

UN INFORME DE SOLÓRZANO PEREYRA SOBRE DERECHO COMUN PARA LAS INDIAS

HUGO HANISCH ESPINDOLA
Universidad de Chile

INTRODUCCION

Al abocarse al estudio del derecho común que se generó en Europa en el período de la Baja Edad Media, que constituye un fenómeno protagonizado por los juristas, que surge de esa nueva clase social de las Universidades fundadas y que dio lugar al desarrollo de una ciencia o cultura jurídica cuya aplicación se difundió extensamente, se plantea la interrogante de saber si este proceso llegó a considerarse aplicable en las Indias sometidas a la corona de Castilla. Este trabajo no pretende una exhaustiva investigación, de por sí difícil y extensa, pero me ha sido posible encontrar un informe del Dr. Juan de Solórzano Pereyra, miembro del Consejo de Indias y del Real Consejo de Castilla, en que expone una tesis de derecho común aplicable a los funcionarios que se desempeñaban en las colonias españolas.

El legajo de que se trata se intitula: "El Doctor don Juan de Solórzano Pereyra, Caballero del Orden de Santiago, del Consejo de su Magestad en los Supremos de Castilla e Indias, con los bienes y herederos del Gobernador don Francisco Venegas, cabo que fue de las galeras de Cartagena, sobre si se pueden seguir y sentenciar contra ellos los cargos que quedaron al dicho don Francisco, aunque él haya muerto, pendiente este pleyto: y generalmente sobre todos los casos en que se puede inquirir y proceder contra los jueces y Ministros difuntos, en visitas, demandas y residencias". Año 1660. Este legajo se imprimió en el libro titulado: "Obras varias posthumas del Doctor don Juan de Solórzano Pereyra, Caballero del Orden de Santiago, del Consejo de su Magestad, en el Supremo de Castilla y de las Indias. Junta de Guerra de ellas y de la de Minas. Contienen una recopilación de diversos Tratados, Memoriales, papeles eruditos y algunos Escritos en causas Fiscales, y todos llenos de mucha enseñanza y erudición". "Corregidas y enmendadas en esta edición por el Licenciado D. Francisco María Vallarna, Abogado de los reales Consejos y del Colegio de esta Corte. En Madrid con licencia, y privilegio de S.M. En la Imprenta Real de la Gaceta. Año de 1776".

Este ejemplar corresponde a la biblioteca que fue de don Gabriel Ocampo.¹

El legajo trata de función jurídica e instancia Fiscal con los bienes y herederos del Gobernador don Francisco Venegas.

El asunto que motiva a Solórzano es de Indias pues se refiere a las visitas, demandas y residencia contra los jueces y ministros difuntos de Indias y su pretensión la formula como Fiscal del Consejo de Indias.

ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Hay que tener presentes los motivos que ha tenido Solórzano para evacuar el informe de índole general, tratándose de un caso particular, como fue el litigio suscitado con D. Francisco Venegas. Insertamos lo que al efecto expone (p. 215):

¹ Debo hacer presente que para este estudio he usado el legajo impreso del informe editado de "obras varias posthumas del Dr. don Juan de Solórzano y Pereyra según la edición de don Francisco María Vallarna, editada en Madrid, imprenta Real de la Gaceta, 1776, cuya descripción está inserta en el cuerpo de

este estudio. Las citas correspondientes van indicadas con el número de la página respectiva al final de las frases textualmente tomadas del propio Solórzano en el texto mismo del estudio, por lo que he estimado inoficioso repetir las al pie de página.

“El Fiscal pretende, que no sólo en este caso, en que el negocio estaba ya tan adelante, sino aun en todos los que suelen suceder, y deducirse en visitas y residencias, se puede proceder contra los Jueces y Ministros que mueren después de haverse comenzado estos juicios, y en muchos de ellos, aun cuando mueren antes de comenzarse.”

“Y estas causas se pueden seguir, substanciar y sentenciar contra bienes y herederos, y que basta citarles para que las tomen en el estado en que se hallaren. Y que aun esto se podría excusar, si los difuntos hubieren dexado Procurador que haya salido a ellas, y estuviere hecho señor de la instancia.”

Agrega que este punto es muy grave y frecuente y al efecto continúa: “Y porque estos puntos son en sí de mucha importancia, y se ofrecen muy de ordinario, especialmente en este Real Consejo de las Indias, donde casi las más de las veces suelen morir los visitados, o residenciados pendientes sus causas, así por ser tantas, y tan graves las que hay que despachar de este género, como por haverse de traer de Provincias tan remotas; conviene mucho tratarle con distinción y cuidado, y tomar en el fixa, y cierta resolución según el consejo del Jurisconsulto Paulo D. 34.3.25: *Et plenius rogo, quae ad hos spectant, atingas, quotidiana enim sunt.* D. 41.3.44: *propter assiduan et quotidianam comparationem servorum,* con otras citas extensamente tratadas por Rodolfo Fornerio Libr. 1 *rerum quotidian.* cap. 1.

De manera que la causa de la pretensión del Fiscal es la ordinaria ocurrencia de los casos de que se ocupa y por ello recomiendan los jurisconsultos ocuparse de ellas.

