

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos
 [Sección Materiales]
 XXXII (Valparaíso, Chile, 2010)
 [pp. 453 - 468]

LA HISTORIA DEL DERECHO
 Y LA HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA ALEMANA DEL SIGLO XX
 [The History of Law and the German Juridical Historiography
 in the 20th Century]

PATRICIO HERNÁN CARVAJAL ARAVENA*
 Universidad de Playa Ancha, Valparaíso, Chile

RESUMEN

La escuela histórico-jurídica alemana del siglo XX ha contribuido de un modo significativo en la ampliación del objeto de estudio al incorporar en las investigaciones histórico-jurídicas temas específicos del Derecho público. Desde esta perspectiva la escuela histórica jurídica alemana es parte de la revolución científica del siglo XX.

PALABRAS CLAVE: Derecho, Historia, Historiografía jurídica.

ABSTRACT

The German history-law school in the 20th century has contributed in a significant way to broaden the subject matter when it incorporated specific topics regarding Public Law in the historical-juridical research. From this perspective, the German history and law school is part of the scientific revolution of the 20th century.

KEYWORDS: Law, History, Juridical Historiography

* Profesor de Historia moderna, contemporánea y de Historia del pensamiento político en la Facultad de Humanidades de la Universidad de Playa Ancha. Dirección postal: Universidad de Playa Ancha, Facultad de Humanidades, Departamento de Historia, Playa Ancha, Valparaíso, Chile. Dirección electrónica: althusius57@hotmail.com

I. INTRODUCCIÓN

1. *La revolución historiográfica del siglo XX.*

La Ciencia histórica no ha estado ajena a los cambios experimentados por la ciencia en siglo XX. En efecto, la revolución científica contemporánea, cuyo inicio podemos fijar en Alemania con la Física de Einstein, Planck y Heisenberg, tiene un correlato en todas las áreas del conocimiento, por cierto incluida la Ciencia jurídica. Uno de los testimonios más claros de la revolución científica en el campo de la Ciencia jurídica está representado por el trabajo teórico de Hans Kelsen, específicamente con su teoría pura del Derecho, trabajo con el cual el jurista austriaco sitúa el pensamiento y la Ciencia jurídica de su época en diálogo con otras ciencias, especialmente con la Física. En este sentido se podría afirmar que la propuesta teórica de Kelsen para el Derecho es equivalente a la propuesta de Einstein para la Física. No abordaremos en esta exposición el pensamiento de Kelsen, pues no es nuestro objetivo¹. Con todo, podemos afirmar que para Kelsen la Ciencia histórica, a diferencia de lo que piensan algunos de sus críticos, juega un papel destacado en la formulación de su teoría jurídica. Basta con señalar, para corroborar nuestro argumento, el tema de su tesis de doctorado sobre las ideas político-jurídicas del Dante². Otro tanto podemos señalar para el caso del jurista italiano Norberto Bobbio y su estudio histórico de las formas de gobierno³ y de historia del pensamiento político⁴. En la misma línea podemos considerar los escritos del jurista y filósofo argentino del Derecho E. Garzón Valdés, quien desde su cátedra en el Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Mainz, Alemania, contribuyó durante más de veinte años a un diálogo inter- y transdisciplinario con sus seminarios, traducciones y publicaciones⁵.

Ahora bien, los cambios tanto epistémico como metodológicos experimentados por la ciencia contemporánea impactan de un modo indiscutible en las Ciencias sociales, entendiendo aquí explícitamente el Derecho como parte de aquéllas. Al pertenecer a las Ciencias sociales el Derecho es una ciencia de síntesis, es decir, en su núcleo teórico se encuentran elementos provenientes de otras disciplinas: Filosofía, Economía, Sociología⁶. Y en este sentido la Ciencia histórica se nutre y provee a la vez a las disciplinas sociales en un diálogo permanente, que sólo un positivismo mal entendido la llevó a auto-concebirse referencialmente como una disciplina endogámica, atenta sólo a la dogmática jurídica. Sin embargo, esta visión

¹ Véase: THUM, V., *Wien und der Wiener Kreis. Orte einer unvollendeten Moderne. Ein Begleitbuch* (Wien, 2003); JABLONER, C., *Kelsen and his Circle. The Viennese Years*, en *European Journal of International Law*, 9 (1998), pp. 368-385; SCHLÜTER, Ph., *Gustav Radbruch Rechtsphilosophie und Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Ein Vergleich* (Diss. Tübingen, 2009)

² KELSEN, H., *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (Wien, 1905).

³ BOBBIO, N., *La teoría de las formas de gobierno en la Historia del pensamiento político* (trad. castellana, 6ª reimpresión, México, 2008).

⁴ BOBBIO, N., *Ni con Marx ni contra Marx* (México, 2000).

⁵ GARZÓN VALDÉS, E., *Calamidades* (Barcelona, 2004).

⁶ Véase: CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la Ciencia jurídica* (Barcelona, 1990).

autoreferencial como ciencia ha sido fuertemente cuestionada por la historiografía jurídica, especialmente con los estudios del historiador del Derecho H. Coing⁷. Esta realidad que emerge de la condición misma de la disciplina de la Historia y de la Historia del Derecho, en el sentido de concebir el Derecho como parte de la Historia de la cultura (“Kulturgeschichte”), esto es, un epifenómeno social en el que se encuentra toda la complejidad de las relaciones sociales, desde las materiales a las espirituales, entonces podemos compartir la apreciación de M. Stolleis en el sentido de que la Historia del Derecho (“Rechtsgeschichte”) es un proyecto en construcción.

2. Las escuelas historiográficas.

La revolución historiográfica del siglo XX se estructura en cuatro escuelas principales.

Este nuevo enfoque propuesto por Stolleis, en diálogo abierto con la Ciencia histórica y las otras disciplinas sociales, que ha constituido su programa de investigación durante la dirección del Max Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, se ha centrado en la Historia del Derecho público alemán, que en sí había sido una variable hasta ese momento marginal en la historiografía jurídica europea. Stolleis extiende sus pesquisas hasta el período del sistema jurídico del Estado nazi. Este enfoque en sí rompe con el enfoque predominante en la historiografía jurídica, en el cual se halla, además, la mayoría de los miembros de la Escuela chilena de Historia del Derecho, de fijar como límite a sus investigaciones la Codificación, para abordar directamente temas de Historia contemporánea. Hay en esta metodología de Stolleis una clara recepción de los paradigmas historiográficos de la Escuela de los “Annales” y de la Escuela alemana de los conceptos históricos fundamentales. Sin duda la Historia es historia del presente, que estudia el pasado como parte de un presente que fue, pero que es en sí siempre historia (proceso histórico).

a) La Escuela de los “Annales” (Braudel). La Escuela de los “Annales” contribuye de un modo decisivo, especialmente con los trabajos de su principal exponente, Fernand Braudel: teoría de las estructuras históricas, tiempo histórico de larga duración y teoría de la civilización⁸. La propuesta de Braudel es una teoría macro histórica cuyo eje son los procesos civilizatorios. Al hablar de procesos civilizatorios Braudel entiende la conformación de estructuras históricas que sólo resultan inteligibles en un tiempo histórico de larga duración. Con ello formula una crítica definitiva a la Historia de la corta duración: los hechos, efemérides, héroes. Esta historia, y su enseñanza, han creado importantes mitos historiográficos al punto de constituirse en una ideología histórica al servicio del poder hegemónico de los Estados nacionales. Este fue uno de los problemas más graves que afectó a la historiografía jurídica alemana en la época del nazismo.

b) La Escuela de los conceptos históricos fundamentales (Koselleck). En el ámbito de la revolución historiográfica contemporánea la Escuela

⁷ COING, H, *Historia del Derecho (Historiografía y metodología)* (México, 2000).

⁸ Véase: BRAUDEL, F., *Las ambiciones de la Historia* (Barcelona, 2002).

alemana: Koselleck, Bruner, Conzen, cuyo *Lexikon* constituye el proyecto más importante en la ciencia histórica de elaboración de una terminología historiográfica. Una ciencia se define, entre otros tópicos como tal, por el nivel de desarrollo y complejidad de su lenguaje específico (“Fachsprache”). Sin este lenguaje toda reflexión se torna ambigua y, por consiguiente, descontextualizada de la realidad social. El objetivo de esta escuela está formulado por Koselleck con las siguientes palabras: “Unter geschichtlichen Grundbegriffen sind nicht die Fachausdrücke der historischen Wissenschaften zu verstehen, die in eigenen Handbüchern und Methodenlehren dargelegt worden. Vielmehr handelt es sich hier um Leitbegriffe der geschichtlichen Bewegung, die, in der Folge der Zeiten, den Gegenstand der historischen Forschung ausmacht”⁹. Koselleck explica su modelo historiográfico a partir de la diferencia entre Historia (“Geschichte”) e Historie (“Historie”). “Geschichte” es conocimiento; “Historie” es proceso, suceder, acontecer. Esta diferencia es esencial para entender la estructura no sólo de los procesos sociales –procesos históricos– sino también de la estructura lingüístico-semántica del pensamiento y del discurso histórico. Aplicado estos principios a la historiografía jurídica, entendiendo que el pensamiento y discurso jurídico –textos– son parte de una realidad social, pública y privada, que no puede ser soslayada como sucede con cierta historiografía jurídica que entiende por tal sólo la Historia del Derecho privado, entonces se aprecia que las categorías historiográficas y lingüísticas propuestas por la escuela de Koselleck permiten reconstruir y recontextualizar los discursos jurídicos, y su correspondiente semántica, como parte de una realidad social. En otras palabras, un código (Derecho privado, micro historia) es un discurso que regula ciertamente las relaciones sociales entre privados; una constitución (Derecho público, macro historia) establece los procedimientos, instituciones, controles y limitaciones de la acción política del Estado; los Derechos fundamentales de la comunidad, y todas aquellas materias que se incorporan al texto constitucional de acuerdo a la evolución y desarrollo de la sociedad y sus respectivos pensamientos. Para mencionar una sola de ellas y que cruza toda la Historia del Derecho: la propiedad¹⁰. Señalemos, sólo a modo de ejemplo, la concepción de la propiedad en los siguientes momentos de la Historia del Derecho: Derecho romano clásico, Derecho romano justiniano, *ius commune*, Reforma Protestante, Reforma Católica, Codificación, Constitucionalismo (Revoluciones democráticas, Revolución industrial), Globalización. Cada uno de esos momentos corresponde a una realidad social y una realidad semántica que queda fijada en los correspondientes textos civilísticos y publicísticos¹¹. En términos de Koselleck: “La extensión del espacio semántico de cada uno de los conceptos centrales que se han utilizado pone de manifiesto una alusión polémica referida al presente, un

⁹ BRUNNER, O. - CONZE, W. - KOSELLECK, R. (editores), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, I, “Einleitung”, p. xiii.

¹⁰ CORDERO, E. - ALDUNATE, E., *Evolución histórica del concepto de propiedad*, en REHJ., 30 (2008), pp. 345-385.

