, que se reducían, prácticamente al casuismo propio de un derecho jurisprudencial, y al recurso característico del bartolismo, que era la *communis opinio*. De otro lado, en cuanto al contenido de sus obras, se aprecia con claridad en ellas que se apoyaban en el derecho romano y canónico, así como en las doctrinas y opiniones de sus glosadores y comentaristas y, en ciertos casos, de algunos humanistas y neotomistas españoles, lo que resulta patente en las obras de los siglos XVI y XVII, pues en el XVIII se produjo un paulatino abandono del derecho romano, glosadores y comentaristas, amén de una tendencia creciente a preferir a los *autores regnáculos*.

a) Géneros jurídico-literarios indianos

Los juristas indianos no sólo se ocuparon en los temas propios del Nuevo Mundo, sino que también escribieron obras que se inscribían dentro de los más diversos géneros del *mos italicus* tardío, que ya se ha tenido ocasión de reseñar en el apartado anterior. En efecto, entre los juristas indianos encontramos, comentaristas de textos romanos, comentaristas de fuentes canónicas, comentaristas de legislación real, tratadistas, tanto civiles como canónicos, y muy cercanos a ellos autores de discursos prácticos; asimismo, algunos consiliaristas y decisionistas.

¹⁸⁹ Véase García Gallo, Alfonso, *La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII*, en AHDE, XIXL (Madrid, 1974), pp. 157-200; Bravo Lira, Bernardino, *El derecho común en ultramar. Autores y obras jurídicas de la época del Barroco en América y Filipinas*, en *Ius Commune* (Fráncfort am Main, 1988) XV, y del mismo *El derecho indiano después de la independencia en América española. Legislación y doctrina jurídica*, en *Historia*, 19 (Santiago, 1984), pp. 5-52, y ahora ambos en su *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, op. cit., supra, nota 20.

Comentaristas de fuentes romanas

A pesar de la decadencia en que se encontraba este género jurídico literario desde las postrimerías del siglo XV, en las Indias hubo algunos juristas que lo cultivaron con mayor o menor fortuna, entre ellos, Feliciano de la Vega (15 ?-1640), Juan Suárez de Mendoza (16 ?-1681), Francisco Jaraba y Buitrón (16 ?-c.1691), y Fernando Pedrosa y Meneses (siglo XVII).

Feliciano de la Vega (15 ?-1640), nació en Lima y murió en Mazatlán en diciembre de 1640. Fue colegial del Real de San Felipe Neri en su ciudad natal, y alcanzó la borla doctoral en la Universidad de San Marcos, de la que fue rector en 1610, 1616 y 1621, donde también regentó la cátedra de prima de cánones y contó entre sus discípulos, al no menos célebre, Gaspar de Escalona y Agüero. Fue consultor del Santo Oficio, comisario subdelegado de Cruzada, canónigo doctoral y chantre de la catedral de Lima y su gobernador en sede vacante. En 1628 fue presentado por Felipe IV para el obispado de Popayán. El 9 de marzo de 1639 fue promovido al obispado de La Paz, y el mismo año al arzobispado de México.¹⁹⁰ Escribió un comentario a la ley *Quamdiu de acquirenda haereditate*, y otras obras canónicas de las que se dará cuenta en el apartado siguiente.

Juan Suárez de Mendoza nació en Mompox, ciudad de la diócesis de Cartagena de Indias y murió en Sevilla el 18 de marzo de 1681. Tras estudiar Cánones y Leyes en Salamanca, pasó como oidor a la Audiencia de Sevilla y luego abrazó el estado sacerdotal. Se le deben unos *Commentarii ad Legem Aquiliam*, publicados en Salamanca en 1645, y en los que se advierten algunos tintes del humanismo jurídico, quizás por influencia de Francisco Ramos del Manzano (16 ?-1683), a quien frecuentaba. Dejó preparada para la imprenta una completa obra titulada: *Hispanorum monarchia*, de la que dice Nicolás Atonio: *forte Galliae Limmaeus dedit, sed copiosiorem et accuratiorem*.¹⁹¹

Francisco Jaraba y Buitrón, nació en Arequipa y murió en Lima hacia 1690. Fue colegial del Real de San Felipe en Lima, del que llegó a ser rector y luego alcanzó el grado de licenciado en la Universidad de San Marcos.

El 14 de junio de 1678 fue nombrado oidor de la Real Audiencia de Panamá, y el 2 de marzo de 1687 fue trasladado a la fiscalía de la Audiencia

¹⁹⁰ Mendiburu, Manuel, *Diccionario Histórico Biográfico del Perú* (8 vols.) (Lima, 1890) VIII, pp. 275-277.

¹⁹¹ Antonio, Nicolás, *Bibliotheca hispana nova, sive hispanorum scriptorum qui ad anno MD ad MDCLXXXIV floruerent notitia*, 2 vols. (Matriti, 1783) I, p. 784.

de Charcas, de donde se le ascendió en 1689 a una plaza de oidor en Lima, la que sirvió escaso tiempo.¹⁹² Escribió unas *Relectionis iuris civilis quatuor. Prima: exponit titulum C. de interdicto matrimonio inter pupillam & tutore. Secunda: Text. in l. ab hostibus 2 C. de Postl. re ver. & in l. in bello 12 signis servum ff. De captiv. Tertia: Text. in sed & unum inst. de testam. Quarta: Text. in l. unic. C. si secundo nupserit mulier*, publicado en Madrid en 1669.

Fernando de Pedrosa y Meneses, catedrático de la Universidad de Salamanca y, posteriormente, racionero de la catedral de Santa Fe de Bogotá, publicó en Salamanca en 1665 una obra titulada: *Repetita paelectio... ad titulum Pandectarum de diversis regulis iuris antiqui*.

Comentaristas de fuentes canónicas

Destacaron en dicha materia el obispo Feliciano de la Vega (15 ?-1640), Fernando Pedrosa y Meneses (siglo XVII) y, aunque de sello diverso, Pedro Murillo Velarde (1696-1753).

El ya citado obispo Feliciano de la Vega (15 ?-1640), escribió unas *Relectionum canonicarum in secundum Decretalium libros*, publicadas en Lima en 1636, y que gozaron de mucha estimación en Indias.

El precitado racionero de la catedral de Santa Fe de Bogotá, Fernando Pedrosa y Meneses, fue autor de una obra titulada *Academica expositio ad titulum de regulis iuris ex libro Sexto Decretalium*, publicada en Salamanca en 1666.

Pedro Murillo Velarde nació en Laujar, Almería, el 6 de agosto de 1696 y murió en el Puerto de Santa María de Filipinas el 30 de noviembre de 1753. En 1712 ingresó al Colegio de San Miguel en Granada y se recibió de bachiller. En 1716 pasó al Colegio Mayor de Cuenca y luego al de Toledo, para finalmente alcanzar la borla doctoral en teología. El 23 de octubre de 1718 ingresó a la Compañía de Jesús, y cinco años más tarde pasó a Filipinas, en cuya universidad enseñó cánones y teología.¹⁹³

Escribió el muy conocido *Cursus Iuris Canonici Hispani et Indici, in quo iuxta ordinem titulorum Decretalium non solum Canonicae decisiones*

¹⁹² Mendiburu, Manuel, *op. cit.*, *supra*, nota 190, 4 (Lima, 1880), p. 334; Schäfer, Ernesto, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, 2 vols., 2 (Sevilla, 1947), pp. 471, 492 y 510; y Medina, José Toribio, *Biblioteca Hispano Americana* (reimpresión facsimilar, Santiago, 1959) II, p. 167.

¹⁹³ Véase Hanisch Espíndola, Hugo, *Pedro Murillo Velarde S.J., canonista del siglo XVIII*, en RCHHD, 12 (Santiago, 1986), pp. 53-67.

afferentur, sed insuper additur, quod in nostro Hispaniae Regno et in his Indiarum Provinciis, lege, consuetudine, privilegio, vel praxi statutum et admissum est, publicado en Madrid en 1743.

Comentaristas de legislación real

Diversos juristas indianos se dieron al trabajo de comentar la *Nueva Recopilación de Castilla*, la *Recopilación de Indias*¹⁹⁴ y algún otro texto, como las *Ordenanzas del Nuevo Cuaderno*. Entre ellos destacaron, Juan Matienzo (1510-c.1579), Francisco Carrasco del Saz (15 ?-1625), Nicolás Polanco de Santillana (15 ?-1664), Juan Luis López (1640?-1703), Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737), y en el siglo XVIII, las notas de José Perfecto Salas (1714-1776), Prudencio Antonio de Palacios (1683- 1755), Manuel José de Ayala, José Lebrón y Cuervo (1733-1795), y Francisco Javier Gamboa (1717-1794).

Juan Matienzo, nacido en Valladolid en 1510 y muerto cerca de 1579, relator de la Chancillería de Valladolid y oidor de las Audiencias de Charcas y Lima, escribió un comentario parcial a la *Nueva Recopilación*, titulado: *In Librum V Collectionis Legum Hispaniae commentaria*, publicado en Madrid en 1580.

Francisco Carrasco del Saz, nació en Trujillo y murió en Panamá en 1625. Estudió cánones en la Universidad de Alcalá, de allí pasó a Lima, en cuya universidad se graduó de doctor en 1591 y fue su rector en 1614. En Lima fue fiscal de Cruzada, asesor del cabildo y de los virreyes, conde de Monterrey y príncipe de Esquilache. El 7 de junio de 1616 fue nombrado oidor de la Real Audiencia de Panamá. Escribió un comentario parcial a la *Nueva Recopilación*, titulado *Interpretatio ad alias Leges Recopilationis Regni Castellae*, publicado en Sevilla en 1620.

