

**Análisis histórico-dogmático del concepto de *ius commune*.
Su origen y evolución**

**Historical-dogmatic analysis of the concept of *ius commune*.
Its origin and evolution**

DANIELA SILVA ARAYA

RESUMEN

Este trabajo consiste en un estudio histórico y dogmático sobre la evolución del concepto del Derecho común, desde roma hasta nuestros días. Analiza la interpretación que se le dio a este concepto a través de la historia por diversas sociedades, enfocándose en aquellas que permitieron su llegada a Chile. La presente investigación tiene como propósito identificar sus tendencias y variantes, y determinar de qué forma es influenciado por los diversos sistemas jurídicos que utilizan dicho término, y viceversa.

PALABRAS CLAVE

Derecho común; Derecho romano; *Corpus Iuris civilis*; Historia del derecho; Labor jurisprudencial.

ABSTRACT

This work consists of a historical and dogmatic study on the evolution of the concept of common law, from Rome to the present day. Analyzes the interpretation that was given to this concept throughout history by various societies, focusing on those that allowed its arrival in Chile. The purpose of this research is to identify its constants and variants, and to determine how it is influenced by the various legal systems that use this term, and vice versa.

KEYWORDS

Common law, Roman law, *Corpus Juris civilis*, History of law, work of jurists.

INTRODUCCIÓN

Para el Derecho civil moderno, el legado de la práctica jurídica de los juristas romanos es innegable, puesto que en ésta se encuentra la raíz de gran parte de sus instituciones. Por lo mismo, cabe preguntarse si estas instituciones han permanecido inalterables en el transcurso de los tiempos, o si bien han experimentado una evolución, en cuanto a su uso y conceptualización. En caso de resultar una respuesta afirmativa, ¿de qué modo se ha producido este cambio? ¿por qué motivo? ¿cómo se ajusta a la realidad de cada sistema jurídico? Este trabajo tiene por objetivo proponer la o las respuestas a estas interrogantes a partir de un concepto específico: El Derecho común o *ius commune*, términos que utilizaremos indistintamente. En este estudio se expone que, si bien es menester advertir las diferencias en el significado o uso que dicho concepto adquirió en las distintas épocas o territorios, también es necesario reconocer los elementos comunes que mantienen y que hacen posible su identificación con una misma tradición jurídica.

De esta forma, se estudiará la evolución del Derecho común, desde sus primeras expresiones en la época de los juristas romanos clásicos hasta nuestros días, siguiendo un criterio historiográfico. Así, se pretende inducir un concepto de *ius commune* de las fuentes romanas, medievales, modernas y contemporáneas; identificar constantes, variaciones, semejanzas, diferencias; exponer, a través de la observación de la realidad y su análisis, los cambios que una institución jurídica puede experimentar

a lo largo del tiempo y el espacio, y cómo esto se condice con los contextos socio-jurídicos de un determinado pueblo o Estado. Si bien determinaremos que el Derecho común cambia de concepción conforme al contexto histórico y geográfico en el que se enmarca, lo entenderemos a modo preliminar como aquel Derecho que regula la generalidad de los casos, y que se opone a un derecho singular o propio.

Ahora bien, es preciso acotar el concepto a tratar. La terminología de Derecho común ha sido utilizada innumerables veces a lo largo de la historia, no siempre de modo unívoco, al menos técnicamente. No es el interés de este trabajo detenerse en expresiones que no tengan relación con el *ius commune* de tradición romanística. El *common law* o Derecho común de la tradición jurídica inglesa surge, precisamente, por la resistencia al Derecho romano en favor de su Derecho propio¹. De igual forma, otras expresiones de manifestación de un Derecho común tampoco serán estudiadas con particularidad. Ejemplo claro de esto, a modo de mención, sería la *lex mercatoria*, cuya regulación del tráfico internacional descansa en reglas y principios comunes para quienes se relacionan en virtud de la misma, lo que devendría en un nuevo *ius commune* para muchos autores.

En el primer capítulo, que se expone a continuación, se estudiará cómo el concepto nunca alcanzó un significado universal en Roma. No hay un denominador común entre los distintos usos de su expresión salvo como una contraposición de un régimen común frente a uno especial. Así, con *ius commune* los juristas hacían referencia a un régimen jurídico de Derecho civil, el cual, al ser visto de forma amplia, daba cuenta de normas provenientes de distintos ordenamientos. Se concluirá, de esta manera, que el término aludía a una forma de ser relativa de las normas².

En un segundo capítulo, se estudiará cómo los juristas medievales, ante la creación de nuevas leyes locales pertenecientes a pueblos distintos del romano, adecuan el concepto de Derecho común a la realidad de dicho proceso político. Así, el Derecho romano civil pasa de ser considerado propio de un pueblo, a común de todos los pueblos, siendo utilizado, entre otras cosas, para colmar lagunas de los estatutos locales bajo la forma del *Corpus iuris civilis*, formándose así lo que se llamará “sistema del *ius commune*”. El capítulo relativo a la Época Moderna, veremos que, si bien se mantiene una concepción similar a la concebida en la Edad Media, los desafíos que conlleva la nueva realidad europea y americana hacen necesario buscar nuevas alternativas para construir los ordenes normativos jurídicos.

En una última parte, se evaluará cómo es utilizado el Derecho común por el ordenamiento y doctrina chilena en nuestros días. Se concluirá que, si bien no se puede hablar de una continuidad ininterrumpida del *ius commune*, el análisis de lo que en este trabajo se denominará como derecho común externo y derecho común interno nos permite ver la permanencia de determinados elementos que hacen reconocible la existencia de una misma herencia jurídica en ambas, así como la evolución y necesidad de cambio de las disposiciones normativas dentro de un ordenamiento cuando las circunstancias de la sociedad a la que regula así lo requieren.

¹ ROJO GALLEGU-BURÍN, Marina, *El Derecho común y los juristas castellanos*, en *European journal of legal history/ Journal of europe en histoire du droit* 6 (2017), pp. 43-55

² GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La penetración del derecho romano en América*, en *Revista Chilena de Derecho* 18 (1991) 2, pp 203-211

I. MUTACIÓN Y ESTABILIDAD DEL CONCEPTO EN ROMA

1. Visión atécnica del *ius commune* en los juristas clásicos

La expresión de *ius comune* tiene un origen indeterminado y no alcanzó un significado único y sistemático en la práctica jurisprudencial romana. El *ius commune* entra al lenguaje de los juristas romanos en la época clásica, cuando estos buscan una expresión para referirse a normas del ordenamiento jurídico que pueden ser aplicadas a la totalidad del pueblo romano. Así, se descarta una concepción técnica o sistemática de su uso, puesto que la expresión únicamente tendría sentido al momento de contraponerse a normas que digan relación con sujetos acotados, generalmente investidos de algún *beneficium* o *privilegium*.

Uno de los supuestos en que más utilización tiene esta categoría, al punto de pensarse que fue en este caso para el cual se originó, fue en lo relativo al *ius militare* o Derecho militar, en cuanto a sus normas de regulación testamentaria. En los respectivos textos hacen referencia al *ius commune* como contraposición a las normas del *ius militae* para demostrar el carácter especial del segundo, como un beneficio. Así, dice Ulpiano (lib.10 *ad Sab*):

*“Si un militar hubiera hecho testamento con arreglo al derecho civil e instituyese como heredero en primer lugar a quien podía hacerlo según el derecho militar y como sustituto a quien le estaba permitido por derecho común, y muriese un año después del licenciamiento, se hace írrita la primera institución hereditaria y la validez del testamento comenzará a partir de la segunda”*³.

De esta forma, su utilidad estaba centrada en delimitar el ámbito de aplicación de cada uno, *ius commune* o *ius militae*, más allá de dotarlos de contenido particular y sistemático. Sin embargo, cabe mencionar que este texto se distingue de la conceptualización realizada en la generalidad de la obra de Ulpiano sobre el *ius commune*, quien tiende a caracterizarlo siguiendo las líneas conceptuales introducidas por Gayo, como se verá en el siguiente apartado.

En el mismo sentido de la oposición del derecho ordinario testamentario como derecho común, frente al derecho privilegiado del testamento militar, es que llama la atención la novedad de introducir la terminología de "*ius proprium*" en las *Pauli Sententiae*, identificándolo con el militar. Sin embargo, más allá de la terminología aplicada, no existe ningún tipo de intento por colmar a este concepto de contenido, y su uso se agota en esta mera comparación. Dice Ps.3.4a.3:

*“El hijo de familia que fue militar puede hacer testamento respecto de su peculio castrense por derecho tanto común como propio”*⁴.

Por otro lado, fuera del derecho testamentario, también se ve el uso de esta terminología para oponerse a regímenes de privilegio en casos de actos entre vivos. Es especialmente en estos casos donde se aprecia de mejor forma que, si bien el Derecho común forma parte del *ius civile*, no pertenece a ninguna rama del derecho en particular. Entendido de esta manera, es una forma de explicar el acotado ámbito de aplicación de ciertas normas de todo el ordenamiento jurídico.

³ *Si miles iure civili testamentum fecerit, et primo grado heredem eum scripserit quem iure militari poterat, secundo eum quem communi iuri potest, et post annum missionis decesserit, primus gradus irritus fiet et a secundo incipiet testamentum*

⁴ *Filios familias, qui militavit, de castrensi peculio tam communi quam proprio iure testamentum facere potest*

Así, por ejemplo, en D.4.4.12 (Gai., 4 *ed. prov.*) se habla de una acción restitutoria. Explica GUZMÁN: “(..) cuando el menor a que se refiere el texto demandó a la mujer y ésta se defendió con un *auxilium* también particular de que gozaba, la *exceptio senatusconsulti Velleianis*, (...) la acción del menor queda excluida por la excepción que favorece a la mujer; y justifica esta solución porque al menor se le concede una acción restitutoria de derecho común”⁵. En este caso al menor se le aplica el derecho común de los acreedores en lugar del beneficio de los menores. En esta contraposición implícita es entendible que se niegue el beneficio al no ser necesario por bastar con lo dispuesto por la regulación común.

“Si una mujer garantizare la deuda de otro frente a un menor de edad, no se dará a éste la acción en contra de la mujer, sino que, tal como se hace respecto de cualquier otro, le será opuesta la excepción, ya que, por derecho común, la acción le será restituida contra el deudor principal. Esto si el deudor principal es solvente, pues de otro modo la mujer no podrá valerse del auxilio del *senadoconsulto*”⁶

De igual forma, esta oposición se encuentra en un ámbito del Derecho totalmente distinto en el texto D.49.14.37 (Pap., 10 resp), donde se habla del privilegio del Fisco a pagarse sobre el resto de los acreedores, salvo cuando dicho crédito sea una reclamación de pena. Con respecto a esto último, Papiano indica que el Fisco no pierde el *ius commune* de los particulares.

“Lo que ha sido admitido de que no debe reclamarse una pena a favor del Fisco, sino después de haber cobrado los acreedores lo que se les debía, quiere decir que, respecto de esa pena, el Fisco no debe prevalecerse de su privilegio frente a los acreedores, pero no que el Fisco pierda lo que por Derecho común es de todos los acreedores”⁷

2. Una figura rupturista: *ius commune* en Gayo.

Frente a esta visión *atécnica* del concepto tratado en el presente trabajo, aparece la figura rupturista de un autor del período clásico tardío que propone un cambio de paradigma en cuanto a la aplicación y significado del derecho común.

De Gayo no se sabe más que su nombre, y como jurista fue desconocido para sus contemporáneos, a pesar de adquirir gran influencia en la época postclásica cuando es incorporado en la Ley de Citas⁸. Su obra más conocida fue las *Instituciones* o *Instituta*, manual para la enseñanza del Derecho que contiene una recopilación de jurisprudencia que tomaría especial relevancia en siglos posteriores, al servir como base para la obra de Justiniano. A su vez esta última, como se verá más adelante, representa un elemento clave en la evolución de la cultura jurídica occidental hasta nuestros días.

⁵ GUZMAN BRITO, Alejandro. *El concepto de ius Commune en el lenguaje de los juristas romanos*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 13 (1989-1990), p. 54

⁶ *Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non este i actio in mulierem danda, sed perinde atque ceteri per exceptionem summovertit debet: quia scilicet communi iure in priorem debitorem ei actio restituitur. Haec si solvendo sit prior debitor: alioquin non utetur senatus consulti auxilio*

⁷ *Quod placuit fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum reciperaverint, eo pertinet ut privilegium in poena contra creditores, non exerceatur, non ut ius commune privatorum fiscos amittat*

⁸ A modo de noticia, la importancia de esta Ley de Citas de 426 d.C. se debe a que determinaba cuales eran los juristas cuya obra podía ser invocada en los tribunales, o *recitatio*. Pierde finalmente su vigencia con la promulgación del Código de Justiniano de 529 d.C.

Gayo dota a la expresión de *ius commune* de cierto contenido no compartido ni conocido por sus contemporáneos. El jurista asimila el Derecho común con el concepto de *ius gentium* y lo contrapone a *ius proprium*, asimilado a su vez a *ius civile*. Cabe notar, a modo de paréntesis, un particular texto donde el autor utiliza la expresión de *ius proprium* como oposición implícita de *ius commune*, pero sin profundizar en el contenido de ambos conceptos. Dice D.29.1.2 (Gai.,15 ed. prov.):

“El procónsul dio normas edictales separadas para el testamento de los militares, porque sabía muy bien que, a tenor de las constituciones imperiales, se observa respecto de sus testamentos unos derechos propios y singulares⁹.”

Más allá de lo peculiar que puede resultar dicha expresión, no describe más que la contraposición entre derecho general y derecho particular ya estudiada y compartida por otros juristas en cuanto a las normas testamentarias militares, por lo que no ahondaremos en este texto. Distinto es el resto de su trabajo, donde trata con una mayor detención el concepto de *ius commune*, con un sentido totalmente innovativo a la ya estudiada oposición entre regulación general y beneficio o particularidad. Dice 1,1 (Gai.inst.):

“ Todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres usan un derecho en parte suyo propio y en parte un derecho común a todos los hombres. Pues lo que cada pueblo por sí mismo se constituye como Derecho, es propio de la misma ciudad y se llama Derecho civil, como derecho propio de la misma ciudad, lo que, en cambio, la razón natural constituye entre todos los hombres, es observado por igual entre todos y se llama derecho de gentes, como derecho que usan todas las gentes. Y así, el pueblo romano utiliza en parte su propio derecho y en parte el que es común a todos los hombres (...)”¹⁰”

A partir del texto anterior, se analizarán los cuatro conceptos citados, asimilados y contrapuestos entre sí, en dos secciones. En primer lugar, *ius gentium* junto a Derecho común representan el derecho aplicable a todos los seres humanos, luego, *ius civile* junto a *ius proprium* es el derecho que un pueblo constituye para sí mismo. Cabe mencionar, sin embargo, que Gayo no utiliza la expresión *ius commune* en ningún momento de su obra, sino que se refiere al derecho común como *communi omnium hominum utitur*, o derecho común a todos los hombres.

a) *Ius gentium* y Derecho común a todos los hombres

Para la primera pareja de conceptos, *ius gentium* y Derecho común a todos los hombres, Gaio en cuestión toma como antecedentes la experiencia filosófica y jurídica griega y del estoico Cicerón. La inspiración que encuentra en el pensamiento griego es evidente al estudiar a Aristóteles. Este, en su *Ética Nicomáquea*, habla de dos tipos de derechos, a saber, el legal y el natural. El primero, al que llama *ídios nómos*, lo entiende como el derecho que cada pueblo determina para sí mismo, y lo contrapone con el segundo, lo que denomina *koinós nómos* o *lex communis*, siendo aquel orden jurídico universal que tiene la misma fuerza en todas partes y que afecta a todos los hombres, siendo reconocido empíricamente por todos.

⁹ De militis testamento ideo separatim proconsul edicit, quod optime novit ex constitutionibus principalibus propria atque singularia iura in testamenta eorum observari.

¹⁰ Omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum utitur (...)

Posteriormente, es Cicerón quien utiliza en la experiencia romana el término de *ius gentium*, diferenciándolo del *ius civile* (*de off.* 3.17.69.70). Siguiendo con esta idea, en *part.or* 37.130 realiza una distinción entre los conceptos de *natura* y *lex*. Este último corresponde al derecho positivo, y su característica principal es el de ser norma escrita, correspondiente al pueblo que la crea. Por el contrario, las reglas "*natura*" son no escritas e incluye al *ius gentium* y al *mos maiorum* y por tanto tiene validez para todos los hombres¹¹.

Gayo es el primero que retoma esta distinción desde los tiempos de Cicerón, coincidiendo plenamente con éste en lo relativo al *ius gentium*. Así, define al derecho común como aquel que pertenece a todos los hombres y de igual forma, y es conocido por estos a través de la *ratio naturalis*. Es por lo mismo que no puede ser aplicable a los animales, pues solo el hombre puede conocer a través de la razón natural. Por lo demás, estas normas conciernen tanto a los pueblos regidos por leyes y costumbres como aquellos que no lo están. El Derecho común o *ius gentium* es, por tanto, tan antigua como el ser humano y no depende del establecimiento de estos como ciudadanos romanos.

Así puesta las cosas, más allá de dotar de un contenido específico al *ius commune*, Gayo se preocupa de delimitar su alcance para distinguirlo del *ius civile*, aplicable al pueblo romano. En este sentido, KASER afirma: "Al maestro de Derecho isagógico no le preocupa, en el caso del *ius gentium*, la delimitación precisa de los supuestos de hecho, sino la oposición funcional. Así pues, caracteriza el *ius civile* (en sentido estricto) según el signo distintivo que es esencial a su contenido conceptual: su establecimiento para los ciudadanos romanos¹²". Así, al provenir el *ius commune* de la naturaleza de los hombres, tiene relación con ideas jurídicas naturales. El autor ejemplifica con instituciones que corresponden a esta concepción, siendo particularmente relevante Gai. 2.65 y siguientes en los que, sin mencionar explícitamente los conceptos de *ius gentium* o *ius commune*, contrapone el derecho y la razón natural con el *ius civile*, por lo que al compararlo con el extracto antes estudiado de Gai. Inst 1.1 se entiende que se está haciendo referencia a lo mismo. Dice Gai. 2.65:

"De cuanto hemos dicho parece ser que algunas cosas se enajenan por derecho natural, como son las que se enajenan por tradición; otras, por derecho civil, pues la mancipación, la cesión ante magistrado y la usucapción son derecho particular de los ciudadanos romanos¹³"

Hace en este pasaje alusión expresa a la tradición en cuanto modo de enajenar de derecho natural, la cual representa el caso de aprehensión material de hombres o cosas y serían comunes a todos los hombres. Precede la *traditio* a los modos de adquisición que encontraremos en Gai. 2.66 y siguientes, por ser evidente en esta figura un elemento natural comprobado en el mundo material, es decir la entrega. Más allá de la *traditio*, en Gai. 2.66 hace referencia a otra forma de adquisición de las cosas por razón natural, aquellas cosas que se adquieren al ocuparlas por no haber pertenecido antes a nadie. En 2.69 menciona de igual forma a aquellas cosas que se arrebataron del enemigo. En 2.70, hablando explícitamente de *ius gentium*, alude a "lo que se añade a lo nuestro por aluvión". En 2.73, 2.74 y 2.75 vuelve a hablar de razón natural para referirse a la adquisición de edificaciones, plantaciones con raíces y frutos que se realicen en el territorio del predio, aunque se hayan realizado por otra persona.

¹¹ KASER, Max, *Ius gentium* (traducción castellana de Francisco Javier Andrés Santos, Granada, Comares, 2004), p. 24

¹² *Ibid.*, p. 27.

¹³ *Ergo ex his, quae diximus, adparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur, quaedam civili; nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum.*

Fuera de estos modos de adquirir, ideas como el parentesco de sangre (*cognitio*) también resulta de una idea jurídica natural. Por otra parte, se reafirma la correspondencia de estas figuras de Derecho natural con lo que el autor entendía como *ius commune* al aceptar la *res cott* como un texto original de Gayo, posterior a las *Instituciones*. Acá, vemos que el autor opta por emplear el término de *ius gentium* en lugar de razón natural en los pasajes que hacen referencia a estas figuras, al ser el primero conceptualmente más cercano para indicar que algo corresponde de igual forma a todos los hombres y pueblos. Igualmente, en esta nueva obra se corrobora la distinción entre instituciones del Derecho civil y del *ius Gentium* en D.41. 1.1.pr (Gai., 2 *res cott*):

“Adquirimos la propiedad de algunas cosas por derecho de gentes, el cual se observa por igual entre todos los hombres en virtud de la razón natural; y de otras por derecho civil, es decir, el propio de nuestra ciudad”¹⁴.

b) *Ius civile* y *ius proprium*

El segundo par de conceptos asimila el Derecho civil a lo que Gayo denomina como Derecho propio. A diferencia de los conceptos anteriores, que tenían un alcance universal entre todos los hombres, bajo Derecho propio se encuentra aquella regulación jurídica que un grupo particular de personas determinó para sí, por lo que concierne sólo a una misma ciudad o pueblo. Pretende en este caso, más allá de explicitar sus supuestos de aplicación como lo habrían hecho otros juristas, identificar al *ius civile* como aquel propio y particular de los ciudadanos romanos.

