

**Carlos López Dawson**

Historia  
Crítica  
Del Derecho

2003  
Santiago de Chile

## Prólogo

Esta obra es resultado, primero, de trabajos de investigación y estudios preparatorios que realicé tanto para el curso de Historia del Derecho, que imparto en la Facultad de Derecho de la Universidad Bolivariana, como para la Comisión Chilena de Derechos Humanos y el Instituto de Derechos Humanos y Derecho Humanitario y luego de apuntes de clases tomados por los estudiantes de mis cursos de Política y Derechos Humanos de la Academia de Humanismo Cristiano, Derecho Constitucional de la Escuela de Gobierno de la Universidad de Chile, Diplomacia y Derechos Humanos de la Academia Diplomática de Chile y de Historia del Derecho de la Universidad Bolivariana. Tengo un especial agradecimiento tanto a los estudiantes que han transcrito mis clases como aquellos que redactaron monografías y trabajos de investigación como parte de su formación, por cuanto sus aportes me han sido de gran utilidad.

La primera parte de este trabajo, que va desde la fundación de Roma pasando por el surgimiento del Estado terminando en el Período Colonial, ha sido escrita estudiando la legislación de la época, recurriendo a las investigaciones de historiadores nacionales y extranjeros que se citan en cada oportunidad y consultando diversas fuentes reseñadas. Esta primera parte es tributaria respecto de los hechos de los trabajos de historiadores tan disímiles como Barrientos Grandón, Merello, Ismael Sánchez Bella, Alberto De La Era, Carlos Díaz Remetería, Francisco Antonio Encina, Jaime Eyzaguirre, Fernando Campos, Bernardino Bravo Lira, Alfonso García Gallo<sup>1</sup>, entre otros, incluidos numerosos autores cuyas investigaciones han sido publicadas en la Revista Chilena de Historia del Derecho. La segunda parte, desde 1810 a 1990, corresponde a una investigación del autor realizada sobre fuentes primarias y secundarias que incluyen obras de distintos autores, además de los mencionados a Mario Góngora, Sergio Villalobos, Hernán Ramírez, Jocelyn-Holt, Vial Correa, entre otros, noticias de prensa, documentos privados, obras de protagonistas y las normas legales que se citan y analizan. En todo caso la interpretación de la historia es de responsabilidad exclusiva del autor de este trabajo.

### Proceso evolutivo de la idea histórica del Derecho en Chile

En un comienzo, en el siglo diecinueve, la Cátedra de Historia del Derecho se basaba en el Derecho romano y canónico. Hasta 1902 su principal expositor fue el profesor José Eduardo Fabres, un presbítero religioso católico que impartió sus clases en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile durante la segunda mitad del siglo XIX. En 1845, siendo decano de la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile don Mariano Egaña, José Victorino Lastarria propuso la creación de una cátedra de Historia del Derecho, lo que no fue aceptado<sup>2</sup>. Alrededor de 1906, don Valentín Letelier, discípulo de Fabres escribió una Cátedra para Historia del Derecho que fue más pedagógica que la anterior y no tan lineal, inspirada en las doctrinas de Friederich Krause y Einrich Ahrens, de la escuela sociológica positivista que predominaba en Europa a comienzo del siglo XIX. Los discípulos de Letelier, Juan Antonio Iribaren y Arturo San Cristóbal desarrollarían esta Cátedra más adelante con una visión sociológica, es decir, con un mayor análisis en los hechos y actores de los mismos, para, de este modo, sacar leyes comunes e interpretar el Derecho a través del tiempo. Esta escuela perduró aproximadamente hasta los años '50 y se llamó **Escuela Sociológica de Historia del Derecho**<sup>3</sup>.

Entre tanto, en la década de los 40' aproximadamente, don Aníbal Bascuñán Valdés propondrá que la historia del Derecho se estudie desde el acontecer histórico, siguiendo el método histórico más que el sociológico. Los exponentes más destacados de esta nueva escuela serán: Alamiro de Ávila y Martel, Barrientos, Ruiz-Tagle, Bernardino Bravo Lira, etc. Estos exponentes a su vez, autodenominaron a esta corriente **Escuela Chilena de Historiadores del Derecho**.

A partir de los '90, surge una nueva corriente para analizar la Historia del Derecho desde una perspectiva interdisciplinaria que, sin abandonar la metodología propia de la historia, analiza los diferentes hechos históricos del Derecho a través de varias disciplinas auxiliares, como por ejemplo: la filosofía, la sociología, la ciencia política, la paleografía, la numismática, etc., lo que le da a esta cátedra una visión integral; esta escuela o tendencia se denomina **Histórica Jurídica Integral**.

La escuela sociológica fue criticada por La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho debido a que la primera realizaba muy poca investigación, y por lo tanto, no entregaba muchos aportes perdiéndose en el tiempo, en cambio la segunda realiza constantemente investigación a través de los diferentes períodos históricos de Chile, lo que le permite producir bastante material con aportes significativos a nuestra historia para ser utilizada en la academia. Por su parte, la escuela histórica jurídica integral tiene su base en el desarrollo de la investigación, para lo cual reúne a las diferentes disciplinas sociológicas para el aprendizaje de ella, pero por el momento, debido a su

<sup>1</sup> Ver bibliografía al final.

<sup>2</sup> Barrientos Grandón, Javier, Lastarria y el Derecho, en Estudios sobre José Victorino Lastarria, Santiago, 1988, pp. 91-121.

<sup>3</sup> Barrientos, op. cit.

temprana edad, puede parecer poco práctica en la docencia ya que requiere aún de mucho tiempo y recursos materiales para llevarla a cabo con éxito.

La aproximación que se hace en estas páginas de la Historia del Derecho, se basa en el convencimiento de que la historia se percibe mejor rescatando las ideas de fondo que la constituyen, a través de una visión crítica y estructurada, metodológicamente interdisciplinaria, para así destacar a cada uno de los actores, movimientos, ideas y corrientes filosóficas que forman parte de ella y a su vez lograr establecer como influyen en las "decisiones" que se toman en cada momento histórico. Si fuera necesario identificar la exposición de estas páginas con algunas de las "escuelas" considero que es más próxima de la más reciente, la **Escuela Jurídica Integral**.

Partidario irrestricto de la libertad, estimo que cada cual puede interpretar la historia como se le plazca, sin desvirtuar o falsear los hechos, y esa será su verdad; si los demás la comparten o no, es otra cuestión. Precisamente por que no comparto plenamente las interpretaciones que varios historiadores han hecho de la génesis del Derecho en Chile, es que deseo contribuir con mi apreciación que, si bien tributaria de los historiadores del Derecho tradicionales, considero más ajustada a los hechos, más objetiva y fuera de toda capilla o prejuicio ideológico, y en todo caso más crítica, contribuyendo de esta manera al conocimiento y, espero, al progreso del Derecho.

Sobre la función del Derecho ha existido una percepción crítica en nuestro país desde los albores de la Independencia. Valentín Letelier hizo a mediados del siglo antepasado una brillante exposición crítica, que leída hoy cobra plena vigencia. El Derecho tiene en el ser humano su razón de ser y precisamente por el olvido de ese elemental principio es que se le ha dado al Estado un poder excesivo, interpretando la norma jurídica como un derecho del Estado y no uno al servicio de la persona. Este es sin embargo un proceso, un desarrollo progresivo sobre el cual no es posible volver atrás: cada conquista que el ser humano consigue para sí en materia de derechos humanos, desde el punto de vista de la teoría del Derecho, no es posible derogarlo sin afectar la esencia del Derecho: su valor ontológico. Este valor varía con el tiempo, por lo que no es posible recuperar en plenitud la visión del momento de los legisladores y jueces. Por ello es que la crítica se hace desde aquellos valores que nos parecen permanentes en el ser humano: el respeto del otro, la verdad, la ética del amor, la paz y convivencia. Pero también de aquellos valores que van surgiendo en el devenir histórico, como sucede con los derechos políticos, los derechos sociales y los derechos humanos, que sólo pueden servir de parámetro desde el momento en que la sociedad los percibe como tales. La historia tiene innumerables muestras que precisamente la ruptura o desconocimiento de estos valores ha significado traumas insuperables para la comunidad humana.

## Introducción

El objeto del presente trabajo es informar al lector, desde una perspectiva crítica, sobre el desarrollo histórico del Derecho, desde sus orígenes conocidos y sus efectos en el país, mostrándole en la medida de lo posible, las causas y efectos del ordenamiento jurídico en sus diferentes etapas, es decir, tratar de desentrañar como y porqué se origina la norma, cuáles son los elementos o factores causales, las teorías, las filosofías, las ideologías, los elementos culturales, las prácticas sociales, los hechos de fuerza o violencia, los hechos de la naturaleza que puede explicar el origen de una norma y/o del ordenamiento jurídico en un momento determinado así como cuales son los efectos de dichas normas o sistemas jurídicos y como y por que cambian o desaparecen. Los objetivos específicos son los siguientes: informar sobre los efectos y consecuencias para el Derecho de los hechos políticos ocurridos en la historia que tendrán finalmente efecto en el Derecho nacional, lo cual obliga revisar desde el Derecho romano hacia delante, pasando por la romanización de la península ibérica, el surgimiento del Derecho común y de los derechos nacionales y del Derecho indiano. Algunos fenómenos deberán ser tratados especialmente como sucede con las reformas de la Casa de Borbón; la influencia de la Ilustración; la Independencia americana, sus causas y efectos, la opción constitucional en Chile, la codificación y la orientación político filosófica del orden jurídico emergente. En ese mismo sentido se pretende dar a conocer los fenómenos políticos internos y sus efectos en la formación del orden jurídico y constitucional del país, proyectos constitucionales, Constitución de 1833, influencias doctrinarias extranjeras, las revoluciones y guerras civiles y sus consecuencias jurídicas, el presidencialismo y el parlamentarismo, crisis del "modelo" u orden oligárquico, aparición de las capas medias y surgimiento del Estado de Bienestar, fortalecimiento de las capas medias y sus expresiones políticas, el Estado empresario, crisis del modelo de desarrollo hacia afuera, emergencia de nuevos actores sociales y políticos, la reforma agraria y la modernización del mercado interno, reformas a la Constitución de 1925, las transformaciones económico sociales y el fin del régimen democrático, y el orden impuesto por la dictadura, todo visto desde el ámbito del Derecho. Se trata, entonces, de una visión integradora.

Necesariamente se analizará la teoría de los estados de excepción, el surgimiento del nacionalismo, autoritarismo y militarismo, la doctrina de seguridad nacional, la ruptura del orden constitucional y la violación de los Derechos humanos como forma de Estado. Los decretos leyes, las Actas Constitucionales, génesis de la nueva Constitución, el agotamiento del modelo autoritario, la reforma constitucional de 1989 y la recuperación de la democracia con el nuevo orden jurídico. Los poderes fácticos y las dificultades jurídico políticas de la transición a una democracia plena. Es racional creer que la cercanía en el tiempo de algunos hechos pueda constituir un impedimento para escribir su historia, toda vez que podría caerse en la valoración subjetiva o en el prejuicio. Correremos ese riesgo que ya han corrido otros autores, entre ellos historiadores como Gonzalo Vial o sociólogos como Tomás Moulian o Felipe Portales, que también escriben historia contemporánea.

La información entregada debiera facilitar la percepción acerca del desarrollo del Derecho chileno y su perfeccionamiento. Para ese efecto será necesario conceptualizar la historia del Derecho.

De acuerdo a una visión convencional simplista la historia puede ser entendida como una descripción de hechos fundamentalmente militares y diplomáticos, pero la historia es más que eso. Cada pueblo posee historia, partiendo por su lenguaje, posee elementos de continuidad o cambio, ya sean evolutivos o revolucionarios. Todos los elementos de la cultura participan de este concepto: vestuario, educación, iglesia, creencias, tradiciones, hechos notables de la naturaleza, etc.

Dentro de las subclases de la historia también se encuentra el Derecho ya que también está sujeto a cambios, existe entonces la Historia del Derecho.

La historia como campo del conocimiento social comprende un acervo de información acumulada, métodos para comprender e interpretarlo, objeto de estudio y en su conjunto es una herramienta para comprender la Historia del Derecho. Entonces la **Historia es una rama del conocimiento cuyo objeto es conocer el Derecho mirado en una perspectiva longitudinal del tiempo**. La perspectiva temporal es la condición esencial que constituye la historia, de este modo, como la Historicidad estudia el acontecer, los hechos ordenados en un tiempo y espacio, la Historiografía es una disciplina histórica que atiende a los hechos que tienen un significado particular, aquellos que trascienden y la Historia es una ciencia que estudia el pasado del hombre a partir del momento en que es posible entender los mensajes dejados por civilizaciones pasadas, siendo la escritura uno de los registros excepcionales. Una ciencia es un estudio que sigue un método determinado para descubrir la verdad. A diferencia de muchas otras ciencias que estudian la realidad en forma parcelada, la Historia tiene como particularidad que estudia todo lo que ha ocurrido alguna vez en el tiempo, intentando explicar las relaciones existentes entre los diferentes fenómenos.

Para lograr, reconstruir el pasado la Historia necesita en primer término, ubicar en el tiempo los acontecimientos. Los hechos nacen unos de otros y sólo se explican si se considera su orden de sucesión en el tiempo<sup>4</sup>. Además se requiere ubicar los sucesos en un lugar determinado, ya que ello facilitará la relación entre los fenómenos.

Existen las ciencias auxiliares que ayudan a descifrar la Historia, tales como: **Arqueología**, ciencia que busca y estudia los restos materiales de épocas pasadas; **Filología**, trabaja sobre la lengua y la escritura; **Numismática**, revisa y analiza las monedas y medallas; **Paleografía**, busca descifrar las escrituras y signos desconocidos que datan de la antigüedad; **Demografía**, ciencia que realiza análisis cuantitativos sobre la población humana.

La Historia desde el punto de vista de los historiadores europeos se divide en diferentes períodos, cada uno de ellos marcados por acontecimientos que importan a los europeos, pero que eventualmente pueden tener una relevancia distinta para otros pueblos, lo cual permite sostener que la periodización es una opinión pero no una verdad científica en el sentido de una ley. De todas maneras la Historia estudia las formas de vida del hombre desde que es posible entender o descifrar el pasado hasta nuestros días. Como el período de tiempo es muy largo los historiadores europeos o europeizantes han consensuado dividirla en diferentes épocas:

- ✍ **Prehistoria: Edad de la piedra.** Paleolítico (edad de la piedra tallada). Neolítico (edad de la piedra pulimentada). Neolítico (empieza a usarse el cobre). **Edad de los metales:** Edad del Bronce, Edad del Hierro.
- ✍ **Historia: Edad Antigua: 3000 a.C.- 500 d.C.** Grandes civilizaciones antiguas: Egipto, Babilonia y Asiria, Israel, Fenicia, Medos y Persas. **Grecia:** Imperio de Alejandro.-- **Roma:** Formación del Imperio Romano; nacimiento de Jesucristo; decadencia y división del Imperio.
- ✍ **Edad Media 500 d.C. - 1.500 d.C.:** Caída y desmembración del Imperio de Occidente (siglo V); los pueblos bárbaros; Mahoma y el invasor árabe; Carlomagno y el Sacro Imperio; el Feudalismo, el cisma de Oriente; las Cruzadas; la guerra de los Cien Años.
- ✍ **Edad Moderna:** Caída del Imperio de Oriente (siglo XV); el Renacimiento; la Imprenta; descubrimiento de América; el Imperio español; los Austrias o Casa de los Hamburgos; el Protestantismo; Enrique VIII e Isabel de Inglaterra; guerra de los Treinta Años; Luis XIV; la monarquía absoluta; la Enciclopedia y la Ilustración.
- ✍ **Edad contemporánea:** La revolución francesa; Napoleón; el Imperio alemán; emancipación de las Colonias americanas; la unidad italiana; las doctrinas e ideologías políticas; las Grandes Guerras de 1914-1918 y 1939 y 1945, auge y caída del nazismo, surgimiento y desmembramiento de la Unión Soviética.

Cada una de estas épocas tiene características particulares que las diferencian de las otras. Cada una comienza y termina con algunos hechos históricos tan importantes que marcan un cambio de mentalidad o una forma distinta de dominación. Aún nos faltan conocimientos para desentrañar la historia de pueblos más antiguos como los orientales e incluso los propios de América cuyas periodicidades pueden modificar la forma de conocer el pasado de la humanidad.

## Historia del Derecho

Esta es una disciplina que participa de las ciencias Jurídicas y de las ciencias históricas, que se ocupa de la evolución del Derecho en el tiempo, entendiendo el Derecho como ordenamientos jurídicos del pasado e ideas sobre el mismo Derecho, en tanto unos y otros han contribuido a la formación del Derecho occidental.

Para aproximarse científicamente a su objeto es necesario dominar las ciencias históricas en general, sus teorías y sus métodos.

### Materia de la Historia

El historiador condicionado por su formación y pertenencia social, intuición y capacidad intelectual, establece a priori un criterio de selección. Mientras las ciencias naturales pretende dar cuenta de todos los hechos y cada uno en particular. La Historia no aspira a reconocer todos los hechos humanos, sino aquellos que le parecen relevantes. El

<sup>4</sup> Ver Grez, Sergio y Salazar, Gabriel, (compiladores), Manifiesto de Historiadores. Lom Editores, Santiago, 1999, 117 pp. (Libros del Ciudadano, Serie Historia.).

Historiador selecciona los hechos y los vuelve historia. Un suceso pasa a ser historia por el solo hecho de que aquellos que lo registran le asignan un criterio de relevancia determinan cual hecho debe ser historia y cual no. En términos generales los hechos históricos son aquellos que a juicio de quienes los nombran importan por la huella dejada. Huella que permanece o repercute de algún modo en un tiempo distinto a aquel en el cual se producen.

## Método que utiliza la Historia

Posee métodos particulares y originales. Participa limitadamente del método hipotético-deductivo o método experimental, significaría afirmar que existen leyes históricas, posibilidades que no son reales. Influida por corrientes como el Positivismo, Materialismo Histórico (marxismo), y otras Escuelas de historiadores, deja de ser un simple relato, pasa a tener un status científico. Cuentan la historia de personajes notables: príncipes, héroes de guerra, etc. Luego pasa a un plano genético (origen). La historiografía moderna pretende explicarse los fenómenos, considerando que el afán predictivo no es real.

## Métodos de fuentes (histórico por antonomasia)

El método histórico es el método de búsqueda y análisis de fuentes. Fuentes de conocimiento histórico: Documentos, Monumentos, Tradición oral (sólo corrientes más avanzadas), entre otras.

- ✍ **Documentos:** Se caracterizan por ser fuentes escritas.
- ✍ **Monumentos:** Son fuentes no escritas: medallas, vestuarios, arte, arquitectura, etc. Objetos de civilizaciones que pueden hablar del pasado.
- ✍ **Tradición Oral:** Es la presencia viva de testimonio de un pasado.

## Fases del método histórico de conocimiento y manejo de fuentes

### Método Heurístico

El método de investigación denominado **Heurístico** es una disciplina que se preocupa del análisis de fuentes: búsqueda, identificación, crítica, selección, depuración, orden y exhibición de fuentes. Como su nombre lo indica la búsqueda puede permitir encontrar respuestas no previstas.

1. **Encuentro con la fuente:** Identificar, seleccionar y ordenar. Consiste en buscar y recopilar las fuentes necesarias para la investigación histórica. Con esas fuentes elaborar repertorios (colecciones, muestrarios) que deben tener el carácter sistemático (ordenadas de un modo racional, índices, clasificaciones, etc.).
2. **Trabajo de crítica:** Es el más importante del trabajo con fuentes y el más riesgoso por cuanto se confrontan las fuentes con otras consideradas "correctas" u originales. Este método puede ser:
  - ✍ **Crítica Externa:** Llamada de autenticidad. Determina si la fuente es auténtica total o parcialmente o es falsa. Si es auténtico lo ubica en el tiempo y espacio; cual es su procedencia y procurará restablecer su forma original.
  - ✍ **Crítica interna o de veracidad:** Analiza el texto mismo, referido a dos aspectos. Importa la Interpretación de los hechos = Hermenéutica. Hay que hacerlo comprensible al mundo actual, ubicándolo en el contexto (idioma, tipo de lenguaje, mentalidad). Es un Método que permite decodificar y hacer legibles esos mensajes. Revelarnos el grado de sinceridad y exactitud que nos dan los contenidos. La actitud es de desconfianza metódica, ya que el autor puede estar motivado por intereses o puede ser falible.

Es necesario distinguir entre fuentes:

- ✍ **Voluntarias:** Se produjeron deliberadamente para la posteridad (actas, crónicas, memorias)
- ✍ **Involuntarias:** Sin ánimo de dejar constancia (correspondencia, libros de contabilidad). Son mucho más confiables las fuentes involuntarias.
- ✍ **Directas:** Nos ponen en contacto con la realidad histórica que se pretende conocer Ej.: leyes, decretos, ordenanzas, restrictos, etc.
- ✍ **Indirectas:** Nos ponen en contacto con los hechos a través de un mediador o de una mediación. Ej.: Tácito nos habla del restricto de un emperador.

- ✍ **Mediatas:** Nos llegan a través de obras de los propios autores.
- ✍ **Inmediatas:** Nos llegan vehiculizadas o instrumentadas, mediatas a través de documentos de terceros o de cronistas.
- ✍ **Síntesis Histórica:** Compleja operación intelectual de reconstrucción de los hechos del pasado, lo cual se hace a partir de las observaciones y conclusiones que nos entrega al análisis crítico de la fuente.

## Otros métodos de la historiografía

**Método comparativo:** Actúa a través de la comparación de los fenómenos históricos.

De carácter **Estructural:** Se preocupa de los rasgos esenciales y constitutivos de los fenómenos que definen un sistema jurídico y otro.

Puede ser de dos tipos:

- ✍ **Diacrónica:** Cuando se estudian sistemas jurídicos en territorios o espacios distintos. Ejemplos semejanzas y diferencias entre el actual sistema jurídico anglosajón y el actual romanista o continental.
- ✍ **Sincrónica:** Estudia que fenómenos jurídicos existen en el mismo espacio geográfico en tiempos distintos. Ejemplo: Comparar el Derecho primitivo y los Derechos modernos.

**Modelístico o de construcción de modelos:** Es cada vez más consensual en las ciencias históricas que es necesario que la historia construya o elabore hipótesis al modo de las Ciencias Naturales. Desde luego la ciencia política ha hecho un aporte muy importante en esta materia a través de la construcción de modelos explicativos de las conductas políticas como las teorías de sistema de Parsson, Easton o Rokkan.

La complejización de la hipótesis de este método conduce a convertirla en teoría que una vez validada da origen a la elaboración de modelos. El Modelo es la representación simplificada de una estructura o sistema de la realidad. Los modelos actúan como una camisa de fuerza, traje que el investigador ocupa a priori para explicarse un determinado fenómeno de la realidad. Como es una representación simplificada y la realidad no es simple, sólo una vez usado es posible entrar en el debate de su verosimilitud. Favorece el razonamiento deductivo.

## Modelos filosóficos de interpretación histórica.

La Historia como lectura del cambio: Existen dos corrientes relacionadas con visiones filosóficas de la realidad. La historia del hombre es **Lineal**, siempre avanza, siempre progresa, hay un más allá de novedad algo nuevo. La otra corriente considera que la historia del hombre es **Cíclica o Circular**. Se produce siempre un eterno retorno. El conocimiento vulgar expresa esta tesis en "La historia se repite". Representantes de estas corrientes son:

### Historia Lineal

**San Agustín:** Visión de lucha, entre ciudad de Dios y ciudad terrenal (opción teológica siglo IV d. C). Las naciones luchaban por superar las restricciones y limitaciones de la ciudad terrena por lograr la ciudad de Dios (trascendente).

**Voltaire:** Siglo de las Luces, Ilustración. Pone como elemento principal la racionalidad humana. La historia del hombre se resuelve en las mismas dimensiones históricas, avanza. La historia progresa, los hombres progresan. Confianza en las capacidades racionales del hombre. Los seres humanos son cada vez mejores, con educación y mejoramiento de las costumbres los seres humanos serán mejores moral y materialmente (inmanente). Las visiones lineales suelen ser optimistas.

La idea, sin embargo, es ver la historia no de una forma lineal como un cúmulo ordenado de hechos, sino que rescatar las ideas de fondo de la historia, evitando una visión simplista, sino apreciarla críticamente, para así destacar en su justa dimensión a cada uno de los actores que conforman parte de ella y a su vez como influyen en las decisiones que se toman en cada momento histórico.

### Historia Circular

**Jean Batista Vico:** La historia se transforma, pero de algún modo vuelve sobre situaciones, ya vividas. Hay momentos altos, cargados de significación y de elementos transformadores, y momentos bajos o planos, no ocurre nada significativo.

Movimiento continuo de curso y recurso.

**Spengler:** La historia tiene ciclos que se repiten.

**A. Toynbee:** La historia es cíclica por que las civilizaciones nacen, se desarrollan, maduran, decaen y mueren. Las sociedades o civilizaciones poseen ciclos de vida como los organismos vivientes.

Las miradas cíclicas suelen ser pesimistas. Las teorías cíclicas constituyen más bien una hipótesis que una teoría toda vez que las comparaciones de periodos distintos lo único en común que tienen es la analogía de los hechos humanos que se resumen en el hecho que culturalmente unas sociedades parecen dar paso a otras. Lo único que podría tener cierta racionalidad explicativa es el hecho que las conductas humanas se repiten en el tiempo con distintos matices, pero las sociedades han ido evolucionando con el progreso científico y con la acumulación de experiencias.

## Materialismo Histórico

Sobre estas materias aún queda mucho por decir, pero terminemos agregando que el método histórico que no ha podido ser desplazado es el del materialismo histórico promovido por Marx y Engels, que, en esencia, promueve la idea que es necesario estudiar la forma como las sociedades producen y distribuyen su producto, es decir el modo de producción que es considerada la **infraestructura** lo cual explicaría de manera fundamental el modo como se ordena la sociedad, **la estructura social**, y como se comporta en lo político, social, cultural, religioso, es decir como es la **superestructura**<sup>5</sup>. De esta manera el Derecho, como producto social, es expresión, aun que no exclusiva, de los intereses de la clase dominante por que en una sociedad dividida en clases la fuerza de una clase es la que se impone sobre el conjunto de una sociedad<sup>6</sup>. Esta constatación no discute sobre los valores o los considerandos ontológicos de la norma.

## El Derecho objeto histórico

En cada una de las aproximaciones a la historia está presente el Derecho por cuanto es producto de la acción social del ser humano. De esta manera, la historia del Derecho se detiene a analizar el pasado normativo desde una perspectiva dinámica de la idea del Derecho y de sus realizaciones. Ello implica reconocer el fenómeno normativo tal como sucedió, advirtiendo con el jurista español Recasens Siches que "El Derecho no es la pura idea de la justicia, ni de las demás calidades de valor que aspire a realizar; es un ensayo - obra humana - de interpretación y realización de esos valores, aplicados a unas circunstancias históricas. Y por tanto, el Derecho tiene elementos de esa realidad histórica"<sup>7</sup>.

El Derecho tiene, pues, fuera de su categoría filosófica, la de elemento de la cultura, resultado del quehacer social, y como tal necesita ser captado por medio de la historia. Ella sirve para revisar como los pueblos han tratado de realizar el ideal de justicia; la historia nos muestra el origen, desarrollo y rectificación, de las instituciones jurídicas; nos señala el Derecho real, muchas veces distinto u opuesto al Derecho legislado y tal vez ajeno a los valores del humanismo e incluso del orden. Con ello se quiere decir que el Derecho es más que una teoría o una ley positiva, sino expresión de una vida.

Theodor Sternberg afirma que "El Derecho, precisamente porque es Derecho, aparece ora en contradicción, ora en armonía con lo histórico, pero siempre se ve obligado imprescindiblemente a referirse a ello"<sup>8</sup>. Así, aún en códigos de total inspiración racionalista como el código civil chileno se dispone como medio para interpretar una expresión obscura de la ley, acudir a la "historia fidedigna de su establecimiento". (Artículo 19 del C. Civil). Por lo demás muchas instituciones jurídicas tienen una data muy antigua, probablemente anterior al Derecho romano clásico y van sufrir diversas mutaciones a lo largo de la historia. Del mismo modo otras instituciones surgirán como resultado de influencias religiosas, filosóficas y políticas en diferentes periodos de la historia, como sucede con el concepto de ciudadanía originada en el Derecho romano clásico, el Derecho de familia influenciado por el cristianismo, el principio

<sup>5</sup> Ver al respecto la amplia obra de Marx y Engels, particularmente El Capital, El Origen de la familia, el Programa de Gottha, entre otros.

<sup>6</sup> Ver al respecto Poulantzas, Nikos, Les classes sociales dans le capitalisme d'aujourd'hui. Le Seuil, Paris, 1974. 306 pp.

<sup>7</sup> García Gallo, Alfonso, Tratado de Historia del Derecho, Madrid, 1968.

<sup>8</sup> Citado por Eyzaguirre (1993), p. 3.

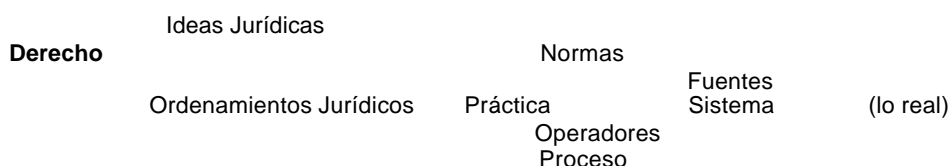


de la igualdad ante la ley o los Derechos Humanos surgidos gracias al liberalismo, o el contrato de trabajo fundado en ideas socialistas, por citar algunos ejemplos.

**Objeto de estudio:** Evolución del Derecho en el tiempo, permanencia y cambio, tradición y modernidad, evolución, dinamismo y movilidad, es decir todas las manifestaciones propias de un objeto de interés científico. El Derecho entendido como ordenamientos jurídicos del pasado e ideas sobre el mismo junta la descripción **funcional** la que hoy entendemos con Derecho Natural, positivismo, escuela de la exégesis, etc., **fuentes de inspiración** ideológica y filosófica. Se ubica entre el Derecho y la historia, está participando constantemente en ambas ciencias, inclinándose hacia la historia. Es básicamente una especialización de la historia general, utiliza el método histórico. Historia del Derecho es entonces una mejor denominación que Derecho histórico, nombre este último que en algún momento se le dio a la disciplina en los años 70 en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile.

Entendiendo Derecho como ordenamientos jurídicos e ideas sobre el Derecho es necesario conceptualizar las partes.

- ✍ **Ordenamientos Jurídicos:** La realización concreta plasmada en ordenamientos jurídicos que son las **normas** y los **sistemas jurídicos**.
- ✍ **Ideas Jurídicas:** surgen de concepciones fundadas en el Derecho natural. Es posible distinguir dos corrientes: **Tomista**, principios revelados que trascienden, y **Racionalista**, principios presentes en la naturaleza humana.



Esta disciplina se ocupa de la evolución del Derecho en el tiempo: es el objeto de estudio, la evolución en la noción de Derecho, que no se amarra con definiciones a priori.

La historia del Derecho es una rama científica relativamente nueva de la historia. Desde la antigüedad los juristas y filósofos identificaron un algo, un objeto que se llamaba Derecho. Sin embargo en la antigüedad la perspectiva histórica estaba ausente. Los importantes intelectuales que cultivaron la historia y la fundamentaron, no consideraron al Derecho como producto histórico, pues la concepción antropológica de la antigüedad clásica es una visión estática.

## El Derecho producto histórico

Si cada grupo humano escribe su historia, no cabe duda que parte de ella esta conformada por las normas que la rigen, por las leyes y costumbres que sanciona el poder, normas que tienen historia por que son el resultado de un devenir, de una actitud, de un pensamiento que no es estático sino mutable, y ello alude al fenómeno de la historicidad. De este modo el Derecho resulta un producto histórico, un producto del devenir humano. El Derecho es un producto sujeto a mutación del cual queda un sedimento que es histórico. Por ello la comprensión del fenómeno, variabilidad del Derecho exige una comprensión sistemática que permita entender el Derecho como objeto de una ciencia: historiografía jurídica. Una disciplina como la historia del Derecho que participa del Derecho y de la historia posee las características de cualquier disciplina. Es un cultivo sistemático, ordenado, metódico y racional del objeto de estudio. La historia permite entonces develar el sentido del Derecho, su objetivo, su progreso y mutación.

## Características del fenómeno jurídico

El Derecho es un producto histórico muy particular. La historia del Derecho se conforma con un concepto provisional de su objeto y que de acuerdo a la experiencia histórica suele encontrar ciertas características que prueban que uno se encuentra frente al fenómeno jurídico, que son a saber:

## Constituido por normas

Toda convivencia social organizada se rige por normas morales, de trato social y por normas jurídicas. Todas ellas por su naturaleza tienen carácter imperativo (obligan) y son usadas como medio de control social.

Las normas jurídicas se caracterizan por su mayor grado de precisión, tanto en el contenido dispositivo como en su consecuencia lógica: la sanción del poder político policial.

Otra característica es que están integradas en un sistema dinámico, esto es, capaz de generarse, modificarse para ser eficaz, de manera que las normas contenidas en el sistema permiten relacionarse unas con otras y en un efecto de retroalimentación, crear nuevas normas<sup>9</sup>. Las funciones propias de un sistema dinámico son: identificación, interpretación y aplicación.

## Variabilidad en los contenidos

El contenido de las normas jurídicas ha sido y es variable. De este modo el Derecho actual regula conductas que no regulaba antaño. Por ejemplo: el tema informático, la sustentabilidad ambiental, la normativa urbanística y tributaria, la ciudadanía internacional. Al mismo tiempo ahora sanciona o penaliza actos que antes tenían pleno valor jurídico, como la tortura, el tormento, la prisión por deuda. Del mismo modo hay materias que antiguamente se regulaban y hoy ya no tienen importancia, como lo eran las normas de Derecho canónico o reglas sobre moralidad.

## Base en la interacción Social

La base del Derecho está en la interacción social y en las relaciones intersubjetivas humanas, que suelen tener relevancia jurídica. El Derecho cobra vida cuando esas relevancias subjetivas entran en conflictos, está íntimamente relacionado con ellos.

Los intereses que entran en pugna están protegidos (intereses jurídicamente amparados) y se encuentran allí con el Derecho subjetivo.

- ✍ **Derecho subjetivo:** interés jurídicamente protegido o titulado facultad que yo tengo como sujeto
- ✍ **Derecho objetivo:** sinónimo de ordenamiento jurídico, conjunto sistemático de normas
- ✍ **Derecho positivo:** está puesto, no son ideas ni creencias, se trata del Derecho realmente existente. No esta visión tridimensional existe un elemento imprescindible que es la norma. Hay ciertas normas que son más importantes representan algo más.

## Instituciones Jurídicas

Complejo de relaciones sociales estables permanentes y homogéneas que son reguladas por el Derecho. En las instituciones jurídicas encontramos elementos de contenidos y elementos formales.

Contenido: Son las relaciones sociales

Formal: Normas jurídicas que constituyen, organizan o sancionan esas relaciones.

Ejemplos : matrimonios, propiedad, adopción, idea de contrato, presidencia, ministerios, etc.

## El Derecho es poder

Las soluciones que el Derecho señala no son proposiciones son imposiciones, el Derecho se impone, es un factor ordenador de toda la convivencia social. No cualquier poder es Derecho, es un poder regulado y autoregulado. Se encuentra al medio de la tiranía y el despotismo( poder absoluto, arbitrario y sin control) y la ausencia de normas (caos, anarquía).

---

<sup>9</sup> Easton, David, The political system. An inquiry into the state of political science, New York, 1971, 378 pp.

## Poder sujeto a fines, poder social legitimo

Se presenta a sí mismo como justo y racional. Un poder social que busca legitimación y a veces lo logra. Es legitimo reconocido de acuerdo a ciertos parámetros. "El poder es impersonal, imparcial y se sustenta en el consenso" (Habermas). Podemos juzgar personas y acontecimientos como ilegal o si se aparta de la legalidad o constitucionalidad.

## Función Pacificadora

Desde un punto de vista histórico es posible encontrar una constante finalista en el sentido que el Derecho procura establecer un equilibrio de intereses y a través de ese equilibrio, la paz social.

De algún modo el Derecho es lo contrario a la guerra. Hobbes sostendría que el "Leviathan ordenó a todos los seres humanos", reconociendo que el Derecho elimina el conflicto permanente de la guerra.

## Orientaciones metodológicas de la historia del Derecho

Es posible distinguir dos tipos de orientaciones:

- ✍ **Orientación Histórica**  
Dogmática
- ✍ **Orientación Jurídica**  
Institucional

**Orientación Histórica:** Considera la Historia del Derecho como una parte especial de la Historia General.

En el conjunto de la ciencia Jurídica considera que la historia del Derecho es un complemento, un elemento auxiliar, un barniz de cultura general.

**Orientación Jurídica:** Destaca que la historia del Derecho es, por su finalidad y contenidos, una ciencia jurídica; es decir, más que en el proceso histórico, centra su atención en el Derecho del pasado en las cristalizaciones del Derecho del pasado. Examina el Derecho en su dimensión histórica y pone de relieve una cierta autonomía que tendría la historia del Derecho del pasado. Se centra en la normativa que fue pero no en el proceso histórico que explica esa norma.

**Dogmática:** Como su nombre lo indica se vincula con la dogmática jurídica, porque hay una conexión y dependencia entre ellos (normas) en un sistema cerrado que las hace coherentes. Acentúa el elemento normativo, y estas tienden a tener un valor absoluto. Siempre dentro de la norma, prescinde de cualquier elemento de explicación extrajurídico.

**Institucional:** Centra su atención en las instituciones de la vida social estudiando las regulaciones jurídicas que las dirigen. Mira problemas reales y estudia cómo los enfrentó el Derecho y qué soluciones dio esa sociedad.

## Sujeto y objeto de la historia del Derecho:

Sujetos de la historia del Derecho son las personas naturales (seres humanos) y *las personas jurídicas* (Corporaciones, fundaciones, sociedades, sindicatos, partidos y movimientos políticos), todos relacionados con las normas en estudio.

Objeto de la historia del Derecho es el conocimiento de los hechos del ser humano que han influido en la génesis, desarrollo o extinción del Derecho, de manera directa o indirecta. De esta manera se incluye entre estos hechos las fuentes del Derecho: Ley, Costumbre y jurisprudencia doctrinal y de los Tribunales; las doctrinas de los filósofos del Derecho; y las circunstancias ideológicas, políticas, económicas, religiosas, etc., que han cooperado en el proceso histórico del Derecho<sup>10</sup>.

El Derecho en general no es una creación autóctona ni autónoma, sino la adaptación de los principios jurídicos que han regido en el mundo occidental, cultura que tendrá una influencia decisiva en la formación de la cultura nacional en Chile y por lo tanto en su Derecho. De ahí que la historia del Derecho chileno no sea un proceso circunscrito a los límites exclusivos del territorio nacional, sino un fenómeno que arranca sus orígenes de Europa, que se prolonga en nuestro país y adquiere aquí un desarrollo y transformación condicionados por el medio y las necesidades locales y

<sup>10</sup> Merello, Italo (1983), pp. 12 y 13.

en la medida que el mundo se globaliza, las cultura se han hecho universales, el Derecho también va adquiriendo ese carácter<sup>11</sup>. De allí la necesidad de estudiar los fenómenos jurídicos más antiguos que se puedan, buscando el hilo conductor, si lo hay, que permita aclarar o explicar el Derecho actual.

---

<sup>11</sup> Barrientos Grandon, Javier, Introducción a la Historia del Derecho Chileno. Barroco Libreros, Santiago, 1994. 355 pp.

## Primera Parte: Orígenes del Derecho occidental

### Capítulo primero: De la romanización a la castellanización

#### Situación geográfica de la península Ibérica

La historia de los pueblos, nos decía Montesquieu, está condicionada por su geografía, por las características del territorio, clima, relieve, paisaje en el cual se mueven los grupos humanos que en él se desarrollan. En la Antigüedad el Mare Nostrum se cerraban con esta península donde estaban ubicados los pueblos más bárbaros en el sentido de no-romanos y lejanos de la Urbe. Gadir (Cádiz) fue fundada por los Fenicios. Según la mitología de la época, Hércules, un Griego construyó las Columnas de Hércules, que cerraban el mundo antiguo. En el 711 los árabes cruzaban hacia la península por las columnas de Hércules en defensa de un segmento de los Visigodos, a la cabeza de los invasores estaba Gib-Al-Tarik que dio nombre al Estrecho de Gibraltar.

#### Rasgos geográficos

La Península ibérica está enmarcada con los Montes Cantábricos donde se ubicaban los pueblos indómitos que Cesar Augusto no logró someter. Sierra de Gredos y el Sistema Ibérico al norte de la Meseta Central. Galicia que se caracteriza por los Ríos Gallegos, entradas de mar. Cataluña y Valencia en el Levante. Monte Mulhacen el más alto de la península (350 m. Aprox.) en el sistema Penibético. Posee un clima templado con relación al resto de Europa, los accidentes del relieve producen grandes diferencias. En el Norte Atlántico y Cantabria poseen clima lluvioso. La meseta Central tiene un clima continental con mayor variación térmica según las estaciones, más seco que el norte. Ríos Ebro 927 Km., Tajo 810 Km., Duero 850 Km., Guadiana 820 Km. Torrentes de Caudal regular y no navegables, salvo el Guadalquivir en algunas zonas.

La Meseta principal del territorio peninsular es un terreno árido de difícil agricultura. Tiene una suave pendiente hacia el Occidente y abrupta en el Levante donde hay diferencias de 1000 m. en promedio con la costa. En las cuencas de Cucar se produce desde antiguo agricultura de productos de riego.

#### Los orígenes remotos

Son numerosos los factores que han contribuido a la formación del Derecho occidental. No es posible adelantar una teoría causal sobre los elementos más determinantes o condicionantes, ya que el proceso de formación puede sufrir cambios bruscos y abruptos, suerte de saltos epistemológicos. La contribución es sutil y múltiples factores confluyen en un hecho, diversos fenómenos multicausales en mayor o menor grado en distintas épocas o momentos históricos. El historiador Toynbee distingue entre las cinco civilizaciones vigentes, la civilización occidental que surge en Grecia o Israel y que es altamente influenciada por Roma<sup>12</sup>. El sistema jurídico occidental, que llegará hasta Chile, se origina en la conjunción de cuatro elementos formativos básicos: el Derecho Romano, el Derecho Musulmán, el Derecho Canónico y el Derecho Germánico<sup>13</sup>.

El occidente antiguo encontró su unidad bajo el imperio romano. Un mismo régimen político, una misma cultura y un mismo Derecho rigieron en la Europa occidental. Es verdad que en un principio el Derecho romano sólo era aplicable a los que ostentaban la calidad de ciudadanos romanos; pero también a partir del año 212 se otorgó la condición de ciudadano romano a todos los habitantes libres del imperio. Aunque desaparecido el último en el siglo V, las nuevas nacionalidades que emergen de este imperio son cada vez más diferenciadas teniendo en común el haber heredado las bases fundamentales del Derecho romano<sup>14</sup>.

A pesar que el Derecho romano será la base de estas nuevas naciones emergentes, éste será criticado durante el siglo XV por un movimiento denominado **Mos Gallicus** que estaba basado en la idea que el Derecho emerge del pueblo, pero a su vez surge otro movimiento el **Mos Italicus** que defiende el Derecho Romano Clásico. El *Mos Gallicus* sostiene que los conceptos que emplean los juristas del *Mos Italicus* son errados en la interpretación por cuanto reconocen la vulgarización del Derecho romano a través de la vulgarización del Latín, también le critican el

<sup>12</sup> Sánchez Bella, Ismael, De La Hera, Alberto, y Díaz Rementería, Carlos, Historia del Derecho Indiano. Editorial MAPFRE, Madrid, 1992, 407 PP. (Índices onomástico y toponímico)

<sup>13</sup> Eyzaguirre, Jaime. Historia Constitucional de Chile. Apuntes de clase. Editorial Universitaria. 1956, y Eyzaguirre, Jaime. Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile. Editorial Universitaria. 1990.

<sup>14</sup> García Gallo, Alfonso, Tratado de Historia del Derecho, op. Cit.

distanciamiento de las fuentes originarias del Derecho romano lo que impedía una aplicación correcta de la norma. Los sostenedores del **Mos Gallicus** decían que el Derecho era originado por la sociedad a la cual se aplica por lo que malamente podía entenderlo la gente si había nacido en otra sociedad con otras reglas, por último los teóricos del *Mos Gallicus* concluyen diciendo que el Derecho romano es histórico por lo tanto inaplicable a la realidad que se está aplicando. Pero el **Mos Gallicus** llegará tardíamente a España debido a factores culturales que incidían principalmente en que la Iglesia Católica era muy fuerte y no permitía ningún otro movimiento que no proviniera de ella misma, lo mismo sucederá con el movimiento de la Ilustración que llegará a España con poca fuerza y tardíamente; otro factor fue el geográfico debido a que España estaba alejada de los centros culturales europeos.

Si bien la incorporación de los pueblos Germánicos, con sus formas jurídicas propias, debilitará por algunos siglos con su influencia el Derecho ya existente, pero a partir del siglo XII se producirá un renacimiento en el estudio del Derecho romano que inspirará básicamente la elaboración en la centuria siguiente del código de las 7 partidas en España, y mucho después, en la edad moderna, la redacción del código francés de 1803. Uno y otro tendrán gran influencia en la generación del código civil chileno de 1855.

El advenimiento del cristianismo y su triunfo público desde el Edicto de tolerancia religiosa de Constantino en el 312, dan a la iglesia católica un sitio de importancia en la sociedad occidental. Para su reglamentación interna la iglesia se dicta un conjunto de normas jurídicas que constituirán el llamado Derecho Canónico. El alcance moral de algunas de sus disposiciones, como también su perfección técnica, influirán en la legislación secular.

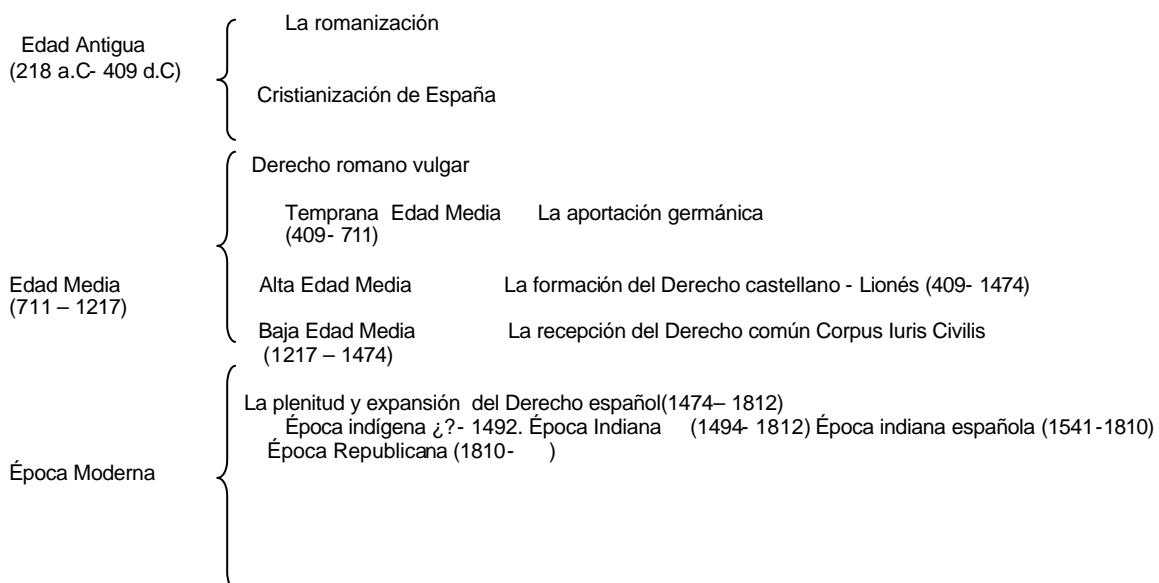
El Derecho de familia y el Derecho procesal de occidente son tributarios del Derecho canónico desde los tiempos medievales. En los albores de la edad moderna, es importante la participación eclesiástica en la gestación del Derecho internacional y del Derecho del trabajo a través de las obras de Santo Tomas, de Vitoria, Bartolomé de las Casas, entre otros.