Nicolás Polanco de Santillana, nació en Lima a fines del siglo XVI y murió allí mismo el 25 de julio de 1664. Estudió en la Universidad de Salamanca, donde se licenció en cánones en 1627 y se doctoró en 1630. El 22 de marzo de 1630 fue nombrado relator de la Audiencia de Lima y el 24 de julio de 1642 fiscal futurario de la de Charcas. Por real provisión del virrey del Perú, el 11 de marzo de 1643 fue nombrado oidor en la Real Audiencia de Chile, y el 3 de diciembre de 1658 se le trasladó a la fiscalía civil de la de Lima;

¹⁹⁴ Sánchez Bella, Ismael, *Los comentarios a las Leyes de Indias*, en AHDE, XXIV (Madrid, 1954), pp. 381-541.

finalmente, el 27 de noviembre de 1663 fue promovido a una plaza de oidor en el mismo tribunal. Escribió unos *Comentarios a las leyes del título primero de la Recopilación*, que pretendía continuar los de Alfonso de Azevedo, y que contaban con más de mil pliegos que envió al Consejo de Indias desde Chile, pero se extraviaron, sin que sepamos se hubieran impreso.¹⁹⁵

Juan Luis López (1640?-1703), marqués del Risco, alcalde del crimen de la Real Audiencia de Lima y gobernador de Huancavelica, redactó un comentario parcial a la *Recopilación de Indias* sobre su título primero en materias tocantes al Real Patronato, que fueron publicadas en Lima en dos volúmenes el año 1689, con el título de *Observaciones theo-políticas en que se ilustran varias leyes de los reinos de las Indias*.¹⁹⁶

Juan del Corral Calvo de la Torre, nació en Charcas en 1665 y murió en Santiago de Chile en 1737. Estudió en la Universidad de Salamanca y de allí pasó como oidor supernumerario a la Real Audiencia de Chile. Redactó unos *Commentaria in legum Indicarum Recopilationem*, que parcialmente, alcanzaron a imprimirse en Madrid entre 1751 y 1757. Estos comentarios fueron continuados por el fiscal de la Real Audiencia de Chile, José Perfecto Salas y por Ramón Martínez de Rozas.¹⁹⁷

Prudencio Antonio de Palacios (1683-1755), oidor de las reales audiencias de Santo Domingo, Guadalajara en Nueva Galicia y fiscal de la de México, escribió hacia 1740 unas *Notas a los títulos y leyes de la Recopilación de Indias*, que sólo han visto la luz no hace muchos años.¹⁹⁸

José Lebrón y Cuervo (1733-1795), regidor honorario de la ciudad de México, redactó unas *Notas a la Recopilación de Leyes de Indias*, sólo últimamente editadas.¹⁹⁹ Manuel José de Ayala, escribió también unas *Notas a la Recopilación de Indias*, publicadas hace ya algunos años.²⁰⁰

¹⁹⁵ Schäfer, Ernest, *op. cit.*, *supra*, nota 192, II, pp. 484, 491, 510 y 517; Medina, José Toribio, *Biblioteca Hispano Chilena (1523-1817)*, 3 vols. (reimpresión facsimilar, Santiago, 1963) I, pp. 406-413.

¹⁹⁶ Muro Orejón, Antonio, *El doctor Juan Luis López Marquez del Risco y sus comentarios a la Recopilación de Indias*, en AHDE, XVII (Madrid, 1946), pp. 785 y ss.

¹⁹⁷ García Gallo, Concepción, *Las notas a la Recopilación de Leyes de Indias de Salas, Martínez y Boix* (Madrid, 1979).

¹⁹⁸ Bernal de Bugedas, Beatriz, *Prudencio Antonio de Palacios. Notas a la Recopilación de Leyes de Indias. Estudio, edición e Índices* (México, 1979).

¹⁹⁹ García Gallo, Concepción, *José Lebrón y Cuervo. Notas a la Recopilación de Leyes de Indias. Estudio, edición e Índices*, en AHDE, XL (Madrid, 1970), pp. 349-537.

²⁰⁰ Manzano, Juan, *Manuel José de Ayala. Notas a la Recopilación de Indias* (Madrid, 1945-1946).

Francisco Javier de Gamboa, nacido en la Nueva España en 1717 y muerto en 1794, fue fiscal y luego oidor de la Real Audiencia de México. Comentó las *Ordenanzas del Nuevo Cuaderno* de Felipe II, incluidas en la *Nueva Recopilación*, en una obra publicada en Madrid en 1761, bajo el título de *Comentarios a las ordenanzas de minas*.

Tratadistas

Diversos juristas indianos cultivaron con mayor o menor fortuna el viejo género jurídico literario de los tratados, tanto en materias canónicas como civiles, ora propias de Indias, ora de derecho común.

Entre los civilistas se encontraban el oidor de la Audiencia de Santo Domingo, Pedro Sanz Morquecho (siglos XVI y XVII), que publicó en Madrid en 1601 un *Tractatus de bonorum divisione*; el oidor de la Audiencia de Panamá y catedrático de la Universidad de San Marcos, Juan de Larriaga Salazar (15 ?-1624), autor de un *Tratado sobre el oficio de protector general de indios*, publicado en Madrid en 1626; el ya citado oidor de la Audiencia de Panamá, Francisco Carrasco del Saz (15 ?-1625), autor de un *Tractatus de casibus curiae*, publicado en Madrid en 1630; el fiscal de la Audiencias de Panamá y Charcas y oidor de la de Lima, Francisco Alfaro (15 ?-c.1630), autor del clásico *Tractatus de officio fiscalis, deque fiscalibus privilegiis*, publicado en Valladolid en 1606; el oidor de la Real Audiencia de Santa Fe, fiscal de la de Charcas y oidor en la de Lima, Blas Robles de Salcedo (15 ?-c.1650), autor de un *Novus et methodicus tractatus de repraesentatione*, publicado en Madrid en 1624, y al que agregó unas *Additiones* en 1632;²⁰¹ el oidor de la Real Audiencia de Chile, Gaspar de Escalona y Agüero (1590-1650), autor de la conocida *Arcae Limensis. Gazophilacium Regium Perubicum*, publicado en Madrid en 1647, y de sus inéditos *Del oficio del Virrey, De las apelaciones del Superior Gobierno*; el oidor de la Real Audiencia de Santa Fe y fiscal de la de Lima, Gabriel Álvarez de Velasco (15 ?-1658), a quien se deben las siguientes obras: *Tractatus de privilegiis pauperorum et miserabilis personae, Iudicem item perfectum, seu de iudice perfecto tractatum, Epitomem de legis humanae, mendique fictione, veritate divinae, & aeterni temporalisque differentia*, y los *Axiomata et loca communia iuris*,²⁰² el célebre Antonio de León Pinelo

²⁰¹ Antonio, Nicolás, *op. cit., supra*, nota 191, I, p. 230; Medina, José Toribio, *op. cit., supra*, nota 192, II, pp. 232, 354.

²⁰² Antonio, Nicolás, *op. cit., supra*, nota 191, I, p. 64.

(1592?-1660) y su *Tratado de confirmaciones reales de encomiendas, oficios y casos en que se requieren para las Indias Occidentales*, publicado en Madrid en 1630; el fiscal de la Audiencia de Quito y oidor de la de Lima, Matías Lagúnez (1619-1703), autor de un *Tractatus de fructibus tituli generali in quo selectiora, que ad rem fructuariam pertinentia iura expeduntur, difficiliora atque referantus*, publicado en Madrid en 1686; de José Suárez de Figueroa (siglo XVII), su *De iure adhaerendi alterius appellations de omni adhaesioneis materia. Tractatus theoricae et maxime praxi admodum utilis frequens*, editado en 1666.

Entre los canonistas destacaron el profesor de teología en Lima, Esteban de Ávila (1519-1601) y su *De censuris ecclesiasticis*, publicado en Lyon en 1608-1616; el obispo de Santiago y arzobispo de Charcas, fray Gaspar de Villarroel (1587-1665) y su clásico *Gobierno eclesiástico pacífico y unión de los dos cuchillos pontificio y regio*, publicado en Madrid en 1656-1657;²⁰³ el fiscal de la audiencias de Guatemala, Charcas y Lima, además de oidor en Quito y Lima, Pedro Frasso (1630-1693), autor del *De Regio Patronatu Indianorum*, publicado en Madrid en 1677-1679,²⁰⁴ y el alcalde del crimen de la Real Audiencia de Lima, Alfonso Pérez de Lara (siglos XVI y XVII), autor de un *Tractatus de anniversariis et capellaniis libri duo*, publicado en Madrid en 1608, del *Compendio de las tres gracias de la Santa Cruzada, subsidio y excusado*, publicado en Madrid en 1610 y de un *Tractatus de alimentis*.²⁰⁵

Consiliaristas

Si bien los juristas indianos no se dieron a la tarea de escribir obras de consejos, como lo hacían sus colegas europeos, hubo algunos de ellos que publicaron dictámenes, o votos sobre determinadas materias, que en cierto modo se asemejaban a las obras de *Consilia*, y algún otro hubo que adicionó las de autores europeos. Entre ellos merecen mencionarse Diego Ibáñez de Faría (c.1585-16?) y Pedro Bravo de Lagunas y Castilla (1703-1762).

Diego Ibáñez de Faría (15?-1686) fue nombrado fiscal de la Real Audiencia de Buenos Aires el 20 de junio de 1667, y tras la extinción de

²⁰³ González Zumárraga, Antonio, *Fray Gaspar de Villarroel O.S.A. Obispo de Santiago de Chile*, en AEA, XIV (Sevilla, 1957).

²⁰⁴ Véase Arvizu y Galarraga, Fernando, *El pensamiento regalista de don Pedro Frasso en su obra De Regio Patronatu Indianorum*, en RCHHD, 12 (Santiago, 1986), pp. 29-51.

²⁰⁵ Lasor De Varea, Alfonso, *Universum terrarum orbis scriptorum calamo delineatus. hoc est auctorum fere omnium*, 2 vols., I (Padua, 1713), pp. 268 y 305.

este tribunal en 1672, pasó como fiscal a la de Guatemala, y allí mismo fue ascendido a oidor el 4 de noviembre de 1680. Adicionó las *Variarum resolutionum*, de Diego de Covarrubias y Leiva (1512-1577), en una obra publicada en dos volúmenes en Madrid 1659-1660, con el título de *Additiones, enucleationes et notae ad librum primum (secundum) Variarum resolutionum II. ac Rev. D.D. Didaci Covarrubias a Leiva*, a la que siguieron sus *Novae additiones observationes et notae ad libros Variarum resolutionum*, publicadas en Lyon en 1688.²⁰⁶

Pedro Bravo de Lagunas y Castilla, nacido en Lima en 1703 y muerto en 1762. Fue catedrático de cánones y leyes en la Universidad de San Marcos de Lima y oidor de dicha Audiencia, publicó en Lima en 1755 un *Voto consultivo que ofrece al Excmo. Sr. D. Joseph Antonio Manso de Velasco*, y allí mismo en 1761 una obra titulada: *Colección legal de cartas, dictámenes y otros papeles en derecho*.