Lo que interesa acá es su delimitación y su oposición con derechos extranjeros y con el Derecho común a todos los hombres. Esto lo ejemplifica con figuras jurídicas determinadas. Así, en el ya visto Gai. 2,65 se refiere a los modos de enajenación de las cosas correspondientes al Derecho civil o *ius proprium civium romanorum*. Sobre la primera, es decir la institución jurídica de la *mancipatio*, se refiere también en Gai. 1,119. Fuera de esto, en Gai. 1,55 se refiere a la patria potestas como derecho propio de ciudadanos romanos, y en Gai. 1,108 a la potestad marital (*manus*)¹⁵.

3. Ulpiano y la tricotomía de derechos

Este trabajo se limitará a hacer una breve referencia a Ulpiano, pues en su obra no hace mención directa del *ius commune*. Ulpiano (ca. 170-223/224 d.C.) fue un político y jurista romano, originario de Siria, del período clásico tardío y posterior a Gayo. Su relevancia para la tradición jurídica occidental moderna se debe a su extensa obra, de más de 200 libros o *libri*, que fue utilizada como fuente principal del *Digesto* de Justiniano, de quien, como ya se mencionó, se hablará más adelante.

El interés que presenta el estudio de Ulpiano para este apartado es que mantiene la conceptualización que hizo Gayo, con excepción del texto anteriormente mencionado, pero incorpora una nueva clasificación del Derecho a la ya vista, esto es, *gentium* e *ius proprium*. Así, propone una tricotomía compuesta por *ius naturale*, *ius gentium* e *ius civile*.

A este respecto, encontramos tres textos relevantes en el que dichos tipos de Derecho están

¹⁴ *Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae. et quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit.*

¹⁵ KASER, Max, *Ius Gentium*, cit. (n. 11)

definidos:

D. 1.1.1.3¹⁶: “Derecho natural es aquel que la naturaleza enseña a todos los animales, pues este derecho no es privativo del género humano, sino común a todos los animales terrestres, marítimos y volátiles. De aquí procede la conjunción del macho y hembra, que nosotros llamamos matrimonio; de aquí la procreación y educación de los hijos; pues vemos también que los demás animales, y hasta las fieras, se gobiernan por este derecho.”

D. 1.1.1.4¹⁷: “Derecho de gentes es aquél que usan todas las gentes humanas; el cual fácilmente se deja entender que se diferencia del natural, porque éste es común a todos los animales, y aquél a sólo los hombres entre sí?”

D. 1.1.6¹⁸: “*Ius civile* es el que ni se separa en todo del natural o de gentes, ni se somete a él totalmente, pues elaboramos derecho propio, es decir, civil, adicionando o detrayendo algo al Derecho común”

La novedad, como se aprecia, se debe a la clasificación de *ius naturale*, la cual se refiere a un Derecho que la naturaleza ha hecho aplicable a todos los seres animados o *animalia*, es decir, un Derecho común a seres humanos y animales.

Por otro lado, cabe notar que la definición que le brinda a *ius gentium* e *ius civile*, es siempre haciendo referencia al *ius naturale*. Así, el Derecho de gentes es aquel Derecho común a los seres humanos, de la misma forma como lo había conceptualizado Gayo en su momento, pero inmediatamente aclara su diferencia con el *ius naturale*. Por otro lado, el *ius civile*, se mantiene como contrario al Derecho común, pero esta vez lo contraponen igualmente al *ius naturale*. Sin embargo, decir que es un Derecho totalmente distinto sería incorrecto, pues al ser un derecho *proprium*, existe al agregar o quitar algo a los otros dos.

4. Justiniano y el *Corpus Iuris civilis*

Para finalizar esta sección, es menester referirse la noción de Derecho común y la división de derechos recogida por el emperador romano de Oriente, Justiniano (482-565 d.C.). Esto es así, pues es gracias a su labor legislativa que el Derecho romano pudo ser utilizado posteriormente en la construcción de los ordenamientos jurídicos que se desarrollarían en Europa desde el siglo XII, e incluso en el continente americano. Esta labor¹⁹ que llevó a cabo durante su mandato consistió en la confección de un cuerpo normativo de leyes que se conoce como *Corpus Iuris civilis*, que comprendía constituciones imperiales y jurisprudencia romana. Esta recopilación estuvo dividida en un *Codex*, *Digesta*, *Novellae* e *Instituta*, pretendida esta última como un manual para la instrucción del Derecho en los términos que a su vez había concebido la suya Gayo.

Lo relevante, es que la división de derechos recogida por el cuerpo normativo Emperador Justiniano, al momento de recopilar e interpolar los textos que la compondrían, es aquella que

¹⁶ *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censerit.*

¹⁷ *Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.*

¹⁸ *Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficiamus.*

¹⁹ A modo de mención, esta tarea encomendada por Justiniano estuvo a cargo del jurisconsulto bizantino Triboniano (siglo VI d.C.).

desarrolló en su momento Gayo, esto es, Derecho civil o Derecho de gentes entendido como Derecho común a todos los hombres. Es esta concepción la que quedará plasmada en el *Corpus Iuris* para luego ser recogida por los juristas medievales. Dice así en Inst 1,2,1 :

“Mas el Derecho se divide así, civil o de gentes. Todos los pueblos, los cuales se rigen por leyes y costumbres, usan de un derecho, en parte suyo propio, en parte común a todos los hombres; pues el derecho que un pueblo cualquiera contituye él mismo para sí, es propio de la ciudad misma y se llama Derecho civil, mas el que la razón natural establece entre todos los hombres, este es igualmente observado en todos los pueblos y se llama Derecho de gentes. Y así, pues, el pueblo romano usa también de un derecho, en parte suyo propio, en parte común a todos los hombres. (...)”²⁰

II. EL IUS COMMUNE EN LA EDAD MEDIA.

1. Contexto histórico y jurídico.

Para entender la aplicación del concepto de *ius commune* y su interpretación en la Edad Media, es necesario realizar una contextualización previa a la realidad europea de la época. El fin del imperio romano de Occidente en 476 d.C, así como su sustitución *de iure* por los diversos reinos germánicos que ocuparon su territorio²¹, marcaron un hito en la historia de la evolución política y jurídica de Europa. Donde hubo alguna vez un extenso imperio, se formó una multitud de comunidades por toda Europa divididas con normativas igualmente dispares. La sociedad de corte feudal imperante provocó una atomización del derecho y una proliferación de normas locales, generalmente de carácter consuetudinario, que surgían como respuesta a la necesidad de reglamentar la realidad particular política y privada de cada pueblo.

Frente a esta situación de discrepancia y dispersión normativa, se formula la necesidad de una *reductio ad unitatem* para dar algún nivel de unidad a los pueblos. Esta empresa fue emprendida por el *Sacrum Imperium*. Este constituía una idea o un símbolo de igualdad que, a pesar de no haber sido aceptado de igual forma por todos los pueblos europeos, modeló la realidad política y social de Europa, siendo, sin embargo, igualmente relevante el elemento eclesiástico. Para la unidad de la Europa medieval no era únicamente el Emperador quien ostentaba la autoridad, sino que éste coexistía con la Iglesia como aparato de poder político. Más aún, el rango de acción de la Iglesia se extendía más allá de las fronteras del Imperio y permitía que esta idea de unidad civil y religiosa, así como la capacidad de control político, fuese aplicado a aquellos territorios no incorporados al mismo²².

El Derecho juega un rol fundamental como instrumento para la formación y organización institucional de los poderes políticos seculares y eclesiásticos. Es más, ya desde el siglo XI comienzan a producirse ciertos hitos que desencadenarán en que el siglo XII sea considerado por los autores como aquel período en que se formó la tradición jurídica de Occidente. Entre estos se

²⁰ *Ius autem civile vel Gentium ita divitur. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque ius Gentium communi omnium hominum iure utitur.*

²¹ GARCÍA Y GARCÍA, Antonio – ANDRÉS, Francisco, ahora, en DOMINGO, Rafael (coordinador) *Juristas universales* (Madrid, 2004) 1, pp. 152 y ss.

²² TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *El "ius commune europaeum" de ayer y de hoy*, en *Revista de Historia del derecho europeo* 5-6 (1993-1994), pp. 9-16

encuentran, por ejemplo, los estudios de juristas como Irnerio e Ivo de Chartres, de los cuales se hablará más adelante.

En lo que sigue nos preocuparemos de analizar los elementos principales en el nacimiento y formación de los sistemas jurídicos occidentales, a saber, el establecimiento de las primeras universidades europeas, el rol de los juristas y finalmente la aplicación del Derecho romano, que explicarán la razón de ser del *ius commune* en la era medieval. Se estudiará finalmente lo que se entendía por Derecho común, tanto en el ámbito secular como eclesiástico.

2. Desarrollo de la ciencia jurídica medieval

a) Estudio del Derecho.

Los estudios que sirven como antecedente a las universidades medievales se encuentran en el siglo IX, bajo la forma de escuelas monásticas²³ organizadas por el clero y bajo la enseñanza de un *scholasticus*. Si bien su objeto de estudio era la educación de sacerdotes, acudían a ella todo tipo de individuos con diversos intereses de índole académica.

Sobre sus inicios, las primeras universidades fueron formadas como corporaciones o *societates* por maestros y alumnos que querían institucionalizar el aprendizaje y proteger sus intereses y derechos a través de estatutos escritos. Esto se debió a todos los obstáculos que debieron sortear hasta adquirir el prestigio social y político que ganarían en las siguientes décadas. Por un lado, se dificultó el desarrollo de los estudios de medicina y derecho por la prohibición del Consejo de Clermont (1130 d.C) y del Consejo de Reims (1131 d.C), impulsadas por la Iglesia quien temía perder el monopolio de la educación.

Pese a lo anterior, y debido a la importancia útil de los juristas, el Emperador del Sacro Imperio Romano, Frederick I Barbarossa (1122-1190 d.C) les concede a los estudiosos del Derecho la constitución imperial denominada *Authentica Habita* (1155 d.C), esto es, una serie de privilegios que permitieron, entre otras cosas, conceder un estatuto legal a los estudiantes para movilizarse en razón de sus estudios, acceder a la educación universitaria de manera menos costosa e inmunidad ante el derecho de represalia²⁴. Así, las opiniones de las autoridades seculares y eclesiásticas sobre el fenómeno universitario estaban divididas.

El nacimiento en Europa de las primeras universidades (del latín *universitas* o gremio), de la forma como las conocemos hoy²⁵, es ubicado por la mayoría de los autores²⁶ a fines del siglo XI e inicios del siglo XII y fue en estas donde se formaron los sistemas jurídicos occidentales. En ellas se desarrollaban las clases en latín a modo de lengua común, y se enseñó el *trivium*, que consistía en gramática, retórica y lógica, así como el *quadrivium*, quien a su vez integraba la aritmética, geometría, astronomía y música. De esta forma, son las universidades quienes permiten el desarrollo de la ciencia del derecho y, como se verá más adelante, del *ius commune* medieval.

²³ En este sentido, tuvieron particular relevancia las que se ubicaban en Francia, como las de Chartres, Reims, Paris, Lyon y Soissons.

²⁴ CANTONI David- YUCHTMAN Noam, *The political economy of educational content and development: Lessons from history*, en *Journal of Development Economics* 104 (2013), pp. 233-244

²⁵ Esto es, una institución de enseñanza superior que otorga grados académicos a sus partícipes.

²⁶ Por todos, *vid.* LÓPEZ BENAVIDES, Francisco J.; MARTÍNEZ RUIZ, Nina del Rocío; GÁNDARA FERNÁNDEZ, J. Armando, *La universidad: orígenes y evolución*, en *Cultura Científica y Tecnológica* 41 (2015), p.7

Para fines de la Edad Media, estas instituciones ya se habían consolidado y expandido por todo el continente, estando concentradas principalmente en Francia, Italia y Alemania, como se podrá apreciar en la tabla siguiente.

Tabla 1

Número de universidades.

Fuente: Rashdall (1895).

	Italia	Francia	Islas Británicas	Iberia	Sacro-Imperio Romano	Resto de Europa
1200	2	1	1	0	0	0
1250	7	2	2	2	0	0
1300	7	3	2	3	0	0
1350	10	8	2	5	0	0
1400	12	9	2	6	5	1
1450	14	14	3	6	8	2
1500	13	17	5	11	15	5

Numero de Universidades activas en cada año.

A continuación, se estudiará el caso de las dos universidades más influyentes en el proceso de desarrollo temprano del *ius commune*, particularmente la universidad de Bolonia y luego una breve mención al método utilizado por estas universidades para estudiar el *Corpus iuris*, a saber, la escolástica.

Escuela de Pavía

El estudio científico del Derecho, inexistente en Occidente por más de quinientos años, fue retomado de forma incipiente por la escuela de Pavía en el siglo XI d.C. Entre sus maestros y autores destacamos Lanfranco, Bonfilio, Sigefredo, etc. Su objeto de estudio era el Derecho Lombardo, y para interpretarlo recurrían al Derecho romano como *lex ómnium generalis*, teniendo este por tanto una aplicación subsidiaria y general²⁷.

La importancia de esta escuela radica en ser la primera en aplicar los métodos del *trivium*²⁸ al estudio del Derecho, a pesar de que, y citando a los académicos ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA y a FRANCISCO ANDRÉS, “(...) como sugiere F. Wieacker, a la escuela de Pavía le faltó un paso, pero decisivo, para convertir su método en el propio de los glosadores boloñeses: la aplicación de la crítica textual y la exégesis lógica al Digesto en su conjunto, cuyo dominio intelectual fue el factor que proporcionó a la ciencia jurídica occidental su estatuto independiente y su capacidad de influencia en el ulterior desarrollo político y cultural de Europa”²⁹.

Escuela de Derecho de Bolonia e Irnerio

La importancia de la Escuela de Derecho de Bolonia radica en el descubrimiento³⁰ y estudio posterior de un manuscrito que contenía una de las copias de la compilación de Derecho romano

²⁷ Sobre la aplicación del Derecho romano como subsidiario nos referiremos con mayor detenimiento más adelante.

²⁸ Con *trivium* nos referimos a las materias de conocimiento que comprenden la gramática, la dialéctica y la retórica.

²⁹ GARCÍA Y GARCÍA, Antonio – ANDRÉS, Francisco, cit. (n. 21), p. 158

³⁰ Pese al tratamiento legendario que se asocia a este descubrimiento en la ciudad italiana de Amalfi (Apulia), lo cierto es que, como dicen los autores ANDRÉS y GARCÍA Y GARCÍA, “en realidad, desde que la *pragmatica sanctio* de Justiniano (554) lo

hecha por el emperador bizantino Justiniano, consistente en el *Corpus Iuris civilis*, los cual permitiría el desarrollo de la ciencia del Derecho de una forma que no se había conseguido con anterioridad en la Edad Media.

El objeto de interés de la escuela era el Derecho romano y su sistema de enseñanza, basado en la disciplina escolástica y en el uso del *trivium*, terminó por extenderse en muchas ciudades europeas, entre ellas Viena, Praga, Heidelberg y Salamanca. Se estima que tras la muerte de Irnerio, su fundador y principal expositor, la escuela contaba con una cantidad de estudiantes, muchos de ellos extranjeros, que oscilaba entre los 1.000 y 10.000 en número, por lo que se crearon otras universidades por todo Europa para evitar su traslado³¹. El que gran parte de los estudiantes o académicos sean extranjeros es una clara manifestación de la vocación universal, que supera las fronteras entre territorios, de las universidades medievales. No es de extrañar, por tanto, que la ciencia del *ius commune* adquiera estas mismas características al ser desarrollada por estas instituciones.

Tiempo después, al programa de estudio se incorporaron otras materias, particularmente el Derecho canónico, y de esta forma se edificó la época de oro del sistema de *ius commune*, como se analizará mas adelante.

La fundación del *studium civile* de Bolonia se atribuye, como ya se indicó, a Irnerio, alrededor del año 1087 d.C. Si bien la fecha y el lugar de su nacimiento y muerte son controvertidos, numerosos registros dejan constancia de otros aspectos de su vida, por ejemplo, se tiene conocimiento que era favorable a los intereses del emperador del Sacro Imperio, Enrique V (1106-1125 d.C), a pesar de que su intención inicial³² era servir al Papa Pascual II en el contexto de las hostilidades de la querrela de investiduras³³.

Irnerio hizo uso de la escolástica para el estudio sistemático del Derecho romano, e hizo posible una relación entre la enseñanza de éste con las universidades que perdura hasta nuestros días. Sus contribuciones principales son el haber separado el derecho de la retórica, la cual tenía la desventaja de enseñar el derecho sólo de forma muy incipiente y conceptual, y por sobre todo la dedicación exclusiva al estudio del Digesto de Justiniano, permitiendo el nacimiento de la ciencia jurídica autónoma del sistema del *ius commune*.

Sobre su obra, especial importancia tienen las glosas del *Corpus Iuris civilis* (*Institutiones*, *Digestum vetus*, *Digestum novum*, *Codex* y *Novellae*) que se atribuyen a él ya que en ellas se encontraron las siglas G. e Y, al igual que I., Yr. y W, siendo estas últimas algo más cuestionables. Pero además se reconocen las sumas: *Summa Codicis* (*Trecensis*), *Summae Institutionum* (*Vindobonensis*) y *Summa legis Longobardorum*; los tratados: *Tractatus de aequitate* y *Tractatus de re pecuniaria*; las *Quaestiones de iuris*

implantó en Italia, el Digesto siempre estuvo ahí (a través del arquetipo del codex Florentinus, del s. VI, y, posteriormente, de las versiones vulgata de la littera Bononiensis desde el s. XII, que presentan ya la tradicional tripartición de Digestum vetus, Infortiatum y Digestum novum) pero apenas había despertado el interés de los intelectuales altomedievales y de los prácticos del Derecho por su extrema dificultad?
GARCÍA Y GARCÍA, Antonio – ANDRÉS, Francisco, cit. (n. 21), p. 159.

³¹ BERNARD MAINAR, Rafael, *La fructífera experiencia del ius commune ante el apasionante reto n de la unificación del derecho privado común europeo*, en *Revista Internacional de Derecho Romano* 19 (2017), pp. 243-372

³² GARCÍA Y GARCÍA, Antonio – ANDRÉS, Francisco, cit. (n. 21)

³³ En líneas generales, la querrela de las investiduras (1073-1124 d.C) fue un conflicto que opuso al Papado y a los emperadores del Sacro Imperio en contexto a la determinación de la autoridad sobre los nombramientos de la Iglesia y la autonomía de esta última.

subtilitatibus; un *Formularium tabellionum*; el *Brachylogus iuris civilis* y el *Epitome de exactis regibus*; la *Materia Codicis secundum Irnerium* y el *Exordium Institutionum secundum Irnerium*³⁴.

Por otro lado, Irnerio fundó la escuela de los glosadores. La glosa consistía en un método exegético para obtener una visión completa del tema estudiado, realizando anotaciones marginales o interlineales en el texto. De esta forma, se logró comprender y trabajar sistemáticamente el *Corpus iuris civilis* hasta convertirlo en una normativa actual y práctica. Los juristas sucesores de Irnerio en esta tradición fueron los denominados *Quattuor Doctores*, a saber, Martino; Jacobo; Bulgaro y Hugo de Porta Ravennate. Finalmente, la última generación de glosadores termina con Accursio, hacia el año 1260. Este jurista elabora la Magna Glosa de 1227 d.C, que consiste en un resumen y selección de las glosas de los juristas que existieron desde la época de Irnerio, manteniendo aquellas más relevantes o decidiendo cuales eran las más adecuadas en un caso de controversia entre opiniones. De modo general, la mayor cantidad de glosas pertenece a los “*apparati*” de los juristas italianos Azzone, de Giovanni Bassiano y de Ugolino dei Presbiterio. Esta obra seguirá siendo utilizada en los siglos posteriores para acompañar el *Corpus iuris civile* en los tribunales y en su estudio por todo Europa³⁵.

Noticia sobre la Escolástica.

Este trabajo dedicará algunas líneas a la explicación de la escolástica, ya que, como se adelantó, la sistematización del derecho romano no pudo ser llevada a cabo sin un aparato que permitiese un estudio profundo de sus contenidos. Para dicho propósito, el pensamiento escolástico proveyó las herramientas metodológicas y conceptuales necesarias para llevar a cabo la labor.

Etimológicamente la palabra escolástica viene del latín *schola* o escuela, es decir, lugar donde se enseña, y fue este el significado que se le dio inicialmente a la palabra. Así, siguiendo esta interpretación, un *scholasticus* era cualquiera que enseñe en escuelas episcopales o universidades. Fuera de esta definición puramente verbal, la escolástica fue utilizada luego para referirse a un método de enseñanza y modo científico de estudio. Una tercera definición, enfocada en el aspecto espacial y cronológico, identifica a la escolástica como la filosofía perteneciente a toda una época, esto es, la Edad Media. A pesar de lo impreciso de esta afirmación, pues ignora la existencia de otras filosofías de la era, lo cierto es que para su época de esplendor, ubicada entre los siglos XII y XIII, la escolástica fue la filosofía con mayor influencia en Europa.