¹¹ Véase: FIORAVANTI, M. (editor), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho* (Madrid, 2004); FIORAVANTI, M., *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días* (Madrid, 2001).

componente planetario de futuro y elementos permanentes de la organización social procedentes del pasado [...]”¹².

c) La Escuela de Historia Social británica (Hobsbawm). La obra histórica de Hobsbawm, si pudiéramos sintetizarla en la extraordinaria trilogía: La Era de la revolución¹³, la Era del capital¹⁴, la Era del Imperio¹⁵, y de sus contribuciones teóricas¹⁶, contiene en sí todo el debate histórico que ha afectado a la ciencia histórica durante el siglo XX. Desde una perspectiva inicial vinculada a la micro historia (historia social), Hobsbawm ha derivado hacia trabajos de tipo macro histórico, como testimonia una de sus últimas obras, referida concretamente al tema de la guerra y la paz en el siglo XXI y al problema del imperialismo.

d) La Escuela del pensamiento político (Skinner). A partir de la filosofía analítica que le sirve de base lingüística para el análisis de los discursos del pensamiento político moderno, especialmente el italiano renacentista e inglés barroco, la Escuela de Cambridge con los estudios de Skinner, Dunn y Pocock realiza una interpretación del discurso político –jurídico moderno, estableciendo una vinculación entre pensamiento y texto– contexto. Esta perspectiva ha cambiado de un modo sustancial, en algunos casos, la visión propuesta por algunas corrientes historiográficas de las ideas. Así, por ejemplo, luego de los estudios de Skinner¹⁷ y Pocock¹⁸ sobre Maquiavelo, no se puede seguir sosteniendo la condición de teórico del Absolutismo de Maquiavelo, que la historiografía conservadora ha propuesto. Por el contrario, las investigaciones de estos historiadores de la Escuela de Cambridge han precisado que Maquiavelo más que un padre del Absolutismo europeo puede ser considerado como uno de los precursores del liberalismo y uno de los principales teóricos que inspiran el constitucionalismo norteamericano de la época de la Revolución democrática estadounidense¹⁹. Otro de los ejes centrales de la investigación de Skinner, tal vez el más importante, es el tema del Estado moderno²⁰. En efecto, la institucionalidad estatal nace de intensas controversias jurídicas-teológico-políticas de la Baja Edad Media y de la Temprana Edad Moderna. Sin esas ideas, sin esas controversias, la institucionalidad estatal no se habría desarrollado, o bien su curso habría sido muy distinto al que conocemos hoy, según la morfología estatal moderna. En breve, en la medida que podemos hablar de definitivo en la ciencia y en la teoría histórica, la contribución de la Escuela de Cambridge nos permite comprender la fenomenología estatal moderna en una relación estrecha entre texto (pensamiento - discurso) y contexto

¹² KOSELLECK, R., *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos* (Barcelona, 1993), p. 109

¹³ HOBBSAWM, E., *La era de la revolución 1789-1848* (Barcelona, 1995).

¹⁴ HOBBSAWM, E., *La era del capital, 1848-1875* (Barcelona, 1998).

¹⁵ HOBBSAWM, E., *La era del imperio, 1875-1914* (Barcelona, 2003).

¹⁶ HOBBSAWM, E., *Sobre la historia* (Barcelona, 1998).

¹⁷ SKINNER, Q., *Maquiavelo* (Madrid, 1998).

¹⁸ POCK, J., *The Machiavellian Moment* (Chicago, 1981).

¹⁹ SKINNER, Q., *Liberty before Liberalism* (Cambridge, 1999).

²⁰ SKINNER, Q., *The Foundations of Modern Political Thought* (Cambridge, 1978), 2 volúmenes.

(institucionalidad). Este método aplicado a dos de los procesos más importantes de la Historia moderna, constitucionalismo y codificación, nos permite recontextualizar e interpretar estos dos capítulos de la Historia moderna del pensamiento, discurso y textos jurídicos.

II. LA ESCUELA HISTÓRICA ALEMANA DEL SIGLO XX

Así como existió una Escuela Histórica alemana del Derecho en el siglo XIX (Savigny, Puchta, los hermanos Grimm, Eichhorn, Niebuhr y Winscheid, del mismo modo podemos señalar la existencia de una Escuela histórica alemana del Derecho para el siglo XX. Una de las características de la Escuela alemana del Derecho del siglo XX es la conjunción temática de Derecho público – Derecho privado como una unidad histórica que sólo puede ser separado con fines pedagógicos, pero no en su unicidad como proceso histórico. Todos los autores de esta escuela, incluso Coing que redacta su reputadísimo manual de Historia del Derecho privado europeo, asume esta realidad en sus investigaciones. Más todavía, en uno de sus últimos escritos considera la Historia del Derecho, el fenómeno jurídico en sí, como parte de la Historia de la Cultura (“Kulturgeschichte”).

En este punto es necesario insistir en el Derecho y su historia como una de las más importantes variables culturales y cuyo impacto de lo específicamente jurídico transita a todos los ámbitos del quehacer de la sociedad y sus comunidades. En efecto, los procesos de romanización, cristianización y germanización en la Época Antigua y Medieval, espacios y momentos históricos donde el pensamiento antiguo cristaliza en diversas instituciones, tanto de Derecho público como privado, continúa en la Época Moderna con el proceso de la expansión geográfica de Europa a partir del siglo XV: descubrimiento, conquista y colonización (sistema imperial europeo moderno), lo que la actual historiografía llama la “europeización de la Tierra” (“Europäisierung der Erde”). Así sucede específicamente con los tres sistemas coloniales europeos más importantes de la Temprana Edad Moderna y sus respectivas legislaciones: España (*Recopilaciones* de 1567 y 1680), Portugal (*Ordenações Filipinas*, 1603) y Holanda (*Politique Ordonnantie*: 1580), legislaciones cuyo contenido es esencialmente Derecho romano (*ius commune*) y Derecho regional. Según de Smidt: “Der Transfer von Recht geschieht über Gesetze, juristische Bücher, vor allem durch Menschen, Juristen und Nichtjuristen, die die Rechtsregeln und die Rechtspraxis lebendig werden lassen und ihr Wissen auf andere übertragen”. Este ejemplo, referido concretamente a la experiencia jurídica colonial, la “Europäisierung der Erde”, se puede extender nuevamente a una segunda fase con el proceso del Constitucionalismo y una tercera fase con el proceso de la Codificación. Hasta aquí esta explicación, pues tanto el Constitucionalismo como la Codificación son parte de la Historia Moderna del Derecho europeo y cuya recepción será mundial a partir del proceso de la Revolución francesa. Por razones de espacio y tema no abordaremos estos tópicos en el presente artículo.

III. LA TEORÍA DEL DERECHO COMO MACRO Y MICRO HISTORIA

La división entre macro y micro teoría jurídica, siguiendo el ejemplo metodológico de las ciencias naturales y sociales, es necesario para el estudio histórico del pensamiento y discurso jurídico. De acuerdo a esta división se podría considerar el Derecho público como macro teoría jurídica y el Derecho privado como una micro teoría del Derecho. Ello a la vez nos permite ordenar historiográficamente ambas realidades jurídicas de acuerdo a los criterios de macro historia (Constituciones) y micro historia (Códigos). Esta separación nos permite, por otro lado, estudiar los discursos jurídicos y sus respectivas instituciones directamente sobre la realidad que operan como normativas reguladoras, y conocer así la complejidad de los sistemas sociales: comercio, trabajo, finanzas, relaciones internacionales, criminalidad, economía internacional, negocios internacionales, entre otros, para mencionar algunos de los componentes más esenciales.

1. *El Max Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*

La fundación en la década de 1960 del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte por H. Coing, marca un cambio sustantivo en la historiografía jurídica europea. Se produce una de las institucionalizaciones más importantes de la historiografía jurídica como disciplina histórica en el ámbito de la cultura europea. En efecto, este instituto provee un espacio para los investigadores del mundo que pesquisan la historia del Derecho europeo. Sin embargo, este proyecto tiene dos limitaciones importantes: se refiere a la historia del Derecho europeo y el objeto de estudio está centrado en el Derecho Privado. Este es el programa de pesquisa que llevará a cabo su fundador, H. Coing, con notables resultados, entre los cuales cabe mencionar su conocidísimo *Handbuch*. Pero esta limitación al estudio de la Historia del Derecho privado contenía limitaciones epistémicas, metodológicas y temáticas considerables. Sin duda la revolución historiográfica del siglo XX y su concepto de Historia total quedaba ausente o en condición de conocimiento marginal para los investigadores del Max Planck de Frankfurt. Más todavía, se acrecienta esta limitación con la fundación de la revista *Ius Commune*, sede oficial de las pesquisas y orientada fundamentalmente a la historia del Derecho privado. Esta limitación se hará cada vez más manifiesta con las investigaciones de M. Stolleis referidas al Derecho público germano. Durante la década de los 70 y 80 del siglo XX, Stolleis comienza su actividad como historiador del Derecho poniendo énfasis en el Derecho público. Los escritos de Stolleis que marcan el giro epistémico en la historiografía jurídica alemana de la segunda mitad del siglo XX, son los siguientes:

î) *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert. Reichspublizistik, Politik, Naturrecht* (1977) [“Pensadores del Estado en el siglo XVII y XVIII. Publicística Imperial, Política, Derecho Natural”]. Estos tres tópicos constituyen parte del pensamiento jurídico alemán moderno y son a la vez fundamento de la teoría y del sistema jurídico de los Derechos fundamentales. La Publicística, la Política y el Derecho Natural constituyen a la vez cátedras y partes esenciales de los programas de

estudios de las facultades de Derecho protestantes alemanas, concebidas con el nombre de “Staatslehre”.

ii) *Herman Conring. Beiträge zu Leben und Werk (1606-1681)* (1981): [“Herman Conring. Estudios sobre su vida y obra”]. Con esta monografía, de la cual Stolleis es editor, se realiza el primer estudio contemporáneo sobre la vida y obra de Conring, discípulo y sucesor de la cátedra de política de H. Arnisaeus en la Universidad de Helmstedt, y fundador de la ciencia de la Historia del Derecho en Alemania²¹.

iii) *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* (1988) [“Historia del Derecho público en Alemania”]. Esta obra constituye sin duda el punto de cambio en la historiografía de la historia del Derecho en Alemania en el siglo XX. En efecto, Stolleis introduce tres elementos en su investigación: amplía el objeto de estudio de la historiografía jurídica al estudio del Derecho público, emplea categorías historiográficas de las escuelas que realizan la revolución historiográfica del siglo XX, especialmente la teoría de la historia total de la Escuela francesa de los Annales, extiende, en los volúmenes posteriores de esta obra, el estudio de la Historia del Derecho hasta la época contemporánea. Así, por ejemplo, el capítulo dedicado a la “leyes de Nürnberg” y la legislación del Estado totalitario nazi, rompiendo con ello una conducta casi dogmática en la Historia del Derecho: no pesquisar después de la codificación. Sin duda este es uno de los grandes méritos de esta obra de Stolleis. Por otro lado esta la monografía que estudia el desarrollo del Derecho público moderno a partir de las cátedras de jurisprudencia de las Universidades reformadas alemanas, los que nos permite conocer el estado del arte de la disciplina en sus correspondientes momentos históricos modernos²²

iv) *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts* (1990) [“Estado y razón de estado en la Temprana Edad Moderna. Estudios para la Historia del Derecho público”]. Con este escrito Stolleis culmina su primera etapa de investigación sobre el Derecho público. Este estudio investiga sobre la recepción de Maquiavelo en Alemania en el siglo XVII, el desarrollo de la propuesta filosófica política: *philosophia civilis*, constructo teórico que corresponde a la recepción del pensamiento estoico en el siglo XVII, y que dará paso a la escuela neostoica de J. Lipsius en Holanda, cuya recepción se dará en toda Europa.