CASO Y ESTADO DEL PLEITO

La causa que origina el informe del Fiscal recae en el caso y estado de un pleito que el Consejo de Indias dio en comisión al contador Pedro Guiral, que lo era del tribunal de cuentas de Santa Fe (América), para que averiguase los delitos y excesos que los cabos y oficiales de las galeras reformadas de Cartagena habían hecho en fraude de la Real Hacienda y buena administración de esas galeras. Así mismo, para averiguar la ocultación que don Francisco Venegas, cabo de ellas y otros oficiales habían hecho de cantidad de ropa, y baúles sin registro, que en dichas galeras habían pasado a Puertobelo el año de 1613, defraudando a su Magestad sus derechos reales. El contador substanció la causa, hizo cargos a don Francisco dio traslado de ellos al procurador, que salió en su defensa con poder suficiente, oyó sus descargos, concluyó legalmente el pleito y dictó sentencia, en que condenó a Francisco Venegas que restituyese al Rey sumas considerables y otras penas pecuniarias aplicadas a la Cámara de su Magestad y gastos de su comisión. De esta sentencia apeló la parte de don Francisco, y se presentó en el Consejo, se trajeron los autos originales y estando en poder del relator murió Francisco Venegas. Al conocerse la muerte de Venegas se sobreseyó en la vista de los cargos, pues hubo quien dudase si podía haber condenación respecto de los herederos, por considerarse que los cargos se habían extinguido del todo con la muerte. (p. 215)

LAS REGLAS DE DERECHO COMO FUNDAMENTO DEL INFORME

El informe se apoya en reglas de derecho tomadas de las leyes y los autores que han estudiado el derecho romano, el canónico y el castellano sin usar el imperio de la ley que en realidad no se alega, sino las opiniones de los que sobre la materia han tratado o explicado estos temas, señalando que son reglas de derecho común, o comúnmente admitidas, o que todos consideran así, estableciendo cómo se maneja este sistema jurídico y cómo según él pueden llevar adelante estos juicios basados en la común autoridad de los autores.

EXPOSICION ESCOLASTICA DE LAS TESIS Y LOS ARGUMENTOS

El sistema que usa es el escolástico, fijando la tesis y analizando casuísticamente cada problema, explicándolo a la luz del mayor número de autores, sin hacer análisis crítico

de sus opiniones, sino que aceptando la autoridad del número de ellos que, cuando están concordes, constituyen una opinión común, o una regla de derecho común. La exposición de los argumentos y la opinión de los autores se hacen caso a caso y la conclusión coincide con la tesis con que partió al iniciar el análisis. Es muy importante notar esto porque el informe no transcribe ninguna opinión, salvo en casos aislados y en especial del derecho romano, y en todos los casos se limita a enumerar en forma abreviada el nombre de los autores y de las obras y párrafos que corresponden.

EL DERECHO COMUN EN EL INFORME DE SOLORZANO

Cuando Solórzano habla de derecho común usa términos como: "con esta declaración pasan Cyno, Bartolus, Baldus, Salicetus, y todos los doctores comúnmente" (p. 222). O bien "*Cum commune opinione resolvit*" Mandel Albens, Menchaca, Marco Antonio Eugenio y otros citados por Farinacio y Gregorio López que se refiere a Baldus y Plateam que sostiene lo mismo" (p. 223). En otro párrafo expresa: "*Sed nihilominus contraria sententia verior et communior esse videtur*". (p. 221) En otra ocasión dice: "*Per quae iura ita tenent omnes Scribentes in eisdem iuribus et est communis et indubitata resolutio, ut testantur innumeri*" y se sigue Farinacio, Antonio Gómez, Bonacosa, Socin. Xuarez, Gail, Caldas, Guacinus, "*qui hoc generalitate accipit tam in delictis publicis quam in privatis*", Tuscus. Menchaca, Marco Antonio Eugenio, Osascus, Ptr. Caball, donde dice "que es práctica común, y que juzgó muchas veces en esta conformidad". (p. 218) "*Per quae iura ita aperte concludunt glosae, et DD. ibidem et est communis opinio, et practica totius mundi*". (p. 226) "*Et est communis opinio, et praxis omnium doctorum ut testantur omnes fere DD. quos retuli supra, et praecipue Antonius Gómez*" y enumera a continuación un considerable número de doctores y sus obras con las citas pertinentes. (p. 228) "*Et late probant, et prosequuntur Bartolus, Paulus Castrensis et reliqui DD. communiter in dictis iuribus*". (p. 228). "Porque esto les está prohibido estrechísimamente, así por derecho común y del Reyno". (p. 228)

Solamente se ha procurado en las frases citadas mostrar una idea de la manera como Solórzano maneja las expresiones para dar a entender cómo el derecho común es la suma de las opiniones de los doctores en aceptar una regla de derecho en que se encuentran contestes. Hay que advertir que el nombre de cada doctor, en el texto del informe, va acompañado de la cita del libro y del párrafo correspondiente en abreviaturas cuyo desglose sería una ardua obra por la dificultad de encontrar los libros y las ediciones que emplea.