Finalmente, se asigna el término escolástica a solo una doctrina filosófica medieval, que vendría a salvar el carácter más bien formalista de las interpretaciones anteriores y entraría a dotar de un contenido material a la escolástica³⁶. Externamente, la escolástica puede identificarse por su subordinación a la teología medieval. En cuanto a su contenido, toma inspiración y conocimiento de las filosofías anteriores a ella, tales como la filosofía aristotélica, platonismo, neoplatonismo, agustinismo, estoicismo, entre otros.

Según la definición que le asigna el carácter de metodología científica, la escolástica aparece para tratar de forma sistemática el depósito intelectual de la sabiduría clásica, al ser considerado éste como base fundamental para todo conocimiento del presente. La escolástica permite una asimilación

³⁴ CUENA, Francisco, ahora, en DOMINGO, Rafael (coordinador) *Juristas universales* (Madrid, 2004) 1, p. 159.

³⁵ MONTANOS FERRÍN, Emma, *Reflejo jurídico-doctrinal del "sistema" del Ius Commune en el Reino Medieval de Galicia*, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña 3 (1999), pp. 417-431

³⁶ WULF, Maurice, *History of mediaeval philosophy* (Longsmans Green, Londres, 1909), p. 108

entre dos ámbitos que hasta entonces se estudiaban por separado, esto es, la dialéctica aristotélica con sus armas argumentales y la fuentes del saber antiguo secular y teológico³⁷.

Esta especulación filosófica-teológica adoptaba las formas de enseñanza de la *lectio, quaestio* y la *disputatio*. La primera es la explicación lineal de un texto, mientras que la segunda se basaba en preguntas discutidas. Así, en el contexto académico, una parte, que era por regla general un docente, hacía una pregunta y presentaba su tesis de forma argumental y fundada, para luego ser discutida con sus oponentes. De esta forma se llegaba a la solución más adecuada para el problema en cuestión.

b) El papel de los Juristas.

Tras la desaparición social de la figura del jurista producida por la vulgarización³⁸ jurídica, se distingue una actividad muy reducida durante el período bizantino de juristas anónimos que, careciendo de toda originalidad, se dedicaban con exclusividad a la conservación de la tradición jurídica romana. Esta era terminada con los esfuerzos académicos del *studium* de Bolonia, que permitió el renacer de la jurisprudencia en Europa con nombres tales como Irnerio y Graciano, reconocidos por los autores como los padres del Derecho Medieval³⁹.

Los juristas del siglo XII, concededores de la sociedad, no eran nunca independientes de los poderes predominantes ni de los conflictos políticos, y podían ser identificados por dos categorías, a saber, civilista o canonista. El primero estaba al servicio del emperador, mientras que el segundo está al servicio del Pontífice cristiano y ambos centran sus estudios en las pretensiones de cada uno y se legislaba a partir de sus doctrinas. Por tal motivo, poseían el monopolio del conocimiento del Derecho, así como los protagonistas del creciente sistema del *ius commune*, y esto devenía en beneficios y renombre.

Como asegura MONTANOS FERRÍN: (...) *de este monopolio recaban honores, poder, riqueza; quien rige la suerte de un reino, o de una ciudad, o de otro orden, tiene el gobierno político de las instituciones y en el ejercicio del propio poder legisla, da normas generales y particulares, regula la vida de la comunidad sobre la que gobierna*⁴⁰. Y continúa: “(...), *del mismo modo que los otros juristas europeos han acumulado una considerable fortuna económica y adquirido, cuando no la tenían ya, una más decorosa colocación social. Algunos de ellos se convierten en trabajadores de la corte y consejeros de los soberanos, otros incluso formaban parte de la corte pontificia* (...)”⁴¹

De esta forma, el Derecho adquiere un lenguaje y una práctica que se enmarca dentro de un fenómeno cultural elitista⁴², puesto que se aleja del grupo más numeroso de la época, la clase baja. Los juristas forman así lo que se considera como nobleza *litterata* o *doctoralis*, es decir, una clase privilegiada tecnócrata⁴³.

³⁷ MADRID, Raúl, *El concepto de “libertas scholastica” y el modelo metodológico de la universidad medieval*, en Revista de estudios histórico-jurídicos 38 (2016), pp. 359-376

³⁸ El concepto de derecho romano vulgar fue acuñado en 1880 por Heinrich Brunner, y hace referencia a un fenómeno que afecta de manera predominante un sistema jurídico determinado y que implica, en líneas generales, una simplificación de instituciones jurídicas y una pérdida de la riqueza técnica que solía poseer un sistema normativo.

³⁹ GARCÍA Y GARCÍA, Antonio – ANDRÉS, Francisco, cit. (n. 21), pp. 152 ss.

⁴⁰ MONTANOS FERRÍN, Emma, cit. (n. 35), p. 419

⁴¹ *Ibid*, p. 420

⁴² BERNARD MAINAR, Rafael, cit. (n. 31), p. 268

⁴³ *Ibid*, p. 273

Todo esto fue, en gran medida, posible gracias al apoyo de los líderes de la época, secular o eclesiástico. Son ellos quienes, siguiendo el ejemplo del Emperador Barbarossa, apoyaron al desarrollo de la educación del Derecho romano ya que vieron la utilidad de contratar juristas en altos cargos en las cortes o las iglesias.

c) Derecho romano y su aplicación

Para hacer frente a la nueva realidad política de la época medieval, los diversos pueblos crearon nuevas normativas, como por ejemplo de corte eclesiástico, militar y de parentela. Desde el término del Imperio romano de Occidente, y fuera del Imperio romano de Oriente donde podría hablarse de cierta continuidad, el Derecho romano sobrevivió sólo de forma muy fragmentada, debilitado por la falta de aplicación y por la pérdida de sentido de sus términos e instituciones. Su fuente única eran los diversos códigos bárbaros que permitían que conviviera con los derechos germánicos, entre los que se encuentran el *Edictum Theodorici*, *Codex Eurici*, *lex Romana Burgundionum*, y *lex Romana Visigothorum* o *Breviarium Alaricianum*⁴⁴.

Sin embargo, en los años posteriores ocurren diversos sucesos que darán lugar a un período que el medievalista estadounidense CHARLES HOMER HASKINS denominó como “renacimiento del siglo XII”, debido al resurgido interés por la cultura antigua de Roma⁴⁵. Entre estos sucesos se encuentra el descubrimiento de la copia del *Corpus iuris* cerca del año 1080 en la escuela de Bolonia, junto a la reforma gregoriana de la Iglesia católica, el auge económico de las ciudades italianas y la pujanza del Sacro Imperio Romano-Germánico.

Esta reaparición del interés por la antigüedad condujo a que el Derecho romano volviese a ser utilizado de forma práctica. Más aún, permitió que fuera el primer derecho estudiado de forma sistemática en Europa. El interés de su estudio, impulsado por los emperadores germánicos que veían al Imperio romano como un símbolo de libertad y progreso⁴⁶, se debe precisamente al estado de fragmentación de los pueblos y a la necesidad de guías y normas para tener una interpretación y un significado común de términos técnicos y jurídicos.

La ley de Justiniano y con particularidad el Digesto, es, por tanto, considerado como un derecho ideal, fruto de una rica tradición jurídica desarrolladas durante siglos, aplicable a todo tiempo y lugar por ser notablemente más complejo y desarrollado con su estructura categorial que las informales y localistas normas feudales y es utilizado para dar forma y sustancia a dichas normas. El Derecho romano era una ciencia, citando a BERMAN, “*en la que decisiones, reglas y promulgaciones legales individuales eran estudiadas de forma objetiva y eran explicadas en términos de principios generales y verdades básicas para el sistema como un todo*”⁴⁷. Así puestas las cosas, todo el desarrollo científico del Derecho en el mundo occidental medieval está unido al Derecho romano, y de esta forma y como se verá a continuación, al sistema del *ius commune*.

⁴⁴ GARCÍA Y GARCÍA, Antonio – ANDRÉS, Francisco, cit. (n. 21), p. 156

⁴⁵ GARCÍA Y GARCÍA, Antonio – ANDRÉS, Francisco, cit. (n. 21), citando a HASKINS, *The Renaissance of the Twelfth Century* (Cambridge 1927); ahora, en R. L. Benson y G. Constable (editores), *Renaissance and Renewal in the Twelfth Century* (Oxford, 1982)

⁴⁶ GARCÍA Y GARCÍA, Antonio – ANDRÉS, Francisco, cit. (n. 21)

⁴⁷ BERMAN, Harold, *La formación de la tradición jurídica de occidente* (traducción de Mónica Utrilla de Neira, Mexico, 1996), p.

3. Derecho canónico en el sistema de *ius commune*

a) Contextualización histórico-jurídica.

Ya se hizo mención en la introducción de este capítulo sobre la existencia de los dos órdenes, secular y eclesiástico, que desarrollaron la ciencia del derecho durante la Edad Media. Este apartado tratará, ahora, del segundo de ellos. Para poder entender cómo el Derecho desarrollado por la Iglesia llegó a formar parte de lo que conocemos como el sistema de *ius commune*, es necesaria una contextualización.

El Derecho canónico comienza por lo que los autores identifican como su etapa de formación, que va desde la fundación de la iglesia hasta el Decreto de Graciano (1140 d.C). Esta, siguiendo el esquema sugerido por Salinas Araneda⁴⁸, estaría dividida en tres partes reconocibles: primeros pasos (siglos I-IV); Derecho canónico *coloris romani* (siglos IV-V) y Derecho canónico *coloris germanici* (siglos VI-XI).

La primera etapa del Derecho canónico, denominada por el autor anteriormente mencionado como “primeros pasos” (siglos IV-V), está caracterizada, en líneas generales, por presentar la misma constante que cualquier otro ordenamiento jurídico temprano, esto es, reconocimiento de la costumbre como única fuente vinculante. Las fuentes escritas de la época en el occidente carecían de reglas jurídicas, pero son relevantes para la formación futura de una larga tradición jurídica de corte eclesiástico ya que determinaban reglas de comportamiento para sus fieles⁴⁹. En el siglo II y III aparecen textos en que se demuestran los primeros indicios de carácter legislativo, que consistían en cánones emitidos por concilios, donde los obispos reunidos en una asamblea deliberaban y promulgaban libremente sobre materias de doctrina o de disciplina. A pesar de lo incipiente y precario que era el sistema normativo de la Iglesia, ya comenzaba a dar sus primeros pasos.

El segundo período correspondiente a la etapa de formación, es el denominado Derecho canónico *coloris romani*, que se extendió por los siglos IV a V. Esta época esta caracterizada por los cambios a nivel externo e interno por los que pasó la iglesia. A nivel externo, es en esta época que el Imperio Romano empieza por tolerar el cristianismo con el edicto de Nicomedia (305-311 d.C) y termina por declararlo como la religión oficial y obligatoria en el año 380 d.C por Teodosio I, Graciano y Valentiniano II. Por esto, el derecho romano toma un rol más activo en la formación institucional de la Iglesia, siendo recepcionado por el derecho canónico, pero además pasando a regular directamente materias propias de la Iglesia con el libro I del Código de Justiniano.

Finalmente, la tercera etapa de la era formativa corresponde al denominado Derecho canónico *coloris germanici*, que abarca de los siglos VI a XI y que está marcado por la caída del Imperio romano de occidente y por la consecuente dispersión normativa que generó este suceso. Los diversos reinos que ocuparon su lugar fueron rápidamente influenciados por el fenómeno del feudalismo, pero no sin antes convertirse a la fé cristiana. Este fenómeno trajo consigo, entre otras

⁴⁸ SALINAS ARANEDA, Carlos, *Una aproximación al derecho canónico en perspectiva histórica*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídico* 18 (1996), pp. 289-360

⁴⁹ Estas son el Antiguo Testamento, el Nuevo Testamento (con más fuerza), los Hechos de los apóstoles, las epístolas, el Apocalipsis de San Juan y la Tradición. Esta última y la Sagrada Escritura seguirá teniendo importancia por siglos. El primer texto jurídico de la de la iglesia cristiana se identifica por los autores como la primera epístola de Clemente de Roma (88.97) a la Iglesia de Corinto, que tiene el interés de reflejar el espíritu romano sobre la organización y las normas, pero tienen como objeto restablecer o mantener la paz de comunidades, y por tanto fue muy limitado.

cosas, dos consecuencias importantes para la Iglesia. En primer lugar, la ayudó a enriquecerse a costa de una relajación de la vida de observancia⁵⁰. En segundo lugar, dio lugar a una pérdida de libertad que las autoridades eclesiásticas tratarán de recuperar a través de reformas durante los años siguientes.

Realizada esta contextualización temporal, la etapa que nos interesa es la que se conoce como Derecho canónico clásico, que va desde los siglos XII a XV, y en particularidad los primeros siglos. A modo de adelanto, esta etapa se caracteriza por el papel protagónico del Papa como autoridad política y legisladora, compartiendo y disputándose el poder con los líderes seculares tras el fin de la querrela de las investiduras por el concordato de Worms (1122 d.C). Por lo anterior, y junto al fenómeno de las universidades, es que en esta época surge la ciencia del Derecho canónico como tal, separado del Derecho romano pero al mismo tiempo unido para formar la nueva base de estudios jurídicos, esto es, el Derecho común⁵¹.

Este apartado pretende aportar una aproximación de la manifestación del concepto de *ius commune* en el plano eclesiástico, debido a que éste es uno de los pilares que sustentan al sistema del Derecho común europeo medieval. Así, se verá que éste se materializa en dos dimensiones, un ámbito interno de la iglesia y uno externo. El ámbito externo, sin embargo, será analizado en el apartado siguiente.

b) Derecho canónico común interno.

En el ámbito interno, los canonistas entendían el concepto de *ius commune* como aquel Derecho común de toda la Iglesia, esto es, el derecho aplicable a la Iglesia universal y a todo el cuerpo eclesiástico, y no las normas particulares de cada iglesia provincial o de una categoría de persona⁵².

Ahora bien, lo que constituye el Derecho común a toda la Iglesia varía según la época y no es, por tanto, una concepción estática. En sus inicios, esta distinción estaba dada, en líneas generales, por el ente que las emitía. Las leyes comunes eran únicamente dictadas por el Papa o por la reunión general del episcopado, mientras que las leyes propias o locales eran establecidas por obispos o consejos regionales. Esta forma de diferenciar ambas categorías de normas no perduró, ya que pronto una gran cantidad de leyes eclesiásticas locales fueron adoptadas por la generalidad del cuerpo eclesiástico e integrados al canon común⁵³.

La formación de un cuerpo de textos considerado como canon universal está ligado con el progreso de la ciencia del Derecho canónico. Así, hasta el siglo XI, para su estudio y práctica el Derecho canónico carecía de un texto al cual glosar y trabajar, como si lo tenía el orden secular con el recientemente descubierto *Corpus iuris* de Justiniano, lo que dificultó su desarrollo como ciencia jurídica. Hasta entonces, la labor de los canonistas se había limitado a la recopilación de textos, por lo que la reflexión y aporte sobre los mismos era más bien incipiente en comparación a las décadas posteriores. Este escenario cambia en el siglo XII con la obra de Graciano⁵⁴, quien se conoce como

⁵⁰ SALINAS ARANEDA, Carlos, *Una aproximación al derecho canónico*, cit. (n. 48), p. 307

⁵¹ *Ibid*, p. 312

⁵² MAITLAND, Frederic William, *Roman canon law in the church of england* (Meuthen, London, 1898), p. 4

⁵³ BURY, J B, *The Cambridge Medieval History* (Cambridge University Press, 1926) 5, p. 707

⁵⁴ No existen muchas referencias sobre Graciano, y los registros que hacen mención a su vida son posteriores a su tiempo y poco confiables. Vivió durante la primera mitad del siglo XII y falleció aproximadamente en el año 1150 d.C.

el padre de la ciencia del derecho canónico⁵⁵ por haber separado lo jurídico de lo teológico para su estudio⁵⁶, así como por haber unificado el derecho eclesiástico a través de la concordancia de los cánones discordantes⁵⁷.

Concordantia discordantium canonum o Decreto de Graciano

Graciano desarrolló entre los años 1120 y 1140 d.C una obra particular que, sin haber sido comisionada por autoridades eclesiásticas, se transformó en el texto estándar de enseñanza de la ciencia canónico-jurídica. Usando fuentes antiguas⁵⁸ y aplicando herramientas modernas, tales como el método dialectico, logra superar la falta de coherencia de la que adolecían las demás colecciones canónicas⁵⁹, tomando por nombre *Concordantia discordantium canonum* o “Concordancia de los cánones discordantes”. Otros nombres por los que se reconocen esta obra son *Liber canonum*, por estar compuesta por casi cuatro mil cánones, o simplemente Decreto de Graciano⁶⁰.

Para la producción de esta obra, Graciano cuenta con los mismos inconvenientes de los que adolecían los canonistas de su época, esto es, un deficiente acceso a fuentes e información auténtica, en el marco de una tradición basada en la autoridad. El material que utiliza son letras papales tempranas, textos pseudo-Isidoros y algunos de índole gregoriana, así como un recurso a la Sagrada Escritura y a la patrística, aunque con una exactitud dudosa. A pesar de lo anterior, su mérito que lo distingue de cualquier otra colección canónica está en el proceso de selección y el método dialéctico utilizado. Para acompañar sus propias afirmaciones, o *dictas*, selecciona textos o *auctoritas* con diversos criterios, algunos tradicionales como la autoridad del ente que los emite, y otros más inéditos como su propio juicio y criterio⁶¹.

Un aspecto relevante de la selección de fuentes de Graciano es que deja de lado material de Derecho romano, creando una separación clara entre el poder secular y el eclesiástico. Sin embargo, y explicado igualmente por su difusión y estandarización, tanto el orden como el contenido del Decreto cambian en años posteriores, agregando entre otros, textos de origen secular romano.

El éxito del Decreto marca un hito en el estudio del Derecho canónico y permite el desarrollo de la ciencia del mismo a la par con aquel del Derecho común secular. Tal como sucedió con este último, las universidades medievales toman un papel relevante en dicho fenómeno, al ser ellas quienes asumieron la labor de sistematizar la ley eclesiástica, tanto antigua como nueva. Muestra de ello es la relación formada con el Papa quien, y citando a SALINAS ARANEDA, “*con frecuencia mandaba sus normas a las universidades como forma de promulgación*”⁶². Así, las universidades italianas,

Posiblemente ejerció como monje en los monasterios de Saints Felix y Nabor, mientras que en Bolonia se dedicó al estudio y enseñanza de teología y Derecho.

⁵⁵ THOMPSON, A., GORDLEY, J., & CHRISTENSEN, K, *The Treatise on Laws (Decretum DD. 1-20) with the Ordinary Gloss* (Washington. D.C, Catholic University of America Press, 1993)

⁵⁶ *Ibid*

⁵⁷ SALINAS ARANEDA, Carlos, *Una aproximación al derecho canónico*, cit. (n. 48), p. 314

⁵⁸ THOMPSON, A., GORDLEY, J., & CHRISTENSEN, K, cit. (n. 55)

⁵⁹ Si bien es el primero en llevar a cabo una estandarización del derecho canónico avanzada y compleja, estudiosos de siglos anteriores ya habían hecho esfuerzos para armonizar sus fuentes, sin lograr los mismos resultados. Entre estos, Ivo de Chartres (1040-1116 d.C), Bernold de Constance (1054-1100 d.C) y Alger de Liège (1055-1131 d.C).

⁶⁰ SALINAS ARANEDA, Carlos, *Una aproximación al derecho canónico*, cit. (n. 48), p. 314

⁶¹ THOMPSON, A., GORDLEY, J., & CHRISTENSEN, K, cit. (n. 55)

⁶² SALINAS ARANEDA, Carlos, *Una aproximación al derecho canónico*, cit. (n. 48), p. 312

españolas y algunas francesas inspiradas en aquella de Bolonia, concentran su estudio tanto en el Derecho romano como en el canónico.

Corpus Iuris Canonici

Tal como sucedió con el Derecho romano justiniano del *Corpus iuris civile*, existió con igual fuerza su contraparte eclesiástica, denominado *Corpus iuris canonici*. Este sigue la idea de que los cánones y las colecciones forman parte de un todo coherente aplicable, como ya se explicó, a la totalidad de la Iglesia como leyes universales.

Su composición no fue estática o fija, hubo una variación a la par con el desarrollo de la ciencia del derecho canónico. El Papa Gregorio XIII (1502-1585 d.C) utilizó este término por primera vez al referirse a la edición impresa de Jean Chappuis que contenía el *Liber Extra* de Gregorio IX, el *Sextus-Clementinae*, y el Decreto de Graciano, que luego habrá de ser editado por los *Correctores Romanos*⁶³. Posteriormente se agregan las *Extravagantes Communes* y las *Extravagantes de Juan XXII* en 1507 d.C. Son estas colecciones las que se consideran como auténticas⁶⁴. Además, en colecciones particulares se incorpora la contrapartida de las Instituciones de Justiniano, a las que se les dio el nombre de *Instituciones iuris canonici* por el jurista Lancelotti (1511-1591 d.C), sin formar parte de la versión oficial.