A partir del descubrimiento y Colonización de América, se recepciona en este continente el Derecho occidental a través de su versión castellana. Junto a este sistema jurídico de típica extracción europea, se ira desarrollando un Derecho especial para las indias - el llamado Derecho indiano- derivado de las circunstancias propias de la realidad americana. La gran masa indígena del continente continuará regida por sus propias costumbres jurídicas, las cuales en más de una ocasión serán incorporadas y adaptadas al Derecho indiano de vigencia más amplia. Desde la emancipación de las naciones hispanoamericanas ocurridas en el primer tercio del siglo XIX, se abre camino el liberalismo que encuentra pleno cause de expresión en el Derecho constitucional y en general la influencia jurídica francesa en Derecho privado. A ella irán sumándose los influjos norteamericanos y posteriormente alemanes.

El Derecho chileno resulta así, como el de los demás países americanos, un Derecho esencialmente histórico y no un sistema estático y abstracto. Sus raíces fundamentales son españolas, sin perjuicio del valioso tributo que en el correr del tiempo le proporcionarán otros sistemas jurídicos que, en todo caso, son de estirpe occidental.

## División de la historia del Derecho español

La Historia del Derecho español, para una adecuada sistematización, se dividirá en diversos período ateniéndose tanto a la personificación histórica general como a la característica jurídica de cada etapa.



## Edad Antigua (218 – 409 a. C.)

Del 25.000 al 10.000 a. C.: Las pinturas rupestres de Pinal, Peña de Cándamo, El Pental, Pasiega, Ribadesella y Altamira expresan la existencia de una gran cultura en el periodo Magdaleniense.

- ✗ A.C.: Los fenicios fundan Gadir o Gades (Cádiz), Baria Adra, Almuñécar y Málaga.
- ✗ A.C.: Civilización de los tartesios. Los celtas comienzan a llegar a través de los Pirineos.
- ✗ Siglo VII a.C.: Los griegos fundan Hemeroscopion y Manake.
- ✗ Siglo VI a.C.: Fundación de Emporio (Ampurias) y Rhodaes (Rodas).
- ✗ 237 a.C.: Amílcar Barca ocupa el Sur y el Sudeste y funda Akra Leuke (Alicante). Asdrúbal funda Cartago Nova (Cartagena).
- ✗ Del 218 al 201 a.C.: Aníbal ocupa Sagunto (Guerra púnica). Los cartagineses invaden Italia.

Escipión llega a España y derrota a Asdrúbal en Tarraco (Tarragona), Illipa (Alcalá del Río) y Gadir. Roma se anexiona el país y lo divide en dos provincias: Hispania Citerior e Hispania Ulterior.

## Sociedad y Derecho.

Un antiguo adagio latino jurídico dice que *Ubi societas ubi ius*: Donde hay sociedad hay Derecho. Donde aflora una cultura humana o una especie de sociedad, por muy rudimentaria que sea, ha de tener una organización que incluso desde el punto de vista histórico podemos denominarla Derecho. Cuando una sociedad se complejiza, lo que llamamos Derecho se hace más nítido y lo podemos distinguir de otros ordenamientos normativos. En lo primitivo lo moral, religioso y propiamente jurídico se halla formando un solo cuerpo de normas, indisociados. Ciertos antropólogos indican que las normas jurídicas comienzan a distinguirse toda vez que en una sociedad primitiva aparece la necesidad de la división del trabajo. A propósito de la división del trabajo surge el tema de la propiedad. Por mecanismos ancestrales consuetudinarios, que aparecen y se legitiman a través del trabajo, surgen propietarios y no propietarios. La propiedad conlleva a una posición de dominio que generalmente es económico y que se traspaasa a lo social, generando grupos sociales diferenciados. Aparecen en una escala social, en forma de pirámide que muestra distintos estamentos o castas. Modernamente en la sociedad industrial y post industrial se habla de clases, pero a diferencia de las castas las clases sociales están diferenciadas por la estructura económica y presumen igualdad ante el Derecho o la ley y se acepta la movilidad social. Las castas o estamentos estaban establecidos por la ley la cual era expresamente discriminatoria, se trata de estructuras estáticas que no permiten la movilidad sino por gracia y excepcionalmente. Esta división genera el poder, no lo determina en sí mismo pero es una fuente de poder que al legitimarse se convierte en autoridad. El poder es la capacidad de someter a otros y la autoridad es aquello a quien se asigna por diversas razones el derecho de mandar.

Los antropólogos en general, entre ellos Malinowski, señalan que en una sociedad llamada primitiva aparece como norma jurídica la sanción de **ciertos hechos graves considerados crímenes**. A estos crímenes la cultura les asigna un *des valor* de la más alta magnitud. En toda sociedad se comenten faltas y las gravísimas son aquellas que esa misma sociedad les asigna el más alto valor. En segundo lugar esa sociedad identifica *reglas de adquisición, conservación y transferencia de la propiedad*. En tercer lugar se establecen reglas sobre *reparación del daño* (principio ético mínimo). Basada en que nadie tiene Derecho a dañar a otro sin justificación a lo que surge el resarcimiento o reparación. Surge la *sanción* que puede no ser por equivalencia (diente por diente) sino por retribución. Existe una justificación metafísica de que se merece tal sanción por tal conducta: pena, ésta la determina la sociedad. Estos tres elementos mencionados son reglas mínimas que toda organización suele darse por muy primitiva que sea.

## Protohistoria

En el período primitivo aparte de denominado pre- historia los historiadores distinguen un período que se denomina Protohistoria. Es la historia preliminar, ya en tiempo antiguo en Oriente y Mediterráneo ya operan distintas civilizaciones conocidas. En la Península Ibérica se llama Protohistoria a la época anterior a la penetración romana. Desde el punto de vista jurídico, la Protohistoria es el período del substrato jurídico pre- romano en la historia del Derecho. Son los fundamentos de Derecho anterior a los romanos, aportados por los pueblos Endógenos y los exógenos.

## Pueblos Endógenos o indígenas

### Celtas e Iberos

Son núcleos humanos que estaban asentados desde varios siglos en el suelo Ibérico al momento de la llegada de distintos pueblos colonizadores. Uno de los aspectos más característicos de la historia antigua de España es la sucesión de oleadas de diferentes pueblos que se extendieron por toda la península. Los primeros en llegar fueron los **Iberos**, un pueblo del norte de África. Después llegaron los **Celtas**, un pueblo típicamente ario, y de la fusión de los dos surgió una nueva etnia, los **Celtíberos**, que se agruparon en varias tribus (Cántabros, astures, lusitanos) que dieron nombre a sus respectivos territorios. Parecieran ser nativos, pero no sería cierto; desde el punto de vista de una larga historia, sino fruto de constantes migraciones que van configurando ese tipo humano que se denomina Celtíberos.

Los Iberos tienen un origen africano. Los estudios indican que pertenecen a un grupo étnico llamado Camita (Camitas y Semitas, Cam y Sem hijos de Noé) al que pertenecen Árabes Beréberes e Iberos. Están en África hace unos 2500 años a.C., cruzaron a la Península Ibérica. Un geógrafo Griego del siglo I a.C. Estrabón, principal fuente de conocimiento de estos pueblos endógenos, los describe como: espíritu independiente, noble, religioso, de gran resistencia física, valor o coraje heroico, valor a ultranza, pero poseedores de dos defectos: la pereza y el orgullo. Se ubicaron en la cuenca del Guadalquivir, de una manera difusa en prácticamente toda la península y más fuertemente en el sur.

Los Celtas cuyas primeras migraciones a la Península Ibérica se remontan al siglo IX a. C y de una manera más consistente en los siglos VI a.C. y siguientes; a través de distintas épocas invaden la península desde los Pirineos. En algunos casos empujando a los Iberos y ubicándose en sus territorios, terminando en una fusión: Los Celtíberos que es el pueblo con que se encuentran los romanos a fines del siglo III. La civilización de los celtas era más desarrollada que la de los Iberos. Pequeños clanes que sólo se unen en torno a un enemigo común. Galeses, Galos y Gallegos o Galaicos son Celtas. Los Iberos representan al tipo étnico Andaluz, tez blanca, cabello oscuro, estatura media. Los Celtas son más altos y rubios.

Los Celtíberos son tribus independientes entre sí que sólo con motivos de guerra o comercio suelen agregarse o federarse. La organización de los Celtíberos se da a través de la agrupación de clanes. Un clan es una familia extendida con un ascendiente común. Los clanes se agrupan en tribus y éstas en aldeas rudimentarias que se dedican a actividades propias del campo con un cierto desarrollo de la metalurgia, cobre en el período prehistórico y hierro en la época histórica.

### Los celtas y el Derecho

La ley gaélica fue diseñada e interpretada esmeradamente por los brehones quienes disfrutaban de una posición social elevada. Las Leyes de Brehon estipulaban con meticulosa exactitud las normas, penas y privilegios que gobernaban las relaciones políticas y sociales. Nadie estaba por encima de la ley. San Patricio ordenó que estas fueran pasadas a escritura. Pero durante un periodo de tiempo considerable los brehones después de san Patricio, siguieron aprendiendo y transmitiendo las leyes oralmente de generación en generación. Se especificaron los principios que regían la gestión de la tierra e igualmente una serie de normas detalladas que afectaban a la construcción, la elaboración de cerveza, la apicultura y la molienda, así como normas complejas y sofisticadas sobre las relaciones entre padres e hijos, señores y sirvientes, gobernantes y súbditos, maridos y esposas. Además, las leyes especificaban las características de cada peldaño de la escala social, incluso el número de medidas de leche o cerveza y de ovejas o vacas requeridas para estar capacitado para cada uno de ellos.

### Juicios y litigios

Los litigantes pagaban a los propios brehones un honorario por su sentencia. A cambio las leyes aseguraban que los fallos fuesen justos y cautelosos y que los brehones fuesen responsables personalmente de los daños, además de perder los honorarios, en el caso de fallos injustos o falsos. La recopilación de leyes del siglo III en el posterior Libro de Acaill dice:

“Cada Brehon puede ser castigado por su negligencia, deberá pagar una sanción monetaria por una sentencia falsa”. Se tenía gran respeto por las leyes y los brehones, cuya influencia evidentemente penetraba todas las facetas de la vida. Gracias al Seanchus Mor, una recopilación de leyes civiles del siglo V, sabemos que: «Tres son los hechos más nocivos para el mundo: la peste, la guerra total y la ruptura de contratos verbales. El mundo estaría constituido de forma funesta si los contratos explícitos no fuesen vinculantes”. Dentro de las leyes se fijaban tres principios. En primer lugar, todo hombre libre tenía Derecho al uso de las tierras comunales y se declaraba que



la privación de este Derecho constituía una grave injusticia. En segundo lugar, todo hombre libre que no cumpliera con sus obligaciones para con su señor o su rey afrontaría el mismo proceso que cualquier otro deudor, y por tanto no podría ser castigado arbitrariamente. En tercer lugar, el Derecho a indemnización o retribución recaía en última instancia en la persona agraviada. La Ley de Brehon de Indemnización proporciona un ejemplo de la complejidad de la administración gaélica de la justicia. En los primeros tiempos prevalecía la Ley del Desquite que luego fue sustituida gradualmente por la de Indemnización. La persona agraviada denunciaba y, si el infractor respondía, un Brehon veía el caso de acuerdo con la ley. Las penas estaban constituidas por multas. Si un infractor rechazaba este proceso, o si se negaba a pagar la multa o la deuda, tenía lugar el proceso de Embargo mediante el cual el agraviado podía embargar las propiedades del infractor casi siempre su ganado después de anunciar su intención (de esta manera, proporcionaba unos días de gracia para que el infractor pudiese hacer frente a sus obligaciones. Las propiedades eran embargadas en tres fases. Primero, el agraviado, acompañado de testigos reclamaba sin hacerse cargo de los bienes. A esto le seguía una segunda fase de aplazamiento formal de uno o varios días, durante la cual el infractor tenía que proporcionar una fianza normalmente objetos de valor o un miembro de su familia como rehén en garantía de que saldrá su deuda al final del aplazamiento, momento en el cual recuperará también su fianza. Al aplazamiento seguía la fase final, en la que el agraviado se hacía realmente cargo de los bienes hasta alcanzar el valor originalmente estipulado por el Brehon. Si el infractor se negaba a aportar una fianza, entonces no había aplazamiento y la propiedad era embargada inmediatamente. Si, después de dar una fianza, el infractor aún se negaba a pagar entonces no recuperaba su fianza, que, en caso de estar constituida por un rehén, podía venderse o ser usado como esclavo o siervo hasta que se saldaba la deuda. Si un infractor se resistía a todos los procedimientos del agraviado, se podía recurrir a la antigua norma del desquite directo. En los casos en los que un infractor o deudor tenía un rango superior al del agraviado o acreedor, el demandante se aseguraba el Derecho de arbitraje ayunando delante de la puerta del demandado. Este procedimiento era considerado con cierto temor, y resultaba evidente la gran deshonra que caía sobre el demandado que se negaba a someterse. Nuestro conocimiento sobre el sistema de adopción proviene de las Leyes de Brehon. A menudo se ponía a los niños al cuidado de padres adoptivos, a veces por amistad, más frecuentemente acompañado de un pago que dependía de la categoría social de los implicados. Los niños eran acogidos hasta los diecisiete años y las niñas hasta los catorce. Los padres adoptivos tenían el deber de enseñar a los niños artes militares, a montar a caballo, a nadar y a saber juegos de mesa. Los niños acogidos tenían el deber de ayuda; a sus padres adoptivos en la vejez. El sistema se empleaba para mantener la armonía entre vecinos y entre tribus, y los vínculos creados por la adopción eran muy fuertes. Las leyes rara vez recurrían a la pena capital, prefiriendo en su lugar un elaborado sistema de indemnización que además tenía la ventaja de impedir largas venganzas y de hacer de la ley el procedimiento de arbitraje preferido. Las víctimas de heridas corporales tenían derecho al "mantenimiento del enfermo" por parte del culpable, lo que implicaba el pago de una sanción además de los costes. En los casos de asesinato se pagaba una multa a la familia del difunto que era el doble de la correspondiente al homicidio involuntario. Había que tener en cuenta muchas circunstancias modificadoras: la causa, la provocación, la categoría social, etc. Por lo que el Brehon, además de conocimientos judiciales debía tener habilidad diplomática. Si el culpable no pagaba su familia era considerada responsable y si esta no pagaba la sanción, entonces tenían que entregar al culpable a la familia de la víctima. Solamente en ese momento se podía ejecutar al acusado, pero también podía ser usado o vendido como esclavo. Si todo fallaba la familia del acusado tenía que expulsarlo y aceptar un embargo sobre sus bienes para librarse de su responsabilidad. Las personas expulsadas tenían que abandonar su clan, conviniéndose además en proscritos sobre quienes las familias de sus víctimas tenían libertad para ejercer su venganza, o en caso de no ser proscritos, podían unirse a otra tribu a cambio de protección.

## Las mujeres ante las leyes.

La posición de las mujeres ante las leyes era comparable a la de los hombres siendo esta honorable. El divorcio era permitido libremente, los matrimonios podían romperse por acuerdo mutuo y las esposas disfrutaban de casi los mismos Derechos que sus maridos. En el caso de un aristócrata se estipulaba que: "Pertenece a su esposa el derecho a ser consultada sobre todo asunto". Y a nivel más general, existía el principio de que los maridos no poseían a las esposas:

"Se trata solamente de un contrato entre ellos". Las esposas compartían los bienes, de los que no se podía disponer sin su consentimiento. Sin embargo mientras que un marido podía tener varias esposas, una esposa que cometía adulterio podía, según las costumbres, ser quemada viva. Se esperaba que las mujeres que fuesen guerreras, y no fue hasta el Sínodo de Tara en el 697, cuando quedaron eximidas del deber militar. Tenían Derecho a presentar un caso ante la ley y a recuperar las deudas equitativamente junto a los hombres, al tiempo que podían heredar propiedades aunque los hombres tenían la supremacía en este aspecto. Pero si un hombre no tenía hijos varones, su hija era la heredera, y en cualquier caso, las hijas siempre tenían Derecho a una dote procedente de la herencia general.

## Conclusión

También existían otras formas de castigo, aunque no ante los brehones, cuyos fallos solamente conllevaban sanciones de indemnización. Provocar la ceguera era una de las más corrientes. Por lo que se sabe parece ser que la pérdida de la vista era normalmente el castigo de una derrota en una batalla para un rey o un jefe. Se provocaba clavando una aguja en el ojo, y una de las razones principales de esta práctica era que una persona desfigurada no podía ser elegido como rey o jefe.

## Instituciones Celtíberas

Muchas de las instituciones celtas serán adoptadas por los celtíberos. Es el caso de las siguientes:

**Patriarcado:** Aún cuando Estrabón advierte que en grupos del Norte como Cántaros y Astures existirían una especie de matriarcado, donde el hermano de la madre es la autoridad principal de la tribu, los Celtíberos practicaban el patriarcado, el padre tiene la autoridad en la familia, dentro del clan y es una autoridad judicial llamada a aplicar con eficacia social un castigo o sanción.

**Cientelas o Patronatos:** No es exclusiva de los Celtíberos y los romanos lo adoptaron. Consiste en el acogimiento de ciertos individuos a la protección de una cabeza de familia, a cambio de la prestación de ciertos servicios y en general a una lealtad. En una relación no igualitaria y presenta dos formas:

**Tuitiva** (de tución): Es un verdadero contrato de adopción, con un adoptado y un adoptante padre de familia en una relación común y corriente, ordinaria.

**Devotio Ibérica:** De tipo religioso-militar en la cual se produce cierta relación recíproca de protección y lealtad. Este cliente militar se consagra al patrón para seguirlo en campañas militares con el compromiso de darla vida. Si el jefe moría en batalla debía sacrificarse a sí mismo.

**Ley del Ósculo:** Procede en materia de familia y materia reconocida por los romanos. A través de un beso se adquiere la promesa de esponsales ante varios testigos. Implicaba una relación vincular que hacía jurídicamente obligatorio el matrimonio en posteridad. Daba cierto valor en transferencia dotal.

**Vinculación de Bienes:** Tuvo larga repercusión en el Derecho Medieval. Significa la destinación de ciertos bienes familiares a una persona determinada por ejemplo el primogénito con la prohibición de enajenarlos. Se sacan del comercio humano y quedan determinados a una línea de descendencia. Posteriormente se produjo con relación a cualquier tipo de bienes. De allí viene el Mayorazgo.

### Penas :

- ✍ Despeñamiento: (pena de muerte) Lanzar a un precipicio.
- ✍ Lapidación: apedreamiento, ajusticiamiento,
- ✍ Expatriación: especie de exilio, quedar fuera de la protección de las leyes de la aldea. Salida física que equivale a muerte civil. Degradación con relación a su sociedad.

El Derecho es personal va y persigue al individuo donde fuera que se traslade y sólo es aplicable a aquellos que se considera miembros de la tribu o de la aldea.

**Hospitalidad o pacto de hospitalidad:** Válvula jurídica para los que son considerados extraños. Extranjero es casi sinónimo de enemigo, considerado hostil: hostes, pasa a ser hospes, acoger al extraño como miembro de una comunidad (huésped). Pacto por el cual una familia o tribu puede adoptar a un extraño en relación de igualdad y se le aplica el Derecho personal.

**Formas de propiedad colectiva:** No entre los celtíberos sino de los Vascones o Vacuos ( Esta información la da Diodoro Sículo). Los Vascones dividen sus campos en lotes, trabajan en conjunto, guardan en común la cosecha y luego las reparten entre ellos.

## Tartesios

Son un pueblo endógeno de la Península Ibérica que, a diferencia de los Iberos y Celtas, constituyen una civilización muy avanzada, ubicada en el Sur y Sur Oeste de la Península. Tenían leyes de 6000 años de antigüedad y escritas en versos. Desde el punto de vista antropológico constituyen un enigma. Desde su capacidad de supervivencia eran débiles, no eran guerreros y guardaban respeto a la Antigüedad. Los del interior suelen ser más rústicos que los de la costa. Se mezclaron pacíficamente con los diferentes pueblos que ocuparon la región. Es difícil separarlos del pueblo ibérico propiamente tal. Constituyen un enigma.

## Pueblos Exógenos o Colonizadores

Los Exógenos se trata de grupos aislados de población que se establecen en pequeños grupos y en puntos muy determinados y preferentemente en las costas. Se adentraron a la meseta Castellana en menor medida y sólo en busca de minerales. Los pueblos exógenos establecen Colonias, ciudades y corresponden a la expansión de importantes civilizaciones de la antigüedad. Comparativamente estos pueblos son más avanzados y desarrollados, poseen un conocimiento del entorno y de las ciencias mayor al de los pueblos endógenos. La única similitud que podría haber entre ambos tipos de pueblos es la avanzada cultura de los Tartesios. Estos pueblos son los Fenicios, los Griegos y los Cartagineses, que es el orden de su arribo a la Península Ibérica. Dichos pueblos tenían su Metrópoli en el extremo oriente de la Península.

## Los Fenicios

Los fenicios fueron un pueblo de comerciantes navegantes, de carácter pacífico y que expandieron su influencia por todo el Mediterráneo. Talasocracia, significa gobierno de los navegantes. Sus puertos fueron Biblos, Tiro y Sidón. Los Fenicios comercian, visitan, trafican con otros pueblos y en algún momento llegan a la Península Ibérica atraídos por la riqueza minera. Entonces fundaron varias plazas comerciales a lo largo de la costa, la más importante de las cuales fue la ciudad de Cades, actual Cádiz. Hay noticias de su presencia en la Península Ibérica a través de crónicas, historias, etc. de las obras de Tito Livio y Cicerón (romanos). Proviene de la costa Oeste del Asia Menor, lo que hoy es Siria y Palestina. La civilización Fenicia se desarrolla unos 3.000 años a.C.

Hacia el año 1.200 a.C. los fenicios dominan el Mediterráneo Oriental. Se organizaron a través de ciudades-estados, típica forma de organización política de las civilizaciones avanzadas de la antigüedad. Se reconoce una cierta identidad nacional, eran unidades independientes que se aglutinaban en federaciones. Son grandes navegantes, comerciantes y artesanos. Cades fue fundada hacia el año 1.100 a.C., también fundaron Molaca, Abdesa en Sicilia comerciaban con Tartesios, de acuerdo a testimonios. También fundan Cartago que será una colonia. La hegemonía en todos los ámbitos correspondía a los Fenicios. Hacia el 573 a.C. un famoso rey de Babilonia, Nabucodonosor, conquista la ciudad de Tiro con lo cual decae la civilización fenicia.

El aporte a la cultura occidental de este pueblo fue su lengua y su escritura, introduce también la moneda como unidad de cambio, desarrollan la industria de la salazón y de las salinas, perfeccionan la minería (cobre, plata, plomo, hierro), en una época en que los Celtíberos ya tenían explotación minera. Introducen una religión, el culto a un Dios como Hércules llamado Melkast.

El Derecho de los fenicios es el Derecho que poseían en la Metrópoli, que se reproduce y se mantiene en sus Colonias, pero no existen antecedentes escritos del mismo, con excepción de reglas de derecho mercantil y de navegación comercial. Hoy de ellos se conoce la lengua, el alfabeto y su religión. Existían Colonias estatales y Colonias privadas.

## Griegos

Estos fundaron varias ciudades en Iberia, entre las que se encontraban Rodas, Ampurias y Sagunto. En su lucha contra los griegos, los fenicios llamaron a los cartagineses, quienes a las órdenes de Amílcar Barca, se apoderaron de la mayor parte de la península.

Hay una cierta sincronía en el apogeo de las culturas fenicias y griega. Había dos tipos de griegos: los Rhodios y los Jónicos. Hacia el año 1.100 eran competidores de los fenicios, aunque no había guerra entre ellos. La caída de Tiro (ciudad fenicia) en manos de Nabucodonosor permite a los Griegos extenderse.

Los Rhodios son los primeros griegos que se establecen en la Península Ibérica. Hacia el siglo VIII un segundo grupo más importante: los Griegos Focenses se establecen en Marsalia. Los Griegos Focenses fundan Emporion, Hemeroskopción, Denia.

Los Griegos, a diferencia de los Fenicios, paulatinamente se mezclan con los indígenas (Iberes) y manifiestan mayor adaptabilidad. Se produce una mutua influenciabilidad en las costumbres y en el Derecho. La influencia cultural de los Griegos es semejante en las materias pero es distinto en la expresión de esas materias: comercio, moneda, idioma, artesanía, cerámica, arte industriales, arquitectura y la escultura. También las Colonias griegas son oficiales y particulares. Tienen su propio gobierno de carácter oligarquía plutocrática.

El Emperador Justiniano de Oriente en el siglo VI dentro de su compilación de jurisprudencia clásica: Pandectos o Digesto incluyen unas llamadas leyes Rhodias. Eran expresiones de jurisprudencia en materia mercantil vinculado al comercio marítimo. Originalmente era normativa jurídica Griega de los griegos Rhodios destinada a regular ciertos aspectos del comercio marítimo, que pasó a los romanos. Hay dos instituciones de las leyes Rhodias que se recuerdan con mayor precisión:

- ✍ Leges Rhodia de Jactu: “echazón”, consiste en una institución compleja destinada a distribuir el riesgo de la carga marítima entre todos aquellos que tienen interés en la carga e indica un orden de prelación acerca de qué carga debe ser sacrificada primero en caso de naufragio.
- ✍ Leges de Pecunia traiecticia: “préstamo a la gruesa ventura” tiene que ver con el riesgo de naufragio y establece normas y condiciones que determinan el riesgo de la pérdida. Las cosas viajan por mar a riesgo y costa de su dueño.

Estas leyes Rhodias fueron un verdadero código o conjunto de leyes por donde la gente se regía en todo el Mediterráneo, desde la antigüedad y hasta los tiempos medievales, por lo menos 15 siglos de vigencia.

Fue en esta época cuando Roma inició una disputa fronteriza en defensa de las zonas de influencia griega: Y así comenzó en la península la segunda guerra púnica, que decidió el destino del mundo de entonces. Tras la victoria de Roma, Publio Escipión, “El Africano”, comenzó la conquista de España, que iba a quedar bajo dominio de Roma durante seis siglos.

## Cartaginenses

A la caída de Piro, una Colonia fenicia que adquirió pujanza propia en el Noroccidente de África adquiere preponderancia. Cartago empieza a actuar por sí mismo, con supremacía respecto a las Colonias griegas. Son belicosos pues derrotan a los griegos en el combate naval de Alalia en el 535 a. C. y destruyen a los Tartesos. En la Península Ibérica fundaron ciudades: Ibiza (en las islas Baleares) hacia el siglo VII a. C., y una nueva Cartago, Cartago Nova: Cartagena.

Dominan a los Griegos, que pasan a ser sucursales de los Cartaginenses, toman el relevo de los Griegos con el agregado que establecen dominio militar y explotación intensa de las riquezas existentes en la Península. Resguardan celosamente su monopolio comercial. Destruyen Málaga y las que no destruyen las convierten en sucursales suyas como Emporium y Hemeroskopcia. Se debe a los Cartaginenses la leyenda que decía que más allá de las columnas de Occidente existía un mar tenebroso con fabulosos monstruos que eran la perdición de quien osara llegar a ellos. Se relacionan con las tribus indígenas, los subordinan y cuando existe resistencia simplemente los combaten y destruyen. De este modo van a fundar un Imperio político– económico en el Mediterráneo entre los siglos VI y III a.C. Las Colonias Cartaginesas son de carácter público, no privada, estatales con carácter oligárquico. Culturalmente defienden su lengua, alfabeto y religión, costumbre y artes.

No hay grandes noticias respecto del Derecho Cartagines. Existe un principio de personalidad que no tuvo mayor influencia. Las relaciones en la Península fueron conflictivas y reclutaron indígenas para sus ejércitos y aplican fuertes contribuciones económicas.

Durante el siglo III existió un Imperio Comercial Cartaginenses pero también en pleno ascenso la civilización romana que impone su genio militar, práctico y comercial. Entre el 264 y 241 se desarrolló la primera Guerra Púnica, estando en la cúspide el poderío Cartaginenses surge la expansión romana. Una cultura decae y la otra crece. Se desarrollan Sicilia, Córcega y Cerdeña. Los Cartagineses se ven obligados a reducirse al Norte de África. Se hacen fuertes después de la Primera Guerra Púnica y emprenden una especie de reconquista de la Península Ibérica, la que estaba un tanto abandonada. En el año 237 pasa a la Península Ibérica un jefe militar llamado Amílcar Barca de la familia de los Barcidas, luego le sucederán el yerno y su hijo Asdríbal y Aníbal.

Forman milicias con un núcleo de soldados Cartaginenses y reclutando población indígena, cambian a una política de hospitalidad y tratan de atraerlos. Esta es la época en que fundan Cartago Nova (223). Los Cartaginenses en la Península dominan las cuencas del Ebro y el Duero, construyen obras militares y civiles. Hacia fines de ese siglo 220 a.C. Roma mantiene una paz pactada con Cartago luego de haberla derrotado en la primera guerra Púnica. En el 219 sobreviene un importante incidente, existe una ciudad Celtíbera llamada Sagunto (aliada de Roma) Aníbal interviene militarmente, asedia y toma de la ciudad de Sagunto, con esto de acuerdo a la visión Romana (Polibio) implica una violación del tratado del Ebro que precisamente indicaba que los Cartaginenses no podían conquistar ningún territorio al Norte del Ebro.

En el 218, luego de infructuosas tratativas diplomáticas, los Romanos desembocan en Emporion y se inicia la Segunda Guerra Púnica, fecha que coincide con el inicio de la Romanización, según muchos historiadores no tendrá fin hasta 600 años después.

## Historia política y militar de la romanización. Tabla cronológica de ROMA <sup>15</sup>

Años Apro.	Aspectos políticos	Evolución científica y técnica	Manifestaciones artísticas	Creencias religiosas
500 a 400	La República se ha instaurado en 509 Luchas de patricios y plebeyos Tribunos de la plebe Lucha contra ecuos y voiscos Batalla de Cumas (474) Formación de la Liga Itálica Comienza el sitio de Veyes (401) ciudad etrusca.	Primera ley Agraria limitando la extensión de tierras a los patricios Ley de las XII Tablas Aparición del <b>lus civile</b>	Circo primitivo en el valle Murcia Templo Saturno Templo de Apolo	Religión de la familia: manes y lares Religión de la ciudad: triada Capitolina (Júpiter, Juno y Minerva). Cuerpos colegiados de sacerdotes
300	Toma de Veyes (396) Los galos entran en Roma (390) Guerras samnitas Pacto de Roma con Cartago (348).	Construcción de murallas en Roma. Primer acueducto, el <b>Acqua Apla</b> , que llevó agua a Roma Técnica arquitectónica de arco y bóveda.	Se introduce en Roma la cultura griega a través de la Magna Grecia. Primitivos <b>carmina</b> o poemas populares. <b>Sentencias</b> del cónsul Aplo Claudio.	Desarrollo de la religión de la ciudad con nuevos dioses, más tardes asimilados a los griegos
240	Guerra contra la Magna Grecia y contra Pirro Ausculum (279), Benevento (275) Unidad de la Italia peninsular I Guerra Púnica (264-241), Mylas (260), Ecnomo (256), Islas Egates (241)	Ley Hortensia de igualdad política Segundo acueducto romano: el Anio Vetus	Livio Andrónico traduce la Odisea al latín Cneo Nevio, primer escritor latino Columna rostrata	
200	Conquista de Cerdeña y Córcega Guerra contra los galos y conquista del valle del Po II Guerra Púnica (218-201), Tesino (218), Trevia (218), Traimeno (217), Cannas (216) Desembarco romano en España y expulsión de los cartagineses Batalla de Zama o Neraggara (202) y fin de la guerra	Construcción de la Vía Flaminia	Aunque inspirado en la comedia griega, Plauto nacionaliza el teatro romano	Se desarrolla el culto a Venus por influencia griega Del mismo origen, empiezan en Roma las fiestas religiosas Saturnales
140	Guerras con Macedonia y la Liga Aquea Macedonia y Grecia, provincias romanas III Guerra Púnica. Toma y destrucción de Cartago (146) Roma se interfiere en los reinos helenísticos de Asia	Empedrado de calles en Roma Primer puente de piedra sobre el Tíber: Pons Aemilius Primer reloj de agua Se introduce el uso de tablillas enceradas y estilete para escribir Construcción del acueducto Acqua Marcia	Quinto Ennio, poeta e historiador. Catón el Censor. Publio Terencio Afer, comediógrafo. Marco Pacuvio, autor de tragedias. Lucillo, autor satírico. Tabla de bronce prohibiendo las fiestas bacanales. Construcción de la Basilica Porcia	
80	Guerras lusitana y celtibérica Toma de Numancia (133) Los Graco intentan una reforma social y política Guerra de Yugurta Marlo vence a cimrios y teutones Guerra civil entre patricios y plebeyos Sila derrota a Mitridates Sila dictador: las proscripciones	Construcción de la Vía Domitia entre Italia e Hispana Scévola: primer tratado de Derecho Civil Se inventa un sistema de calefacción por aire caliente Comienza en Roma la construcción de <b>Insulae</b> , casas de pisos Construcción del acueducto Acqua Tepula	Anfiteatro de Pompeya Se desarrolla la escultura, especialmente los bustos	Se inicia la penetración de cultos orientales

<sup>15</sup> Atlas Histórico.- Manuel Marín. Editorial Marín S.A. Edición 1997 Pág.28-29

Años Apro.	Aspectos políticos	Evolución científica y técnica	Manifestaciones artísticas	Creencias religiosas
29 a J.C.	Renuncia de Sila (79) Guerra de los piratas Sublevación de Espartaco Conjuración de Catilina Campañas de Pompeyo en Asia Pompeyo, César, Craso Conquista de las Galias (58-50) Guerra civil (50-45) Farsalia (48) Asesinato de César Segundo triunvirato II Guerra Civil, Actium (31) Comienza el Principado Termina la conquista de Hispania	Géminos escribe la historia de las matemáticas Construcción de grandes palacios Monedas de oro con la efigie de César Se construyen termas Acueductos Acqua Julia y Acqua Virgo Puente Fabricius  Censo de Quirino en todo el imperio (7 a J.C.)	Varrón, gran polígrafo Cicerón, jurista y filósofo Lucrecio: <b>De rerum natura</b> César escribe los <b>Comentarios</b> Napote y Salustio, historiadores Catulo y Galo, poetas Primer teatro de piedra, levantado por Pompeyo César ordena la construcción de la Basílica Julia Pinturas murales en Pompeya Reforma del Circus Maximus  Horacio, Virgilio, Ovidio	Se comienza a convertir en <b>divus</b> (divino) a los grandes personajes. El primero, después de su muerte, fue César.  Renacimiento de la religión tradicional
45 d. J.C.	Derrota de los romanos por Arminio, jefe de los queruscos Pax Augusta Muerte de Augusto (14 d. J.C.) Tiberio (14-37). Calígula (37-41) Nuevas provincias romanas: Britannia, Mauritania, Siria y Tracia	Vitruvio escribe un tratado de arquitectura Acueducto Alsietino Empleo de norias y ruedas de molino Acueducto de Segovia	Tito Livio Tibulo Construcción del foro de Augusto Ara Pacis Augustae Panteón de Agripa Casa de Livia (palacio de Augusto) Numerosas estatuas de Augusto Fedro, Estrabón	Divinización del Príncipe Nacimiento de Jesús Predicación y muerte de Jesús Conversión de Saulo (40)
100	Claudio (41-54). Nerón (54-68) Los Flavios (69-96) Destrucción de Jerusalén (70) Guerra contra los bátavos	Túnel para regular los aguas del lago Fucino en Abruzos Primera crisis económica del Imperio La red de vías alcanza 80.000 km. Acueductos Claudio y Anio Novus	Pinturas naturalistas en Pompeya Lucio Annexo Séneca. Plinio Construcción del Coliseo Foro de los flavios Los Plinio Tácito, Flavio Josefo, Marcual Petronio	Primera persecución cristiana: muerte de Pedro y Pablo El Cristianismo se difunde por todo el Imperio Romano
150	Los emperadores adoptivos: Trajano, Adriano, Antonio Pío Conquista de la Dacia por Trajano. Trajano lleva a su máxima expansión el Imperio Romano.	Tolomeo hace el primer mapa del mundo (conocido) Apolodoro de Damasco construye el primer puente sobre el Danubio Puente de Alcántara en España	Columnas trajana y adriana Foro de Trajano Plutarco, Suetonio Juvenal Epicteto Mole Hadriana	Continúan las persecuciones Aparecen las primeras herejías Rebelión judía de Barcoqueba Desarrollo de los cultos orientales de Isis, Serapis, Cibeles y Mitra
200	Marco Aurelio (161-180=) Commodo, Anarquía militar Arabia, provincia romana Luchas contra bárbaros, cuados y marcomanos Comienzo de la Invasión pacífica	Galeno, famoso médico Arriano de Nicomedia, geógrafo Gayo y Paulo, jurisconsultos	Apuleyo Luciano de Samosata, creador del género satírico Estatua ecuestre de Marco Aurelio Tertuliano	Fundación en Alejandría de la escuela cristiana llamada <b>Didaskaleion</b> ; Clemente, San Justino.

## Conquista de España por Roma.

La presencia de Roma en la península siguió la ruta de las Colonias comerciales griegas; sin embargo esa presencia comenzó con una lucha entre este gran imperio y Cartago por el control de Mediterráneo occidental durante el siglo II a. C. De cualquier manera, fue en ese periodo cuando la península se introdujo como entidad en la escena política internacional de la época, y desde entonces se convirtió en un objetivo estratégico codiciado, debido a su peculiar situación geográfica entre el Atlántico y el Mediterráneo, y a la riqueza minera y agrícola de su parte meridional.

Desde la penetración, luego la conquista de la península por parte de Roma alcanzará un prolongado periodo que va desde el año 218 al 19 a. C. Las fechas más significativas de ese periodo son:

- ✍ 209 a.C.: Declive del ejército de Aníbal en Italia y comienzo de la gran conquista de España por parte de Roma. Esta se anexiona el país y lo divide en dos provincias: Hispania citerior e Hispania ulterior.
- ✍ Del 143 al 139 a.C.: Viriato y los lusitanos luchan contra las legiones romanas.
- ✍ 133 a.C.: Los habitantes de Numancia prefieren morir quemados por las llamas de la ciudad a rendirse a Escipión Emiliano.
- ✍ 27 a.C.: Los romanos pacifican la península de una vez por todas y la dividen en provincias: La Tarraconense, la Bética y Lusitania.
- ✍ La presencia de Roma en Hispania duró siete siglos, durante los cuales, se trazaron las fronteras más importantes de la península en relación con otros países europeos. Sin embargo, los romanos no sólo transmitieron una administración territorial, sino que también dejaron un legado de referencias sociales y culturales, tales como la familia, la lengua, el Derecho y el gobierno municipal, cuya asimilación situó definitivamente a la península en el mundo de entonces.

## Romanización jurídica de la Península Ibérica

Roma en su proceso de expansión territorial no sólo se limitó a extender sus dominios, sino que también difundió entre los pueblos conquistados su cultura. A este fenómeno general de incorporación de los pueblos sometidos al orbe y modo de vida romanos se lo designa con el nombre de romanización. Una vez que la península fue completamente sometida, hubo una romanización de tal magnitud, que produjo escritores de la estatura de Séneca y Lucano y emperadores tan eminentes como Trajano y Adriano.

Roma legó a España cuatro grandes instituciones sociales: la lengua latina, el Derecho romano, los municipios y la religión cristiana.

La romanización que abarcó todos los territorios del Imperio, no fue uniforme, sino que su grado o profundidad dependió de los habitantes de las regiones conquistadas, por ello es posible advertir mayores niveles de romanización en el occidente europeo, donde no existían grandes organizaciones políticas ni fuertes zonas culturales prerromanas, a diferencias de los sectores orientales, donde sí las había, tanto en el área cultural helénica, cuanto en la persa.

La romanización en cuanto proceso cultural significó la asimilación por parte de los indígenas conquistados, entre otros elementos, de usos, costumbres, formas de vida, lengua y también del Derecho romano.

Este proceso de romanización no quedó entregado a la simple recepción de los pueblos incorporados, sino que fue promovido y, en algunos aspectos como el jurídico, dirigido por la propia Roma, de modo tal, que tras la romanización se encontraba la potestas de la República o del Imperio Romano, que hacía las veces de su centro difusor e impulsor.

El desembarco de las legiones romanas el año 218 a. C., al mando de Cneo Escipión, marca el comienzo de la guerra en España y de la progresiva incorporación de ésta al mundo romano. Derrotados los cartagineses y expulsados del territorio con la ayuda de tribus indígenas, éstas inician una larga resistencia contra el nuevo dominador, a través de guerrillas incesantes. En la prolongada lucha hay episodios de relieve como la rebelión de las tribus lusitanas entre los años 154 y 138 a. C., encabezadas por Viriato, que termina con el asesinato del jefe, obtenido por la traición y el soborno; y el alzamiento de Numancia, ciudad cuyos habitantes prefirieron sepultarse en las llamas antes que capitular (133 a.C.) La etapa final en esta guerra de siglos, la constituye la rebelión en el norte de los cántabros y astures. El emperador Augusto pasa en persona a la península para reprimirla, lo que se logra el año 19 a.C. Desde entonces España se transforma en “provincia pacata” o tranquila y entra en una fase de total romanización.

## Esquema de la periodización jurídica romana

### **Época Arcaica** 730 a.C.- 130 a.C.

Costumbre

Leyes: Rogatae

Datae

Dictae

Plebiscitas

Edictos de los Magistrados

Jurisprudencia Interpretativa

### **Época Clásica** 130 a.C.- 230 a.C.

### **Época Clásica Inicial o Temprana** 130 a.C.- 30 a.C.

Costumbre

Leyes: Rogatae

Datae

Dictae

Plebiscitas

Edictos de los Magistrados

Jurisprudencia Fijadora

### **Época Clásica Alta** 30 a.C.- 130 d.C.

Costumbre

Leyes: Rogatae

Datae

Dictae

Plebiscitas

Edictos de los Magistrados

Senadoconsultos Legislativos

Constituciones Imperiales

\* Edictos

\* Decretas

\* Mandatos

\* Responsas: Epístolas

Rescriptos

Jurisprudencia Creadora

### **Época Clásica Tardía** 130 d.C.- 230 d.C.

Costumbre

Leyes: Senadoconsultos Legislativos

Constituciones Imperiales:

\* Edictos

\* Decretas



- \* Mandatos
- \* Respuestas:
  - Epístolas
  - Rescriptos

Jurisprudencia Enciclopédica

 **Época Post Clásica**  
230 d.C.- 530 d.C.

Costumbre

Leyes: Constituciones Imperiales  
Jurisprudencia Generalizadora

## Romanización Jurídica

La Romanización Jurídica de las provincias de España se realiza en tres fases: **Territorial, Local y Personal.**

La extensión del ius civile romano a los indígenas fue un proceso lento, realizado de acuerdo con las condiciones políticas que le permitían imponer su dominio. Roma sin duda que consideraba su sociedad y cultura y por lo tanto su Derecho superior a los de otros pueblos de la época. El ius civile era el instrumento jurídico superior por excelencia, y en la medida en que era el común a los cives, era necesario "civilizar", esto es volver civiles, a los indígenas antes de concederles el privilegio de regirse por su Derecho "civilizado", de modo tal que la acción romanizadora en el plano jurídico bien puede considerarse como una verdadera acción "civilizadora" romana.

Conforme a esto, la política de romanización jurídica implicaba como finalidad permitir el acceso a la ciudadanía a los indígenas una vez que estuvieran lo suficientemente romanizados, de suerte tal que el alcanzarla sólo significara consagrar formalmente la situación que de hecho habían conseguido a través de un largo proceso de romanización cultural.

Roma concedía, pues, gradual y paulatinamente la ciudadanía y normalmente no la otorgaba directamente, sino que dicha concesión regularmente iba precedida del otorgamiento del ius latii en algunas de sus distintas calidades, que sólo significa el acceso a algunas de las facultades inherentes a la ciudadanía, como el ius commercii o el ius connubii. Esta gradualidad en la romanización jurídica manejada por Roma se traducían igualmente en que ella comprendía sucesivamente tres esferas de la vida de los pueblos sometidos, así en un primer momento se producía una romanización en el plano territorial, al organizarse el suelo conquistado como una provincia; luego la romanización alcanzaba el plano local al organizarse las ciudades indígenas según el modo urbano de vida romana, esto es, el municipio y finalmente, la romanización culminaba en el plano personal, vale decir, cuando los provinciales pasaban a ser cives y, por lo tanto, gozaban plenamente del Derecho romano.

Las primeras medidas romanas en España tienen un carácter político. Se pueden señalar entre ellas la división de la península, en 197 a.C., en dos provincias: Hispania Citerior e Hispania Ulterior, y la posterior división dada por Augusto el año 23, consolidada ya la conquista, en tres provincias: Tarraconense, Lusitania y Bética. Asimismo cae en esta misma línea la concesión para España después de la destrucción de Numancia (133 a.C.), de la llamada Lex o Formula Provinciae, por la que se reglaba la administración del territorio.

Se fundan por los romanos campamentos militares y colonias habitadas por ciudadanos emigrados de la metrópoli o soldados retirados del servicio; estas concentraciones de romanos urbanizadores atraían a los indígenas los que van adoptando paulatinamente las costumbres, usos y leyes romanas. Los tratados que Roma celebraba con las tribus o ciudades sometidas, en muchos casos traían como consecuencias el enganchamiento de indígenas a manera de auxiliares de las legiones. Algunos se unieron a los romanos por el vínculo de la clientela militar. En recompensa de servicios personales se concedió a muchos españoles el ius latii, o la ciudadanía romana, como asimismo el carácter de ciudades latinas o romanas a diversas poblaciones indígenas, todo cual obligó a sus habitantes a familiarizarse con el Derecho de la metrópoli.

### La romanización jurídica en el plano territorial o provincial

Después de la Primera Guerra Púnica que significó la anexión a Roma de sus dos primeros dominios extraterritoriales, Sicilia y Cerdeña, se inició el régimen provincial como forma de incorporación de los territorios conquistados. En un primer momento, la voz provincia significaba una distribución de competencia hecha por el Senado a favor de algún magistrado, de donde, con ella se hacía referencia a la competencia de que se dotaba a un magistrado facultándole para vencer (pro vincere) a un ejército o pueblo enemigo.

Luego, precisamente tras la Primera Guerra Púnica, la palabra provincia comenzó a utilizarse para denominar al conjunto de competencias que el magistrado victorioso ejercía sobre el pueblo ya sometido, hasta que finalmente pasó a designar al propio territorio sobre el cual eran ejercidas dichas facultades.

De este modo, con el término provincia ocurrió algo semejante a lo que con el de imperio, pues ambos, originalmente significaban competencias o facultades y sólo secundariamente adquirieron un sentido espacial. El magistrado que incorporaba un territorio sentaba las bases de su organización provincial (*redactio in formam provinciae*) y luego se encomendaba su gobierno a alguno de los cónsules, si la provincia tenía algún interés militar, o a pretores especiales. Este sistema fue alterado por la “Lex Sempronia de provinciis” del 123 a.C., en virtud de la cual se dispuso que el Senado, anualmente y antes de las elecciones en los comicios, debía designar las provincias que habrían de tener el carácter de consulares y aquellas otras que habrían de ser pretoriales. Efectuada tal designación, el gobierno de ellas era asignado a los magistrados mediante un sorteo.

El año 81 a.C. Sila, mediante la Lex Cornelia de provinciis estableció como regla general para el gobierno de las provincias el sistema de la prórroga del imperio, de modo tal que para ser designado en el gobierno de una provincia se requería haber servido una magistratura consular o pretorial en Roma, al cabo de la cual les era prorrogado el imperio (*prorrogatio imperii*) para que en calidad de proconsules o propraetores se hicieran cargo del gobierno de una provincia. Posteriormente, un senadoconsulto del año 53 a.C. dispuso que debían mediar cinco años entre el desempeño de la magistratura y el gobierno provincial. Esta disposición fue abrogada por Cesar y restablecida por Augusto.

El régimen provincial fue modificado durante el Principado de Augusto (44 a C a 14 d C), quien al asumir el *imperium proconsulare*, reservándose el alto o superior gobierno de todas las provincias, se reservó el gobierno directo de algunas de ellas (provincias imperiales) dejó las restantes al Senado (provincias senatoriales). La organización de las tierras sometidas al régimen provincial importaba la aplicación del Derecho romano en el plano territorial, pues no sólo el gobierno civil y militar pasaba a constituirse según las formas romanas, sino que el propio suelo provincial quedaba sometido a un estatuto jurídico propiamente romano. En efecto, el territorio de la provincia era considerado propiedad del *aerarium*, o más tarde del *fiscus*, es decir, se convertía en *ager publicus*, en razón de lo cual sus habitantes no podían adquirir *dominium ex iure quiritium* sobre él, y solamente gozaban de una concesión en calidad de *possessores*, que podían defender a través de la jurisdicción de los gobernadores.