Para Solórzano, en consecuencia, las reglas comunes están dadas por los autores y de ellas debe concluirse el derecho aplicable al caso. En una frase Solórzano da a entender esta posición respecto a las reglas comunes cuando dice: "Y pudiéranse alegrar otros muchos textos, y doctrinas, que para este mismo intento *ultra Scribentes in ejusdem iuribus latissime, et usque ad nauseam congerit Sebastianus Medicis in tract. mors omnia solvit*". (p. 216). Un principio tan claro como el indicado, todo acaba con la muerte, debe ser sustentado en la opinión de numerosos autores hasta las náuseas.

CUAL ES LA LEY Y EL DERECHO EN SOLORZANO

La ley es la romana. Así expresa: "Esta regla se saca de la ley D. 48.1.6 que contiene un texto de Marciano; D. 48.2.20 que es un texto de Modestino; D. 48.19.20 texto de Paulo. Y Solórzano vuelve a dar la calidad de leyes a los textos romanos y dice: Las cuales leyes prueban la misma regla refiriéndose a textos de Paulo y de Ulpiano. (p. 216). Esta doctrina sacan comúnmente los DD. del texto de Juliano D. 5.1.16 y del C. 4.11 única ley: *Ut actiones et ab herede et contre heredem incipient* y la enseña la glosa in 1. *in successione*, C.10.32.48... Y atendiendo a ella dice Bobadilla. Lib 5 cap. 1 num. 83: Que aunque en algunas provisiones del Consejo para tomar residencia del Corregidor difunto, se dice que se le tome a él y a sus herederos, indistintamente de todo, como si fuera vivo. (p. 237)

En el concepto de Solórzano de las leyes surgen las reglas y así dicen: "Las cuales leyes prueban la misma regla que vamos tratando... (p. 216) De aquí que el derecho común está establecido por reglas sacadas de las leyes sean estas romanas, canónicas y aún las del propio reino de Castilla" (p. 216). La antinomia entre el *ius* de las leyes y lo aplicable a los casos jurídicos es determinar el *ius* que debe considerarse la regla de derecho a que debe ajustarse la solución del caso. El juez está vinculado por el derecho y no por la ley y la regla de derecho se extrae de la ley.

El informe está basado en reglas o principios extraídos del Derecho Romano, del Derecho Canónico y de las opiniones de los jurisconsultos de todos estos cuerpos legales. Además cita a veces los principios que informan las Siete Partidas, pero no las invoca como textos legales, sino que extrae de ellas principios aplicables a sus tesis. El apoyo de las reglas jurídicas que invoca es la calidad y el número de los jurisconsultos de los que las deduce y amplía con comentarios contestes con la regla que se invoca.

Estas observaciones coinciden con lo que explica Antonio Pérez Martín cuando expone: "Esto cobra un sentido particular referido a la Historia del Derecho en la Baja Edad Media y en especial de la recepción del Derecho Romano, o para ser más precisos, del llamado Derecho Común. La recepción del derecho común se reduce en definitiva a un problema de personas. Es, por encima de todo, un fenómeno protagonizado por los juristas, esa nueva clase social que surge en la Edad Media de las Universidades recién fundadas. La recepción del derecho común se concreta fundamentalmente en un fenómeno de difusión de una determinada ciencia o cultura jurídica. La cultura jurídica que se cultivaba en las Universidades del bajo medievo. La recepción no se llevó a cabo fundamentalmente por la vía decisionista, de arriba abajo, sino que tuvo lugar principalmente en el plano de la práctica judicial y notarial y fue protagonizada por los juristas de formación académica. Por eso el problema de la recepción del Derecho Común sólo se plantea cuando existen escuelas jurídicas o Facultades de Derecho que previamente cultiven y enseñen ese derecho".²

Las disposiciones de la Corona o las Cortes, como el Ordenamiento de Alcalá, o las Leyes de Toro³ dispusieron que se podía consultar las opiniones de los sabios, y que los jueces debían aplicarse al estudio del derecho Real, cuando lo que realmente se estudiaba eran los principios de derecho, sacados de las fuentes romanas, que por la formación de los estudios y el trabajo de los jurisconsultos eran los más recorridos para resolver los problemas y la base de la ciencia jurídica, que debía aplicarse en la práctica según el pensar de los jueces o los fiscales a la época de emitir los fallos o las acusaciones y defensas.

Solórzano en un caso como el que estamos viendo, en una causa de Indias, se cife a estas reglas del derecho común extraído de las normas romanas y canónicas y explicadas por los jurisconsultos. Para él, la ley castellana no es vinculante del fiscal o de los jueces, sino que ellos deben acudir a la doctrina de los jurisconsultos para resolver las materias debatidas, según reglas que se difundían latamente en la multitud de autores que las explicaban en sus libros y en las cátedras universitarias.

MOTIVO DOCTRINARIO DEL INFORME

La razón que da lugar al informe de Solórzano Pereyra incide en una resolución del juicio contra Francisco Venegas que se resume así según expone el Fiscal: "Y habiéndose comenzado a ver (la apelación), se tuvo noticia extrajudicial, de que el dicho Don

² PEREZ MARTIN, Antonio. Importancia de las Universidades en la recepción del Derecho Romano en la Península Ibérica. *Società Sassaressi per le Scienze Giuridiche. Studi Sassaressi. Serie III—Edizione Scientifiche italiana. Anno Academico 1980-1981.* p. 255.