Decisionistas

No fueron muchos los juristas indianos que escribieron obras de decisiones de tribunales de sus reinos. Entre los escasos se encontraban Juan Francisco Montemayor Córdoba de Cuenca (1620-1685) y Jerónimo Chacón Abarca y Tiedra (siglo XVII).

Juan Francisco Montemayor Córdoba de Cuenca (1620-1685), natural de Huesca en cuya universidad estudió cánones y leyes, oidor y presidente de la Audiencia de Santo Domingo y oidor de la de México, escribió unas *Excubationes semicentum ex decisionibus Regiae Chancellariae Sancti Dominici insulas, vulgo dictae Española, totius Novi Orbis compaginatas*, publicadas en México en 1667.

Jerónimo Chacón Abarca y Tiedra (siglo XVII), oidor de la Real Audiencia de Santo Domingo y fiscal de la de Guatemala, es autor de una obra titulada: *Decisiones de la Real Audiencia y Chancillería de Santo Domingo, vulgo Española, en defensa de la jurisdicción y autoridad real*, publicadas en Salamanca en 1676.

²⁰⁶ Cutolo, Vicente Osvaldo, *El fiscal de la primera audiencia de Buenos Aires, Diego Ibáñez de Faría y sus famosos comentarios a Covarrubias*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 42 (Buenos Aires, 1955), pp. 169-183; Levaggi, Abelardo, *Escritos de Diego Ibáñez de Faría como fiscal de la primera audiencia de Buenos Aires*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 26 (Buenos Aires, 1980-1981), pp. 185-201.

Prácticos

Las obras de carácter práctico, dirigidas a facilitar el trabajo de abogados, jueces y escribanos, tuvieron entre los juristas indianos a buenos representantes, entre ellos, Juan Hevia Bolaños (1570-1623), Pedro Sanz Morquecho (siglos XVI y XVII), Domingo Gómez de Silva (siglo XVII) y Pedro Murillo Velarde (1696-1753).

Nicolás de Irolo (siglos XVI y XVII), escribano natural de Cádiz, quien bajo los auspicios del virrey de la Nueva España publicó en México en 1605 su *Primera parte de la política de escripturas*, que consistía en un formulario de las principales escrituras y documentos públicos, con breves anotaciones explicativas.

Juan de Hevia Bolaños (1570-1623), natural de Oviedo, receptor de la Real Audiencia de Quito y más tarde oficial subalterno de la de Lima,²⁰⁷ publicó en Lima en 1603, su divulgadísima *Curia Philippica*, reditada más de treinta veces hasta el siglo XIX.

El citado oidor de la Audiencia de Santo Domingo, Pedro Sanz Morquecho (siglos XVI y XVII), fue autor de una *Practica quotidiana de divisione bonorum*, publicada en Francfurt en 1607.

Domingo Gómez de Silva, publicó en Lima en 1640 una *Práctica e Instrucción para albaceas, tutores y curadores*.

El ya nombrado jesuita Pedro Murillo Velarde (1696-1753), publicó en Manila en 1745 una *Práctica de testamentos en que se resuelven los casos más frecuentes*.

Antonio de Paz y Salgado (c.1675-1757), abogado de la Real Audiencia de Guatemala y juez de bienes de difuntos, publicó en Santiago de Guatemala el año 1742, una *Instrucción de litigantes o guía para seguir pleitos con mayor utilidad de los interesados en ellos y a menos costa de la paciencia de los jueces, abogados, procuradores y demás ministros que sirven en el fuero*.²⁰⁸

²⁰⁷ Lohman Villena, Guillermo, *En torno a Juan de Hevia Bolaños, la incógnita de su personalidad y los enigmas de sus libros*, en AHDE, XXXI (Madrid, 1961).

²⁰⁸ Luján Muñoz, Jorge, *Un jurista y autor ignorado del reino de Guatemala: D. Antonio de Paz y Salgado*, en Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano (México, 1984), pp. 397-408.

a) Métodos jurídicos²⁰⁹

Mas no sólo se advertía formalmente la presencia del *mos italicus* en los géneros jurídico-literarios que cultivaron muchos de los juristas indianos, sino que también en su método de abordar y resolver las cuestiones que trataban, tanto comunes como propias del Nuevo Mundo.

La literatura jurídica india se caracterizó, ante todo, por su marcado casuismo y tendencia práctica, lo que no era más que la clásica manera de tratar los problemas jurídicos para un derecho jurisprudencial; antes que obedecer a una inveterada tradición, lo concebía como un *ars boni et aequi*, donde lo que interesaba era encontrar la solución acertada para el caso concreto.

Recurso imprescindible para los juristas indianos en su trabajo de encontrar la solución apropiada al caso concreto que les ocupaba era el de la *communis opinio*, tan característico del *mos italicus* y, sobre todo, del posterior al 1500, pues como se ha dicho el *bartolismo* que imperó en la jurisprudencia europea entre los siglos XVI y XVIII, se alejó del trabajo directo de los textos romano-justinianos y se volvió más práctico, experimentando además su expansión extraeuropea con el descubrimiento de América.

Claro ejemplo de la importancia del recurso a la *communis opinio* para los juristas indianos, es Francisco Carrasco del Saz (15 ?-1625), quien en su citada *Interpretatio ad aliquas Leges Recopilationis Regni Castellae*, defendía que los jueces debían observar la opinión común de los doctores, a riesgo de hacer suya la litis, pues si la rehusaban se presumía que juzgaban con impericia, dado que la verdad y la opinión común se equiparaban, de donde se debía juzgar por lo que aprobaron los muchos y eruditos autores:

Communem opinionem observent (iudices), nam alias facient item suam, Bartolus in l. 2. num. 5. C. de poena iudicis, qui male iudicavit. Felinus in cap. I. num. 54. de const. adducit Andreas Gail. lib. I. observationum, observationes 154. n. 5. Nam iudex, qui a commune recedit, praesumitur per imperitiam iudicare, Alex. cons. 95. num. 6. volumine 2. Veritas igitur, & communis opinio aequiparantur. Afflict. in constitut. Siciliae, cap. I. num. 8. An removeri debeat testis, & opinionem, quae a gravibus eruditis viris approbatur sequi debemus in

²⁰⁹ Véase el fundamental aporte del profesor Tau Anzoategui, Víctor, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano* (Buenos Aires, 1992).

iudicando. Probat textus in cap. non sumus de verborum significatione, ibi:
*Opinio a pluribus approbata...*²¹⁰

Y como muy bien lo fundaba Carrasco del Saz, Bartolo de Sassoferato (1313-1357), en el invocado comentario al *Código*, había escrito:

Quoque; erravit in eo, in quo fuerunt opiniones, quia elegit malam opi. & tunc, quoque; inter omnes opi. est una quam ab omnibus communiter approbatur, & communiter observatur, & tunc, si elegit aliam op. non bonam, punietur eo immo, quo dictum est, s. quia minime sunt immutanda, & c. ut l. minime ff. de leg. & l. si de interpretatione ff. e. tit. Si vero sunt opi. ita fortes, quodcumque; observatur una, & qumque, ervatur eodem, & tunc iudicem putare excusandum, quia erravit errare probabili, immo qq. opi. lex dicitur incerta, ut habiustis no. in I. Const. C. parr. quibus...²¹¹

Similar era la opinión que sentaba Solórzano Pereyra en su *Política* al tratar de la forma en que los jueces debían ejercer su ministerio:

Y esto será más cierto, si siguiéremos la doctrina de los que enseñan, que estamos obligados a seguir, cuando juzgamos, o consejamos las opiniones comunes, y más probadas o probables, y que pecan los que hacen lo contrario, como ponderando para ello algunos textos, y doctrinas de Santo Tomás, y de muchos antiguos Teólogos y Juristas, lo dicen Navarro, Covarrubias, y otros infinitos, que refieren Cateliano Cota, Zevallos, y Torreblanca. Aunque Mastrillo viene a resolver, que podría tener excusa el Juez que juzgase contra alguna opinión común cuando hallase ley, o razón contraria que manifiestamente la convenciese. Y Juan Sánchez, después de haber disputado bien este punto de las opiniones comunes, y probables, también concluye, que estará seguro en conciencia el que reduce, y sigue en práctica opiniones Escolásticas, y Teóricas, si siente con juicio cierto, y especulativo que son probables; pero no si este juicio no fuese cierto, y firme, porque en esa duda más se debe arrimar a la común opinión.²¹²

Y abundaba en este tema cuando se ocupaba en aquellos casos en los cuales no había opinión común, donde sentía que podía el juez seguir la opinión probable, sin que tuviera escrúpulos de conciencia: “El que sigue

²¹⁰ Carrasco del Saz, Francisco, *op. cit.*, *supra*, nota 21, *Exordium huius operis*, números 8, 9, 10 y 11, fol. 6.

²¹¹ Sassoferato, Bartolo. *In secundam Codicis partem commentaria*, II (Augustae Taurinorum, 1589), *Com. ad Tit. De poena iudicis, qui male iudicavit*, lex. II, núm. 5, fol. 92 vta.

²¹² Solórzano Pereyra, Juan de. *op. cit.*, *supra*, nota 26, t. II, 5.8.29, fol. 323.

una opinión probable de uno, u otro Autor, queda seguro en conciencia, según dicen todos.”²¹³

De otro lado, acudían los juristas indianos para conciliar los derechos propios con el común, o para interpretar el derecho real, tanto común como municipal, a la tan preciada regla del *ius commune*, incorporada por Bonifacio VIII en el título *De regulis iuris*, del libro V del *Sexti Decretalium*(1298), con el número XV, y que rezaba: *Odia restringi, & favores convenit ampliari.*²¹⁴

El tanta veces citado Francisco Carrasco del Saz (15 ?-1625), nos entregaba diversos ejemplos de la utilización de esta regla. Así, a propósito de la interpretación de la ley sexta, del título 21 de la *Partida* primera, tocante a los siervos que no auxiliaban a su señor, declaraba que ella volvía al derecho común, y a pesar de que corregía a la *Lex Petronia*, que permitía a los amos dar muerte a sus esclavos, debía ser ampliada, pues: *quando reddimus ad ius commune lex correctoria non est odiosa, sed amplianda.*²¹⁵ El caso era el siguiente:

...& cum lex Petronia, & antiqua legum duodecim tabularum potestas sit moderata in parr. sed & maior asperitas, institut. de his qui sunt sui, vel alieni iuris, in verbo illo, otro yerro semejante, reddimus ad ius commune, et sic non venit stricta, sed ampla interpretatio, ex adductis in alio proposito a Molina, de primogenieiis (sic), lib. 3.cap.4, cum lex correctoria reducens nos ad terminos iuris antiqui, favorabilis & non odiosa censenda sit. Itaque ex illis verb. dict. l. 6. titul. 21. part. 4, ibi: *o si fiziesse otro yerro semejante destos, reddimus ad ius antiquum legis Petronia, & sic extendenda est, non restringenda...*²¹⁶

Pues, efectivamente, Luis de Molina y Morales, en su *De hispanorum primogenitorum*, al tratar de la exclusión de las mujeres en la sucesión de los mayorazgos, había sostenido:

Nec obstat si dicatur, hanc foeminarum exclusionem propter masculos remotioris gradus favorablem censendam esse, cum quamvis nos retrahat a juribus novissimis, reducat nos ad iura antiqua, hoc est, ad medium Jurisprudentiam, & leges Digestorum, ex quibus foeminae propter masculos remotiores excludeban-

213 *Ibid.*, 4.1.35, fol. 7.