El siguiente giro en la obra de Stolleis estará dado cuando asuma como Director del Max Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte de Frankfurt, en la década de los 90 del siglo XX. Junto con la codirección de D. Simon, Stolleis orientará las pesquisas del Instituto hacia una visión historiográfica dual: Derecho público - Derecho privado. Este nuevo enfoque tendrá un resultado concreto: el reemplazo de la revista *Ius Commune*, órgano oficial del instituto centrada en el estudio de la Historia del Derecho Privado, según la había concebido H. Coing,

²¹ CARVAJAL, P., *Geschichtstheorie o Geschichtsphilosophie? El discurso historiográfico alemán. De H. Conring a E. Nolte*, en WIDOW, J. L. - CORTI, P. - MORENO, R. (editores), *El tiempo en la Historia* (Viña del Mar, 2005), pp. 176-191.

²² Véase mi recensión a esta obra de Stolleis, en *REHJ.*, 13 (1989-1990), pp. 245-246.

por una nueva revista: *Rechtsgeschichte* (2007), la que en su título revela la necesidad de un diálogo interdisciplinario con las otras ramas de la ciencia histórica. Así, en el editorial del número 15 de 2010 Stolleis, aludiendo a la fundación de este nuevo órgano de divulgación histórico-jurídico, fundado en el año 2007, señala: “Ebenso ist, jedenfalls im Umkreis unseres Instituts, akzeptiert, dass Rechtsgeschichte sich weder in Dienstleitung für die aktuelle Rechtsdogmatik noch in der Lieferung des Rohstoffs und der Vorgeschichte für andere Zwecke, etwa der Rechtstheorie, erschöpft. Sie wird vielmehr als historisches Fach ihren Ausgangspunkt in der Normorientierung betonen und sich im Übrigen die Freiheit nehmen, sowohl die Geschichte der Gesetzgebung, die Geschichte der Rechtswissenschaft einerschliesslich der Herausbildung und Evolution von Theoremen als auch der Rechtsprechung und der öffentlichen Verwaltung zu bearbeiten [...]”. Ahora bien, no obstante la institucionalización de la Historia del Derecho y la permanente creación de nuevas revistas, Stolleis aún manifiesta su inquietud por la incertidumbre que corre la Historia del Derecho como disciplina científica²³

2. Una propuesta epistémico-metodológica para la Historia del Derecho.

En este punto sólo presentaremos en un orden diacrónico los discursos de los miembros de la escuela alemana de Historia del Derecho, y no una historia de los mismo, pues consideramos que de la comparación de los títulos de sus respectivos discursos, según la propuesta metodológica historiográfica texto-contexto de la Escuela de Cambridge, se puede apreciar el desarrollo de la historiografía jurídica, sus temas y su entorno cultural. A continuación señalamos algunas características en estos historiadores alemanes del Derecho de la historiografía del siglo XX: *i*) sus investigaciones abarcan tanto el Derecho público como privado; *ii*) sus estudios son, en algunos casos, de tipo dogmático-histórico; *iii*) su condición de romanistas y germanistas; *iv*) conciben el Derecho como parte de la Historia de la cultura (“Kulturgeschichte”); *v*) proponen y emplean en sus pesquisas una metodología interdisciplinaria; *vi*) proponen una epistemología jurídica desde la Historia total; *vii*) la Historia del Derecho la conciben como teoría del Derecho; *viii*) ejercieron la docencia en cátedras de Derecho privado y público; y *ix*) ejercieron docencia como historiadores del Derecho y medievalistas

IV. REVISTAS DE HISTORIA DEL DERECHO

La Historia, el desarrollo y la evolución de la Historiografía jurídica, como la de cualquier disciplina, la podemos conocer por medio de las revistas especializadas del área, toda vez que éstas presentan un detallado estado del arte o de la cuestión u objeto de la investigación científica²⁴. Por otro lado, las revistas alemanas, cuya

²³ STOLLEIS, M., *Europäische Rechtsgeschichte, immer noch ein Project*, en *Clio@Themis. Électronique d'Histoire du Droit*, 1 (2007).

²⁴ Desde esta perspectiva resulta ilustrativa, por ejemplo, la fundación de las dos principales revistas de Historia del Derecho chilenas.: la *Revista Chilena de Historia del Derecho* (Univer-

primera sede se funda en el siglo XIX es un claro testimonio de la institucionalización de la disciplina, en distintas áreas. Mención especial merece la revista *Jahrbuch für Europäische Geschichte*, del Institut für Europäische Geschichte, de Mainz, pues ese instituto de investigación, como se señaló más arriba, es el más importante centro europeo para los estudios de la “Verfassungsgeschichte” del “Reich” alemán. La Historia de estas revistas nos permite conocer el origen, desarrollo y estado del arte de la disciplina y su impacto en la investigación jurídica en todas las áreas del Derecho. A continuación presentamos un listado de las revistas de historia del Derecho alemanas.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung
Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung
Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, kanonistische Abteilung
Jahrbuch für Europäische Geschichte (Institut für Europäische Geschichte, Mainz)

Rechtsgeschichte (Max Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main)

Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (con sede en Viena, pero de administración internacional)

Forum Historiae Juris (eine elektronische Zeitschrift zur Rechtsgeschichte, www.forhistiur.de).

V. MIEMBROS DE LA ESCUELA HISTÓRICO -JURÍDICA ALEMANA DEL SIGLO XX

A continuación presentamos un listado con los miembros más emblemáticos de la Escuela alemana de Historia del Derecho del siglo XX con una referencia a sus obras más importantes:

a) Otto von Gierke (1841-1921):

Das deutsches Genossenschaftsrecht (1868-1881), 4 vols. [“El Derecho corporativo alemán”].

Deutsches Privatrecht (1895) [“Derecho privado alemán”].

Naturrecht und Deutsches Rechts (1883) [“Derecho natural y Derecho alemán”].

Die Grundbegriffe des Staatsrecht und die neuesten Staatsrechtstheorien (1874) [“Los conceptos fundamentales del Derecho del Estado y la Teoría del Derecho del Estado contemporánea”].

Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft (1883) [“El Derecho del Estado de Laband y la Ciencia alemana del Derecho”].

Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik (1913) [“Johannes Althusius y el desarrollo de la Teoría del Estado jusnaturalista. Un aporte a la Historia de la sistemática del Derecho”].

sidad de Chile, desde 1959) y la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, desde 1976). Su fundación en las décadas de 1960 y 1970, respectivamente, muestra el grado de desarrollo de la disciplina en el ámbito universitario chileno.

b) Paul Laband (1838-1918):

Rede über die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts in das deutsche Staatsrecht (1880) ["Coloquio sobre el significado de la recepción del Derecho romano en el Derecho estatal alemán"].

Das Staatsrecht des Deutschen Reiches (1901) ["El Derecho del Estado del Imperio alemán"].

c) Georg Von Bellow (1858-1927):

Die Ursachen der Rezeption des Römischen Rechts in Deutschland (1905) ["Las causas de la recepción del Derecho romano en Alemania"].

Der Deutsche Staat des Mittelalters. Eine Grundlegung der deutschen Rechtswissenschaft (1908) ["El Estado alemán de la Edad Media. Un fundamento de la ciencia del Derecho alemana"].

d) Carl Schmitt (1888-1985):

Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen (1914) ["El valor del Estado y el significado del individuo"].

Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf (1921) ["La dictadura. De los comienzos del pensamiento de la soberanía moderna hasta la lucha de clase proletaria"].

Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität (1921) ["Teología política. Cuatro capítulos de la doctrina de la soberanía"].

Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar - Genf - Versailles (1923-1939) (1940) ["Posiciones y conceptos en lucha contra Weimar - Genf - Versailles"].

Legalität und Legitimität (1932) ["Legalidad y legitimidad"].

Verfassungslehre (1928). Doctrina de la constitución".

Der Begriff des Politischen (1932) ["El concepto de lo político"].

Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols (1938) ["El Leviathan en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes. Sentido y fracaso de un símbolo político"].

Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung (1942) ["Tierra y mar. Una consideración histórica mundial"].

Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum (1950) ["La 'nomos' de la tierra en el Derecho de gentes del Derecho público europeo"].

e) Paul Koschaker (1879-1951):

Europa und das Römische Recht (1966) ["Europa y el Derecho romano"].

f) Heinrich Mitteis (1889-1952):

Lehnrecht und Staatsgewalt. Untersuchungen zur mittelalterlichen Verfassungsgeschichte (1933) ["Derecho feudal y poder del Estado. Análisis para la Historia constitucional medieval"].

Der Staat des hohen Mittelalters (1940) ["El Estado de la Alta Edad Media"].

g) Otto Gradenwitz (1860-1935):

Einführung in die Papyruskunde (1900) [“Introducción en la ciencia papiro-lógica”].

Index zum Theodosianus (1935) [“Índice del Theodosiano”].

h) Wolfgang Kunkel (1902-1981):

Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung (1967) [“Los juristas romanos. Orígen y posición social”].

Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik (1970) [“Orden del Estado y praxis del Estado de la República romana”].

Römisches Recht (1976) [“Derecho romano”].

ï) Max Kaser (1906-1997):

Die Wirkungen der “litis contestation” auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht (1932) [“Los efectos de la ‘litis contestatio’ en el objeto de la prestación en el Derecho romano”].

Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung (1939) [“Derecho romano como orden comunitario”].

Eigentum und Besitz im alteren römischen Recht (1943) [“Propiedad y posesión en el antiguo Derecho romano”].

Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer (1949) [“El antiguo Derecho romano. Estudios para el concepto de Derecho y la Historia del Derecho de los romanos”].

Römische Rechtsgeschichte (1950) [“Historia del Derecho romano”].

Handbuch des Römischen Privatrechtes (1955) [“Manual de Derecho romano privado”].

Römisches Privatrecht. Kurzlehrerbuch für das juristische Studium (1960) [“Derecho privado romano. Breve manual para el estudio jurídico”].

Zur Methode der römischen Rechtsfindung (1962) [“Sobre el método romano de descubrimiento de lo jurídico”].

Das römische Zivilprozessrecht (1966) [“El proceso civil romano”].

Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellenforschung (1962) [“La credibilidad de la investigación de las fuentes jurídicas romanas”].

Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung (1972) [“Acerca de la metodología de investigación de las fuentes romanas”].

Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an den römischen Rechtsquellen (1979) [“Un siglo de investigación de las interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas”].

Ius gentium. Forschungen zum römischen Recht (1993) [“Derecho de gente. Investigaciones de Derecho romano”].

j) Fritz Kern (1884-1951):

Recht und Verfassung im Mittelalter (1922) [“Derecho y Constitución en la Edad Media”].

Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter. Zur Entwic-

klungsgeschichte der Monarchie (1913) [“Gracia divina y Derecho de resistencia en la Temprana Edad Media. Historia del desarrollo de la monarquía”].

Die Anfänge der französischen Ausdehnungspolitik bis zum Jahre 1308 (1910) [“Los comienzos de la política de expansión francesa hasta el año 1308”].

k) Dieter Wyduckel

“Princeps legibus solutus”. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre (1979) [“‘Princeps legibus solutus’. Una investigación sobre temprano-moderna doctrina del Estado y del Derecho”].

Ius Publicum. Grundlagen und Entwicklung des Öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft (1984) [“Fundamentos y desarrollo del Derecho público y de la Ciencia alemana del Derecho del Estado”].

l) Franz Wieacker (19081-1994):

Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1985) [“Historia del Derecho privado de la Época Moderna”].

m) Helmut Coing (1912-2000):

Die Frankfurter Reformation von 1578 und das Gemeine Recht ihrer Zeit (1935) [“La Reforma frakfurtense de 1578 y el Derecho común de su época”].

Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland (1939) [“La recepción del Derecho romano en Alemania”].

Römisches Recht in Deutschland (1964) [“Derecho romano en Alemania”].

Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland (1967-1975) [“Épocas de la Historia del Derecho en Alemania”].

Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft (1960) [“La unidad primigenia de la ciencia del Derecho europea”].

Europäisches Privatrecht 1500-1800 (1985) [“Derecho privado europeo, 1500-1800”].

Europäisches Privatrecht 1800-1914 (1989) [“Derecho privado europeo, 1800-1914”].

Handbuches der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte (1978, editor) [“Manual de las fuentes y literatura de la historia moderna del Derecho privado europeo”].

Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht 1947-1975 (1982), 2 Bände [“Escritos completos de Historia del Derecho, Filosofía del Derecho y Derecho civil”, dos volúmenes].

n) Michael Stolleis (1941 –):

Sozialistische Gesetzlichkeit. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in der DDR (2009) [“Legalidad socialista. Estado y Ciencia jurídica de la administración en la RDA”].

Rechtsgeschichte. Schreiben. Rekonstruktion. Erzählung, Fiktion (2008) [“Historia del Derecho. Escritos, reconstrucción, narrativa, ficción”].

Recht. und Unrecht. Studien zur rechtsgeschichte des Nationalsozialismus (2008)

[“Derecho e injusticia. Estudios para la Historia del Derecho del nacionalsocialismo”].

Das Auge des Gesetzes (2004) [“El ojo de la ley”].

Geschichte des Sozialrechts (2003) [“Historia del Derecho social”].

Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland (1988-1999) [“Historia del Derecho público en Alemania”].

Juristen. Ein biographisches Lexikon (2001) [“Juristas. Un diccionario biográfico”].

ñ) Dietmar Willoweit (1936 –):

Deutsche Verfassungsgeschicht. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands (2009) [“Historia constitucional de Alemania. Del Imperio franco hasta la reunificación de Alemania”].

Die Begründung des Rechts als historisches Problem (2000) [“El fundamento del Derecho como problema histórico”].

Europäische Verfassungsgeschichte (2003) [“Historia constitucional europea”].

Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit. Ihrer Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen (1995) [“La Historia del Derecho alemán en la época del nacional socialismo. Su prehistoria e implicancias”].

Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert (2007) [“Ciencia jurídica y literatura jurídica en el siglo XX”].

VI. CONCLUSIONES

a) Toda conclusión en el ámbito de la ciencia es provisoria, por lo tanto la ciencia histórica no está exenta de este principio, especialmente si aceptamos el principio de falseamiento de la epistemología de Popper

b) En la historiografía jurídica alemana de los siglos XIX, XX y XXI, con alguna restricción de la escuela de Coing, la Historia del Derecho se entiende como la historia del pensamiento jurídico en sus dos modos: discurso jurídico público y discurso jurídico privado, especialmente la concibieron así historiadores clásicos como Gierke, Kern, von Bellow y Laband

c) La Historia del Derecho en Alemania tiene dos momentos de institucionalización importantes, a saber: la fundación del Institut für Europäische Geschichte, de Mainz por F. Kern. Este centro de investigación ha realizado una labor clave en el estudio del Derecho constitucional público germano: “Reichspublizistik”, “Staatslehre” y “Verfassungstheorie”. El Instituto maguntino constituye el núcleo de la llamada “Mainzer Schule”, y sus investigaciones se centran en la historia moderna y contemporánea de Europa y en la historia del religión y de la Iglesia occidental.

d) El segundo momento de importancia en la institucionalización de la historiografía jurídica alemana corresponde a la fundación del Max Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, de Frankfurt am Main por H. Coing. Durante la dirección de Coing el Instituto de Frankfurt centra sus pesquisas en la Historia

del Derecho privado. Esta preocupación por la historia del Derecho privado queda institucionalizada con la fundación de la revista *Ius Commune*.

e) A fines de la década de 1980 el historiador del Derecho M. Stolleis publica una extraordinaria monografía sobre el Derecho público en Alemania, abriendo con ella el debate en torno a los fundamentos epistémicos-metodológicos de la historiografía jurídica. Stolleis extiende como objeto de estudio historiográfico-jurídico la historia del Derecho hasta el presente. Sus estudios sobre el Derecho del régimen nazi, para mencionar sólo un ejemplo, es un testimonio de esta nueva orientación que asume la historiografía jurídica alemana.

f) El cambio de paradigma realizado por Stolleis se manifiesta también en la incorporación de elementos metodológicos de las otras escuelas historiográficas que participan de la revolución historiográfica del siglo XX, especialmente de la Escuela francesa de los “Annales”.

g) Finalmente, con la dirección de Stolleis se funda una nueva revista que entiende como objetivo de estudio de la historiografía jurídica tanto el Derecho privado como el Derecho público: *Rechtsgeschichte*, ampliando ahora su objeto de análisis al fenómeno jurídico cultural mundial.

h) El caso de D. Wyduckel también merece ser destacado como uno de los aportes sustantivos de la historiografía pública germana. En efecto, Wyduckel parte del estudio del Derecho público de la Temprana Edad Moderna, cuyos fundamentos romanistas sirven de base ideológica a los teóricos del Estado absolutista. También se destaca la labor historiográfica jurídica de Wyduckel por sus estudios sobre la llamada Jurisprudencia Westfaliana (“Westfälische Jurisprudenz”), cuya figura central es la del romanista Johannes Althusius, como un aporte del pensamiento jurídico romano (público-privado) y del desarrollo de una “Staatslehre” al pensamiento jurídico moderno

i) De acuerdo a esta evolución de la historiografía jurídica y a la condición de estudios interdisciplinarios que tienen hoy los estudios sociales, siendo el Derecho y su historia parte de esos estudios, es posible en consecuencia proponer un modelo para la Historia del Derecho basada en cuatro áreas: i) Historia del pensamiento jurídico (escuelas, corrientes); ii) Historia del discurso jurídico (textos), lo que actualmente constituye casi exclusivamente la Historia del Derecho: Digesto, Breviario de Alarico, Partidas, *Corpus Iuris Canonici*, Códigos; iii) Sistemas jurídicos; iv) Historiografía jurídica (Epistemología, Metodología, Lingüística historiográfico-jurídica). Nos parece que considerando estos cuatro elementos podemos construir una Historia del Derecho que forme a la vez parte de una Historia de la cultura (Coing) y de una Historia total (Stolleis).

[Recibido el 30 de junio y aprobado el 23 de julio de 2010].

BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, N., *La teoría de las formas de gobierno en la Historia del pensamiento político* (trad. castellana, 6ª reimpresión, México, 2008).
 BOBBIO, N., *Ni con Marx ni contra Marx* (México, 2000).

- BRAUDEL, F., *Las ambiciones de la Historia* (Barcelona, 2002).
- BRUNNER, O. - CONZE, W. - KOSELLECK, R. (editores), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, I.
- CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la Ciencia jurídica* (Barcelona, 1990).
- CARVAJAL, P., *Geschichtstheorie o Geschichtsphilosophie? El discurso historiográfico alemán. De H. Conring a E. Nolte*, en WIDOW, J. L. - CORTI, P. - MORENO, R. (editores), *El tiempo en la Historia* (Viña del Mar, 2005).
- COING, H., *Historia del Derecho (Historiografía y metodología)* (México, 2000).
- CORDERO, E. - ALDUNATE, E., *Evolución histórica del concepto de propiedad*, en REHJ., 30 (2008).
- FIORAVANTI, M., (editor), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho* (Madrid, 2004).
- FIORAVANTI, M., *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días* (Madrid, 2001).
- GARZÓN VALDÉS, E., *Calamidades* (Barcelona, 2004).
- HOBBSAWM, E., *La era de la revolución 1789-1848* (Barcelona, 1995).
- HOBBSAWM, E., *La era del capital, 1848-1875* (Barcelona, 1998).
- HOBBSAWM, E., *La era del imperio, 1875-1914* (Barcelona, 2003).
- HOBBSAWM, E., *Sobre la historia* (Barcelona, 1998).
- JABLONER, C., *Kelsen and his Circle. The Viennese Years*, en *European Journal of International Law*, 9 (1998).
- KELSEN, H., *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (Wien, 1905).
- KOSELLECK, R., *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos* (Barcelona, 1993).
- POCOCK, J., *The Machiavellian Moment* (Chicago, 1981).
- SCHLÜTER, Ph., *Gustav Radbruch Rechtsphilosophie und Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Ein Vergleich* (Diss. Tübingen, 2009).
- SKINNER, Q., *Liberty before Liberalism* (Cambridge, 1999).
- SKINNER, Q., *Maquiavelo* (Madrid, 1998).
- SKINNER, Q., *The Foundations of Modern Political Thought* (Cambridge, 1978), 2 volúmenes.
- STOLLEIS, M., *Europäische Rechtsgeschichte, immer noch ein Project*, en *Clio@Themis. Électronique d'Histoire du Droit*, 1 (2007).
- THUM, V., *Wien und der Wiener Kreis. Orte einer unvollendeten Moderne. Ein Begleitbuch* (Wien, 2003).