³ Leyes de Toro L. 1, tít. 1 lib. 2: "Bien queremos

y sufrimos, que los libros de los derechos, que los sabios antiguos hicieron, que se lean en los estudios generales de nuestros Señoríos, porque hay en ellos mucha sabiduría; y queremos dar lugar, que los nuestros naturales sean sabedores, y sean por ende más honrados."

Francisco era muerto, y se cesó, o sobreseyó en la vista de los cargos. Porque según parece (aun sin tratar de los dichos herederos) hubo quien dudase, si podía ya haber condenación sobre ellos, por sentir, que se habían extinguido del todo con la muerte del dicho Don Francisco". (p. 215)

La resolución aludida dio término al juicio iniciado por el tribunal de Cuentas de Santa Fe y sentenciado por éste, encontrándose en estado de verse la apelación ante el Consejo de Indias y en poder del Relator y escribano de Cámara. El motivo de cesarse el juicio, o sobreseerse en la vista de los cargos fue la noticia extrajudicial de que don Francisco había muerto. El fundamento de la resolución fue porque alguien dudó si podía haber condenación sobre ellos por estimar que se habían extinguido totalmente por la muerte del inculpado.

El Fiscal disiente de la resolución del cese del juicio o sobreseerse en la vista de los cargos, pues si bien el principio de derecho dice que se extingue el crimen con la muerte, él estima que esta regla tiene muchas limitaciones, entre las cuales se encuentran las acciones reipersecutorias por los daños, perjuicios o sustracciones que son materia del pleito, y que estas responsabilidades pueden sentenciarse después de muerto el autor y aun contra sus herederos.

ANALISIS DEL INFORME

Para dar a conocer el material jurídico que desarrolla el Fiscal de acuerdo con su planteamiento pasaremos a sintetizar y analizar las tesis y argumentos que estudia. Al efecto parte con el desarrollo de los principios jurídicos que establecen que la muerte extingue la responsabilidad del delincuente, para en seguida desarrollar diecisiete proposiciones en que sustenta que hay muchas consecuencias del delito que no se extinguen con la muerte, sino que pueden hacerse efectivas sobre los bienes o los herederos o fiadores del difunto, todo lo cual no consta de leyes, sino de las consideraciones que explican los autores de derecho en sus innúmeras obras que cita cuidadosamente.

Al efecto explica así la duda que dio origen al término del juicio y expone: "Digo pues, que la duda puede fundarse en la común y vulgar regla de derecho, que dice, que todos los delitos, ahora sean de los que se llaman públicos, ahora de los que se llaman privados, o particulares, se acaban con la muerte: así por lo tocante a las penas corporales, como a las pecuniarias de publicación, o confiscación de bienes, que por razón, y castigo de ellas están establecidas. De tal suerte, que como no se puede ejecutar contra los ya difuntos, tampoco se ejecuten, ni hayan lugar contra sus bienes, ni contra sus herederos". (p. 215)

Solórzano llama a estos casos limitaciones a la regla referida, *quod morte delicta extinguuntur*, que aunque parece tan cierta y sentada en derecho tiene en sí tantas falencias y limitaciones que de ellas podría hacerse otra regla no menos cierta y general. (p. 217)

La intención general del informe está dirigida a los casos de responsabilidad penal de los jueces, gobernadores, funcionarios reales, virreyes, oidores, alcaldes y fiscales y se refiere principalmente a los casos de visitas y residencias, todas situaciones referidas a los funcionarios de Indias.

LA MUERTE DEL DELINCUENTE EXTINGUE LAS PENAS

La regla general que analiza Solórzano es que "*con la muerte se acaban regularmente los delitos y cesan las penas corporales y pecuniarias de ellos*". Dice que la extinción de las penas se basa en la común y vulgar regla de derecho, que dice que todos los delitos sean éstos públicos o privados o particulares se acaban con la muerte, tanto en lo tocante a las penas corporales como a las de confiscación de bienes. En consecuencia, no se pueden ejecutar contra los difuntos, ni contra los bienes que deje, ni contra sus herederos.

Esta regla se saca de la ley y cita el texto de Marciano D. 48,1,6; Ulpiano D. 48,4,11: *Is qui in reatu decedit, integro status decedit, extinguitur enim crimen mortalitate*, y finalmente cita a Paulo D. 48,19,20. Agrega la interpretación de Accursio, Burdo,

Gotofredo, Fabro y otros. Agrega la prueba del Derecho Canónico para terminar con la cita de las Siete Partidas que llama “nuestro derecho del Reino” Ley 7 tit. 8 P. 3: “*la muerte destaja los hierros que fizo el finado en su vida*”, lo que confirma con la ley 7 tit. 1 Partida 7 y “Acusado puede ser todo home mientras viviere de los hierros que oviese fecho, mas despues que fuese muerto no podría ser fecha acusación de él, porque la muerte desata et desfece también a los hierros, como a los facedores de ellos”. Y pudiéranse alegar otros muchos textos y doctrinas. (p. 216)

En esta exposición de Solórzano no se invoca ninguna ley como vinculante sino la regla extraída de los jurisconsultos y del derecho que no es otra que la norma establecida en la legislación romana de Justiniano en el canónico y el Derecho del Reyno contenido en las Partidas de Alfonso el Sabio.