214 *Sexti Decretalium*, lib. V, tit. *De regulis iuris*, reg. XV. He tenido a la vista la siguiente edición: *Corpus Iuris Canonici emendatum et notis illustratum Gregorii XIII Pont. Max.*, 2 vols., II (Augustae Taurinorum, 1776), fol. 187.

215 Carrasco del Saz, Francisco, *op. cit., supra*, nota 21, cap. III, párrafo 2. núm. 28, fol. 43.

216 *Ibid.*, núms. 27 y 28, fol. 49.

tur; quo casu lex etiam correctoria reducens nos ad terminos juris antiqui, favorabilis, non autem odiosa censenda est...²¹⁷

El mismo Carrasco del Saz, en su *Tractatus de casibus curiae*, al tratar de las penas asignadas los delitos de adulterio e incesto, defendía que la ley primera, del título 20, del libro octavo de la *Nueva Recopilación de Castilla* era correctoria del *ius commune*, pues señalaba pena propia para el delito de adulterio, y por ello al interpretarla debía recurrirse a la regla *odia restringi*:

Praedicta lex fori in Recopilatione incorporata, est correctoria iuris communis, & sic reducenda, & restringenda ad solum terminum, de quo loquitur, hoc est ad simplex adulterium: at vero nos agimus, non de simplici, sed de qualificato adulterio, veluti cum raptu, vel incestu comisso, in quo adest diversa poena, ex d. I. si adulterium cum incestu, 38 ff de adulteriis, & sic reddimus ad ius commune, ut (loquendo de interpretatio legis Petroniae, per quam permittebatur dominis servos occidere, antequam conderetur constitutio Iustiniani, de qua in parrafo sed & maior asperitas, instit. de his qui sunt sui, vel alieni iuris), dixi cap. 32 parrafo 2. num. 28, allegando Molinam, de primog. lib. 3. cap. 4, concurrit eadem ratio in proposito.²¹⁸

Luego, en su obra póstuma, *De nobilibus non torquendis neque carceris mancipandis*, a propósito del encarcelamiento de las mujeres, sentaba que: *Carceratio mulierum odiosa omni iure*,²¹⁹ pues “observandum est in mulieribus, quarum carceratio in iure communi & nostro regio odiosa, & prohibita semper fuit habita, ut bene, & late explicat videndus (cum casu se offerat) Farinat. lib. I. tit. 4. q. 27 ex num. 42”.²²⁰

No es gran trabajo traer un caso de aplicación de la precitada regla a algún asunto indiano, y de quien mejor tomarlo que de Solórzano Pereyra, quien al tratar de la sucesión en las encomiendas, sosténía:

Esta ley de la sucesión debe ser tenida por favorable, y como tal se ha de interpretar, entender, y estender siempre favorablemente en los casos, y dudas

²¹⁷ Molina, Luis de, *De hispanorum primogenitorum origine ac natura libri quatuor* (Compluti, 1563). He tenido a la vista la edición de Lugduni, 1749, lib. III, cap. IV, núms. 24 y 25, fol. 470.

²¹⁸ Carrasco del Saz, Francisco, *Tractatus de casibus curiae. Opus tam in praxi, quam in theoria versantibus, maxime necessarium* (Matriti, 1630), tract. IV, núm. 12, fol. 72.

²¹⁹ Carrasco del Saz, Francisco, *Opus posthumum nomen sibi vendicans, et valde utile de nobilibus non torquendis neque carceri mancipandis*, cap. II, núm. 62, fol. 50, en *Opera omnia* (Matriti, 1648).

²²⁰ *Ibid.*, fol. 137.

que cerca de ella se ofrecieren, y recrecieren, respecto de que según consta de sus palabras, y de lo que tantas veces havemos dicho, se promulgó en orden a favorecer, y remunerar a los beneméritos de las Indias, y alentarlos a que las poblasen, y defendiesen, se casasen, y permaneciesen en ellas con sus mujeres. Todo lo qual, por mirar como mira al bien común, y a la utilidad, aumento, y conservación de la República, en todas las que se hanpreciado de bien gobernadas, ha sido muy favorecido y privilegiado, como nos lo enseñan muchas leyes del derecho civil, y otros doctos, y graves A.A.²²¹

Basten, pues, estos ejemplos para mostrar la tradición metodológica del *mos italicus*, presente en los más de los juristas indianos, inmersos en el gran marco conceptual del *ius commune*.

c) Contenido y aparato científico de la literatura jurídica india

Los juristas indianos, tanto al ocuparse en temas propios del Nuevo Mundo, cuanto al hacerlo en los comunes, recurían para fundamentar sus dichos y argumentaciones al derecho romano, canónico y real. Se comprendía ello, a título ejemplar, cuando Juan de Hevia Bolaños (c.1570-1623) en su conocida *Curia Filipica*, al tratar de la costumbre *contra legem*, escribía:

Asimismo de Derecho civil, real y canónico tiene fuerza de ley la costumbre legítimamente usada y prescrita por diez años para con presentes y veinte para con ausentes, determinada al menos por dos actos en el discurso de este tiempo.²²²

En efecto, en la literatura jurídica india se apreciaba una gran prodigalidad por parte de sus autores en citar el derecho romano justiniano, el canónico y el real, pero además hacían gala de una gran cantidad de citas de juristas extraños y regnáculos, pertenecientes a las escuelas de los glosadores, comentaristas, a los que cultivaron los distintos géneros jurídico-literarios del *mos italicus* tardío, y en menor medida a los del *mos gallicus*, y de la escuela española del derecho natural.

Esta necesidad natural del jurista indiano de recurrir a los derechos romano, canónico, real y a los doctores, la resumía muy bien el reiteradamente citado, oidor de la Real Audiencia de Panamá, Francisco Carrasco

²²¹ Solórzano Pereyra, Juan de, *op. cit.*, *supra*, nota 26, t. I, 3.17.18, fol. 322.

²²² Hevia Bolaños, Juan de, *Curia Filipica* (Lima, 1603), 1.8.18.

del Saz (15 ?-1625), cuando reconocía que: “Est quidem hodie bonum habere decisionem non solum legis, sed etiam alicuius Doctoris in terminis etiam sine lege loquentis, ut dicit Iasson de Paulo de Castro in l. non eo minus in fine, C. de procurat.”²²³

En esta materia, durante los siglos XVI, XVII y gran parte del XVIII, el aparato científico al cual recurrián los juristas en auxilio de sus posiciones estaba constituido en su mayor parte por juristas de derecho común, tanto glosadores y comentaristas, como tratadistas, consiliaristas, decisionistas, controversistas, alegacionistas, prácticos, y comentaristas de legislación real, y en menor medida por humanistas y teólogos juristas. Desde mediados del siglo XVIII se advierte en algunas obras jurídicas indias un marcado abandono de las citas de glosadores y comentaristas, y una mayor predilección por los regnáticos, manifestado ello en la abundancia de citas de comentarios a la legislación real, prácticas y libros de instituciones, lo que no era más que un reflejo de la tendencia observada en los géneros literarios cultivados en el siglo XVIII.

Juristas del mos italicus

Los más de los juristas indios de los siglos XVI, XVII y XVIII, se podían inscribir dentro de la corriente del *mos italicus* tardío, lo que no sólo se advertía en su método, sino también por el predominio de las citas de derecho romano, glosadores, comentaristas y bartolistas posteriores al 1500.

Buen ejemplo de ello era el oidor de la Real Audiencia de Panamá, Francisco Carrasco del Saz (15 ?-1625), en cuyas obras primaban las citas del *Corpus Iuris Civilis*, y de los juristas del *ius commune*. Por vía meramente ejemplar se transcribe un párrafo suyo, en que a propósito del interesante tema del *arbitrium iudicis*, citaba un párrafo del *Digesto*, acompañado del práctico italiano Roberto Maranta (14 ?-1530), del también italiano Jacobo Menochio (1532-1607), del glosador de las *Partidas*, Gregorio López (1496-1560), así como del clásico Jerónimo Castillo de Bobadilla (c.1547-1605?), del neotomista, Domingo de Soto (1494-1560) y del célebre doctor Martín de Azpilcueta (1491-1586):

Arbitrium non interponant (iudices), nisi in his, quae in iure non sunt expressa, nec determinata, quod sit iuri & rationi consonum. Cap. de causis. de officio

²²³ Carrasco del Saz, Francisco, *op. cit.*, *supra*, nota 21, *Exordium huius operis*, núm. 14, fol. 3.

delegati l. I. ff. de iure de liberandi Romanus cons. 376. Maranta in practica, diligenter, num. 24, eleganter Menochius de arbitriis in principio illius libri. Et quando iudex munera a litigante recipiens, teneatur ad restitutionem muneris, vel pecuniae receptae; distinguit Greg. Lop. per textu ibi in l. fin. tit. 22. part. 3. glos. 4. Bobadilla post plures, quos citat in Politica lib. 2. cap. II. ex n. 34 & 38 & quid in foro conscientiae videndus est divus Thomas 2. 2. q. 62. artic. 6 & 7. Soto de iustitia & iure, q. 7. art. I. Navarr. in summa c. 23. n. 12 & cap. 17. num. 30.²²⁴

Un jurista del siglo XVII, como Solórzano Pereyra, de quien conocemos en detalle el caudal doctrinario de sus obras por el sólido estudio de la doctora Ana María Barrero,²²⁵ recurría con igual soltura a un glosador como Azo de Bolonia (c.1160-1230), a un humanista como Andrés Alciato (1492-1550), o a un jurista indiano como Francisco Carrasco del Saz (15 ?-1625). Basta, en su caso y en el de muchos otros, sólo revisar alguna página de sus libros para encontrarse con toda la tradición jurídica iniciada en Roma, renacida en Bolonia y extendida a las Indias, como también para observar que predominaba en ellos el método escolástico del *mos italicus*, aunque no sin cierta influencia humanista y neotomista.