Las reformas del régimen provincial en tiempos de Augusto, significaron que la Península se organizara en tres provincias, dos imperiales y una senatorial. La Hispania ulterior se dividió en dos provincias, la Lusitania y la Baetica, y la Hispania citerior, llamada también *Tarraconensis*, permaneció prácticamente con sus mismos límites.

## La romanización jurídica en el plano local

La organización de los territorios sometidos conforme al régimen provincial no significaba más que la aplicación del Derecho romano en el plano territorial, sin alterar la organización y estructura interna de las ciudades indígenas, que sólo acordaban o recibían una condición jurídica particular respecto de Roma, en atención a la situación en que habían establecido la paz.

La romanización en el plano local importaba la organización de las ciudades indígenas conforme al modelo urbano romano, que era del municipio, estructurado a semejanza de la Roma republicana y, que requería previamente de una suficiente romanización cultural. Además, Roma establecía en las provincias núcleos de población romano latina a través de la creación de colonias o de municipios de ciudadanos o latinos, que constituyeron importantes factores de romanización. La forma de vida urbana que Roma difundió en sus dominios fue el municipio (*minus-capere*) que era una ciudad de tipo romano organizada a imagen de las instituciones republicanas, de manera que en él existían magistraturas, una curia (senado), y una asamblea municipal (comicios). Los magistrados mayores del municipio eran los *duoviri*, elegidos anualmente por la asamblea municipal, podían convocar a la curia y fiscalizaban la actuación de los *quaestores*. Existían además otros magistrados menores, entre ellos los *aediles* que, al igual en Roma, tenían a su cargo la cura *urbis*, los *quaestores* encargados de la recaudación y administración de la hacienda local; y los *apparitores* que eran diversos subalternos.

La curia u *ordo decurionum*, hacía las veces del Senado en el municipio. Sus miembros eran los *decuriones*, *vitalicios* y de número variable en las diversas ciudades, aunque normalmente cercano a la centena. Los miembros de la curia normalmente pertenecían a las aristocracias locales.

La asamblea municipal se dividía por tribus y su principal competencia consistía en la elección de los magistrados, aunque desde el siglo II de la era cristiana su importancia decayó.

Roma en su labor civilizadora, esto es, de asimilar a los indígenas a la vida civil (*civitas*) actuó gradualmente, de tal manera, sólo cuando una ciudad indígena se encontraba lo suficientemente romanizada en el plano cultural o como privilegio por su fidelidad o adhesión, le otorgaba la posibilidad de convertirse en un municipio latino y, sólo posteriormente podía alcanzar la calidad de municipio romano.

El régimen municipal tuvo su época de mayor desarrollo entre los siglos I y II d.C. y, desde mediado de este último comenzó a experimentar un proceso de decadencia que se agravó en la medida en que las aristocracias locales empezaron a arruinarse por la crisis y decadencia económica que afectó al Imperio, lo que condujo al éxodo hacia los campos generándose la aparición de grandes latifundios.

El año 73 ó 74 d. C. el emperador Vespasiano concedió el *ius latii minus*, a todos los indígenas de la Península Ibérica, lo que significó que a partir de esta época las ciudades indígenas podían organizarse a la manera romana, vale decir, bajo la forma de municipios latinos, con lo cual la romanización de Hispania alcanzaba el plano local, al comenzar a perderse la distinción entre ciudades de tipo romano y ciudades indígenas.

## La romanización en el plano personal

La romanización jurídica en el plano personal significaba la aplicación del Derecho romano por los habitantes de las provincias incorporadas al mundo romano.

Roma, que entendía su Derecho como un privilegio propio de los ciudadanos romanos, concedió a los indígenas gradual y paulatinamente la ciudadanía, como culminación del proceso general de romanización cultural. Así no sólo comenzó otorgándole aisladamente a algunos indígenas y localidades, sino también precediéndola de la concesión del *ius latii*, que importaba únicamente la aplicación de algunas de las facultades propias de la ciudadanía. Tras esta política, se encontraba la estrategia romana de lograr captarse la fidelidad de los indígenas, supuesto que les hacía entender la concesión de la latinidad o ciudadanía con un privilegio o premio a su lealtad, amen de evitar los pactos o alianzas entre las ciudades indígenas con la finalidad de levantarse contra su dominación, pues su status jurídico dependía de su conducta respecto de Roma. Era además una forma de obtener tributos,

En la historia de la romanización jurídica en el plano personal en la Península Ibérica, se distinguían tres grandes épocas, una primera de concesiones aisladas de ciudadanía y latinidad, que se extendió desde el inicio de la conquista hasta el año 73 ó 74 p. C. desde este año hasta la disolución del Imperio.

Entre los años 218 a.C. y el 73 ó 74 d.C., la aplicación del Derecho romano en la Península Ibérica estuvo restringida a los ciudadanos enviados a ella, como magistrados, soldados o colonos y también a los habitantes de las colonias de latinos.

El año 73 ó 74 p. C. el emperador Vespasiano, concedió el *ius latii minus* a todos los habitantes de la Península Ibérica, según la exigua noticia consignada en la *Historia Naturalis* (3. 3. 30) de Plinio:

“A toda España, el emperador Vespasiano Augusto, le concedió el (Derecho del) Lacio, para intervenir en las turbulencias de la República”.

Esta decisión de Vespasiano significó, como se ha dicho, en el plano local la desaparición de la diferencia entre ciudades indígenas y romanas, supuesto que las pudieran organizarse como municipios latinos, y en el plano persona importó convertir a los indígenas en latinos, que gozaban del *ius latii minus*, es decir, gozaban de una facultad propia de la ciudadanía que era el *ius commercium*.

El *ius commercium* implicaba la posibilidad de celebrar o ejecutar actos jurídicos patrimoniales entre vivos y por causa de muerte, conforme al Derecho romano, con la subsecuente posibilidad de acudir a los recursos procesales apropiados a la protección de sus intereses.

Pero además, el *ius latii minus*, abría una vía indirecta de acceso a la ciudadanía para los indígenas que ocupaban las magistraturas locales, pues al término del año de su servicio adquirían la ciudadanía, al igual que sus padres, mujer e hijos de nupcias legítimas sometidos a su potestad.

## El Derecho romano vulgar

La ampliación de la jurisdicción romana a pueblos con otras culturas tendrá efecto sobre el propio derecho romano. Entre las fuentes del Derecho romano la costumbre fue adquiriendo cada vez más importancia. En el Alto Imperio, bajo Adriano (117–138), el jurista Salvio Juliano elaboró la teoría sobre la costumbre y le concedió valor aún contra la ley. El no uso por tácito consentimiento podía derogar la ley. El robustecimiento de la autoridad imperial, a partir de Dioclesiano, con el que se inicia en 284 el Bajo Imperio, trajo consigo una restricción en el valor de la costumbre. Se reconoce valor sólo a la costumbre conforme a ley. Así se consigna en el Código Teodosiano (438) y a través de él pasará la doctrina al cuerpo de leyes denominado Breviario de Alarico, del período histórico siguiente (506). No obstante los esfuerzos oficiales para limitar la costumbre, ella se desborda y encuentra su forma de expresión en el llamado Derecho romano vulgar.

Aunque a partir de Caracalla el Derecho romano rige oficialmente como único en España y en todo el imperio, en la práctica sufre modificaciones y adaptaciones en cada región del mismo. Las circunstancias locales eran muy diversas y resultó así difícil poder adaptar a ellas un Derecho foráneo. En las ciudades donde la cultura romana florecía ampliamente era posible aplicar este Derecho pero no así en los campos donde subsistían las costumbres indígenas. Además la realidad local originaba problemas jurídicos que el Derecho romano no había

previsto. El Derecho romano fue provincializándose y adaptándose a las necesidades locales, originando así un sistema nuevo denominado “Derecho romano vulgar” en el cual la costumbre tendrá particular importancia.. Tantos siglos de legislación y jurisprudencia permitió la acumulación desproporcionada de estas, por lo cual se optó por dejar de lado los escritos de los grandes juristas de la época clásica, y se prefirió hacer de ellos extractos o epitomes, en particular de la obra de Gayo<sup>16</sup>. Asimismo se redactaron “interpretaciones” de las leyes, las que en muchos casos alteraron su espíritu, vulgarizando el Derecho. Los caracteres típicos de este Derecho vulgar eran: la nota esencial de una contigüidad visual que conducía a confundir la simple apariencia jurídica con el Derecho mismo y así mezclaba la posesión, como señorío de hechos sobre una cosa, con la propiedad, o confundía el Derecho con su prueba; la aparición de consideraciones afectivas bajo cuya influencia eran juzgadas las cuestiones jurídicas; y la tarea de jurisprudencia estuvo marcada por el pragmatismo con lo cual el Derecho vulgar se acomoda a las cambiantes necesidades jurídicas y a la variable situación económica y social pero pierde su esencia jurídica y su fuerza creadora, acabó por burocratizarse y ligarse al poder imperial a través del *consilium Principis*, que había aparecido en el Imperio como un grupo de personas (amici) que prestaban su consejo al Príncipe. La jurisprudencia, entonces, tendió a compendiar o resumir obras del período clásico, a formar otras que reunían *ius* y *leges*, algunos juristas se ocuparon en formar colecciones de constituciones imperiales y, finalmente, la potestad imperial limitó la autoridad de las obras jurisprudenciales. Además de estos factores, tuvo especial importancia, la fijación del Edicto Perpetuo, que significó el cese de esta vía de progreso jurídico. Sin embargo, no todo el Derecho romano fue desquiciado perdiendo su valor científico. En efecto, el derecho penal y procesal penal siguieron una suerte distinta al progresar a lo largo de los siglos.

### Procedimiento penal anterior a Roma<sup>17</sup>

De la venganza a la sanción penal. Los primitivos pueblos conocieron, como sistema la autodefensa, es decir cuando se causaba dolor o daño a un particular; él mismo afectado tomaba desquite y en caso que no pudiera el mismo, sus parientes o los miembros del clan o tribu se encargaban de vindicar sus Derechos, en el fondo es una venganza que con el correr del tiempo y luego del nacimiento de la escritura vino a quedar limitada por la ley del Talión, ojo por ojo, la que se resume en “*lo que tu has hecho conmigo, lo haré contigo*”<sup>18</sup>. Era sin duda una primera aproximación no intelectualizada de la proporcionalidad de la pena. Sólo conocemos algunos capítulos del Pentateuco bíblico, como el deuteronomio<sup>19</sup>, que en cierta medida prescribía normas procedimentales como algunas menciones a las ordalías en especial *el rito de los celos* que se practicó en una época primitiva del pueblo judío. En otros pueblos de la época, como los egipcios todo el poder de juzgar quedaba finalmente radicado en el Faraón el que se regía con algunas formalidades referentes a la concurrencia ante su majestad, pero no puede decirse que haya existido un debido proceso en los términos que hoy se entiende, lo que tal vez no obsta para estimar que si existía un procedimiento de aplicación de la justicia.

### El procedimiento en Roma: Las XII tablas.

A principios del Siglo V. a. C. aparece de manifiesto que el arreglo por hechos judiciales se producía de particular a particular y no afectaba a la sociedad toda. Sin embargo, en las XII tablas se distingue entre Derecho privado y Derecho público, este último motivaba hasta el Siglo I un procedimiento ante los magistrados y los comicios basándose en el *imperium*. En el procedimiento penal privado, aparte de la autodefensa, existía también la **composición** convenida entre las partes, a falta de acuerdo el asunto se encomendaba a un tribunal arbitral establecido por el Estado, el que en forma previa emitía una decisión relativa a la existencia del delito y del daño provocado y en caso de perder el demandado el laudo, se entregaba el asunto al arbitro para que las partes acordasen el importe de las indemnizaciones, a falta de acuerdo, dictaba sentencia penal condenando o absolviendo.

En las XII tablas los delitos privados se dividían en ofensas contra las personas y daño a los bienes. Las ofensas contra las personas se les denominaba *iniuria*, eran: el *os fractum* o fractura de un miembro, el *membrum ruptum* o heridas graves sin fractura y las *iniuriae* que consistían en violencias que no dejan huellas, más injurias que materialmente lesivas. Su penalidad era distinta para el *membrum ruptum* -miembro dañado- y podía ejercerse venganza privada y pero también había facultad de **composición**; en los otros casos la **composición** era obligatoria

<sup>16</sup> Gallo, jurisconsulto romano cuya obra fue conocida a través del Breviario de Alarico. Escribió las Instituciones en el año 163 d C.

<sup>17</sup> Resumido de la obra de Paillas, Enrique, Derecho Procesal Penal, edit. Jurídica De Chile., Santiago, Vol. I, 1984

<sup>18</sup> En la Babilonia del 2000 al 1700 a. C. con la ascensión al trono de Hammurabi quien era el sexto rey de la dinastía amorrita (1729 – 1686) radicando su importancia en cuanto fue quien crea el primer imperio babilonio y sistematizó la legislación, fue sin duda esto último, lo que merece destacarse en cuanto al tema que nos ocupa ya que llevó a cabo la primera codificación de la que tenemos noticias, es decir se habla del “Código de Hammurabi” del cual se sabe incluye mucha legislación civil y penal dando cabida a lo que es la “ley del talión”, en su primera parte trata de la propiedad, luego de la familia reglando el matrimonio como un contrato, y penalizaba el adulterio con la muerte, no sabemos sobre normas propiamente procesales penales

<sup>19</sup> Quinto libro del Pentateuco, se trata de una recensión de leyes dada por Moisés al pueblo de Israel.

por ley. Por otra parte, los delitos contra los bienes se les denominó genéricamente *furtum* lo que comprendía al robo y al hurto, el abuso de confianza o la apropiación indebida y las estafas o engaños.

El *fur manifestum* (in fraganti) quedaba a discreción de la víctima, que sobre él podía ejercer su venganza privada, pudiendo el primero componer con el ofendido. El *fur nec manifestum*, delito no sorprendido infraganti, estaba sometido al régimen de composiciones legales, la que se fijaba en el doble del perjuicio causado. En el proceso penal público es la colectividad la que sintiéndose víctima de la injusticia encomienda a los magistrados el restablecimiento del equilibrio alterado por el delito, delitos como el asesinato, ofensas divinas, etc. eran considerados desde antiguo como actos que amenazaban directamente a la comunidad y los poderes públicos estaban llamados a reprimir. La base del procedimiento penal público fue el *imperium* del magistrado dentro de la ciudad de Roma, *imperium* que lo poseían los cónsules si estaban presentes, en su defecto recaía en el *interrex* o sea el prefecto de la ciudad y al *pretor*, que representaba a los cónsules. Luego con el procedimiento de las *Quaestiones* desaparece la jurisdicción criminal de los cónsules para dar paso a las *quaestio* en que cada delito tenía un tribunal propio, es decir, las *quaestio* eran comisiones de investigaciones, formada por jurados y presididos por un pretor especial, lo que origina con la expansión provincial del Imperio y las muchas quejas de los oprimidos que eran víctimas de abusos por parte de la administración consular naciendo la instrucción de procesos para averiguar los actos de los gobernadores por la comisión llamada *quaestio de repetundis* la que llegó a ser estable con la Lex Calpurnia (123 a.C.) del delito de concusión el sistema de la *quaestio* se extendió a los delitos en general, por ejemplo en la *quaestio de sicariis et veneficiis* (regida por la Lex Sempronia y Cornelia) se castigaba además del homicidio, la magia, el falso testimonio, las sentencias inicuas, los sacrificios humanos, la castración y la circuncisión. También en la *quaestio de parricidiis* (regida por la Lex Pomponia) extendía el parricidio a los parientes más cercanos. La *quaestio de peculato et sacrilegio* (Lex Iunia) sancionó el robo de cosas públicas, sagradas y religiosas. La *quaestio de ambitu* relativa al cohecho electoral, la *quaestio de falsis* condenaba la falsedad en términos amplios (testamentos, títulos, monedas, etc.) La *quaestio de iniuriis* castigaba las ofensas graves como la violación de domicilio y golpear. La *quaestio de plagis* reguló la represión del comercio de personas libres, los delitos sexuales eran reprimidos por la *quaestio de adulteriis*.

El procedimiento público de las *quaestio* era exclusivamente acusatorio. Todo ciudadano tenía el Derecho de elevar su acusación contra el presunto culpable (*nominis vel criminis delatio*) previa autorización del magistrado quien negaba la acción si el requirente era incapaz, que lo eran las mujeres, los hijos de familia sin consentimiento paterno, y los libertos sólo podían accionar si tenían algún censo. Igualmente no tenían capacidad las personas de mala fama ni los esclavos que no eran considerados personas.

La acusación era redactada por escrito, la que debía ser seria para lo cual se estableció un sistema de castigos y recompensas, se castigaban la calumnia, la *tergiversatio*, o retiro doloso de la acusación, y la *praevaricatio*, es decir, la dirección reprobable del proceso después de un acuerdo vergonzoso con el acusado<sup>20</sup>. Acogida la acusación se citaba al inculpado por el magistrado para interrogarlo, el proceso podía concluir por la confesión del inculpado, habiendo hechos que se equiparaban a la confesión en su valor probatorio como el delito flagrante y la tentativa de corrupción en los procesos capitales

Si el acusado no confesaba se constituía la **quaestio** designando a los jurados por sorteo pudiendo las partes recusar a dichos jueces (*reiectio*) hasta determinado número. Ante la *quaestio* venían la acusación y las defensas, disponiendo en el proceso entera libertad para producir las pruebas. El acusador presentaba e interrogaba a los testigos de cargo y el acusado hacía lo mismo con los de descargo, dándose interrogatorios cruzados. El jurado escuchaba en silencio y el magistrado se limitaba a mantener el orden. Las leyes romanas daban amplias facilidades al acusado pudiendo hacerse representar por abogados. Cerrado el debate, el pretor que presidía la *quaestio*, recogía los votos de condena o absolución, dados en secreto por el jurado, en los que indicaban con una C, *condemno*, y con una A, *absolvo*.

## El proceso público extraordinario

Finalizada la República y a comienzos del principado de Augusto, 40 a C., el procedimiento de las *Quaestiones* comienza a ser reemplazado por la *iudicia publica extra ordinem* que constituyó en algunos aspectos un avance, al permitir a esclavos ser oídos, y un retroceso al restringirse el Derecho de defensa. En efecto, los órganos del Estado dirigían el proceso desde su inicio hasta su fin, restringiendo la libertad de defensa al hacer secreta la instrucción (suerte de sumario) y se admitió la denuncia de esclavos por faltas cometidas en su perjuicio, como la sevicia grave y la negativa a darles libertad si tal les había sido otorgada por testamento o por rescate.

La justicia penal extraordinaria la ejercía el **Senado** y los **tribunales imperiales** que fueron incrementándose con los años. El Senado bajo el consulado conocía de los delitos políticos o de importancia política, en atención a la gravedad de los hechos y a la calidad de las personas, competencia que mantuvieron hasta la época de Alejandro Severo (230 d.C.) su origen se remonta a la crisis de la república siendo la primera aplicación de esta

---

<sup>20</sup> Pietro Bonfante.

especie de querrela de capítulo contra Cayo Graco y sus partidarios (121 a.C.) igualmente tuvo aplicación en contra de la conjuración de Catilina. Luego Augusto le confirió al Senado la jurisdicción criminal como una función regular y constitucional, quitándosela a los Comiciós.

Los tribunales imperiales fueron los tribunales de los representantes del emperador, el prefecto del pretorio, de los vigiles, de la annonae, el gobernador de la provincia y sobre todo en Roma el *praefectus urbi*, quienes podían delegar su competencia.

La apelación, nació en el procedimiento extraordinario y se desarrolló principalmente en el campo penal, (*apellatio*, invocación vinculada a la *intercessio*) existiendo varios grados de apelación como autoridades superiores a las cuales recurrir. El primero se interponía ante los prefectos y los gobernadores de provincia quienes actuaban por medio de los iudex, delegados de ellos, el último grado era recurrir ante el emperador o ante el prefecto del pretorio.

En cuanto a los delitos que reprimía este procedimiento se citan: los robos calificados como los cometidos por ladrones de bestias (*abigei*), asaltantes de caminos (*atrociores fures, expilatores*), ladrones que roban en las casas (*derectarii*), ladrones nocturnos, etc.

La alteración de límites, concusión de los oficiales inferiores, la prevaricación y toda una serie de delitos que caían en la esfera del procedimiento ordinario, y a delitos privados.

En cuanto a las penas, en este periodo se experimentaron tanto la suavidad como el rigor, el desarrollo democrático en el último periodo republicano trajo en el hecho la abolición de la pena de muerte y su reemplazo por el exilio, sin embargo podía aplicarse a quienes participaban en la alteración del orden público pero no legalmente sino como medidas extraordinarias. Luego con Augusto se organizó una policía regular a cargo del *praefectus urbi*, la pena de muerte se impuso a los parricidas (la forma como se ejecutaba era por la decapitación con la espada) otras condenas eran la *ad metalla*, a las minas, los trabajos forzosos, en tiempos de Tiberio se impuso la *deportatio in insulam*, en una isla, con pérdida de la ciudadanía, la prisión no estaba comprendida entre las penas, las mutilaciones de órganos aparecieron con las persecuciones contra los cristianos.

En el campo del Derecho penal la igualdad cívica se suprimió; porque los honestiores tenían un trato diferente de los humiliores.

La prueba en el proceso penal Romano, los medios por los cuales el juez podía llegar a la convicción no se enumeran en las fuentes del Derecho romano, pero los más importantes fueron las declaraciones, los testigos, la inspección del tribunal y el material escrito o documental.

La convicción de no formarse en el juez por la existencia de duda, debía absolver, ello como lo respondió el emperador Trajano a Asiduo Severo "*Tampoco a de ser condenado alguno por sospechas, por que es mejor dejar sin castigo el delito del culpado que condenar al que está inocente*"<sup>21</sup>

Las declaraciones se apreciaban tomando en cuenta la persona del declarante, su número, formas de las afirmaciones y el contenido de estas, el testimonio de un esclavo tenía menos valor que el de un hombre libre y solo se recurría a él cuando era indispensable<sup>22</sup>

Hasta antes de Constantino el testimonio de un solo hombre libre bastaba para producir plena convicción. Sin embargo ante las alegaciones de los abogados Constantino dispuso que "... Así como sancionamos que ninguno de los jueces se propasará a admitir fácilmente, en cualquiera causa que fuese, el testimonio de uno solo. Y ahora sancionamos abiertamente que no se oiga en modo alguno la deposición de un solo testigo por mas que se destaque por el honor de la esclarecida curia"<sup>23</sup>. La indagatoria del inculpado ocupaba el primer lugar entre los medios de prueba, el sentenciador debía tener muy en cuenta la confesión prestada, ya que la regla general era que la confesión llevaba a la sentencia condenatoria, por lo tanto la presunción de inocencia no existía.

Respecto a los medios de coacción en caso de alguien se negase a declarar o confesar, se usaban los arrestos y las multas por que los castigos corporales estaban prohibidos para los hombres libres, solo se aplicaban a esclavos, pero en los hechos estos apremios corporales, fueron ejercidos sobre hombres libres en los comienzos del imperio, ordenados por los altos tribunales en los delitos de lesa majestad, es probable que los tribunales ordinarios también hicieron uso de la aplicación de tormentos como un recurso extraordinario.

En cuanto a la libertad del procesado la ley romana estableció el principio de la detención previa, el acusado era mantenido *in carcerem*, o bajo custodia *militi traditio* o se le concedía libertad bajo la promesa de presentarse o previa caución, que el juez apreciaba tomando en cuenta la categoría social del imputado y la gravedad de los cargos.

## La justicia militar

Hay antecedentes históricos que permiten deducir que, en ciertos pueblos civilizados de la antigüedad como la India, Lacedemonia, Atenas, Persia, Macedonia, Cartago, se conocía la existencia de ciertos delitos militares y se

<sup>21</sup> Digesto de Justiniano.

<sup>22</sup> Teodoro Mommsen. op. cit., vol. I, p.422.

<sup>23</sup> Vittorio Scialoja, procedimiento civil romano, citado por Paillas, Enrique, Derecho Procesal Penal, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, Vol. I, 1984.

aceptaba, a veces, su juzgamiento por los propios militares, especialmente en tiempos de guerra. Es en Roma donde el Derecho penal militar adquiere vida propia y calidad de institución jurídica. La jurisdicción militar fue permanente cuando el ejército romano llegó a serlo, o sea en tiempo de Cesar Augusto. Según el Digesto, Libro XLIX de "Re Militari", se distinguen en la Jurisdicción Militar, castrense iudicium, dos potestades: la iudicium y el imperium, siendo esta última la potestad de mando, de corrección disciplinaria y de hacer ejecutar lo juzgado, y la ejercían los tribuni militum y los centuriones. En tiempo de paz, la jurisdicción militar estaba exclusivamente regulada por la ley; pero en tiempo de guerra se le concedía al Jefe de las Legiones, el summum ius que le permitía dictar decretos para suplir las insuficiencias de la ley. La Jurisdicción Militar se delimitaba por "ratione personae" y por "ratione materiae", dándose a la castrense iudicium gran amplitud.

## Historia de la Cristianización en España

El hecho espiritual de más trascendencia ocurrido en el mundo romano fue la aparición del cristianismo. Su fundador, Jesús de Nazaret, rompe con su predicación la barrera de los cultos nacionales, abre camino a la creencia en la común paternidad divina de todos los hombres; hace de la caridad o amor el vínculo de salvación; y echa las bases de una comunidad o Iglesia, llamada a difundir y tutelar su doctrina.

Jesús, llamado el Cristo o Enviado, nace en Judea seis o siete años antes de la era que lleva su nombre, comienza su predicación a los treinta años de edad y es ajusticiado poco después. La desaparición de la historiografía romana del siglo I de la era cristiana, no permite disponer de los datos contemporáneos a este hecho a través de los cronistas del imperio. Pero las "Historias" de Plinio el Viejo, que había formado parte del Estado mayor de Tito en la guerra contra los judíos el año 70, fueron aprovechadas por Tácito en sus célebres "Anales" escritos hacia 116, en los que narra la difusión del cristianismo y dice que su fundador, Cristo, "fue castigado a muerte por el procurador Poncio Pilatos, en el reinado de Tiberio". El "Talmud de Babilonia", que recoge la tradición oral de la Sinagoga judía, añade otros datos precisos; fija la ejecución de Jesús la víspera de la fiesta de Pascua y da como motivo de la condena, "haber seducido y engañado a Israel con sus encantamientos", es decir, haber hecho cosas prodigiosas que impresionaban y atraían al pueblo. Todos estos antecedentes de origen romano y judío coinciden con los que de manera amplia narran contemporáneos de Cristo en cuatro relatos: el Evangelio de Mateo, uno de los doce Apóstoles de Cristo, escrito antes del año 64; el Evangelio de Marcos, compañero del Apóstol Pedro en su predicación en Roma, escrito entre los años 60 y 70; el Evangelio de Lucas, médico de Antioquía y compañero del Apóstol Pablo, escrito por el año 62; y el Evangelio de Juan, apóstol directo de Jesús, escrito en Efeso alrededor del año 100.

## Expansión del Cristianismo en España

Después de la muerte de Jesús, los Apóstoles se diseminaron por el Imperio predicando el Evangelio o buena nueva y rindiendo su vida como testimonio de su palabra. Una antigua tradición, que remonta al siglo VII, señala al Apóstol Santiago como el primero que llevó a España la fe cristiana. Pero esta tradición no es posible documentarla con testimonios de la época. En cambio puede afirmarse sobre base segura que proporcionan documentos de los siglos I y II, que visitó la península el Apóstol Pablo.

La difusión de la nueva fe encontró desde el principio, grandes obstáculos, en primer lugar porque sus ideales religiosos y morales chocaban con los principios en boga y, además porque los cristianos, al negarse a rendir culto a los dioses paganos y concretamente al emperador, aparecieron como enemigos del Estado.

La persecución a los cristianos fue particularmente violenta en tiempos de Nerón, Domiciano, Trajano, Decio, y Dioclesiano (300-311). Cesó este estado con un edicto del año 311 por el que el emperador Galerio reconoció a la Iglesia como sociedad lícita. En 312 Constantino prohibió, mediante una constitución dictada en Milán, que la nueva religión fuese perseguida y posteriormente concedió libertad de culto a los cristianos. La rápida expansión del nuevo credo y la desaparición gradual de los antiguos cultos paganos, trajo consigo un paso final de trascendencia: la declaración del emperador Teodosio en 390 del Cristianismo como religión oficial del Imperio.

## La cristianización del Derecho

Durante la época postclásica el cristianismo se difundió con singular rapidez dentro de las provincias imperiales y comenzó a ejercer cierta influencia sobre el Derecho Romano. En un primer momento el cristianismo había sido ignorado por el Imperio, tanto por el reducido número de sus seguidores, cuanto porque no se tenía conciencia de su individualidad y así no se lo diferenciaba mayormente del judaísmo. Esta actitud inicial, propia del sincretismo religioso romano, cambió abiertamente cuando se vio en los cristianos a sujetos peligrosos para la paz y estabilidad del Imperio, supuesta su absoluta defensa de un dios único y su negativa a aceptar los demás cultos y, en particular el del emperador hecho que no sólo los hacía incurrir en la impiedad, sino también en un crimen de laesa maiestatis.

Desde este momento la situación del cristianismo dentro del Imperio fue la de su persecución, desde la primera en tiempos de Nerón en el año 64 hasta las más atroces de Dioclesiano que no lograron su finalidad de acabar con él y, por el contrario, la iglesia no sólo ganó mártires sino también incremento rápidamente el número de sus fieles.

La persecución acabó en tiempos de Galerio, quien el 311 publicó un edicto de tolerancia y dos años después el emperador Constantino en Milán proclamó la libertad y tolerancia religiosa para el cristianismo, de modo tal que se lo situaba a la par de los restantes cultos y la Iglesia era reconocida como una sociedad lícita más dentro del Imperio.

Finalmente, el emperador Teodosio el año 390 declaró al cristianismo como la religión oficial del Imperio, época a partir de la cual una activa colaboración entre la Iglesia y el Imperio.

El cristianismo, al distinguir un orden de lo sacro y otro de lo profano, proclamó la existencia de dos sociedades una temporal y otra espiritual, cada una de ellas con su propio poder, el temporal y el espiritual, y con su Derecho propio, el secular y el canónico.

## Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano

La influencia cristiana en el campo jurídico no se advierte sólo en la creación de una nueva rama del Derecho, el canónico, sino también en la penetración de los principios morales y dogmáticos de la nueva fe en las normas del Derecho romano vigente y de la filosofía jurídica, otorgándole un carácter que hasta entonces el Derecho no tenía: el de ser expresión de una religión o al menos incorporar valores no, sino dogmáticos.

Desde luego, la noción misma del Derecho sufre una transformación honda. La doctrina clásica se basa en la idea de que quien ejerce un Derecho no acarrea perjuicio a nadie. La legislación de Justiniano, templada ya por el espíritu cristiano, estableció que el Derecho está permitido mientras su titular saca provecho de él, y se transforma en algo ilícito desde el momento en que este último busca sólo el perjuicio de los demás.

El Derecho adquiere además un carácter objetivo y trascendente respecto del Estado y por ello obligatorio de cumplir hasta por el propio emperador. Frente a los jurisconsultos clásicos que estimaban que el príncipe estaba exento del sometimiento a las leyes (*Princeps legibus solutus est*), los emperadores Teodosio II y Valentiniano III proclaman en 429: "Es propio de la dignidad del que reina declararse sujeto a las leyes. Nuestro poder no es otro que el poder de las leyes y hay algo más grande que mandar, que es someter su poder a las leyes".

En cuanto al origen del poder y de la extensión de la autoridad civil, ella se estima derivada de Dios, y, como tal, sujeta a sus preceptos. Las epístolas de San Pedro (1.2.13.13) y San Pablo (A los Romanos, XIII, 1.7: y a Tito III), encarecen la obediencia a las autoridades legítimas. Pero este respeto no excluye la resistencia a las leyes que lesionan los Derechos de Dios. "porque es menester obedecer antes a Dios que a los hombres".

La idea cristiana modificó también el concepto de Derecho de dominio y el empleo particular de la propiedad. Para el cristianismo Dios es el único dueño absoluto de los bienes creados, que los ha cedido a los hombres para satisfacer sus necesidades. Los propietarios han de considerarse como administradores de los bienes y como tales han de acceder el beneficio de los mismos a los que los requieran. En cuanto al uso de los bienes, se ha distinguido en el Evangelio el precepto del consejo. Como precepto que a todos obliga en conciencia, se dispone el buen uso de la riqueza; como consejo, encaminado a obtener una mayor perfección, se señala el total renunciamiento de los bienes terrenos. Todo el Evangelio está sembrado de sentencias acerca del uso de los bienes terrenales, la mayoría de los cuales son terriblemente duras para los malos ricos, como la que dice que es más fácil que pase un camello por el ojo de una aguja a que un rico entre en el reino de los cielos. En el sermón de la montaña, Jesús declaró bienaventurados a los pobres de espíritu, esto es, a los que tienen el corazón desarraigado de los bienes de la tierra.

Entre los primeros cristianos se ensayó un régimen de comunidad de bienes. Este comunismo se circunscribió tan sólo a los cristianos de Jerusalén y fue enteramente voluntario e inspirado por el amor al prójimo necesitado y el deseo de perfección espiritual. Pero este ensayo de comunismo, local no fue de larga duración, ni excluyó tampoco la existencia simultánea en Jerusalén de cristianos que, sin renunciar totalmente a sus bienes, entregaban a la Iglesia fuertes limosnas para el auxilio de los pobres. Esta polémica sobrevivirá en la Iglesia al punto de sostener corrientes ideológicas en uno y otro sentido, fundada a veces en el reproche ético y otras en la necesidad. A veces la jerarquía Vaticana criticará que sostener la implantación dogmática del comunismo de bienes es una heterodoxia por lo que llegó a condenar a los gnósticos y otras sectas que así lo pretendieron.

Respecto de la esclavitud, el cristianismo no trajo consigo de inmediato su desaparecimiento, sino su abolición progresiva en un larguísimo periodo de la historia, al punto que sólo desaparece del Derecho Canónico en 1968 con el Concilio Vaticano II. El Concilio de Híberis de 303, impuso siete años de penitencia a la mujer que con malos tratamientos diera muerte a su esclavo. Constantino, por una constitución de 312, castiga como homicidio al amo que mata violentamente a su esclavo a palo o pedradas, que lo hiere con un dardo o lo envenena, lo entrega a las fieras o echa sobre su cuerpo carbones encendidos.



Asimismo, en el deseo de asegurar la integridad del hogar, Constantino prohibió separar los miembros de una familia de esclavos al hacerse divisiones en la propiedad y dio valor legal a una costumbre cristiana según la cual los amos liberaran a sus esclavos en los templos en presencia de un sacerdote. Se estimó también como causal legal de liberación el atentado contra el pudor del esclavo.

Justiniano, por su parte, dispuso que si un esclavo en condominio era declarado libre tan sólo por uno de los amos, obtuviera sin embargo la libertad, indemnizándose a los amos que no habían consentido en otorgársela. Con el influjo cristiano se intentó realzar la familia estableciendo el concepto del matrimonio indisoluble. "Diferentes son las leyes de los Cesares, diferentes las de Cristo". Decía San Jerónimo aludiendo al divorcio aceptado por el Derecho romano clásico, "una es la enseñanza de Papiniano y otra la de nuestro Pablo".

## Lo jurídico en la organización de la iglesia

A la cabeza de la Iglesia está el Papa u Obispo de Roma, con plena autoridad en asuntos dogmáticos. Los Obispos son elegidos por el pueblo y el clero, y más tarde por los Obispos coprovinciales. El territorio de jurisdicción del Obispo se llama diócesis. Después se fundan en él las parroquias.

Las necesidades de mantener la unidad y pureza de la fe, dio origen a frecuentes reuniones de los jefes de las comunidades cristianas que tomaron el nombre de Concilios de la institución romana de los Concilium provinciae que tenían a cargo, entre otras cosas, vigilar el culto del emperador. Hay concilios ecuménicos, provinciales y nacionales.

La Iglesia española celebró también Concilios, entre los que merecen señalarse el de Hiberis o de Elvira (cerca de Granada), en 303, que condenó la subsistencia entre los bautizados de diversas costumbres paganas, estableció el celibato eclesiástico, prohibió el matrimonio entre cristianos y paganos o herejes, y adoptó sanciones por el maltrato de los esclavos; y el primer Concilio de Toledo, en 404, que adhirió a los acuerdos del Concilio Ecuménico de Nicea, en Asia Menor, (325), que entre otras cosas, condenó la herejía arriana.

A partir de Constantino la Iglesia goza de personalidad jurídica, puede recibir herencias y legados de los particulares y disponer de bienes en general.

Desde sus primeros pasos, la Iglesia comienza a darse, junto con su organización, un régimen jurídico propio. Nace así el Derecho canónico, cuyas raíces iniciales se encuentran en la Biblia y en los principios del Derecho romano. Su concreción y desenvolvimiento se va operando poco a poco a través de las epístolas de los Pontífices romanos y Obispos y de las leyes o cánones de los Concilios.

Las relaciones entre la Iglesia y el Imperio fueron de unos aportes recíprocos. De este modo, en un primer momento, la iglesia tomó del Derecho Romano diversos elementos, sobre todo en su organización, además de la adopción de la terminología jurídica romana y de muchas de sus formas.

Así, pues, la Iglesia en cuanto se constituía en una sociedad perfecta, requería de un Derecho propio que, emanado especialmente de la actividad conciliar y de la autoridad del Obispo de Roma, configuró el Derecho Canónico, que adoptó terminologías y formas jurídicas romana.

**Cuadro cronológico del IMPERIO BIZANTINO (395-1453)**

	<b>Dinastías y emperadores</b>	<b>Hechos políticos</b>	<b>Hechos culturales</b>	<b>Hechos económicos</b>
395          500	TEODOSIANOS Arcadio Teodosio II Marciano León I León II Zenón Anastadio	Guerra contra persas, hunos y vándalos (441) Invasión de los ostrogodos (478) Invasión de los búlgaros (499)	Fundación de la Universidad (425) Concilio de Calcedonia (451) Promulgación de Henoticon Procopio de Cesárea (490-560)	Comercio mediterráneo
600	JUSTINIANEOS Justino I Justiniano Justino II Tiberio II Mauricio	Belisario en África (533) Campañas en Italia (535-552) Los bizantinos en España (554) Guerra (572) y paz (575) con Persia	Justiniano cierra la Academia (529) Construcción de Santa Sofía (532-537) Promulgación del Digesto (533)	Reformas sociales y económicas de Justiniano a favor de los campesinos pobres Aumento de Impuestos Incremento del comercio
700	Focs HERACLIANOS Heraclio Constante II Constantino IV Justiniano II Leoncio Tiberio II	Los persas en Jerusalén (614) Reacción bizantina y conquista de Ctesifonte (626) Se inicia la expansión árabe (633) Los árabes ante Constantinopla (673) Lucha contra los búlgaros (679)	VI Concilio ecuménico en Constantinopla: condena del monofisismo y el monotelismo	Decadencia del comercio mediterráneo e incremento del oriental  Ley Agraria y Reforma fiscal (693-695)
800	Filípico Anastasio II Teodosio III ISÁURICOS León III Constantino V León IV Constantino VI Irene	Ataques de búlgaros (711) y árabes (717) Victoria de León III sobre los árabes de Adroinos (740) Pérdida de Rávena (750)	Se inicia la querrela de las Imágenes (711) Primer decreto iconocista (726) Concilio de Nicea (787), VII ecuménico y regulación del culto a las imágenes	
900	Nicéforo I Estaurocio Miguel I León V Miguel II Teófilo Miguel III MACEDONIOS Basilio I León VI	Tratado con Carlomagno (803) Derrota de los búlgaros (814) Los árabes conquistan Creta (826) Los rusos atacan Bizancio (865) Reconquista de Chipre (881)	Cirilo y Metodio evangelizan a los moravos (864-867) Patriarcado de Foco (858-869)	Relaciones comerciales con los varegos de Rusia La sede, monopolio estatal
1000	Alejandro Constantino VII Romano I Nicéforo II Juan I Basilio II	Nuevos ataques rusos a Bizancio (904 y 941) Los árabes toman Tesalónica (904) Nicéforo II reconquista Creta (963) Recuperación de Chipre (965) Incorporación de Bulgaria al Imperio (971)	Bautismo de la princesa rusa Olga en Bizancio (955)	Plenitud de la potencia económica de Bizancio

	Dinastías y emperadores	Hechos políticos	Hechos culturales	Hechos económicos
1100	Constantino VIII Romano III Miguel IV Miguel V Constantino IX Teodora Miguel VI Isaac I Constantino X Romano IV Miguel VII Nicéforo III	Decisiva victoria de Stromniza (1014) sobre los búlgaros Nuevo ataque ruso (1043) Los normandos expulsan a los bizantinos del sur de Italia (1071) Los turcos salyúcidas en Asia Menor (1071) Primera Cruzada (1096-1099)	Patriarcado de Miguel Cerulario (1043) Reforma de la Universidad (1044) Cisma de Oriente (1054) Miguel Psellos (1018-1096)	Relaciones comerciales de Venecia con el Imperio Bizantino y con Oriente Alianza política con Venecia (1081), contra los normandos y privilegios comerciales
1200	COMNENOS Alejo I Juan II Manuel I Alejo II Andrónico I ANGELOS Isaac II Alejo III	Lucha contra petchenegos y serbios (1122-1124) Derrota ante los turcos en Myriokephalon (1176) Desquite bizantino en Meandros (1177) Separación de Bulgaria (1186) La tercera Cruzada (1189)	Teodoro Prodromos (1115-1166) Ana Comneno (1085-1148) Pequeña catedral de Atenas	Renovación de los privilegios comercial con Venecia (1126) Alianza comercial con Génova (1169) Alianza comercial con Pisa (1179) Espulsión de los comerciantes venecianos (1185)
1300	Alejo IV Alejo V LATINOS Balduino I Enrique Pedro Roberto Juan Balduino II PALEÓLOGOS Miguel VIII	La cuarta Cruzada en Constantinopla (1203) Imperio latino de Constantinopla (1204-1262) Teodoro Láscaris se corona en Nicea (1206) Miguel Paleólogo recupera Constantinopla (1261)	Unión de las Iglesias romana y griega en el Concilio de Lyon (1274) Bizancio rechaza la unión (1282) Jorge Acropolita (1217-1282)	Los venecianos recuperan el monopolio de la economía bizantina.  Los genoveses vuelven a Constantinopla (1261)
	Andrónico II Andrónico III Juan V Juan VI Andrónico IV Manuel II Juan VII Constantino XI	Primeros ataques de los turcos osmanlíes (1301) Expedición de almogávares a Oriente (1303) Batalla de Nicópolis (1396) Caída de Constantinopla (1453)	Nueva unión de las dos Iglesias en el Concilio de Florencia. Dura la unión de 1439 a 1453 Laónico Calcóndilas (1430-1490)	

## Edad Media

Este período se divide en tres etapas: **Temprana Edad Media** (409 -711), **Alta Edad Media** (711-1217) y **Baja Edad Media** (1217-1474).



## Temprana Edad Media (409 –711)

Durará tres siglos. Se caracteriza por la aportación Germánica a la formación del Derecho Peninsular. Tras la caída del Imperio Romano los suevos, los vándalos y los alanos entraron en España, pero fueron derrotados por los visigodos, que a finales del siglo VI ocuparon prácticamente toda la península.

El Cristianismo en la formación del Derecho Occidental, a partir de la Religión Católica, parte como una expresión de la fe pero luego se organiza en estructuras de poder y formaliza una doctrina trabajando dogmas. La institucionalidad de la religión otorga a ciertas personas la facultad para dirimir dificultades en relación a las dogmas, estos serán los especialistas, teólogos (sabios en Religión). Surge una normativa jurídica que regula la Iglesia: El Derecho Canónico. Este Derecho aparece en época coetánea e inmediatamente posterior al siglo I; en ese entonces es un grupo pequeño y a medida que crece se hace importante ante el poder político que es Roma.

En un principio la Iglesia Cristiana es perseguida, su jefe es un Rey. Esta actitud va variando con el tiempo. Emperadores progresistas en expansión y obra públicas, implantan cambios.

Constantino 312 promulgó edictos que implicaban autorización para el culto Cristiano, a modo de simple tolerancia, de allí su nombre histórico de Edicto de Tolerancia.

El Cristianismo avanza en forma importante, es monoteísta, posee cierta racionalidad, naturalismo, persecución de ideales.

Entretanto el Obispo Arrio de Alejandría levanta la tesis que Cristo no es Dios sino su hijo y solo eso, debilitando el Dogma de la Santísima Trinidad. En 370 Arrio es desterrado a Palestina donde convence a Nicomedes sobre su doctrina y este se transforma en el promotor de los que se llamará el Arrianismo y dominará la Iglesia Católica durante cerca de 120 años hasta que es declarada herejía por el Papado, triunfando los Ortodoxos.

Teodosio El Grande, en el 390, afirma el Cristianismo declarándolo religión oficial del Imperio. Se produce unión entre Iglesia Católica y poder Imperial.

El Cristianismo como cuerpo de ideas morales y valores penetra en las Instituciones, cambian conceptos de propiedad, autoridad y sobre el Derecho Vigente.

La época de influencia del Cristianismo es coetánea de la Romanización y se da en todo este período.

La Época De Aportación Germana, básicamente Visigodo y sus rasgos inicialmente primitivos en el Derecho y vinculado a la paz social. Involucramiento y responsabilidad de toda la comunidad. Especie de comunitarismo jurídico. Este pueblo Visigodo evoluciona rápidamente con la influencia hispano-romano, romano cristianizado.

El Derecho es legalizado. El pueblo Visigodo se romaniza. Se instala un verdadero reino romano-germano: el reino Visigodo. Ocurrió en toda Europa; otros reinos romano-germanos: Franco, Lombardo, Ostrogodo, Anglo, Bergundio siguen el mismo camino. Nacen se desarrollan y mueren en alrededor de 305 siglos.

Expresión del Derecho Legalizado es un monumento jurídico: **Liber Iudiciorum** (libro de los jueces de leyes visigodas). Es el tránsito a la legalización y otorga al Derecho Germánico la territorialidad.

El fin de esta etapa en 711 ocurre el comienzo de la Invasión Musulmana a la Península Ibérica y da comienzo a casi ocho siglos de presencia Islámica en la Península.

El reino Visigodo intentó institucionalizar la monarquía, su nobleza era rebelde y hubo intrigas y sediciones. El año 711 se produce una revuelta de un grupo de nobles que busca la alianza de jefes militares árabes. Estos aliados se quedaron. El Islam tenía ya un siglo de unificación y expansión.

## La Invasión Germánica

### Crisis del Imperio Romano y penetración de los Germanos

Los pueblos Germánicos ingresan en el Imperio Romano en un momento de crisis, de ruina y decadencia de sus instituciones, de grave crisis económica, de debilitamiento del poder central frente a las provincias en desarrollo, de declinar de la religión oficial que con el culto al emperador mantenía una unión entre las distintas partes del Imperio y de advenimiento de la religión cristiana.

La invasión germánica o de los bárbaros, no siempre fue militar, muchas veces fue un proceso de larga duración de implantación de estos pueblos en el Imperio, por tanto de una romanización de ellos, y a su vez una dominación de su parte sobre los pueblos latinos o italianos.

En el año 476 es depuesto Rómulo Augústulo por el Rey Godo Odoacro. Esto produce el quebrantamiento definitivo de los vínculos que unían las diversas provincias y regiones que hasta entonces integraba el Imperio. Así queda dividida en distintos pueblos Germánicos, Hispania, Galia.

## Los Germanos ocupan España entre el año 409 y el 711.

España sufrió la invasión de diversas tribus. En el caso específico de la Península Ibérica, el año 409 ingresan los suevos y vándalos, que son pueblos germánicos, que fundan civilizaciones relativamente estables. También ingresan los alanos, pueblo iraní.

Los suevos lograron establecer una cultura en la zona oriente de Hispania, pero rápidamente fueron vencidos por los visigodos, que era un pueblo germánico, que venía del centro de Europa, relativamente pequeño, pero con una gran capacidad militar. Primero lo someten y después lo dominan. (García Gallo: "Manual de Historia del Derecho" I, 508).