4. Derecho común medieval

En los acápite anteriores se realizó un estudio del desarrollo de la ciencia jurídica secular medieval, y de los elementos que constituyen el derecho eclesiástico del mismo período. A continuación, se analizará el ámbito externo de materialización del concepto de Derecho común en ambos ámbitos, es decir, entendidos como parte integral del sistema de *ius commune*, así como comprendidos por este. Para esto se estudiará brevemente la forma en que se relaciona históricamente Derecho romano y secular. En segundo lugar, la conformación del sistema de *ius commune* medieval europeo.

a) Derecho Romano y Derecho Canónico

Como propuestas contingentes de orden jurídico vigente aplicable a la totalidad de la orbe europea, Derecho romano y Derecho canónico llevan, para la época que nos ocupa, una larga historia de reciprocidad y rivalidad. El vínculo entre ambas no es constante desde una perspectiva histórica, y sufre alteraciones dependiendo del estado de relación entre las autoridades legislativas de ambas, la realidad política y económica de la población y diferencia geográfica.

Una primera mirada en su larga relación se remonta a la persecución cristiana bajo el Imperio Romano y que termina con Diocleciano (284-305 d. C.). A partir de aquello, y si bien Derecho secular y eclesiástico estaban separados, el Imperio no podía ignorar que la religión profesada por gran parte de la población era precisamente la cristiana, de la misma forma como la Iglesia debía reconocer que sus fieles eran en su mayoría ciudadanos del mismo. Es por esto que en los primeros siglos de incipiente desarrollo se ve un aporte mutuo entre ambos órdenes a pesar de una clara intención de independencia. El Derecho canónico recurre al secular para la regulación de diversas

⁶³ THOMPSON, A., GORDLEY, J., & CHRISTENSEN, K, cit. (n. 55)

⁶⁴ SALINAS ARANEDA, Carlos, *Una aproximación al derecho canónico*, cit. (n. 48), p. 315

materias, principalmente para la regulación interna de la Iglesia, como “la legalización de sus reuniones, la titularidad de bienes afectos a fines eclesiásticos”⁶⁵, y en general, para hacer uso de los diversos privilegios concedidos por los emperadores.

A pesar de lo anterior, la Iglesia mantiene la pretensión de operar con una jurisdicción propia, por lo que el “Derecho romano sólo se considera recibido por esta cuando es expresamente aceptado por ella como vinculante”⁶⁶. A esto se suman los esfuerzos realizados para que las controversias de índole judicial entre cristianos sean resueltas por el orden eclesiástico y no por el secular. Lo anterior se evidencia en un primer momento en la *Didascalia Apostolorum* y *Constituciones Apostolicæ*, escritos tempranos en el cristianismo que asignan la labor judicial a los obispos, y más adelante en tiempos de Constantino, que da a los obispos que cumplían el rol de jueces la misma autoridad que los civiles y reconoce la *episcopalis audientia*⁶⁷ en 318 d. C.⁶⁸

Por otro lado, en el siglo IV se emite el Edicto de tolerancia de Milán (312-313 d. C.) y más adelante el reconocimiento del cristianismo como religión oficial (380 d.C), por lo que encontramos el período denominado *Derecho canónico coloris romani*, como ya se hizo mención en la sección introductoria de este apartado. La Iglesia hace uso de fuentes de Derecho Romano para fundar las bases de su propio ordenamiento jurídico, utilizando en Italia el “(...) *Codex Theodosianus* (438), cuyo último libro (XVI) contenía las constituciones imperiales de Derecho eclesiástico”⁶⁹, mientras que en España y Francia se utilizó el Breviario de Alarico⁷⁰. Es curiosamente este hecho lo que permite tanto la conservación como la difusión del Derecho Romano en los siglos que siguen a la caída del Imperio de occidente, al recopilarlo en colecciones específicas y manteniendo su contenido vigente frente a la consecuente dispersión normativa, tales como la *Lex Romana catolice compta* (siglo IX). Este fenómeno de recepción del Derecho Romano es todavía más pronunciado en los años que siguen a la Reforma Gregoriana⁷¹, donde encontramos colecciones como la denominada *Collectio Britannica*, que incluye “cerca de un centenar de alegaciones romanísticas”⁷².

b) Conformación de un sistema común.

Respublica Christiana

El concepto de *ius commune* medieval, si bien hace específicamente referencia a un sistema de carácter jurídico, se enmarca dentro de un fenómeno cultural que abarcó cada aspecto social y político de la época. La idea que gobierna este fenómeno es la denominada *Respublica Christiana*, esto es, la noción de una Europa unificada por la religión cristiana. La Iglesia, potencia política para el siglo XII, logra una cohesión europea que no había sido posible anteriormente a pesar de los

⁶⁵ SALINAS ARANEDA, Carlos, *Una aproximación al derecho canónico*, cit. (n. 48), p. 299

⁶⁶ GARCÍA Y GARCÍA, Antonio, *Perspectivas del derecho común romano-canónico al filo del siglo XXI*, en *Revista Española de Derecho Canónico* 58 (2001), pp. 509-525.

⁶⁷ Nos referimos con esto a aquel procedimiento llevado a cabo por las comunidades cristianas en el que el obispo actuaba como árbitro en las controversias jurídicas.

⁶⁸ LOPEZ ZUBILLAGA, Jose Luis, *Cosa juzgada en el derecho canónico medieval*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 26 (2004), pp. 395-420

⁶⁹ GARCÍA Y GARCÍA, Antonio – ANDRÉS, Francisco, cit. (n. 21), p. 157

⁷⁰ GARCÍA Y GARCÍA, Antonio, cit. (n. 66)

⁷¹ Proceso de renovación llevado a cabo dentro de la iglesia Católica, liderado principalmente por el Papa Gregorio VII (1073-1085 d.C.), y que consistió, a grandes rasgos, en la recuperación de la libertad y autonomía de la iglesia que había perdido a manos del Emperador tras años de cesaropapismo.

⁷² GARCÍA Y GARCÍA, Antonio, cit. (n. 66)

esfuerzos anteriores de Carlomagno (742-814 d.C.), rey de los francos, y de la dinastía de los Ottonos (siglo X)⁷³.

El modelo de la *Respublica Christiana* triunfó por integrar las dos potencias de la época, esto es, el poder secular del Imperio y el poder religioso de la Iglesia cristiana. Son ambas sociedades, unidas bajo este concepto, las que pretenden afectar cada actividad y aspecto de la vida medieval, por ejemplo, introduciendo el latín como una lengua común a todo el continente.

Un aspecto relevante de este fenómeno, que ayudaría a explicar el alcance que obtuvo dicha idea en la sociedad, es el lugar que ocupan religiones distintas a la cristiana dentro del marco de una religión común. Como se mencionó, esta última se impone como religión única que pretende influenciar y someter cada aspecto social y político, por lo que en principio, la convivencia con una religión distinta parece incompatible⁷⁴. A pesar que el autor ISTVÁN BEJCZY⁷⁵, en su estudio basado en obras de Alejandro de Hales, Tomás de Aquino y Tolomeo de Lucca, identifica la idea de tolerancia en la Edad Media con una noción de soportar socialmente y no interferir en hábitos considerador malos, SOLARI sí reconoce un alcance, hasta cierto punto, de pluralidad o libertad religiosa en dicha época. Esta última se manifiesta como “(...) *el ideal de una libre comunicación argumentativa entre las religiones, la cual es puesta en escena como conversaciones entre participantes son monoteístas que dialogan limpiamente y bajo la condición de una notoria igualdad en el uso de la palabra.*”⁷⁶

Utrumque Iuris

Se mencionó que la *Respublica Christiana*, y por tanto el alcance de los poderes eclesiásticos y seculares, se manifiesta en cada aspecto social, político y económico de la Europa medieval. Este fenómeno va de la mano con el renacimiento jurídico del siglo XII, liderado por los dos derechos de las potencias de la época que se han ido desarrollando por siglos, esto es, Derecho canónico y Derecho romano. A diferencia de lo que ocurrió en siglos anteriores en los que se buscó distinguir y formular fronteras entre ambos ordenes, producto del carácter universalista de cada uno, surge el interés de unirlos en una sola cultura jurídica que actúe como *ius commune* o derecho común a toda la tierra cristiana. Esta síntesis entre el *ius canonicum* y el *ius civile* toma la denominación de *utrumque iuris* o “uno y otro derecho”.

Ya se mencionó que el vínculo entre Derecho secular y eclesiástico preceden por mucho a este fenómeno, pero es en este momento en que los juristas comienzan a estudiar ambos derechos considerados cultos como una unión propiamente tal y sistemática tomando la denominación de *doctores utriusque iuris*. Esta unión fue desarrollada en universidades al ver la utilidad de ajustar su curriculum en atención a la realidad de la época y, junto a los juristas que se desarrollan en ambos derechos y continúan con la tradición medieval de servir como consejeros de reyes y magistrados, se permite la expansión de este nuevo sistema por Europa occidental.

⁷³ BERNARD MAINAR, Rafael, cit. (n. 31), p. 269

⁷⁴ Un estudio más detenido es el realizado por el profesor Enzo Solari, quien hace referencia a dicha problemática en su artículo *Contornos de la Tolerancia Medieval*. Aunque comúnmente asociada a la Época Moderna, este texto analiza los alcances de la tolerancia religiosa e identifica una cabida de ella en la Edad Media. Realiza conjuntamente un distingo entre esta noción y la idea de la libertad religiosa, la cual sería más difícil de localizar en un período pre moderno. Esto en SOLARI, Enzo, *Contornos de la tolerancia medieval*, en *Ideas y valores* 62 (2013), pp. 73-97

⁷⁵ *Ibid*, p. 75-76

⁷⁶ *Ibid*, p. 91

El *utrumque iuris* permite concebir un sistema unitario y coherente, en que el Derecho aparece como un instrumento fundamental en la armonización de las pretensiones de ambas potencias sociales. De esta forma, se conjuga una dimensión temporal a cargo del Derecho romano, considerada como *ratio scripta*, con una dimensión espiritual a partir del derecho canónico, que sería el *anima* del sistema⁷⁷. Manifestación de este movimiento son las Siete Partidas de Alfonso X, de la que se hablará más adelante.

c) Desarrollo del sistema unitario⁷⁸.

Para aproximarnos al concepto de *ius commune* de la forma como fue entendida por los juristas de la Edad Media, hay que entender que este vuelve al vocablo jurídico tras fue recuperado de las Instituciones de Justiniano y del Digesto, una vez redescubierto el *Corpus iuris*, y por tanto, su significado es aquel recogido en aquella obra. Como se hizo mención en el capítulo anterior, la definición que se le da es aquella que corresponde a la visión de Gayo, es decir, derecho aplicable a todos los pueblos con oposición a un derecho propio aplicable a una localidad en concreto, y no a la que asumía la postura mayoritaria de la época de los juristas romanos clásicos.

Ahora bien, cronológicamente, los juristas medievales asumieron esta dualidad, a saber, *ius commune* y *ius proprium*, y su correspondencia con el Derecho romano de forma distinta. En primer lugar, durante la época de los primeros glosadores encabezados por Irnerio, se asume la concepción política de la continuidad del Imperio romano, y junto a este su derecho. El derecho común era por tanto el derecho de gentes alcanzado a través de la razón natural, y siguiendo la idea de Gayo, el *ius civile romano* era un derecho propio de ese pueblo (D. 1.1.9 = Inst. 1.2.1)⁷⁹.

Más adelante, y en segundo lugar, esta concepción cambia con los comentaristas, particularmente por Bartolo de Sassoferrato. Así, esta nueva interpretación que dan los juristas de la baja Edad Media cambia drásticamente del uso que le dio Gayo en su tiempo. Desde este período y en adelante, el Derecho romano, y más exactamente, el sistema de *ius commune* comienza a ser percibido y utilizado como el Derecho común a todos los hombres, y el Derecho propio es el local de cada pueblo dentro del *Sacrum Imperium*. Esto último no pudo haber sido de otra forma, puesto a que, y tal como lo menciona ALEJANDRO AGÜERO, las "(...) categorías romanas relacionadas a la organización territorial se debieron conformar a la pluricéntrica naturaleza del orden medieval, y la ley propia de cada ciudad era comparable con el *ius proprium* de todo un reino"⁸⁰.

Es por tanto que, si bien se mantuvo la dualidad de Gayo entre Derecho común frente a Derecho propio, en lugar de derecho común frente a privilegio, cambia lo que se conoce como derecho común. En esto subyace la idea de universalidad propia del Imperio romano. Esto es, se resalta su capacidad intrínseca de constituirse como referente jurídico de tener aplicabilidad y permanencia más allá de su existencia física.

⁷⁷ GARCÍA Y GARCÍA, Antonio – ANDRÉS, Francisco, cit. (n. 21), p. 172

⁷⁸ MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El Derecho común presupuesto en el Ordenamiento jurídico nacional. Una revisión de su contenido*, en *Revista Chilena de Derecho* 45 (2018) 3, p. 627

⁷⁹ CUENA, Francisco, cit. (n. 34), p. 194

⁸⁰ AGÜERO, Alejandro, *Local Law and Localization of Law: Hispanic Legal Tradition and Colonial Culture (16th–18th Centuries)*, ahora, en SOLLA SASTRE, María Julia – MECCARELLI, Massimo (editores) *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History* (2016), p. 103

Ahora, si bien su implementación no fue instantánea ni sencilla, fue divulgado por toda Europa por las universidades como Derecho culto, y los encargados de su estudio fueron los juristas. Producto de esto, se formó un *sistema iuris* de Derecho común que fue sinónimo de ciencia jurídica, siendo este su núcleo fundamental y estando compuesto de dos derechos, a saber, el *ius commune* propiamente tal y el *ius proprium*.

El *ius commune* estaba integrado por diversas compilaciones legislativas, estas son el *Corpus iuris civilis* - *Codex*, *Digestum*, *Instituta*, *Novellae* - el *Decretum* de Graciano, el *Liber Extra* de Gregorio IX, el *Liber Sextus* de Bonifacio VIII, las *Clementinae* de Clemente V y de Juan XXII⁸¹. En suma, el *ius commune* consistía en una reunión del Derecho secular con el Derecho canónico.

Por otro lado, el *ius proprium* hace referencia a la normativa particular desarrollada a nivel local y que tiene lugar en este sistema jurídico universal, entre los cuales se encuentran “*costumbres jurídicas, privilegios regios, disposiciones reales, ordenanzas municipales o de corporaciones determinadas, legislación de las Cortes, etc*”⁸².

Ahora bien, cabe la cuestión sobre la extensión e implementación del *ius commune*. ¿Fue aplicado de igual forma en toda Europa medieval? Como se verá a continuación, se dieron dos formas distintas de afrontar este nuevo sistema y de articular normativas locales con derecho común, puesto a que no todos los pueblos lo aceptaron con la misma facilidad.

d) Recepción de unidad.

Como se mencionó, la Europa medieval estaba fragmentada por una diversidad de realidades políticas, económicas y sociales. Sumado a esto, proliferaron las prácticas del localismo y particularismo, sin que exista una directriz clara que dote de substancia a aquellas normas locales.

El *ius commune* responde a la necesidad de unidad más allá de las diferencias políticas, creando un sistema jurídico desprendido del Derecho romano bajo el cual podían fundarse las distintas normas para regular el poder y el comercio. No se buscaba eliminar todo el sistema de normas creado durante la Edad Media para así imponer el Derecho romano, en otras palabras, no significa un retroceso ya que no olvida la evolución y el cambio cultural. Más bien, se encarga de ordenar dichos sistemas bajo un criterio unitario y de sustentarlos por principios comunes.

Ahora bien, en la medida que los derechos locales estuvieran incorporados al *ius commune*, tenía pretensión de subordinar dichas normativas bajo el Derecho común, puesto a que solo estarían legitimadas dentro de dicho sistema. De esta forma, en aquellos países que adoptaron este sistema, coexistía el *ius commune* con el derecho propio teniendo el primero un alcance general y siendo aplicado de forma supletoria cuando el segundo no contemplaba una situación en concreto. En palabras de ANTONIO ESPANHA, “(...) *el derecho común constituía una constelación abierta y flexible de ordenes cuya arquitectura tan solo podía determinarse en el caso concreto*”⁸³. A veces, sin embargo, el *ius commune* no se limitaba a actuar como norma supletoria, sino que se aplicaba como la norma preferente.

⁸¹ SALINAS ARANEDA, Carlos, *Una aproximación al derecho canónico*, cit. (n. 48), p. 318

⁸² MONTANOS FERRÍN, Emma, cit. (n. 35), p. 417

⁸³ HESPANHA, Antonio, *Cultura jurídica europea: síntesis de un milenio* (Madrid, Tecnos, 2002), p. 97

Más allá de la forma particular de conjugar estos dos órdenes de normas, lo relevante es la característica del Derecho común de tener fuerza vinculante siendo creado por juristas, tal como aconteció con el Derecho romano clásico⁸⁴.

e) Resistencia al sistema de *ius commune*

Se demostró en los apartados precedentes que el fenómeno del *ius commune* se extendió por todo Europa, teniendo un alcance general por el viejo continente. Esta afirmación, sin embargo, no es del todo suficiente y requiere de cierta precisión. La particularidad política y cultural de cada reino matizó geográficamente y temporalmente la expansión de este sistema *iuris*, ya que si bien fue ampliamente aceptado por la gran parte de naciones, también fue resistido por otras. En líneas generales, son dos los principales fenómenos que dificultaron su incorporación, con grados de fuerza distintos, los que se verán a continuación.

En primer lugar, y en menor medida, la recepción del Derecho romano se ve obstaculizada por un derecho local que estaba ya arraigado, como sucedía con los derechos municipales de las repúblicas o reinos italianos; Países Bajos; Francia; Portugal; Escocia; Inglaterra; Alemania o España⁸⁵.

En segundo lugar, y siendo un impedimento más difícil de vencer, fue el fenómeno político de la *exemptio imperii*⁸⁶ o exención al imperio, cuya idea es el rechazo de la visión de un Imperio romano universal. De esta forma, los reinos que se consideraban exentos del imperio negaban también el Derecho romano común, que consideraban ajeno. Estos reinos solían tener una estructura política ya consolidada y siguieron la fórmula *rex in regno suo est imperator*, es decir, el rey local pretendía tener el mismo poder sobre su reino que el emperador sobre el imperio⁸⁷.

Sin embargo, surge una complicación para la postura a favor del *exemptio imperii*, puesto que el *Corpus iuris civilis* se había desarrollado como un derecho científico y por lo tanto no podía ser ignorado⁸⁸. De igual forma, no estar vinculado a este tenía un impacto directo en la economía, puesto que el intercambio comercial entre pueblos se efectuaba bajo sus normas. Para salvar esta situación, el Derecho romano es estudiado en universidades como una ciencia, idea que se mantiene hasta el siglo XVIII. Los reinos que tomaron esta visión son los de Francia, Inglaterra y España.

Se estudiará brevemente la situación española, debido a la vinculación que tiene con el caso de Chile que se verá posteriormente, y con particularidad, lo que aconteció con el reino de Castilla.

f) España

Mirada general

Diversos documentos del medioevo afirman que esta exención del Imperio de la península ibérica existía ya desde la época del reino visigodo, el cual se consideraba independiente del Imperio

⁸⁴ BERNARD MAINAR, Rafael, cit. (n. 31), p. 272

⁸⁵ *Ibid*, p. 285

⁸⁶ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Penetración del derecho romano en america*, cit. (n. 2)

⁸⁷ MONTANOS FERRÍN, Emma, cit. (n. 35)

⁸⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Penetración del derecho romano en america*, cit. (n.2)

Romano. Si bien la razón de esto es controversial, son tres las principales hipótesis que explican esta situación excepcional y que ANTONIO PEREZ MARTIN expone en *La institución real del ius commune y en las Partidas*. Así, “(...) esta exención la adquirieron los visigodos, bien por concesión del emperador romano, bien por concesión de Justiniano a Atanagildo (a cambio de la cesión de la franja sur de España a), o bien de hecho mediante la guerra contra el emperador bizantino para arrebatarle esos dominios del Sur de España”⁸⁹.

Tiempo después, esta misma exención de la península ibérica ante el Imperio, se hace aplicable frente al Sacro Imperio Romano-Germánico. Citando nuevamente a ANTONIO PEREZ MARTIN, los juristas de los reinos hispánicos justifican esta postura de diversas maneras: 1) *El derecho de conquista. Si los hispanos, sin ayuda del Emperador, conquistaron a los moros el territorio hispano, son soberanos y no están sometidos al Imperio.* 2) *La exención de hecho, apoyándose en la decretal "Per Venerabiles" de Inocencio III: "Transigen et Hispani non obligantur romanis legibus... Proditae sunt autem illis tantum qui sub imperio romano sunt".* 3) *La prescripción inmemorial,* 4) *La concesión de los emperadores romanos y del pueblo romano*⁹⁰. Los reyes hispanos, por tanto, reciben su poder directamente de Dios y no dependen del Emperador ni del Papa.

Ahora bien, tal como sucede a nivel Europeo, en el territorio español no se dio una recepción o una resistencia al *ius commune* de forma homogénea entre los diversos reinos. Cataluña, por ejemplo, lindaba con el sur de Francia y fue bastante proclive a la aceptación del *ius commune*, mientras que Navarra fue mucho más adversa a la idea de un derecho extranjero como vinculante. Sin embargo, esto no significó un impedimento para su recepción normativa en forma de costumbre en Navarra. Más aún, su desarrollo en las universidades llevó a que el Derecho romano justinianeo fuera establecido legalmente como derecho supletorio por las Cortes de Pamplona de 1576. En el caso de Valencia, se elabora la *Costum* y los *Furs* de Jaime I sobre los textos de Derecho común, y especialmente sobre el Digesto del *Corpus Iuris civilis*, aunque se prohíbe el uso directo del *ius commune* para resolver conflictos jurídicos durante estos primeros años⁹¹.