Juristas de derecho natural neotomista

El planteamiento jurídico de las cuestiones derivadas del descubrimiento de las nuevas tierras y de la incorporación jurídica de ellas a la corona, bien así como la situación de sus habitantes frente a la monarquía, se realizó en un primer momento sobre las bases del *ius commune*, sin embargo como éste se mostró insuficiente para la regulación y solución de los recientes problemas del Nuevo Mundo, comenzó a abrirse paso, durante el curso de las *Polémicas de Indias* el derecho natural de la escuela neoescolástica española y, fruto de ello, fue la aparición de diversos discursos o tratados doctrinales, tocantes a la incorporación y a la condición de los naturales, fundamentados en el derecho natural, que en cuanto tiene a Dios por autor, era de común y general aplicación a todos los hombres.²²⁶

224 Carrasco del Saz, Francisco, *op. cit.*, supra, nota 21, *Exordium huius operis*, núm. 7.

225 Barrero García, Ana María, *La literatura jurídica del Barroco europeo a través de la obra de Solórzano Pereira*, en RCHHD, 15 (Santiago, 1989), pp. 65-85.

226 Véase García Gallo, Alfonso, *El derecho común ante el Nuevo Mundo*, en *Revista de Estudios Políticos*, 80 (Madrid, 1955), pp. 133-152; Bravo Lira, Bernardino, *Derecho común y derecho natural en el Nuevo Mundo. Situación jurídica de las tierras y habitantes de América y Filipinas bajo la monarquía española*, en REHJ, XI (Valparaíso, 1986), pp. 63-79.

Entre las obras que se escribieron en esta época, merecen mencionarse las de fray Matías de Paz, autor del *De dominio regum Hispaniae super indos*,²²⁷ fray Bartolomé de Las Casas, y sus trabajos de sober conocidos; fray Bernardo de Santo Domingo y su *Tratado sobre la libertad de los indios*; Francisco de Vitoria (14 ?-1546) y sus clásicas *Selectio prior de indis recenter inventis*, y *Selectio posterior de indis sive de iure belli Hispanorum in barbaros*.

Humanistas

El humanismo jurídico en las Indias es un tema casi ignorado,²²⁸ de modo tal que son escasos los datos que pueden ofrecerse sobre la literatura jurídica india influida por él. Ya el profesor Tau Anzoategui ha adelantado las notas humanistas que se advierten en Juan de Matienzo (1510-1579),²²⁹ y el profesor Eduardo Soto Kloss, ha hecho lo propio respecto de Bartolomé de Albornoz (c.1520-157?).²³⁰ Ahora, sólo por vía ejemplar me ocuparé del oidor de la Real Audiencia de Chile, Gaspar de Escalona y Agüero (1590-1650), y su proyectado *Código Peruano*.²³¹

Gaspar de Escalona y Agüero, había nacido en La Plata, provincia de Los Charcas, hacia 1590 y murió en Santiago de Chile en 1650. Estudió leyes en la Universidad de San Marcos de Lima, donde fue condiscípulo del célebre Antonio de León Pinelo, y discípulo del obispo Feliciano de la Vega. Sirvió como corregidor de Jauja, gobernador de Castrovirreina, visitador de la Real Hacienda y procurador general de la ciudad del Cuzco. Fue nom-

²²⁷ Beltrán de Heredia, V., *Un precursor del maestro Vitoria: el P. Matías de Paz, O.P., y su tratado "De dominio regum Hispaniae super indos"*, en *La Ciencia Tomista*, 11 (Madrid, 1929), pp. 173-190.

²²⁸ Aunque hay algunos trabajos particulares de mucho interés, véase Tau Anzoategui, Víctor, *op. cit.*, *supra*, nota 209, y del mismo *El "Gobierno del Perú" de Juan de Matienzo. En la senda del humanismo jurídico*, Eroberung und Inbesitznahme Amerikas im 16. Jahrhundert rechtfertigung, realität und literarische reflexion. Internationales Symposium Eischätt, 1988; Dougnac Rodríguez, Antonio, *El humanismo jurídico a través de dos selecciones en la Universidad de San Marcos de Lima*, comunicación al VIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano (Santiago de Chile, 1992), en REHJ, XV (Valparaíso, 1992); y Barrientos Grandon, Javier, *El humanismo jurídico en las librerías de letrados del reino de Chile (siglos XVII-XVIII)*, en prensa en *Revista Chilena de Derecho*, 19 (Santiago, 1992).

²²⁹ Tau Anzoategui, Víctor, *op. cit.*, *supra*, nota 228.

²³⁰ Soto Kloss, Eduardo, *El Arte de los contratos de Bartolomé de Albornoz, un jurista indiano del siglo XVI*, en RCHHD, 11 (Santiago, 1985), pp. 163-185.

²³¹ García Gallo, Alfonso, *El Proyecto de Código Peruano de Gaspar de Escalona y Agüero*, en AHDE, XVII (Madrid, 1946), pp. 889-920.

brado oidor de la Real Audiencia de Chile en 1649, pero despachó en su plaza breve tiempo, pues murió al cabo de ocho meses de haberla jurado.

Su obra más conocida fue el *Gazophilacium regium perubicum*, publicada en Madrid en 1647, pero también se le deben dos obras menores, el *Del oficio del virrey*, del cual se conserva un índice entre los manuscritos del marqués del Risco,²³² y el *De las Apelaciones al Superior Gobierno*.²³³ Además, se le debe el proyectado *Código Peruano* en el cual pretendía reunir todas las disposiciones reales y eclesiásticas dictadas en favor y privilegio de los indios, para que se facilitase su aplicación.

La sola idea de formar un *Código Peruano*, no a la manera de las tradicionales recopilaciones castellanas, aparta a Escalona y Agüero en esta materia del pensamiento común y lo acerca al humanismo, pues el referido *Código* habría de *componerse de decisiones reales despachadas por el Supremo Consejo de Indias al Reino del Pirú, para el gobierno, tratamiento, policía, instrucción de los indios, y de otras materias que les competen y así mismo de las innumerables y bien prevenidas Ordenanzas hechas por sus Virreyes y que comunmente se practican*.²³⁴

Y tras expresar que ha concebido su obra a imitación de los códigos de Gregorio, Hermogeniano, Teodosio y Justiniano, declara que lo ha hecho también a imagen,

...del doctissimo Antonio Fabro, que reduxo a Código de su mismo nombre las decisiones del Supremo Senado del Duque de Saboya exornándolas con breves y admirables notas al fin de cada definición. Que es lo que he procurado imitar en esta, con tanto mayor trabajo cuanto sus materias y derechos son más desviados del común y más singulares y exquisitos que los de otra cualquiera república.²³⁵

Bien conocido es Antonio Fabro (1557-1624) como uno de los más agudos representantes del humanismo jurídico francés, cuya crítica al

²³² Muro Orejón, Antonio, *op. cit., supra*, nota 196, pp. 829.

²³³ Publicado con el título de *Tratado de las apelaciones del Perú*, por Pareja, David, *Un inédito valioso del autor del Gazophilacium Regium Peruvicum*, en *Revista del Archivo Nacional del Perú* (Lima, 1921) II, pp. 79-130, que erradamente cree que es el mismo que el *Del oficio del Virrey*. En el Archivo Nacional de Chile, se conservan dos copias de este Tratado de las apelaciones, que he estudiado en *La apelación en materia de gobierno ante la Real Audiencia de Chile en los siglos XVII, XVIII, XIX*, en RCHID, 16 (Santiago, 1990-1991).

²³⁴ Escalona y Agüero, Gaspar de, *Código Peruano*, en García Gallo, Alfonso, *op. cit., supra*, nota 231, p. 913.

²³⁵ *Ibid.*, pp. 913-914.

bartolismo se había hecho patente en cada una de sus obras, por ejemplo *De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris; Rationalia in Pandectas; Iurisprudentia papinianaea scientia ad ordinem Institutionum Imperialium efformata; y Coniecturarum iuris civilis libri viginti.*

La obra de Fabro que sirvió de modelo al proyecto de Escalona fue el famoso *Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in Sacro Sabaudiae Senatu, tractatarum, ad ordinem titulorum Codicis Iustinianei, quantum fieri potunt ad usum accommodatus, et in novem libros distributos*, publicado en Ginebra en 1606.

Escalona, al parecer, tenía en grande estima a los humanistas, pues cuando quería alabar la pericia jurídica de don Lorenzo Ramírez de Prado, a quien presentó el proyecto de su *Código*, no hacía otra cosa que ponerlo por encima de los más distinguidos humanistas, como Guillermo Budeo (1467-1540), Andrés Alciato (1492-1550), Jacobo Cuyacio (1522-1590), y Barnabás Brissonius (1531-1591), diciéndole que al tener que decidir bajo el patrocinio de quién habría de poner su trabajo: *ninguno pudo ofrecerse a mi elección y afecto que por más justos títulos lo fuese que VS., pues como tan gran jurisconsulto y de tantas y superiores letras, admiración de propias y estrangeras naciones, callen los Budeos, Brissonios, Renardos, Cuyacios, Alciatos y Turnebos, se vindicó de mí esta protección no merecida.*²³⁶

Así pues, parece que en la literatura jurídica india, desde el mismo siglo XVI se evidenciaba cierta influencia del humanismo jurídico en las obras de algunos autores, sobre todo por las citas que de ellos hacían, y en menor medida por el método empleado para enfrentar determinadas cuestiones.

3. LA RECEPCIÓN DEL *IUS COMMUNE* POR VÍA PRÁCTICA

Si en las Indias el derecho común penetró por las vías preexpuestas, no resulta antojadizo suponer que en la praxis judicial se produjera, a su vez, una recepción del *ius commune*, tanto por parte de los letrados que litigaban ante los tribunales, como también por los propios ministros de las reales audiencias, lo que puede detectarse, por ejemplo, a través de las vistas fiscales y de los votos consultivos de los oidores en materias de gobierno,

²³⁶ *Ibid.*, p. 903.

y en lo tocante a los jueces legos, a través de los dictámenes de los asesores letrados.