Esta es la forma de establecer el derecho común que se desarrolla al margen del sistema legal castellano y que ha de ser aplicado en razón de la opinión de los jurisconsultos y comentaristas medievales.

Agrega otra regla de derecho según la cual “*contra los difuntos no se puede dar, ni pronunciar sentencias en negocios civiles, ni criminales y que si se dieren no son válidas, aun cuando se pronuncien en favor de los muertos*” y cita al efecto a Romanos, N. Reusnerus, J. Fco. del Castillo, Bartolus, Aretinus, Baldus, Puteus y otros muchos, y la razón de estas reglas dice que “los muertos no sienten ni se pueden defender, ni se les considera entre las cosas de la naturaleza y como son llamados para el juicio divino, se eximen del humano”. Agrega que la muerte es un caso fortuito, por lo que no habiendo culpa se excusa de la pena. Cita a Paulo D. 48,19,20 donde dice: *quod poena constituitur in emendationem hominum: quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit*. Las razones que da son las tan atendibles y sabias razones con que los jurisconsultos explican las reglas.

PRIMERA LIMITACION

RESPONSABILIDAD DEL JUEZ POR DELITOS Y EXCESOS

La primera limitación se produce en relación al juez por delitos y excesos particulares, por razón de los cuales debe satisfacer algún interés o penas pecuniarias a la parte, o al fisco, si en su vida se comenzó y contestó el juicio de las demandas, capítulos, visita o residencia en que había de hacer dicha averiguación y satisfacción y en tal caso debe seguirse la causa en relación con sus bienes y contra sus herederos y pronunciarse la sentencia para cobrar las condenaciones. En efecto, aunque con la muerte el culpable se libra de las penas corporales, sin embargo se conservan en virtud de la litis contestación y se hacen perpetuas las obligaciones pecuniarias y cita el D. 50,87: “*denique post litem contestatam heredi quoque prociperetur et heres tenetur ex omnibus causis*”. Cita como muy importante el texto de Modestino D. 48,2,20 y lo subraya con el texto de las Partidas L. 25, tit. 1 P. 7 y la ley final del título 9 Part. 7.

Estas reglas las sostienen todos los que escriben sobre estos derechos y una común e indudable solución, como lo atestiguan numerosos autores que las refieren y siguen como Farinacio, Antonio Gómez, Suárez, Caldas, Menchaca, Osascus, Petr, Caball. de resol. crim. 298 N. 10, dice que es práctica común y que juzgó muchas veces en esta conformidad; Avendaño, Dom. Praeses Covarrubias, Gregorio López donde dice que la razón de esto es porque por la litis contestación se celebra un cuasi contrato.

Este caso de limitación está fundamentado en el derecho romano, en la doctrina de los jurisconsultos y además se agrega que es práctica común y que se juzgó muchas veces en conformidad a ella. (p. 217)

SEGUNDA LIMITACION

EL JUEZ MUERE DEBIENDO RESTITUIR ALGO MAL ADQUIRIDO

La segunda limitación se presenta en el caso en que el juez muere habiendo cometido algún delito por cuya causa tenga algo en su poder, o deba restituir una cosa mal

adquirida al Fisco, o a otros particulares, como si se la tomó o usurpó por la fuerza, dolo, concusión o injuria que les hizo, o de cualquiera otra manera. Y en tal caso hay que decir que aunque se concediera que por la muerte se librara de la pena corporal o pecuniaria, que debiera aplicársele por el delito, no se librará de pagar y restituir lo que malamente ha adquirido. Todo lo que debe se le puede exigir y cobrar en sus bienes y a sus herederos, aunque con el difunto no se hubiere comenzado el pleito, ni contestado demanda sobre ello y esto porque tales acciones no deben tenerse por penales sino que son reipersecutorias. Y en cuanto a los herederos en este caso si no se hubiere producido litis contestación con el difunto, no podrán los herederos ser exigidos por el total, sino en proporción a la parte que les hubiere tocado por herencia. Para ello cita C.4,17. "*Post litem contestationem eo qui vim fecit vel concusionem intulit deli aliquid deliquit, defuncto conveniri iuris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur*". Esta norma pasó al derecho castellano en la ley 25, tit. 1. Part. 7.

A continuación señala los innúmeros casos en que los jurisconsultos romanos se refieren a la devolución de lo debido respecto de las cosas mal habidas para terminar con la cita de Pomponio D. 50,38: *Sicuti poenas ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quis ex esa re ad eum pervenisset.* (p. 218)

Y a continuación enumera a los jurisconsultos cuyas razones abonan lo expuesto como Sicargo, Gregorio López, Phanucius, Bursatus, Donellus, Guarinus, que sostienen que el heredero no puede responder por más que lo que recibiere, aunque no haya hecho inventario. Y cita los doctores de derecho como J. Igneus, Petrus Faber, Menchaca, Covarrubias, Farinacio, Barbosa, para terminar con la opinión de Cardosus Lusitanus y de Antonio Fabro, el que sostiene que aun por las costas del juicio se puede litigar contra los herederos.