Por otro lado, si bien es cierto que varios de estos debieron desligarse de la autoridad imperial una vez que se encontraban consolidados y el Sacro Imperio se encontraba en declive ya para el siglo XIII, algunos reinos asumieron el ejercicio de su plena potestad de forma directa. Este es el caso de Castilla⁹².

Castilla

Como se verá más adelante, en el reino de Castilla el *ius commune* se tuvo en cuenta para la práctica jurídica pues se reconoció su utilidad para combatir la pluralidad normativa que aquejó a los monarcas de los primeros siglos del medioevo. De esta forma, durante el reinado de Alfonso X en el siglo XIII se elaboran las Siete Partidas, para cuya redacción se utilizan una cantidad importante de fuentes romanas⁹³. Esto permitió la recepción del Derecho romano en el reino castellano, tanto en el

⁸⁹ PÉREZ MARTÍN, Antonio, *La institución real del m. y en las Partidas*, en *Cahiers de linguistique hispanique médiévale* (2000), p. 308

⁹⁰ *Ibid*, pp. 309-310

⁹¹ MARZAL RODRÍGUEZ, Pascual, *El ius Commune como derecho supletorio en Valencia*, en *Glossae Revista de Historia del Derecho Europeo* 5 (1993), pp. 400-411

⁹² BERNARD MAINAR, Rafael, cit. (n. 31)

⁹³ Sobre lo anterior, PÉREZ MARTÍN, Antonio, *Fuentes romanas en las Partidas*, en *Glossae. revista de historia del derecho europeo* 4 (1992), pp. 215-246

territorio continental como en sus colonias americanas. Esto será estudiado con mayor profundidad en el siguiente capítulo, debido a su relevancia para la tradición jurídica chilena.

III. DERECHO COMÚN EN LA ÉPOCA MODERNA.

1. Introducción.

La etapa de formación⁹⁴ del sistema de *ius commune* en la Edad Media, tal como se analizó en el capítulo anterior, continua desarrollándose en el tiempo y esto trae consigo diversas consecuencias en los años posteriores. Ya en el siglo XIV d.C. se puede apreciar una consolidación del *ius commune* en Europa occidental, y por tanto, una unidad del derecho consistente en un equilibrio entre derecho común romano-canónico y *ius proprium*, así como una universalidad de la ciencia jurídica⁹⁵, en la que juristas civiles y canónicos tenían un papel protagónico. Esta ciencia fue prontamente difundida por Europa gracias al trabajo de las universidades y de los comentaristas, y su espíritu impregnó los ordenamientos locales, de tal forma que este derecho propio era interpretado y adaptado al derecho común del Imperio.

Este sistema de *ius commune* comienza a presentar su primera crisis en los momentos iniciales de la Época Moderna, con la progresiva e irreversible disolución del orden medieval. La reforma luterana del siglo XVI d.C. constituye el golpe final a la *Respublica Christiana*, que ya había sufrido con el Cisma de Occidente (1348-417 d.C). Frente a esta falta de cohesión religiosa, que había resultado fundamental para la unidad europea medieval, se debilita una de las potencias pilares para el correcto funcionamiento del sistema de *ius commune*.

Ya en el siglo XV la relación entre el Derecho común y propio comienza a cambiar y el *ius commune* se muestra ineficiente e inadecuado para responder a las exigencias sociales y jurídicas de la nueva realidad europea. Así, surgen nuevas corrientes de pensamiento, entre las que encontramos el humanismo, la segunda escolástica y el iusnaturalismo, los cuales, como se verá, se manifiestan críticos de este sistema.

Por otro lado, con el siglo XVIII Europa experimenta un cambio en cuanto a su contexto político con la irrupción de los Estados absolutistas y junto a este se forman tendencias racionalistas que pretenden formar un sistema legal uniforme⁹⁶. Un último cambio se experimenta con el crecimiento de la ley regia como fuente de derecho, lo que se manifiesta claramente en diversos cuerpos normativos como aquellos tempranos de Alcalá y Toro. Es por lo anterior que se limita el campo de acción de la doctrina de los autores y se produce un declive en la literatura jurídica. Sin embargo, ninguno de estos cambios se producen de forma uniforme en todo el continente y aún en los momentos en los que el *ius commune* había perdido gran parte de su vigencia seguía siendo

⁹⁴ Salinas Araneda, en *Una aproximación al derecho canónico*, cit.(n. 48), hace referencia a una constante histórica que se encuentra en la generalidad de los ordenamientos jurídicos. Así, estas pasan por diversas etapas, siendo la primera de ellas un período de formación o “período clásico”, prolongado en el tiempo y que se caracteriza por ser un período de esplendor y continuo perfeccionamiento. Le sigue a este un período “post-clásico” de declive. Si bien el autor está haciendo referencia a la evolución del derecho canónico, estimamos que está misma separación tiene cabida en este caso.

⁹⁵ Reseña de RODRIGUEZ-MONTERO, Ramón, *La Europa del Derecho Común*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (1998) 2, pp. 799-807.

⁹⁶ TAU ANZOATEGUI, Victor, *El jurista en el nuevo mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidad* (Berlín, Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History, 2016) 7, p. 110

utilizado como el único derecho científico. Por lo demás, el descubrimiento europeo de América y la incorporación de aquellos territorios a la corona de Castilla, como se estudiará en la segunda parte de este capítulo, introduce una manifestación especial y particular del sistema de Derecho común europeo.

2. Desarrollo europeo

El Derecho común, como se tuvo la oportunidad de mencionar en el capítulo precedente, no logró una aplicación uniforme espacial durante toda la Época Moderna. En esta sección se analizará las corrientes de pensamiento predominantes la época, esto es, el *mos italicus* y el *mos gallicus*. En segundo lugar, y siguiendo el criterio historiográfico clásico del desarrollo del Derecho común, el racionalismo iusnaturalista y el declive del sistema del *ius commune* en favor del Derecho natural. Luego se estudiará el caso particular castellano, por la relevancia que tiene para el ingreso del *ius commune* en el continente americano.

a) *Mos italicus*

La doctrina jurídica italiana es también denominada como “bartolismo”, puesto que su mayor exponente fue Bártolo de Sassoferrato (1314-1357 d.C.), quien dedica su vida a la enseñanza, impartiendo clases en Pisa y Perusa. Su obra, plasmada en sus *Commentaria iuris civilis* y en diversos tratados, se extienden rápidamente. Su importancia para a materia que estamos tratando radica en llevar al *Corpus iuris justinianeo* al ámbito del saber práctico, más allá del meramente académico⁹⁷.

El *mos italicus*, o bartolismo, comenzó a desarrollarse a fines de la Edad Media por la escuela de los glosadores hasta que ésta, por tratarse de un método que se limitaba a la letra del texto estudiado, comienza a agotarse. El método utilizado a continuación se denominó “comentario”. que continúa el trabajo dejado por los glosadores. Es debido a lo anterior que el *mos italicus* se transforma a inicios de la Época Moderna en “*un saber científico altamente sofisticado*”⁹⁸, transformándose en un Derecho Jurisprudencial que regía con bastante autoridad, sobre todo en Italia, Alemania, España y Países Bajos.

Los juristas del *mos italicus*, tal como lo hicieron los juristas medievales en su tiempo, tenían la visión de un Derecho romano como insuperable, y por lo mismo lo estudiaban en bloque, sin espíritu crítico. Veían en él una *ratio scripta* o *donum dei*, y centran sus esfuerzos en interpretarla, de modo que sus producciones adoptaban un espíritu de sumisión completa a este. Así, bien es sabido que Baldo de Ubadis, discípulo de Bártolo, consideraba como “*temerarium enfrentarse a la opinión común de los autores o communis opinio*”⁹⁹, siendo este el mejor criterio de interpretación. Su escasa cultura humanística evitó que estos autores se preocuparan de buscar la historia y el origen de los textos que estudiaban, por lo que se produce un distanciamiento de sus fuentes romano-canónicas. Es más, estos juristas actuaban siguiendo un principio de autoridad¹⁰⁰, en el este caso el Derecho romano, buscando de modo exhaustivo un *argumentum ad auctoritatem*.

⁹⁷ GARCÍA Y GARCÍA, Antonio – ANDRÉS, Francisco, cit. (n. 21), p. 176

⁹⁸ *Ibid*, p. 178

⁹⁹ GARCÍA Y GARCÍA, Antonio – ANDRÉS, Francisco, cit. (n. 21), p. 179

¹⁰⁰ CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, “*Mos italicus*”, “*mos gallicus*” y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología a jurídiva (Vittorio Klosterman, 1977), p. 109

Ahora bien, el método aplicado por la corriente de pensamiento del *mos italicus* para desarrollar el estudio del Derecho romano, y así, del derecho común, es de una aplicación directa del mismo a la realidad social de su tiempo, sin mayor preocupación de las diferencias temporales, políticas e históricas de ambas épocas. Se caracteriza por la prevalencia de la actividad docente sobre la forense, siendo la exégesis la actividad más importante. Los exponentes del bartolismo, al buscar la *ratio legis*, aplican un análisis dialéctico al *Corpus iuris civile* para encontrar aquellos principios generales aplicables a todas las necesidades prácticas. Así, se emplea un método puramente casuístico, con una visión del *Corpus* como un texto con interés puramente práctico, y por lo mismo el *mos italicus* carece de un desarrollo que implique una visión panorámica del Derecho.

Lo que explica la aparición de una segunda corriente de pensamiento, que a continuación se estudiará, es la degeneración del *mos italicus*. Así, los juristas de la doctrina italiana y su método de estudio y desarrollo del derecho ya llevaban un tiempo siendo cuestionados por sus contemporáneos, ejemplo claro de esto se encuentra en Petrarca (1304-1374 d.C.): “*La mayor parte de nuestros legistas poco o nada cuidan el conocimiento de los orígenes del derecho y de los primeros padres de la jurisprudencia, sólo se interesan por las ganancias que pueden conseguir en su profesión, quedan satisfechos con lo que las leyes dicen sobre los contratos, juicios y testamentos, y no piensan que el conocimiento de las artes, la historia y los autores son de gran ayuda para el uso práctico de las mismas*”¹⁰¹.

Se puede, en líneas generales, formular dos críticas principales a esta doctrina. En primer lugar, se les acusa de tergiversar los textos legales romanos, a través de la multiplicidad de comentarios que se les adherían, como también por dejar de lado determinadas materias como el derecho procesal y penal¹⁰². La antigüedad debía ser por tanto restaurada. Una segunda observación se da en relación a la esterilidad de las ideas y falta de originalidad de la forma como se trata el Derecho estudiado, que convierte al *mos italicus* en un método poco apto para responder a las necesidades reales de la nueva era.

b) *Mos gallicus*.

El Humanismo¹⁰³ Jurídico o *mos gallicus* nació en el siglo XVI y es difundido desde Francia por toda Europa, aunque con diversos grados de aceptación¹⁰⁴. Su nacimiento se asocia al jurista Andrea Alciato (1492-1550 d.C.) quien, como la generalidad de los juristas de su tiempo, responde a la tradición del sistema de *ius commune*. A pesar de ser originario de Italia, no es bien recibido por sus connacionales por lo que crea una escuela en la universidad francesa de Bourges, que experimentó tal difusión que pasó a ser denominada como *mos gallicus*. Entre sus obras se encuentran *Paradoxorum ad pratum libri sex*, *Dispunctionum libri quattuor* y *Praetermissorum libri duo*, que se caracterizan por aplicar métodos filológicos-históricos en la interpretación del *Corpus iuris*¹⁰⁵.

¹⁰¹ PETRARCA, *Epistolae de rebus familiaribus et variae*, XX, 4, cita por MARTINEZ NEIRA, Manuel, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes (preambulo)*, (traducción por Adela Mora Cañada, Madrid, 2013), p. 14

¹⁰² GARCÍA Y GARCÍA, Antonio, *El derecho común en Castilla durante el siglo XIII*, en *European Journal of Legal History* (1993-1994), pp. 45-74

¹⁰³ El Humanismo como fenómeno surge en el siglo XIV y abarca diversos ámbitos de la sociedad, rompiendo con la tradición escolástica que dejaba de lado las ciencias naturales y apelaba a la verdad teológica, proponiendo en su lugar el recurso a la verdad racional y la exaltación de la figura humana. En lo que respecta al *mos gallicus*, este se pronuncia sobre la esfera jurídica del Humanismo.

¹⁰⁴ Tuvo, por ejemplo, poca aceptación en España y en Italia, debido a la influencia que tenía el *mos italicus* en estas regiones.

¹⁰⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Tercera parte: juristas de los siglos xvi y xvii (de Zasius a Montesquieu)*, ahora, en DOMINGO, Rafael (coordinador) *Juristas universales* (Madrid, 2004) 1, pp. 1-47

El *mos gallicus* aparece, como se mencionó anteriormente, como crítica al *mos italicus* por su falta de competencia para tratar el Derecho, así como por su falta de interés en tratar temas que a parecer de los humanistas era fundamental para estudiar el Derecho, tales como, por ejemplo, el latín. Sin embargo, la real diferencia entre ambos no es la superación de la reverencia a la antigüedad clásica, sino que se presentan como direcciones metodológicas distintas para abordar su estudio.

Así, estos hombres pretenden llevar a cabo una *renovatio* o renovación de la cultura jurídica¹⁰⁶. Los humanistas pretenden convertir a la norma jurídica romana en objeto de la historia para encontrar su sentido verdadero, vigencia y recomponer de forma íntegra el Derecho de Roma, depurando de forma crítica los textos que estimaron corrompidos. Un ejemplo se encuentra con el jurista portugués Benedicto Pinellus, que al citar al *Corpus iuris* lo hace de forma directa, exponiendo el texto mismo y no meramente una alusión a donde encontrarlo, dejando en segundo plano los comentarios hechos por los exponentes de la otra escuela¹⁰⁷.

Los juristas humanistas tienen por pretensión reordenar las obras que componen el *Corpus iuris*, de forma cronológica y tal como suponen que estaban ubicadas antes de ser “desordenadas” en la elaboración de la obra de Justiniano. Esto se conoce por el término de “Antitribonianismo”, y se basa en una crítica a los juristas encargados de la compilación justiniana. Comienza con Lorenzo Valla (1406-1457 d.C.) y su obra *Epístola contra Bartolum* de 1433 d.C, quien dirige su crítica contra Justiniano, pero sobre todo contra los seguidores de la escolástica y de Bartolo¹⁰⁸.

A Lorenzo Valla lo acompaña en esta opinión Maffeo Vegio (c. 1406-1458 d.C) con su tratado *De verborum significatione*. MANUEL MARTÍNEZ NEIRA se refiere a dicha obra: “En el preámbulo de esta obra culpaba a Triboniano de la decadencia de los estudios jurídicos: si Triboniano no hubiese desfigurado la jurisprudencia clásica –afirmaba–, esta no se habría descuidado y sustituido por los confusos comentarios de Bartolo y de los otros comentaristas¹⁰⁹”.

Los autores del *mos gallicus* no ven al Derecho romano como temporal ni universal, sino que como Derecho propio de Roma. El nuevo método de trabajarlo implicaba su depuración para distinguir los elementos que podían permanecer vigentes en un plano, esta vez, nacional¹¹⁰. Lo relevante, es que esto produjo que el Derecho romano perdiera su calidad de *ratio scripta*, por lo que se debió encontrar una nueva idea de derecho que permitiera encontrar una respuesta jurídica satisfactoria a cuestiones tales como el “fundamento, naturaleza y límites del poder político”¹¹¹. Finalmente, como se verá, esta corriente permitirá abrir el paso al racionalismo

Ahora bien, *ius commune* medieval era “sustancialmente un derecho de juristas y no de leyes”, por lo que si el *mos gallicus* o cualquier otro movimiento intelectual pretendían superar a dicho sistema, esto no podía ser a través de cambios legislativos en el Derecho Vigente, sino que influenciando el

¹⁰⁶ CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, cit. (n.100)

¹⁰⁷ *Ibid*, p. 124

¹⁰⁸ MARTINEZ NEIRA, Manuel, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes (preámbulo)*, ahora, en HOTMAN, Francois, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes* (traducción por Adela Mora Cañada, Madrid, 2013), p. 14

¹⁰⁹ *Ibid*, p. 15

¹¹⁰ CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, cit. (n.100), p.109

¹¹¹ *Ibid.*, p. 165

pensamiento de los juristas para incidir en el Derecho práctico y así igualar en autoridad a los juristas del Derecho común frente a tribunales¹¹².

3. *Ius Commune* en Castilla.

Como ya se adelantó, España, fragmentada territorialmente, tuvo una recepción igualmente dispar en los diversos reinos que la integraban. El caso castellano será tratado en este trabajo con especial detención por su relación con las colonias americanas y el ingreso y recepción del *ius commune* en las mismas.

ANTONIO PÉREZ MARTÍN¹¹³ habla sobre las tres fases del desarrollo del *ius commune* en Castilla. La primera fase, que corresponde a los siglos XI y XIII, es de un carácter muy incipiente, caracterizado por la presencia de estudiantes hispanos en la escuela de Bolonia. Es en la segunda fase (s XIII) donde se puede hablar de una recepción del Derecho romano-canónico propiamente tal. Muestra de esto es la extensa obra legislativa de Alfonso X (1284 d.C.), tal como el Espéculo (1255 d.C.), el Setenario, el Fuero Real (1255/1268 d.C.) y, principalmente, las Siete Partidas (1256-1265 d.C.), esta última, debido a su importancia, será tratada más adelante. De igual forma es en esta época que se forman las universidades de Salamanca (1218) y de Valladolid (1250 d.C.). En el último período (siglo XIV y XV) se manifiesta una consolidación del derecho común como Derecho culto, influyendo en el Derecho nacional.

En Castilla se desarrolla de forma paralela al *mos gallicus* un movimiento denominado “segunda escolástica” o “neoescolástica”. Su fundador, Francisco de Vitoria (siglo XVI), pretende dejar de lado el *ius commune* en favor del *ius naturale*, pues el primero era insuficiente para hacer frente a la nueva realidad que implicó el descubrimiento de América y el sometimiento de los pueblos indios por la corona castellana.

Para entender como se desarrolló el Derecho castellano y su relación con el *ius commune*, que desde ya adelantamos que fue determinado por la idea de *exemptio imperii*, hay que atender a los diversos cuerpos normativos que a él se refieren, con particularidad aquel de las Siete Partidas. En un segundo lugar se estudiará el caso de la escuela de Salamanca por su rol en dicho proceso, y por sobre todo, por su relevancia para el caso americano.

a) Las Siete Partidas: el *ius commune* en la normativa castellana.

El *ius commune* medieval fue objeto de extensa regulación en Castilla. En este apartado se mencionará algunos de las normativas que se refieren a él, así como lo que significó cada una para su desarrollo.

Las Siete Partidas es un código normativo redactado durante el reinado de Alfonso X (1252-1284 d.C.). Esta obra consistió en una nueva redacción y ordenación sistemática del *Corpus iuris* y de sus glosas, que comprendía Derecho eclesiástico, público, procesal, penal y privado. Este código, siguiendo la idea de un Derecho local interpretado bajo la luz del Derecho común, era básicamente una traducción libre de textos romano-canónicos, tal como los trabajaron al ser una auténtica

¹¹² GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (2ª edición, Legal Publishing Chile, Santiago, 2013) 1, p. 74

¹¹³ PÉREZ, Martín, *El derecho común y la Unión Europea*, en *Anales De Derecho* 13 (1995), 183-196

enciclopedia jurídica, fue utilizada como material didascálico, pero también fue un texto legal vinculante y como tal fue aplicado por tribunales reales. Tuvo la característica de permitir la entrada del *ius commune*, si bien no como Derecho común de un Imperio, más bien como Derecho real emitido por el rey, que suponía el Derecho romano. Así, las Partidas consolidan la idea de *exceptio ab imperio* o *exemptio imperii*, reafirmando que el rey castellano tiene todos los poderes que el emperador tiene en su Imperio, ya sea de administrar, legislar o juzgar. Al mismo tiempo, sin embargo, permiten la recepción del Derecho romano-canónico común en Castilla, bajo la forma de un Derecho nacional.

Este Código normativo subsistió hasta ser reemplazado en 1348 d.C. por el Ordenamiento de Alcalá, el cual establece un Orden de prelación en la ley primera de su título XXVIII, que luego será reiterado por las Leyes de Toro (1505 d.C.). Según éstas, los impartidores de justicia deberán respetar en sus resoluciones el orden siguiente: 1) Legislación real; 2) Fueros municipales y Fuero Real, en caso de estar este último en vigor; 3) Las Siete Partidas. Este Orden de prelación mantiene su vigencia por siglos, siendo incluso reiterado por la Novísima Recopilación de 1805 d.C.