LA CRIMINALIDAD EN CHILE DURANTE EL PERÍODO INDIANO (SIGLOS XVI A XIX)

[Criminality in Chile During the Colonial Period (16th to 19th Centuries)]

ALESSANDRO MONTEVERDE SÁNCHEZ*
Universidad de Playa Ancha, Valparaíso, Chile

RESUMEN

El artículo siguiente trata del problema de la criminalidad en el período indiano chileno, que corresponde al del Estado absolutista en Europa. Este período está caracterizado por una legislación penal extrema en sus procedimientos inquisitivos y en la ejecución de la pena. Además, establece una revisión sumaria de la literatura historiográfica jurídica a modo de presentación del estado del arte.

PALABRAS CLAVE: Criminalidad – Derecho penal indiano.

ABSTRACT

This article refers to the criminality problem during the colonial period in Chilean, which corresponds to the Absolutist State in Europe. This period is characterised by an extreme criminal legislation, in terms of its inquisitive procedures and in the execution of the sanction. Also, it establishes a summary revision of the legal historiographic literature as a state of the art presentation.

KEYWORDS: Criminality – Indian criminal law.

* Profesor del Departamento de Historia de la Facultad de Humanidades de la Universidad de Playa Ancha. Dirección postal: Casilla 34 – V, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: amontev@gmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la criminalidad y del desarrollo de una legislación y Derecho penal en el período indiano, concretamente en lo que concierne al Reino de Chile, está todavía por ser investigado de acuerdo a las últimas orientaciones de la Historiografía general y jurídica. Por otro lado, se debe considerar también que el llamado Estado indiano es parte del Estado moderno que se genera en Europa a partir del siglo XVI, donde aspectos sociales como la criminalidad y la legislación criminal juegan un papel destacado como fenómenos sociales. En la teoría política-jurídica del Estado moderno la legislación penal y la administración de la justicia penal son parte de las facultades exclusivas del soberano¹. En la teoría de la legislación absolutista el soberano en el Derecho a dictar leyes contempla la facultad de administrar justicia y de dictar la correspondiente normativa. Es precisamente esta normativa generada en Europa y recepcionada en los territorios de la Monarquía española en América la que se conoce como legislación indiana: *Recopilación de las leyes de los reinos de las Indias* (1680) y la *Novísima Recopilación de Leyes de España* (1805). Pero también se origina una teoría y normativa específica para el caso de Indias, según la obra del jurista Solórzano y Pereira: *Política Indiana*. Se trata aquí de temas específicos de la administración de los territorios de Indias con una normativa formulada ad hoc para estos territorios.

De acuerdo a la realidad social de la administración indiana y su Derecho es necesario proponer una periodificación del mismo. Nuestra propuesta de periodificación es la siguiente: Estado absolutista (siglos XV-XVIII), que corresponde al desarrollo de la institución del Estado en Europa y América según la visión de los teóricos del absolutismo; Estado absolutista Ilustrado, que siguiendo las tendencias de la filosofía de la Temprana ilustración introducirá modificaciones –reformas– en el Absolutismo que se conocerán como Absolutismo Ilustrado, que para el caso de España y América se conocen como reformas borbónicas y cuyo impacto en el ámbito administrativo judicial y penal serán de gran importancia.

Por otro lado, las características de las relaciones sociales americanas imponen también una particular visión de los procesos sociales, y entre ellos, el de la criminalidad. La pregunta que surge de inmediato es: ¿criminalidad desde qué perspectiva, del conquistador o del aborigen? Lo que para el conquistador europeo es un delito, un crimen, de acuerdo a un criterio antropológico no sería lo mismo para los pueblos indígenas. Esto genera desde un comienzo un problema insoluble, a saber: la aplicación de la norma penal hispana tiene en consideración esta realidad o se trata meramente de una transcripción de la realidad europea aplicada a la realidad americana, sin considerar los elementos regionales de la cultura aborigen. Estos son temas de Historia social que son necesarios investigar e interpretar a la luz de las recientes investigaciones en el ámbito de la teoría de la Historia y de la Historiografía jurídica.

Finalmente, el presente estudio en lo que se refiere al estado del arte, establece

¹ Véase: HUESBE, M. A., *Historia de las ideas políticas del Estado moderno* (Valparaíso, 1996).

una división, aunque se trata específicamente de una estrategia explicativa pedagógica, entre una Historiografía general europea y una Historiografía regional sobre el tema.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. *La Historiografía europea.*

Los estudio europeos sobre el Derecho penal y la criminalidad de la monarquía absoluta han logrado perfilar una realidad general del conflicto social en Europa y América. Se trata de investigaciones histórico – jurídicas que apuntan a una explicación de la criminalidad, los delitos, la pena y sanción según la legislación emanada en Europa para una casuística europea y que luego se aplica a la realidad social de Indias. Este es un hecho no menor que no siempre encuentra una explicación satisfactoria en la Historiografía histórico-jurídica.

a) J. A. Maravall: *Serie de Estudios Modernos, Ilustración* (1978). Maravall aborda el tema de los fundamentos de la Ilustración, considerando las transformaciones, reformas, que introduce el Absolutismo Ilustrado. Para Maravall, como en general para la Historiografía sobre el período, las reformas de la Monarquía desde el poder mismo estaban destinadas al fracaso porque el liberalismo y la revolución industrial hacían inviable todo proyecto basado en un régimen autocrático, que fundaba su grandeza en la mantención de monopolios y en la coacción de las libertades de las personas. Esta fue una de las grandes contradicciones de las reformas borbónicas, pues se trataba de modernizar el Estado y su administración dentro de los límites del Absolutismo ilustrado, y no de acuerdo a los principios del pensamiento liberal que se desarrollaba en Europa. En temas de criminalidad y Derecho penal, sólo cabe indicar la importancia de las teoría de autores como Beccaria y Bentham sobre el tema.

b) F. Tomás y Valiente: *El Derecho penal de la monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII* (1969). Este libro constituye un modelo de investigación historiográfica jurídica sobre el tema. Cronológicamente abarca todo el período de nuestro estudio, pero referido al problema penal en el Estado absolutista español en Europa. Es un modelo a tener presente porque junto con la periodificación utilizada aborda el tema penal desde el punto de la doctrina, jurisprudencia y de la criminalidad, considerando en este último punto la figura del delincuente y la tipología de los delitos. Es una detallada descripción de Historia social en lo que se refiere a las conductas delictivas de los marginados, que tanto en Europa como en los territorios indios de la monarquía constituyen un número no despreciable de súbditos.

c) M. Stolleis: *Historia del Derecho público en Alemania*, 3 vols. (1988, 1994). Este estudio es uno de los más completos sobre el Derecho, en el cual se aborda el Derecho penal en el Estado moderno. En él Stolleis analiza las fuentes medievales del Derecho germano y su recepción en el Derecho del Estado Moderno dando a conocer los procesos de continuidad y ruptura tanto en lo que se refiere a temas penales como a la legislación que los regula. Si bien está centrado en el caso alemán, su metodología es importante para un análisis del fenómeno de la

criminalidad, delito, pena y sanción en el Estado moderno en general, ya que se trataba de temas prácticamente similares en los Estados europeos de la época del Absolutismo, normados por la legislación absolutista: Lex Carolina.

d) H. Pietschmann: *Las reformas borbónicas y el sistema de intendencias en Nueva España. Un estudio político administrativo* (2004). El enfoque histórico de Pietschmann destaca precisamente una de las contribuciones más importantes de la monarquía española en la administración de la justicia: las reformas borbónicas y la creación del sistema de intendencias. Este sistema permitió que la administración de la justicia fuera estable y se garantizará la seguridad de los procesos judiciales, incluidos los penales. Con ello comienza a institucionalizarse y consolidarse la justicia penal, aunque con todas las limitaciones materiales que son comprensibles en el contexto del período.

e) Alfonso García-Gallo: *Manual de Historia del Derecho indiano* (1977). Se trata de uno de los manuales más completos sobre la Historia del Derecho hispano que comprende tanto elementos del Derecho peninsular como del Derecho indiano. La propuesta de García-Gallo implica un estudio crítico de las fuentes y la depuración de las mismas de todos aquellos elementos que entorpecen la exacta dimensión histórica del discurso jurídico indiano. Esta obra, aunque superada en algunas de sus interpretaciones, en lo esencial se mantiene como un manual clásico para el estudio de la legislación indiana.

2. La Historiografía regional.

a) Alamiro de Avila Martel: *Esquema del Derecho penal indiano* (1941). Esta monografía puede ser considerada como un estudio precursor en el ámbito de la Historiografía jurídica penal chilena y como tal constituye un aporte metodológico necesario para abordar el tema de la criminalidad y del Derecho penal indiano. Los temas que aborda De Avila son los que se indican a continuación: Parte Primera. Conceptos fundamentales, las penas y su aplicación, régimen carcelario, Derecho de asilo, Derecho de gracia, medidas de prevención penal; Parte segunda: de los delitos. Se trata de un estudio de Historia social que parte con una definición conceptual y luego se introduce en el campo de la tipología de los delitos. Estimamos que toda investigación que pretenda abordar el tema de la criminalidad en el Chile indiano, y en general en los territorios de la monarquía indiana, debe partir por este estudio de De Ávila, pues su análisis explica detalladamente los tópicos de este capítulo de la Historia social indiana. Si bien se trata de una monografía perteneciente a la Historiografía jurídica, en su enfoque de la Historia conceptual como base de la Historia social sigue el modelo de la escuela austriaca de O. Brunner sobre la Historia de los conceptos sociales fundamentales.

b) Mario Góngora: *Estudios de Historia de las ideas y de la Historia social* (1980). Con este estudio Góngora se introduce en una de las metodologías más complejas de la Historia social, esto es, la Historia conceptual como la proponen en su momento los estudios de O. Brunner y R. Koselleck. Cabe destacar que Góngora durante sus estadías de investigación en Europa se benefició del magisterio de O. Brunner, magisterio que se ve reflejado en el presente estudio de Historia de las ideas.

c) Bernardino Bravo Lira: *El Absolutismo Ilustrado en Hispanoamérica, Chile (1760-1860). De Carlos III a Portales y Montt* (1994). Los estudios de Bravo Lira sobre el Estado español misional y sobre las reformas borbónicas de la Ilustración, que utilizando la conceptualización de la Historiografía europea llama “absolutismo ilustrado”, son hasta cierto punto una continuación de las investigaciones desarrolladas por De Avila Martel, pero ahora fundamentadas en los enfoques metodológicos de la escuela de la Historia del Derecho alemana: Stolleis, y de la Historiografía colonial alemana: Konetzke, Pietschmann, Pothast. Bravo Lira afirma que en el régimen jurídico indiano los súbditos tenían una mayor protección jurídica de sus derechos y de su condición de personas que en el Derecho republicano. Sin duda una tesis altamente provocativa, pero que a la luz de las investigaciones recientes se confirma parcialmente, pues el Derecho republicano constituirá una disminución en la garantía de los derechos de las personas en relación con la legislación general y penal indiana. La casuística historiográfica aquí es fundamental, y los ejemplos que proporciona Bravo confirman su tesis.