Hacia el siglo V d.C. los visigodos eran ya un pueblo romanizado, que se consideraba a sí mismo heredero del difunto poder imperial. Alrededor de la mitad de ese siglo, la triple incursión de los suevos por el Oeste (Galicia), los pastores cántabro-pirenaicos por el Norte y los bizantinos por el Sur, la Bética, les obligaron a establecer la capital en Toledo, en el centro de la Península. Esta decisión tenía implicaciones de gran significación: en primer lugar, porque, en lugar de un eje Este-Oeste peninsular, desde Lisboa a Cartagena, se creó uno Norte-Sur, de Cantabria al Estrecho de Gibraltar.

En segundo lugar, era significativo porque constituía un primer intento de unidad peninsular independiente del Imperio y, en consecuencia, se ha considerado prácticamente hasta nuestros días que los visigodos fueron los creadores del primer reino peninsular, y lo que es más, el reino visigodo sirvió una y otra vez como fuente de legitimación para cualquier poder que intentara unir a Hispania; y en tercer lugar porque los Pirineos y Gibraltar, que ya no eran considerados meros lugares de paso ni escalas de un gran circuito imperial, se convirtieron en límites o fronteras de un Estado que había que defender.

Los visigodos se defendieron bien de los suevos en Galicia y los derrotaron en el siglo VI d.C., sin embargo, en el norte los Vascones, los cántabros y los astures tuvieron más éxito en la resistencia al ataque de los visigodos que el que tuvieron en la resistencia a los romanos, y fueron casi tan expertos como lo fueron contra los moros. Los vándalos y los alanos, en el año 429, veinte años después, emigran a África.

Desde el siglo VI al IX d.C. la Bética constituyó una excepción en Europa occidental. A diferencia de la Europa continental que progresivamente se cerró y se fragmentó, la Bética conservó su cultura urbana y sus conexiones comerciales y culturales en el ámbito mediterráneo: en primer lugar con el Imperio Romano oriental, con Bizancio y más tarde con el Califato musulmán.

Son años destacados de este periodo los siguientes:

- ✍ 587: Recaredo, heredero de Leovigildo, se convierte al catolicismo y levanta las barreras que había entre los godos y los hispano-romanos.
- ✍ 633: El IV Concilio de Toledo se atribuye el Derecho a confirmar a los reyes electos. Se obligó a los judíos a bautizarse. La lengua vernácula, de origen latino, prevalece sobre la de los visigodos.
- ✍ Cuando se produce la caída del Imperio, Eurico que era rey de los visigodos queda como rey absoluto de España. El año 507 el hijo de Eurico, Alarico II, que gobernaba España y Galia, entrega esta última, pues la pierde en una guerra con los francos, otro pueblo germánico, y domina totalmente España. Otro descendiente, Leovigildo, conquista Galicia, el último reino suevo, que quedaba en la península, año 585.

Entre tanto, los visigodos renuncian al arrianismo<sup>24</sup> y vuelven a la versión Dogmática del cristianismo.

El dominio de los visigodos culmina el año 711, con el ingreso de los musulmanes, que cruzan el Estrecho de Gibraltar y derrotan al rey visigodo Don Rodrigo en la batalla de Guadalete. En el año 712 Muza ben-Nosair culmina la conquista musulmana. Los musulmanes están allí siete siglos.

La importancia del Derecho Romano Vulgar, en el Derecho Occidental, es de tal naturaleza que va a regir la mayoría de los países llamados occidentales, hasta el siglo pasado, e incluso se sigue aplicando hasta comienzo de este siglo en países como Alemania, Francia, etc. La pandectística, es la interpretación del Derecho romano clásico a los tiempos actuales.

## El Derecho en el Reino Visigodos

### Las concepciones que tenían los pueblos germánicos

Los germánicos concebían el Derecho como un instrumento para establecer la paz, en cambio los romanos, usaban el Derecho para obtener la justicia.

<sup>24</sup> Arrio fue un obispo cristiano que anunció la doctrina que lleva su nombre consistente en sostener que Jesús sólo era hijo de Dios y no era Dios, por lo tanto le restaba veracidad teológica a la Divina Trinidad. Esta doctrina denominada Arrianismo fue dominante durante la temprana Edad Media, llegando a dominar a la Iglesia y reprimiendo a los Dogmáticos. El último rey godo que siguió el Arrianismo fue Leovigildo.

Para los germánicos el Derecho era práctico, se establecía en el caso de los delitos, por ejemplo, para probar la inocencia de una persona se le aplicaban determinadas pruebas, que consistían entre otras, en sostener bolas de fuego, que si las resistía significaba que era inocente; otra sanción consistía en que el delincuente, o la persona que era encontrada culpable de delito grave, era entregada a la venganza de la familia del ofendido, cosas muy diferentes a las que se daban en el Derecho romano, donde era la autoridad la que aplicaba la pena.

En el Derecho romano antiguo, época clásica, el procedimiento se hacía frente a un juez, que era nombrado por las partes, sacado de una lista de jueces que eran senadores y sus familias, luego se agregaron los hombres ilustres y posteriormente los caballeros, finalmente solo quedan los senadores y hombres ilustres. De esa lista el demandante elegía un nombre y se lo proponía al demandado, quien decidía si lo aceptaba. Es decir, era un Derecho basado en la opinión de alguien que era reconocido socialmente.

Este Derecho se trató de implantar, por parte de los gobernadores, del mismo modo en las provincias, los que se vieron enfrentados a otro tipo de situaciones, encontrándose con costumbres de carácter jurídico de los pueblos, por tanto debían de aplicar los principios del Derecho romano con los principios de los pueblos germánicos o indígenas. Esto lleva a que desaparezca este sistema, por tanto en la demanda civil, para elegir al juez, debe ser la autoridad la que nombra a los magistrados, tales como, los duoviris, eadiles, etc., quienes están facultados a intervenir en la región. Esta misma figura jurídica, la heredan los pueblos germánicos que se romanizan, por tanto, se da mezcla entre elementos de la cultura germánica y de la romana, que influyen de manera muy importante en el Derecho.

Cuando se trata de delitos ordinarios, en el Derecho germano, la ruptura de paz, no se produce con la sociedad, sino con el afectado y su familia, la sippe, por tanto, lo que trata el Derecho es de restablecer esa ruptura, y los únicos que pueden hacerlo son los involucrados en el hecho. Entonces, a medida que el poder adquiere fuerza y conciencia de sí mismo, éste concepto de restablecer la paz, pasa ser un instrumento del poder, porque no se va a restablecer sólo para los afectados, sino para el conjunto de la sociedad. Por consiguiente, se genera el concepto de Derecho romano, que enseña al resto de la sociedad, lo que sucede si se infringe la norma. En consecuencia, hay una influencia del Derecho romano, sobre el concepto de sanción que tenía el Derecho germano.

## Personalidad del Derecho en la España Visigoda

El Derecho Romano era propio del ciudadano romano, por tanto se relacionaba con la urbe romana, para los germanos tenía una relación de raza, étnica, por tanto vinculaba solamente al que pertenecía a la raza al grupo familiar.

Como consecuencia de este principio, se provoca una dualidad jurídica, los romanos se rigen por su Derecho, como asimismo los pueblos indígenas que adscriben a la cultura romana, y los pueblos germánicos se rigen por su propio Derecho. Pese a ello no entran en conflicto pues éstos son Derechos personales.

El Código de Eurico es el primer cuerpo de leyes que fue dictado para los visigodos lo que sucede cuando el Imperio romano comienza a desintegrarse. (Siglo IV d.C.)

El Breviario de Alarico fue una normativa germánica, dictada para los hispano – romanos, o sea para la mezcla étnica que se fue dando a través del tiempo entre los romanos, los germánicos o visigodos y los pueblos indígenas, que habitaban la península.

Posteriormente, en la normativa que surge después de Alarico II, se produce la unión del Derecho visigodo tradicional con el Derecho Romano lo que da nacimiento a lo que se conoce como Derecho Romano Vulgar.

## Bases del sistema jurídico Hispanovisigodo

El Derecho Hispanovisigodo se constituye por la mezcla de distintos elementos: el Derecho visigodo puro traído por los germánicos, que guarda afinidad con el Derecho noruego e islandés y el de los pueblos indígenas de América (por la recurrencia a la costumbre), el Derecho romano de las constituciones del Bajo Imperio, el Derecho romano vulgar; el Derecho canónico, y, en pequeña escala, el Derecho griego local de la Tracia, en la que residieron un tiempo los visigodos. Es posible que haya existido también alguna influencia del Derecho romano de Justiniano que desde mediados del siglo VI aplicó por unos ochenta años en el sur de España que fue conquistado por los bizantinos. Parece que fue conocido por San Isidoro de Sevilla y aun se atribuye la división del Liber Iudiciorum en doce libros a imitación del Código de Justiniano.

## Fuentes del Derecho Hispanovisigodo

Se clasifican en tres grupos:

La Ley que a su vez fue Ley Civil o Secular y Ley Canónica

Las leyes civiles dictadas por los reyes visigodos fueron redactadas en latín, en el que distinguen cuatro cuerpos:

## 1. El Código de Eurico:

Es una recopilación de leyes visigodas, que posee esencialmente, vestigios germánicos. Es un texto profundamente romanizado, es decir, se compone fundamentalmente de Derecho Romano Vulgar. Este código regular variadas materias, entre otras:

Procedimiento judicial, referido a:

- Pruebas
- Testigos
- Juramentos y remedios contra las sentencias injustas
- Ciertos delitos
- Daños en bienes y criminales
- Fórmulas contractuales
- Solemnidades contractuales
- Adulterios
- Incendios
- Envenenamientos
- Asesinatos
- Hurtos
- Violadores de sepulcros
- Nupcias ilícitas
- Rapto de vírgenes y viudas
- Daños a los árboles
- Daños a los animales
- De las ventas
- Donaciones
- Sucesiones
- Libertades
- Invasiones
- De los Médicos

El Código de Eurico, no incluye leyes nuevas, sino que es una recopilación de leyes de todos los pueblos germanos y puso término con este texto a la vigencia de las leyes romanas en territorios Visigodos.

## 2. El Breviario de Alarico.

Es un cuerpo de leyes preparado por una comisión de juristas. Se trata de una recopilación elaborada exclusivamente sobre la base de textos del Derecho Romano de las leges (leyes) y los ius (Derechos) y la interpretatio (interpretación).

Respecto a las Leges, se utilizó, principalmente, el Código Teodosiano y algunas constituciones imperiales posteriores: las novellas de Emperadores post-Teodosianas, Valentiniano III, Marsiano, Mariosano y Severo.

En cuanto al ius, comprendido por cierta doctrina jurídica romana procesada o comentadas por los juristas de la época postclásica típicamente el epitome romano-vulgar de las Instituciones de Gayo, símbolo de la época vulgarizadora, "Sentencias de Pablo" (comentarios a sentencias) fragmentos de las "responsae de Papiniano" y algunas constituciones de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano.

Cada texto de las leyes y cada texto de la lura, salvo el "epítome de Gayo" llevan además del texto original una interpretatio que no es una interpretación, sino comentarios breves, sintéticos que pretende poner al alcance del ciudadano común el Derecho.

El Breviario, es una fuente tremendamente importante, no solo en Temprana Edad Media, sino en la Alta. Fue defendido ampliamente en toda Europa. Su importancia expresa la permanencia del Derecho Romano en el Occidente Europeo, durante la Edad Media.

Es de importancia que el Breviario de Alarico II fue conocido, también, con el nombre de "Código de Aniano", porque fue aprobado en una asamblea de obispos y nobles, celebrada en Aduis (Francia) presidida por el canciller Aniano y el Conde Goyarico, promulgada en Tolosa el 506.

También, por contener exclusivamente Derecho romano Vulgar, se lo ha denominado en tiempos modernos como **Lex Romana Visigo-Thorum**, o Ley Romana de los Visigodos por haber sido adaptado al Reino Visigodo.



### 3. Código de Leovigildo.

Es una recopilación de leyes visigodas Toledanas. En otras palabras es del primer texto jurídico civil, promulgado oficialmente por el rey Leovigildo, teniendo como base el antiguo Código de Eurico del cual suprime algunas leyes que estaban en desuso, agrega otras y corrige algunas, por lo que también se le conoce con el nombre de "Codex Revisus" (Código Revisado). Este Código deroga al Breviario de Alarico y abandona el Derecho Romano Vulgar, regresando al Derecho Visigodo.

Respecto a su contenido, efectúa algunas reformas, como la administración de justicia, donde realza la voluntad del Monarca que pasa a ser la primera autoridad judicial, de quien pasan a depender todos los jueces. Se mantienen algunos Derechos sucesorios como la igualdad hereditaria entre hijos e hijas. También, en sus leyes declara la licitud de los matrimonios mixtos hasta entonces prohibidos (interraciales hispano-romano con visigodos).

Fue conocido por algunas leyes incluidas en el Libro de los Jueces, donde 319 de sus leyes llevan una anotación que las distingue de las otras leyes: "Lex Antiquae" o como "Lex Enmendatae", que significa que fueron tomadas de los Código de Leovigildo o Eurico e incorporado al Liber.

### 4. Libro De Los Jueces (Liber Iudiciorum).

Principal fuente de Derecho Legal Visigodo. Es el texto jurídico culminante de la legislación visigoda de la Etapa Toledana. Es una recopilación de leyes civiles cuyas fuentes principales fueron los Códigos de Eurico y de Leovigildo. El Breviario de Alarico no es parte porque es una recopilación del Derecho Romano Vulgar y no Visigodo. En su redacción hay que distinguir tres etapas:

- ✍ Edición de Recesvinto, Edición Ervigio y Edición Vulgata.
- ✍ Luego de la legislación de Leovigildo, se estructuró un nuevo cuerpo legal a través del Rey Recesvinto, quien pidió al Concilio VIII de Toledo que preparara un proyecto de reforma legislativa. Luego Recesvinto promulgó el nuevo cuerpo con el nombre de Liber Iudiciorum en el año 654.
- ✍ La obra se divide en doce libros y técnicamente es una recopilación ordenada de la legislación compuesta de amplias materias en Derecho Público y Derecho Privado.

Respecto de los doce libros de la edición Recesvinto éstos se refieren a:

- ✍ La ley y el legislador
- ✍ La organización de los tribunales y procedimientos judiciales.
- ✍ Al Derecho Matrimonial
- ✍ Al Derecho de familia y Derecho sucesorio
- ✍ A los Contratos
- ✍ A algunos delitos y sus penas y el medio de prueba
- ✍ Al hurto y al engaño
- ✍ A las lesiones y daños a la propiedad
- ✍ A los siervos fugitivos, desertores del ejército, servicio militar y Derecho de asilo en los templos.
- ✍ A la división y arrendamiento de las tierras
- ✍ A la obligación de los médicos y enfermos.
- ✍ A las faltas y abusos que pueden cometer y ser sancionados los funcionarios públicos y a leyes sobre los herejes y judíos.

En la Baja Edad Media de los reinos cristianos es traducido del Latín al Castellano romance y conocido como "Fuero Juzgo" y se aplica como Derecho o ley local.

Luego una segunda versión oficial de Liber Iudiciorum fue promulgada por Ervigio el año 681 tras haber presentado el texto a su revisión en el XII Concilio de Toledo.

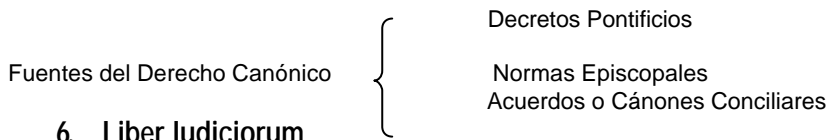
La tercera versión es la Edición Vulgata, es el trabajo privado de varios jurisconsultos. Se introducen en Liber Iudiciorum modificaciones e interpolaciones de importancia, entre las que se cuenta un título preliminar sobre Derecho Público, que recoge cánones conciliares inspirados en las doctrinas de San Isidoro de Sevilla.

Esta última edición es la que se usaba a la caída del reino visigodo y es la más importante porque se proyecta en el tiempo y va a seguir vigente aún después de la caída de los visigodos, tanto en la Alta, Baja Edad Media y en la España Musulmana.

## 5. Ley Canónica:

Como su nombre lo indica proviene de la iglesia y es resultado de los concilios, epístolas y de otras expresiones de la autoridad eclesiástica. Existe una colección canónica del siglo séptimo, que trasciende a su época, denominada Hispana, cuya redacción corresponde a un obispo Isidoro de Sevilla, declarado Santo. Es, entonces, el Derecho emanado de la iglesia y se concentra a través de dos vías: Las epístolas pontificas y los cánones de los concilios, son asambleas eclesiásticas en las que participan las altas autoridades de la iglesia, pueden ser locales, regionales, nacionales, toda la cristiandad (ecuménicos).

En España los concilios tienen gran influencia en la vida nacional desde la conversión al catolicismo de Ricardo (589). A través de estos concilios se elaboran colecciones de cánones conciliares (normas jurídicas de la iglesia) y que en algunos casos incluyen también epístolas pontificas a las que se les asigna valor jurídico. La principal colección canónica del Reino Visigodo es la llamada "Hispana", compuesta en el siglo VII bajo la inspiración de San Isidoro de Sevilla y que recoge cánones de concilios griegos, africanos, galicanos y españoles.



## 6. Liber Iudiciorum

El Liber Iudiciorum es una colección de leyes visigodas, tenían carácter territorial además el Liber derogó toda la legislación anterior.

En el Liber se distinguen dos tipos de leyes, las leyes dictadas por algún rey y otra formada por 319 leyes antiguas. Estas leyes estaban dispuestas en doce libros divididos en títulos. Algunas de éstas provenían del Código de Eurico, al promulgar Recesvinto el Liber, establece que es una norma que rige para todos los habitantes del territorio, siendo esta de carácter general, por tanto es legislación territorial.

Este libro también consagra la figura que hoy se conoce como legislador, es decir separa la función de fallar de la función de dictar leyes, se prohíbe al juez fallar con efecto general. Esto se da en forma teórica en Europa en el siglo XVIII.

Gran parte de este libro se nutre del Derecho Canónico, más que eso, del acuerdo de los concilios, por ello tiene una influencia muy importante del Cristianismo.

Este texto, previo a su publicación, fue manipulado de diferentes formas, el que finalmente se editó como edición Vulgata, sobreviviendo históricamente. Fue introducida por Fernando III, bajo el nombre de Fuero Juzgo, y a través de él, se aplicará esta legislación en el Reino de Chile.

### Las fuentes del Derecho del Liber Iudiciorum

**Libro Primero:** Instrumentis legalibus, se ocupa de dos títulos del legislador y de la ley. Esta inspirado fundamentalmente en la doctrina de San Isidoro de Sevilla y en textos de los concilios Toledanos. Cuando habla de legislador, lo que hace es señalar como deben hacerse las leyes, cuales deben ser las cualidades del legislador por ejemplo " las leyes deben hacerse sin sutileza y con mandatos buenos y honestos, de manera tal, que lo que él dispone pueda ser cumplido por la comunidad y además no lo beneficie". Respecto de las leyes, la define, explica su finalidad y caracteres, ejemplo: " la ley debe ser hecha para mostrar al hombre como vivir, mostrarle a los malos lo que les puede pasar, y a los buenos la seguridad que pueden tener, la ley debe ser manifiesta y clara, justa honesta digna y útil ".

**Libro Segundo:** Trata del Derecho procesal, se refiere a la organización de los tribunales y a los procesamientos, a grandes rasgos indicaba como debían ser los jueces, como debía anularse, cual debía ser su comportamiento, como debían pelear, que era la cosa juzgada, la prohibición de recurrir a leyes que no estaban vigentes, la aplicación de leyes que sólo estaban en el Liber Iudiciorum, etc. También en una versión posterior, se señala el valor de la ley, es decir la jerarquía de la norma.

El otro título de este mismo libro, se refiere a la forma de iniciar los juicios, a las partes, a los avenimientos, la prueba, etc.

**Libro Tercero:** Se refiere al Derecho de Familia, en seis títulos se incluye lo siguiente: celebración de matrimonio, los hijos del matrimonio, el adulterio, el rapto de mujer virgen, matrimonio indisoluble, ruptura de esponsales.

**Libro Cuarto:** Derecho de Sucesión, se regula los grados de parentesco, la distribución de la herencia, la herencia testada e intestada, el principio de la troncalidad, tutela de menores, prohibiciones respecto de la herencia.

**Libro Quinto:** Derecho de Obligaciones, se refiere a los contratos, donaciones, ventas, donaciones entre cónyuges.

**Libro Sexto:** Derecho Penal, los tipos de acciones que eran consideradas delitos y su pena, de la acusación criminal, aborto, infanticidio, lesiones, violencia y homicidio. También trataba de tormentos que se le podían aplicar al procesado.

**Libro Séptimo:** Trata de los hurtos, fraudes y engaños, por lo tanto trataba del delito propiamente tal y de los acusados. También se ocupaba de la venta de hombres libres. Otro título trataba del juzgamiento y seguridad de los inculpados. Otro, de la falsificación de instrumento. Otro, de la falsificación de moneda.

**Libro Octavo:** Se refiere a los delitos de fuerza o violencia, incendio, daño en las cosas, el pastaje de cerdos, hallazgo y adquisición de abejas.

**Libro Noveno:** Trata de los fugitivos y de las sanciones que se les daban a los que ayudaban a los fugitivos. También trata de los que no concurren a la guerra teniendo la obligación de hacerlo.

**Libro Décimo:** Habla del Derecho de propiedad, como la división de tierras, prescripción.

**Libro Undécimo:** Trata, entre otras cosas, de la actuación de los médicos, de sepulcro y también de las negociaciones de los mercaderes ultramarinos.

**Libro Duodécimo:** trata, entre otros temas, de la actuación de los jueces, de la seguridad de los súbditos frente a los señores, establece también normas entre los herejes y judíos.

Como se dijo anteriormente, el Liber Iudiciorum, contiene una serie de normas de origen germano, por tanto al aplicar el Fuero Juzgo en Chile, se aplicó legislación germano visigoda.

En el orden político, hay leyes que hacían especial referencia a la fidelidad que debía tenerse con el rey. En materia judicial se usaba una ley denominada Ley de Vitiza, (ley germánica antigua), en la que se recoge la práctica de la ordalía caldaria.

Otra ley de origen visigodo, como las leyes de matrimonio por ejemplo, estaba la dote entregada por el marido a la mujer, así como también la sucesión de la troncalidad.

Finalmente, en materia de Derecho Penal, las composiciones penales, consistían en llegar a un acuerdo con el responsable.

## 7. La Costumbre

Tenía su origen en el Derecho visigodo arcaico, además estaba vinculada a la religión, por tanto muchas veces, era violenta, tenía poca afinidad con el desarrollo cultural del pueblo romano, lo que ocasiona un conflicto, entre las costumbres, que eran propia de un Derecho racional.

En consecuencia los reyes Visigodos al adoptar la legislación y costumbres romanas, y posteriormente la religión cristiana, van a tratar de colocarla en un lugar inferior y eliminarla del Derecho, por tanto estaba vinculada a los aspectos religiosos, tales como las ordalías, que consistían en probar determinadas conductas a través de determinados pasos.

Se impone, entonces, el Derecho romano en el Derecho romano visigodo, por lo tanto la costumbre será aceptada conforme a la ley, incluso no se podrá recurrir a ella, si no hay ley, o sea a falta de ley no se recurre a la costumbre, sino se pide la opinión del rey, decidiendo por tanto el monarca cual es la solución.

## Literatura Jurídica

En esta materia, en realidad no hay juristas visigodos conocidos, sí se conocen los teólogos que tendrán mucha influencia, una vez que los visigodos adoptan la religión cristiana.

Ellos son Julián de Toledo, el que tiene importancia porque habría puesto en el Código de Eurico, normas muy estrictas, relativas a los judíos. Posteriormente, Isidoro de Sevilla, que será conocido como San Isidoro, vivió

entre los años 560 y 636, tiene bastantes obras, siendo una de ellas Las Etimologías, que en realidad es una enciclopedia, cuyos libros V y VII, tratarían de Derecho, también es autor de Hispana, que contiene los concilios del Derecho Canónico, y el libro de las Sentencias.

## Derecho político y administrativo en el reino Visigodo

Sus diferencias respecto del Derecho romano. Hay que tener en cuenta un hecho histórico, los germanos a comienzo del siglo IV, ocupan parte de las Galias y Britania. Mediante los tratados, se produce la romanización de este pueblo, que permitió, además, ir ocupando los territorios. El tratado obligaba a los visigodos, a constituirse en fuerza militar para los romanos. Ellos traían su estructura y política.

Una de las diferencias que había en esa época, respecto de la elección del rey, era que éste se elegía por asamblea, y como eran federados del Imperio, necesitaron del Derecho romano para mantener el orden interno, sin embargo mantuvieron su propio Derecho administrativo. El rey era sujeto de Derecho, lo que constituía una característica, a diferencia del Emperador, que podía dictar leyes, pero no estaba obligado a cumplirlas. La monarquía era electiva, no hereditaria, esto en España desaparece.

## El Estado Visigodo

El Estado visigodo surge de una mezcla de principios derivados de los Derechos germánico, romano canónico. A la época de su asentamiento en las tierras de las Galias, el pueblo visigodo contaba con una organización política propia, a la cabeza de la cual se hallaba un rey elegido en una asamblea germánica y cuya autoridad, en consecuencia, arrancaba de un origen nacional y no de un nombramiento del Imperio Romano. El carácter de federados que tenían los visigodos respecto de este último, no trajo consigo el desaparecimiento de sus instituciones nacionales, sino tan sólo su radicación en tierras que le fueron concedidas en Aquitania en conformidad al tratado suscrito y que les obligaba a la prestación de servicios militares.

No obstante, el hecho de que los visigodos al asentarse no formaban grupos cerrados, permitió la influencia y penetración de la cultura jurídica y organización romana y que en último término el Estado visigodo se generare por la mezcla de los principios políticos germánicos, romano y canónicos.

Dentro del Estado visigodo la relación del rey con sus súbditos no reviste, como algunos han sostenido, un carácter patrimonial o privado, sino que se funda en principios de Derecho público. Los intereses del rey no se confunden con los de la colectividad, ni el patrimonio real con el del Estado, ni las leyes de dan sólo para el pueblo sino que obligan también al rey, como claramente lo advierte el Liber Iudiciorum y, en fin se contempla la posibilidad de delitos contra la seguridad del Estado, en los cuales no se halla mezclada la persona del rey. Además la monarquía no es hereditaria, sino electiva. Aunque el sistema germánico de las asambleas generales de todo el pueblo desaparece en la elección de los reyes y en la confirmación de las leyes.

Dentro del Estado visigodo la relación del rey con sus súbditos no reviste, como algunos han sostenido, un carácter patrimonial o privado, sino que se funda en principios de Derecho público. Los intereses del rey no se confunden con los de la colectividad, ni el patrimonio real con el del Estado, ni las leyes de dan sólo para el pueblo sino que obligan también al rey, como claramente lo advierte el Liber Iudiciorum y, en fin se contempla la posibilidad de delitos contra la seguridad del Estado, en los cuales no se halla mezclada la persona del rey. Además la monarquía no es hereditaria, sino electiva. Aunque el sistema germánico de las asambleas generales de todo el pueblo desaparece en la elección de los reyes y en la confirmación de las leyes.

El conjunto de funcionarios de palacio en la Aula Regia. Junto al rey y bajo su dependencia, ella tiene a su cargo la tarea gubernativa, legislativa y judicial. Los concilios, de que se hablará enseguida, ponen también un sello modelador en el poder real. No es posible así hablar de una monarquía absoluta. Las disposiciones contenidas en el título preliminar y el libro I del Liber Iudiciorum demuestran sobradamente que el rey ha de sujetarse al Derecho para ser tenido por tal.

Los súbditos deben obediencia al rey, pero a la vez gozan de protección en sus Derechos. El concilio XIII de Toledo (683) dispuso que "nadie sin causa justificada puede ser privado del cargo, sometido a juicio, atormentado o azotado, privado de sus bienes, detenido o infamado; sino que en todo caso o ha de ser juzgado públicamente por los sacerdotes, los señores y los gardingos (sujetos ligados por vínculo de clientela con el rey y que viven con él), siendo nula toda medida tomada de otra forma. En otro aspecto se garantiza la propiedad de los súbditos prohibiendo las confiscaciones sin razón<sup>25</sup>.

## Los Concilios

Los visigodos, a la época de su penetración en España, eran cristianos, aunque pertenecían a la confesión arriana. Bajo Leovigildo, su hijo Hermenegildo se hizo católico; se sublevó contra su padre y murió en prisión en Tarragona. Bajo el influjo de San Leandro, Obispo de Sevilla, Recaredo, hijo también y sucesor de Leovigildo, ingresó asimismo a la Iglesia católica e hizo pública su conversión en el III Concilio de Toledo en 589. Desde esta fecha el catolicismo se extiende a todo el pueblo visigodo. Como consecuencia de este hecho la colaboración entre la Iglesia y el poder civil se hace estrecha, ya que en el reino son los Obispos los fundamentales depositarios de la cultura. Por ese motivo los Concilios, sin dejar de ser verdaderas asambleas de carácter eclesiástico aparecen cooperando con el rey voluntariamente a su estudio.

<sup>25</sup> García Gallo, Manual de Historia del Derecho, I, p. 508.

Los Concilios regularmente se celebran en templo de Toledo. Como todas las asambleas para tratar asuntos de la Iglesia. A se añaden miembros del Aula Regia designados por el monarca. A éste corresponde la iniciativa para que el Concilio se ocupe de materias seculares, las que indica en un discurso de apertura denominado tomo concilii, el rey daba valor de ley civil a los cánones conciliares.

La influencia de los concilios fue grande en la dictación de las leyes, debido al ascendiente moral del episcopado, en el que sobresalieron figuras extraordinarias como San Leandro, San Isidoro, San Braulio y San Julián. Cabe de dichas asambleas por moderar el poder de los reyes y afianzar la obediencia de los súbditos, a fin de evitar, de un lado, la tiranía, y del otro la anarquía. La expresión más alta de este propósito la da el IV Concilio de Toledo (633) presidido por San Isidoro, hermano y sucesor de San Leandro en la silla episcopal de Sevilla. Por su iniciativa se adopta la concepción sacra del monarca, ungiéndose con aceite al rey Sisenando, como a los antiguos reyes judíos; y además se dicta anatema contra el súbdito que quebrante el juramento.

## El Derecho privado Hispano visigodo

### Sujeto de Derecho y capacidad en el Derecho Hispano visigodo.

Tenía capacidad el hombre libre bautizado; por lo tanto, no eran sujetos de Derecho, (no tenían capacidad jurídica) los que no eran libres, es decir, esclavos, siervos, herejes y judíos y otros pueblos que tenían una religión distinta a la cristiana. El bautismo se refería al cristianismo. Había algunas circunstancias que modificaban la capacidad del sujeto de Derecho, por ejemplo:

**La edad**, había tres tipos de edades en el Derecho Hispano Visigodo: Era capaz penalmente el mayor de **diez años**, esto quiere decir que se le podía imputar una conducta de infracción legal, de carácter delictual, es decir se le podía acusar de un delito. El mayor de **catorce años** tenía capacidad procesal, es decir que podía actuar en un juicio. La edad perfecta era a los **veinte años**, es decir plenamente capaz.

**El sexo**: había condiciones que limitaban la capacidad, aún cuando la legislación consideraba al hombre y la mujer iguales ante la ley, lo que era teórico, puesto que, cuando se trataba de la composición (indemnización), es decir el pago por daños, por la mujer, se pagaba menos que por el hombre. (Por ejemplo en un juicio criminal por la muerte de una persona se llegaba a un arreglo que consistía en el pago de una suma de dinero, por el hombre se pagaba más).

**La enfermedad**, otra limitante pues se consideraba incapaz al enfermo mental.

**La religión**, los herejes eran incapaces para disfrutar de sus bienes, no podían tener bienes (tierras). Los judíos no podían casarse con cristianos, no podían tener siervos cristianos, pero sí de otras religiones, perdían la patria potestad por el hecho de ser judíos, y finalmente en el siglo VII se les declaró definitivamente incapaces, porque se les exigió, para tener capacidad el bautismo, lo que obviamente los judíos no podían cumplir, puesto que para hacerlo debían renegar de su fe.

**La clase social**, supuestamente eran todos iguales pero a los nobles solo se les podía juzgar por tribunales especiales, y la sanción era exclusivamente pecuniaria, es decir pago de una indemnización, no eran sujetos de sanción de destierro o prisión.

**La infamia**, determinados delitos permitían declarar la infamia, cuyo efecto era incapacitar al condenado para ejercer determinados ejercicios de Derecho, por ejemplo no podían ser nombrados jueces, actuar como acusadores en un juicio, prestar testimonio, representar a otra persona en un juicio. En resumen, esta incapacidad se relaciona con el proceso legal. La infamia era una pena accesoria.

## El Derecho de Familia

Para el pueblo germano la familia era bastante importante, de hecho gran parte de la vida social giraba en torno a la sippe, y ésta podía hacer justicia, era una especie de clan. La familia está sometida a una serie de normas que provienen de la costumbre, y que se reflejan en el Derecho, siendo algunas de ellas las siguientes:

- ✍ Referentes al matrimonio: está precedido de los esponsales, que es la actual petición de mano de la novia, efectuado enfrente de testigos y se ratifica mediante la entrega de un anillo denominado arras = compromiso. Antiguamente, conforme a la costumbre germana, el matrimonio era acordado por los padres,

lo que quedó prácticamente igual, con el único cambio introducido por el cristianismo, es que en la ceremonia matrimonial son los contrayentes los que manifiestan su voluntad, a pesar que el matrimonio esté concertado por los padres. También, se estableció la donación de la mañana, (regalo que el marido le da a la mujer a la mañana siguiente de haberse celebrado la noche nupcial).

En el libro de los jueces se habían establecido algunas prohibiciones para celebrar el matrimonio:

- ✗ El parentesco: no podían casarse con parientes hasta el sexto grado.
- ✗ El voto de castidad: no podían casarse quienes habían hecho voto de castidad.
- ✗ No podían casarse quienes habían celebrado orden sacerdotal.
- ✗ En caso de raptó también estaba prohibido el matrimonio, pese a ser una costumbre visigoda, el cristianismo lo prohíbe.
- ✗ La fuerza o miedo, se prohibía obligar o amenazar para contraer matrimonio.
- ✗ Se prohibía el matrimonio entre libres y esclavos, y entre patronos y libertos.
- ✗ Por influencia de la religión cristiana, no se acepta en el Derecho Hispano Visigodo, el divorcio.

El libro de los Jueces modera la patria potestad, por cuanto prohíbe la venta de menores, de los hijos, o la cesión por algún título jurídico, no se podían entregar los hijos en esclavitud o en calidad de siervos.

En materia de **Derechos reales**, el Libro de los Jueces, establece el Derecho de propiedad absoluto de carácter individualista, tal como lo consagraba el Derecho Romano Clásico, a diferencia de las tradiciones germánicas, que lo consideraban un Derecho de carácter colectivo, ello dada la importancia de la familia en dicha sociedad.

En materia de **Derecho de obligaciones**, el Libro de los Jueces, establece respecto del contrato, que éste sólo puede celebrarse con el libre consentimiento de las partes, no puede haber un contrato tipo cuasidelito.

En materia de **Derecho sucesorio**, el Derecho Hispano Visigodo adopta prácticamente todas las disposiciones del Derecho Romano, por ejemplo: La primera preferencia la tienen los descendientes, y se establece el Derecho de representación, es decir el hijo del fallecido que tenía Derechos hereditarios, puede representarlo, como si él fuese quien hereda. En segundo lugar estaban los ascendientes, en ausencia de descendientes, desde luego, primero los padres y luego los abuelos. Por efecto del principio de troncalidad, los bienes vuelven a la familia de donde provenían, en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges. La viuda con hijos hereda una cuota igual a la de cada hijo, distinto de cómo es en la actualidad. En caso que se obtenga esta herencia la mujer no lo obtiene a título de propiedad, sino como usufructo, es decir lo puede disfrutar hasta que se muera o case nuevamente, en ese evento termina el usufructo sobre los bienes de la herencia, y estos vuelven a los hijos. Bajo el reinado de Quindasvinto se estableció una norma sobre la distribución de la herencia, que no existía antes, se exigió que hubiese cuatro partes obligatoriamente destinadas a los herederos, y una quinta parte de libre disposición.

## Procedimientos Penales

La capacidad para ser imputado penalmente era de diez años, estableciendo el Libro de los Jueces, en general, las siguientes circunstancias eximentes:

- ✗ La fuerza, significa no poder hacer otra cosa que la que se hizo.
- ✗ La legítima defensa.
- ✗ El adulterio.
- ✗ Se era imputable, solo si la acción, o infracción legal, era realizada voluntariamente.

Las penas que estableció el Liber Iudiciorum, eran pecuniarias, que podían ser de composición (arreglo entre las partes), de confiscación (en beneficio del gobernante), de azotes, de destierro, de servidumbre, de prisión y muerte.

Las penas pecuniarias no evitaban penas físicas, por ejemplo una persona podía ser condenada por un delito, al pago de la indemnización, más cien azotes y un año de prisión.

La legislación aceptaba el asilo eclesial, es decir en la iglesia, la persona fugitiva no podía ser sacada por la fuerza se requería el consentimiento del sacerdote, quien lo entregaba solo a cambio de una rebaja de la pena.

El proceso penal, en la legislación Hispano Visigoda, se inicia con la denuncia del afectado ante un juez, establecido por el soberano. Existían dos tipos de procedimiento:

- ✗ Acusatorio, que es el general
- ✗ Inquisitivo, para algunos delitos, traición, parricidio y falsificación de moneda.

Los medios de prueba que se aceptaban en ambos procedimientos, eran:

- ✗ Los documentos escritos
- ✗ Los testigos
- ✗ El tormento
- ✗ Las ordalías
- ✗ Y los coniuuradores = ministros de fe que juraban que el acusado era inocente.

### **Privilegio del Fuero en la Edad Media:**

En la Edad Media europea, la jurisdicción militar perdió su índole pública en razón de que el servicio militar en el régimen feudal tuvo una relación de vasallo a señor. La jurisdicción militar adquiere el carácter de fuero privilegiado, en favor de la clase militar que era dirigente. Posteriormente aparecen los ejércitos de mercenarios o de condotieros. La norma jurídica, generalmente aceptadas respecto de estos ejércitos, la constituían las facultades que se reservaban los condotieros para administrar justicia a sus tropas. Pero esta regla no era absoluta, pues a veces, el Estado se reservaba el Derecho de administrar esa justicia. Con la formación, posteriormente, de las milicias nacionales, hubo un perfeccionamiento de las instituciones jurídico militares.

La revolución francesa (1789), en la Edad Moderna, al reglamentar las relaciones del poder militar con el poder civil, sentó los principios de la jurisdicción militar moderna, despojándola de su carácter feudal de fuero privilegiado, que era incompatible con los postulados de igualdad ciudadana. Se estableció la restricción del fuero en razón de las personas y de la materia, limitaciones que ya había acogido el Derecho romano.

### **Alta Edad Media (711-1217)**

#### **Historia**

La España Visigoda culmina en el año 711, con la derrota del rey Rodrigo, a manos de Tarik, jefe militar musulmán, en la batalla de Guadalete. A comienzos del siglo VIII los árabes se introdujeron por el sur. Conquistaron el país rápidamente excepto un pequeño baluarte del norte que se convertiría en el trampolín para el inicio de la Reconquista, que no culminó hasta ocho siglos más tarde. La época de dominación musulmana se divide en tres periodos: el Emirato (del 711 al 756), el Califato (756-1031) y los Reinos de Taifas (pequeños reinos independientes) (1031-1492).

Fue uno de los clanes nobles, la familia Witiza, a comienzos del siglo VIII, pidió ayuda a los guerreros musulmanes y beréberes del otro lado del estrecho de Gibraltar, con el objeto de combatir al usurpador de la Corona que además había violado a la hija del Pater. Fue entonces una oportunidad para que en el fragor de la guerra civil y ante la desintegración del aparato estatal los musulmanes firmaran pactos diversos con una aristocracia que era semi-independiente y estaba enfrentada con el monarca.

A mediados del siglo VIII los musulmanes culminaron la ocupación y el príncipe omeya Abderramán se refugió en territorio beréber, huyendo de la matanza abasí de Al-Andalus, con el apoyo de los yemenís, que eran uno de los dos grupos musulmanes de la península; igualmente, se proclamó Emir de Córdoba, independiente de Damasco. Durante el primer tercio del siglo X, el omeya español Adderramán III restauró y amplió el emirato de Al-Andalus y se convirtió en el primer califa español.

La proclamación del califato tenía un doble propósito: en el interior, los omeyas querían reforzar el reino peninsular. Fuera del país, querían consolidar las rutas comerciales del Mediterráneo, garantizar una relación económica con el Bizancio oriental y asegurar el suministro de oro. Melilla fue ocupada en el año 927 y, a mediados de ese siglo, los omeyas controlaban el triángulo formado por Argelia, Siyimasa y el Atlántico. El poder del Califato andaluz también se extendió a Europa occidental, y hacia el año 950 el Imperio Romano-Germánico intercambiaba embajadores con el Califato cordobés. Unos años antes, Hugo de Arles pidió salvoconductos al potente Califato español para el tráfico de sus barcos mercantes por el Mediterráneo. Las pequeñas plazas fuertes cristianas del norte de la península se convirtieron en modestas posesiones feudales del Califato, al que reconocían su superioridad y arbitraje.

Los cimientos en los que se basó la hegemonía andaluza fueron: una considerable capacidad económica, fundamentada en un importante comercio; una industria artesana desarrollada, y una técnica agrícola, que era mucho más eficiente que cualquier otra del resto de Europa. El Califato cordobés tenía una economía basada en la moneda,

y la introducción de la acuñación representó un papel fundamental en su esplendor financiero. La moneda cordobesa de oro se convirtió en la más importante de ese periodo y probablemente fue imitada por el Imperio carolingio.

Por lo tanto, el Califato de Córdoba fue la primera economía comercial y urbana que floreció en Europa desde la desaparición del Imperio Romano. La capital y ciudad más importante del Califato, Córdoba, tenía alrededor de 100.000 habitantes, constituyéndose en la principal concentración urbana de esa época.

La España musulmana produjo una cultura floreciente, sobre todo tras la llegada al poder del califa Al-Hakam II (961-976). Se le atribuye la fundación de una biblioteca de cientos de miles de volúmenes, que era inconcebible en la Europa de ese tiempo. El rasgo más distintivo de esta cultura fue la temprana asunción de la filosofía clásica por parte de Ibn Masarra, Abentofain, Averroes y el judío Maimónides. Pero los pensadores hispano-musulmanes destacaron, sobre todo, en Medicina, Matemáticas y Astronomía.

La fragmentación del Califato de Córdoba tuvo lugar al final de la primera década del siglo XI; esto se produjo como consecuencia del enorme esfuerzo bélico que realizaron los dirigentes cordobeses, y de la agobiante presión fiscal. Los treinta y nueve sucesores del Califato unido fueron considerados como los primeros (1009-1090) Taifas (pequeños reinos), denominación que se ha incorporado a la lengua española como sinónimo de la ruina generada por la fragmentación y desunión de la Península. Esta división se reprodujo posteriormente, y así se crearon más Taifas en otras ocasiones y tuvieron lugar nuevas invasiones desde el Norte de África. La primera vez los almorávides (1146) y la tercera, los banu marín (1224). Este progresivo debilitamiento significó que, a mediados del siglo XIII, la España islámica quedó reducida al reino nazarí de Granada. Situado entre el estrecho de Gibraltar y el cabo de Gata, este histórico reducto no capituló hasta el 2 de enero de 1492, al final de la Reconquista.

## La Reconquista

- ✂ 718: Pelayo, noble visigodo que ha sido elegido rey, derrota al ejército musulmán en Alcama, en los alrededores de Covadonga, comenzando así la Reconquista cristiana de España.
- ✂ 750: Los cristianos, bajo el reinado de Alfonso I, ocupan Galicia, que había sido abandonada por tropas rebeldes beréberes.
- ✂ 778: El ejército de Carlomagno es derrotado en Roncesvalles a manos de los Vascones. Muerte de Roland.
- ✂ 791-842: Alfonso II conquista varias fortalezas y se asienta en tierras al sur del Duero.
- ✂ 873-898: Wifredo el Velloso, conde de Barcelona, establece un reino cristiano con un cierto grado de independencia de los reyes francos.
- ✂ 905-926: Sancho I Garcés crea un reino vasco centrado en Navarra.
- ✂ 930-950: Ramiro II, rey de León, derrota a Abdal-Rahman III en Simancas, Osma y Talavera.
- ✂ 950-951: El conde Fernán González pone los cimientos de la independencia de Castilla.
- ✂ 981: Ramiro I es derrotado por Almanzor en Rueda y es obligado a pagar tributo al califa de Córdoba.
- ✂ 999-1018: Alfonso V de León reconstruye su reino.
- ✂ 1000-1033: Sancho III de Navarra somete los condados de Aragón, Sobrarbe y Ribagorza, toma posesión del condado de Castilla y establece un acuerdo con Bermudo III de León, con la idea de arrebatarle sus dominios y proclamarse emperador. Sin embargo, a su muerte, deja el trono de Navarra a su hijo García III, Castilla a Fernando I y Aragón, Sobrarbe y Ribagorza a Ramiro I.
- ✂ 1035-1063: Fernando I conquista Coimbra y obliga a los musulmanes de Toledo, Sevilla y Badajoz a pagarle tributo. Antes de su muerte, divide los territorios entre sus hijos: Castilla para Sancho II y León para Alfonso VI.
- ✂ 1065-1109: Alfonso VI une los dos reinos bajo su cetro y toma Toledo.
- ✂ 1086: El avance cristiano obliga a los reyes musulmanes de Granada, Sevilla y Badajoz a pedir ayuda a los Almorávides.
- ✂ 1102: Los seguidores del Cid salen de Valencia y los musulmanes africanos ocupan la península hasta Zaragoza.
- ✂ 1118: Alfonso I de Aragón conquista Zaragoza.
- ✂ 1135: Alfonso VII de León restaura el prestigio de la monarquía leonesa y es proclamado emperador.
- ✂ 1151: Los Almohades, otra dinastía africana que había sustituido a los Almorávides, recuperan Almería.
- ✂ 1162: Alfonso II, hijo de Petronila y Ramón Berenguer IV, une en su persona el reino de Aragón y el condado de Barcelona.
- ✂ 1195: Los Almohades vencen a los castellanos en Alarcos.
- ✂ 1212: Culminación de la Reconquista. Alfonso VIII de Castilla, ayudado por Sancho VIII de Navarra, Pedro II de Aragón y algunas tropas de Portugal, sale victorioso en la batalla de Las Navas de Tolosa.
- ✂ 1229: Jaime I de Aragón, el Conquistador, recupera Mallorca.



- ✗ 1230: Alfonso IX de León avanza por el río Guadiana, toma Mérida y Badajoz y abre camino a la conquista de Sevilla.
- ✗ 1217-1252: Fernando III, rey de Castilla y León, conquista Córdoba, Murcia, Jaén y Sevilla. Granada permanece como el único reino musulmán independiente.
- ✗ 1252-1284: Alfonso X el Sabio continúa la Reconquista y ha de enfrentarse con las revueltas mudéjares de Andalucía y Murcia. Aspira a ser elegido emperador del Sacro Imperio Romano en 1257. Alfonso X redacta el Fuero de las Leyes, predecesor de Las Siete Partidas.
- ✗ 1284: Una asamblea de nobles, prelados y ciudadanos depone a Alfonso X y otorgan el poder a su hijo Sancho IV.
- ✗ 1309: Fernando IV toma Gibraltar.
- ✗ 1312-1350: Alfonso XI lucha por el reino de Granada durante 25 años y en 1340 gana la batalla de Río Salado.
- ✗ 1369: Pedro I el Cruel es asesinado en Montiel por su hermanastro, Enrique de Trastámara, que gobierna como Enrique II.
- ✗ 1385: Los portugueses vencen a los castellanos en Aljubarrota.
- ✗ 1464: Enrique IV de Castilla nombra como heredera al trono a su hija, la futura Isabel I la Católica, y deshereda a su hija Juana, conocida como La Beltraneja.
- ✗ 1469: Isabel I de Castilla y Fernando II de Aragón contraen matrimonio, consumando así la unidad de España.
- ✗ 1492: Los Reyes Católicos, Isabel y Fernando, Completan la Reconquista con la toma de Granada (2 de enero) aprovechándose de la rivalidad entre los últimos gobernadores musulmanes de España. Descubrimiento de América (12 de octubre).