Según este Orden, antes mencionado, si bien quedarían excluidas la aplicación directa de textos de índole romano-canónico para los jueces, se permite a los juristas o letrados seguir alegando el *ius commune*¹¹⁴, al mantenerse vigente la ley 10 de la normativa de Briviesca (1387 d.C.). En este mismo sentido, la Pragmática de Juan II de 1427 d.C. sobre alegaciones de juristas del *ius commune* lo reitera. Ahora bien, la observancia a este orden de prelación no siempre fue respetado por los juristas, quienes recurrían al Derecho romano-canónico como Derecho supletorio y considerándolo como Derecho científico.

b) Universidad de Salamanca

En este capítulo se realizó un estudio, a grandes rasgos, el estado general del *ius commune* en la Época Moderna desde una perspectiva europea. Se continuó con una visión más reducida, correspondiente a Castilla. Sin abandonarla aun, en este último punto se verá brevemente el caso de la universidad de Salamanca, por haber sido un elemento protagónico en el desarrollo del sistema de *ius commune* en Castilla, y por lo mismo, en América.

La Universidad de Salamanca fue fundada en el año 1218 d.C, y de lo poco que se sabe de sus primeros años, al ser considerablemente menos influyente y con una producción mucho menor que sus contemporáneas italianas y francesas, es que fue beneficiada por la carta magna de Alfonso X, que entre otras cosas preveía un sueldo para un maestro de leyes, así como para los de decretos y dos para los de decretales. Es debido a lo anterior que pudo evitar una vida efímera como fue el destino de otras universidades españolas de la época, tal como fue el caso de Palencia¹¹⁵. Pero lo cierto es que su producción jurídica y literaria fue más bien desconocida, hasta entrado el siglo XV, donde su fama e influencia cambió radicalmente.

Los estudiantes y maestros de la Universidad de Salamanca eran los grandes comentaristas castellanos, y es en sus aulas que desarrollaban el estudio del Derecho común, tanto regio como el

¹¹⁴ ROJO GALLEGO-BURÍN, Marina, cit. (n. 1), p. 9

¹¹⁵ Fundada en 1212 d.C, se piensa que hubo haber desaparecido por 1264.

judicial. Es decir, se estudia un Derecho vigente para el reino, sin dejar de lado el *ius commune* por ser una base doctrinal indispensable¹¹⁶.

En el contexto del estudio del Derecho común, el Derecho romano se estudiaba como base doctrinal el *Corpus iuris* de Justiniano, en cátedras de Instituta, Código y Digesto. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, en su obra “*El jurista en el Nuevo Mundo: Pensamiento, Doctrina, Mentalidad*”, hace mención del método de enseñanza empleado por la Universidad de Salamanca y paralelamente por las universidades indianas: “(...) los catedráticos leían (el *Corpus iuris*) en fragmentos escogidos y comentaban en relación al caso presentado siguiendo las alternativas y variantes ofrecidas por autores antiguos y modernos para adiestrar a los estudiantes en la consideración de los problemas jurídicos y la articulación de la argumentación en torno al caso”¹¹⁷. Por lo mismo, el estudio de los textos romanos que constituían el Derecho común no era de ninguna forma pasiva, aunque la autoridad de los mismos estaba limitada en cierta forma por los textos legales locales, tales como el Fuero Real, las Partidas, las Recopilaciones, los fueros y las costumbres. No perdían, sin embargo, su lugar protagónico debido al ordenamiento con impronta casuista en la que se regían¹¹⁸.

Pero, y como el *ius commune* de la tradición medieval no podía ser concebido sin el elemento eclesiástico, también el Derecho canónico formó parte del programa curricular universitario, con cátedras de Decreto y Decretales. Esto no es nada nuevo. Durante estos años iniciales se mantiene la idea que puede ser manifestada por el aforismo de los comentaristas medievales: “*Civilista sine canonista, parum valet, canonista sine civilista, nihil*”, esto es, el civilista sin el canonista, vale poco, el canonista sin el civilista, nada.

En otras palabras, el ideal del *utrumque ius* se mantiene, aunque debilitado en la práctica jurídica, con fuerza de Derecho culto y científico. Esta visión cambia en los tiempos de la Ilustración, donde se promueven diversas modificaciones a modo de ajustarla con la realidad de la época. Estas nuevas propuestas son enumeradas por FERNANDO BETANCOURT-SERNA, en su obra *Don Elio Antonio de Nebrija: Jurista del Utrumque Ius*. A saber: “*i) secularizar el ius civile, ii) promover el ius proprium, iii) esa promoción del ius proprium o patrium formulado en las lenguas vernáculas, iv) el ius proprium o patrium codificado; códigos que no son más que ius commune con matices nacionales y v) coherentemente con los ideales anteriores, las naciones europeas e hispanoamericanas introdujeron durante los siglos XIX y XX las cátedras de historia del Derecho (nacional)*”¹¹⁹.

Por lo demás, entre los académicos ilustres de de la Universidad de Salamanca se encuentra el fraile dominico Francisco de Vitoria (c. 1483-1546 d.C.), que introduce a los estudios teológicos de la Universidad por primera vez las *Summa teologiae* del escolástico Tomás de Aquino (c. 1224-1274 d.C.), que posibilitó el desarrollo de la actividad académica del escolasticismo tardío en España y América¹²⁰. Vitoria, por su importancia en el derecho indiano, volverá a ser tratado en el siguiente apartado correspondiente al ingreso y desarrollo del *ius commune* en América, particularmente durante el período colonial.

¹¹⁶ TAU ANZOÁTEGUI, Victor, cit. (n. 96)

¹¹⁷ TAU ANZOÁTEGUI, Victor, cit. (n. 96)

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ BETANCOURT-SERNA, Fernando, *Don Elio Antonio de Nebrija: Jurista del Utrumque Ius*, en *Facultad de Derecho y ciencias políticas* 43 (2013) 118, pp. 143-166

¹²⁰ BIRR, Christiane, *Before Vitoria. Early Theological and Juridical Responses to the Spanish Expansion*, en *Journal of the Max Planck Institute for European Legal History* 26 (2018), pp. 234-235

4. *Ius Commune* en América.

Habiendo estudiado cómo se siguió desarrollando el sistema de *ius commune* en Europa durante la Época Moderna, se verá en esta segunda y última parte del presente capítulo, el caso americano. Se expone la idea presentada en la sección introductoria del mismo, que afirma que la aplicación o estudio del derecho común no fue uniforme en un sentido geográfico y temporal. De igual forma, posibilita una apreciación del largo recorrido que un concepto jurídico puede experimentar, puesto que este excede su campo de aplicación y se extendió mucho más allá de las fronteras de Roma.

a) Recepción del sistema de *ius commune*.

Una primera afirmación sobre el caso del “Nuevo Mundo”, a modo de contextualización histórica, es que éste, aún antes de haber sido descubierto, queda sometido bajo la corona castellana y recibe de forma íntegra el Derecho de la misma, tal como aparecía en las Siete Partidas. Esta decisión política fue tomada en Europa, y no en los nuevos territorios, principalmente en dos ocasiones. En primer lugar, el 17 de abril de 1492 d.C. en virtud del acuerdo celebrado entre los Reyes Católicos y Colón, previo a la travesía de este y que tomó por nombre Capitulaciones de Santa Fe, y en segundo lugar en ocasión a las bulas de Alejandro VI de 1493 d.C. Es a través de estas que el Papa concede a los Reyes castellanos y a sus herederos un título de dominio legítimo e incuestionable sobre las “islas remotísimas y las tierras firmes”, tanto descubiertas como la que estuvieran por descubrir.

El fundamento jurídico para el sometimiento de los nuevos territorios fue el Derecho común, el que determinaba que debía regir un Derecho de dominio y autoridad plena, siguiendo los principios de la *Respublica Christiana*. Para esto, se hace uso de la doctrina de las Tierras Vacantes, según la cual se consideran *res nullius* aquellas tierras ocupadas por infieles, a quienes no se les reconoce personalidad y por tanto carecen de derechos sobre las mismas. Es más, si estos infieles no bautizados turban el dominio legítimo de un príncipe cristiano sobre su territorio, esto daría lugar a una guerra justa¹²¹.

De igual forma, los principios del *ius commune* dieron las directrices sobre como organizar territorial y socialmente los nuevos de una manera idéntica a la castellana, lo que sería posible a través de virreinos o *vicariatus*¹²². Los juristas del *ius commune* distinguían dos métodos de unión entre territorios o reinos, estos son, *aeque principaliter* y accesorio¹²³. En cuanto al primero, y siguiendo las palabras del jurista español Crespi de Valldaura (1599-1671 d.C.), se refiere a aquella unión en la que “(...) las provincias mantienen su propia naturaleza y de forma separada, como si siguieran siendo gobernados por los mismos príncipes previos a dicha unión, conservando la misma ley como si siguieran separados¹²⁴”. Las nuevas colonias sin embargo fueron adheridas por una unión accesorio, es decir, bajo la ley de

¹²¹ VIEJO XIMÉNEZ, José Miguel, “*Totus orbis, qui aliquo modo est una republica*” Francisco de Vitoria, *el derecho de gentes y la expansión atlántica castellana*, en *Revista de estudios histórico-jurídicos* 26 (2004), pp. 359-391

¹²² GARCÍA GALLO, Alfonso, *Derecho común ante el nuevo mundo*, en *Revista de estudios políticos* 80 (1955), pp. 138-152

¹²³ GARCÍA PEREZ, Rafael, *Revisiting the America's Colonial Status under the Spanish Monarchy*, ahora, en DUVE, Thomas – PIHLAJAMAKI, Heikki (editores) *New Horizons in Spanish Colonial Law Contributions to Transnational Early Modern Legal History* (Berlín, Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History, 2016) 3, p. 46

¹²⁴ CRESPI DE VALDAURA (1677), citado de GARCÍA PEREZ, Rafael, cit. (n.123), p. 46

Castilla y por lo mismo, actuando bajo la limitada visión de Europa como único mundo con desarrollo jurídico¹²⁵.

El tratamiento de los territorios americanos como mera extensión de Castilla prontamente debió enfrentarse a la notable diferencia étnica, social, cultural y económica entre ambas realidades. Los juristas hispanos de la época repararon en la imposibilidad de una aplicación directa del Derecho castellano en las colonias, como se pretendió en un primer momento, y que por lo mismo sus respuestas no eran satisfactorias.

b) Insuficiencia del *ius commune* en el nuevo mundo.

Frente a la crisis anteriormente aludida, Castilla encuentra una solución que no implica abandonar el *ius commune* y el sistema de unión accesoria gracias al que se imponía en América. Así, por real cédula de Carlos I de España y V de Alemania, se admite la coexistencia de varios sistemas jurídicos, siguiendo la experiencia de la tradición del sistema de *ius commune* europeo, donde Derecho común convive con Derecho propio en un todo unitario. Este sistema se estructuró de la siguiente manera:

- 1) Derecho indiano¹²⁶ propiamente tal, que se conoce también como Derecho español colonial o Derecho indiano en sentido estricto. Este es creado específicamente para las Indias y es una variante del derecho castellano, teniendo por tanto un carácter de norma particular frente a un Derecho común, el cual sería el Derecho *propium* castellano¹²⁷;
- 2) Derecho *propium* castellano, utilizado de forma subsidiaria cuando el primero no tenía solución al caso concreto y cuyo contenido se encontraba mayormente en las Siete Partidas, lo que permite la entrada del *ius commune* romano al nuevo mundo; y
- 3) Derechos indígenas, creado por y para los pueblos originarios¹²⁸, creando así una división social asimétrica entre aquellos que no son regidos por este último frente aquellos que sí lo son, siguiendo el principio de personalidad de las leyes¹²⁹.

Esta estructura quedó plasmada en diversa legislación escrita, la cual gran parte sería luego recogida en la Recopilación de Indias de 1680¹³⁰. Se mantiene el esquema europeo, en el que se reconoce un derecho propio y un Derecho común dentro del mismo sistema. La diferencia más significativa radica en que el Derecho castellano, que era *ius propium* de Castilla frente el *ius commune* medieval europeo, se convierte en *ius commune* frente al *ius propium* indiano.

¹²⁵ GARCÍA GALLO, Alfonso, cit. (n. 122) p. 138

¹²⁶ BERNARDINO BRAVO LIRA, se refiere a este vocablo: “El termino indiano tiene un alcance general. Designa una época dentro de la historia de América española, que abarca desde el descubrimiento hasta la independencia, y las distintas manifestaciones históricas de ella, como son el arte y la literatura indiano, la población y la sociedad indiana, la política y el Derecho indiano. Esta palabra data de esa época”. Lo anterior en BRAVO LIRA, Bernardino, *El Derecho Indiano y sus raíces europeas: Derecho común y propio de Castilla* 58, en *Anuario de historia del derecho español* (1988), p. 6

¹²⁷ VIEJO XIMÉNEZ, José Miguel, cit. (n. 121)

¹²⁸ PIHLAJAMAKI Heikki, *The Westernization of Police Regulation: Spanish and British Colonial Laws Compared*, ahora, en DUVE, Thomas – PIHLAJAMAKI Heikki (editores) *New Horizons in Spanish Colonial Law Contributions to Transnational Early Modern Legal History* (Berlin, Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History, 2016) 3

¹²⁹ GARCÍA GALLO, Alfonso, cit. (n. 122)

¹³⁰ Cuerpo normativo dictado por la corona castellana que consistía, como su nombre lo indica, en una recopilación de todas las leyes que eran aprobadas por la corona para ser aplicadas en las colonias americanas.

Ahora bien, considerando las limitaciones a la libertad de los grupos indígenas, unido a los abusos que se presentaron más adelante cuando se buscó impulsar la economía de Antillas forzándolos a trabajar a través de las encomiendas, obligó a buscar una mejor solución para la regulación normativa referente a los pueblos originarios. Así, en la Junta de Burgos de 1512 se plantea y discute la autoridad legítima misma del Rey castellano sobre los indígenas, pero siempre sobre la base del *ius commune*.

Cabe señalar que desde la llegada de la corona castellana al “nuevo mundo” se evidenció la debilidad e injusticia del sistema de *ius commune* europeo y su ineficiencia para hacerse cargo de la realidad americana, por lo que pronto se cuestionó su validez.

c) Labor de los dominicos: Derecho natural.

Intentos iniciales: Bartolomé de las Casas.

Siguiendo los pasos del fray Antonio de Montesinos (1475-1540 d.C), fray Bartolomé de las Casas (circa 1566 d.C) se confronta a los abusos y la injusticia hacia los indígenas que era justificada por los principios del *ius commune*, y presenta una tesis que consistía en su reemplazo por el Derecho natural, basado en las enseñanzas de la escolástica. Según éste, los indígenas eran libres, y no sometidos a la corona castellana.

La propuesta de Bartolomé de las Casas, sin embargo, no constituía un sistema normativo suficiente, puesto a que redujo el Derecho natural a aquel Derecho aplicable a los pueblos que no eran regidos por otras leyes, por lo que su idea no prosperó¹³¹.

Francisco de Vitoria

Francisco de Vitoria (1483-1546 d.C), fue un fraile dominico y teólogo español, principal propulsor de la neoescolástica. Como catedrático de la universidad de Salamanca, dicta quince reelecciones cuyo contenido sería expuesto en monografías entre 1536 y 1539 d.C. y que dicen relación con el descubrimiento y control de las nuevas tierras descubiertas en América, así como un análisis sobre el origen y fundamento del poder, tanto secular o civil como eclesiástico¹³². En estos, conduce una reevaluación del sistema de *ius commune*, el cual se ve superado por una nueva realidad cultural y política heterogénea y se demuestra como un Derecho extensible únicamente a la Europa cristiana¹³³. Sin embargo, esto provocaría la ausencia de un Derecho superior capaz de evitar o resolver conflictos entre los pueblos, ya sean cristianos o paganos.

Frente a lo anterior, Vitoria propone el *ius gentium* como aplicable a la totalidad del Orbe¹³⁴. Toma como inspiración la definición ya recogida de este concepto en las Instituciones de Justiniano,

¹³² VIEJO XIMÉNEZ, José Miguel, cit. (n. 121)

¹³³ GARCÍA GALLO, Alfonso, cit. (n. 122)

¹³⁴ VIEJO XIMÉNEZ, explica la noción de todo el Orbe: “La noción de república se convierte así en referente necesario para explicar y comprender el concepto de todo el orbe. El razonamiento sería el siguiente: de la misma manera que las repúblicas civiles son agrupaciones naturales formadas por individuos sometidos a una autoridad, existe otra agrupación o comunidad natural de repúblicas, en la que también se ejerce una autoridad; y así como las leyes civiles obligan a los ciudadanos y a sus legisladores porque han sido dadas por la autoridad de toda la república, el derecho de gentes, que ha sido dado por la autoridad de todo el orbe, vincula a todas las naciones.” VIEJO XIMÉNEZ, José Miguel, cit. (n. 121), p. 371.

que al mismo tiempo fundamenta la validez y obligatoriedad de este *ius gentium*¹³⁵, que sería un Derecho natural¹³⁶. Dice Vitoria“(...) *el que la razón natural establece entre todos los hombres, este es igualmente observado en todos los pueblos y se llama derecho de gentes*¹³⁷”. Vitoria, sin embargo, introduce una variación a esta definición para hacer válido este Derecho en ámbito de relaciones internacionales. Así, la primera parte del concepto dado quedaría: “*el que la razón natural establece entre todos los pueblos*¹³⁸”.

Para determinar la legitimidad del poder de los reyes de España sobre las nuevas tierras indianas, Vitoria se aleja del sistema de *ius commune*, por el cual se habían fundado los títulos de dominio hasta entonces, y recurre a una nueva valoración del Derecho natural. Este, y en palabras de VIEJO JIMÉNEZ, consta de “(...) *dos exigencias fundamentales (...), que, a su vez, tienen dos concreciones inmediatas: la primera y principal es “la amistad entre todos los hombres” (DI, 79), lo que implica que el “estorbar el comercio y la comunicación entre hombres que no causan ningún daño” (DI, 79) sería contrario a la naturaleza; la segunda exigencia es el carácter común del “aire, el agua corriente y el mar, los ríos y los puertos” (DI, 79), de lo que se deduce que “su uso no puede vedarse a nadie” (DI, 79)*¹³⁹.” Lo anterior tiene, por tanto, dos consecuencias directas en la expansión colonial. En primer lugar, tanto el viaje como el comercio con los pueblos paganos son legítimos según este Derecho superior. Por el contrario, tanto la concesión pontificia como el dominio de los reyes católicos sobre estos pueblos, que ya estaban constituidos políticamente, no lo son.

Solución ecléctica

La respuesta al dilema indígena se encuentra en un planteamiento que pretende satisfacer tanto los principios del *ius commune* europeo como los del Derecho natural. Por un lado, se mantiene como incontrovertible la concesión papal y por tanto, el dominio de los reyes católicos sobre los territorios descubiertos y por descubrir. Sin embargo, se reconoce la independencia política de los pueblos originarios, sobre quienes la corona castellana no ejerce potestad. La sumisión de estos, por tanto, debería obtenerse a través de vías pacíficas¹⁴⁰.

d) Juristas Indianos

El estudio del *utrumque iuris* ingresa al continente americano con la creación de las primeras universidades, esto es, al fundarse en 1551 d.C. las Universidades Mayores de San Marcos de Lima y de México¹⁴¹. Siguiendo el modelo de enseñanza de las universidades castellanas, particularmente la de Salamanca sobre cuya relevancia ya se hizo mención, el Derecho que se enseñaba de forma predominante durante los primeros siglos de la Época Moderna era el relativo al *ius commune*, esto es, Derecho romano y canónico. De esta forma, en la base de la educación recibida y desarrollada por

¹³⁵ VIEJO JIMÉNEZ, José Miguel, cit. (n. 121), p. 379

¹³⁶ GARCÍA GALLO, Alfonso, cit. (n. 122), p. 150

¹³⁷ *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque ius Gentium communi omnium hominum iure utitur.*

¹³⁸ *quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit* (DI, 78), cito a VIEJO JIMÉNEZ, José Miguel, cit. (n. 121), p. 379

¹³⁹ VIEJO JIMÉNEZ, José Miguel, cit. (n. 121), p. 383

¹⁴⁰ GARCÍA GALLO, Alfonso, cit. (n. 122), p. 151

¹⁴¹ A modo de paréntesis, la Universidad de Santo Domingo fue fundada en 1538 d.C. y entra en disputa con la Universidad de San Marcos en lo relativo a la calificación de universidad con más antigüedad en territorio hispanoamericano. Este trabajo sigue la opinión mayoritaria, según la cual, puesto a que la Universidad de Santo Domingo, ubicada en República Dominicana, fue erigida mediante la bula *In apostolatus culmine* del Papa Paulo III y careció de un *pase regio* o aprobación real, no puede ser reconocida como tal.

los juristas indianos y practicantes del derecho en general se encuentra el Derecho romano casuístico, tal como se rescata tras la larga tradición europea desde el siglo XII. Sin embargo, la aplicación de éste no sobrepasó el ámbito académico, quedando relegado a lo que el historiador Paul Koschaker denomina como un “Derecho de profesores”¹⁴².

El sistema europeo de Derecho común que se había expandido en la Edad Media estaba en claro desuso, pero seguía siendo considerado como Derecho científico.