d) Manuel de Rivacoba: *Evolución histórica del Derecho penal chileno* (1991). Es un estudio específico sobre el Derecho penal republicano, sus fuentes y su codificación. Rivacoba establece con claridad los elementos de continuidad en el Derecho penal de la Republica en el siglo XIX que mantienen elementos propios del Derecho español colonial. Por otro lado precisa las distintas fuentes ideológicas que se van incorporando a la legislación penal, liberales entre otras, que irán cambiando no sólo la temática de la legislación penal sino también la percepción de la criminalidad, de los delitos y de los llamados “estados antisociales”.

e) Javier Barrientos Grandón: *Historia del Derecho indiano. Del descubrimiento colombiano a la codificación. “Ius commune-ius proprium” en las Indias Occidentales* (2000). Es probablemente uno de los estudios más completos sobre la Historia del Derecho indiano. Como discípulo de B. Bravo Lira, Barrientos no sólo se queda en la Historia jurídica sino también se abre al estudio de la temática social sobre la que opera dicha normativa. Así los temas de criminalidad y de Derecho penal están contextualizados en el período que abarca desde la invasión y conquista española hasta el ordenamiento jurídico republicano. En esta investigación de Barrientos queda clara la problemática de continuidad y discontinuidad que plantea la Historia del Derecho indiano en el ordenamiento jurídico penal, cuando se organiza la república y se procede a la codificación de las respectivas legislaciones.

f) Antonio Dougnac: *Apuntes sobre el tránsito del procedimiento penal indiano al patrio (1810- 1842)*, en Angela Cattán Atala - Alejandro Guzmán Brito (editores), *Homenaje a los profesores Alamiro de Avila Martel, Benjamín Cid Quiroz, Hugo Hanisch Espíndola* (2005). Este estudio es uno de los más completos actualmente y representa un avance importante en el estado de la cuestión en la Historiografía jurídico-penal, pues incorpora como fuentes los textos constitucionales en cuanto a la administración de la justicia. Llama poderosamente la atención la rigurosidad de las penas contempladas para el delito de robo, pues la sanción y pena implicaba en la mayoría de los casos la sanción máxima, es decir, la pena de muerte, con lo cual queda en evidencia que desde el comienzo de la vida republicana el Derecho penal es un Derecho de clase. Por otro lado, el

estudio de Dougnac establece la continuidad del Derecho penal indiano en los inicios y consolidación de la república independiente. En efecto, la legislación penal indiana y su respectivo procedimiento procesal se mantienen vigentes hasta bien entrada la República, cuando se promulguen los códigos correspondientes. También llama la atención la brutalidad de las penas y su ejecución, las que no se compadecen con los fundamentos ilustrados de la época y que no se reflejan en el ordenamiento jurídico. Entre estas penas destaca la aplicación de palos a los encontrados culpables. Muchas veces este procedimiento, de una crueldad extrema, terminaba con el cráneo fracturado del imputado, hecho que en sí causaba infecciones en las heridas y una muerte dolorosa. Aunque el autor lo mencione sólo sumariamente, llama la atención la poca o nula recepción del Derecho penal ilustrado, el que había moderado la aplicación de castigos físicos que atentaran contra la integridad de los imputados.

g) Alessandro Monteverde Sánchez: *Teorías, investigaciones y propuestas sobre Historia de la criminalidad*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 18 (1996) pp. 301-306. En este estudio abordamos los textos tanto extranjeros como nacionales sobre las investigaciones en torno a la criminalidad que hasta esa fecha habían sido publicadas y que guardan relación directa con el tema histórico de la criminalidad en general. Se trata de una primera aproximación al tema desde una perspectiva de la Historia social, en cuanto un balance historiográfico sobre el particular. En este estudio tratamos exclusivamente de textos historiográficos como fuentes secundarias.

h) Alessandro Monteverde Sánchez: *La delincuencia en Aconcagua entre 1850 y 1900 a través de documentos y periódicos*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídico*, 21 (1999), pp.159- 169. En este estudio abordo el problema de la criminalidad en la Provincia de Aconcagua y otras ciudades, específicamente a partir del análisis de fuentes archivísticas judiciales, del Ministerio del Interior y Diarios de la época. Se trata, en algunos casos, del estudio de fuentes hasta ese momento no investigadas por la Historiografía.

i) Alessandro Monteverde Sánchez: *La criminalidad en la zona norte y región de Aconcagua a la luz de las fuentes: para una aproximación al tema (1780-1870)*, en *Revista Notas Históricas y Geográficas*, Universidad de Playa Ancha (1986-1992). También en este trabajo analizamos fuentes archivísticas con el propósito de establecer una tipología de la criminalidad a partir de los contenidos mismos de los archivos. Se consideran en esta investigación fuentes de los archivos de Petorca, Putaendo y Los Andes.

III. EL DEBATE HISTORIOGRÁFICO SOBRE LA CRIMINALIDAD INDIANA. EFECTO HISTÓRICO SOBRE LA REPÚBLICA

El efecto histórico del Derecho indiano en materias de criminalidad y Derecho penal se manifiesta sobre la organización administrativa de la República, como lo señalan los estudios de Barrientos y Dougnac. Esto implica procesos de continuidad y ruptura en el orden jurídico penal. Ruptura porque se trata de la separación política de la Monarquía española, generándose entidades que corresponden a

los Estados nacionales nacidos de las revoluciones democráticas del siglo XVIII, tanto en Europa (Francia) como en América del Norte (EE.UU.). En cuanto a la continuidad ésta se manifiesta en la vigencia de la legislación Indiana en materias de carácter civil y penal, lo que implica en la parte social y en la administración del Derecho la mantención de la legislación española. A pesar que la criminalidad, los delitos y las penas corresponden a situaciones sociales propias de una sociedad agraria, a partir del siglo XVIII, fruto de las revoluciones políticas e industrial y del liberalismo, irán incorporándose paulatinamente elementos de la sociedad burguesa y del capitalismo en sus contenidos normativos. Pero se tratará, con todo, de un proceso muy lento, el cual sólo después de la promulgación del *Código Penal* (1874), contendrá recién algunos tópicos propios de la sociedad industrial y citadina. Otro tema importante es el de la procedencia social de los delincuentes: clases bajas, personas desarraigadas y sin patrimonio, en la mayoría de los casos analfabetos. Esta realidad se acrecienta con la institucionalización de la República y se proyecta como un conflicto social de clases en ciernes. También no deja de sorprender que, a pesar del triunfo de los idearios de la Ilustración y del liberalismo, la legislación penal de la República contenga normas propias del Derecho penal de la monarquía absolutista, tanto en el proceso indagatorio como en la rigurosidad de las penas y el trato infamante, y en algunos casos flagelante y de mutilación de los condenados. Esto es especialmente importante a la luz del debate sobre la reforma penal-procesal que se impone con la Ilustración, lo que lleva a un sentido más humano del Derecho y la consiguiente moderación de las penas y la búsqueda de la rehabilitación de los condenados. Esta propuesta liberal en la teoría de la criminalidad y en el Derecho penal fue introducida por autores ilustrados como Beccaria y Bentham, discursos jurídicos que tenían como objetivo la rehabilitación de los condenados y no su degradación moral y física como era el objetivo de la legislación penal del Estado absolutista.

IV. EL PERÍODO INDIANO CHILENO. ALGUNOS ALCANCES HISTÓRICOS. DESARROLLO INSTITUCIONAL Y BASE DE LA SOCIEDAD COLONIAL

Al momento de producirse la Conquista de Chile por los españoles, se inicia también un nuevo proceso que se relaciona con el avance de las huestes conquistadoras sobre este territorio. Con muchas dificultades y poco descanso el avance se inicia desde el desierto hacia el centro pasando por gran parte de la variada geografía. Será después Pedro de Valdivia quien inicie este nuevo período de la Historia, la Colonia. Aunque Jaime Eyzaguirre lo designa como el período Indiano, etapa que comprende los siglos XVI a XIX, cuando Chile se incorpora como territorio a la vasta monarquía Indiana². En este período se sucederán muchos acontecimientos importantes y gravitantes, tanto para los recién llegados como para los aborígenes, especialmente por sus implicancias jurídicas, y entre ellas específicamente, aquellas que conciernen al ámbito de la criminalidad. El

² EYZAGUIRRE, J., *Historia del Derecho* (Santiago, 1993) p. 18.

encuentro de los dos mundos se iniciaba para permanecer, alternar, disputarse y mezclarse, finalmente, durante el llamado período indiano.

Será bajo estas condiciones extremas que se van a desarrollar y fundamentar situaciones claves para el desarrollo social, económico y político de la sociedad colonial.

El primer objetivo, como resulta obvio, de Valdivia, fue consolidar el dominio español en el país³.

Con el gobierno de García Hurtado de Mendoza finaliza la conquista, en 1561, y se da inicio al período colonial a partir del siglo XVII. Este período se prolongará hasta el inicio de la Independencia, caracterizándose por un constante cambio de gobernadores, cuya preocupación fue la defensa o el ataque contra los indígenas-mapuches y otros en la frontera sur lo que generaba una situación de guerra permanente sobre el territorio, desafiando así la soberanía de la monarquía, la seguridad y la estabilidad social. Sin embargo, a pesar de los múltiples avatares y distintas manifestaciones humanas y naturales, se va formando una nueva sociedad. En estos tres siglos el rostro natural e indomable va, en parte, a ceder frente al avance de los europeos, de sus costumbres, creencias, mitos, legislación. No se trató por cierto de un período de calma, pues la situación de la guerra de Arauco marcará definitivamente la Conquista y la Colonia en Chile como un proceso singular en comparación con el resto de las posesiones coloniales americanas de la monarquía española

España administrará sus territorios, creando un aparato similar con el que contaban en la península, con funcionario peninsulares, que eran de confianza del Rey. En cuanto al Consejo de Indias, que había sido creado en Sevilla (1511), le correspondía entre sus funciones, proponer al Rey el nombramiento de funcionarios civiles de alta calidad, y también a los eclesiásticos, que pasarían a desempeñarse en las colonias. Por otra parte, otra labor fundamental del Consejo fue la dictación de leyes, reglamentos y ordenanzas que van a conformar la llamada legislación indiana. Al respecto Eyzaguirre señala que el Derecho indiano es de origen peruano y autóctono. Parte se conserva en la costumbre y parte es objeto de recepción en el Derecho Indiano. Así señala Eyzaguirre: “El Derecho especial para Indias –llamado específicamente Derecho Indiano– aunque genéricamente se da también este nombre al sistema total imperante en América se origina por las disposiciones dictadas por las autoridades metropolitanas y territoriales, como también por las costumbres jurídicas y las transformaciones experimentadas por el Derecho legislado en contacto con la realidad chilena”⁴.

A continuación agrega: “En este contexto se van a desarrollar las instituciones que van a ser claves para la “normalización”, desde la perspectiva legal, de la sociedad con sus complejidades y el desarrollo de una institucionalidad jurídica y de un régimen de propiedad que comienza a diferenciarse del período indiano precedente. Para lograr lo anterior se toman en cuenta tres acontecimientos, que resultan muy significativos en el momento de la organización de las magistraturas

³ Véase: IZQUIERDO, I., *Historia de Chile* (Santiago, 1989), I, p. 44.