TERCERA LIMITACION

EL JUEZ CAPITULADO, VISITADO O RESIDENCIADO MUERE DESPUES DE LA CONDENA

La tercera limitación que se puede establecer y considerar generalmente es el caso del juez capitulado, visitado o residenciado que muere después que se ha dado y pronunciado contra él sentencia condenatoria. Esto sucede no sólo en los delitos privados, o particulares, en que bastará la litis contestación, como se ha probado, sino también en los públicos, que son los de mayor incidencia en las causas de visitas y residencias y por su virtud se puede proceder contra sus bienes, herederos y fiadores y cobrar de ellos las penas y condenaciones pecuniarias en que fueren sentenciados. Esta es decisión expresa del jurisconsulto Modestino D. 48,2,20 que cita *in extenso*, agregando que lo mismo prueba nuestro derecho Real por argumento *a contrario sensu* 1.23 tit. I part. 7. De los textos citados se desprende que no se extingue la pena del juez que está condenado ya por sentencia, aunque se haya apelado, o pueda apelarse de ella. Los autores que cita, en buen número, en apoyo de su aserto, dan razón de la diferencia de por qué en los delitos privados basta la *litis contestatio*, mientras que en los públicos se requiere condena. Señala que en los delitos más graves se establecen penas corporales, y consecuentemente en los bienes, mientras que en los privados se aplican penas pecuniarias que gravan el patrimonio y en consecuencia afectan a los herederos que adquieren dichos bienes gravados con las deudas provenientes de las sentencias. Si la sentencia se encuentra apelada por el reo, o en vías de poderse apelar cuando él muere, la apelación debe seguirse, pues en ella se trata de establecer si el reo realmente cometió los hechos culpables que se le imputan o si es inocente, y en la apelación debe verse el fondo del asunto y que el fallo corresponda a la realidad de lo acaecido, y de ello, que el reo salga totalmente absuelto y queden sus herederos exentos, o que éstos deban responder en cuanto ellos algo adquieran y de acuerdo a cuanto adquirieran. (p. 220)

CUARTA LIMITACION

LOS QUE MUEREN DESPUES DE CONCLUIDO EL PLEITO O ESTAN CONVICTOS O CONFESOS

La cuarta limitación es la de los que mueren después de conclusos los pleitos o convictos y confesos de los delitos que se les imputan. La muerte del reo no estorba la prosecución de las causas en los delitos públicos. Y acepta como válida la confesión ficticia proveniente de la contumacia y agrega que esto corresponde a la práctica común que guardan los Tribunales, como lo resuelve Boerio. Cita al final el caso de un gobernador de Filipinas que confesó en su testamento que debía ciertas cargas y que habiéndose tomado residencia, después de su muerte, se usó la declaración del testamento y se dio el pleito por perdido para el gobernador. (p. 223)

QUINTA LIMITACION

CRIMEN DE LESA MAJESTAD, SODOMIA, INCESTO Y ASESINATO

En quinto lugar se aplica la limitación a delitos graves como los de lesa majestad, sodomía, incesto y asesinato, y aunque haya muerto el Juez, u otro particular que lo cometió antes de haber sido acusado, se puede proseguir el pleito contra sus bienes, herederos o fiadores por lo tocante a las confiscaciones y demás penas pecuniarias e infamia, que están impuestas a esos delitos. Todo esto está admitido y explicado en los numerosos textos que indica. (p. 224)

SEXTA LIMITACION

LOS DELITOS DE COHECHO Y BARATERIA

En sexto lugar se establece la limitación respecto de los delitos que en latín se llaman *repetundarum* y en castellano cohecho, que consiste en sobornar al juez con dádivas, o al testigo o a cualquier persona para que diga lo que conviene al cohechador, aunque sea contra la razón y la justicia. La baratería es recibir algo o actuar frente al magistrado, sin corromperlo, pero dándole algo para obtener una sentencia en sí justa, o despachar más presto algún negocio. De las penas de los cohechos y baraterías no se excusarán los herederos ni tampoco se excusará el difunto, según la más común opinión. (p. 227)

SEPTIMA LIMITACION

DELITO DEL JUEZ O GOBERNADOR QUE USURPA O DEFRAUDA

La séptima limitación es la que se refiere a todos los casos en que el Juez o Gobernador ha delinquido en usurpar o defraudar algo de las rentas y cajas reales, o públicas, sagradas y otras cosas cuya administración ha tenido a su cargo y aunque haya muerto pueden ser requeridos los herederos por la gravedad que en sí encierran estos delitos, no sólo por el interés de ellos, sino por las penas y condenaciones pecuniarias que están puestas por el Derecho. Y cita en latín *Ubi ita notant Doctores communiter*. Y agrega esto: *communis opinio et praxis omnium Doctorum*. (p. 228)