## La Formación del Derecho Castellano Liones

### Influencia musulmana en el Derecho peninsular.

El dominio musulmán finaliza en 1217 fecha de ascensión al trono de Castilla del Rey Fernando III, el Santo. El año 1217 no termina la presencia Musulmana en la Península sino hasta el 1º de Enero de 1492. El año 1212, fecha de la batalla de las Navas de Tolosa, marca el momento de decaimiento del Islam. Hasta 1212 es el período de auge del dominio Islámico.

La Alta Edad Media desde el punto de vista Islámico es desarrollo y auge del pueblo Musulmán. Desde el punto de vista Cristiano es un período de reconquista.

Los musulmanes también practican el principio de personalidad y respetaron a los Cristianos. Por una visión antojadiza se piensa que los Musulmanes son más salvajes, pero en realidad poseían una cultura más avanzada, combatieron más por razones políticas.

El 732 Batalla en Francia el rey Carlos Martel, Combatió a los Musulmanes y les puso límites. La Península Ibérica dominada por los Musulmanes es conocida como Al-Andalus. Después de ocho siglos los restos Visigodos huyen y se refugian en las montañas del Norte de la Península.

Durante la Alta Edad Media se produce la reconquista y repoblación: creación de reinos Cristianos. Estos reinos de la reconquista son pequeñas unidades políticas fragmentadas que presentan una tradición Viagótica (Romano– Hispano–Visigodo) y que luchan por recuperar el territorio.

Varias instituciones del Derecho moderno español fueron aportadas por la cultura jurídica musulmana, como las referentes a impuestos y tasas aduaneras.

### El Derecho de la Alta Edad Media

Diversidad Jurídica por una razón política evidente, no hay unidad. Existen hispanos musulmanes regidos por el Derecho musulmán, judíos por el tirah y Cristianos cuyo Derecho emana de los reyes Cristianos. Hay pluralidad de Fuentes del Derecho.

Por una parte leyes de los reyes Cristianos, costumbres o usos de la tierra, fueros locales, cada ciudad tiene su propio Derecho. Cartas pueblas, estatutos de formación de ciudades, privilegios (del estamento noble) y sentencias judiciales Castellanas (fazañas). Sirven de precedentes a nuevos estamentos.

Si observamos lo que ocurre dentro de los pueblos Cristianos (hay varios), vemos que hay rivalidades. Dentro de cada reino hay diversidad. Señoríos que rivalizan con el rey y muchas veces son aliados a propósito de la Reconquista y Repoblación.

Hay ciudades que no dependen del señorío, orgullosas de su autonomía aunque reconocen la autoridad del Rey, son los municipios.

Una sociedad fuertemente dividida en estamentos sociales, condición social que está ligada tradicionalmente a una posición y a una función determinada:

✗ Noble	Laico o eclesiástico (alto-clero)
✗ Ciudadano	Habitante de ciudades libres
✗ Clerical	Alto-bajo (monje, cura) <b>Oratores</b>
✗ Servil	Campeño, la servidumbre Laboratores (los que trabajan)
✗ Militar	Bellatores

## Baja Edad Media ( 1217-1474)

### La Recepción del Derecho Común

#### Introducción

El inicio puede determinarse en 1212 ó 1230 con la introducción del Derecho romano clásico en el orden jurídico. Finaliza el año 1479 cuando la legislación nacional es decretada obligatoria.

En este período se produce un proceso inverso al de la etapa anterior. En la Alta Edad Media primó un cierto primitivismo, que renació producto de la división. En la Baja Edad Media se da la **Unificación Jurídica** que va paralela a la **Unificación Política**, predomina el Derecho consuetudinario.

Es un período de la Integración de los Sistemas Normativos, distintos que ante coexistían. Comienzan a integrarse en torno a la figura de los monarcas. Los reyes que tenían escaso poder comienzan a acumularlo, preponderancia del Derecho Real (que emana de los reyes). Es el período de la recepción del Derecho Común en Castilla, originalmente era un condado se convierte en una monarquía, suplió a Asturias y León en le liderazgo en la guerra contra los Musulmanes. Quieta la situación de las fronteras, los monarcas se preocupan de lo interno. Se produce la recepción del Derecho Común en el orden jurídico de Castilla, bajo el pretexto de constituir un Derecho de Común Aplicación y una Doctrina Jurídica.

Alfonso X redactó un texto jurídico que consiste en doctrina del Derecho Común convertido en ley, se trata de Las siete partidas. Es un instrumento político útil a la política centralizadora de los reyes, no solo por su alta calidad científica sino por a través de ella se busca establecer la jurisdicción real sobre un espacio determinado.

Del período sólo es posible rescatar los **municipios** y que luego cuando los conquistadores fundaron ciudades en América, instauraron el **Cabildo y el orden municipal**; por ello se correlacionan con las actuales **municipalidades**.

#### Desarrollo histórico

En el siglo XII marca la cumbre de la civilización medieval europea, época del desarrollo de los municipios, gremios, universidades. El arte ojival tiene expresiones culminantes en Francia y España.

En filosofía Santo Tomas de Aquino realiza la síntesis armónica de la "suma teológica"; Alfonso X de Castilla produce su magna obra de las siete partidas y alcanza la cima donde junto con la "Divina Comedia", serán expresión del notable desarrollo cultural del Medioevo. En el siglo XIV esta obra culminó el proceso de disgregación del alma medieval.

#### La época del esplendor

El siglo XIII en España con el triunfo de los musulmanes en las navas de Tolosa. La reconquista toma carácter acelerado. Fernando III(el Santo) hijo de Alfonso IX de León y de Berenguela reina de Castilla unifico las coronas. A la muerte de Fernando III, toma el trono su hijo Alfonso X (El Sabio) que demostró mayor condición intelectual que de gobernante, su reinado fue político. La reconquista tiene escasos avances con la toma de Cádiz, mientras la lucha interna contra la nobleza, huyendo de los enemigos políticos, y en su tentativa de coronarse como emperador de Alemania murió Alfonso X en 1284

## El Declinar

Los reyes Sancho IV (1284-1295) y Alfonso XI (1312-1350) logran tomarse Tarifa y Algeciras respectivamente controlando el estrecho de Gibraltar. La reconquista decrece por que la lucha entre la nobleza y la realeza concentra la preocupación de los poderes. El rey pugna en constituirse en poder absoluto.

En 1369 el bastardo Enrique Trastámara derroca a su hermano Pedro I, el cruel, apoyándose en la nobleza tumultuosa que este había querido sojuzgar.

En el siglo siguiente Juan II (1406-1454) y Enrique IV (1454-1474) conducen al más ínfimo estado de dignidad a la realeza, sometiéndola.

## Medio Social y Político

**La población:** Un número creciente de musulmanes y judíos quedan en tierra cristiana, los que se clasifican en:

**Moros o Mudéjares Judíos:** Gozan de libre ejercicio de su culto y de sus costumbres. Su situación es muy favorable con el reinado de Fernando III, pero en el siglo XIV esto empezó a cambiar porque los negocios prósperos, entre otros los financieros, estaban en manos de judíos lo que causó una fuerte animosidad popular de manera que se producen frecuentes matanzas de judíos. Entretanto la Iglesia había logrado establecer que solo tenían Derechos los que estaban bautizados en su fe, por lo que pretende que tanto musulmanes como judíos se conviertan a la fe católica prometiéndoles defenderlos.

**Clases Sociales:** La sociedad esta dividida en clases o estamentos. El que pertenecía a un estamento permanecía en el de por vida a menos que el monarca lo favoreciera por estimarlo meritorio en algún sentido. La nobleza funda mayorazgos, porque acrecienta su poder y los crea para afianzarlo.

La vida municipal produce el crecimiento de la clase de los ciudadanos, el clero decae por que el renacimiento cultural produce un cierto agnosticismo y según Eyzaguirre porque ingresan a las ordenes segundones sin vocación religiosa. Sin embargo el Derecho no recogerá las nuevas composiciones de clases toda vez que el sistema feudal o medieval de clase se mantendrá hasta la revolución francesa. De esta manera la nobleza y el clero tendrán plenos Derechos y no las demás clases sociales, como trabajadores del campo y de la ciudad, subsistiendo a demás la esclavitud.

**El Municipio:** Las ciudades crecen con gran desarrollo y con esto se reclutaran los letrados y juristas.

Los alcaldes y regidores reunidos forman el cabildo o ayuntamiento. Pero, pronto la Asamblea General deja de ser convocada y se entrega el gobierno a la minoría que ejerce a través de un pequeño consejo, después los reyes nombraran autoridades en los municipios con el titulo de corregidores, de esta manera la instancia de poder local queda controlada por el monarca. Más adelante paulatinamente el corregidor será llamado alcalde, nombre de origen árabe. Los Cabildos eran integrados sólo por los vecinos notables, los demás habitantes no eran considerados.

**Los Gremios:** Se vincula con los municipios. En el siglo XI se presenta una asociación de artesanos en Santiago Compostela para la construcción de la catedral, con ello se agregaron una corporación de cambiadores y otra de posaderos para atender a los peregrinos que visitaban el santuario.

Dentro de estas asociaciones existía una jerarquía rigurosa: aprendices, compañeros y maestros con un control en el desempeño del oficio.

En el siglo XIII los gremios adquieren representación en el gobierno del municipio y llegan a disponer de milicias propias.

**Las Cortes:** El gran desarrollo adquirido por las ciudades lleva a enviar representantes a la curia plena y a integrarse en las comunidades políticas, dando así el nacimiento a las cortes o asamblea formadas por los componentes del reino a los que la ley le otorgaba tal reconocimiento. Por lo tanto las Cortes serán un reflejo de la sociedad estamental de la época.

Los delegados de la nobleza y del clero acuden a la corte como respectivas clases y no como vasallos del rey.

Los diputados (procuradores en Castilla y síndicos en corona de Aragón) tienen mandato imperativo y se ajustan a las a las instrucciones recibidas rigurosamente.

Las cortes debían prestar autorización a los tribunales extraordinarios, recibir el juramento del rey al ocupar el trono, nombrara este titular, si era menor de edad declara la guerra y concertar la paz, etc.

A partir de las Cortes de Briviesco 1387 se dispuso que el rey podría legislar por sí solo, y la intervención de las cortes, en caso de modificar los vigentes, al finalizar la edad mediase pierde su importancia frente al poder real que lo acentúa.

**Administración de Justicia:** En los municipios los alcaldes funcionan como jueces. Bajo Alfonso X se crean los alcaldes de corte que son llamados “casos de corte”.

Enrique II crea la audiencia, dependiente de la chancillería que guarda el sello real, compuesta por oidores.

Juan I, crea una segunda chancillería que funciona primero en Segovia un tiempo, después en Valladolid.

## Las Fuentes del Derecho

### Carácter del Derecho.

El Derecho de origen popular, fundado en la costumbre y las creencias, va siendo reemplazado por un Derecho nuevo de carácter científico. En España se recepciona el Derecho común (romano-canónico) elaborado en Italia. Este nuevo Derecho encuentra a los juristas sus expositores y en la ley su fuerza de aplicación.

La ley limita la vigencia de la costumbre, comienza a restituir el Derecho territorial su predominio sobre el local y así se hace la unificación jurídica. El Derecho antiguo en la costumbre subsiste pero evoluciona.

En el Derecho municipal se produce una unificación a través de la similitud de los fueros, en suma el proceso unificador se realizó paulatinamente por vía local y territorial.

## El Renacimiento del Derecho Romano y su recepción en España

Fines del siglo XI en Italia hay un renacimiento del estudio del Derecho romano manifestado en un fuerte movimiento intelectual que descubre los textos antiguos y trata de ponerlos en vigencia. Los juristas comienzan a comentar los textos agregándoles comentarios. De esta manera aparecen los llamados Glosadores, que hacen comentarios marginales al texto del Digesto y las novelas de Justiniano.

En el siglo XIII la escuela de los glosadores alcanza el punto culminante porque reunió todas las glosas anteriores y buscó la manera de canalizar sus puntos discordantes.

Después el Italiano Gino Pistoya introdujo el método dialéctico escolástico en el estudio del Derecho romano. Se inicia una escuela de juristas cuyo método de interpretación consiste en abstraer de las normas los principios generales. Estos juristas fueron conocidos con el nombre de Bartolistas O Comentaristas.

El estudio conjunto de Derecho romano y canónico da origen al Derecho nuevo el cual en la época se le llamó jus comune (Derecho común). De esta manera, el Estado que surge pretende obligar a los juristas y jueces a que acojan el Derecho nacional y lo apliquen.

En España hay una penetración romanista a fines del siglo XII así se produce un desarrollo de los estudios jurídicos.

El Derecho de universidades de Palencia, Salamanca y Valladolid, en el siglo XIII ayuda a la difusión del Derecho común así se produjo la primera aparición en Castilla del fuero real, que sería culminante esfuerzo de las partidas, código romanista.

### La unificación jurídica por vía local

A fines del siglo XII se produce una tendencia unificadora del Derecho real, se propone a la redacción de un código que se concede a varias poblaciones, esta ley vendrá a reemplazar al Derecho consuetudinario, no es en realidad sino una captación del Derecho foral vigente en Extremadura.

Aparte del fuero de Cuenca, hay otros que también revisten el carácter de fueros tipos (sirven de modelo de la elaboración de cuerpos equivalentes, tienen carácter del fuero juzgo y fuero real). Fernando III influido por el romanismo ordenó traducir a la lengua romance el antiguo Liber Iudiciorum. Esta versión nueva, altera en más de un pasaje el texto latino original que se denomina fuero juzgo y se dio como fuero municipal entre otras ciudades de Córdoba (1241) Sevilla y Jerez de la frontera.

Alfonso X, redacta el fuero real o fuero de las leyes, con intención unificadora y lo concede primero a Aguilar del Campo en 1255 y después a otras ciudades tales como Soria, Burgos, Valladolid, etc. Como la primera tenía fueros propios, en su elaboración se mezclaron principios del Derecho común con norma del Derecho tradicional tales como el Liber Iudiciorum y el fuero de Soria.

Además en 1332 se concedió el fuero real como ley territorial a la provincia de Álava cuando se incorporó a Castilla. En fines de 1348, por el ordenamiento de Alcalá en 1505 por las leyes de Toro se incluye dentro del orden de prelación la legislación general.

## La unificación jurídica por vía territorial

La privada labor recopiladora de los juristas y la otra legislatura de los reyes, se contribuye a unificar el Derecho territorial de Castilla y extender su importancia.

El Derecho recogido por los primeros es tradicional y la segunda es consulta una recepción progresiva del Derecho común, sin excluir por completo las disposiciones del viejo Derecho.

**Labor Privada:** Dos colecciones importantes de juristas anónimos merecen ser señalados:

- ✍ **Libro de los fueros de Castilla:** Escrito en la segunda mitad del siglo XIV que agrupa costumbres territoriales, fazañas y privilegios reales.
  
- ✍ **El fuero viejo de Castilla:** Se redacta en 1356 bajo Pedro I para algunos historiadores (Gallo) se trata de un fuero mobiliario o clasista. Otros observan disposiciones de carácter territorial extraño a la nobleza, no obstante hay que tener presente más tarde la primera de Toro (1505) hace referencia al fuero viejo como fuente legislativo capaz de ser invocada.

**Labor Oficial:** Tres reyes buscan la unificación del Derecho territorial acogiendo preferentemente Derecho común, son: Fernando III, Alfonso X y Alfonso XI. Al primero se atribuye la formación de consejo de 12 sabios para que lo asesoraran en la tarea unificadora. De ello queda el Septenario obra más filosófica que jurídica. Su tarea será proseguida por su hijo. Del Septenario se conoce sólo el prólogo y un fragmento sobre materias religiosas. De mayor eficacia fue la traducción al romance del Liber Iudiciorum que mando hacer para la unificación jurídica por vía local.

## La Labor Jurídica de Alfonso X, El Sabio<sup>26</sup>

A la dictación del fuero real, como medio de producir, la unificación por la vía local, hay que añadir, como aporte del rey sabio en el campo de Derecho territorial, en Espéculo, las Partidas y diversos Opúsculos legales.

**El Espéculo:** Se conocen sólo los cinco primeros libros, tiene similitud con el fuero real y las partidas y una marcada influencia romana- canónica. Se cree por algunos que haya sido un proyecto preparatorio de las partidas.

**Los Opúsculos Legales:** Se comprende bajo este nombre las **leyes de los adelantos**, que reglamentan las atribuciones de estas autoridades militares y administrativas; **el ordenamiento de las tahurerías**, redactando por Roldán, que reglamentan los casos de juegos pertenecientes al estado y municipios.

**La ley de la mesta**, referente al funcionamiento del Consejo de la mesta, corporación de los ganaderos y las llamadas **leyes nuevas** que abarcan diversa materias, entre ellas el préstamo o interés y disposiciones aclarativas del fuero real.

## Alfonso XI y el ordenamiento de Alcalá

La multiplicidad de la legislación y la pugna entre el Derecho territorial y el local, habían introducido una confusión a la que era urgente poner término. Alfonso XI, deseoso de concluir con esta anarquía legal y de introducir una jerarquía en el uso de las fuentes del Derecho local y del territorial, dictó en 1288 un conjunto de leyes en las cortes de Alcalá de Henares, que se conocen, con el nombre de Ordenamiento de Alcalá. Aprovecha y refunde ordenamientos anteriores y contiene disposiciones sobre Derecho procesal, Derecho contractual y sucesorio, Derecho penal, orden de prelación de las leyes de Derecho nobiliario<sup>27,28</sup>.

Por lo que toca al orden de prelación, establece en la ley 1ª del título 28 que en primer término se aplicaran las disposiciones propias de ordenamiento; en segundo lugar al fuero real y los fueros municipales y nobiliarios "en aquellas cosas que se usaren, salvo en aquellas que nos fallaremos que se deben mejorar o enmendar, en las que son contra Dios, contra razón o contra ley" y en tercer lugar las partidas, como legislación supletoria. En caso de duda o ausencia de ley para fallar, había que acudir al rey para que aclarara el contenido de la disposición oscura o

<sup>26</sup> Alfonso X el Sabio", Enciclopedia Microsoft® Encarta® 98 © 1993-1997 Microsoft Corporation.

<sup>27</sup> Merello Italo, Historia del Derecho, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1989, 164 pp.

<sup>28</sup> "Fernando VII", Enciclopedia Microsoft® Encarta® 98 © 1993-1997 Microsoft Corporation.

dictara una nueva ley: no se da cabida ni a la costumbre, ni a las decisiones judiciales, ni a la doctrina de los jurisconsultos.

El ordenamiento de Alcalá constituye un paso considerable en la unificación del Derecho territorial castellano, lo que no impide que se sigan concediendo algunos fueros hasta el siglo siguiente, aunque desde entonces los monarcas, al confirmar un fuero suelen exceptuar lo que se oponga a las leyes del ordenamiento.

## La pugna entre el Derecho legislativo y los juristas del Derecho Común

Los esfuerzos realizados por el ordenamiento de Alcalá para ordenar las fuentes jurídicas resultaron vanos. Como en las universidades se estudia solo el Derecho Romano y el Canónico, los jueces y abogados invocaron en los pleitos las opiniones de los jurisconsultos del Derecho común, no solo a la falta de ley, sino con presciencia de la existente.

Don Juan II trató de contener en parte, este abuso, dictando en 1427 una pragmática por la que se prohibió a los abogados, bajo pena de privación de oficio, alegar ante los tribunales la opinión, autoridad o glosa de cualquier legista o canonista posterior a Juan Andrés y Bartolo. Este nuevo intento de limitación de romanismo no tuvo tampoco ningún resultado.

## Las Partidas

Están divididas en siete capítulos, y constan primeramente de un prólogo, en el cual se sostiene que es una obra destinada a ilustrar a los reyes, acerca de los Derechos con que han de mantener a los pueblos en justicia y paz, además señala a los súbditos las normas de religión y de justicia.

Cada partida está dividida en capítulos.

- ✍ **La Partida Uno:** plantea el concepto de ley, fundamentándolo en la moral. Establece normas sobre Derecho público eclesiástico, es decir son normas de ordenamiento de la iglesia; se reconoce el matrimonio religioso como el único legítimo, con valor legal; el clero goza de inmunidad personal; se restringe el asilo en las iglesias, a delitos menos graves, no aceptándose para homicidas, ladrones y salteadores.
- ✍ **La Partida Dos:** tiene treinta títulos, y trata de Derecho público, en ella se establece el fundamento político del poder, al otorgarle a la monarquía origen divino, esto es lo que los historiadores llaman "Contrato Callado Tácito", que consiste en que el poder viene de Dios al pueblo y éste lo delega en el monarca, por este concepto los reyes son vicarios de Dios, y han sido puesto en ese poder para mantener la justicia en la tierra. Esto da origen al tiranicidio.
- ✍ **La partida Tres:** tiene veintisiete títulos, y trata de procedimientos civiles. Establece los requisitos para ser abogados, no podían las mujeres, ni los menores de diecisiete año. Establece los requisitos de la prueba, plazos, como se inicia el proceso, la forma de ejecutar la sentencia. En otro título hace referencia al Derecho de propiedad, estableciéndose los bienes de uso común, tales como la calle, ríos, puertos, lagos, mar, caminos. Se reconoce la propiedad comunal, las dehesas, los montes, lugares comunes de donde el pueblo podía llevar su ganado, recoger leña, etc.
- ✍ **La Partida Cuatro:** tiene diecinueve títulos, trata del matrimonio y la familia, sobre la patria potestad, sanciones para el padre que de maltrato a los hijos, concepto de dote, que viene del Derecho Romano; reconoce la existencia de la esclavitud, pero no su justicia; reglamenta tipos de relaciones, entre el señor y el siervo, entre el esclavo y el propietario. También se refiere al concepto de feudo, el cual se define como la protección que el señor le da al siervo y la lealtad de éste a su señor.
- ✍ **La Partida Quinta:** se refiere a los contratos, como por ejemplo, mutuo, préstamo, comodato, depósito, donación, compraventa, etc., se establece la nulidad del contrato de usura; el mutuo consentimiento en el contrato de compraventa, es suficiente para producir su validez.
- ✍ **La Partida Sexta:** se ocupa de la sucesión por causa de muerte; de las tutelas y curatelas; se establece la edad para ejercer la capacidad jurídica en el caso del testamento, por ejemplo los hombres pueden testar desde los catorce años y la mujer desde los doce años.
- ✍ **La Partida Siete:** tiene treinta y tres títulos, versa sobre el procedimiento penal o imputabilidad; sobre los recursos; el duelo judicial o ripto (enfrentarse con armas), que está reservado a la nobleza; se establecen las penas para los delitos, indicándose que los actos del hombre son considerados delitos cuando a primado la voluntad.

**Penas :** la muerte o pérdida de un miembro; trabajo perpetuo en las minas del rey; destierro perpetuo con o sin confiscación de bienes; cárcel perpetua; que sólo se aplica a los siervos; infamia; privación o suspensión del oficio; azotes o heridas pública, o exposición del reo desnudo y untado de miel para sufrir las incomodidades de las moscas.

Nadie puede sufrir ser condenado por simples presunciones. Se recomienda a los jueces inclinarse más al perdón que al castigo.

## Los procedimientos en la Edad Media

Los pueblos germanos introdujeron en el Imperio Romano sus propios usos y costumbres, sus procedimientos penales no se diferenciaban de los civiles así por ejemplo ante un delito una de las partes reclamaba una indemnización pecuniaria por el daño resultante, si el ofendido había muerto la acción la continuaban sus parientes. La instrucción del proceso era pública y oral, las partes debían comparecer al tribunal en día fijo y sin representación, la confesión era la prueba perfecta, si el acusado no confesaba, estaba obligado a probar su inocencia, prestando un *juramento purgatorio* acompañado de un número de conjuradores que venían en forma solemne a darle un testimonio de moralidad a su afirmación. Si el acusado negaba el delito, y el juramento era rechazado y no existían otras pruebas evidentes del hecho, procedía el *juicio de Dios* que por medio de ciertas pruebas llamadas *ordalías* <sup>1</sup> Muy usada fue la ordalía por el hierro al rojo cogida a mano desnuda por el acusado, si la quemadura era benigna quedaba fuera de sospecha. De uso frecuente eran también el agua y el aceite hirviendo, en la ordalía llamada *de la cruz* en la que dos sospechosos eran colocados uno frente al otro, con los brazos extendidos, el que primero bajaba un brazo era declarado culpable. Tales prácticas fueron regularizándose en la medida de una mayor influencia cristiana y la sedentariedad de los pueblos germanos, manteniéndose el principio de que se admitían solo a falta de otras pruebas, fueron reconocidas por las leyes: Carlomagno les dio valor así también el fuero juzgo en la que se empleo la ordalía del agua hirviendo, no será hasta el año 1215 en que en el concilio de Letran se las prohibió definitivamente gracias a los esfuerzos del Papa Inocencio III.

En la época feudal se mantuvieron la identidad entre el procedimiento civil y el procedimiento penal, y el Derecho de acusación, que estaba reservado sólo a la parte perjudicada por el delito. Como medio de poner termino a la litis aparece el duelo o combate judicial, que vino a ser suprimido al igual que las ordalías por el concilio de Letran.

Luego en un avance posterior las leyes permitieron a los magistrados perseguir de oficio el castigo de los delitos, ello porque en general las multas y confiscaciones que se imponían iban a parar al fisco, incluso en Francia en el siglo XIV se estableció que junto a los tribunales reales, la justicia señorial, un procurador del rey y otro del señor (feudal) participaran activamente en la persecución de los delitos, de ahí tomo su origen el ministerio público. En cuanto al carácter de la acción penal esta se transformó gradualmente presentando dos formas: la acusación directa, en que el perjudicado ejercitaba la acción penal y la simple denuncia, esta última tenía dos ventajas sobre la acción directa: no exponía a su autor, si estaba mal fundada a las penas del talión (aún usadas a fines del siglo XIII) y facultaba al juez para apreciar el fundamento de la queja, lo que dejaba al denunciante al abrigo de toda sospecha de que pudiese obrar por venganza. Ello naturalmente generó abusos, lo que una ordenanza de 1303 relativa a la jurisdicción municipal de Toulouse, ordeno que cada denunciante diera su nombre a efecto de ser castigado de ser un calumniador, prescribiendo también en diversas regiones que el denunciante debía prestar juramento de calumnia.

El procedimiento inquisitivo tuvo raíces en el procedimiento *extra ordinem* de finales del Imperio Romano el que como es sabido se difundió ampliamente en el centro y sur de Francia, España e Italia<sup>29</sup>)

## Capitulo Segundo: Los inicios de la edad moderna

### Auge y caída del imperio español.

- ✍ 1516: A la muerte de Fernando de Aragón, la Corona española recae sobre Carlos I de España y V de Alemania, el cual reúne bajo un solo cetro los reinos españoles de Castilla y Aragón, más los dominios italianos y europeos de los Habsburgo.
- ✍ 1519: Carlos es coronado emperador del Sacro Imperio Romano (28 de junio), lo que envuelve a España en interminables guerras; el monarca se enfrenta al Imperio Otomano, toma prisionero en Pavía a Francisco I de Francia e intenta resolver el grave problema de la Reforma.
- ✍ 1556: Carlos abdica y se confina en el monasterio de Yuste (donde muere dos años más tarde), dividiendo sus dominios entre su hijo Felipe II y su hermano menor Fernando I. La mayor parte del Imperio permanece en manos de la rama española de la Casa de los Austria.

<sup>29</sup> Garraud, op. cit., t. I, n° 43, pp. 50 y 51.

- ✗ 1571: Don Juan de Austria, hermanastro de Felipe II, derrota a los turcos en la batalla naval de Lepanto.
- ✗ 1588: Desastre de la Armada Invencible contra Inglaterra. El declive de España se hace más notable.
- ✗ 1700: Con la muerte de Carlos II, termina la dinastía de los Habsburgo y estalla la Guerra de Sucesión española, en la que se ven envueltas Francia, Inglaterra y Austria.
- ✗ 1714: La guerra termina. Francia impone a Felipe de Anjou (Felipe V), nieto de Luis XIV, como rey de España. España pierde Bélgica, Luxemburgo, Milán, Nápoles, Cerdeña, Menorca y Gibraltar.

## La Plenitud y Expansión del Derecho Español absolutista (1474–1700)

Se caracteriza por ser un período de plenitud y expansión del Derecho Español. Plenitud en toda la Península y Expansión porque ese Derecho Español llega a lo que entonces se llamó las Indias.

Desde un punto de vista Europeo es una época de auge y decadencia del Derecho Común Legislado. En la Baja Edad Media se creó el Derecho Común Doctrinario fue recepcionado y se expresa en leyes de amplia aplicación territorial, pero luego caerá en decadencia ante el surgimiento de los Derechos nacionales. El Derecho Común va quedando como sedimento tradicional que requiere ser modernizado, pero que es profusamente utilizado en los juicios y en la cátedra.

### El orden político

En 1492 el matrimonio de los Reyes Católicos, Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, preparó el camino para la unión de los dos reinos y marcó el comienzo de un período de creciente éxito para España, ya que durante su reinado Granada, la última fortaleza de los árabes en España, fue conquistada y a la vez, en el mismo año histórico de 1492, las carabelas enviadas por la Corona de Castilla bajo el mando de Cristóbal Colón llegaron al nuevo continente que denominarían posteriormente América. Las Islas Canarias se convirtieron en territorio español (1495), se afirmó la hegemonía de España en el Mediterráneo en detrimento de Francia con la Conquista del Reino del Nápoles, y Navarra se incorporó a la Corona.

1474-1516: Acontecimientos más importantes durante el reinado de Isabel y Fernando:

- ✗ La toma de Granada que completó, el 2 de enero de 1492, la Reconquista cristiana contra el dominio musulmán en España.
- ✗ El descubrimiento de América (12 de octubre de 1492) por Cristóbal Colón.
- ✗ La creación de la Inquisición: un Tribunal que no sólo tenía implicaciones religiosas sino que era también un instrumento que reforzaba el poder de la corona sobre el Estado. La unidad de España fue posible tras el matrimonio de los Reyes Católicos en 1469.
- ✗ La expulsión de los judíos. La búsqueda de unificación no terminó en la victoria militar de 1492, sino que se prolongó en la persecución de una uniformidad religiosa y cultural que culminó con la expulsión, en el mismo año en que finalizó la Reconquista, de los judíos que se negaban a convertirse y la consiguiente expulsión de los musulmanes.
- ✗ La pacificación de los reinos. Para ello se intentó reforzar el aparato del estado el poder real y se hizo uso de las instituciones jurídicas y administrativas ya existentes. La monarquía española se convierte así en uno de los primeros estados modernos de la Europa renacentista.
- ✗ Política internacional de alianzas matrimoniales que consolida el poder español. La corona española desarrolló una política exterior influida por la creación de un estado permanente y sirviéndose de funcionarios y diplomáticos formados en un concepto unitario, y a la vez flexible y confederativo, de la institución monárquica.
- ✗ Los dos siglos siguientes, el XVI y el XVII, fueron testigos de la construcción y el apogeo del Imperio Español, a resultas de lo cual, el país se convirtió en la primera potencia del mundo bajo la égida de los Austrias y la política europea giró en torno a él.
- ✗ La Guerra de Sucesión a la Corona de España (1701-1714) marcó el fin de la dinastía de los Habsburgo y el comienzo de los Borbones. El Tratado de Utrecht de 1713 formalizó la ocupación británica del Peñón de Gibraltar, dando lugar a una situación Colonial anacrónica que todavía persiste hoy y constituye la única disputa entre España y el Reino Unido.
- ✗ Con la ascensión de los monarcas de Aragón y Castilla se produce una unión personal de las coronas. Los reinos siguieron separados. Aragón mirando al Mediterráneo y la costera región de Cataluña son reinos autónomos que mantendrán sus Cortes y sus leyes.
- ✗ Se extiende el período de expansión del Derecho español hasta el año 1812 fecha de la Constitución Liberal de Cádiz, que sin dejar de reconocer la autoridad del monarca ( se proclama: en nombre del bienamado Fernando VII) reconoce la soberanía popular. Surge este movimiento en las costas de Cádiz, que elaboran y



proclaman una constitución en situación de anomia. Posteriormente Fernando VII es restaurado en la corona.

- ✗ Coetáneamente a la Época Moderna, comienza la época Indiana. Para Chile se inicia el 1541 con la expedición de Pedro de Valdivia y finaliza en 1810. En este largo período se pueden encontrar largos momentos diferentes entre sí.

Dinastía que gobernaban:

1492-1516	Época de los reyes Católicos
* 1517-1700	Dinastía o casa de los Austria, conocidos como Habsburgo
1700-1810	Dinastía de los Borbones

\*Durante el reinado de los reyes de Habsburgo se produce la época de Formación y estabilización del Derecho Indiano, desde fines del siglo XV hasta fines del siglo XVII.

El Derecho Indiano es la creación jurídica especial concebida y aplicada por el poder español en América. Con el fin de dotar de organización y regulación jurídica a estos territorios y está formado por los siguientes elementos:

Un Derecho especial para Las Indias, especialmente legislado. Supletoriamente el Derecho Castellano. En subsidio forma parte del Derecho Indiano. En bastante ínfima medida los Derechos Indígenas son acogidos por el sistema jurídico indiano, particularmente algunas costumbres que eran muy similares a otras antiguas de Europa, como la colaboración voluntaria entre vecinos (Minga, Malón, etc.)

A partir del 1700, se produce la época de las reformas Borbónicas llamado absolutismo Ilustrado o Despotismo Ilustrado. Su consigna fue "Todo para el pueblo pero sin el pueblo", es decir sin participación política de los estamentos no señoriales.

## Los Reyes Católicos y la Casa de Austria

### Desarrollo Histórico.

El advenimiento al trono de Castilla (1474) de Isabel y Fernando V Rey de Aragón agrupa a los mayores reinos de la península e inicia el apogeo en España. La conquista (1492) de Granada consuma la obra de Unión Nacional. La unidad religiosa se considera el fundamento de la Unidad Española que se afianza con la reforma interior de la iglesia, la expulsión de los judíos, el establecimiento de la inquisición. El orden interno se alcanza, con la Inquisición de la hegemonía de la nobleza y la creación de la Santa Hermandad. Finalmente el descubrimiento y Colonización de América que hace de España, el imperio más poderoso de la tierra.

1517–1556 Carlos I, primer monarca de Austria, que con el nombre de Carlos V recibe la corona imperial de Alemania; y de su hijo Felipe II 1556-1598 que aunque no la hereda, acrecienta sus reinos. El poderío político se mantiene intacto bajo Felipe III, 1598-1621, pero comienza la declinación aceleradamente durante el reinado de Felipe IV 1621-1665. La crisis se completa con Carlos II 1665-1700 con quién se extingue la casa de Austria.

## El Medio Social y Político

### La Cultura

El advenimiento de la Edad Moderna se caracteriza por el resurgimiento de los valores del paganismo grecorromano en desmedro de los valores dogmáticos medievales cristianos que se expresa en la quiebra de la unión de la iglesia. Escinde la Europa Occidental en los dos campos: El que acepta las nuevas corrientes y el que se mantiene fiel a la tradición católica. España actúa en esta última postura; por lo tanto no abandona los conceptos básicos de la cultura medieval y no acoge los avances de la modernidad, bajo el pretexto que las ideas modernas pueden lesionar la esencia del alma cristiana. Su literatura y arte adquiere el máximo esplendor, llevando impreso el sello religioso bajo el amparo de la Inquisición.

### La Población

La presencia de fuentes musulmanes y judías da origen a conflictos con la población **cristiana**. Habría habido un rechazo de esta debido a la riqueza de los judíos, obtenida a menudo por la usura según las caricaturas o prejuicios de la época, el recelo que inspiraban los judíos conversos. Algunos judíos buscaron el bautismo como medio de

escalar en la sociedad y escapar de la discriminación. Sin embargo, Isabel la Católica fue convencida por la jerarquía religiosa católica que la convivencia de cristianos y judíos acarrearía males espirituales para los cristianos. Fue la causa fundamental para la expulsión de los judíos de toda España, por edicto del 31 de marzo de 1492. Los expulsados fueron puestos bajo "amparo y defendimiento real". Miles fueron expulsados de los territorios españoles y otros miles murieron en la nueva diáspora, o masacrados o enfermos.

La población musulmana, también discriminada, estaba integrada a la sociedad diversa de la época desde la conquista de Granada y mantenían sus antiguas creencias (mudéjares) y los que habían aceptado el bautismo (moriscos) pero siempre fieles al Islam y no se mezclan con el resto de la población, sin embargo los conflictos con la población y las acusaciones de obispos católicos de tener aquellos concommitancias con elementos del África, (enemigos de España) motivaron su expulsión sufriendo la misma suerte que los judíos. La expulsión se inicia con el reinado de Felipe III quien la ordena (1608-1610).

## El rol de La Iglesia

Isabel la Católica emprende la reforma de la Iglesia Española corrigiendo la relajación del clero con la ayuda del Cardenal Jiménez de Cisneros, Arzobispo de Toledo. En los reinados de Carlos I y Felipe II, los monarcas continúan promoviendo con resolución la convocatoria del Concilio de Trento. 1545 para conseguir la reforma de la Iglesia medieval, instrumento eficaz de la tarea de limpieza interior de la Iglesia es la campaña de Jesús, fundada por San Ignacio de Loyola.

El clero influyó en las Universidades, en el pensamiento y en las letras.

La expansión Española adopta un sello predominante religioso, se tiene su eco hasta el extremo oriente con la presencia de Francisco Javier y sus compañeros.

La adhesión al primado de Roma no impide que la corona se arrogue Derechos en la dirección de la Iglesia en España, lo que se conocerá como Regalismo.

## Desarrollo de las instituciones jurídicas y políticas

**El Estado:** A partir de los Reyes Católicos, los monarcas logran la plenitud de la soberanía; aunque el poder radica en el rey y así se puede hablar de monarquía absoluta y sólo se haya limitado por las leyes de Dios y las leyes humanas ya existentes. Una abundante literatura se detiene a analizar los siglos XVI y XVII, el origen y extensión de la potestad real y obligaciones de los príncipes. El teatro de la época recoge la misma doctrina.

La intervención del monarca en la dirección del Estado se hace sentir bajo los Reyes Católicos, Carlos I y Felipe II. Aunque el monarca sigue temiendo el poder el ejercicio lo tienen los validos o ministros.

Cada reino mantiene sus leyes propias y sus cortes, a las que los reyes debían recurrir separadamente en demanda de subsidios; el intento de centralización del Conde- Duque de Olivares, ministro Felipe IV, originaron revueltas en diversas regiones.

Las cortes declinan. En Castilla abandonan su independencia. A partir de 1538, la nobleza y el clero continúan las reuniones con los procuradores de las ciudades, y en su elección intervienen los reyes. Debilitando así la independencia de la asamblea. Bajo Carlos II 1665, se decretó el traspaso de los ayuntamientos, la función de autorizar los impuestos, con lo que las cortes dejaron de convocarse hasta el término de la dinastía. 1700, las cortes de Aragón, Cataluña, Valencia y Navarra, conservan su organización tradicional<sup>30</sup>.

**El Municipio:** Teóricamente se sostiene que el poder radica en todo el pueblo reunido en Cabildo o Consejo Abierto. En la práctica el ayuntamiento ha recogido en sí todo el poder, tanto así que Bobadilla en el siglo XVII dice " sólo pueden todo lo que el pueblo junto".

La corona vende los cargos y oficios municipales formándose un apéndice del poder monárquico.

**La Administración de Justicia:** Aunque los alcaldes siguen siendo los jueces locales, se generaliza la costumbre de los reyes de nombrar corregidores que administran justicia en su corregimiento; se crean los alcaldes de Hermandad que entienden de violencias o heridas con fuga del hechor.

Bajo los reyes Católicos se crea, además de la existente Cancillería de Valladolid, otra en Granada y se señala como límite entre ambas el río Tajo. Bajo la Casa de Austria se instituyen otras Audiencias menores, en calidad de tribunal especial, y se crea la Inquisición.

**La Inquisición:** Los falsos conversos del judaísmo e Islamismo y la aparición de algunas herejías, lo que fue considerado un peligro para la unidad de la fe, indispensable para el orden político, da origen al tribunal del Santo

<sup>30</sup> Tagle Martínez, Hugo, Curso de historia del derecho constitucional. Historia del Derecho Constitucional de Castilla. De su más remoto origen hasta 1818. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1989, Volumen I 318 pp. (Ver páginas 287 a 300.).

Oficio de la Inquisición. Los Reyes Católicos obtienen en 1478 del Papa Sixto IV una bula que les permite nombrar 203 inquisidores con facultades que atañen la defensa de la fe, puesta en práctica en 1480, extendiéndose a otros delitos más propios de un tribunal penal civil o político.

El procedimiento es secreto, si el tribunal cree que hay antecedentes suficiente, decreta prisión preventiva del acusado, en el caso de duda se puede aplicar el tormento, lo cual fue la regla.

Las penas son las que contemplan las leyes civiles. Se llama "auto de Fe" la proclamación solemne y pública del fallo del tribunal, en el se producen las reconciliaciones y las relajaciones al brazo secular para la aplicación de la pena de muerte.

El excesivo rigor aplicado por los primeros inquisidores dio motivo a censuras de los Papas Sixto IV y Alejandro VI. La corona hará todos los esfuerzos para independizar la Inquisición de la jurisdicción Eclesiástica. Se calcula 10 y 15 mil los condenados en los siglos de su funcionamiento.

## Las Fuentes del Derecho

**Carácter del Derecho:** El Derecho territorial se inicia en la Baja Edad Media y se consulta en la Edad Moderna, por la importancia de Castilla. Se denomina Español a su Derecho Foral o Municipal al de las otras regiones. No sólo rige en la Edad Moderna, sino que también se crea nuevo Derecho.

La abundancia y complejidad del Derecho Territorial obliga intentar una sistematización de sus normas por medio de las "recopilaciones" técnicas diversas de los "códigos" que fue empleada en el siglo XIX. Las recopilaciones se componen de materiales jurídicos existentes, vigentes o no, ordenados cronológicamente por materia. Los códigos del siglo XIX contienen, en cambio, un Derecho nuevo en gran parte y excluye al Derecho derogado, además es un orden sistematizado por materias.

**Fuentes Jurídicas:** Dentro de estas se encuentran:

- ✍ **La ley:** Disposiciones dictadas por los Reyes, con las cortes (ordenamiento) y las normas directamente por ellos (pragmáticas).
- ✍ **La Costumbre:** Confirma la ley y goza de aceptación legal, pero la costumbre tiene mayor vigencia en regiones rurales.
- ✍ **La Literatura Jurídica:** Tiene su desarrollo en los siglos XVI y XVII.
- ✍ **El Derecho Natural:** Surge con especial fuerza para legitimar al poder político y también el concepto de justicia. Se trata por cierto de un Derecho natural católico, fundado en la revelación, Es elaborada por la Escolástica de la Iglesia. Los dominicos Francisco de Vitoria y Domingo de Soto, y los Jesuitas Luis de Molina y Francisco Suárez, se destacan en este aspecto.
- ✍ **Derecho Político:** Existe una línea común de pensamiento político en los tratadistas de la época. El pueblo o sociedad política orgánicamente constituida es depositario del poder que emana Dios, como fuente remota de todas las cosas. El pueblo al transferir el poder es dueño de darlo en su totalidad o de reservarse un parte de los Derechos que lo constituyan. La monarquía como forma de gobierno encuentra su mayor aceptación, sólo las leyes justas obligan en conciencia. Los jueces deben legislar con el consentimiento del pueblo. Esta doctrina se conoce también con el nombre de contrato tácito o callado. Se trata en todo caso de una idealización por cuanto realmente no existían Derechos políticos tal como hoy se conciben por cuanto era una sociedad estamental.
- ✍ **El Derecho Penal:** Su principal expositor es el Franciscano Alfonso de Castro, sólo el poder público puede aplicar la sanción Penal y no esta permitido a particulares la venganza privada; El Derecho Penal descansa en el Derecho Natural, la determinación concreta de la pena es materia de Derecho Positivo. La ley Penal no debe tener efecto retroactivo y no debe extenders e la aplicación analógica de las penas, se acepta la pena de muerte.

## La evolución del procedimiento penal en el Derecho Castellano

Las Siete Partidas fueron dictadas entre los años 1256 hasta 1263 bajo el reinado de Alfonso X y su objeto era colocar en castellano el Derecho estudiado en las escuelas de formación de juristas, no fue sino hasta 1348 en las Cortes de Alcalá en que se les dio fuerza legal.

La Partida 3ª. Trata del procedimiento judicial, la 7ª. Trata el Derecho penal, fundado en el procedimiento acusatorio y en la pesquisa.

La importancia de las Siete Partidas, radica para nuestro estudio, porque fue el texto legal que los conquistadores españoles aplicaron en Chile, y continuo su vigencia hasta después de su independencia.

En cuanto al procedimiento penal, las formas de iniciarlo eran tres: Por acusación, por denuncia o por *oficio del juez* *faziendo ende pesquisa*.

Por denuncia era la simple información dada a la justicia acerca de la comisión de un hecho delictivo, dando el nombre ante el juez de la persona que había ejecutado el delito, era denuncia de un hecho y delación de un presunto culpable, para facilitar la denuncia la ley mantenía en secreto el nombre del denunciante. Continuando adelante el proceso.

La acusación fue concebida como una cosa que da carrera a los que quieren saber la verdad de los malos fechos, por venir mas en cierto a ellos... Propiamente es dicha acusación profacamiento que vn ome faze a otro ante del judgador, afrontándolo de algún yerro que dize que fizo el acusado, e pudiendol que le faga venganca del<sup>31a</sup>.

La acusación importaba una actividad procesal en la que el acusador se comprometía a probar que el acusado era el verdadero delincuente, y podía incurrir en responsabilidad si no lo demostraba, es decir, se quería que esa actividad de parte fuera sincera de allí las diversas mediadas adoptadas para evitar las falsas imputaciones. En general podía acusar todo hombre a quien no se le negara ese Derecho, no podían hacerlo la mujer ni el menor de 14 años, el alcalde u otro adelantado con oficio de justicia, el que tuviera mala fama, quien haya dado falso testimonio, o el pobre cuyo haber no sobrepase los 50 maravedies, los copartícipes en el hecho realizado de consuno, el siervo al señor que lo libertó, el hijo al padre, ni hermano a su hermano. Todas estas personas solo podían acusar en pleitos de traición en contra del Rey

La acusación debía ser hecha por escrito a fin de que sea *cierta e non la pueda negar ni cambiar el que la fiziere*. En ella se ponía el nombre del acusador, el del acusado, del juez, el delito y el lugar y fecha de su cometido. Se presentaba ante el juez del lugar en que se perpetro el delito, pero si el inculpado era aprehendido en otro tribunal la causa se radicaba en él, siempre que no se alegase incompetencia. El juez al recibir el escrito, anotaba su fecha *rescibiendo luego del acusador la jura que non se mueue maliciosamente a acusar, mas cree que aquel a quien acusa que es en culpa o que fizo aquel yerro de quel faze la acusacion*<sup>32</sup>. . Luego se emplazaba al acusado dándole traslado de la demanda por un plazo de 20 días, era posible que el acusado se defendiera poniendo *defensión ante si para desechar al acusador o otra, si la quiere tal que pueda valer según Derecho*. Pero si no hacía esto, tenia que responder en el plazo que le fue puesto.

La contestación se hacia verbalmente en una audiencia a que debían concurrir acusador y acusado, si este último no concurría el juez procedía contra él, haciendo pregonar en el lugar donde solía morar o donde cometió el yerro, para que todos supieran que fulano fue emplazado, si después de treinta días seguía rebelde, se tomaban medidas sobre sus bienes, si transcurrido un año no aparece los bienes pasan a la cámara del rey sin perjuicio de los Derechos que tuviere la mujer sobre ellos.

Si es el acusador quien no se presenta y si lo hace el acusado, el juez debía hacerlo emplazar señalándole un plazo, que si no concurre ni se *embiare escusar por alguna razon derecha, deue el judgador dar por quito la acusado*, y acusador no volverá a ser oído, y deberá pagara la cámara del rey cinco libras de oro dándosele por infamado para siempre.

En cuanto al desistimiento de la acusación, el acusador no podía hacerlo en los casos señalados en la ley, que eran seis: 1° cuando la acusación era maliciosa o falsa. 2° cuando el acusado hubiera sido encarcelado y sometido a tormento, caso en el que el acusador *no podía desamparar la acusación sin otorgamiento del acusado*. 3° si se refería al delito de traición en contra del rey o del reino. 4° cuando la acusación era hecha contra un caballero que por mandato del rey resguarde fronteras, un castillo, camino u otro lugar. 5° cuando la acusación se refería a alguna falsedad; y 6° si ella decía relación con un haber hurtado o robado al rey, a un religioso o santo, caso en que el acusador debía probar la acusación, si la desamparaba debía recibir el castigo que correspondía al acusado de probársele el yerro.