⁴ EYZAGUIRRE, J., *Historia del Derecho*, cit. (n. 2), p. 19.

indianas. La creación del Cabildo en 1541, la ley orgánica de 1609 que estableció la Real Audiencia en Santiago y a la Ordenanza de intendencias de 1786, que va a introducir la institucionalidad administrativa y judicial con las ideas francesas de las dinastías borbónicas de reforma del Estado (Absolutismo Ilustrado)”

En cuanto al primer período, el Cabildo como un órgano creador de tribunales, actuaba en representación del monarca y con amplias facultades administrativas. Este se encargó de nombrar jueces para que sirvieran las diferentes magistraturas y administrasen justicia en las tierras recién conquistadas en nombre del Rey, según señalan Corvalán y Castillo⁵. Esta incipiente organización judicial rige los primeros años coloniales, aunque en reiteradas oportunidades Valdivia –por medio de cartas- procurará interesar al rey por estas tierras, deseoso de administrar verdadera justicia a sus nuevos vasallos. Sin embargo, a pesar de los buenos deseos de las autoridades, la realidad de la resistencia indígena y la prolongación de este conflicto bélico establece una singularidad en cuanto al tema de la administración de la justicia⁶. Esta cuestión va a motivar, entre otras razones, la creación de una Real Audiencia con base en la ciudad de Concepción, hacia el año 1565, y que sólo inicia sus funciones como tribunal supremo en 1567.

El segundo período está comprendido entre 1609⁷ y 1786. Ya en su inicio la Audiencia de Concepción tuvo dificultades para realizar sus funciones, de acuerdo a las intenciones de la Corona. Castillo y Corvalán señalan que el elemento indígena con sus guerrillas y la naturaleza con sus inclemencias se confabularon para desbaratar las buenas intenciones del Rey, por lo que se hizo necesaria la supresión de la Audiencia en 1573.

Esto generó que las justicias ordinarias quedaran sin un tribunal superior para vigilar los fallos. Es así que, primero el capitán general, y el monarca, más tarde, van a nombrar a un teniente general, especie de asesor del gobernador, que contará con amplísimas facultades en el ámbito judicial, tanto civiles como criminales. Sin embargo, la agitada realidad del país imponía hacia 1609 la dictación de la Real Cédula que reinstalaba la Audiencia, pero ahora en Santiago⁸. En este do-

⁵ CORVALÁN MELÉNDEZ, J. - CASTILLO FERNÁNDEZ, V., *Derecho procesal indiano* (Colección “Memorias de licenciados. Historia del Derecho”, XX, Santiago, 1951), p. 18.

⁶ Sobre el mismo tema, entre otros autores, encontramos: JARA, A., *Guerra y sociedad* (Santiago, 1971); MEZA, N., *Estudio sobre la conquista de América* (Santiago, 1971); VILLALOBOS, S., *Historia del pueblo chileno* (Santiago, 1983), I; MELLAPE, R., *Historia social de Chile y América* (Santiago, 1986).

⁷ Hay que señalar que el ambiente desarrollado en ese período está marcado por algunos hechos históricos relevantes. Se inicia una nueva relación indígena-hispana y comienza la consolidación de una sociedad agropecuaria con caracteres de población mestiza, en la zona fronteriza del sur del territorio.

⁸ Las “Ordenanzas para la Audiencia de Santiago” datan de febrero de 1609; en ellas se fija como territorio jurisdiccional, el de la Gobernación de Chile. Estas ordenanzas sumen gran importancia en la historia de Chile, ya que ellas perduraron durante toda la época colonial y en algunas materias su influencia se extendió hasta bien entrado el período republicano. Una de las razones más poderosas que se tuvo en vista para crear esta Audiencia, fue el deseo de que desplegara su acción política ejerciendo el papel regulador de la administración pública y de la vida de la Gobernación. La Audiencia Gobernadora tenía la facultad de tomar el gobierno de la colonia a falta de gobernador. Es uno de los casos más típicos de atribuciones gubernativas

cumento se describen su organización y además se delimitan sus competencias y se le asigna su jurisdicción. Como elementos importantes Corvalán y Castillo señalan que en este lapso la Recopilación de Indias introduce los llamados jueces de provincia, considerados también como unipersonales⁹, al igual que los alcaldes, teniente general, corregidores, jueces de comisión, el gobernador, los intendentes y los subdelegados.

En relación a la *Recopilación de las leyes de los Reinos de las Indias*, de 1680¹⁰, cuerpo legal amplísimo, que contiene 6.377 leyes sobre las más variadas materias. En este cuerpo legislativo se reúnen distintas temáticas, no sólo de Derecho, sino también en lo moral, eclesiástico, administrativo, cultural, penal, civil y militar. Su influencia jurídica sobrepasará el período colonial encontrándose aún vigente durante la República.

Un tercer período comprende desde 1786 hasta 1810. Este coincide con la influencia francesa, que ha penetrado en España por medio de los Borbones, provocando una substancial reforma de los tribunales existentes. Corvalán y Castillo señalan que si bien subsisten magistraturas ordinarias como la Real Audiencia, alcaldes, juez de provincia, en cambio desaparecen los corregidores, que serán reemplazados por los subdelegados de partidos con parecidas atribuciones administrativas y judiciales. Por otro lado el país va a experimentar la división en dos intendencias, ubicando a la cabeza de cada una de ellas a un Intendente, con amplias facultades militares, de hacienda y judiciales.

Eyzaguirre señala que el período Nacional o Patrio se inicia con el proceso de Independencia en 1810, y agrega que desde el punto de vista del Derecho Político hay que distinguir en él por lo menos dos etapas.

La primera abarca de 1810 a 1833, es una época de ensayos constitucionales y políticos.

La segunda comienza en 1833 con la dictación de la constitución política de ese año y corresponde a la república jurídicamente constituida. En ambas etapas se reciben de modo amplio el Derecho público francés, inglés y norteamericano.

Desde el punto de vista de las demás ramas del Derecho, en especial el civil,

de la Audiencia. En el caso de Chile, esta atribución que era propia de todas las Audiencias Americanas, fue disminuida mediante la disposición de 1607, que concedió al gobernador García Ramón la facultad de designar un sucesor por testamento para que lo reemplazara en caso de fallecimiento; si no hubiera disposición testamentaria, tomaría el mando la Audiencia. Pero esta concesión, hecha sólo al gobernador García Ramón, fue utilizada por los gobernadores siguientes, quienes designaron sus sucesores, casi siempre a miembros del tribunal. Pero, por otra parte, la Audiencia tomaba el poder en cualquiera situación en que no podía hacerlo el gobernador, ya fuera por enfermedad o ausencia: todo en: PINTO, S. - MÉNDEZ, L. M. - VERGARA, S., *Antecedentes históricos de la Contraloría General de la República* (Santiago, 1977), pp. 85-88

⁹Si bien la clasificación de los jueces unipersonales ha sido señalada en el texto, en cambio los Tribunales colegiados son los siguientes: el Cabildo, la Real Audiencia y el Consejo de Indias, este era el único radicado en la metrópolis junto a la de su majestad el Rey; véase: CORVALÁN Y CASTILLO, *Derecho procesal indiano*, cit. (n. 3), pp. 28 ss.

¹⁰*Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* (edición facsimilar, Madrid, 1943).

el comercial, el minero y penal hay que distinguir dos nuevas etapas. La época de formación del Derecho Patrio y la época de la Codificación.

Eyzaguirre señala que la época de la formación comprende los años 1810 a 1857 y en ella sigue rigiendo el Derecho español en las ramas de lo civil, comercial, minero y penal. Además, se va a dictar una nueva legislación y se prepara la codificación del Derecho nacional. Por esto último, la época de la codificación se inicia con la vigencia desde 1857 del *Código Civil*, prolongándose hasta nuestros días.

V. LA CRIMINALIDAD COMO OBJETO DE ESTUDIO HISTORIOGRÁFICO-TEÓRICO

El crimen es un hecho tan antiguo como el hombre, conducta que desde siempre ha llamado la atención de los más diversos especialistas: antropólogos, sociólogos y juristas. Por eso siempre ha existido una experiencia cultural y una imagen o representación de cada civilización en torno al crimen y al delincuente.¹¹ Humberto Levra¹² señala que el ingreso de la criminalidad en el campo –terreno– del estudio de la Historia social, significa sobre todo el análisis de las relaciones entre crimen y represión, aproximación al fenómeno criminal en este comportamiento –desviado– y en cuanto valoración social: significa, entonces, estudiar la coyuntura criminalidad/represión y de sus mutaciones de estructura, sus relaciones con las transformaciones económicas y socio-culturales. Más adelante Levra dice que el historiador puede ver el crimen como una infracción a las normas sociales o como una acción perseguida por la ley. Además, cuando el orden público se ve amenazado, para impedir eventuales revueltas sociales, se produce un endurecimiento de la política represiva por parte de los organismos judiciales, policiales y otros órganos estatales.

Émile Durkheim¹³ considera el delito como un fenómeno normal (“no se puede concebir una sociedad que esté completamente libre de él”), necesario (ya que el delito está vinculado a las condiciones fundamentales de cualquier vida social) y útil (puesto que las condiciones de las que es solidario son ellas mismas indispensables a la evolución normal de la moral y del Derecho). Y agrega Durkheim que el delito es una noción eminentemente social, es decir, esencialmente relativa¹⁴.

Por otra parte, Hugo Chumbita¹⁵ señala que unos de los propósitos elementales para propiciar una visión historiográfica de la criminalidad y/o bandolerismo enfocado desde la Historia social, es tomando parte y analizando los fenómenos de la violencia y el delito, porque estos exponen situaciones de resistencia de los distintos grupos contra el orden establecido, ya sea contra el sistema de Gobierno,

¹¹ GARCÍA PABLOS DE MOLINO, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos* (Madrid, 2005), p. 193.

¹² LEVRA, H., *Crimini, Criminali, Criminología: un volto del 800. Italia* (1985), pp. 19-26.

¹³ RICO, J., *Crimen y justicia en América Latina* (México, 1981), p. 38.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 39: “Efectivamente, no existe ningún acto que sea por sí mismo un crimen; por grave que sean los daños que haya podido ocasionar, su autor sólo será considerado como criminal si la opinión común del grupo social al que pertenece lo trata como tal”.

¹⁵ CHUMBITA, H., *Una cultura fuera de la ley. Algunas inferencias de la Historia social del bandolerismo en Argentina* (Buenos Aires, 2000), p. 3.

el Estado o frente a crisis sociales de carácter laboral y otras. Chumbita menciona que para lo anterior es importante también consignar ciertos aportes teóricos de las distintas escuelas extranjeras extra latinoamericanas como los trabajos de Eric Hobsbawm, Michael Foucault y otros más, que han influido desde la perspectiva conceptual y desde la óptica crítica¹⁶.