Cabe advertir que el grado de recepción del derecho común en la praxis judicial indiana dependía de diversos factores, como el carácter letrado o no del tribunal, la intervención de asesores letrados y la formación del estamento letrado. De tal manera, la presencia del *ius commune* siempre es más notoria cuando se estudia el mundo culto vinculado a las reales audiencias, y tiende a debilitarse al analizar los tribunales legos, o aquellos alejados de las sedes de audiencias.

La presencia del derecho común en las actuaciones judiciales indias se advertía por la invocación directa del derecho romano ante los tribunales, bien así como por las citas de juristas pertenecientes tanto a las escuelas de los glosadores y comentaristas como a los del *mos italicus* tardío.

A. *El derecho romano en la praxis judicial india*

La ley octava del libro segundo del *Liber iudiciorum* prohibió que el derecho romano fuera usado en el reino hispano visigodo, pero permitió que fuese estudiado en provecho personal de sus habitantes. Decía, pues, la referida ley:

Alienae gentis legibus ad exercitium utilitatis imbui et permitimus et optamus: ad negotiorum vero discussionem et resultamus et prohibemus. Quamvis enim eloquiis polleant, tamen difficultatibus haerent: adeo quum sufficiat ad iustitiae plenitudinem et perscrutatio ratio num et competentium ordo verborum, quae codicis huius series agnoscitur continere, nolumus sive romanis legibus, seu alienis institutionibus amodo amplius convexari.²³⁷

La versión romanceada del *Liber iudiciorum*, mandada hacer por Fernando III y conocida como *Fuero Juzgo*, ofrece el siguiente texto de la misma ley:

Bien sofrimos, et bien queremos que cada un omne sepa las leyes de los estrannos por su pro; mas quanto es de los pleytos iudgar, defendemos lo, e contradezimos que las no usen, que maguer que y aya buenas palabras, todavía ay muchas gravedumbres, porque abonda por fazer iusticia, las razones, e las

²³⁷ *Liber Iudicium*, 2.1.8, en *Los códigos españoles concordados y anotados* (Madrid, 1872), I, p. 5.

palabras e las leyes que son contenudas en este libro. Nin queremos que daqui adelante sean usadas las leyes romanas, ni las estrannas.²³⁸

Por su parte, el tan controvertido *Espéculo*, era algo más tolerante que el *Liber*, pues permitía que se invocara el derecho romano cuando concordaba con sus disposiciones, y al efecto prescribía:

Fazer devén otrosi por derecho aquellos que han poder de juzgar, que si alguno aduxiere libro de otras leyes para razonar por el, quel ronpan luego, e demas fazer aquel que lo aduxo, que peche quinientos mrs. al rey. Ca como quier que nos plega, e queremos que los de nuestro sennorio aprendan las leyes que los omes usan en las otras tierras, e todas cosas, porque sean mas entendudos e mas sabidores non tenemos por bien que las razonen en los pleitos, nin que judguen por ellas, sinon si fueren tales que acuerden con estas.²³⁹

En el *Fuero Real* había una disposición similar, que recuerda tanto la del *Liber-Fuero Juzgo* como la del *Espéculo*:

Bien sofrimos e queremos, que todo home sepa otras leyes por ser mas entendidos los homes, e mas sabidores: mas no queremos que ninguno por ellas razine, ni juzgue: mas todos los Pleytos sean juzgados por las leyes deste Libro, que nos damos a nuestro pueblo, que mandamos guardar: e si alguno aduxere otro libro de otras leyes en juicio para razonar, o para juzgar por el, peche quinientos sueldos al Rey: pero si alguno razonare ley que acuerde con las deste libro, e las ayude, puede lo hacer e no haya pena.²⁴⁰

Esta mayor indulgencia del *Espéculo* y del *Fuero Real* para con el derecho romano, a diferencia del *Liber*, quizás se deba a que en la redacción de ambos textos intervinieron juristas formados con mucha probabilidad en el *ius commune*, y frente al deseo del rey de sólo permitir la invocación del derecho emanado de su autoridad, encontraron como puerta de escape para el derecho romano la posibilidad de aducirlo en juicio cuando concordara con las disposiciones del *Especulo* o del *Fuero Real*.

De su lado el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348, que puede verse como una de las primeras medidas restrictivas del derecho común en Castilla, no mantuvo la posibilidad de invocar el derecho romano cuando concordara

238 *Fuero Juzgo*, 2.1.8, en *Los códigos españoles concordados y anotados* (Madrid, 1872), t. I, p. 111.

239 *Especulo*, 4.2.16, en *Los códigos españoles concordados y anotados* (Madrid, 1872), t. VI, p. 68.

240 *Fuero Real*, 1.6.5, en *Los códigos españoles concordados y anotados* (Madrid, 1872), t. I, pp. 357-358.

con el real, sino que, en términos generales, reprodujo el antiguo precepto del *Liber Iudiciorum*, al disponer, que:

Empero, bien queremos, e sofrimos que los libros de los derechos que los sabios antiguos hicieron, se lean en los Estudios generales de nuestro Sennorio, porque ha en ellos mucha sabiduría, e queremos dar logar que nuestros naturales sean sabidores e sean por ende mas onrrados.²⁴¹

Y bien sabemos que esta ley se reprodujo en la primera de las de Toro de 1505. De tal manera, al tiempo de producirse el descubrimiento de América, el derecho romano estaba privado de valor legal en el reino de Castilla, y por ello no se lo incluía en el orden de prelación de las fuentes del derecho. A pesar de ello, la interpretación que hicieron ciertos juristas castellanos al referido orden de prelación, permitía la aplicación del derecho romano. Tal era el caso de Antonio Gómez (1502-1562/72), quien en su *Ad Leges Tauri commentarium absolutissimum*, sostenía que el juez debía primero, y ante todo, recurrir a las *Leyes de Toro*, luego a los *Ordenamientos, Pragmáticas y Siete Partidas*, a falta de ellas a los *Fueros*, y en deficiencia de éstos al derecho de los jurisconsultos y emperadores romanos que se enseñaba en las escuelas y estudios generales, siguiendo la opinión común:

In isto Regno, in decisionibus causarum prius, & ante omnia debet iudicari per istas *Leges Tauri*. Item consecutive postea per *Leges Ordinamenti, & Pragmaticas huius Regni, & Leges Partitae*; licet non prohibetur earum usus, nec consuetudo; postea per *Leges Fori*, quae fuerint in usu, & consuetudine. Postea vero, his deficientibus, debet iudicari per *ius commune Romanorum Consultorum, & Imperatorum*, quod legitur, & disseritur in Scholis, & Studiis generalibus, secundum communem opinionem, quae reperiatur in casu de quo dubitatur; correcta *Lege Regia de Madrid*, quae disponebat, quod in decisionibus causarum, deficiente lege, sequatur opinio Bartol. & postea Bald.²⁴²

Tal era el arraigo del derecho romano entre los juristas que se resistían a que éste fuera desplazado por el derecho real y los restantes derechos propios, pues para ellos constituyía una especie de segunda naturaleza.

Supuesta así una argumentación doctrinal que defendía la aplicación del derecho romano, a pesar de su proscripción, y de la enseñanza que de él se

²⁴¹ *Ordenamiento de Alcalá*, 1348, en *Los códigos españoles concordados y anotados* (Madrid, 1872), t. I, tit. XXVIII, ley 1, p. 466.

²⁴² Gómez, Antonio, *op. cit., supra*, nota 13, ad l, I. núm. 1., fols. 4-5.

hacía en las universidades, no resultaba extraño que se mantuviera su invocación en estrados, bien en forma supletoria del derecho real y de los fueros, bien en cuanto concordaba con dichas disposiciones, o bien en tanto era un argumento de razón.

Sirva de ejemplo para ilustrar la continua presencia del derecho romano en las actuaciones judiciales, el dictamen del fiscal del Consejo de Castilla, Luis Curiel y Tejada, fechado el 3 de febrero de 1711, cuyo fin fue dar su parecer acerca de las medidas que habrían de adoptarse contra los desafectos y disidentes a Felipe V, sobre las que debía decidir el propio Consejo, según el Real Decreto, dado en el Campo Real de Zaragoza el 9 de enero de 1711.²⁴³

En su dictamen, el fiscal, argumentaba sobre la base de la famosa *Lex Iulia de maiestatis*, la que concordaba con las disposiciones de las *Partidas* y de la *Nueva Recopilación*, amén de un gran acopio de autoridades. El nudo de su parecer estribaba en que no podía darse una regla general para castigar a los desafectos, porque el derecho civil así lo prevenía, y para ello citaba el párrafo pertinente del derecho romano:

No puede darsse regla genl. adequada a los indibiduos, y a los casos, porque las leies civiles y prácticas prebien que los delitos de esta especie no se consideren con la mira y alta contemplación de la Magd. A L. famosi 7^a parr. hoc tamen ff ad l. Jul. Maiest: ibi: hoc tamen crimen a judicib. non in ocassione ob principalis Mayestatis venerationem habendum est sed in veritate, nam et poersonam spectandum esse, an potuerit facere, et an cogitaberit, et an sanae mentis fuerit nec lubricum linguae ad poenam facile trahendum est: quamquam enim temerarii poene dini sint, tamen ut insanis illis parcendum est si non tale sit delictum, quod vel ex scriptura legis descendit, vel ad exemplum legis vindicandum.²⁴⁴

De su lado, en las Indias diversos juristas se ocuparon del tema del derecho romano.²⁴⁵ Entre ellos, el oidor supernumerario de la Real Audien-

243 Jover Zamora, José M., *Una página de la guerra de sucesión. El delito de traición visto por el fiscal del Consejo de Castilla*, en AHDE, XVII (Madrid, 1946), pp. 753-784.

244 Parecer de Dn Luis Curiel y Texada, Cabo. del Orden de Santiago del Consejo de S. Magd. y su fiscal en el Rl. y Supremo de Castilla, 3 de enero de 1711, en Jover Zamora, José M., *op. cit.*, supra, nota 243, pp. 765-766.