No tratándose de alguno de estos casos, podía el acusador desistirse de su acción dentro del plazo de treinta días. El tercer modo de iniciar el proceso era la pesquisa de oficio: De su oficio puede el Rey o los judgadores, a las vegadas, estrañar los malos fechos, maguer non los aperciba ninguno nin sea fecha acusacion sobre ellos, esto se podía hacer en cinco casos:

1. Si alguno aduxesse a sabiendas carta falsa e vsasse della para prouar lo que demanda o para defenderse de lo que le demandassen.
2. Si algún testigo diera falso testimonio.
3. Quando algund malfechor anda faziendo algund mal recaudo, furtando o faziendo otros yerros manifiestamente, de manera que lo saben los omes de aquellos lugares e es cosa manifiesta, e el fecho del es en guisa que se non puede encobrir.
4. Cuando alguno hubiera acusado a otro en forma maliciosa y no pudiese probar aquello de que le acusó.
5. Cuando el juez supiese ciertamente que alguien era guardador de huérfanos y usaba mal de la guarda con daño de estos.

<sup>31</sup> Ley I, tít. I, Part. 7.

<sup>32</sup> Ley XVI, tít. I, Part. 7ª,

La pesquisa se realizaba en pueblos o villas para investigar las reclamaciones de los habitantes por males o daños recibidos sin que supieran quien los hizo, o para descubrir los delitos de que se tenía conocimiento por el rumor público que viniera ante el Rey o de aquellos hechos en que este en persona se informara andando por su tierra.

Las investigaciones estaban a cargo de dos pesquisadores, a lo menos, y un escribano, en caso de dispersión de opiniones se podía designar un tercer <sup>33</sup>En cuanto a su labor, los pesquisadores debían escudriñar *la verdad de las cosas mal fechas encubiertamente*, la ley también señaló quienes podían ser investigadores: *Buenos omes que teman a Dios, e de buena fama, porque de su pesquisa muchos han de morir o de sufrir pena en los cuerpos o daño en los aueres*, servir fielmente al rey y ser acuciosos en la verdad. A los pesquisadores se les debía respeto y protección, *deuen ser honrrados y guardados assí como los alcaldes de la corte del Rey*<sup>34</sup>

En cuanto al procedimiento a que debían ajustarse, primero, debían jurar que realizarán la pesquisa lealmente y que ni por amor, miedo ni promesa cambiar cosa alguna de lo que fallaren, ni dejar de preguntar aquellas cosas, *por que la mejor sabran assí como diximos en el Titulo de los Testigos*<sup>35</sup>

Además les estaba vedado hacer la pesquisa con hombres viles y sospechosos o enemigos de los inculpados. Y debían hacer jurar a los escribanos, luego a los testigos de que dirían la verdad.

En lo referente a la prueba, los medios de prueba se fijaron taxativamente, que en materia penal fueron la *conocencia* o confesión, el testimonio y las cartas o documentos. Todo el sistema estaba dirigido a lograr la prueba perfecta, la confesión y para ello se recurría a modos extremos, como la flagelación o tormento. Las presunciones no tenían mayor valor, la presunción era: *tanto dezir como grand sospecha* (Ley VIII, tít. XVI, Part. 3ª). Es decir se la equiparaba a las sospechas.

En cuanto a los testigos no podía serlo el enemigo del inculpado, debían tener veinte años cumplidos, tampoco se podía testimoniar en causa criminal el hijo contra el padre o abuelo (reverencia al linaje), el que estuviera en cárcel o en cadena del rey.

En cuanto al valor de la testimonial regía el principio *testis unus, testis nullus*: dos testigos que sean de buena fama e que sean atales que los non puedan desechar por aquellas cosas que mandan las leyes deste nuestro libro, abonda para prouar todo pleyto en juyzio<sup>36</sup> Norma que fue aplicada con rigor, entendiendo los jueces que el dicho del testigo singular no podía dar una prueba cierta, sino una mera sospecha.

Otra regla es aquella que establecía el valor que han de tener los testigos en juicio en cuanto a que las partes presenten testigos de manera que los dichos de unos y de otros fueron contradictorios, el juez deberá dar mayor valor o entender que se acercan más a la verdad los dichos de los testigos de mayor fama, en caso de igualdad de los testigos en razón de su persona y fama, se estará al mayor numero, si los testigos fueren iguales en numero y fama entonces *deue el judgador dar por quito al demandado de la demanda que le fazen, e non le deuen empecer los testigos que fueron aduchos contra el*. Ley XL, tít. XVI, Part. 3ª. Regla civil aplicable en materia penal.

El plazo de duración de la pesquisa no podía exceder de tres días o nueve a lo más, para luego remitirla a quienes la *"buieren de judgar"*, si la pesquisa la encargó el rey, debía ser cumplida en el plazo que este haya señalado.

Terminada la investigación sumaria, se daba traslado al sospechoso de culpabilidad, a fin de que se defienda, si este confesaba se dictaba la sentencia condenatoria *pues el judgador ante quien es fecha la conocencia deue dar luego juyzio afinado por ella* ley II, tít. XIII, Part. 3ª. La ley estableció que no valía la confesión arrancada por apremio de tormento. Pero, ello no obstante, se dispuso que si aquel que fue atormentado reconociere después, de su llana voluntad y sin tormento, aquello mismo que confesó cuando le hacían el apremio, valía esta confesión. El tormento se aplicaba de muchas maneras pero el principal eran los azotes, y colgar al hombre de los brazos con cosas pesadas a la espalda, lo que se justificaba en la ley de esa época porque *los omes cometen a fazer grandes yerros e malos, encubiertamente, de manera que non pueden ser sabidos ni prouados por otra manera, por los tormentos los judgadores saben la verdad de los malos fechos encubiertos que non se podrian saber de otra guisa* Ley I, tít. XXX, Part. 7ª.

De todas maneras la aplicación de tormentos debía ser ordenada por los judgadores ordinarios solo ante la existencia de presunciones o sospechas ciertas sobre los delitos cometidos por los inculpados, no pudiendo aplicarse a menores de 14 años, ni a mujeres embarazadas, ni a los maestros de leyes, consejeros señalados del Rey. \* Pero podía imponerse la tortura a los testigos siempre que el juez crea que alguno *anda desuariando en sus dichos e se mueue maliciosamente para dezir mentira*, salvo que se trate de personas liberadas de este apremio. En cuanto a la forma de aplicar el tormento la ley disponía que debían estar presentes el *judgador*, el escribano y el suplicado nadie mas era admitido, debía darse en lugar apartado, preguntando el juez: *"Tu, fulano, sabes alguna cosa de la muerte de fulano? Agora di lo que sabes, e non temas, que non te faran ninguna cosa si non Derecho"* Una vez que el preso dijese lo que sabía sobre el delito, era devuelto a la prisión, pues aunque hubiera reconocido el hecho el juez no

<sup>33</sup> Ley V, tít. XVII, Part. 3ª.

<sup>34</sup> Ley VIII, tít., XVII, Part. 3ª

<sup>35</sup> Ley IX, tít. XVII, Part. 3ª.

<sup>36</sup> Ley XXXII, tít. XVI, Part. 3ª.

podía condenarlo de inmediato, ya que debía interrogarlo nuevamente al siguiente tenor: "*Fulano ya sabes como te metieron tormento, e sabes que dixiste quando te atormentauan; agora que non te atormenta ninguno, di la verdad*". Al reconocer lo que antes dijo, entonces allí se le condenaba.

El juez incurría en sanción si atormentaba a un hombre en forma distinta de la dispuesta por la ley, o si lo hacía maliciosamente o por enemistad o por dádiva. Si muere el atormentado o perdiera un miembro, *el judgador debía recibir otra tal pena como la que hizo dar aquel o mayor, catando la persona que fue assi atormentada e la del judgador que lo mando assi fazer*. Ley IV, tit. XXX, Part. 7ª.

De toda sentencia definitiva podía alzarse cualquiera que se tuviera por agraviado. Pero también se podía apelar de la resolución que injustamente mandase dar tormento a alguno o que ordenase otra cosa indebida y fuera de fuera de tal naturaleza que después no se pudiese reparar el daño o la vergüenza producida al agraviado. Podía interponer apelación el pariente del condenado a muerte, lo podía también hacer un extraño por amor o piedad del condenado, estaban privados de apelar los Derechos *los ladrones conocidos e reboluedores de los pueblos, los forcadores o robadores de las virgines e de las biudas o de las otras mugeres religiosas*, y los falsificadores de monedas o sellos del rey, o los que matan con venenos o a traición o con alevosía. Ley XIII, tit. XXIII, Part. 3ª.

**El Derecho Internacional:** Francisco de Vitoria 1483-1546, es considerado el fundador del Moderno Derecho Internacional, como también lo serán Francisco Suárez, Luis de Molina y Baltazar de Ayala 1548-1584. Sus principios básicos son los siguientes:

- ✍ Existencia de una Comunidad Natural de Naciones regidas por los principios universales del Derecho de Gentes (Derecho Natural).
- ✍ Igualdad Esencial de los Estados y negación de autoridades superiores a éstos.
- ✍ Libertad de comunicación y comercio en los Estados.
- ✍ Todos rompen con el esquema de la "Cristiandad" e integra a todos los pueblos en un orden jurídico común.
- ✍ Corresponde al poder público exclusivamente el declarar la guerra.

## La Obra Legislativa de los Reyes Católicos

**Ordenanzas Reales de Castilla:** El Doctor Alfonso Díaz de Montalvo inicia en Castilla la tarea recopiladora; se imprimió por primera vez en 1484. Se divide en ocho libros:

- ✍ Religión
- ✍ Derecho público
- ✍ Derecho procesal
- ✍ Clases sociales
- ✍ Derecho Civil
- ✍ Hacienda
- ✍ Derecho Municipal
- ✍ Derecho Penal

Contiene además ordenamientos desde el de Alcalá de 1348. Vulgarmente es denominada "Ordenamiento de Montalvo".

## Pragmática de Madrid (1499)

Destinada a impedir la invasión de la jurisprudencia Romano - Canónico. Permite que a falta de ley se pueda invocar en juicio opiniones de dos civilistas: Bartolo y Baldo y dos Canonistas: Juan Andrés y el abad Panormitano (Nicolás de Tudeschi). Derogada por la primera ley de Toro (1505).

## Colección de Bulas y Pragmáticas

Fue publicada en 1503 por Juan Ramírez, que obtuvo el mismo año sanción oficial. Como su nombre lo indica reunía las Bulas Papales y las normas reales denominadas Pragmáticas.

## Leyes de Toro

Se le da éste nombre por haber sido promulgadas en las Cortes de Toro, 1505. Su redacción data de los tiempos de Doña Isabel y se debe principalmente a Juan López de Palacios Rubio. Son ochenta y tres y están agrupadas en

códigos referente a diferentes materias cuyo objetivo es reaccionar contra la invasión de la jurisprudencia extranjera; resolver las dudas y completar las disposiciones del Fuero Real, Partidas y Ordenamientos de los Jueces.

La primera ley de Toro reitera el orden de prelación establecido por el ordenamiento de Alcalá, enseguida se deroga la Pragmática de Madrid de 1499, que daba valor a las opiniones de juriscultores Canonistas y Romanista. Las nuevas disposiciones se refieren a las personas y los bienes, el matrimonio y las pruebas de estado civil; clasifican a los hijos ilegítimos en Naturales, determina las formalidades de los testamentos, entre otros.

## La Labor Legislativa de la Casa de Austria

Isabel la Católica ordena la formación de un nuevo cuerpo recopilador de leyes vigentes<sup>37</sup>. Pero solo en el reinado de Felipe II logró concluirlo Bartolomé de Atienza siendo promulgada en 1567 bajo el nombre de "Recopilación de las leyes de estos reinos". Teniendo siempre vigencia los cuerpos legales anteriores. Se utiliza en su redacción las mismas fuentes aprovechadas en el ordenamiento de Montalvo, agregándose las posteriores de las leyes de Toro divididas en nueve libros uno leyes, justicia, procedimientos, judiciales, Derecho civil, nobleza y contribuciones, régimen municipal, moros, judíos y otras materias varias, hacienda pública incluida.

Se hace una nueva edición llamada "Nueva Recopilación" y en 1723 se agrega un nuevo tomo "Auto Acordados del Consejo".

# Capítulo Tercero: La Casa de Borbón (1700-1812)

## Desarrollo Histórico

En 1700 se inicia la nueva Dinastía de Borbón, que favorecerá la influencia Francesa. Con los Borbones se genera la guerra de sucesión española (siglo XVIII), la cual parte en 1713, junto con el período de equilibrio europeo, en esta lucha Felipe V representa la causa de la unidad de la monarquía, la que se salva en lo fundamental, pues la guerra termina con su reconocimiento como rey de España y las Indias por las demás potencias del orbe. Sólo pierde las otras posesiones europeas de la monarquía, (Flandes e Italia), pero el resto sigue unido bajo la potestad de Felipe V y los demás Borbones que lo sucederán. Termina la supremacía francesa con los tratados de Utrecht y Rastadt, poniendo fin a la guerra de sucesión española y se abrirá un período de equilibrio entre las demás potencias europeas, que se prolongará hasta el inicio de las guerras de la Revolución Francesa (1792). Durante los reinados de sus hijos Fernando VI 1746-1759 y Carlos III 1759-1788, que actúan en la centralización política, activan la restauración económica de España.

Un proceso de descomposición política representa el reinado de Carlos IV 1788-1808. A raíz de un motín ocurrido en Aranjuez, Carlos abdica su corona a su hijo Fernando VII. Enseguida Napoleón invade la península e impone como rey a su hermano José, el pueblo se alza para defender la soberanía nacional ultrajada. Simultáneamente la guerra con los franceses se realiza un movimiento político de carácter liberal que se concreta en las cortes de Cádiz que promulgan en 1812 una constitución que limitó el poder real.

## El Medio Social y Político

### La Cultura

La Escisión en la cultura Europea por el renacimiento y la reforma se acentúa progresivamente a través del tiempo. Según historiadores católicos como Eyzaguirre y Bravo Lira, en Francia y Alemania la nueva tendencia dará origen a una cultura escéptica y antirreligiosa, etcétera, que tendrá su máxima manifestación en el siglo XVIII o siglo de las luces.

En España se ha conservado aislada de este proceso, pero será acogida por las capas superiores de la sociedad Española, se incrementará por la presencia de la dinastía Francesa de Borbón. En general y pese a esas influencias, la mayoría de los "Ilustrados" Españoles conservará la fe Católica.

### La Iglesia

<sup>37</sup>. Trató de realizar el trabajo Lorenzo Galíndez de Carvajal, pero su obra no se publica, luego Pedro López de Alcocer muere no pudiendo darle término.

Las ideas Francesas de predominio absoluto del Estado sobre la Iglesia (Galiganismo) aportadas por la nueva dinastía, acentúan fuertemente el antiguo Regalismo con que Campomanes procura revivir las antiguas prácticas visigodas.

Los Jesuitas son un obstáculo en este plan de dominación o al menos de control de la Corona sobre la Iglesia, pues mantienen la fidelidad al Papa. Según Eyzaguirre, esto les acarrea el odio de los Galicalistas que se suma al que les profesan otras congregaciones católicas y los Masones. Finalmente la Corona decide su expulsarlos de todos los dominios Españoles, por orden de Carlos III en 1767.

## Las instituciones jurídicas y políticas

### El Estado

La Formula de Luis XIX "El Estado soy yo" es trasladada por los Borbones a España. Ahora se sostiene que el monarca recibe de Dios la plenitud del poder y que lo debe ejercer para el bien del pueblo, pero sin la intervención de éste (despotismo ilustrado).

La unificación política la obtiene el primero de los Borbones Felipe V, después de la guerra de sucesión contra el pretendiente Carlos de Austria por cuanto todas las regiones que lo habían apoyado y que eran integrantes de la antigua corona de Aragón, pierden sus organismos políticos y se transforman en provincias Castellanas, el consejo de Castilla asume las funciones del suprimido consejo de Aragón.

### El régimen político del absolutismo ilustrado.-

Etapas: La centralización del poder. Consecuencias de la guerra de sucesión en España. Las nuevas instituciones introducidas por la Casa Borbón en España e Indias y sus efectos en Chile (el Regente, los Intendentes, reforma de los Cabildos, las Reales Ordenes). Fuentes formales del Derecho en España y Chile en el siglo XVIII. Edad Moderna: La plenitud y extensión del Derecho español.

### La centralización del poder

Bajo los Reyes Católicos, la Casa de Austria y la Casa de Borbón se impone el absolutismo, un sistema político en el que se confiere todo el poder a un solo individuo o a un grupo. Hoy el término se asocia casi en exclusiva con el gobierno de un dictador. Se considera el polo opuesto al gobierno constitucional de sistemas democráticos. El absolutismo se diferencia de éstos en el poder ilimitado que reivindica el autócrata, en contraste con las limitaciones constitucionales impuestas a los jefes de Estado de los países democráticos.

Lo que caracteriza al absolutismo es que el monarca reivindica para sí un poder absoluto, desligado de las instituciones estamentales, en virtud de lo que en la época se llaman las Regalías, o sea, las prerrogativas exclusivas e inherentes al rey. Se piensa que su poder está conformado por una serie de pragmáticas, que son normas que el monarca realiza sin la sugerencia de nadie y por lo tanto el pueblo no puede reformarlas, ya que son impuestas y obligatorias en las cuales el monarca no admite negociación alguna con el pueblo. Típicas regalías son, por ejemplo, el Derecho de acuñar monedas, de nombrar magistrados, de administrar justicia y demás

El absolutismo es una construcción jurídica basada en la idea de que sólo al rey competen una serie de poderes que le permiten cumplir su función de gobernante<sup>38</sup>. Esta forma de gobierno se basa en la denominada doctrina del Contrato Callado Tácito que postula lo siguiente:

El poder proviene de Dios, quien a su vez se lo entrega al pueblo para que éste lo delegue en el Rey y a su vez al gobernante, debe administrarlo de forma justa, ya que el pueblo tiene el Derecho de destituirlo en caso que no cumpla como debe, es decir no debe ser tiránico. Por lo tanto el rey debe propender a un buen gobierno, es decir, que debe velar por el bien común de toda la comunidad como proteger a la iglesia, mantener a sus vasallos en paz y en justicia y ampararlos en la paz y en la guerra aunque el poder radica en el rey, y en este sentido puede hablarse de monarquía absoluta, él se halla limitado por las leyes de Dios y por las humanas preexistentes que jura ante las Cortes cumplir al ascender al trono. Como vemos esta concepción un tanto espacial del Absolutismo, que se da en España se debe a su profunda religiosidad debido a que España es un estado confesional, es decir, que el poder político y religioso están unidos y cada uno actúa dentro de su ámbito, el primero dentro de lo temporal y el segundo en lo espiritual por lo tanto se da una especie de dualidad de estos dos poderes que actúan conjuntamente. Esta forma de Absolutismo que podría decirse que es más bien blando se va a dar durante el reinado de los Reyes Católicos y la Casa de Austria. Pero esta forma de gobierno va a evolucionar a un régimen con las características propias del Absolutismo, como tal cuando asuma la Dinastía de los Borbones, se puede decir que bajo esta dinastía



se organizó de manera más prolija y eficientemente todos los órganos administrativos y judiciales. Ahora bien ésta forma de gobierno como hemos dicho anteriormente, tuvo algunas características que la hicieron diferente del resto de Europa, esto se debe que a España geográficamente se encuentra alejada del centro de Europa en donde se dan los mayores cambios políticos y sociales, por lo tanto todos los movimientos ya sean filosóficos como la Ilustración llegaron con muy poca fuerza y tardíamente.

A modo de resumen podemos agregar que la transición de la Edad Medieval en donde todo giraba en torno a Dios, visión Teocéntrica y que además existe un orden preestablecido para todas las cosas el cual lo da la Iglesia, al igual que todo se explica a través de dogmas no se permite el razonamiento de las personas ellas deben aceptar las verdades preestablecidas por la Iglesia, también influye en esta forma de pensar la Escolástica que es un método que intento hacer compatibles la razón y el conocimiento revelado (dogma), esta forma de conocimiento se basa en la tradición Aristotélica se basa en el silogismo es decir que la verdad se obtiene a través de dos premisas una mayor y otra menor, de estas dos se obtiene una tercera que es la verdad que se busca obtener, pero esta forma de conocimiento no es segura ya que es especulativa y además utiliza un método deductivo, por lo tanto la Escolástica no es modo seguro de llegar a la verdad ya que muchas veces se parte de hechos que no son ciertos. Además esta forma de conocimiento concibe al hombre, como un ser que viene con una mentalidad preestablecida, es decir, que este hombre nace con ideas innatas.

Pero al comenzar la Edad Moderna, esta visión de la Iglesia se desmorona, por que ésta entra en crisis debido a la mala forma de actuar de sus representantes que se dedican a llevar una vida mundana más que sacerdotal, además a esto se une que los principados formados por señores feudales pierden fuerza y dan paso a la formación de estados nacionales con ejércitos estables para protegerlos y mantenerlos como unidades; ante estos cambios la única institución que representa seguridad y unidad es la monarquía representada en la persona del rey, que como dijimos anteriormente toma en sus manos todo el poder incluso tendrá prerrogativas sobre la Iglesia que en España se van a expresar como Regalismo, también debemos agregar que en este régimen las personas no son consideradas con Derechos ya que se les ve como vasallos, además el rey hace las y las dicta pero son obligatorias para sus súbditos y no para él por lo tanto el monarca es titular de Derecho. Todo esto que caracteriza a un absolutismo en su esencia se va a dar bajo los Borbones principalmente, pero bajo el gobierno de ellos se va a agregar otro elemento que como dijimos con anterioridad no se va a dar con mucha fuerza y que es la Ilustración, pero de ésta sólo van a tomar ideas superficiales como las reformas administrativas, educacionales pero restringidas a la conveniencia española, el desarrollo de un aparato estatal burocrático, pero en su esencia no se tomará en cuenta, esto que he descrito se le denomina Absolutismo Ilustrado, por lo tanto a las prerrogativas que ya tenía el monarca se le agrega una más como es la preocupación por la felicidad pública, la prosperidad, el mejoramiento de las condiciones generales de vida, pero los Borbones aparte de esto, utilizaran otra teoría política para asentar su poder como es el **Galicalismo** que postula: **Dios es quien entrega la soberanía al rey y éste por lo tanto sólo responde ante Dios y no ante el pueblo**, lo cual se traduce en la fórmula **"Todo para el pueblo, pero sin el pueblo"**.

El absolutismo fue, entonces, la forma de gobierno de las monarquías europeas en los siglos XVII y XVIII. El rey poseía, de hecho y de Derecho todos los atributos de la soberanía: hacía las leyes, administraba justicia, los impuestos se recaudaban en su nombre, mantenía un ejército permanente y nombraba a los funcionarios. Esta es una forma de gobierno que se caracteriza por el modo autoritario y centralizado de ejercer y usar el poder del monarca quien reivindica para sí un poder absoluto, desligado de las instituciones estamentales, en virtud de lo que en la época se llaman las Regalías, denominadas de ésta manera a las prerrogativas que se consideraban o justificaban como exclusivas e inherentes al rey. En el caso de España su poder está conformado por una serie de **pragmáticas**, que son normas que el monarca dicta sin sugerencias de terceros y por lo tanto el pueblo no puede reformarlas, toda vez que son impuestas y obligatorias y en las cuales el monarca no admite negociación alguna con aquellos a quienes se impone en virtud de la idea que sólo responde ante Dios quién le dio el poder soberano. Típicas regalías son, por ejemplo, el Derecho de acuñar monedas, de nombrar magistrados, de administrar justicia, de disponer de los fondos públicos, de recaudar impuestos, de encabezar la administración pública, entre otras.

El absolutismo es, entonces, una construcción jurídico-política que se funda en la idea de que es competencia exclusiva del rey el ejercicio de una serie de poderes que le permiten realizar su tarea de gobernante que Dios le impusiera<sup>39</sup>. En teoría la monarquía absoluta estaba subordinada a la ley divina, a la justicia y a las reglas fundamentales del Estado. El absolutismo tuvo efectos prácticos en la organización del Estado moderno por le permitió a los monarcas desarrollar el centralismo y la unificación territorial.

En el caso de España esta forma de gobierno encuentra su primer fundamento ideológico en el denominado Contrato Callado Tácito que postula lo siguiente: el poder proviene de Dios quien a su vez se lo entrega al pueblo para que éste lo delegue en el Rey quien en su calidad de gobernante debe administrarlo en forma justa por cuanto el pueblo tiene el Derecho de destituirlo en caso que no cumpla como debe y se transforme en tirano. Por lo tanto el rey debe propender a un buen gobierno, velando por el bien común de toda la comunidad entendiendo por el tal

---

<sup>39</sup> Bravo Lira, (1993), Pág. 35-36.

proteger a la iglesia, mantener a sus vasallos en paz y en justicia y ampararlos en la paz y en la guerra. Aunque el poder radica en el rey, y en este sentido puede hablarse de monarquía absoluta, él se halla limitado por las leyes de Dios y por las humanas preexistentes que jura ante las Cortes cumplir al ascender al trono. Como vemos esta concepción un tanto espacial del Absolutismo, que se da en España se debe a su profunda religiosidad impuesta por siglos desde el Estado, debido a que España es un estado confesional, es decir, que el poder político y religioso están unidos y cada uno actúa dentro de su ámbito, el primero dentro de lo temporal y el segundo en lo espiritual por lo tanto se da una especie de dualidad de estos dos poderes que actúan conjuntamente. Esta forma de Absolutismo se desarrolla durante los reinados de los Reyes Católicos y de la Casa de Austria. Pero esta forma de gobierno va a evolucionar a un régimen con las características propias del Absolutismo, como tal cuando asuma la Dinastía de los Borbones; se puede decir que bajo esta dinastía se organizó de manera más prolija y eficientemente todos los órganos administrativos y judiciales pero sometidos a un mayor control del soberano.

Para oponerse al pensamiento político liberal que propugnaba la soberanía nacional, ampliamente desarrollado en la segunda mitad del siglo XVIII en Francia y América del Norte, los absolutistas desarrollan su propia teoría política. En España se manifiesta tardíamente cuando se da a conocer el "manifiesto de los persas" de 1814, relacionado con los pensadores franceses que promueven la restauración de la monarquía. Para los efectos del desarrollo del Derecho en las Colonias se trata de un cambio tardío e inútil, los pueblos Coloniales adoptan formas liberales que los alejan de la Metrópolis.

## La influencia política de los Borbones.

Los Borbones influenciaron enormemente el proceso de independencia en las Colonias, producto de las reformas que ellos mismos llevaron a cabo. Pero sin duda la influencia más importante proviene de la Revolución Inglesa primero, luego de la Independencia de Estados Unidos de América y de la Revolución Francesa, cuyos ideales de libertad y racionalidad serán hechos propios por futuros libertadores americanos quienes encuentran los fundamentos ideológicos para expresar el rechazo al absolutismo, centralismo y abusos que se cometían en las Indias a nombre de la Corona española.

Esta dinastía se inicia con Felipe V en 1700, el que reúne Castilla y Aragón con la ayuda de los Ingleses, quienes reciben a cambio el Peñón de Gibraltar. Felipe V hace desaparecer el Consejo Real, unifica los de Aragón y Castilla, y crea las Secretarías de Estado. El de Castilla se encargaba de los indios, por lo que al desaparecer se crea inestabilidad política en Indias.

Los pueblos de España eran un muy religiosos y predominaba el concepto desarrollado por los Jesuitas que sostenía que el poder del pueblo provenía de Dios (contrato callado tácito). Se trata de un concepto esencialmente democrático para la época, el pueblo depositario de la soberanía que venía de Dios, concepto de soberanía popular de origen divino. Esta idea tendrá una práctica política y se expresará en los Cabildos y también en situaciones de crisis cuando el pueblo - en un sentido amplio - es quien se organiza para resistir a los invasores, como ocurre contra Napoleón.

Los Borbones eran relativamente católicos, por que usaban la Religión para actos de Pompa. Para autores católicos, como Jaime Eyzaguirre, aquí surgen algunas explicaciones del proceso de decadencia de España. Pero existen fenómenos económicos que podrían explicar mejor la supuesta decadencia. En primer lugar, España era un corredor de Capitales, los bienes se comercializaban en Europa, y los capitales emigraron al norte de ese continente, no se desarrolla España, más bien se estanca. Pero además Europa vive un proceso de cambio radical el cual la Revolución Francesa que sustenta ideales universales será su más importante impulsora. Los ideales revolucionarios encuentran recepción en todas partes, incluso en España. La invasión Napoleónica se desarrolla precisamente en ese contexto.

El absolutismo fue incapaz de levantar ideales del Hombre y la Sociedad que pudieran competir con las ideas del racionalismo y de la libertad y por lo que esta decadencia se manifiesta en la falta de ideas, ausencia de objetivos por vivir. Además y producto de lo mismo, en el plano intelectual no aparecen personalidades destacadas.

En España, la estructura Social es la Castellana, que va perdiendo influencias en el proceso. Los Castellanos pierden poderío, venden las tierras en las Indias, cediendo su lugar en la Colonia a otros grupos, principalmente Vascos y Catalanes. A mediados del siglo XVIII el Rey de España pregunta que pasó con los descendientes de los conquistadores.

Los Borbones expulsan del imperio español a los Jesuitas quienes tenían un poder importante en Europa y particularmente en España y las indias, de carácter económico, político e ideológico; los Jesuitas habrían tenido tal poder por cuanto, sostienen algunos autores, confesaban a los Monarcas de toda Europa y por lo tanto conocían los secretos del poder político. Pero también tenían un poder económico importante por cuanto poseían grandes haciendas en las Colonias y eran productores de diversos artículos que comercializaban en todo el Imperio. Por otra parte, la relación Estado Iglesia no era muy buena toda vez que el Monarca absoluto encontraba en la Iglesia un contrapeso crítico. Las causas de la expulsión son variadas. Primero parecen ser económicas por cuanto ésta era una de las congregaciones más ricas frente a la pobreza de España por las guerras. Luego hay causas políticas, toda

vez que los Jesuitas postulaban que el origen del poder era divino que el depositario del poder era el pueblo, en consecuencia el pueblo podía delegar en cualquier persona, y el rey era legatario, y si éste era de mala conducta el pueblo podía castigarlo. Por su parte, los Borbones propugnaban la idea de que su poder provenía de Dios y sólo a El debían responderle (doctrina del Galicalismo). Entre las causas intelectuales de la pugna entre la corona y los jesuitas está la gran influencia de carácter rebelde que habría ejercido la Congregación frente a las concepciones del poder. También Eyzaguirre sostiene que en el Siglo XVIII la masonería, a través de Voltaire, habría influido en las cortes francesas para que adoptaran las ideas del racionalismo que se oponía al dogmatismo, de esta manera la Corona Francesa habría combatido a los Jesuitas, por cuanto el racionalismo predominante en los masones rechazaba la concepción de la religión como la entienden los católicos, contraria a la razón, fundada esencialmente en el dogma. También se ha sostenido que el Papa estaba influido por los masones, por lo que habría permitido la expulsión de los Jesuitas<sup>40</sup>, Ninguna de ambas afirmaciones tienen una base histórica sólida habiendo más bien signos en contrario, es decir de persecución hacia los masones, particularmente de parte de los Borbones<sup>41</sup>, en el caso de España.

En España se destacan en la filosofía política Francisco Martínez Marina, Discurso sobre el origen de la monarquía. No existen doctrinas políticas originales ni nuevas, solo influencias francesas lo que se nota incluso en la constitución de 1812, de carácter liberal, primera de España y que servirá de inspiración a numerosas constituciones latinoamericanas después de la Independencia.

## Las reformas políticas.

Los Borbones llevaron adelante una serie de reformas políticas entre las cuales destacan La Ley Sálica que otorga preferencia a los varones para suceder en el trono, luego la citada Constitución de 1812 primer código constitucional. El Consejo Real fue fusionado y se creó el Consejo de Estado, con poder sobre todo el Imperio, integrado por 40 consejeros, en cada provincia se nombró un Capitán General en vez de un Virrey, con excepción de las Indias.

Administración pública. Se crean estatutos de administración pública, para descentralizar el poder regional se crean los Intendentes tanto en España como en América. Esta nueva estructura administrativa permitirá a los monarcas un control más directo de los lejanos territorios de Indias.

## Doctrina jurídica

No existe un Pensamiento Jurídico propio, la obra más importante que tendrá gran influencia entre los juristas españoles es la de Guillermo Leibnitz, alemán que es promotor de la codificación. Se destaca como autor Pedro de Mora y Jaraba que escribe un tratado crítico de Derecho Civil. También es conocido Juan de la Requera, autor de la Novísima Recopilación de las Leyes de España. Las Instituciones Jurídicas son los autos acordados o resoluciones del Consejo Real de Castilla en vigencia hasta 1805 año que se dicta la Novísima Recopilación de las Leyes de España. La constitución española de 1812, llamada liberal, está inspirada fundamentalmente en el Derecho Francés surgido al calor de la Revolución de 1789.

En España y América ibérica, al igual que en Filosofía y Economía, en el plano Científico no hubo grandes avances, ni siquiera copias ya que el Capitalismo se sitúa en el norte de Europa donde se desarrolla la revolución industrial y el avance tecnológico.

## La economía del absolutismo ilustrado

### Monopolio Comercial de España

A parte del monopolio político España también lo estableció en lo comercial sobre sus Colonias, lo hizo a través de la Casa de Contratación de Sevilla. España mandaba anualmente una flota y dependiendo de las circunstancias cada dos años o más. Los barcos que hacían el corretaje entre España y las Colonias eran conocidos como galeones y en América habían determinados puertos para el tráfico comercial: Veracruz para Méjico y Porto Bello para las demás Colonias. Como a Chile no llegaba ninguna flota de manera directa los chilenos debían ir a Porto Bello a vender su mercadería a los españoles, pero en la práctica las vendían en el Callao.

Como no había competencia, los comerciantes de la flota dictaban la ley de precios: Compraban y vendían al precio que se les antojaba.

El monopolio comercial fue combatido por el contrabando que tuvo caracteres de institución americana, llegó a ser tan natural como el comercio lícito.

---

<sup>40</sup> Eyzaguirre, 1992, pp. 46-50

<sup>41</sup> Pinto Lagarrigue, Fernando, La masonería su influencia en Chile, Editorial Orbe, Santiago, 1966, 3ª Edición, p.18-19 y p. 41 y ss.

Sólo en las postrimerías de la dominación española, esta decide cambiar su política económica en las Indias para lo cual concibió el propósito de fomentar el comercio directo con la península, pero conservando siempre el monopolio de todo el tráfico, a este fin obedeció el reglamento de libre comercio dictado por España en 1778. Habilitaba para el comercio con varios puertos de España y no sólo con el de Cádiz como antes, y varios también en América, y en caso de Chile: Valdivia, Talcahuano, Valparaíso y Coquimbo.

### La economía de la Capitanía General de Chile.<sup>42</sup>

Esta Capitanía se caracteriza por su pobreza. Su comercio es débil, su mercado pequeño y de escasa capacidad adquisitiva. La explotación es enorme y gran parte de población no percibe ingresos, sino, como en caso del campo, es pagada con bienes. La Capitanía solo ofrece un mercado de materias primas y no posee una industria avanzada, siendo durante los siglos XVI y XVII la agricultura la gran fuente de comercio o de riqueza, que sólo alcanzaba a cubrir las necesidades internas y que escasamente ofrecía un excedente que se exportaba a los países vecinos (Perú principalmente). Otros rubros eran el trigo, el charqui, el cuero, el cebo, que también se comercializaban internamente y se exportaban. La ocupación preferente de las haciendas era la crianza de ganado vacuno, ovejuno, caballar y mular. De estos animales se aprovechaba la grasa para la fabricación de cebo y los cueros para transformarlos en cordobanes y suelas que iban al Perú. La pesca servía, principalmente, para fines medicinales y el abastecimiento de la población.

Bajo la gobernación de don Alonso de Rivera se inicia en Chile el control de la economía por parte de la burocracia Colonial. La industria manufacturera que estaba alicaída se robustece cuando el gobernador funda un obraje de paños en Melipilla, un taller de curtiduría en Santiago y otro de sastrería, zapatería y sillería en Concepción. La minería alcanzó gran auge en los primeros años de la Colonia con los lavaderos de oro de Quillota, los que se agotaron. Luego se iniciaron lavaderos en el sur, pero, como consecuencia de los alzamientos indígenas se terminaron todas las explotaciones al sur del Bio-Bio.

La producción industrial estaba compuesta sebos, cordobanes, jarcias, suelas, y, también, se enviaba cobre al Perú para la confección de cañones.

La agricultura sigue siendo el principal motor de desarrollo de la Capitanía, vinos, minas de oro que reemplazan a los lavaderos, la producción de cobre se exporta a Perú y España en el Siglo XVIII, 13.000 Toneladas anuales en 1787. Se ordenó una ordenanza especial de minería para Chile. Respecto de la organización estatal, el Consejo de Indias decae y da paso a la Secretaría de Marina e Indias, que toma las atribuciones de la Casa de Contratación desaparecida en 1786.

## Impuestos y renta pública

Los impuestos eran de dos clases: Unos especiales, que gravaban determinados servicios en cada población y que pertenecían a los Cabildos; y otros generales, que gravaban la producción y los negocios del país en sus diferentes géneros y que eran percibidos por el rey. Los primeros constituían la renta local y los segundos el real tesoro.

Las principales entradas de la corona fueron:

- ✗ El quinto real, 20% del producto de minas y lavaderos de oro. Se cobraba al sellarse el oro en la fundición real, por eso se prohibía la circulación del oro en polvo.
- ✗ El almojarifazgo, contribución aduanera sobre las mercaderías internadas al país o extraídas de él de un 5% sobre su valor, se pagaba en el puerto de desembarque.
- ✗ La Alcabala, impuesto del 2 al 6% sobre el valor de los bienes muebles o inmuebles que se transferían.
- ✗ El diezmo eclesiástico, es decir, la décima parte de los productos agrícolas y ganaderos de cada año, se cobraba también sobre las hortalizas, frutas y aves de corral. El origen de este impuesto es la obligación de los católicos a pagar diezmos a la iglesia con el objeto de sostener el culto, por el Derecho de patronato los reyes de España pasaron a cobrarlo.
- ✗ La venta de los cargos públicos, como escribanos, defensores de ausentes, corregidores, entre otros.
- ✗ Las anatas y medias anatas, o sea, el 50% de su primer sueldo que debían pagar los empleados públicos, la mitad antes y la mitad después de su nombramiento.

**El real situado:** Era un supe anual cuyo valor cambió constantemente, se traía de las cajas reales de Potosí para suplir la pobreza del erario chileno y pagar la Tropa.

## Instituciones estatales del siglo XVIII:

Entre las reformas de carácter administrativo que se hizo bajo el gobierno de los Borbones, debemos señalar:

---

<sup>42</sup>

**Casa de Moneda:** Se hizo con el fin de acuñar el oro y la plata y aumentar el dinero circulante dentro del país. Al principio esta Casa fue administrada por un concesionario particular (1772), el rey la transformó en servicio público a cargo de un funcionario nombrado por el que se llamaba Superintendente de la Casa de Moneda.

**Estanco del tabaco:** Según la ordenanza de 1773 sólo el gobierno podía expender este artículo, con esto no se trataba de limitar el consumo sino de buscar entradas al erario real.

**Reorganización de la Aduana:** Hasta ese momento la recaudación del almojarifazgo era hecha por particulares que remataban a un precio fijo el Derecho de cobrarla. Por orden real, paso a ser un servicio público y se designó para su jefatura a un administrador de Aduanas para que percibiese a cuenta del rey el impuesto.

**Servicio de Correo:** Durante Carlos V este era un servicio que estaba en manos de particulares que lo iban heredando por generaciones, pero la mala administración que tuvo hizo que el rey nombrara a un administrador general de correos, que debía despachar cada dos meses, a Buenos Aires y Chile, las cartas desde España y a su regreso llevar la de estos dominios a la metrópoli, después este envío se hizo cada mes.

**Tribunal del Consulado:** Sus atribuciones se verán en detalle más adelante, pero se pueden sintetizar diciendo que eran propias del ámbito comercial.

## Herencia económica Colonial

En cuanto a lo político, económico y social Chile surge como entidad Colonial, siendo una Colonia dependiente de España, por lo tanto ella la organizó como tal y traspasó sus estructuras administrativas y creó otras para lograr, de manera eficaz, su dominio en América. En cuanto al régimen de gobierno que poseía España también se traspasó a Chile por medio de la centralización que todas las dinastías (Los Austrias y los Borbones) quisieron establecer, para así tener mayor injerencia en el poder de las nuevas tierras, esto se tradujo en que los habitantes de Américas no eran mirados como personas, sino que eran considerados vasallos que debían jurarle lealtad y sumisión al rey, otro aspecto importante, en cuanto a la organización social, es que fue estratificada, al igual que en España y que a través de la historia americana se irá acentuando.

Cabe señalar que en el aspecto económico, España se relacionó con las Colonias a través de un monopolio, el cual sentó un precedente de dependencia y de países con una economía esencialmente de materias primas y poco industrializados, es por eso que al momento de la independencia y con el transcurrir del tiempo los países latinoamericanos seguirán con economías debilitadas y dependiendo de los países industrializados - desarrollados, porque la estructura económica de América Latina no logrará desarrollar industrias fuertes y tampoco podrá exportar productos con mayor valor agregado que el de las materias primas.

En el plano jurídico la estructura económica dejará como herencia el sistema de impuestos, las instituciones estatales encargadas de recolectarlo o cobrarlo, la penalidad asignada a la evasión tributaria, la regulación del presupuesto nacional y la libertad de comercio.

## Las Fuentes del Derecho

### Carácter del Derecho

Se refuerza la política encaminada a producir la primacía del Derecho nacional sobre el Derecho Común de los jurisperitos. Las normas imperantes de las leyes de Toro, se refuerzan por el consejo de Castilla en 1714, en cuanto este ordena atenerse a las leyes nacionales. Se ordena el estudio del Derecho Español en las universidades, las que lo reconocen. En 1802 se recomienda el uso de las instituciones del Derecho civil de Castilla de Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuev. La concepción del Derecho Natural, es sustituida por la escuela Nacionalista del Derecho Natural.

### Obra Legislativa de la casa de Borbón

**Las ordenanzas de Bilbao.** Se dictan en 1737, la que reglamenta las actividades del consulado de comercio de Bilbao, tiene por fuente las ordenanzas del consulado en 1560, se extendió su vigencia a toda España y los Indios.

**La Novísima Recopilación.** Carlos IV encargó al relator de la Chancillería de Granada don Juan de la Reguera y Voldetorom, la Formación de un suplemento de la nueva Recopilación.

En 1802 terminó este trabajo y lo entregó con un proyecto de redacción de una novísima recopilación, se promulgó en 1805, con el título de la "Novísima Recopilación" de Las leyes de España la que contenía 12 libros.

En 1808 se publica la Novísima con las leyes dictadas con posterioridad a su promulgación, este trabajo tampoco remitió el Derecho Castellano a una sola fuente, sino que mantuvo el orden de prelación del ordenamiento de Alcalá y de las leyes de Toro.

La inclusión de leyes derogadas, la omisión de algunas vigentes, fue criticada por el canónico Francisco Martínez Marina, en su juicio crítico sobre la "Novísima Recopilación" en que además presentó las ventajas del sistema de codificación vigente en Francia a partir de Napoleón, sobre el anticuado de las recopilaciones.

## Capítulo Cuarto: Derecho Indiano

- a) Período Indiano.
- b) Régimen de Gobierno y administración de las Indias.
- c) Autoridades territoriales para el Gobierno de Indias.
- d) Real Patronato.
- e) El Regalismo.
- f) La organización de Justicia.
- g) Impuestos y Renta Pública.
- h) Monopolio Comercial de España.
- i) Instituciones estatales del Siglo XVII.
- j) Consecuencias.
- k) Fuentes del Derecho en el Período Indiano

### Historia

Descubrimiento, Conquista y Poblamiento de las Indias en los Siglos XV, XVI y XVII.

Una de las fechas más significativas durante el reinado de los Reyes Católicos fue la del 12 de octubre de 1492: el día en que Cristóbal Colón descubrió América.

El hecho de que Cristóbal Colón (que no era español de origen) acudiera a una corte extranjera para ofrecer sus servicios prueba que el descubrimiento de América no fue en modo alguno accidental.

Portugal y Castilla (España) estaban muy avanzados en la exploración de rutas mercantiles marítimas y Sevilla, una rica y populosa ciudad española era por entonces un importante centro comercial. Sabemos que las rutas africanas permanecían cerradas para Castilla en favor de Portugal. En 1479, por el tratado de Alcaçova, Alfonso V de Portugal renunció a sus aspiraciones sobre Castilla y reconoció los Derechos de Castilla en las islas Canarias, mientras que Castilla reconocía los Derechos de Portugal en las Azores, Cabo Verde y Madeira.

Las Islas Canarias eran una puerta excelente hacia rutas alternativas. Esto es lo que Cristóbal Colón ofreció, y lo hizo a un Estado que precisaba de ellas, y que estaba también acostumbrado y preparado para este tipo de empresa. La España unificada poseía en 1492 una poderosa maquinaria de guerra, una sólida economía, una proyección exterior, experiencia naval que incluía la exploración de rutas mercantiles, y un notable potencial científico-tecnológico: matemáticos, geógrafos, astrónomos y constructores navales, que habían sido formados en una mezcla de tres culturas (judíos, musulmanes y cristianos). Su único rival era la vecina Portugal que, como ya sabemos, había puesto punto final a la expansión española en África.

La oferta de Colón fue rápidamente aceptada a pesar de sus conocidos errores. Pero durante su viaje a Asia sus carabelas, inesperadamente, tropezaron con el continente americano.

Los españoles estaban especialmente bien preparados por su historia para conquistar, ocupar, poblar y explotar nuevas tierras y asimilar nueva gente. América, entonces, se convirtió en la nueva tierra prometida para aquella gente acostumbrada a la aventura y con las armas militares, diplomáticas y administrativas a su disposición para afrontar el reto. A mediados del siglo XVI, se habían establecido en dos de los virreinos más importantes, México en el Atlántico y Perú en el Pacífico.

### Período Indiano

Bajo el reinado de Fernando e Isabel, después del descubrimiento se inicia la Colonización de América, hecho que hace de España la primera potencia del orbe. México en la América del norte y Perú en la del sur, constituirán los dos grandes núcleos continentales del poderío hispánico en el nuevo mundo. La conquista de México se inicia en 1519

con Hernán Cortés y la del Perú con Francisco Pizarro en 1531, ambos figuran entre los hechos más prodigiosos del valor y de la audacia humana. Sobre la base de estos antiguos imperios indígenas de Aztecas y de Incas, se construirá por los españoles sendos virreinos, centros irradiadores de la autoridad y la cultura españolas en América.

El tramo final de la conquista de la costa del Pacífico, la realiza Pedro de Valdivia al asumir en 1540 la difícil tarea de someter a Chile. Por su acción el territorio habitado por pueblos dispares cobra por primera vez unidad, pero la labor colonizadora chocará con la resistencia de los araucanos de la región del Bio-Bio al sur. La lucha, con escasos años de paz, se prolonga durante la segunda mitad del siglo XVI y todo el XVII, haciendo en extremo costosa a la corona de España la posesión de Chile.

En el siglo XVIII se logra algo de paz, lo que permite un mayor progreso. A la vida rural va sucediendo el incremento de la vida urbana con la fundación de nuevas ciudades. El comercio se desarrolla con el tráfico directo con la Metrópoli por la vía del Cabo de Hornos. Se fomentan las obras públicas y se desenvuelve la educación con la fundación de la Universidad de San Felipe.

## Las instituciones jurídicas y políticas

### Régimen de Gobierno y administración de las Indias.

Se entiende por Derecho indiano el conjunto de leyes y disposiciones de Gobierno promulgadas por los reyes de España y otras autoridades subordinadas a ellos para establecer un régimen jurídico especial en las Indias —o Indias Occidentales, nombre que se dio, en los primeros años, a América, ya que Colón creía haber descubierto la costa oriental de la India, habiendo llegado a la misma desde Occidente—. Derecho indiano equivaldría, así, al corpus donde se reúnen las "leyes de Indias".