A propósito de lo anterior, Michael Foucault¹⁷ en la obra *Vigilar y castigar*, nos presenta una genealogía del actuar complejo científico-judicial de los métodos punitivos, considerando el corte epistemológico de los nuevos sistemas penales de los siglos XVIII-XIX, pero la obra sobrepasa los límites de una genealogía penal, más bien es una genealogía de la moral moderna a partir de una Historia política de los cuerpos legislativos. El autor incorpora elementos muy relevantes como son las relaciones poder-saber, indicando así el origen disciplinario de las ciencias humanas e investigando su configuración a partir de la reestructuración del sistema penal y judicial. Pero a pesar que la obra no suficientemente clara, porque abarca demasiados aspectos, dejando algunos inconclusos, está abierta a muchas sendas para la investigación y para la crítica histórica. Además ha favorecido la recuperación de los documentos judiciales y otros, tan sub-valorados por ciertas tendencias investigativas históricas.

En la obra de Eric Hobsbawm¹⁸ quedan asentadas una serie de ideas y conceptos que han sido recogidos y utilizados por gran cantidad de investigadores sociales, por el atractivo que significan sus alcances y la aproximación de ciertos hechos con las realidades vividas en las distintas sociedades latinoamericanas y de Chile. Baste señalar ciertos argumentos para verificar el atractivo que provocan., sobre todo cuando se refiere al bandolerismo social. Hobsbawm señala que el bandolero social es un rebelde primitivo, y como sucede en algunos casos, se suma

¹⁶ GILBERT, M. J., *On the Trail of Latin American Bantis: A Reexamination of Peasant Resistente*, en *Latin American Research Review*, 25 (U. of New Mexico, 1990) 3. En un repaso del estado del arte sobre estas cuestiones, que suscitó polémica con otros bandidólogos revisionistas, propuso suscribirle tema en un marco más amplio. Su trabajo recomienda prestar atención a los estudios del control social que incorporaron aportes de la antropología y del análisis del discurso, a la obra de Foucault, a la corriente "subalternista", que enfoca las formas de conciencia campesina en oposición a la legalidad estatal/colonial y en particular a otros investigadores que abordan las alternativas de "resistencia cotidiana" del campesinado. Además y adicionando a las apreciaciones de Joseph, este postula así abrir las fronteras disciplinarias y renovar el instrumental analítico para estudiar mejor la distribución del poder, la naturaleza del estado y el rol de la ley y los tribunales en el pasado reciente de América latina. Una adecuada historia social de bandidos y campesinos en general sólo podrá ser elaborada cuando una historia de la protesta y la resistencia de abajo se integre efectivamente con una historia del poder y el interés por arriba. Véase también: CHUMBITA, H., *Una cultura fuera de la ley*, cit. (n. 15), p. 4.

¹⁷ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión* (Buenos Aires, 2005).

¹⁸ HOBBSBAWN, E., *Rebeldes primitivos* (Madrid, 1976), pp. 24-26. El autor desarrolla aquí el esquema fundamental del bandolerismo: i) el "bandido generoso", como Robin Hood, que no mata sino en legítima defensa y roba para darle al más pobre; ii) el vengador, cruel, pero temido y admirado por la población; iii) el bandolero que, pese a no poseer comportamientos positivos desde la óptica popular, es tolerado y admirado en la medida en que sus víctimas suelen ser opresores del pueblo.

con premura al proceso revolucionario, aunque no debe confundirse en principio con el tipo de bandolero antisocial que de algún modo encarna los denominados “plateados”, individuos que aprovechan especialmente las circunstancias bélicas para llevar a cabo actos de rapiña y de pillaje, ni tampoco con los “bandidos oficiales”, que también existieron como elementos del aparato represivo. Además, agrega Hobsbawm, ser bandolero no era una ocupación lucrativa ni mucho menos apetecible o segura –la justicia los sigue y la traición los acecha– corriendo siempre peligro su vida.

En esta línea de indagación incorporamos un concepto novedoso, pero que sin embargo no es nuevo dentro de la Historiografía europea –italiana–; nos referimos al “brigantaggio”. Francesco Pappalardo, T. J. Soley y A. Expósito¹⁹ estudian el término “brigante”, que habitualmente designa a quien vive fuera de la ley o a un enemigo del orden público, que ha adquirido con el tiempo también un significado ideológico que indica, en sentido despreciativo, a quien se opuso con las armas al nuevo orden inaugurado por la revolución francesa.

En Italia señalan los autores Pappalardo, Soley y Expósito que la interpretación exhaustiva del complejo fenómeno del “brigantaggio” debe partir de la consideración de la oposición armada como uno de los aspectos de la resistencia antiunitaria de las poblaciones meridionales, que presentó características más vastas y profundas que las que había caracterizado la insurgencia de la época napolitana.

Volviendo a la temática historiográfica de la criminalidad, Ricardo Córdoba de la Llave²⁰ señala que anteriormente los estudios de la criminalidad y la violencia estaban limitados al ámbito del Derecho que buscaba sobre todo conocer el funcionamiento de los sistemas judiciales y de los marcos institucionales en la época medieval. Hoy se trata de un tema esencialmente ligado al conocimiento de las relaciones sociales, de las mentalidades y de la vida diaria, enmarcado de lleno por tanto en el ámbito de la Historia social. Posteriormente, agrega que aproximarse a la Historia del crimen es hacerlo sin duda al conocimiento del marco legal, político y judicial de los sistemas empleados por la sociedad y por los poderes públicos para prevenir y castigar los delitos y los comportamientos que atentaban contra la paz social. Por otra parte, afirma Córdoba, el estudio de la criminalidad nos ayuda a conocer y entender las relaciones sociales en cualquier período histórico.

Otro interesante aporte a la discusión historiográfica son los estudios de las

¹⁹ PAPPALARDO, F. -SOLEY, T. J - EXPÓSITO, A., *El “brigantaggio” (1860-1870)* (Madrid, 1995), pp. 2-3: “El término es usado en Francia para designar a los combatientes realistas y católicos de la Vendée, es empleado en los años siguientes también para nombrar a los “insurgentes”, esto es, a los componentes de las bandas populares que se alzaban en armas contra los invasores franceses y sus aliados: los jacobinos locales. El fenómeno adquiere un relieve particular en las provincias napolitanas donde, tanto en 1799 como en 1806, surgieron partidas –dirigidas por gente del pueblo, por burgueses e incluso por sacerdotes, y que se nutrían de empleados, soldados huidos, campesinos y pastores– que defendieron su patria y su religión. Tal comportamiento valeroso, sin embargo, es definido rápidamente como “brigantaggio” por los revolucionarios y el término se transmite hasta ahora por la historiografía mendaz”.

²⁰ CÓRDOBA DE LA LLAVE, R., *El homicidio en Andalucía a fines de la Edad Media* (Madrid, 2007), pp. 10-12.

mentalidades donde se van a debatir temas propios de la disciplina, llegando en un momento a plantearse: ¿qué interés puede tener para el historiador social de las mentalidades el estudio del mundo criminal? Iñaki Bazán Díaz²¹ responde que el estudio del mundo criminal nos pone de manifiesto hasta qué punto los valores culturales han sido asimilados -interiorizados- o si se ha optado por el rechazo de los mismos, al tiempo que nos informa de cuáles eran estos. Más adelante Bazán agrega que el crimen es en definitiva el marco de referencia por antítesis de la gramática de la conducta, y en la medida en que se produzca una mayor o menor reacción contra actitudes criminales a través de la pena, sabremos “la intensidad de los sentimientos colectivos que el crimen ofende”, es decir, señala Bazán, podremos percibir cómo van surgiendo nuevos valores sociales a partir del concepto de criminalización de las conductas, comportamientos y actitudes, o por el contrario cómo van desapareciendo o perdiendo importancia a partir del conocimiento de la descriminalización de las conductas. Según se puede leer en los archivos judiciales que contienen los fallos de los jueces.

[Recibido el 31 de junio y aprobado el 31 de julio de 2010].

BIBLIOGRAFÍA

- BAZÁN DÍAZ, I., *Criminalidad y violencia. La Historia social de las mentalidades y la criminalidad* (U. del País Vasco, 1995).
- CHUMBITA, H., *Una cultura fuera de la ley. Algunas inferencias de la Historia social del bandolerismo en Argentina* (Buenos Aires, 2000).
- CÓRDOBA DE LA LLAVE, R., *El homicidio en Andalucía a fines de la Edad Media* (Madrid, 2007).
- CORVALÁN MELÉNDEZ, J. - CASTILLO FERNÁNDEZ, V., *Derecho procesal indiano* (Colección “Memorias de licenciados. Historia del Derecho”, XX, Santiago, 1951).
- EYZAGUIRRE, J., *Historia del Derecho* (Santiago, 1993).
- FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión* (Buenos Aires, 2005).
- GARCÍA PABLOS DE MOLINO, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos* (Madrid, 2005).
- GILBERT, M. J., *On the Trail of Latin American Bantis: A Reexamination of Peasant Resistente*, en *Latin American Research Review*, 25 (U. of New Mexico, 1990) 3.
- HOBBSBAWN, E., *Rebeldes primitivos* (Madrid, 1976).

²¹ BAZÁN DÍAZ, I., *Criminalidad y violencia. La historia social de las mentalidades y la criminalidad* (U. del País Vasco, 1995), p. 95. El autor hace un valioso reconocimiento cuando dice que “el análisis del mundo criminal cuenta igualmente con una fuente excepcional como son los procesos judiciales, que poseen un extraordinario valor para el historiador de las mentalidades. La documentación judicial constituye una mina, que todavía está poco explotada, para el conocimiento de las normas y la normalidad, para observar las relaciones entre poderes y administrados, para captar los procesos de gran amplitud como puede ser la “modernización” de las costumbres y de los comportamientos o el asentamiento del estado, para analizar las mentalidades de los acusados, de los jueces y de los testigos, permitiéndonos acceder a los gestos, deseos, temores, etc., de miles de personas anónimas que no han dejado ningún (rostro) rastro escrito.

- IZQUIERDO, I., *Historia de Chile* (Santiago, 1989), I.
- JARA, A., *Guerra y sociedad* (Santiago, 1971).
- LEVRA, H., *Crimini, Criminali, Criminología: un volto del 800. Italia* (1985).
- MELLAFE, R., *Historia social de Chile y América* (Santiago, 1986).
- MEZA, N., *Estudio sobre la conquista de América* (Santiago, 1971).
- PAPPALARDO, F. -SOLEY, T. J - EXPÓXITO, A., *El "brigantaggio" (1860-1870)* (Madrid, 1995).
- PINTO, S. - MÉNDEZ, L. M. - VERGARA, S., *Antecedentes históricos de la Contraloría General de la República* (Santiago, 1977).
- Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* (edición facsimilar, Madrid, 1943).
- RICO, J., *Crimen y justicia en América Latina* (México, 1981).
- VILLALOBOS, S., *Historia del pueblo chileno* (Santiago, 1983), I.