245 Véase, Ávila Martel, Alamiro, *El derecho romano en la formación de los juristas chilenos del siglo XVIII*, en *Studi in memoria di F. Vasalli* (Torino, 1960), pp. 395 y ss.; Bernal de Bugeda, Beatriz, *El derecho romano en el discurso de Antonio de León Pinelo sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales*, en AHJE, VI (Quito, 1980), pp. 147-171; Levaggi, Abelardo, *Derecho indiano y derecho romano en el siglo XVIII*, en AHJE, V (Quito, 1980), pp. 269-309; Guzmán Brito, Alejandro, *La vigencia del derecho romano en Indias según el jurista Juan del*

cia de Chile, Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737), en sus *Commentaria in libros Recopilationem Indiarum*, sostiene que a falta del derecho real, debía recurrirse al derecho canónico, salvo en materias espirituales en las que este último primaba: “Harumque defectu est ad Jus Canonicum recurrentum... quod quidem in spiritualibus, et pro foro animae est primo adeundum: nam in his omnibus aliis Juribus etiam Regiis anteponitur”²⁴⁶.

Esta opinión de Juan del Corral dependía directamente de la doctrina de Gregorio López, quien había sentado en la glosa 2 a la ley 8, del título 14, de la Partida 5, y siguiendo a Juan López de Palacios Rubios en su *Repetitio capituli per vestras, de donationibus inter virum et uxorem*, casi con las mismas palabras, que a falta del derecho real debía recurrirse, más que al derecho romano, al canónico “Et sic deficiente Jure Regni potius sit recurrentum ad Jus Canonicum, quam ad leges Imperatorum, ut tradit Joan. Lopi a Palac. Rubeis, in introductione repetitionis capituli per vestras, de donat inter virum et uxor. versic... ”²⁴⁷

Luego, Del Corral defendía que en defecto del derecho canónico debía recurrirse al romano:

Hisque omnibus deficientibus, ad Jus civile est recursus, quia licet leges civiles, tum Consultorum, tum Imperatorum apud nos non habeant vim legum, quia ex hoc induceretur quaedam superioritas, ullo modo confitenda; attamen eis est utendum tamquam ratione naturali, si in ea fundantur, quia haec sufficit ad casum resolutionem... Ratio autem bene ita debet Judicem movere, sicut lex ipsa expressa, quia lex non potest esse, nisi quatenus ratione fundantur.²⁴⁸

Así, para Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737), el derecho romano carecía de una vigencia imperativa, pues de aceptarla se estaría reconociendo por los reyes de Castilla una cierta superioridad del Imperio,

Corral Calvo de la Torre, en VI Congreso del Instituto Nacional de Historia del Derecho Indiano (Valladolid, 1983), pp. 71-89.

²⁴⁶ Corral Calvo de la Torre, Juan del, *Commentaria in libros Recopilationem Indiarum* (Madrid, 1751-1756), lib.2, tít. 1, leyes, I, II y XXIV, párr. 45, p. 23, citado por Guzmán Brito, Alejandro, *La vigencia del derecho romano en Indias según el jurista Juan del Corral Calvo de la Torre, en Justicia, sociedad y economía en la América española (siglos XVI, XVII y XVIII)* (Valladolid, 1983), pp. 71-89, en concreto p. 75, núms. 17 y 18.

²⁴⁷ López, Gregorio, gl. 2, ad. P. 5.14.8.

²⁴⁸ Corral Calvo de la Torre, Juan del, *Commentaria in libros Recopilationem Indiarum* (Madrid, 1751-1756), lib. 2, tít. 1, leyes I, II y XXIV, párr. 45, p. 23, citado por Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit., supra, nota 246*, p. 76, núm. 19.

y por ello tenía un carácter más bien doctrinario, en cuanto lo consideraba razón natural si estaba cimentado en ella.

Esta misma argumentación que desconocía la vigencia legal del derecho romano y lo situaba en una posición doctrinaria o racional, había sido defendida por Adame y Arriaga en las glosas latinas a los Estatutos y Constituciones de la Real y Pontificia Universidad de México, conocidas como Ordenanzas de Palafox, que bajo el título de *Imperialis Universitas illustrata per constitutionum scholia*, publicó en Sevilla en 1698, donde se sosténía:

Quibus Hispaniae legibus in omnibus Regnis potentissimi nostri Domini Regis iudicandum est, ut in praeludio legum Matriti anno 1502 & leg. 1 & 2 Tauri, & non legibus Romanorum que Hispanos non constringunt, ut probant Archidiaconus in cap. cum devotissimum 12 quaest. 1 & ibidem Egidius de Bellamera, Hostiensis, & Doctores in cap. super specula, de privilegiis Regum Hispani, ut ipse ibidem a num. 548 isto semper Imperatorum Leges ut rationes allegari, & adduci possint, cum legis etiam abrogatae ratio allegari possit, leg eos D. de cap. deminut. Castellas in leg. d. I Tauri, verbo no se use de ella, & leg. sequenti.²⁴⁹

Esto explica por qué diversos letrados indianos recurrieron con soltura y naturalidad al derecho romano, para fundamentar sus alegatos. Así, por ejemplo, el letrado chileno Francisco Ruiz de Berecedo (1674-1752) en un alegato ante la Real Audiencia de Santiago en 1748, para defender su plaza honoraria de oidor, citaba en ocho ocasiones el *Digesto*, en cinco el *Código* y en dos las *Novelas*, v. gr. cuando escribía que jamás quiso obtener su oficio por vía de beneficio pecuniario a la Corona: “Para cerrar la puerta de cualquier beneficio tuvo el oidor honorario presente la ley 1. Cod. de officio praefecti, Novella 8 et 86, entre las del Emperador Justiniano, ley Sancimus. Cod. ad leg. Iulia repetundariis.”²⁵⁰

En este mismo escrito, Ruiz de Berecedo, invocaba, a propósito de la posesión en que se hallaba de su plaza de honores, una de las reglas del derecho contenidas en el libro 50 del *Digesto*, tomada del *liber VI Quaestitionum* de Paulo. Así argumentaba:

²⁴⁹ Glosa núm. 3.577, ad. const. 399, *Estatutos y Constituciones hechos con comission particular de Su Magestad para ello: Por el Excmo. y Illustrmo. Sor. D. Juan de Palafox y Mendoza* (México, 1668), fol. 388. Este falso volumen, que se conserva en la Biblioteca Nacional de México de San Agustín, está compuesto por la primera parte de la edición de 1668 y por el texto de la de Adame y Arriaga. Debo esta noticia al doctor Enrique González González.

²⁵⁰ ANFA, vol. 2, pza. 29.a. Véase, además, Barrientos Grandon, Javier, *El derecho común ante la real audiencia de Chile en un alegato del siglo XVIII*, en RCHHD, 15 (Santiago, 1989), pp. 105-116.

No se requiere continuación de actos; y basta una sola posesión efectuada... aunque sólo hubiese sido de una hora... y estos actos de posesión tan perfectos y consumados ni se pudieron rescindir ni anular en perjuicio de la posesión del oidor honorario contra la regla de derecho, *ley in ambiguis 85 párr. de reg. iuris, ibi non est novum ut quae semel utiliter constita sunt durent licet pervenabilis casus a quo incipere non possunt.*²⁵¹

De su lado, en el Río de la Plata, el fiscal de la Real Audiencia de Buenos Aires, José Márquez de la Plata y Soto (1741-1825), al acabar el siglo XVIII, en una vista fiscal fechada el 27 de marzo de 1794, reprochaba la práctica común de los abogados de presentar: *escritos dilatadísimos llenos de citas de autores y de leyes del Derecho antiguo romano.*²⁵² Sin embargo, el mismo Marquez de la Plata incurría en el vicio que censuraba en una vista evacuada el 28 de julio de 1802, donde escribía, a propósito de la súplica de las leyes, que:

Es inconscio en las leyes del título 22 libro 1º del Código Romano, *si contra ius vel utilitatem publicam, vel per mendacium fuerit aliquid postulatum, vel impetratum;* en las del título 18 partida 3^a; en la única del Ordenamiento de Alcalá; en las del título 12 libro 3º del Ordenamiento Real , y todo el título 14 libro 4º de la Nueva Recopilación de Castilla, con que conforman las Municipales de estos reinos...²⁵³

De esta manera, parece que era práctica más o menos común que los letrados indianos recurrieran directamente al derecho romano para fundamentar sus alegatos, incluso hasta el siglo XVIII, bien porque lo consideraban razón natural que coadyuvaba al derecho real, bien porque en sí lo entendían aplicable.

B. *El ius commune en la praxis judicial india*

La presencia del derecho común en la praxis judicial india, así como la de las diversas otras tendencias jurídicas, es aún tema casi inexplorado,

²⁵¹ Ruiz de Beredo, Francisco, *Expediente donde se evéasencian los agravios que ha padecido el carácter de oidor honorario de su plaza*, en ANRACH, vol. 2.106, p. 12, fs. 11. La cita corresponde a *Digesto*, 50.17.85.1.

²⁵² Vista fiscal del 29 de marzo de 1794, citado por Levaggi, Abelardo, en *El derecho romano en la formación de los abogados argentinos del ochocientos*, en *Derecho*, 40 (Lima, 1986), p. 18.

²⁵³ Levaggi, Abelardo, *El concepto de derecho según los fiscales de la segunda audiencia de Buenos Aires (1784-1810)*, en RCHHD, 11 (Santiago, 1985), pp. 257-258.

pues requiere de un arduo y prolífico trabajo en archivos, por ello en este apartado habrá más que conclusiones, sugerencias y aproximaciones, que podrán servir de punto de partida a investigaciones posteriores.

Tal como había ocurrido en Castilla con la privación de valor al derecho romano, las *Leyes de Toro*, al derogar la *Pragmática de Madrid* de 1499, impedían la invocación en juicio de las opiniones de los juristas, sin embargo, la cita de ellos continuó a lo largo de los siglos XVI y XVII, e incluso el XVIII.

En el ya citado parecer del fiscal del Consejo de Castilla, Luis Curiel y Tejada, del 3 de febrero de 1711, a propósito de los disidentes a Felipe V, aparecen gran cantidad de remisiones a las opiniones de los autores, con un claro predominio de los del *mos italicus* tardío, aunque también se mencionaba a algún humanista.