OCTAVA LIMITACION

USURPACION DE DERECHOS DEL REY Y DE LOS COMISOS

La octava es la usurpación de los derechos reales y penas de comisos. Aquí Solórzano trata de explicar este punto en relación con el juicio contra Francisco Venegas, por lo

que se explaya. En este caso, se trata del juez o de otro cualquier ministro real que puede ser visitado o residenciado y que ha defraudado algunos derechos de alcabala o almojarifazgos reales, o consentido que le quitasen o extraviasen algunas cosas que habían caído en comiso, ahora haya sido por quedarse con ellas o para disimular que otros las llevasen, como lo hizo Franciscos Venegas siendo cabo de las galeras de Cartagena. Cita a Papiniano D. 39,8 y 14. Y extensamente prueban y continúan Bartolus, Paulus Castrensis y los demás doctores comúnmente en los dichos derechos y siguen las citas. (p. 228)

NOVENA LIMITACION

TRATOS Y CONTRATOS DE LOS JUECES POR COMPRAS Y GRANJERIAS

La excepción novena abraza los tratos y contratos de los jueces y las compras y edificios de casas y otras cualesquier granjerías y negociaciones que tuvieren y usaren con los súbditos de sus gobiernos, suponiendo que todo esto les está prohibido, y así por derecho común, como del Reyno, por sí o por interpósitas personas. Estas normas se sacan de los textos del derecho romano y de la opinión común de casi todos los doctores, y después de citar a los autores concluye: "*De donde dicen que es común de casi toda la escuela de los canonistas, y legistas y más pía y segura, y que si hubiere muchos herederos cada uno estaría obligado y podría por esta causa ser convenida en solidum a lo menos por toda la cantidad que constase haberle pertenecido de la herencia*". (p. 233) A continuación procede a citar casos de funcionarios que han sido sancionados en varios parajes de Indias por adquisición de bienes por lo que concluye: Por donde podemos decir que ya se ha introducido costumbre, que tiene fuerza de ley. (p. 234)

DECIMA LIMITACION

CASAMIENTOS DE VIRREYES, OIDORES, ALCALDES Y FISCALES Y SUS HIJOS EN INDIAS

La décima excepción se puede ejercitar en los casos en que los Virreyes, oidores, alcaldes y fiscales de las Indias se casan en sus distritos, o dejan y consienten casar a sus hijos, o los gobernadores o corregidores y sus tenientes, durante el tiempo de sus oficios. Porque esto les está prohibido estrechísimamente así por el derecho común y del reino. Y como la pena de esto es la privación del oficio y de los sueldos si el oidor ha muerto, como no se puede intentar la acción contra él, sin embargo se podrá intentar contra sus bienes y herederos para que vuelvan los salarios y aprovechamientos que llevaron en razón de ello, pues desde el día del casamiento queda sin título, ni derecho para poderlos llevar y los deben restituir en conciencia y se les puede pedir por acción reipersecutoria. (p. 234)

UNDECIMA LIMITACION

SENTENCIAS CONDENATORIAS POR PENAS QUE PROCEDEN *IPSO IURE*

En relación con el caso anterior se plantea la undécima limitación de que se pueden cobrar a los herederos las penas que se imponen *ipso iure* sin que preceda sentencia condenatoria en vida del reo. Esto lleva a la pregunta de que si para la cobranza y ejecución de dichas penas es necesario que intervenga sentencia condenatoria del incurso y condenación de ellas y si esta declaración debe hacerse en vida del reo o basta que se haga después de su muerte. Hay autores que sostienen que aunque la norma opere *ipso iure* es necesario que se pronuncie sentencia condenatoria y algunos sostienen que si no

hay sentencia antes de la muerte del reo, ningún derecho asiste al Fiscal para pedir contra los herederos. Sin embargo, la opinión de que no se requiere sentencia para que la pena pase a los herederos y se pueda cobrar de ellos, es tan común, como la contraria, y a mí parecer mucho más verdadera, y a ella adhieren muchos autores. Y a pesar de estas dudas, lo cierto es que obligan a ambos fueros, pues además de haberse jurado, son como leyes o condiciones del contrato con que se aceptan semejantes oficios, como lo resuelven los autores antes citados. (p. 236-237)

DUODECIMA LIMITACION

DELITOS DE COMISION U OMISION EN CAUSAS GRAVES

La duodécima excepción se refiere a los delitos de comisión o de omisión en cosas graves. Suelen, fuera de los casos ya referidos, ofrecerse otros en las visitas y residencias de algunas cosas que los jueces hayan hecho, o dejado de hacer con cuidado y obligación de sus oficios, pero si por ellos no tienen penas ciertas, ni declaración que se incurra *ipso iure*, tengo por cierto que con su muerte se acaban los delitos y las penas pecuniarias de ellos y que así no podrán cobrar de sus bienes y herederos, ni ellos estarán obligados a hacer residencia por esta razón, si no es que en vida del difunto hubiese ya habido condenación en los juicios públicos o *litis contestatio* en los juicios particulares. Saca el fundamento de Juliano en D. 5.1.16, señalando los autores que comentan dicho texto. Y agrega Solórzano: Pero si la omisión o comisión fuere de cosa muy grave o que hubiese venido daño conocido a la república, o menoscabo a algún particular, aunque no hubiere sido contestada la litis con el difunto, se podría proceder contra sus bienes o herederos, si no para la pena, al menos para la satisfacción, pues la acción además de penal es reipersecutoria. (p. 237)