En sentido amplio, es también Derecho indiano el Derecho de Castilla, ciertas bulas pontificias emitidas en los siglos XV y XVI, las capitulaciones hechas entre la corona y los descubridores y Colonos, e incluso las costumbres desarrolladas en América, sin bien es cierto que el grueso del Derecho indiano está compuesto por normas con carácter específico dictadas para lo que también fue llamado Nuevo Mundo.

El gobierno de las Indias corresponde al rey que lo ejerce a través de autoridades creadas al efecto tanto en la Metrópoli como en el territorio americano. Estos organismos sufren algunas variaciones en los sucesivos períodos de los Reyes Católicos, los Austrias y los Borbones; con estos últimos se genera la guerra de sucesión española (siglo XVIII). En esta lucha, Felipe V representa la causa de la unidad de la monarquía, la que se salva en lo fundamental, pues la guerra termina con su reconocimiento como rey de España y las Indias por las demás potencias del orbe. Sólo pierde las otras posesiones europeas de la monarquía, (Flandes e Italia), pero el resto sigue unido bajo la potestad de Felipe V y los demás Borbones que lo sucederán. Termina la supremacía francesa con los tratados de Utrecht y Rastadt, poniendo fin a la guerra de sucesión española y abriéndose un período de equilibrio entre la demás potencias europeas, que se prolongara desde 1713 hasta el inicio de las guerras de la Revolución Francesa en 1792.

En términos generales podemos decir que los organismos con radicación en la Metrópoli fueron: El Consejo de Indias (Que en el siglo XVIII cede atribuciones a la Secretaría de Indias y desaparece en 1812) y la Casa de Contratación abolida en 1790.

Entre las autoridades con radicación en los territorios de Indias las hubo unipersonales y colegiadas. Figuran entre las primeras los virreyes, gobernadores o corregidores, y desde el siglo XVIII los intendentes y subdelegados, estos últimos en reemplazo de los corregidores. Pertenecen a las colegiadas las Audiencias y los Tribunales del Consulado. De un carácter especial son los Cabildos, representantes de la comunidad o "República" frente a la Corona.

### Bajo los Reyes Católicos

Esbozo inicial del Gobierno Metropolitano de las Indias fue el que practicó, por expresa delegación de los Reyes Católicos, Juan Rodríguez de Fonseca, miembro del Consejo de Castilla, asesorado de un contador mayor y un tesorero. Por iniciativa de Francisco Pinelo, que tenía este último puesto, los reyes instituyen en 1503 en Sevilla la **Casa de Contratación**, destinada a vigilar el tráfico comercial y de personas de las Indias y que, aunque funciona como organismo autónomo queda bajo la dependencia superior de Fonseca para luego desde 1524 dependerá del Consejo de Indias.

### Bajo los Austria

Carlos I organiza la Junta de Indias, de la que se deriva la institución definida por el mismo rey, en 1524, del Real Supremo y Consejo de las Indias, bajo cuya dependencia se coloca a la Casa de Contratación. Veamos en particular de ambos organismos:

**El Consejo de Indias:** Tiene igual jerarquía que el Consejo de Castilla y sus principales integrantes son: un presidente que puede o no ser letrado, cinco consejeros, un fiscal y un canciller.

Pueden agruparse sus atribuciones en las siguientes:

✍ **Atribuciones Legislativas:** Preparación relativa a las leyes para América y revisión de las disposiciones legales dictadas por las autoridades residentes en Indias.

✍ **Atribuciones Judiciales:** Conocer;

? De la apelación de los juicios de contrabando, cuya primera y instancia corresponde a la casa de Contratación.

? Del recurso de segunda suplicación, que precedía en los juicios civiles en contra de las sentencias definitivas dadas en grado de revistas por las audiencias en causas iniciadas en ellas desde la primera instancia y cuyo monto excediera de \$ 6.000 oro.

? De los juicios de residencia, cuyo objetivo era averiguar la conducta de altos funcionarios de las Indias.

? De las contiendas de jurisdicción entre autoridades civiles y religiosas.

✍ **Atribuciones políticas y administrativas:** Otorgar el pase a las resoluciones de autoridades peninsulares con efecto en las Indias y a las Bulas pontificias, y autorizar la impresión y envío de libros a América.

✍ **Atribuciones Económicas:** Organizar el comercio de indias a través de la Casa de Contratación.

✍ **Atribuciones Militares:** Velar por la defensa de los dominios de ultramar constituyéndose en especial para este objetivo la llamada "Junta de Guerra de Indias", integrada por cuatro consejeros de Indias y cuatro miembros del consejo de guerra.

**Casa de Contratación:** Se crea en un principio con atribuciones de orden comercial, las cuales se amplían enseguida al dominio judicial y científico. Pueden señalarse como funciones de este cuerpo las siguientes:

✍ Desde el punto de vista económico, la organización de la flota, concesiones de licencias, embarque y recepción de mercaderías.

✍ Desde el punto de vista judicial, actuar como tribunal civil en las cuestiones mercantiles y conocer de los delitos ocurridos en la "Carrera de Indias".

✍ Desde el punto de vista científico, levantar cartas geográficas del nuevo mundo, enseñar pilotos para navegar a Indias (el cargo de piloto mayor se creó en 1500, en la época de Américo Vesputio).

✍ Desde el punto de vista administrativo, celebrar **capitulaciones** y dictar **instrucciones** a los nuevos conquistadores.

La Casa se compone de un presidente, tres oficiales reales encargados del control de comercio (tesorero, factor y contador), de una audiencia encargada de administrar justicia (dos oidores, fiscal y relator) y un piloto mayor, que debe preparar y examinar a los pilotos.

## Génesis y desarrollo del Derecho Indiano<sup>43</sup>.

Cabe distinguir, al respecto, las siguientes cuatro etapas, entendiendo con mucha flexibilidad la divisoria entre unas y otras.

### Etapa Inicial (1492-1511)

Los primeros pasos de un ordenamiento para las tierras descubiertas por Colón están representados por **las bulas pontificias** dictadas por Alejandro VI, Papa valenciano perteneciente a la familia de los Borja (o Borgia), propietario del ducado de Gandía y que un santo, de nombre Francisco de Borja, habría de donar. Las tres primeras bulas sobre

<sup>43</sup> Sánchez Bella, Ismael, De La Hera, Alberto, y Díaz Rementería, Carlos, op. cit.



estos asuntos datan de 1493 y responden a las siguientes denominaciones y contenidos: *Inter Caetera*, donde se hace donación a los Reyes Católicos de todas las islas y tierras descubiertas y por descubrir en el Atlántico, navegando por el occidente hacia las Indias; *Eximie devotionis*, por la que se otorgan a los Reyes Católicos los mismos privilegios que los monarcas portugueses tenían sobre determinadas tierras e islas africanas; *Inter coetera* de nuevo, donde se traza una línea imaginaria de Norte a Sur por la que se establece que todo lo que se hallare al Este de dicha línea sea de Portugal, en tanto que los territorios situados al Oeste de la misma pertenezcan a España<sup>44 45</sup>.

En opinión de los juristas de la época, la incorporación de las Indias a Castilla tenía lugar por la vía de accesión, con lo cual ambos territorios "se tienen y juzgan por una misma cosa y se gobiernan por las mismas leyes", lo cual determina lo que se denominó el "trasplante del Derecho castellano a Indias". Sin embargo, la legislación castellana va cediendo terreno de una forma progresiva al Derecho indiano, si bien conserva el papel de ordenamiento jurídico supletorio o subsidiario<sup>46</sup>.

Las normas fundamentales y primeras de Derecho indiano fueron las **capitulaciones**, la primera de las cuales fue firmada por los Reyes Católicos y el almirante Cristóbal Colón el 17 de abril de 1492. Eran de dos clases, de descubrimiento y de población, en función del fin pretendido. Fueron muy abundantes, por razones lógicas, durante la primera mitad del siglo XVI. A ellas habría que añadir otras disposiciones en esta etapa inicial, como las **instrucciones** dadas por los reyes o las ordenanzas de la Casa de Contratación en Sevilla, fechadas el 20 de enero de 1503.

## Etapa Crítica (1511-1566)

La denominada etapa crítica abarca el periodo comprendido entre los años 1511 y 1566. Las reprobaciones y censuras que realizaron frailes dominicos como Bartolomé de las Casas o Antonio de Montesinos en torno al tratamiento de los indios determinaron la promulgación de leyes que pretendían paliar tal situación. Son éstas las Leyes de Burgos, también llamadas *Ordenanzas reales para el buen regimiento y tratamiento de los indios* (1512 y 1513), y las Leyes Nuevas, promulgadas por el emperador Carlos V en Barcelona el año 1542. Tanto unas como otras no parecen haber sido muy aplicadas, salvo en las zonas próximas a las audiencias que se crearon en territorio americano. Se legisla para las Indias a través del Consejo de Indias. Según el diferente rango normativo de las disposiciones dictadas, cabe hablar de leyes, de pragmáticas y decretos de Gobierno. Los mandatos más frecuentes fueron estos últimos, normas de carácter administrativo dirigidas a una autoridad concreta, con la cual, según se dice, "el rey habla", disposiciones que podían revestir la forma de Provisiones o de Reales Cédulas. Las primeras, por su mayor solemnidad y en razón de lo establecido al respecto por Felipe II en 1564, debían estar firmadas por todos los integrantes del Consejo de Indias. Parece que esta legislación fue de parco o nulo cumplimiento en el Nuevo Continente. Los segundos eran firmadas por el Monarca y un secretario.

## Derecho Indiano Criollo (1566-1700)

Al lado de la misma se encuentra el Derecho creado y aplicado en América por las autoridades allí residentes, que presenta perfiles propios y que se define como "Derecho indiano criollo" que es de aplicación más cierta y eficaz.

La etapa de consolidación del Derecho indiano se desarrolla entre 1566 y 1700. Se genera a lo largo de estos años y por destacada intervención del Consejo de Indias, una importante obra legislativa que era necesario recopilar. A tales efectos, se realizaron varios intentos infructuosos en el siglo XVII hasta que al fin vio la luz la *Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias*, sancionada por Carlos II mediante una pragmática suscrita en Madrid, el 18 de mayo de 1680; está dividida en nueve libros y fue promulgada con carácter general, para regir en todas las Indias.

Por otra parte, se distingue el llamado Derecho indiano criollo que, cada vez más diferenciado respecto a los principios rectores del de Castilla, se desarrolló para dar respuestas puntuales y precisas a las muchas peculiaridades propias de Hispanoamérica.

## Etapa indiana de los Borbones (1700-1812)

La etapa de los Borbones abarca desde 1700 hasta la Independencia de América. La legislación indiana siguió aumentando de modo que la Recopilación de 1680 pudo decirse incompleta poco años después de promulgada. El

<sup>44</sup> Bravo Lira, Bernardino, Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica. Editorial Andrés Bello. Santiago, 1993 (2ª edición). 359 pp. (Ver páginas 97 a 138.).

<sup>45</sup> Eyzaguirre, Jaime, ideario y ruta de la emancipación chilena. Editorial Universitaria. Santiago, 1992 (2ª Edición). 159 pp.

<sup>46</sup> Sánchez Bella, Ismael, De La Hera, Alberto, y Díaz Rementería, Carlos, op. Cit. Pág. 129.

advenimiento de los Borbones no cambia en lo sustancial el panorama descrito en la época anterior, a pesar de introducir figuras nuevas que se hallan dotadas de valor jurídico, como los Intendentes, o la creación de nuevos Virreinos, como Nueva Granada en 1717 y Río de la Plata en 1776. Carlos III encargó la redacción de un nuevo código legislativo para las Indias, que no llegó a ver la luz.

La Constitución de Cádiz de 1812, en plena guerra de la Independencia en España, fue promulgada para todos los territorios del reino, también para los de ultramar, al definir a la nación española en su artículo primero como la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios.

En América los Borbones modificaron la Estructura Jurídica, promueven el centralismo, desaparecen las instituciones creadas por los Habsburgos (Casa de Austria), entre ellas la Casa de Contratación. Las Recomendaciones de España emanan ahora directamente del Monarca y no de sus consejos, lo que se conoce con el nombre de Absolutismo Ilustrado. Los Borbones también iniciaron una política de acogida inmigrantes con lo cual ingresaron al Imperio otros pueblos que traían concepciones diferentes, más francesas, y una visión del mundo más amplia. Además franceses, holandeses y balones, permitieron la llegada de los Irlandeses que tuvieron destaca participación en las Indias (Ambrosio O'Higgins - Virrey del Perú, los Mackenna, entre otros).

La llegada de estos inmigrantes provenientes de otras culturas con mayor desarrollo, tal vez con mayor iniciativa pública, permite iniciar obras públicas que en Chile estaban atrasadas, por la concepción centralista. De esta manera se crearon ciudades a lo largo de la Capitanía General, lo que permitía una mejor defensa de las avanzadas Colonizadoras frente a los ataques de los pueblos autóctonos. Los Borbones no permitieron un gran desarrollo cultural, sin embargo desarrollaron obras públicas.

La encomienda se modifica y en 1720 es abolida, lo que lleva a las clases dirigentes a perder una mano de obra cautiva por la que ahora deberían comenzar a pagar salarios; existe más libertad para las personas al aparecer el mercado de trabajo.

Se crean métodos de asistencia y previsión social. Carlos V funda una especie de caja de la comunidad, se creaban los hospicios para beneficencia.

Se creó la figura del Regente que en 1776 pasa a presidir la Audiencia, antecedente del Presidente de la Corte de Apelaciones de la República. En 1786 se crean los Intendentes (Concepción y Santiago), para acentuar el centralismo, cargo servido por el Gobernador de Santiago. Las provincias pasan a ser subdivididas en Partidos a cargo de un Subdelegado, que reemplazó a los Corregidores en el Siglo XVIII. Todos estos cambios grafican el objetivo centralizador del absolutismo Borbón.

Se acentúa la independencia administrativa de Chile respecto del Perú. Para la Corona Chile tenía autonomía Administrativa, según se desprende de la correspondencia real<sup>47</sup>.

Los cabildos, llegaron con los conquistadores, el primero fue impuesto por Pedro de Valdivia, los Regidores lo integraban. Los Borbones rematan el cargo de Regidor en subasta pública, y debía ser ratificado por el Rey. Los Alcaldes seguían siendo elegidos por el Cabildo, El Cabildo fomento algunos Liceos, Universidades, Casa de Moneda. Tiene el control de precios y dispone de las obras públicas.

En cuanto a la legislación todas las Leyes vienen de España bajo formas de Reales Cédulas, disposiciones del monarca dictadas con el concurso del Consejo de Indias. Los Borbones legislan sobre la base de las Reales Ordenes en donde no interviene el Consejo de Indias.

Las nuevas instituciones introducidas por la Casa Borbón en España e Indias y que tuvieron efectos en Chile fueron el Regente, los Intendentes, reforma de los Cabildos que fueron vaciados de contenido y las Reales Ordenes<sup>48</sup>.

Otro rasgo característico de la administración indiana del siglo XVIII es la creciente separación entre la función administrativa y la judicial, tal vez expresión de la asimilación de algunas de las ideas de la Ilustración que caracterizan al despotismo ilustrado.

## Fuentes formales del Derecho en España y Chile en el siglo XVIII.<sup>49</sup>

Ahora bien la forma de gobierno absolutista, tuvo algunas características que la hicieron diferente del resto de Europa, lo que se debe a la ubicación geográfica de España, alejada del centro de Europa en donde se dan los mayores cambios políticos y sociales, por lo tanto todos los movimientos ya sean filosóficos como la Ilustración llegaron con muy poca fuerza y tardíamente.

La transición de la Edad Medieval hacia la época moderna estará marcada por los valores culturales medievales, donde todo giraba en torno a Dios, visión Teocéntrica y donde además existe un orden preestablecido para todas las cosas, avalado por la Iglesia, al igual que todo se explica a través de dogmas no se permite el razonamiento de las personas, ellas deben aceptar las verdades preestablecidas por la Iglesia. También influye en esta forma de pensar la Escolástica que es un método que intentó hacer compatibles la razón y el conocimiento

<sup>47</sup> Eyzaguirre, 1992, op. Cit.

<sup>48</sup> Encina, 1983, p.141-164

<sup>49</sup> Eyzaguirre, op. cit.

revelado (dogma); esta forma de conocimiento se basa en la tradición Aristotélica fundada en el silogismo es decir que la verdad se obtiene a través de dos premisas una mayor y otra menor, de estas dos se obtiene una tercera que es la verdad que se busca obtener, pero esta forma de conocimiento no es segura ya que es especulativa y además utiliza un método deductivo, por lo tanto la Escolástica no es modo seguro de llegar a la verdad ya que muchas veces se parte de hechos que no son ciertos o verificables. Además esta forma de conocimiento concibe al hombre como un ser que viene con una mentalidad preestablecida, es decir, que este hombre nace con ideas innatas.

Al comenzar la Edad Moderna, esta visión de la Iglesia se desmorona, por que entra en crisis debido a múltiples factores. Por una parte, la mala forma de actuar de sus representantes que se dedican a llevar una vida mundana más que sacerdotal, lo que es criticado por parte del clero y de los señores feudales. Además, los principados formados por señores feudales pierden fuerza y dan paso a la formación de estados nacionales con ejércitos estables para protegerlos y mantenerlos como unidades; ante estos cambios la única institución que representa seguridad y unidad es la monarquía representada en la persona del rey, quien toma en sus manos todo el poder, incluso prerrogativas sobre la iglesia, lo que en España se van a expresar como **Regalismo**.

Al iniciarse la edad moderna las personas no son consideradas con Derechos de igualdad ya que están sometidos al régimen jurídico del vasallaje y la ley reconoce expresamente la discriminación. Además el rey hace las leyes y las aplica, siendo obligatorias para sus súbditos y no para él bajo el concepto del **Galicalismo**, por lo tanto, el monarca es titular pero no sujeto de Derecho aún cuando desde el Imperio Romano y posteriormente desde los reinos Hispanovisigodo, se sostiene que también son sujetos de Derecho y tienen responsabilidades, lo cual es letra muerta. Todo esto que caracteriza a un absolutismo en su esencia se va a dar bajo los Borbones principalmente, pero se agrega otro elemento que en España es recogido para asimilarlo al absolutismo y que es la Ilustración. De ésta se toman ideas superficiales como las reformas administrativas, educacionales pero restringidas a la conveniencia de la corona española, y se logra el desarrollo de un aparato estatal burocrático especializado, la adopción de políticas públicas más modernas en lo económico y educacional, entre otras. Sin embargo, esta asimilación no tomará en cuenta los fundamentos de la Ilustración, la libertad y la razón. A este fenómeno político cultural se le denomina Absolutismo Ilustrado, que se caracteriza por agregar a las prerrogativas que ya tenía el monarca, una más como es la preocupación por la felicidad pública, la prosperidad, el mejoramiento de las condiciones generales de vida y la justicia Sin embargo, los Borbones aparte de esto, utilizarán otra teoría política para asentar su poder como es el **Galicalismo** que postula que Dios es quien entrega la soberanía al rey y éste por lo tanto sólo responde ante Dios y no ante el pueblo, lo cual se traduce en la fórmula "**Todo para el pueblo, pero sin el pueblo**". En esta perspectiva se proscribe el Derecho de rebelión, esbozado en la teoría de San Isidoro, tan para la tradición jurídica publica española.

El espíritu absolutista de la nueva dinastía produce el debilitamiento paulatino de los Consejos, entre los que se encuentra el de las Indias. La creación de la Secretaría de Marina e Indias por Felipe V, en 1714, coloca poco a poco los asuntos Americanos bajo la dependencia inmediata del monarca. No sólo pierde atribuciones el Consejo de Indias sino también la Casa de Contratación, a quien se le quita la dirección de las expediciones marítimas y se le suprime al fin en 1790.

La constitución de 1812 pone término definitivo al Consejo de Indias, al crear como Consejo único: el Consejo de Estado, compuesto de 40 miembros, doce de los cuales debían ser americanos. Instituyó asimismo - entre siete departamentos ministeriales - el de "Gobernación del reino para ultramar" y contempló la representación de las provincias de América en las Cortes del reino.

## Fuentes el Derecho

El Derecho, en general, tiene su origen tanto en la persona que lo dicta como en el instrumento que lo contiene.

En cuanto a las personas que dictan el Derecho Indiano, en primer lugar se menciona al Rey, quien actúa asesorado por el Consejo de Indias y la Casa de Contratación. Después están los virreyes, las Reales Audiencias, los gobernadores, los corregidores y los Cabildos o Ayuntamientos, todo los cuales pueden legislar secundariamente y ad referendum.

El instrumento en el cual está contenido el Derecho Indiano es la Ley.

En la ley, que emana del Rey, es posible distinguir, en primer término, la Provisiones reales que llevan a la cabeza el nombre del monarca, con todos sus títulos y al término su firma, junto a la de cada uno de los consejeros de Indias y la del secretario, y el sello mayor de la Cancillería.

En segundo lugar están las Reales cédulas, menos solemnes que las anteriores. Son encabezadas solamente con las palabras "El Rey" y llevan su firma, la de tres consejeros, la del secretario del Consejo de Indias y un sello de la Corona. La distinción entre ambos documentos es solo externa.

Desde el punto de vista de su contenido, las Provisiones reales y las Reales cédulas pueden dividirse en:

- ✍ **Ordenanzas** : conjunto de normas destinadas a reglamentar una materia con amplitud.
- ✍ **Instrucciones** : normas dadas a un funcionario para el adecuado cumplimiento de sus obligaciones.

☞ **Cartas** : respuestas a consultas hechas desde Indias por cualquier persona.

Por su parte, las leyes dictadas por los virreyes reciben el nombre de Bandos. En cuanto a aquellas que emanan de las Reales Audiencias se denominan autos acordados y sentencias judiciales. Estas últimas resuelven contiendas entre partes, las cuales, por su reiteración, constituyen jurisprudencia. Las que emanan de los gobernadores se llaman Ordenanzas. Finalmente los Cabildos o Ayuntamientos dictan Ordenanzas municipales o de los Cabildos.

En principio cada una de las autoridades sólo tiene jurisdicción dentro de su territorio, pero el Derecho dictado por ella suele ser invocado para ser aplicado fuera de él. Además, salvo que estén facultadas para darles vigor de ley, las autoridades dictan normas ad referendum del Rey.

El Derecho Castellano Público y Privado, el Derecho Indígena y la costumbre indígena y criolla, son las fuentes del Derecho Indiano.

Primero se analizará el Derecho Privado. Sus fuentes son el Derecho privado de Castilla, contenido, según el tiempo en que nos situemos en:

- |   |
|---|
| ☞ <b>Las leyes dictadas con posterioridad a la Novísima recopilación de 1805</b>                                  |
| ☞ <b>La Novísima recopilación</b>   |
| ☞ <b>Nueva recopilación de 1567</b>   |
| ☞ <b>Las Leyes de Toro de 1505</b>  |
| ☞ <b>Las Ordenanzas Reales de Castilla de 1485</b>  |
| ☞ <b>El ordenamiento de Alcalá de 1348</b>  |
| ☞ <b>El fuero Real y fueros municipales, con las mismas limitaciones o exigencias vigentes en Castilla</b>        |
| ☞ <b>Las Siete Partidas de 1265</b>   |
| ☞ <b>A falta de Derecho legislado o positivo se recurre al Rey, para que lo dicte y llene así el vacío legal.</b> |

El Derecho Castellano se usa a la vez como fuente y como Derecho Indiano propiamente tal. En el primer caso, sirve de inspiración a las reales Audiencias para dictar sentencias, y las cuales no aplica íntegramente el Derecho Castellano, sino que se lo modifica para adaptarlo a la realidad americana. Esta actitud de las Reales Audiencia que, no debe olvidarse su calidad de tribunales de justicia, cuando reiteran una misma sentencia crean jurisprudencia, no ha sido hasta la fecha suficientemente estudiada.

En el segundo caso el Derecho Castellano es aplicado como Derecho Indiano, pues se considera inadecuado modificarlo a través de interpretaciones más o menos alejada de su texto.

El Derecho indígena aunque es pobrísimo en su contenido también es fuente del Derecho Indiano, siempre que sus normas **no se opongan a la religión católica, a la moral y a las leyes castellanas o españolas vigentes**, exigencias que lo anulan casi en su totalidad.

## Costumbre

Lo mismo sucede con la costumbre indígena. Para que pueda ser recogida por la autoridad y darle fuerza de ley debe cumplir los requisitos señalados anteriormente.

En cuanto a la costumbre criolla, cuyo origen está en los fueros castellanos se le acepta como fuente del Derecho.

En ellas se distingue primero la costumbre fuera de la ley, es decir aquellas vigentes en materias o casos no previstos por la ley; segundo la costumbre según la ley, aquella que pone en ejecución la ley, y en algunos casos interpreta y fija su sentido, y tercero la costumbre contra la ley, que no la acepta o después de aceptarla la deroga a través de su no aplicación. Para que la costumbre sea considerada fuente del Derecho debe probarse su uso ininterrumpido por un tiempo determinado de diez o veinte años según los casos, y además debe ser afirmativa, es decir constituir el uso de una práctica.

En cuanto al Derecho Público Indiano, su fuente es el Derecho público de Castilla, el cual es prácticamente reproducido sin modificaciones.

En 1808 José Bonaparte se instaló en el trono de España tras la invasión napoleónica, aunque la fiera resistencia del pueblo culminó con la restauración de los Borbones en la persona de Fernando VII.

## Autoridades territoriales para el gobierno de Indias

### Régimen de gobierno y administración de las indias

El gobierno de las Indias corresponde al rey que lo ejerce a través de autoridades creadas al efecto tentó en la Metrópoli como en el territorio americano.

Estos organismos sufren algunas variaciones en los sucesivos períodos de los Reyes Católicos, los Austrias y los Borbones. En términos generales podemos decir que los organismos con radicación en la Metrópoli fueron: El Consejo de Indias (Que en el siglo XVIII cede atribuciones a la Secretaría de Indias y desaparece en 1812) y la Casa de Contratación abolida en 1790.

Entre las autoridades con radicación en los territorios de Indias las hubo unipersonales y colegiadas. Figuran entre las primeras los virreyes, gobernadores o corregidores, y desde el siglo XVIII los intendentes y subdelegados, estos últimos en reemplazo de los corregidores.

Pertenece a las colegiadas las Audiencias y los Tribunales del Consulado. De un carácter especial son los Cabildos, representantes de la comunidad o "República" frente a la Corona.

### Detalles de la Administración:

- ✗ **Bajo los Reyes Católicos:** Esbozo inicial del Gobierno Metropolitano de las Indias fue el que practicó, por expresa delegación de los Reyes Católicos, Juan Rodríguez de Fonseca, miembro del Consejo de Castilla, asesorado de un contador mayor y un tesorero. Por iniciativa de Francisco Pinelo, que tenía este último puesto, los reyes instituyen en 1503 en Sevilla la Casa de Contratación, destinada a vigilar el comercio de Indias y que, aunque funciona como organismo autónomo queda bajo la dependencia superior de Fonseca.
- ✗ **Bajo Los Austrias:** Carlos I organiza la junta de Indias, de la que se deriva la institución definitiva por el mismo rey, en 1524, del real supremo y Consejo de las Indias, bajo cuya dependencia se coloca a la Casa de Contratación. Veamos en particular de ambos organismos:

- ? **El Consejo De Indias:** Tiene igual jerarquía que el Consejo de Castilla y sus principales integrantes son: un presidente que puede o no ser letrado, cinco consejeros, un fiscal y un canciller.

Sus atribuciones en las siguientes:

- a) **Atribuciones legislativas:** Preparación relativa a las leyes para América y revisión de las disposiciones legales dictadas por las autoridades residentes en Indias.
- b) **Atribuciones judiciales:** Conocer de la apelación de los juicios de contrabando, cuya primera y instancia corresponde a la casa de Contratación. Del recurso de segunda suplicación, que precedía en los juicios civiles en contra de las sentencias definitivas dadas en grado de revistas por las audiencias en causas iniciadas en ellas desde la primera instancia y cuyo monto excediera de \$ 6.000 oro. De los juicios de residencia, cuyo objetivo era averiguar la conducta de altos funcionarios de las Indias. De las contiendas de jurisdicción entre autoridades civiles y religiosas.
- c) **Atribuciones políticas y administrativas:** Otorgar el pase a las resoluciones de autoridades peninsulares con efecto en las Indias y a las Bulas pontificias, y autorizar la impresión y envío de libros a América.
- d) **Atribuciones económicas:** Organizar el comercio de indias a través de la casa de contratación.
- e) **Atribuciones militares:** Velar por la defensa de los dominios de ultramar constituyéndose en especial para este objetivo la llamada "Junta de Guerra de Indias", integrada por cuatro consejeros de Indias y cuatro miembros del consejo de guerra.

**Casa de Contratación:** Se crea en un principio con atribuciones de orden comercial, las cuales se amplían enseguida al dominio judicial y científico. Pueden señalarse como funciones de este cuerpo las siguientes:

- ? Desde el punto de vista económico, la organización de la flota, concesiones de licencias, embarque y recepción de mercaderías.
- ? Desde el punto de vista judicial, actuar como tribunal civil en las cuestiones mercantiles y conocer de los delitos ocurridos en la "Carrera de Indias".
- ? Desde el punto de vista científico, levantar cartas geográficas del nuevo mundo, enseñar pilotos para navegar a Indias (el cargo de piloto mayor se creó en 1500, en la época de Américo Vespucio).
- ? Desde el punto de vista administrativo, celebrar capitulaciones y dictar instrucciones a los nuevos conquistadores.

La casa se compone de un presidente, tres oficiales reales encargados del control de comercio (tesorero, factor y contador), de una audiencia encargada de administrar justicia (dos oidores, fiscal y relator) y un piloto mayor, que debe preparar y examinar a los pilotos.

**Reformas de los Borbones:** El espíritu absolutista de la nueva dinastía produce el debilitamiento paulatino de los consejeros, entre los que se encuentra el de las Indias. La creación de la secretaría de marina e indias por Felipe V, en 1714, coloca poco a poco los asuntos Americanos bajo la dependencia inmediata del monarca. No sólo pierde atribuciones el Consejo de Indias sino también la Casa de Contratación, a quien se le quita la dirección de las expediciones marítimas y se le suprime al fin en 1790.

La constitución de 1812 pone término definitivo al Consejo de Indias, al crear como Consejo único el Consejo de Estado, compuesto de 40 miembros, doce de los cuales debían ser americanos. Instituyó asimismo - entre siete departamentos ministeriales - el de "Gobernación del reino para ultramar" y contempló la representación de las provincias de América en las Cortes del reino.

## Autoridades territoriales para el gobierno de indias

**La administración al comienzo de la conquista:** Esta se da bajo los reyes Católicos y se inicia con las capitulaciones de Santa fe firmada entre Colón y los reyes Católicos, además están las instrucciones que le dieron los monarcas, estos documentos se pueden considerar como los iniciales sobre la organización y gobierno de las nuevas tierras<sup>50</sup>.

A medida que avanzan los descubrimientos se va haciendo más compleja la administración, en un principio se instalaban las ciudades que daban pie a las primeras gobernaciones, que en un primer momento eran independientes entre sí y solo estaban sometidas a las autoridades metropolitanas. Los primeros funcionarios de la Corona son los Adelantados que reúnen atribuciones militares y judiciales.

**Bajo Los Austrias:** La necesidad de dar una estructura definitiva y de ejercer una mayor soberanía en ella estimuló la creación, de órganos administrativos superiores en lo territorial. Al instituirlos, la corona procura evitar las consecuencias abusivas que se podrían derivar de una concentración unitaria de poderes, estableciéndose para ello un régimen de distribución y equilibrio de funciones que permite la recíproca fiscalización es el llamado sistema de pesos y contrapesos.

Los virreyes eran designados por el monarca a propuesta del consejo de Indias. Sus atribuciones eran de orden administrativo y militar, les correspondía la superintendencia de la Real Hacienda, velar sobre esta sin que pudieran instituir gastos nuevos que no tuviesen la previa venia del rey. Eran además presidentes de la Real Audiencia que residía en la capital del virreinato y tenían bajo su tuición las demás instaladas en el territorio virreinal. En Chile el virrey del Perú proveía las acefalías que pudieran producirse en la audiencia y proveía también interinamente en el caso de vacancia.

Con respecto al patronato indiano, los virreyes eran considerados vicepatronos y como tales mantenían cierta tuición sobre el gobierno eclesiástico y controlaban la vigencia de las bulas pontificias. Duraban generalmente cinco años en sus funciones y al término de ellas debían someterse al juicio de residencia donde debían dar cuenta de sus actos por los cargos que se le formularán.

Subordinado a los virreyes en la administración estaban los Capitanes generales y los gobernadores, Chile fue una Capitanía General dependiente del virreinato del Perú.

Los Corregidores estaban encargados de la administración de un partido o departamento, donde ejercían, además, funciones judiciales y presidían los cabildos de las ciudades de su residencia.

Las audiencias indianas bajo los Austrias se puede decir que tienen dos etapas:

Un periodo ejecutivo, que se inicia con la creación de la Audiencia de Santo Domingo, hasta la creación de las ordenanzas de Audiencias en 1563, durante este tiempo las Audiencias intervinieron directamente en el gobierno con atribuciones de carácter ejecutivo, a este tipo perteneció la primera audiencia de Chile que se creó en 1565.

El periodo político se inicia en 1563 y se extiende hasta 1776, en el no ejercen directamente funciones ejecutivas mantienen un fuerte control sobre los funcionarios de gobierno y administración.

Se puede hablar de un tercer periodo preferentemente judicial desde 1776 en adelante, al hablar del periodo Borbónico.

Las Audiencias se dividieron en virreinales cuando funcionaban a la cabeza de un virreinato, Pretoriales si funcionaban a la cabeza de una capitanía y subordinadas si eran presididas por un Togado.

---

<sup>50</sup> Salazar, Gabriel y Pinto, Julio, Historia contemporánea de Chile I. Estado, legitimidad, ciudadanía. Santiago, LOM Historia, 1999, 315 pp.

El motivo de la creación de la real audiencia en Chile fue establecer una autoridad con suficiente independencia para velar por el cumplimiento de las leyes relacionadas con la condición de los indígenas como así mismo realizar una estricta fiscalización de la real audiencia.

**La real audiencia esta integrada por:** El Gobernador que era su presidente, cuatro Oidores, un Fiscal, un Alguacil Mayor y un Teniente de Gran Canciller.

#### **Atribuciones gubernativas:**

Tomar el mando a falta de Gobernador correspondiendo el cargo de Capitán General al Oidor más antiguo.

Servir de órgano consultivo en materias de gobierno.

Vigilar la conducta de corregidores mediante las “visitas de tierras” practicadas por los Oidores.

Examinar las ordenanzas de los Cabildos y otorgarles una vigencia interina de dos años hasta que se aprobaran definitivamente por el consejo de indias.

#### **Atribuciones administrativas:**

- ✍ Recibir y ejecutar las providencias reales pudiendo suspender su cumplimiento si son injustas entablado inmediatamente el recurso de suplicación.
- ✍ Velar por el buen tratamiento de los indios.
- ✍ Requisar los libros de circulación prohibida.

#### **Atribuciones en materia eclesiásticas:**

- ✍ Velar por el Derecho de Patronato informando al Rey que eclesiásticos podían ser promovidos a dignidades.
- ✍ Comprobar que las bulas pontificias venían con el pase del Consejo de indias.
- ✍ Conocer del recuso de fuerza que era entablado por quien se sentía agraviado por el dictamen de un juez eclesiástico.

### **La Administración de los Borbones**

El propósito centralizador de los Borbones en el gobierno territorial de América se traduce, de una parte, en la creación de nuevos virreinos, que refuerzan la tuición sobre los vastos territorios americanos, y la de la otra en la creación de nuevas autoridades como los regentes e intendentes.

Las medidas que se tomaron fueron las siguientes:

- ✍ El virreinato del Perú se desglosó en dos, el de Nueva Granada y el de Buenos Aires, al cual se le añade la provincia de Cuyo hasta entonces dependiente de Chile.
- ✍ Se crean los regentes con la instrucción de 1776, se crean para participar en las audiencias son letrados, están encargados de presidir las salas de justicia en ausencia de jueces y presidente, repartir las salas distribuir las causas y dirigir las audiencias en lo contencioso y económico.
- ✍ Se implantan el régimen de intendentes en América, este se extiende a Chile en 1786 y se divide en territorios en dos intendencias, la de Santiago y la de Concepción.

Las funciones de los intendentes:

- ✍ **Administrativa:** Visitar la provincia a su cargo y supervigilar sus autoridades, reemplazando así a la audiencia, cuidar de la policía de seguridad, ornato y obras públicas y actuar de vice-patrono en la provincia.
- ✍ **Función judicial:** La desempeña el intendente a través de un teniente letrado, que ejerce la jurisdicción contenciosa, civil y criminal en el territorio de la intendencia y de cuya sentencia se apela a la audiencia. Además el teniente letrado actúa de asesor del intendente en asuntos administrativos, militares y de hacienda.
- ✍ **Función Militar:** La mantención del ejército y la mantención de la defensa del territorio. Los intendentes suprimieron a los corregidores y en Chile serán reemplazados por los subdelegados.

- ✍ Otra acción fue quitarle a la audiencia atribuciones gubernativas, por la real orden de 1806, que privó a este organismo del Derecho de suceder en cuerpo al gobernador en caso de muerte, y estableció el siguiente orden en la sucesión interina:
  - ✍ La persona que con anterioridad designare para este efecto el virrey del Perú.
  - ✍ El oficial de mayor graduación que residiere en Chile.<sup>1</sup>
  - ✍ El regente en la Audiencia.
  - ✍ El Oidor decano.

Chile se emancipa administrativamente del virreinato del Perú y esto se declara en la real orden del 15 de Marzo de 1798.

## Las Ciudades y Cabildos.

Los Cabildos representan la organización local de las ciudades estos representan los intereses de la comunidad o república. Se encuentran integrados por dos alcaldes y seis regidores, el procurador que tiene la representación legal de la comunidad y como tal tomaba la palabra en nombre del pueblo en los Cabildos abiertos; el alférez real que cuida del estandarte real, el fiel ejecutor que vigila los precios y aranceles.

Estos cargos duran un año y era obligatorio aceptarlo, para ser elegido miembro del cabildo es necesario ser vecino de la ciudad. Al iniciarse cada año, los que cesan en sus cargos eligen a sus sucesores, sin embargo la corona fue interviniendo progresivamente en la generación de los cabildos vendiendo en subasta pública y otorgando los cargos a perpetuidad. Los cabildos pueden ser cerrados o abiertos entendiéndose los últimos que deben celebrarse con la asistencia de la mayoría de los vecinos para tratar asuntos de importancias.

Sus funciones son:

- ✍ **Políticas:** Designar gobernador interino mientras el rey proveyese en definitiva y recibir el juramento del gobernador designado por el monarca o destituir al gobernador tiránico en nombre de la comunidad, sin embargo estas funciones fueron disminuyendo en la practica con la creación de la real audiencia en Chile.
- ✍ **Administrativa:** Redactar las ordenanzas de la ciudad, entender de la construcción de las obras públicas, cuidar del hospital, otorgar licencia a los médicos, conceder Derecho de vecindad, etc.
- ✍ **Económicas:** Fijar los precios, calidad y forma de venta de las mercaderías, regularla producción y la exportación de artículos de primera necesidad, controlar el ejercicio de los oficios organizados en gremios, nombrar los fieles ejecutores, supervigilar el mercado, etc.

## El Real Patronato

En términos generales, el patronato consistió en la delegación de la santa cede de algunos Derechos sobre la iglesia en América en beneficio de los monarcas Castellanos. Una bula dada por Alejandro VI en 1501, dio a los monarcas españoles el Derecho a cobrar los diezmos con la obligación de mantener el culto en la iglesia de América.

Pero el paso más importante se lo da Julio II en la Bula de 1508 en donde otorga a los reyes el Derecho de presentar personas idóneas para los cargos de arzobispos, obispos y canónigos de las catedrales de las indias.

## El Regalismo

A parte de las concesiones ya recibidas por las bulas los monarcas ejercieron otros Derechos sobre la iglesia que juzgaron como atributos inherentes a su soberanía, esto es lo que constituyo el **regalismo**. Uno de estos consistía en el exequator o pase regio que era el permiso previo que debían recibir las bulas pontificias para su vigencia en América, estas función la realizaba el consejo se indias. Otro eran las cartas de ruego y encargo, con estas se proponían personas para las diócesis vacantes antes de recibir la bula de nombramiento del Papa. Otro era el recurso de fuerza, que ya señalamos.

En el siglo XVIII este regalismo va adquirir mayor desarrollo, reclamando para así la corona española mayor concentración del poder, que sin romper dogmáticamente con la Santa Cede aspiraron a reducir su injerencia al orden puramente espiritual para constituir una iglesia nacional al servicio del Estado.

La fuerte intervención del Estado en los asuntos eclesiásticos lleva en sí la adopción de varias medidas, una de ellas fue la expulsión de los jesuitas en 1767 por Carlos III de todos sus dominios, también la convocatoria a concilios provinciales sobre la base de un plenario establecido por el monarca, que podrían ser sobre disciplina eclesiástica, fomento de las misiones, etc.



## La Organización de Justicia

Analizaremos ahora una visión de conjunto de los Tribunales existentes en Chile, para lo cual comenzaremos por dividirlos de la siguiente forma:

Tribunales especiales, cabe destacar entre ellos:

- ✗ **Los tribunales de hacienda:** Para esto se instituyó la “junta de ordenanza”, la cual se componía de un presidente, un oidor, el fiscal de la audiencia y el contador de cuentas, encargado este último de pedirles a toda persona que recibiera algún dinero de la Real Audiencia.
- ✗ **Los tribunales de minería:** En un principio estas causas estaban entregadas en primera instancia a los Corregidores o a los Alcaldes de minas, en segunda a la Audiencia. Desde 1787, ejercen estas funciones judiciales el administrador general del cuerpo de minas y los diputados de minas elegidos por los mineros de cada región.
- ✗ **Los tribunales militares:** En los siglos XVI y XVII actuaba como Tribunal el Capitán General asesorado por el Auditor de Guerra. En el siglo XVIII intervenían el Capitán General y los Consejeros de Guerra.
- ✗ **Los tribunales del santo oficio de la inquisición:** El radicado en Lima tenía jurisdicción en Chile. Aquí existían Comisarios encargados de iniciar las primeras diligencias del Proceso.
- ✗ **Los tribunales de comercio:** Tenían una doble función, como Tribunal de Justicia y como Instituto de Fomento Económico. Esta última tarea la realizaba la Junta económica formada por el Prior, dos Cónsules, un Síndico y nueve Consiliarios. Como Tribunal actuaba compuesto por el prior y los dos cónsules. Conocía de todos los pleitos suscitados entre comerciantes por negocio de comercio. La substanciación de los juicios era verbal y sumaria y se aplicaban como ley de fondo las Ordenanzas de Bilbao y en subsidio las leyes de Indias y de Castilla. De las sentencias recaídas en pleitos de una cuantía superior a \$ 1.000 entraba a conocer el tribunal de Alzada integrado por el oidor decano de la Audiencia y dos individuos concedores en materias comerciales escogidos por el primero entre los nombres propuestos por cada parte.
- ✗ **Tribunales ordinarios:** Estos podían ser Unipersonales o Colegiados. Entre los unipersonales hay que recordar:
  - ✗ **Alcaldes:** Los cuales actuaban como jueces de única instancia en las causas entre indios, entre indios y españoles; y en primera instancia en las causas civiles y criminales.
  - ✗ **El teniente general:** Este fue el tribunal más alto en Chile hasta la creación de la Audiencia en 1906, y de él se recurría a la Audiencia de Lima.
  - ✗ **Los Corregidores:** Actúan como jueces en los “partidos” o circunscripciones territoriales a su cargo.
  - ✗ **Los Intendentes:** Anteriormente señalados
  - ✗ **Los Jueces de Comisión:** Son funcionarios nombrados por el Cabildo o la Audiencia, con el fin de administrar justicia en asuntos determinados o realizar alguna función no contenciosa.

## Los tribunales colegiados fueron:

- ✗ **Los Cabildos:** Que conocían de las apelaciones de las sentencias dictadas por sus alcaldes en juicios de cuantía inferior a 60.000 maravedíes.
- ✗ **La Real Audiencia:** Junto con las atribuciones antes descritas, debemos recordar sus funciones judiciales, éste era el de mayor jerarquía radicado en Chile. Conocía:
  - ✗ **En primera instancia:** los llamados casos de Corte se llamaban así aquellos casos que desde la investidura de la persona o del carácter o naturaleza de ella, debían ser tratadas de manera especial; como por ejemplo: las viudas, los huérfanos, miserables, etc.
  - ✗ **En segunda instancia** (grado de vista), de las apelaciones interpuestas contra las sentencias dictadas por alcaldes y corregidores en asuntos civiles superiores a 60.000 maravedíes, y en asuntos criminales de todo tipo.
  - ✗ **Como tercer ámbito de competencia:** Conocía de los recursos de nulidad contra sentencias dictadas en las cuales habría infracción a las normas procesales (substanciación).
  - ✗ **Como cuarto ámbito de competencia:** Conocía del Recurso de Suplicación, el cual no es de Derecho, esta basado en la merced del rey, por lo general se utiliza cuando la sentencia es excesivamente gravosa para el condenado; como por ejemplo: la

expropiación de todos los bienes de una persona no era admisible en asunto inferiores a \$200 (civiles).

✍ **Finalmente conocía de los recursos de fuerza:** Que consistían en la sanción que sufrían los miembros del clero por la Iglesia y si esta era injusta podían recurrir a un tribunal civil.

## Transcripción de clase: “El Derecho Indiano”

### 20 de Marzo de 2002

Es importantísimo que el DERECHO INDIANO puede ser visto desde 2 perspectivas:

Existe un debate de Derecho Indiano en América, donde se confronta el **Derecho Común**, con el **Derecho Natural** de las Indias. Si se aplica del Derecho Natural significa reconocer a los indígenas como sujetos de derechos. Ahora por el contrario, si bien, todos somos Hijos de Dios (como para el Derecho Natural Cristiano) no todos somos iguales. Nace así el REQUERIMIENTO, instrumento evangelizador de dominación imbatible.

El Derecho de Gentes es un orden jurídico que se aplica a quienes NO eran ciudadanos romanos y se usa esto para la relación con lo indígenas. Se reconoce también, con el Derecho Natural, la libertad de tránsito y comercio.

Los españoles aplican el Derecho de Castilla, costumbres indígenas y normativas especiales para las Indias.

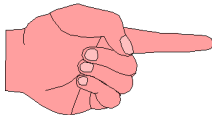
La monarquía española desarrolla la experiencia colonizadora (tecnocrática) y surge el Estado como un fenómeno jurídico. Comienzan a crearse instituciones del Estado (1470-1475) con la institucionalización (justicia- ejército- comercio). Esta forma de ver el orden estatal adquiere distintas profundidades de acuerdo con el desarrollo de los países. La expresión política diferencia a los países.

Como consecuencia de esto gran parte de la población española pasa a América.

### 22 de Marzo de 2002

Entre el Derecho Indiano y el Derecho Republicano en la Historia del Derecho hay una ruptura epistemológica. Se produce un cambio en el sentido del Derecho. Deja de ser lo que era para ser otra cosa y tener otro contenido.

El Derecho Indiano era el reflejo absolutista y los sujetos de Derecho eran los individuos sometidos a estatutos sociales. Las sociedades coloniales como la sociedad europea de la época, tenía **STATUS SOCIALES PETRIFICADOS**. Se nace en una clase social y se muere en ella. La excepción era el rango militar, el clero y la gracia del monarca, quien podía elevar de status a quien estimase se lo merecía. Esto tiene efectos en el derecho, que era un **Derecho discriminatorio**, es decir, trataba a los sujetos de acuerdo al lugar que ocupaban en la sociedad. Era jurídicamente legítima la discriminación, no se cuestionaba. En consecuencia, cada estrato social tenía su propio derecho. Por ejemplo: los nobles al cometer algún delito no eran castigados igual que un campesino. El noble pagaba por el daño causado, el campesino iba a la cárcel.



**Es una ruptura epistemológica por que el derecho a partir de la República pasa a ser un derecho donde todos son iguales ante la ley .**

En la estructura institucional del Estado, podemos decir que es **MONÁRQUICO** y

**JERARQUIZADO** El Rey es el gran legislador y el gran juez. En las Indias se encuentra el Supremo Consejo de Indias, que controla el paso a América a través de la Casa de Contratación, que tiene competencia respecto de las personas, las mercancías y la organización de las flotas que vienen a América.

**El Consejo de Indias** tiene funciones administrativas, crea leyes y tiene funciones judiciales. También tiene jurisdicción sobre todo el territorio indiano y se divide en funciones especializadas: Hacienda, Guerra, Política y Justicia.