En efecto, se citaba, entre los comentaristas de derecho real, a Alfonso de Villadiego (siglos XVI y XVII) y su *Forum antiquum Gothorum Regum Hispaniae, olim Liber Iudicium hodie Fero Juzgo, nuncupatum*; Gregorio López (1496-1560), en su clásica glosa a las *Partidas*; Alfonso de Azevedo (1518-1598) en sus *Commentariorum Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*; entre los consiliaristas, a Próspero Farinacio (1544-1618) en sus *Consilia sive responsa atque decisionum causarum criminalium*; Juan Bautista Valenzuela Velázquez (1574-1645) en sus *Consiliorum sive responsorum iuris*; Tomás Gramático (1473-1566) en sus *Consilia y Decisiones Sacri Regii Neapolitani Consilii*; entre los alegacionistas, al clásico Juan Bautista Larrea (1590- 1645) en sus *Allegationes fiscales*; entre los tratadistas, a Tiberio Deciano (1508-1581) en su *Tractatus criminalis utriusque censurae*; Lorenzo Matheu y Sanz (siglo XVII) en su *Tractatus de re criminali*; Marco Antonio Peregrino (siglo XVI) en su *De iuribus et privilegiis fisci*; José Mascardo (15 ?-1588) en su *Tractatus de probationibus*; y entre los humanistas, a Nicolás Antonio (siglo XVII), en su famoso *De exilio*; y Jacobo Godofredo (1587-1652) en su edición y comentario al *Codex Teodosiano*.²⁵⁴

En Indias se produjo la misma práctica, incluso avalada por más de algún jurista regníccola, por ejemplo el oidor de Panamá, Francisco Carrasco del Saz (15 ?-1625), quien sostiene que era bueno no sólo tener la decisión de la ley, sino la de algún doctor en los términos, pues dichas decisiones eran las más seguras y con ellas cesaban todos los argumentos:

254 Jover Zamora, José M., *op. cit.*, supra, nota 243.

Hodie bonum habere decisionem non solum legis, sed etiam alicuius Doctoris in terminis etiam sine lege loquentis, ut dicit Iasson de Paulo de Castro, in l. non eo minus in fine, C. de procurat. Nam decisiones quae sunt in terminis, sunt securiores, & ibi cessant omnia argumenta...²⁵⁵

Y luego agregaba, no sin cierto dejo de pedantería, que:

...& decisiones generales, & regulares allegare ubi est decisio in terminis, est pauperis Doctoris, ita praedicta refert Bologninus Cavalcanus decisione 15. I. p. ex n. I, ubi concludit in actu pratico laborandum esse, ut inveniamus decisionem, vel distinctionem in terminis, quia talem invenire (ait ipse) et Doctissimi Doctoris...²⁵⁶

Continuaba, en esta interesante materia, defendiendo con galanura y sobrado ingenio, que como en el día era tal la manera de argumentar que podía llegar hasta el infinito, debían alegarse las opiniones de los doctores que venían expresamente al caso (*in terminis*) y no aquellas generales, pues estos últimos eran alegatos a la ballesta, donde quien los hacía trataba de unir arena sin cemento, puesto que el derecho y las opiniones de los doctores debían invocarse no en general, sino en la especie y para el caso del cual se trataba:

Tametsi verissimum fit, hac nostra temporum tempestate actum argumentandi apud infinitos esse conclusionem respondendi, & medicina sanandi apud paucos... Quod allegatio in genere, & in confusso est, allegatio ad ballistam cum non concernat casum de quo quaeritur, quod taliter allegantes dicuntur ligare arenam sine caemento, allegari namque debent iura, & Doctores non in genere, sed in specie, & individuo...²⁵⁷

Acababa, Carrasco del Saz, sus recomendaciones con una aguda y clara observación: “Expeditionem videlicet litigantibus dare per regulas generales esse officium procuratorum, sed allegare in terminis, doctissimi Doctris...”²⁵⁸

De su lado, Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737), tras sostener que a falta del derecho real debía recurrirse al canónico y en defecto de éste al romano, afirmaba que si aun no existía solución debía echarse mano de

²⁵⁵ Carrasco del Saz, Francisco, *op. cit.*, *supra*, nota 21, *Exordium huius operis*, núm. 14. fol. 3.

²⁵⁶ *Ibid.*, núms. 15, 16 y 17, fol. 3.

²⁵⁷ *Ibid.*, núms. 18, 20, 21 y 22, fol. 3.

²⁵⁸ *Ibid.*, núm. 23, fol. 3.

la opinión de los doctores o de la *Glossa*, supuesto que el recurso a la *communis opinio* se cimentaba en que el juicio confirmado por el dictamen de muchos era correcto: “Tandem secundum Doctorum opinionem, sive legum Glossam... Nam integrum est Judicium, quod plurimorum sententiis confirmatur”.²⁵⁹

Así pues, no extraña la práctica de los letrados indianos de fundamentar sus presentaciones en la autoridad de los doctores. En el citado alegato del abogado chileno Francisco Ruiz de Bercedo (1674-1752), presentado ante la Real Audiencia de Santiago, el 22 de marzo de 1748 y que constaba de once fojas, se contenían 62 remisiones a juristas, que correspondían a 32 obras de 28 juristas, desde un glosador como Accursio (1180-1260), hasta un indiano como Matías Lagúmez (1619-1703).²⁶⁰

Los juristas citados por Ruiz de Bercedo eran: Accursio (1180-1260), Baldo de Ubaldi (1327-1400), Nicolás Boerius (1469-1539), Pedro Rebuffe (1487-1557), Antonio Thesauro (15 ?-1586), Alfonso de Azevedo (1518-1598), Jacobo Menochius (1532-1607), Pedro Gregorio (1540-1599), Fabio Capicio Galeota (1572-1645), Juan Bautista Valenzuela Velázquez (1574-1645), Juan Bautista Larrea (15 ?-1645), Juan de Solórzano Pereyra (1575-1655); así como Francisco Amaya (c.1580-c.1640), Gaspar de Villarroel (1587-1665), Francisco Salgado de Somoza (1595-1652), Pedro González de Salcedo (16 ?-1685), Pedro Frasso (1630-1693), Matías Lagúmez (1619-1703), Francisco de Avilés (siglo XVI), Juan García de Saavedra (siglo XVI), Alfonso Pérez de Lara (siglos XVI y XVII), Domingo Antúnez Portugal (siglo XVII), Esteban Gratiani (siglos XVI y XVII), Alexander Moneta (siglo XVII), Juan Francisco de Ponte (siglo XVII), García Mastrillo (siglo XVII), José Yáñez Parladorio (siglos XVI y XVII), Juan del Castillo Sotomayor (siglos XVI y XVII).

Sólo a título ejemplar se transcribe un fragmento del alegato de Ruiz de Bercedo, tocante al tema de la representación del monarca en el Real Sello:

Su Majestad está representado en el Real Sello que se lleva al Tribunal, y es doctrina de Parladorio en sus *Sesquicenturia differentia 10 nu. 12 ibi quasi sigillo ipso regis personam representante, et nu. 13 ibi atque ista videmus ut iusiurandum de quo Magistratus seu regis auditores cancellarium in suis officii*

²⁵⁹ Corral Calvo de la Torre, Juan del, *Commentaria in libros Recopilationem Indiarum* (Madrid, 1751-1756), lib.2, tít. 1, leyes I, II y XXIV, párr. 45, p. 23, citado por Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, *supra*, nota 246, p. 76, núms. 20 y 21.

²⁶⁰ Véase Barrientos Grandon, Javier, *op. cit.*, *supra*, nota 250.

auspiciis roganter, super ex autoritate rege sigilli rex ipse (ut diximus) praesens esse intelligatur, verum id per fictionem fit: ait in regio consistorio rex ipse re vera praesto est. 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 asisten *pro tribunal*, en la realidad está Su Majestad representada, porque fuera superfluo que en el recibimiento en el Real Sello estuviese 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 ut legatoris nomine caveatur*, y según el Filósofo, *natura bene ordinata nec abundat in superfluis nec deficit in necessaris.*²⁶¹

Mas no sólo se advertía la presencia del derecho común en la praxis judicial india, a través de las citas doctrinales, sino también por el modo de argumentar de los letrados y de los propios ministros de las Reales Audiencias, como se puede apreciar en una vista de finales de 1669, emitida por el fiscal de la Real Audiencia de Buenos Aires, Diego Ibáñez de Farfa (15 ?-1686), donde a propósito de la interpretación que debía darse a las facultades del Comisario de Cruzada, que pretendía serlo general, aunque nada se decía en su título, aplicaba la tan tradicional regla del *mos italicus, odia restringi*:

Siendo esto tan evidente no hay lugar para interpretar la mente del que concedió la gracia, ni bastará decir que si al dicho presidente y Comisario general se le informara habría en esta ciudad Audiencia, hubiera despachado título de Comisario general al dicho Arcediano, porque según derecho no es suficiente esta presunción para que se entienda concedido lo que explícita ni implícitamente contienen las palabras de los títulos o rescriptos, principalmente cuando se trata de una jurisdicción delegada que por odiosa se debe coactar y restringir...²⁶²

La aplicación de esta regla en la práctica jurídica india parece haber sido muy frecuente, pues el también fiscal de la Real Audiencia de Buenos Aires, José Marquez de la Plata y Soto (1741-1825), en una vista fechada el 3 de marzo de 1794, denunciaba en los abogados y propios magistrados:

261 Ruiz de Beredero, Francisco, *op. cit.*, supra, nota 251, fs. 9 vta., 10.

262 En Levaggi, Abelardo, *Escritos de Diego Ibáñez de Farfa como fiscal de la primera audiencia de Buenos Aires*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 26 (Buenos Aires, 1980-1981), pp. 190-191.

*el sistema, o casi prurito de uniformar el nuestro (derecho) particular con el común.*²⁶³

De su lado, el fiscal de la Real Audiencia de Buenos Aires, Manuel Genaro de Villouta, al ocuparse en una vista fiscal del 17 de febrero de 1809, en lo tocante al asiento de las partidas en los libros de cuentas, sosténía que: “Sin este requisito es claro por derecho común, que ninguno de los fondos públicos queda obligado a sus acreedores por razón de préstamo o depósito”.²⁶⁴

Así pues, resultaba que el derecho común se hacía presente en los tribunales indianos, tanto por parte de los abogados como de los mismos jueces letrados, quienes, ora recurrián a la invocación de la autoridad de los doctores, ora argumentaban según los cánones del *ius commune*.

²⁶³ Vista fiscal del 3 de marzo de 1794, citado por Levaggi, Abelardo, *op. cit., supra*, nota 252, p. 18.

²⁶⁴ Levaggi, Abelardo, *op. cit., supra*, nota 253, p. 258.