5. Superación del *ius commune* como sistema jurídico de unificación.

El nuevo contexto político y social que trajo consigo la Edad Moderna significó un declive del sistema de *ius commune* medieval, el cual ya no se ajustaba a los intereses de los gobernantes. Por un lado, la *Respublica christiana* sufrió un golpe irreparable con la crisis de identidad religiosa, provocada por la reforma protestante. Los distintos Estados, ahora independientes y soberanos, se decantan por abandonar la pretensión de unidad religiosa bajo la cristiandad¹⁴³. De igual forma, el descubrimiento del nuevo mundo deja de manifiesto la incapacidad del *ius commune* tradicional para resolver las nuevas problemáticas. En este último apartado veremos la nueva dirección que se adopta en sustitución al Derecho común romanístico.

a) Derecho natural o Racionalismo iusnaturalista.

En el transcurso del siglo XVI surge una nueva dirección metodológica¹⁴⁴ que irrumpe con la tradición que se ha tratado hasta ahora. Esta nueva jurisprudencia se denomina “iusnaturalismo racionalista”, y si bien no es el interés de este trabajo realizar un estudio a fondo del mismo, sí es necesario su análisis en cuanto al rol fundamental que cumple en el declive del derecho común europeo de corte medieval. Esta afirmación, sin embargo, requiere de precisión.

El *ius commune* europeo, en lugar de ser desplazado por completo, experimenta cambios en cuanto a la fundamentación que le permitió tener una aplicación general o común, siendo vinculado, como se verá, al Derecho natural. De esta forma, si bien se puede reconocer una continuidad con la práctica medieval¹⁴⁵, no será ésta la que justifique su aplicación ni lo dote de sentido.

Los cambios de paradigma que aporta el iusnaturalismo son diversos. Por un lado, responde a la corriente filosófica moderna que sustituye a la escolástica medieval tras el pluralismo generado por la paz de Westfalia en 1648 d.C. De igual forma, busca desvincular el concepto de ley natural con la figura de Dios. Este nuevo laicismo pretende atribuirle a la naturaleza racional humana la calidad de base sustentadora del nuevo método jurídico. Quizas el ámbito en el que más difiere el iusnaturalismo racional con la visión medieval es en lo relacionado con abandonar la admiración de la antigüedad clásica, lo que lleva a esta nueva corriente a establecer una superación del principio de autoridad que rigió hasta el siglo XVI. Frente a la reverencia tradicional observada por la obra justiniana, se busca un nuevo Derecho que sustituya al derecho romano tras haber perdido su calidad de *ratio scripta*.

¹⁴² GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Penetración del derecho romano en america*, cit. (n.2)

¹⁴³Manifestación de esto es la Paz de Augsburgo del 25 de septiembre de 1555 d.C, que permite a los príncipes alemanes optar por una u otra confesión religiosa, entre catolicismo y luteranismo.

¹⁴⁴ CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, cit. (n. 100), p.164

¹⁴⁵RENOUX-ZAGAMÉ, Marie-France, *La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés*, en *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique* (1990), p. 134-152.

Ahora bien, no es correcto afirmar que el Derecho romano quedó por completo desechado, puesto que, y en palabras de BERNARD MAINAR, existió “(...) la opinión generalizada de que la obra de Justiniano seguía siendo la única y confiable materia prima de la que poder extraer los principios básicos sobre los que llevar a cabo una refundación del Derecho privado europeo”¹⁴⁶. En otras palabras, es en este “(...) donde se obtendrían los materiales necesarios para elaborar el sistema de Derecho natural (...)”¹⁴⁷. Esto queda de manifiesto en los diversos tratados de Derecho natural de la segunda mitad del siglo XVII, cuyo contenido es Derecho romano, pero reorganizado y con un fundamento distinto en cuanto a su universalidad¹⁴⁸. Es más, desde el siglo XVI el Derecho romano se identifica con el Derecho natural en Francia, lo que más adelante quedará plasmado en el *Code* de Napoleón, al sistematizar los conceptos que se encuentran en el *Corpus iuris*¹⁴⁹.

El nuevo método propuesto por los juristas del iusnaturalismo racional abandona la orientación exegética para buscar nuevas fuentes de argumentación jurídica¹⁵⁰ que permitan encontrar leyes naturales que puedan sustentar un nuevo sistema de *ius* basado en el Derecho natural y el *ius gentium* o derecho de gentes. Juega en esto un gran rol la literatura histórica y filosófica, que aporta teorías necesarias para reformular el sistema medieval de *ius commune* en favor de otro basado en el imperio de la razón y con miras al bien común.

El iusnaturalismo racional se transmite rápidamente por las Universidades iluminísticas y es adoptado por las monarquías absolutas ilustradas¹⁵¹, como matriz para la legislación nacional. De igual forma, su desarrollo va de la mano con otro fenómeno que responde a este movimiento de nacionalización que pone fin a un Derecho común aplicable universalmente a toda Europa. Nos referimos a la codificación.

b) Codificación.

Con “codificación” hacemos alusión al movimiento que irrumpió en el mundo Occidental en los siglos XIII y XIX, y no a los cuerpos normativos codificados que surgieron anteriormente. A pesar de esto, no se puede ignorar que estos últimos sirvieron como antecedente para fundar esta nueva corriente codificadora, particularmente aquellos que por su contenido romanístico ayudaron a dotarla de contenido sistematizado. Con estas antiguas experiencias codificadoras nos referimos principalmente a la ley de las XII Tablas, al *Codex Theodosiano*, al *Corpus iuris civile* de Justiniano, y más adelante a las Siete Partidas de Castilla, entre otros. Con lo anterior, ya adelantamos la posición positiva que tomará este trabajo, relacionado con la controversia sobre la continuidad del *ius commune*. Sin embargo, nos referiremos brevemente a ambas posturas.

La codificación se vio influenciada por las ideas iusnaturalistas, las cuales le dan el material necesario y básico para la formación de un nuevo sistema jurídico unificador que sustituya de forma definitiva al clásico *ius commune*, el cual se vería superado por el nuevo contexto político. De esta manera, la tesis que se pronuncia negativamente sobre la permanencia del Derecho común europeo, tal como se desarrolló en la Edad Media, se fundamenta en esta nacionalización del

¹⁴⁶ BERNARD MAINAR, Rafael, cit. (n. 31)

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ RENOUX-ZAGAMÉ, Marie-France, cit. (n. 145)

¹⁴⁹ BERNARD MAINAR, Rafael, cit. (n. 31)

¹⁵⁰ CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, cit. (n. 100)

¹⁵¹ BERNARD MAINAR, Rafael, cit. (n. 31)

Derecho civil¹⁵². Hacemos alusión a los primeros códigos de la época que responden a esta configuración son: *Codex Maximilaneus Bavaricus civilis* (1756 d.C.); Código civil prusiano (1794 d.C.); *Code civil* francés de Napoleón (1804 d.C.); y Código civil austriaco (1811 d.C.). Así, los juristas dejan de lado la tradición que se había mantenido de estudio y exegesis sobre el *Corpus iuris*, y se concentran en el desarrollo de nuevos cuerpos normativos.

Por el contrario, este trabajo se adscribe a la idea que sostiene la continuidad, en cierta medida, del *ius commune*, tanto pese a la codificación como gracias a la misma. Si bien es efectivo que en un plano general los nuevos Estados actúan con reticencia sobre el Derecho romano común tradicional, el cual es sustituido tanto con la corriente iusnaturalista racional como por las nuevas legislaciones positivas de cada nación, no son capaces de ignorarlo del todo en cuanto a su valor como Derecho científico. Es así como resulta ser utilizado por la codificación para dotarse de conceptos jurídicos, principios e instituciones, lo que aseguró su mantención en el tiempo, esta vez como un Derecho nacional.

IV. *IUS COMMUNE* EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA.

Este último capítulo pretende ilustrar la situación en la que se encuentra la noción de *ius commune* en los últimos siglos, correspondientes a la Época Contemporánea, haciendo énfasis en dos ámbitos. En primer lugar se analizará cómo se conjuga con la actual Unión Europea. En segundo lugar, de qué manera se manifiesta en la normativa chilena. En ambos casos se planteará la interrogante sobre la vigencia del Derecho común como fue entendida tanto en época de Gayo como para los juristas medievales. Se finalizará con una breve mención a la asimilación que podría hacerse entre el Derecho común y el Derecho internacional.

1. Derecho común europeo.

Lo primero que surge cuando se intenta explicar o definir “Unión Europea”¹⁵³ es, como su nombre lo indica, la unificación de territorios. Para los efectos de este trabajo destacamos la noción general de que se trata de una comunidad de naciones, que comparten una unidad cultural desarrollada a través de su historia, que se forma para hacer frente a problemas y abordar aspiraciones comunes. Entendiendo esto, no es difícil encontrar una similitud entre la pretensión de unificar la Europa fragmentada del medioevo con la Europa del siglo XX.

No se cuestiona la efectiva existencia de un derecho transfronterizo en Europa, la extensiva legislación comunitaria de la Unión Europea así lo demuestra. La idea de que el Derecho existe únicamente a un nivel nacional, como pudo ser propuesto alguna vez por la codificación, queda desplazada una vez que las naciones europeas forman y se integran a este organismo de unificación que contará, por lo demás, con un legislador y normativa comunitaria. Ahora bien, el cómo se lleva a cabo dicha unificación desde un ámbito jurídico no es necesariamente igual a como sucedió con el *ius commune* medieval.

Surge una primera interrogante: ¿Existe una continuidad del Derecho común romano-canónico en el Derecho común de la UE? Esta pregunta no es nueva. Ya desde la época del

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ En lo sucesivo UE.

humanismo existió la controversia sobre la atemporalidad del *ius commune*, y mucho se ha dicho sobre la misma. Por un lado, muestra algunas similitudes evidentes, como es el caso de la relación entre el Derecho comunal con el nacional de cada Estado miembro, la cual no difiere en espíritu de lo sucedido con el *ius commune* frente a la normativa local o propia medieval¹⁵⁴. Esto es así ya que en ambos se pretende una coexistencia de ambas legislaciones en un sistema híbrido con vistas a la unidad normativa y política. Por el otro, el modo a través del cual esto se llevó a cabo presenta claras diferencias, como se verá a continuación.

Desde ya dejamos despejada una segunda duda: la forma de utilizar el vocablo Derecho común en la UE es aquella que se repite desde Gayo, esto es, un derecho común o universal en oposición a un Derecho propio o local. Determinado, claro está, en la participación del País dentro de la UE como Estado miembro.

Pero regresando al primer punto, y para poder despejar la duda sobre la continuación ininterrumpida del *ius commune* en Europa, es menester aclarar que esta pregunta está compuesta por dos partes. En primer lugar, sobre la naturaleza del sistema normativo híbrido del que ya se hizo mención, es decir, de qué manera se articula y se manifiesta dicha coexistencia legislativa. En segundo lugar, sobre el contenido de aquel sistema normativo y si este puede remontarse a aquel del Derecho común medieval, es decir, a aquel compuesto por elementos locales o propios, de Derecho romano y de Derecho canónico.

Para despejar la primera parte de la pregunta, hace falta hacer una breve mención al esquema político y normativo de la UE. Desde un punto de vista político, se aleja de la idea de una figura gobernante como manifestación de unidad, tal como lo fueron en su momento el emperador y el Papa, y opta por un sistema representativo compuesto de diversas instituciones¹⁵⁵. No habría, por tanto, una figura o un imperio que simbolice y dote de unidad a Europa, sino que serán los propios estados europeos quienes crean y legitimen dicha unidad a través de medios democráticos, como lo demuestra el procedimiento legislativo ordinario a través del cual el Parlamento Europeo y el Consejo, conformados por representantes populares, aprueban las normas de la Comunidad. Esta legitimidad permite salvar uno de los problemas surgidos en la Edad Media, esto es, la irregular recepción entre los diversos territorios de este Derecho de carácter universal.

Por otro lado, desde un punto de vista normativo, la legislación de la UE se puede resumir en Tratados constitutivos, reglamentos, directivas y decisiones que afectan, ya sea directa o indirectamente a sus Estado miembros y a sus nacionales y que regulan su funcionamiento. También adquiere relevancia la jurisprudencia extraída de las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, que interpretan dichas normas. Así, la normativa que proviene de la misma adquiere la denominación de Derecho comunitario y regula las relaciones entre las instituciones de la UE y entre esta última y sus Estados miembros o sus nacionales. La forma en cómo se conjuga este y las normas locales de cada Estado miembro es compleja. El Derecho de la UE se encuadra dentro de un orden jurídico *sui generis* que adquiere carácter de vinculante para todos los Estados miembros. Hay, por lo tanto, y a grandes rasgos, una limitación universal y legítima al ejercicio de la soberanía estatal a favor de una primacía de las normas comunales por sobre las nacionales, en las materias que le competen.

¹⁵⁴ BERNARD MAINAR, Rafael, cit. (n. 31), p. 245

¹⁵⁵ A saber, el Consejo de Europa, el Consejo, la Comisión Europea, el Banco Central Europeo, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Cuentas y el Tribunal de Justicia de la UE.

Nos referiremos brevemente a la segunda parte de la pregunta. El *ius commune* en cuanto a su contenido ha servido de base en la construcción de los diversos ordenamientos jurídicos de los estados que conforman la UE. No es de extrañar, por tanto, que si bien las normas creadas durante su época de esplendor ya no se encuentran vigentes, gran parte del contenido y de las instituciones jurídicas del Derecho romano se encuentran de manera similar en aquellos ordenamientos. Con respecto al elemento canónico, es evidente que ya no se puede hablar de una *Res publica Cristiana* a la sazón medieval. Sin embargo, parece claro que esta no ha desaparecido del todo, si se considera que una de las ideas detrás de la UE es la unidad cultural de los pueblos que la conforman.

Debido a las diferencias anteriormente expuestas, este trabajo se inclina por el rechazo la continuidad ininterrumpida del *ius commune*, por lo menos como un sistema jurídico vigente. Comparte, sin embargo, la visión que considera “(...) esencial la aportación de la Historia del Derecho para el desarrollo de una ciencia del Derecho privado común en Europa, especialmente en el Derecho privado del *Ius commune*”¹⁵⁶, entre cuyos expositores se encuentra, a modo de mención, el Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte. Debido a esto, se acepta la perpetuidad del *ius commune*, pero como “sistema jurídico racional y conceptual”¹⁵⁷. Esta concepción no hace más que reconocer el aporte e influencia del Derecho común romano en la formación de un sistema jurídico privado europeo, principalmente, dotando al mismo de principios e instituciones.

2. *Ius commune* en Chile.

En el capítulo anterior quedó establecido el modo de ingreso del *ius commune* romano a territorio chileno, el cual se mantiene como Derecho científico. En una primera mirada, queda claro que Chile no pertenece a una comunidad jurídica transnacional equivalente a la UE. La pregunta sería, por tanto, otra: ¿De qué forma influye el *ius commune* a la normativa nacional chilena? ¿Qué se entiende por Derecho común en el ordenamiento jurídico vigente? Este último apartado tiene el propósito de despejar estas interrogantes para, de este modo, completar el esquema historiográfico propuesto al inicio de este estudio.

Para lo anterior, se seguirá una división de la materia que ya fue propuesta y presentada en las secciones anteriores, esto es, analizar en un primer momento la continuidad del *ius commune* en cuanto a su contenido, es decir, la presencia del Derecho romano y canónico en las disposiciones de ordenamiento jurídico chileno. En un segundo momento, se verá de que manera, o maneras, se utiliza el vocablo Derecho común en el mismo. De esta forma, se formará una visión de lo que llamaremos derecho común interno. Al no formar parte de una comunidad transnacional, como lo sería la UE, concluimos que en un principio no se puede hablar de la existencia de un derecho común externo. Sin embargo, se hará una aproximación a este al analizar brevemente el caso del derecho internacional.

a) Presencia del Derecho romano-canónico en Chile.

Nos remitimos a la misma pregunta realizada en la sección anterior relacionada con la Unión Europea. ¿Existe continuidad del *ius commune*, entendido como un Derecho de juristas de contenido romano-canónico con alcance universal? Nuevamente se trata, como se verá, de una respuesta

¹⁵⁶ MORAN MARTÍN, Remedios, El *ius commune* como antecedente jurídico de la Unión Europea, en *Cuadernos de historia del derecho* 12 (2005), pp. 99-123

¹⁵⁷ BERNARD MAINAR, Rafael, cit. (n. 31), p. 340

compleja, compuesta de dos partes. Así, un análisis al ordenamiento jurídico chileno hace constar de una influencia clara tanto del Derecho romano como del canónico en variadas disposiciones e instituciones. Esto corresponde a lo que en este trabajo hemos llamado *derecho común interno*.

Si bien el análisis de la manifestación del Derecho romano-canónico excede el objeto del presente trabajo, nos dedicaremos brevemente en esta sección a su señalamiento.

i) Influencia del Derecho romano

Para entender de qué forma el Derecho romano influencia el ordenamiento jurídico chileno, se debe tener en consideración, en un primer momento, las diversas maneras en las que el Derecho de roma ingresa a Chile, y en un segundo lugar, hacer una breve mención de las manifestaciones normativas del mismo, ya sean provenientes de fuentes directas como indirectas.

Como ya se hizo mención al analizar la estructura normativa de las colonias americanas que se encontraban bajo la autoridad de la corona castellana, el Derecho romano ingresa formalmente por primera vez a Chile durante la época colonial, al ser parte del contenido de lo que llamamos Derecho *propium* castellano. Sumado a lo anterior, y desde una perspectiva no propiamente formal, comienza en esta época su estudio en las universidades como Derecho científico.

Trás la independencia, y al momento de renovar el derecho privado vigente, es decir, el heredado por la corona castellana¹⁵⁸, se recurre a la labor de Andrés Bello, quien había estudiado profundamente el Derecho romano y su Código Civil está claramente influenciado por este hecho. Utiliza para la redacción del mismo diversas fuentes, tanto directas como indirectas, de Derecho romano. En efecto, en el mensaje del ejecutivo al congreso que propone la aprobación del Código Civil en 1855, se indica lo siguiente:

(...) en cuanto a los legitimados por matrimonio posterior a la concepción (única especie de legitimación que admite el proyecto), el sistema adoptado en éste combina las reglas del derecho romano, el canónico y el Código civil francés (...) el código de las Partidas, en tanto confiere la legitimación ipso iure al hijo natural en la determinación de las cuotas hereditarias, cuando las disposiciones del testamento envuelven dificultades numéricas se han seguido substancialmente y creo que con una sola excepción, las reglas del derecho romano y del código de las Partidas (...) entre las convenciones lícitas se ha dado lugar a la anticresis. Inocente en sí misma, útil al crédito y paliada aveces, podrá ahora presentarse sin disfraz bajo la sanción de la ley. Por punto general, el código de las Partidas y el Código civil francés, han sido las dos lumbreras que se han tenido más constantemente a la vista (...)

Ahora bien, el Derecho romano se manifiesta de forma explícita en el ordenamiento jurídico chileno por ser heredado directamente de los juristas de Roma a través del *Corpus iuris* de Justiniano, o bien por ser tratado y transmitido por los juristas del *ius commune*, y que llamaremos, por lo tanto, fuentes indirectas. En este punto, se hará una breve revisión de ambos tipos de fuentes.

¹⁵⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Código Civil de Chile en su ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago de Chile*, en *Anuario de derecho civil* 59 (2006) 3, p. 1285

Con respecto a aquellas disposiciones cuyo contenido fue recogido de fuentes directas de Derecho romano, se puede ejemplificar con los artículos 1857 y 1859 del Código Civil relativos a los vicios redhibitorios y la consiguiente acción disponen que:

Art. 1857. Se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios.

Art. 1858. Son vicios redhibitorios los que reúnen las calidades siguientes:

- 1a. Haber existido al tiempo de la venta;*
- 2a. Ser tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio;*
- 3a. No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio.*

Esta disposición es, por tanto, perfectamente reconocible al considerar el siguiente edicto emitido por el edil curul y relativo a las ventas de esclavos:

D. 21,1,1,1: Dicen los ediles curules: Los vendedores de esclavos hagan saber a los compradores la enfermedad o vicio de cada esclavo, cuál de ellos tiene hábito de fuga o se es vagabundo o se halla bajo la responsabilidad noxal. Todas estas cosas serán declaradas clara y verazmente al vender los esclavos, y si se hubiese vendido un esclavo sin observar esto, o en contradicción con lo declarado o prometido al venderlo, de manera que se reclame responsabilidad por ello, daremos acción al comprador o a quienes pertenezca la cosa, para deshacer la venta mediante restitución del esclavo. (...)

Por otro lado, y como ejemplo de fuentes indirectas de contenido romano utilizadas para la redacción del Código, se encuentra las Partidas de Alfonso X, la cual se había mantenido con vigencia en el ámbito civil hasta que fue derogada formalmente con el nuevo código en 1855¹⁵⁹ y que, como ya se sabe, era de contenido altamente romanístico. Algo similar ocurre con el Código Civil francés de 1804. Esto, como ya lo vimos anteriormente en la sección referida a la codificación, no es algo que se dio únicamente en el caso chileno.

ii) Presencia del Derecho canónico

Por otro lado, también se distinguen manifestaciones de Derecho canónico en el ordenamiento chileno, particularmente en el Código Civil. Esto es fácil de entender si se tiene presente la realidad político-social de Chile durante la promulgación del Código. Así, la Constitución de la República vigente fue aquella de 1833, la cual disponía en su capítulo III “De la Religión”, artículo 5: “La Religión de la República de Chile es la Católica Apostólica Romana; con exclusión del ejercicio público de cualquier otra¹⁶⁰”.