DECIMOTERCERA LIMITACION

DEMANDAS DE MAL JUZGADO

La decimotercera es por las demandas de mal juzgado. Cita C. 7.49 D. 5.1.16. Aunque el juez muere si ha dictado sentencia, sea que haya obrado dolosamente o por impericia, u otras causales dice que Juliano admitió que se podía poner demanda contra los herederos, pues el juez que falla mal es pasible de una acción reipersecutoria y por consiguiente debía darse y pasar contra los herederos, como las demás de este género. Cita al derecho canónico que sostiene que en este caso está gravada la conciencia del difunto y da acción contra los herederos para que la descarguen, por lo menos en cuanto baste para reparar el daño que causó. (p. 238-239)

DECIMOCUARTA LIMITACION

PENA DE INFAMIA

La decimocuarta excepción es la que se refiere a la pena de infamia. Solórzano en esta materia no invoca razones jurídicas sino la tradición de hechos antiguos en que los romanos admitieron que podía pedirse justicia para honrar la memoria de un difunto, pero todos los casos tratados se refieren a tradiciones romanas en que se permitió reivindicar la memoria de un difunto. (p. 239).

DECIMOQUINTA LIMITACION

RESPONSABILIDAD DE LOS FIADORES DE LOS RESIDENCIADOS

La decimoquinta se refiere a los fiadores de los residenciados y si la obligación de estas fianzas pasa a los herederos. Este punto lo trata Solórzano con oscuridad, pues por una

parte sostiene que la glosa trató el punto y declaró que, así como quedaban libres los autores de un hecho delictuoso por la muerte, de igual manera debían considerarse libres los herederos de los fiadores, sea por la responsabilidad de los hechos delictuosos, como de las garantías que se dieran por arraigo. Pero a continuación plantea su duda, pues dice que los fiadores se obligan *ex contractu* mientras que los fiadores en los delitos lo hacen *ex delictu*. El problema reside en la situación de las fianzas que se dan en garantía de los servicios y beneficios cuando se trata de visitar o residenciar a los funcionarios. Aquí no encontramos la seguridad con que el autor ha sentado su tesis en relación al derecho común. (p. 240)

DECIMOSEXTA LIMITACION

CUANDO DEBEN INTENTARSE LAS ACCIONES PARA QUE PASEN A LOS HEREDEROS

La decimosexta excepción se refiere al tiempo en que deben intentarse las acciones para que éstas pasen a los herederos. En este acápite Solórzano se remite a establecer los casos de caducidad y prescripción que se producen en los juicios de visita o residencia y los asuntos que se plantean si el residenciado fallece antes de iniciarse el juicio correspondiente. (p. 241)

DECIMOSEPTIMA LIMITACION

ASPECTOS PROCESALES DE LOS JUICIOS CONTRA LOS HEREDEROS DE LOS VISITADOS Y RESIDENCIADOS

La indicación decimoséptima se refiere a los aspectos procesales y del modo que se ha de tener en seguir y sustanciar estas causas con los herederos de los visitados o residenciados. (p. 242)

OBSERVACION FINAL

Al término de este trabajo debemos dejar constancia que se trata en realidad de una aplicación del derecho común a situaciones que se produjeron en la América indiana. El material que usa Solórzano y Pereyra para desarrollar sus puntos de vista son del derecho romano de los comentaristas, glosadores, los ultramontanos y los autores que provenían de la docencia itálica, y los autores hispánicos. La base fundamental está en el derecho romano, utilizado no como una ley aplicable y vinculante sino en razón de la calidad y de los argumentos que se desarrollan. Además hace uso del argumento de autoridad y del número de los sostenedores de cada posición. Esto da un aspecto muy particular a la forma de argumentar pues no se analizan las razones de los autores, sino que se indican sus nombres y las obras en que se hacía referencia a la materia tratada.

CONCLUSIONES

La actividad del derecho común, según el informe de Solórzano y Pereyra, se desarrolla en el campo de la jurisprudencia a través de los comentarios y principios que deducen los comentaristas, los glosadores y los autores jurídicos vinculados a la enseñanza y a la producción jurídico-literaria de los doctores.

Los principios de derecho se formulan por los propios doctores, y sus limitaciones y excepciones y campos de aplicación quedan establecidos por la doctrina que ellos desarrollan en sus glosas y comentarios que se circunscriben a los principios del derecho romano, del derecho canónico y la doctrina nacida de los comentarios a las propias leyes y ordenanzas castellanas.

La aplicación de estos principios es también extensiva a la organización y responsabilidades de las autoridades establecidas por la Corona en Indias.

La materia de aplicación del derecho común se produce en torno a los principios de derecho y no a la exégesis, comentario o coordinación de las reales cédulas, ordenanzas, decretos emanados de la Corona, que se citan no como leyes, sino como reglamentación de los principios en los casos concretos a que están destinados. Los principios del derecho común no vinculan a los jueces o autoridades, sino que les sirven de razones ponderadas para las resoluciones. Constituyen una *ratio scripta*.