De las disposiciones que siguen vigentes en el actual Código Civil que hagan mención expresa de un normas del Derecho canónico, podemos resaltar dos:

¹⁵⁹ SALINAS ARANEDA, Carlos, *El influjo del Derecho Canónico en el Código Civil de la República de Chile*, en REDC 60 (2003) pp. 199-227.

¹⁶⁰ Constitución de la República de Chile, promulgada el 25 de mayo 1833.

El artículo 586 establece que “*Las cosas que han sido consagradas para el culto divino, se regirán por el derecho canónico*”.

En esta misma línea, el artículo 1105 inciso final consagra “*Lo mismo se aplica a los legados de cosas pertenecientes al culto divino; pero los particulares podrán legar a otras personas los derechos que tengan en ellas, y que no sean según el derecho canónico intransmisibles*”.

Continuando con la distinción realizada por SALINAS ARANEDA¹⁶¹, también se distingue su influencia de manera implícita, o implícita específica. Sólo a modo de mención, el autor hace referencia a aquellas disposiciones que vienen indirectamente del Derecho canónico, pero recibidas primeramente de textos no propiamente canónicos, como por ejemplo, las Partidas de Alfonso X. En estos casos, al no haber una referencia expresa a la norma canónica, lo que se toma de esta es su contenido, y es la influencia de la misma la que se hace notar en la normativa vigente civil.

b) El Derecho común chileno.

Habiendo establecido la influencia que el Derecho romano-canónico tiene sobre el ordenamiento chileno, particularmente en el ámbito del Derecho civil, no es, evidentemente, posible afirmar la continuidad ininterrumpida del sistema de *ius commune*. Sin embargo, adscribimos la tesis del profesor ALEJANDRO GUZMÁN BRITO (1992)¹⁶², quien postula la idea de una continuidad en las líneas esenciales de dicho sistema. Asegura, a propósito de las codificaciones, que “*resultaron ser derecho común reformulado, abstraído, generalizado y sistematizado de acuerdo con ciertos cánones técnicos formales que nosotros podemos ver plasmados en cualquier código moderno*”¹⁶³. Por otro lado, estos elementos en común permiten, por tanto, reconocer en ambos ordenamientos una raíz jurídica común, pero de igual forma permite ver como los sistemas jurídicos se forman y evolucionan conforme a las necesidades de la sociedad que regulan.

A pesar de lo anterior, el vocablo “Derecho común” es utilizado en numerosas disposiciones, haciendo alusión a una categoría que “*(...) dota de coherencia y unidad al sistema jurídico, desde una perspectiva interna o esencial*”¹⁶⁴. Es igualmente objeto de un tratamiento doctrinal. Pues bien, surge la pregunta ¿qué es lo que hace referencia el concepto de Derecho común en Chile?

Una respuesta que se ha dado es identificar el Derecho común como un derecho supletorio para el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el artículo 38 inciso segundo de la ley N° 19.537 de 1997 sobre copropiedad inmobiliaria indica, sobre la formación de una comunidad entre copropietarios, que esta se “*se regirá por las normas del derecho común*” en caso de quedar sin efecto la declaración de la que habla el inciso primero del referido artículo. En esta misma línea, el artículo 87 del DFL N° 3 de 1997, o Ley General de Bancos, sobre el ejercicio de las facultades conferidas a los bancos, indica que estos “*quedarán sujetos a las disposiciones del derecho común*”.

Cabe notar que el Derecho común al que se remiten los artículos que utilizan este vocablo es el contenido, sobre todo, en el Código Civil. Fuera de éste, también se aplica, por ejemplo, el Código

¹⁶¹ SALINAS ARANEDA, Carlos, *El influjo del Derecho Canónico*, cit. (n. 159)

¹⁶² GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El código civil de Chile y sus primeros interpretes*, en *Revista Chilena de Derecho*, 19 (1992) 1, p. 82

¹⁶³ *Ibid*, p. 81.

¹⁶⁴ MEJÍAS ALONZO, Claudia, cit. (n. 78)

de Comercio, Código Orgánico de Tribunales y el Código de procedimiento civil¹⁶⁵. Es un derecho, por tanto, difuso.

Por otro lado, encontramos junto a esto que el Derecho común o supletorio se entiende también como aquel comprendido en ciertas disposiciones de carácter general en el Código Civil. Corresponden estas disposiciones al título preliminar del referido Código, a cuyo respecto señaló Andrés Bello en sus notas sobre el proyecto inédito del Código Civil, que “*Este título debe considerarse como una introducción, no sólo al presente Código Civil, sino a la legislación toda; (...)*”¹⁶⁶.

Lo anterior lleva a una parte de la doctrina a afirmar que el Derecho civil correspondería a aquel derecho común aplicable de forma supletoria a todo el ordenamiento jurídico. Así lo explica la profesora Yasna Otárola Espinoza (2012): “*Para algunos autores (...) el derecho civil contiene los principios informadores del derecho privado y constituye el derecho común y general. Común porque todas las relaciones jurídicas entre las personas que no estén reguladas por otra rama especial del Derecho, lo están por éste y general en razón de que regula las relaciones jurídicas más comunes de los seres humanos*”¹⁶⁷. La veracidad de esta afirmación no es el objeto de este trabajo, por lo que nos limitaremos a mencionar que ésta es una de las interpretaciones que efectivamente se le ha dado al derecho común para la normativa chilena actual.

Una segunda respuesta a nuestra problemática ha sido la de relacionar el Derecho común con la dogmática jurídica, entendida por la profesora CLAUDIA MEJÍAS ALONZO, al proponer esta idea, como “*la construcción que efectúa la ciencia del derecho positivo vigente*”¹⁶⁸. Acá, más allá de reconocer la utilización del vocablo “Derecho común” en su contenido, se conecta éste con el acervo jurídico común que proporciona la dogmática jurídica.

MEJÍAS explica lo anterior de la siguiente forma: “*Es a partir de este acervo que se proporcionan soluciones coherentes al interior del sistema y se fijan los límites de las posibles soluciones que el ordenamiento jurídico soporta. Las reglas que conforman este acervo común son conocidas y asumidas por los especialistas de cada área o rama del Derecho, y se transforman en los límites indispensables de su reflexión*”¹⁶⁹. Y continúa: “*La referencia es, como indicáramos, a los cimientos sobre los que se apoya toda construcción que proporcione o pretenda hacer la doctrina, que han sido originados y desarrollados por esta en el devenir de la institución de que se trata.*”¹⁷⁰

En un tercer momento, cabe mencionar que, si bien no se utiliza el vocablo “Derecho común”, hay quienes han relacionado el Derecho común con los principios generales del Derecho, debido a su carácter unificador del ordenamiento jurídico¹⁷¹. En esta misma línea, también se ha identificado con las disposiciones de la Constitución Política de la República por algunos autores.

3. El Derecho internacional.

Para finalizar, no hay que dejar de lado el ámbito internacional o transfronterizo, pues, como ya lo vimos en los capítulos anteriores, la situación normativa transfronteriza suele estar al centro de

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ ANDRÉS BELLO 1954, p. 25

¹⁶⁷ OTÁROLA ESPINOZA, Yasna, *La función supletoria de las normas de derecho civil*, en Revista chilena de derecho y ciencia política 3 (2012) 2, pp. 89-108

¹⁶⁸ MEJÍAS ALONZO, Claudia, cit. (n. 78)

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*

la discusión sobre el *ius commune*. Más aun, es el estudio de este el cual nos permite realizar un análisis sobre el derecho común externo.

Si bien ya mencionamos que Chile no es parte de una comunidad similar a la de la Unión Europea, sí está inserto en un contexto de legislativa internacional que afecta a todas aquellas naciones que participen en esta especie de “comunidad” internacional. En Chile, estas normas forman parte del ordenamiento jurídico nacional de tal forma que son utilizadas por el poder judicial al momento de resolver litigios¹⁷². Esto es lo que se conoce como el efecto directo de los tratados.

En Chile no es extraña la asimilación del Derecho internacional con un derecho común. A modo de ejemplo, el Ministro de Relaciones Exteriores chileno en 1833 declara que “*el Derecho común de las naciones es una ley de la República en todo aquello en que sus leyes particulares o sus convenciones con las potencias extranjeras no lo hayan derogado*”¹⁷³.

Ahora bien, la normativa común entre naciones se aleja bastante de lo que se conoció en la Edad Media europea como derecho común, el cual a grandes rasgos, como ya vimos, contaba con una supremacía jerárquica por sobre la legislación local, teniendo ésta que adecuarse a la primera. En el caso del Derecho internacional contemporáneo, si bien se ha discutido, no podría aceptarse su supremacía frente a la normativa local, pues entraría en conflicto con el principio de soberanía nacional.

CONCLUSIONES

Se destaca que el *ius commune* ha tenido en la Historia una evolución constante. En la experiencia jurídica romana clásica adquirió significados distintos. Al ser un concepto dinámico y cambiante, no hay una sola respuesta a la cuestión sobre cómo los juristas romanos entendían esta idea. Por un lado, la opinión predominante, por el número notoriamente superior de pasajes y autores que así lo demuestran, parece ser aquella que identifica al Derecho común como una oposición a algún Derecho especial o beneficio. Así, más allá de dotar ambos conceptos de contenido, lo que sería verdaderamente relevante es su ámbito de aplicación y se entiende de forma negativa, es decir aquel que no corresponde a un Derecho particular. Así, inclusive un Derecho especial puede ser llamado común, al enfrentarse a un Derecho especialísimo. De forma distinta lo entendía el autor Gayo al corresponder al *ius commune* con aquel derecho aplicable a todos los pueblos, mientras que lo oponía con *ius proprium*, entendido como aquel derecho aplicable al pueblo romano, pues este lo creó para sí mismo. Cabe añadir que posterior a Gayo, encontramos también en Ulpiano los términos de *ius gentium* e *ius civile*, aunque agrega este autor el concepto de *ius naturale*, el cual corresponde a todos los animales.

Ante todo lo analizado, resulta claramente apropiado afirmar que el *ius commune* es algo más que una mera expresión. Sin embargo, cabe preguntarse entonces cuál es su naturaleza, según la entendían los juristas clásicos ¿Podría afirmarse que es una categoría? ¿O un ordenamiento? Más bien, el *ius commune* alude a normas provenientes de diversos ordenamientos dentro del Derecho civil, entendido de forma amplia, como comparación relativa entre una norma particular y una norma de aplicación general. Resulta por tanto correcto afirmar que, visto el trato mayoritario de los

¹⁷² FUENTES TORRIJO, Jimena – PEREZ FARIAS, Diego, *El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 2 (2018), pp. 119-156

¹⁷³ CRUCHAGA OSSA, Alberto, *Jurisprudencia de la Cancillería Chilena* (Santiago, 1935) p 73.

juristas, se entendía más bien como una forma de ser de las normas. Como vimos, sin embargo, no es esta la forma que la entiende Gayo.

Por otro lado, Justiniano hace posible que la concepción de Gayo sea transmitida en el occidente de siglos posteriores al recogerla en el *Corpus iuris civile*, lo que permitirá la formación de los ordenamientos jurídicos europeos. Acá llega a tener una relevancia en la formación político-territorial europea que ya se había dejado ver con Gayo al proponer la dicotomía Derecho propio-local y Derecho común-universal, pero sin el mismo desarrollo o visión. De esta forma, esta concepción permite brindar unidad a los diversos pueblos europeos, proveyéndoles de una base jurídica eficiente para desarrollarse dentro de los límites de un Imperio o una *Respublica Christiana*, pero sin que ésto signifique un impedimento total para desarrollar un sistema jurídico propio. Así, el *ius commune* como tal toma la forma de un sistema compuesto por elementos de Derecho romano y eclesíastico, más allá de una mera forma de ser de las normas, y más allá incluso de la concepción realizada por Gayo.

A pesar de que el *ius commune*, entendido como un sistema normativo compuesto de Derecho romano y canónico, continua su vigencia en los primeros siglos de la Edad Moderna, su declive es inevitable al momento que la situación político-territorial de Europa comienza a cambiar. La nueva realidad de Europa, con conquistas en ultramar y la formación de Estados con legislación codificada propia, sumado a las nuevas corrientes intelectuales como el iusnaturalismo, hacen imposible la mantención del sistema mismo de Derecho común. Esto no quiere decir, sin embargo, que signifique su desaparición. El Derecho común, y con particularidad el Derecho romano, continúan su influencia en los ordenamientos de occidente, brindando las bases y las instituciones jurídicas para su desarrollo, y debido a esto, es posible afirmar la continuidad, si bien hasta cierto punto, del *ius commune*.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUERO, Alejandro, *Local Law and Localization of Law: Hispanic Legal Tradition and Colonial Culture (16th–18th Centuries)*, ahora, en SOLLA SASTRE, María Julia – MECCARELLI, Massimo (editores) *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History* (2016)
- BERMAN, Harold, *La formación de la tradición jurídica de occidente* (traducción de Mónica Utrilla de Neira, Mexico, 1996)
- BERNARD MAINAR, Rafael, *La fructífera experiencia del ius commune ante el apasionante reto de la unificación del derecho privado común europeo*, en *Revista Internacional de Derecho Romano* 19 (2017), pp. 243-372
- BELLO, Andrés, *Obras Completas de Don Andrés Bello* (Santiago, Pedro G. Ramírez, 1853), t. XII. Disponible en <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-10454.html>
- BETANCOURT-SERNA, Fernando, *Don Elio Antonio de Nebrija: Jurista del Utrumque Ius*, en *Facultad de Derecho y ciencias políticas* 43 (2013) 118, pp. 143-166
- BIRR, Christiane, *Before Vitoria. Early Theological and Juridical Responses to the Spanish Expansion*, en *Journal of the Max Planck Institute for European Legal History* 26 (2018), pp. 234-235

- BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho comun y natural en el nuevo mundo. Determinación de la situación jurídica de las tierras y de los habitantes de América y Filipinas bajo la monarquía española*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídico* 11 (1986), pp. 63-79
- BRAVO LIRA, Bernardino, *El Derecho Indiano y sus raíces europeas. Derecho común y propio de Castilla*, en *Anuario de historia del derecho español* 58 (1988), pp. 5-80
- BURY, j b, *The Cambridge Medieval History* (Cambridge University Press, 1926) 5.
- CANTONI David - YUCHTMAN Noam, *The political economy of educational content and development: Lessons from history*, en *Journal of Development Economics* 104 (2013), pp. 233-244
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, "Mos italicus", "mos gallicus" y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología a juríca (Vittorio Klosterman, 1977)
- CUENA, Francisco, ahora, en DOMINGO, Rafael (coordinador) *Juristas universales* (Madrid, 2004) I
- CRUCHAGA OSSA, Alberto, *Jurisprudencia de la Cancillería Chilena* (Santiago, 1935)
- FUENTES TORRIJO, Jimena – PEREZ FARÍAS, Diego, *El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 2 (2018), pp. 119-156
- GARCÍA GALLO, Alfonso, *Derecho común ante el nuevo mundo*, en *Revista de estudios políticos* 80 (1955), pp. 138-152
- GARCÍA Y GARCÍA, Antonio, *El derecho común en Castilla durante el siglo XIII*, en *European Journal of Legal History* (1993-1994), pp. 45-74
- GARCÍA Y GARCÍA, Antonio, *Perspectivas del derecho común romano-canónico al filo del siglo XXI*, en *Revista Española de Derecho Canónico* 58 (2001), pp. 509-525.
- GARCÍA Y GARCÍA, Antonio – ANDRÉS, Francisco, ahora, en DOMINGO, Rafael (coordinador) *Juristas universales* (Madrid, 2004) I, pp. 152 ss.
- GARCÍA PEREZ, Rafael, *Revisiting the America's Colonial Status under the Spanish Monarchy*, ahora, en DUVE, Thomas – PIHLAJAMAKI Heikki (editores) *New Horizons in Spanish Colonial Law Contributions to Transnational Early Modern Legal History* (Berlin, Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History, 2016) 3
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (2ª edición, Legal Publishig Chile, Santiago, 2013) I
- GUZMAN BRITO, Alejandro. *El concepto de ius Commune en el lenguaje de los juristas romanos*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 13 (1989-1990), pp. 39-78
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Código Civil de Chile en su ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago de Chile*, en *Anuario de derecho civil* 59 (2006) 3, pp. 1283-1302

- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Código Civil de Chile y sus primeros interpretes*, en *Revista Chilena de Derecho*, 19 (1992) 1, pp. 81-88
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La penetración del derecho romano en América*, en *Revista Chilena de Derecho* 18 (1991) 2, pp 203-211
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Tercera parte: juristas de los siglos xvi y xvii* (de Zasio a Montesquieu), ahora, en DOMINGO, Rafael (coordinador) *Juristas universales* (Madrid, 2004) 1, pp. 1-47
- HESPANHA, Antonio, *Cultura jurídica europea: síntesis de un milenio* (Madrid, Tecnos, 2002)
- KASER, Max, *Ius gentium* (traducción castellana de Francisco Javier Andrés Santos, Granada, Comares, 2004)
- LÓPEZ BENAVIDES, Francisco J.; MARTÍNEZ RUIZ, Nina del Rocío; GÁNDARA FERNÁNDEZ, J. Armando, *La universidad: orígenes y evolución*, en *Cultura Científica y Tecnológica* 41 (2015)
- LOPEZ ZUBILLAGA, Jose Luis, *cosa juzgada en el Derecho canónico medieval*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 26 (2004), pp. 395-420
- MADRID, Raúl, *El concepto de "libertas scholastica" y el modelo metodológico de la universidad medieval*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 28 (2016), pp. 359-376
- MAITLAND, Frederic William, *Roman canon law in the church of england* (Meuthen, London, 1898)
- MARTINEZ NEIRA, Manuel, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes (preambulo)*, ahora, en HOTMAN, Francois, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes* (traducción por Adela Mora Cañada, Madrid, 2013)
- Marzal rodríguez, Pascual, *El ius Commune como derecho supletorio en Valencia*, en *Glossae Revista de Historia del Derecho Europeo* 5 (1993)
- MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El Derecho común presupuesto en el Ordenamiento jurídico nacional. Una revisión de su contenido*, en *Revista Chilena de Derecho* 45 (2018) 3
- MONTANOS FERRÍN, Emma, *Reflejo jurídico-doctrinal del "sistema" del Ius Commune en el Reino Medieval de Galicia*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 3 (1999), pp. 417-431
- PIHLAJAMAKI Heikki, *The Westernization of Police Regulation: Spanish and British Colonial Laws Compared*, ahora, en DUVE, Thomas – PIHLAJAMAKI Heikki (editores) *New Horizons in Spanish Colonial Law Contributions to Transnational Early Modern Legal History* (Berlin, Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History, 2016) 3
- OTÁROLA ESPINOZA, Yasna, *La función supletoria de las normas de derecho civil*, en *Revista chilena de derecho y ciencia política* 3 (2012) 2, pp. 89-108
- PEÑA, Javier, *Universalismo moral y derecho de gentes en Francisco de Vitoria*, en *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*, XXVII, 2006, pp. 289 a 310.

- PÉREZ MARTÍN, Antonio, *Fuentes romanas en las Partidas*, en *Glossae. revista de historia del derecho europeo* 4 (1992) pp. 215-246
- PÉREZ MARTÍN, Antonio, *La institución real del ius commune y en las Partidas*, en *Cahiers de linguistique hispanique médiévale* (2000)
- PETRARCA, *Epistolae de rebus familiaribus et variae*, XX, 4, cito por MARTINEZ NEIRA, Manuel, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes (preambulo)*, (traducción por Adela Mora Cañada, Madrid, 2013)
- RENOUX-ZAGAMÉ, Marie-France, *La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés*, en *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique* (1990), p. 134-152.
- RODRIGUEZ-MONTERO, Ramón, *La Europa del Derecho Común*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (1998) 2, pp. 799-807.
- ROJO GALLEGO-BURÍN, Marina, *El Derecho común y los juristas castellanos*, en *European journal of legal history/ Journal of europe en histoire du droit* 6 (2017), pp. 43-55
- SALINAS ARANEDA, Carlos, *Una aproximación al derecho canónico en perspectiva histórica*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídico* 18 (1996), pp. 289-360
- SALINAS ARANEDA, Carlos, *El influjo del Derecho Canónico en el Código Civil de la República de Chile*, en *REDC* 60 (2003) pp. 199-227.
- SOLARI, Enzo, *Contornos de la tolerancia medieval*, en *Ideas y valores* 62 (2013), pp. 73-97
- TAU ANZOATEGUI, Victor, *El jurista en el nuevo mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidad* (Berlin, Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History, 2016) 7, p. 110
- THOMPSON, A., GORDLEY, J., & CHRISTENSEN, K, *The Treatise on Laws (Decretum DD. 1-20) with the Ordinary Gloss* (Washington. D.C, Catholic University of America Press, 1993)
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *El "ius commune europaeum" de ayer y de hoy*, en *Revista de Historia del derecho europeo* 5-6 (1993-1994), pp. 9-16
- VIEJO XIMÉNEZ, José Miguel, *"Totus orbis, qui aliquo modo est una republica" Francisco de Vitoria, el derecho de gentes y la expansión atlántica castellana*, en *Revista de estudios histórico-jurídicos* 26 (2004), pp. 359-391
- WULF, Maurice, *History of mediaeval philosophy* (Longsmans Green, Londres, 1909)