-La Jurisdicción de Hacienda se divide en distritos de hacienda, es decir, había una especie de provincia que controlaba la hacienda, en cajas reales a cargo de oficiales reales.

-La Jurisdicción de Guerra estaba dividida en capitanías generales y la autoridad era el Capitán General, quien era a la vez gobernador, corregidor o presidente político administrativo.

-La Jurisdicción Política dividía el territorio en Virreynatos (Virrey); Gobernaciones (gobernador), Partidas (corregidor), y Ciudades que estaban administradas por los Cabildos, integrados por los vecinos que poseían tierras. El Cabildo era dirigido por un Presidente.

Toda esta figura varía con el tiempo. Con los Borbones desaparece el Consejo de Indias y se reemplaza por la Secretaría de Marinas e Indias.

Con los Borbones también se crean Las Intendencias para tener un control más directo del monarca. También venden en subasta pública los cargos del Cabildo, parecido a lo que sucede con las Cortes en España.



***El Derecho Indiano es el conjunto de normas jurídicas vigentes en América en la dominación española. También se entiende como el conjunto de leyes y disposiciones de Gobierno, promulgadas por los reyes de España y otras autoridades subordinadas a ellos, para establecer un régimen jurídico especial en las Indias o Indias Occidentales, nombre que se dio, en los primeros años a América.***

Los colonizadores tienen una inversión y el motivo de la conquista es evangelizar estos territorios.

El orden jurídico que se ha creado tiene un origen en **LAS CAPITULACIONES**, contrato entre el monarca y un particular con el objeto de evangelizar los territorios conquistados a nombre de los reyes de España, a cambio de los pagos pertinentes por las hazañas del conquistador, además de la gracia y reconocimientos de la Corona Española.

Luego están **LAS INSTRUCCIONES** que daba el monarca a quienes venían a colonizar. Eran mandatos o reglamentos donde se establecía la forma de actuación del expedicionario, el tratamiento a los Indios y proveerlos para su evangelización.

Había tres formas de iniciar una expedición:

- 1-. Préstamos a la aventura
- 2-. Sociedades, un expedicionario contribuía con unas cosas y otros con otras
- 3-. Contratos de Compañías, contrato entre el monarca y el colonizador, donde el monarca hacía su aporte en dinero, a cambio de que los expedicionarios se aventuraran y consiguieran riquezas de la conquista.

Las fuentes del Derecho Indiano son **DIRECTAS E INDIRECTAS**.

Dentro de las **DIRECTAS** está la **LEY**, que se divide en dictadas por las autoridades metropolitanas y territoriales. Las dictadas por autoridades metropolitanas son las Reales Cédulas (ordenanzas; instrucciones; cartas reales), Provisiones que son órdenes del Rey y Reales Ordenes y Autoacordados dictados por órganos colegiados.

Las autoridades territoriales dictan provisiones y autoacordados de las Audiencias, Ordenanzas de los Virreyes y Gobernadores, Bandos de los Virreyes, Gobernadores y Corregidores y Ordenanzas de los Cabildos que también tocaban el urbanismo, horarios de las jornadas de trabajo, etc.

Otra fuente directa es la **COSTUMBRE**, tanto indígena como criolla, y esta última, fuera de la ley, según la ley y en contra de ley; en este mismo orden. Al final de la Colonia, ya no se acepta a contra de ley.

Finalmente, la **JURISPRUDENCIA**, habiendo una Judicial y otra Doctrinaria (como la glosa y el comentario).

Las fuentes del derecho **INDIRECTAS** son las generales del Derecho de Castilla que rigen con carácter supletorios y las especiales, leyes de Castilla sobre materias específicas, por ejemplo: derecho de familia y sucesión. Si la legislación indiana no contemplaba una situación se aplicaba el Derecho de Castilla.

-----} Metropolitanas

Autoridades de  
Gobierno de Indias

-----} Territoriales

El derecho que se aplicaba en las Indias se caracteriza por la integración de distintos tipos de derechos: Derecho Indígena, Derecho Público y Derecho de Castilla. Este conjunto tiene un punto de vista con algunas características:

- Tenía una finalidad moralizadora y religiosa.
- Respeto por el derecho y costumbres indígenas, que se cumple a medias o casi nada.
- Supuesto afán protector del indígena.
- Integralmente uniforme de legislación indiana con la castellana, para ser una repetición del Derecho de Castilla.

El objetivo del Derecho Indiano es estructurar política y jurídicamente el territorio indígena para hacerlo semejante a Castilla.

**¿ Qué es el DERECHO INDIANO?** Es el conjunto de normas políticas y jurídicas o de derecho constitucional y de derecho general y sus instituciones respectivas, que rigen en los territorios hispanos de América e Indias y Filipinas de Asia desde 1492 hasta su independencia de la *Corona* de España.

### **ORIGEN DEL DERECHO INDIANO**

- a) *Rey* - *provisiones reales, reales cédulas, reales órdenes*
- b) *Virrey* - *bandos.*
- c) *Reales Audiencias* - *autoacordados, sentencias judiciales.*
- d) *Gobernadores* - *ordenanzas municipales o de los Cabildos*

#### **Por su contenido:**

- 1. *Provisiones Reales*
  - Reales Cédulas:* - *ordenanzas, instrucciones, cartas.*
  - b) *Bandos:* - *fijar precios, detención de personas, etc.*
  - c) *Autoacordados o Sentencias Judiciales:* - *resuelven conflictos y establecen normas para el procedimiento jurídico.*
  - d) *Ordenanzas:* - *normas de carácter general.*
  - f) *Ordenanzas Municipales o de los Cabildo:* - *donde estos tengan jurisdicción.*

## **FUENTES**

*El derecho Castellano encuentra su fuente en el Derecho Público y Privado, el Derecho Indígena y la Costumbre indígena y criolla.*

### **Derecho Privado**

*Derecho de Castilla contenido en:*

- Leyes dictadas después de la Novísima Recopilación.
- Novísima Recopilación.
- La nueva recopilación
- Leyes de Toro
- Ordenanzas reales de Castilla
- Ordenamiento de Alcalá
- Fuero Real y Fueros Municipales
- Las Siete Partidas.

## **DERECHO DE LAS PERSONAS Y DE LA FAMILIA EN EL DERECHO INDIANO.**

### **Derecho de las personas:**

- a) Las matizaciones
- b) Derecho de la división natural de las personas
- c) Derecho al Estado Civil
- d) Derecho de diversidad de religión o culto
- e) Condición racial
- f) Condición social

**a) Matizaciones:** *los españoles y los criollos se rigen por el derecho de Castilla. El Derecho Privado de Castilla se propaga al Derecho Privado Indiano.*

*Diferenciación romana: Status libetatis  
Status civitates  
Status familiae  
Ius Commune : Status societate  
Status naturales*

*La fuerza del Estado en los hombres se reparte de la siguiente manera:*

- el libre del siervo
- el hidalgo de quien no lo es
- el clérigo de los legos
- los hijos legítimos de los ilegítimos
- el varón de la mujer
- el cristiano del moro o judío

**b) División natural de las personas:** *que se da fundamentalmente por el derecho que se tiene al nacer:*

- nasciturus (el que está por nacer) y nacido
- mujer y hombre
- mayor y menor de edad
- en las Indias no se admite renunciación de oficio, ni menores, ni incapaces.

**c) De acuerdo con el derecho en el Estado Civil.** *los hombres eran:*

- naturales; extranjeros
- nobles, caballeros
- hidalgos y plebeyos
- legos y eclesiásticos

*Exigencias para ser considerado natural:*

- Diez años con residencia y casado con mujer natural
  - Extranjero casado viviendo diez años en Indias
  - Que aún no estando casado llevara diez años de estancia, con vecindad y hacienda
  - En 1562 haber vivido veinte años en España o Las Indias
- Excepciones: extranjeros que sirvieran a la corona en descubrimientos, conquistas y revueltas. También eclesiásticos.*

### **27 de Marzo de 2002**

*En general, el Derecho Indiano son las normas vigentes en América durante la dominación española.*

*Son elementos constitutivos del derecho indiano: el derecho indiano propiamente tal o municipal por que se aplicaban a las localidades; el derecho indígena o prehistórico; y el derecho castellano que tuvo carácter supletorio o subsidiario.*

*Al independizarse los países que se encontraban bajo la dominación española, el Derecho Indiano es reemplazado paulatinamente por el Derecho Nacional. Por lo tanto, se extiende hasta fines del siglo XIX, e incluso hasta el siglo XX, cuando las Cortes aplican el derecho indiano.*

*El derecho indígena, teóricamente, sólo se va a aceptar si no va en contra de la legislación de la corona y si no afecta la religión. Este principio obviamente no se respeta, puesto que el Derecho indígena es prácticamente ineficaz en la región.*

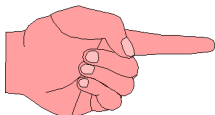
*El derecho especial para indias comprende normas que expresamente se dictan para las colonias y que se expresan a través de la ley y la costumbre.*

*El derecho de Castilla adquiere vigencia sólo si la legislación especial para las indias, no contempla la solución para la situación en cuestión.. El derecho de Castilla rige especialmente al derecho privado.*

*Se sostiene que hay más de diez millones de disposiciones especiales en estos cuatros siglos.*

**La Colonización tuvo un efecto de retroalimentación para España, por que hubo normas dictadas para las colonias que fueron útiles para España. Esto da orígenes jurídicos a la legitimidad de la conquista y enriquece el debate del derecho internacional o derecho de gentes. Este es el aporte del derecho indiano al derecho internacional.**

*El Derecho Privado se ocupará de la condición jurídica del indio, por ejemplo de los efectos del matrimonio de éstos con españoles.*



#### **Orden de prelación del Derecho Indiano:**

- Derecho natural sobre el derecho positivo.
- Costumbre que cumple con ciertos requisitos prima por sobre la ley.
- La ley posterior deroga a la anterior.
- La ley por analogías
- La ley especial prima por sobre la ley general.

- Al juez no le permite fallar en equidad y se debe recurrir al monarca.<sup>51</sup>

## Justicia militar de la época.

### A) La Colonia

#### 1.- La Legislación española:

Disposiciones diversas: La gente de armas tuvo siempre una legislación especial, se fue insertando en sus viejos códigos. Materias de Derecho especial militar contiene el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real de España, las Leyes de Estilo, las Partidas, el ordenamiento de Alcalá, el espéculo, las Leyes de los Adelantos Mayores, el ordenamiento de las Tatuferías, Las Ordenanzas Reales de Castilla y las Leyes de la Nueva Recopilación.

La fuente más importante la constituye Las Partidas.

En la nueva recopilación se inserta el Derecho penal militar. Sin embargo con posterioridad a su dictación, se promulgan verdaderos Códigos Militares que reciben el nombre de Ordenanzas Militares.

La primera Ordenanza es la dictada por Carlos I, en 1551 y la última que rigió en Chile, la dictada por Carlos III, el 22 de octubre de 1768 y que se ordenó observar en Indias por real orden de 20 de septiembre de 1769.

En el lapso intermedio se promulgaron:

Las de Felipe II, de 9 de marzo de 1587; de Felipe III, de 11 de diciembre de 1598; de Felipe IV, de 29 de marzo de 1621 y 5 de noviembre de 1632; de Carlos II, de 29 de abril de 1697 y 28 de marzo de 1700; y de Felipe V, de 18 de diciembre de 1701, de 30 de diciembre de 1706 y 12 de julio de 1788.

La Ordenanza de 1768 estuvo en vigencia en España hasta la Dictación del Código Militar de 1890. En Chile independiente, con ligeras modificaciones, lo estuvo hasta 1839, año en que se promulgó la Ordenanza General del Ejército, Código que rigió hasta 1926, fecha en que se dictó el actual Código.

La Ordenanza Militar de 1768, es interpretada, adicionada, reformada y derogada en parte, a contar de la fecha de su promulgación, por considerables cantidad de cédulas reales, órdenes y resoluciones del Supremo Consejo de Guerra.

La Ordenanza de 1768 Es la última que rigió en Chile. Comprendía diversas materias. Está dividida en ocho tratados. El Tratado I reglamenta la dotación y la ubicación de los regimientos; el II comprende las obligaciones de los militares; el III legisla sobre honores; el IV se refiere a las formaciones, manejo de armas y evoluciones de la infantería; el V está dedicado a los ejercicios de la caballería y dragones; el VI al Servicio de Guarnición y el VII contiene un reglamento para el servicio en campaña. Sólo el último tratado, el VIII, contiene materias de Derecho militar propiamente tal.

El Tratado VIII consta de 11 títulos, a saber:

<b>Título I</b>	<b>Exenciones y preeminencia del fuero militar y declaraciones de las personas que lo gozan</b>
<b>Título II.</b>	<b>Casos y delitos en que no vale el fuero militar.</b>
<b>Título III</b>	<b>Casos y delitos en que la jurisdicción militar conoce de reos independientes de ella.</b>
<b>Título IV</b>	<b>Causas cuyo conocimiento corresponde a los Capitanes Generales de las Provincias.</b>
<b>Título V</b>	<b>Consejos de Guerra Ordinarios.</b>
<b>Título VI</b>	<b>Consejos de Guerra de Oficiales Generales.</b>
<b>Título VII</b>	<b>Delitos cuyo conocimiento pertenece al Consejo de Guerra de Oficiales Generales.</b>
<b>Título VIII</b>	<b>Del auditor general de un ejército en campaña y de los de provincia.</b>
<b>Título IX.</b>	<b>De las formalidades que se han de observar en la degradación de un oficial delincuente.</b>
<b>Título X.</b>	<b>Crímenes militares y comunes y penas que a ellos corresponde.</b>
<b>Título XI.</b>	<b>De los testamentos.</b>

El tratado merece las siguientes observaciones:

- ✍ Las reglas procesales no distinguen el tiempo de paz y de guerra.

<sup>51</sup> Clase de Historia del Derecho II, "Orden de Prelación del Derecho Indiano", 14 de Junio de 2002.

- ✍ La agrupación de las materias que comprenden los diferentes títulos es arbitraria y no se distingue ni por su método, ni por la debida separación de estas mismas materias,
- ✍ Pena la tentativa y el encubrimiento de determinados delitos, en lugar de dar reglas generales sobre estos puntos,
- ✍ Se penan algunos delitos comunes, saliéndose naturalmente del marco que debe abarcar un Código penal.

## 2.- Derecho Militar Indiano.

Las materias de Derecho penal militar que atañen especialmente a los dominios de América, emanan de la Corona y son y son comunicadas a los Virreyes y Capitanes Generales.

Se crea así una legislación suelta, casuística, dispersa y muchas veces encontrada. Sin embargo se dictó para América una Ordenanza Especial de Milicias. El 19 de enero de 1769 se promulgó el Reglamento de Milicias de Cuba que se hizo general en América, a partir de R.O. de 31 de enero de 1791.

Las autoridades Coloniales de nuestro país no dictaron disposiciones legales de este carácter, como ocurrió tratándose del Derecho penal común).

## 3. Derecho Penal Militar aplicable en Chile Colonial

Orden de prelación de las Leyes Militares en Chile Colonial.

El orden es el siguiente:

Derecho Celulario dictado especialmente para Chile. Comprende las reales cédulas, reales órdenes, ordenanzas, etc., que sobre Derecho dictó la Corona para nuestro país. Ej.: reales órdenes del 24 de junio de 1794 designándose la Compañía de la Concepción como lugar de condena para los desertores del presidio de Valdivia, y la de 25 de octubre de 1770, disponiendo que debe ser el oidor decano de la Real Audiencia de Santiago el que debe desempeñarse como auditor de guerra, sin sueldo ni ayuda de costas.

El Derecho Celulario dictado especialmente para las otras Colonias o para España. Al resolver el Rey la consulta de un Capitán General de ultramar o de las autoridades militares peninsulares, extiende la solución dada al problema cuestionado al resto de las Colonias americanas. Gran parte de nuestro inventario de reales cédulas y reales órdenes corresponde a esta clase de Derechos.

Derecho Penal Militar comprendido en la recopilación de Indias. La recopilación contiene varias disposiciones de carácter penal militar y alguna de ellas rigen hasta el final de la Colonia.

Ordenanzas Militares Españolas especiales. Tal es el caso de las Ordenanzas para Milicias de Cuba y otras; Ordenanza General del Ejército. No estando el caso por resolver comprendido en las disposiciones anteriores, corresponde aplicar la ordenanza General del Ejército. Esta rige desde 1768 en España y desde 1769 en América. A falta de disposiciones, lagunas legales, se aplica el Derecho Penal Común.

## 4. Tribunales Militares de la Colonia.

### a) Características generales.

Funcionaban en América los Tribunales inferiores de única, primera y segunda instancia.

En España funcionaban Tribunales de segunda instancia y un Tribunal de Consulta. Ambos eran Tribunales de Derecho.

Los Tribunales de única instancia fallaban en conciencia.

Los Tribunales de única instancia y el de Consulta eran unipersonales; los de primera y segunda instancia eran tribunales colegiados.

Al igual que hoy, los Tribunales estaban compuestos de jueces no letrados, asesorados por funcionarios letrados denominados Auditores.

Los Tribunales Militares eran independientes de los Tribunales Civiles.

Las contiendas de competencia las resuelve en Indias el Virrey o el Capitán General.

### b) Situación en Chile.



En general existió desde la metrópolis una despreocupación para fijar normas legales para la Indias. Las disposiciones legales dictadas en España contemplaban la realidad de la península, razón por la cual estas disposiciones se transformaban en letra muerta al tratar de aplicarse al medio diferente que constituían las Colonias americanas.

Esto fue subsanado en parte con la Real Orden dictada el 10 de noviembre de 1781, que establece que donde no haya número suficiente de oficiales para formar los Consejos de Guerra, establecidos por las Ordenanzas Militares, se fallen las causas por el Tribunal Militar de la Provincia, vale decir, por el Capitán General, Juez Militar Natural.

## Clasificación de los Tribunales.

### Tribunales que funcionaban en España:

- 1) El Tribunal Consultivo, compuesto por el Rey.
- 2) El Consejo Supremo de Guerra.
- 3) El Consejo Supremo de artillería e Ingenieros (creado en el Siglo XVIII).

### Tribunales que funcionaban en Chile:

- 1) Tribunales de Apelación.
- 2) Tribunales de primera instancia en materia criminal. Durante los Siglos XVI y XVII el Gobernador ejercía el cargo de Juez, asesorado por el Auditor de Guerra.
- 3) Consejo de Guerra, en las causas por delitos militares, constituido según el grado del acusado. Para el Personal de Tropa, el Consejo lo constituían los oficiales del Grado de Capitán arropa, elegidos por la misma unidad.

## 5. Fuero Militar

Entendemos el fuero como potestad para juzgar, como juicio y jurisdicción.

Esta institución sufre a través del tiempo, desde los antiguos Códigos del Siglo XII hasta la más moderna legislación de fines del Siglo XVIII, profundas alteraciones.

Hasta hoy se mantienen, sin embargo, los conceptos definidos:

- ✍ Ajurídicamente se entiende como sinónimo de jurisdicción y principalmente, de jurisdicción especial, es decir del Derecho y deber que tienen los militares para ser juzgados por tribunales especiales a ciertos delitos se sometan a estos delitos, en vez de serlo a los ordinarios y comunes.
- ✍ Desde un aspecto de hecho, el fuero militar se entiende como un privilegio. <sup>(52)</sup>
- ✍ En materia Civil, el fuero constituía un privilegio, ya que podía ser renunciado a voluntad de quien lo gozaba<sup>53</sup>
- ✍ El fuero militar, lejos de ser un privilegio, es sólo un factor que fija la competencia de los Tribunales castrenses<sup>54</sup>
- ✍ El fuero militar tenía una gran amplitud en esta época. En primer término abarca los delitos contra la disciplina y seguridad del Ejército cometidos por sus miembros y por terceros. Bajo el concepto de privilegio quedan sujetos a la jurisdicción militar los miembros del ejército y sus allegados, salvo en aquellos casos que se consideren deshonrosos y que provocan la pérdida del fuero.
- ✍ El fuero como privilegio, fue concedido a cuerpos o armas determinados, como por ejemplo, el Fuero de Artillería, el Fuero de Ingenieros, el Fuero de los Cuerpos de Casa Real, etc.
- ✍ El Fuero incluso alcanzaba a la viuda del militar y a sus hijas mujeres, mientras no se casaren o se hicieren religiosas, y a los hijos varones hasta los 16 años y hasta sus criados en servicio.

---

<sup>52</sup>Oñat y Roa, Régimen Legal del Ejército en el Reino de Chile. Pág. 190, Memoria, Editorial del Pacífico, 1953

<sup>53</sup>Supra Nota, pág. 191

<sup>54</sup>Pailas Peña, Enrique. Apuntes de clase. Competencia de los Tribunales Militares de Chile. Pág. 2. Escuela de Derecho U. de Chile,

## En Síntesis

Derecho Indiano es el conjunto de normas políticas y jurídicas o de Derecho constitucional y Derecho en general y sus instituciones respectivas, que rigen en los territorios hispanos de América o indias y Filipina de Asia, desde 1492 hasta su independencia de la Corona de España. El contenido de este Derecho no es de origen exclusivo indígena, ni castellano o español, y su nombre, indiano, se explica por la visión que Colón y quienes le siguen, tienen del territorio descubierto. Se trata de un Derecho de fuentes.

RESUMEN DE LA PRIMERA PARTE:

## Periodos de la historia del Derecho antiguo

Se inicia con la fundación de Roma pasando por el surgimiento del Estado terminado en el Período Colonial, Es en este periodo cuando se desarrolla el Derecho civil y se crean las bases del Derecho de procedimiento. Su comprensión es necesaria para percibir el porqué del Derecho moderno.

## Edad moderna: La plenitud y extensión del Derecho español (1474- 1812)

Esta etapa de la historia de España se identifica con la reafirmación del Estado con estructura especializada, con burocracia, ejército, cortesanos y gestión del poder central. Desde el punto de vista de la historia del Derecho este período se divide en dos etapas: Los Reyes Católicos y la Casa de Austria, el primero, y la Casa de Borbón el segundo.

España durante la Edad Moderna, bajo la dirección de Castilla, logra su madurez, consolidando un Estado fuerte, con vida política relevante y con un Derecho que estará durante largos periodos a la vanguardia. Durante casi dos siglos se transforma en la primera potencia del orbe y sus instituciones, no sólo rigen en la península, sino que se extienden a los inmensos territorios de América, Asia y África. Sin embargo, este esfuerzo Colonizador debilitará a la Metrópolis, en tanto que la anquilosada estructura social impedirá un verdadero desarrollo económico y las largas y costosas guerras que debe sostener con las potencias rivales (Francia, Inglaterra, Holanda) la conducirán desde mediados del siglo XVII a un proceso de crisis. Los Borbones, inspirados en ideas nuevas, desde los inicios del siglo XVIII intentarán superar este estado de cosas abriendo el país a influjos ideológicos externos<sup>55</sup>. Todo este periodo de estudio corresponde al sistema político denominado *Absolutismo*, que significa desligado, libre, y que etimológicamente proviene de la palabra latina *solvere*, que significa desatar, soltar es decir, se desliga de las instituciones o cuerpos estamentales con los cuales compartía en la baja edad media el gobierno.

En aquella época había instituciones estamentales en todos los estados europeos occidentales, como los recién mencionados. En Castilla se llamaban Cortes y estaban integradas por los tres estamentos o brazos que componían la comunidad: el nobiliario, el eclesiástico y el de las ciudades o brazo común. Ellos representaban la población del reino agrupada según su función en la comunidad. La nobleza cumplía un papel de defensa y colaboraba en el gobierno. El estamento eclesiástico atendía lo relacionado con la religión y el brazo común se dedicaba al comercio, cultivo de los campos y demás labores similares. Según podemos apreciar existía en la Edad Media una comunidad orgánica, ya que el reino era un cuerpo organizado mediante la participación de sus diversos miembros, los cuales ocupaban cada uno un espacio en la estructura monolítica y pétreo propia de una sociedad estamental.

En ninguno de estos países las instituciones estamentales son suprimidas durante el absolutismo. No obstante pierden paulatinamente la significación que habían tenido durante la Baja Edad Media, en que compartían el poder con la realeza. Esta se independiza de ellas y su poder pasa a ser absoluto.

## Periodos de la historia del Derecho moderno

La historia del Derecho chileno es una parcela de la historia nacional y como tal, se inicia, conjuntamente con ella, el advenimiento de la cultura española al territorio. Antes de la llegada de Pedro de Valdivia y sus compañeros, el territorio actual de Chile carecía de unidad política y cultural. Sólo desde 1541 se puede hablar verdaderamente de historia de Chile.

Tratándose de la historia del Derecho es posible distinguir dos periodos fundamentales: el período indiano y el período nacional o patrio.

## Período Indiano

### El Derecho indígena

---

<sup>55</sup> García Gallo, Alfonso, Op. Cit.

Abarca la prehistoria o época anterior al descubrimiento (1492 hacia atrás). No es posible hablar de un orden jurídico propiamente tal, estructurado a partir de un poder político – Estado – sino de costumbres y tradiciones respetadas por los pueblos de la región. Algunas de estas han sido recogidas por la historia como parte integrante del Derecho indiano. Muchas normas o costumbres de naturaleza jurídica se perdieron durante la invasión y destrucción de estos pueblos.

En el caso de Chile el Derecho indígena es de origen peruano y autóctono. Parte se conserva en la costumbre y parte es objeto de recepción del Derecho indiano. Su aportación no ha podido ser debidamente evaluada por cuanto las fuentes fueron destruidas por los eclesiásticos católicos lo que ha dificultado las investigaciones sobre la materia por lo que resulta en conjunto perceptible como ínfima.

## El Derecho indiano

Abarca los siglos del régimen español (1541-1810). Chile se incorpora durante esta época, como unidad, en la vasta monarquía indiana, tres son los elementos constitutivos del Derecho en esta época: el indígena, el especial para indias y el español.

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.

El Derecho español -concretamente el castellano- rige como subsidiario del Derecho especial para las indias y como tal ampliamente en materias privadas y penales, apenas tocadas por éste. Es además el Derecho castellano el padrón sobre el cual se elabora el Derecho especial para indias, por lo que su conocimiento es previo al estudio del último.

## Características del Derecho español

La Historia del Derecho en la Península Ibérica presenta el encadenamiento de varios factores totalmente diversos, cuyo punto de unión descansa en el ámbito territorial común en que han ocurrido o desarrollado. De esta manera lo que hoy llamamos Derecho español es el resultado de un lento y trabajoso desarrollo o evolución a través de los siglos, en los que han ido recibiendo los aportes jurídicos de los diversos pueblos que se han radicado sucesivamente en la península y asimismo las influencias ideológicas llegadas hasta ellas desde el exterior, como el cristianismo primero, el judaísmo y el musulmán más tarde, luego las ideologías políticas francesas y el racionalismo empírico anglosajón. La historia de este Derecho resulta así por demás compleja, ya que antes de poder proporcionar las sustancias del Derecho genuinamente hispánico, ha de emprenderse el estudio de los diversos sistemas jurídicos que han intervenido en su formación<sup>56</sup>. De esta manera en la Historia del Derecho español han de apreciarse el sedimento jurídico que dejan los pueblos que habitaron la península antes de la invasión romana, la influencia de esta última y prolongada dominación, como, también las de las sucesivas invasiones godas y musulmanas. Asimismo han de comprobarse las proyecciones del cristianismo y del elemento judío, los efectos del renacimiento medieval del Derecho romano y la influencia francesa en los siglos XVIII y XIX. El Derecho español que nace y se desarrolla como resultado de estos influjos y que se trasplantará a América y concretamente en Chile, no es pues un sistema estático sino fluido y variable, en suma, esencialmente histórico.

## Época republicana y surgimiento de la modernidad

### Período nacional o patrio:

Se inicia con el proceso de la independencia de Chile a partir de 1810. Desde el punto de vista del Derecho político hay que distinguir en él dos etapas: La primera abarca desde 1810 a 1833 y es una época de ensayos constitucionales y políticos; la segunda comienza en 1833 con la dictación de la constitución política de este año y corresponde a la república jurídicamente constituida. En ambas etapas se recepciona de manera amplia el Derecho público francés, inglés y norteamericano.

Desde el punto de vista de las demás ramas del Derecho, en especial el civil, el comercial, el minero, el penal, hay que distinguir así mismo dos etapas: La época de formación del Derecho patrio y la época de codificación.

La época de formación comprende los años 1810 a 1857 y en ellas sigue rigiendo el Derecho español en las ramas anteriormente indicadas. Además se dicta una nueva legislación y se prepara la codificación del Derecho nacional. La época de codificación se inicia con la vigencia desde 1857 del código civil y se prolonga en nuestros días.

---

<sup>56</sup> García Gallo, Alfonso, Op. Cit.

Cabe destacar que el período histórico - jurídico que vivía España corresponde a la Edad Moderna (1474 - 1812), al momento de la conquista en América que se inicia con el reinado de Fernando e Isabel, y que abre paso a la gran expansión política española, la que se clausura en 1812 con la reunión de las Cortes de Cádiz. En esta época el Derecho castellano ya consolidado, se amplía, se recopila y se expande al resto de la península y a las Indias.

Este periodo se caracteriza por el surgimiento del Derecho político y de los Derechos Humanos y la reafirmación del Derecho internacional. Pero también aparece el abuso del Derecho que consiste en obligar al respeto de leyes o normas contrarias al avance del Derecho y que afectan a los sujetos de su protección: los seres humanos, bajo el pretexto de lograr una mejor protección en el futuro.

Este periodo podría dar paso a otra etapa del Derecho, el de la postmodernidad, pero para que ello ocurra es necesario que las ideas fuerzas de la modernidad se desarrollen, lo que en el caso de América Latina y de gran parte del mundo, aún no sucede.

## Bibliografía específica.

- Bravo Lira, Bernardino, Historia de las instituciones políticas de Chile e hispoamérica. Editorial Andrés Bello. Santiago, 1993 (2º edición). 359 pp. (Ver páginas 97 a 138.).
- Campos Harriet, Fernando, Historia Constitucional de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1963, 364 pp.(ver páginas 27 a 60.).
- Eyzaguirre, Jaime, ideario y ruta de la emancipación chilena. Editorial Universitaria. Santiago, 1992 (2º Edición). 159 pp. Eyzaguirre, Jaime, Historia del Derecho. Editorial Universitaria. Santiago, 1962 297 pp. (Ver páginas 193 a 268.).
- Guerra, François-Xavier, Modernidad e independencias. Fondo de Cultura Económica, México, 1993, 406 pp. Levaggi, Abelardo (coordinador), La Inquisición en Hispanoamérica. Coedición con la Universidad del Museo Social Argentino. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, 253 Págs.
- Pinto Lagarrigue, Fernando, La masonería su influencia en Chile, Editorial Orbe, Santiago, 1966, 3ª Edición, 331 pp.
- Sánchez Bella, Ismael, De La Hera, Alberto, y Díaz Rementería, Carlos, Historia del Derecho Indiano. Editorial MAPFRE, Madrid, 1992, 407 PP.
- Tagle Martínez, Hugo, Curso de historia del Derecho constitucional. Historia del Derecho Constitucional de Castilla. De su más remoto origen hasta 1818. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1989, Volumen I 318 pp. (Ver páginas 287 a 300.).

## BIBLIOGRAFÍA GENERAL.

- ? Kircheimer, Otto, Justicia Política, Empleo Del Procedimiento Legal Para Fines Políticos, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1968, 501 Pp.
- ? Kritz, Neil (Ed.), Transitional justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes. United States Institute of Peace Press, Washington, 1995, 3 vol. . 477-479 y pp 498-611 Vol. III.
- ? Levaggi, Abelardo (coordinador), La Inquisición en Hispanoamérica. *Coedición con la Universidad del Museo Social Argentino*. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, 253 págs.
- ? López Dawson, Carlos, Instrumentos Internacionales De Derechos Humanos Vigentes En Chile. Santiago, Editora Nacional De Derechos Humanos, 1994, 167 Pp.
- ? López Dawson, Carlos, Justicia Militar: Una Nueva Mirada. Santiago, Editora Nacional De Derechos Humanos, 1995, 160 Pp.
- ? López Dawson, Carlos, El Ciudadano En La Integración Económica. Academia Diplomática De Chile. Ministerio De Relaciones Exteriores De Chile, Santiago, 1999, 180 Pp.
- ? Merello, Italo, Historia Del Derecho, Ediciones Universitarias De Valparaíso De La Universidad Católica De Valparaíso, 1983, 164 Pp.
- ? Nogueira Alcalá, Humberto Y Pfeffer Urquiaga, Emilio, Compiladores, Tratados Internacionales Vigentes En Chile En Materia De Derechos Humanos. Diario Oficial De La República, Santiago, Marzo De 1999, Tomos I y III 550 pp. Presentación de Florencio Ceballos Bustos, Prefacio de José Miguel Inzulza Salinas y Nota De La Asesoría De Derechos Humanos Del Ministerio De Relaciones Exteriores.
- ? NN.UU. United Nations Doc. E/CN.4/1990/13 y General Assembly Resolution 33/173 (december 20, 1978.
- ? Pacheco G., Máximo. Los Derechos Humanos, documentos básicos. Santiago, Editorial Jurídica, 1978, 88.
- ? Sorensen, Max, Ed. Manual de Derecho Internacional Público. México, Fondo de Cultura Económica, 1981,
- ? Paillas, Enrique, Derecho Procesal Penal. Edit. Jurídica De Chile. , Santiago, vol., 1984
- ? Sánchez Bella, Ismael, De La Hera, Alberto, Y Díaz Rementería, Carlos, Historia Del Derecho Indiano. Editorial Mapfre, Madrid, 1992, 407 Pp. (Índices Onomástico Y Toponímico.
- ? San Martino de Dromi, Ma. Laura, De la nueva Historia del Derecho. A propósito del objeto, método y fuentes del Derecho del Mercosur. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, 125 págs.
- ? San Martino de Dromi, Ma. Laura. La burocracia en el siglo XVIII. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, 31 págs.
- ? Tagle Martínez, Hugo, Curso De Historia Del Derecho Constitucional. Historia Del Derecho Constitucional De Castilla. De Su Más Remoto Origen Hasta 1818. Editorial Jurídica De Chile. Santiago, 1989, Volumen I 318 Pp. (Ver Páginas 287 A 300.).
- ? Topacio Ferreti, Aldo, Fuentes Del Derecho Chileno En La Precodificación. Edit. Universidad De Valparaíso, 1986.
- ? Topacio Ferreti, Aldo, Fuentes Del Derecho Chileno En La Codificación. Edit. Universidad De Valparaíso, 1990.

- ? Verdugo Marinkovic, Mario, Nogueira Alcalá, Humberto Y Pfeffer Urquiaga, Emilio, Derecho Constitucional, Editorial Jurídica De Chile, Santiago, 2 Vol. 1994.
- ? Vial Correa, Gonzalo, Valderrama Hoyl, Pablo, Y Vásquez Vargas, David, Historia Del Senado De Chile. Santiago, Editorial Andrés Bello, 1995, 277 Pp.
- ? Villalobos, Sergio Y Otros, Historia De Chile, 4 Vol. Edit. Universitaria, 1974.
- ? Vitale, Luis, Interpretación Marxista De La Historia De Chile, LOM Ediciones, Santiago, 1998, Tomo vi, 415 Pp.

## Bibliografía Secundaria

### A Obras:

- ? Alonso, Pilar y Mochón, Francisco, Economía Básica: Chile una Realidad, Santiago, 1994
- ? Althouser, Luis: Montesquieu, la politique et l'histoire; París, PUF,
- ? Americas Watch, "Challenging Impunity: The Ley De Caducidad And The Referendum Campaign in Uruguay" y "Truth and Partial Justice in Argentina: An Update", en Kritz, Neil, Transitional Justice, United States Institute of Peace Press, Washington, Vol. I, pp. 385 -465 y 327-330. ( sobre Uruguay y Argentina).
- ? Atria, Rodrigo, Chile, la memoria prohibida. Las violaciones a los Derechos humanos 1973-1983. Santiago, Ed. Pehuen, 1989. 3 volúmenes. (I: 431 pp.; II: 518 pp.; III: 594 pp.).
- ? Balassa, Bela: Teoría de la Integración Económica, Ed. UTEHA. Buenos Aires, 1964.
- ? Banco Interamericano de Desarrollo: Factores para la Integración Latinoamericana. México. Fondo de Cultura Económica, 1966.
- ? Banco Interamericano de Desarrollo (BID): Proposiciones para la creación del Mercado Común Latinoamericano. Documentos, 1965.
- ? BID.: -Factores - Obstáculos y avances para una Comunidad Económica Latinoamericana. Washington, 1965
- ? Barros Charlin, Raimundo: La ALALC. Publicación INSORA, 1972.
- ? Barros Van Buren, Mario. Historia Diplomática de Chile 1541-1938. Editorial Andrés Bello. Santiago. Segunda Edición actualizada a 1958.
- ? Bernaschina G., Mario: Manual de Derecho Constitucional. Ed. Jurídica, 1965.
- ? Bretch, Arnold: Teoría Política. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1959..
- ? Brownlie, I. Principes of Public International Law. Oxford. Clarendon Press, 1979.
- ? Buergenthal, Thomas, Norris, Robert E., y Shelton, Dinah, La protección de los Derechos humanos en las Américas. Instituto de Derechos Humanos, Editorial Civitas Madrid, 1990, 724. Incluye anexos.
- ? Cárdenas, Emilio y Peña, Félix: Los Acuerdos Subregionales y el Tratado de Montevideo.
- ? Blanc Altemir, Antonio: La violación de los Derechos humanos fundamentales como crimen internacional. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1990.
- ? Brownlie, I. Principes of Public International Law. Oxford. Clarendon Press, 1979.
- ? Campos Harriet, Fernando. Historia Constitucional de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Séptima Edición. 1993.
- ? Cançado Trindade, Antonio Augusto, La protección internacional de los Derechos económicos, sociales y culturales. En Cerdas Cruz, Rodolfo y Nieto Loaiza, Rafael. Estudios básicos de Derechos humanos. San José. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión de la Unión Europea, 1994, pp.39-62.
- ? Carrillo Salcedo, Juan Antonio. El Derecho Internacional en un mundo de cambio. Madrid. Tecnos, 1984. 351 pp.
- ? Correa, Jorge; Barros, Luis (editors) Justicia y marginalidad. Percepción de los pobres. Santiago, CPU.1993.
- ? Correa, Luis, El aporte fiscal al poder judicial en los gobiernos democráticos. Años 1978 a 1999. Santiago: Escuela de Graduados, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1999
- ? Cerdas Cruz, Rodolfo y Nieto Loaiza, Rafael. Estudios básicos de Derechos humanos. San José.
- ? Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión de la Unión Europea, 1994, 337 pp.
- ? Comisión Andina de Juristas, El poder judicial en Chile, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996.
- ? Comisión Económica para América Latina, CEPAL: Hacia la Integración acelerada de América Latina. México, Fondo de Cultura Económica, 1965.
- ? CEPAL. El regionalismo abierto en América Latina y el Caribe. Santiago, CEPAL, 1994, 110 pp., CEPAL: El Pensamiento de Cepal. Santiago de Chile. Ed. Universitaria, 1969.
- ? Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Informe a su Excelencia el Presidente de la República, sobre actividades desarrolladas al 15 de mayo de 1996. Impreso en La Nación, 1996.

- ? Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, paragr. 172. Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informes N°s 28 y 29 de 1992.-
- ? Cuneo, Andrés, "La Corte Suprema de Chile, sus percepciones acerca del Derecho, su rol en el sistema legal y la relación de éste con el sistema político", en *La administración de justicia en América Latina*. San José de Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 1980.
- ? Dale, Robert: "Modern Political Analysis". Practico Hall INC. New Jersey, 1970.
- ? Detzner, John: Tribunales chilenos y Derecho internacional de Derechos humanos. La recepción del Derecho internacional de Derechos humanos en el Derecho interno chileno. Comisión Chilena de Derechos Humanos. Programa de Derechos Humanos, Academia de Humanismo Cristiano. Santiago, 1988, 182 pp.
- ? Deutch, Karl W.: El Análisis de las Relaciones Internacionales. Buenos Aires. Ed. Paldos, 1968.
- ? Ensignia, Jaime y Sassenfeld, Heinrich, editores, Chile-Mercosur y estrategias sindicales en la región. Santiago, Fundación Friedrich Ebert, 1996, 177 pp.
- ? Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO/CLADDE. MERCOSUR y defensa: estudio estratégico de América Latina. FLACSO/CLADDE, SANTIAGO, 1997, 230 pp.
- ? Feherenbach, Elizabeth, Sociedad tradicional y Derecho moderno. Ed. Alfa, Buenos Aires, 1980.
- ? Galin, P., Empleo no registrado en el MERCOSUR y las políticas para reducirlo. Organización Internacional del Trabajo, OIT. Buenos Aires, 1998 (Documento de Trabajo N° 61)
- ? Gamboa Serazzi, Fernando, "Manual de Derecho Internacional Público", Santiago, Editorial LOM.1998.
- ? Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro. El control parlamentario de la Administración, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1981.
- ? Gross Espiell, Héctor. La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo. Santiago, Ed. Jurídica de Chile. 1991.
- ? Guerra, François -Xavier, Modernidad e independencias. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.406 pp.
- ? Herrera Lane, Felipe: Nacionalismo Latinoamericano. Ed. Universitaria. Santiago de Chile, 1967.
- ? Insulza, José, Ensayo sobre política exterior de Chile, Editorial Los Andes, Santiago, 1998, 92 pp.
- ? Jellinek, G: Teoría General del Estado. Editorial Losada, Buenos Aires, 1943.
- ? Jimenez de Arechaga (E). El Derecho Internacional Contemporáneo, Madrid, Ed. Tecnos, 1980.
- ? Kaplan, Marcos, Formación del Estado nacional en América Latina. Santiago, Ed. Universitaria, 1969, 320 pp.
- ? Kirchheimer, Otto, Justicia política. Baires. UTEHA, 1963.
- ? Kritz, Neil (ed.), Transitional justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes. - United States Institute of Peace Press, Washington, 1995, 3 vol.
- ? Linares, Antonio: Aspectos Jurídicos de los Sistemas de Integración Económica. Caracas. U. Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1969.
- ? López Dawson, Carlos, Más allá de Icaro, los Derechos humanos en la educación. En Ensayos de Derechos Humanos. Ministerio de Educación, Santiago, 1998. (6° Concurso Nacional de Ensayos en Derechos Humanos, Jorge Millas).
- ? López Dawson, Carlos, Para el Amor. En Ensayos de Derechos Humanos. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1995. (4° Concurso Nacional de Ensayos en Derechos Humanos, Jorge Millas).
- ? López Dawson, Carlos, Justicia y Derechos Humanos, Editorial Documentas, Santiago, 1986, 177 pp.
- ? López Dawson, Carlos (editor) y otros, Defensor del Pueblo para Consolidar la Democracia, Santiago, Capítulo Chileno del Ombudsman, 1992.
- ? López Dawson, Carlos (Editor), Encuentro Internacional de juristas por la justicia, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1989.
- ? López Dawson, Carlos (editor), Como hacer justicia en Democracia. Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1987.
- ? López Dawson, Carlos, Justicia y Derechos Humanos, Editorial Documentas, Santiago, 1986, 2ª edición, 177 pp.
- ? López Dawson, Carlos: Sociologie politique de l'integration economique. Paris. Institut d'Etudes Politiques de Paris, Tesis de Doctorat en Science Politique. 1981. (policopie)
- ? López Dawson, Carlos: Derecho Comunitario Andino. Escuela de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1974, policopia.
- ? López Dawson, Carlos: Marco Jurídico de la Integración Andina. Academia Andrés Bello, 1973.
- ? López Dawson, Carlos: Las deudas de la transición. Comisión Chilena de Derechos Humanos, Editora Nacional de Derechos Humanos, Santiago, 1992.



- ? López Dawson, Carlos: Integración económica: preservación y fortalecimiento de la democracia y Derechos humanos. En Rojas Aravena, Francisco, (editor), Globalización, América Latina y la Democracia de las Cumbres. Santiago. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 1998.pp. 295-302.
- ? López Dawson, Carlos, Justicia militar, otra mirada. Editora Nacional de Derechos Humanos, Santiago, 1995, 177 pp.
- ? López Dawson, Carlos, El ciudadano en la integración económica. Academia Diplomática de Chile, Santiago, 1999, 203 pp.
- ? Medina, Cecilia, El Derecho internacional de los Derechos humanos y el ordenamiento jurídico chileno, en Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Constitución, Tratados y Derechos Esenciales. Santiago Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1994. pp. 3-54.
- ? MIDEPLAN, Encuesta CASEN, Pobreza y distribución del ingreso en Chile, 1996, julio 1997.
- ? MIDEPLAN, Situación de la mujer en Chile 1996, agosto 1997.
- ? Montealegre Klenner, Hernán: La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos. Santiago, Academia de Humanismo Cristiano. 1984.
- ? Montealegre Klenner, Hernán, Los Derechos humanos en la trayectoria política de occidente, en Nuevos acercamiento a los Derechos Humanos, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1995, pp. 79-10.
- ? Moulian, Tomás, Chile actual, anatomía de un mito. Santiago, LOM ediciones, 1998, 30ª edición.
- ? Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, "La Réalisation des Droits Economiques, Sociaux et Culturels" junio de 1997.
- ? Naciones Unidas, Centro de Derechos Humanos. Instituciones nacionales de Derechos humanos. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1995, 142 pp. (Manual sobre la creación y fortalecimiento de instituciones Nacionales para la promoción y protección de los Derechos humanos).
- ? Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Sub Comisión de la lucha contra las medidas discriminatorias y de protección de minorías: Estudio sobre la legislación de amnistía y sobre su rol en la protección y la promoción de los Derechos humanos (E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1) preparado por Louis Joinet, relator especial sobre la amnistía. Rapport Final sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme, 'etabli par M. Joinet en application de la résolution 1995/35 de la Sous-Commission (E/CN.4/Sub.2/1996/13 juin 1996).
- ? Nogueira, Humberto y Pinto, Francisco, El Ombudsman o Defensor de la Persona en el Derecho comparado y en la experiencia mundial. Reflexiones para su consideración en Chile. Santiago, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos. , 92 pp. y anexos.
- ? O'Donnell, Daniel: Protección internacional de los Derechos humanos: su desarrollo progresivo. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, 752 pp.
- ? Pescatore, Pierre: Derecho de Integración: Nuevo Fenómeno en las Relaciones Internacionales. BID-INTAL. Buenos Aires, 1973.
- ? Pinto Lagarrigue, Fernando, La masonería su influencia en Chile, Editorial Orbe, Santiago, 1966, 3ª Edición, 331 pp.
- ? Pinto L., Fernando, Balmaceda y los Gobiernos Seudo-parlamentarios, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1991, 222 pp.
- ? Quinzio, Jorge Mario, El Ombudsman, el Defensor del Pueblo. Editorial Jurídica, Santiago, 1992.
- ? Ramos, Jorge, Historia de la Nación Latinoamericana. Ed. Peña y Lillo, Buenos Aires, 1975.
- ? Rojas Aravena, Francisco William. El Conosur y las Transformaciones Globales. Editorial Falea, Santiago. 1994.
- ? Salazar, Gabriel y Pinto, Julio, Historia contemporánea de Chile I. Estado, legitimidad, ciudadanía. Santiago, LOM Historia, 1999, 315 pp.
- ? Salazar, Gabriel y Pinto, Julio, Historia contemporánea de Chile II. Estado, legitimidad, ciudadanía. Santiago, LOM Historia, 1999, 173 pp.
- ? Sorensen, M. Les sources du droit international. Principes de droit international. recueil 1960, Vol. III. T. 101.
- ? Tugores Ques, Juan. Economía internacional e Integración económica. McGraw-Hill. Madrid. 1993.
- ? Verdross (Alfred), Derecho Internacional Público, Madrid, Aguilar Editores, 1978, págs. 362 y 363.
- ? Vilaseca Requena, Jordi, Los esfuerzos de Sísifo: la integración económica en América Latina y el Caribe. La Catarata, Madrid, 1994.

## **B. Revistas, periódicos, artículos y otros:**

- ? Cárdenas, Emilio J.: Hacia un Derecho Comunitario Latinoamericano. Revista D. de la I., Nº 1. pp. 32-50.

- ? Díaz Albonico, Rodrigo.- "La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y los Procedimientos Técnicos de Formación de las Diversas Categorías de Normas", en ESTUDIOS 1982, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, pp. 147-174.
- ? Ferrer, Aldo, América Latina y la Globalización, Revista de la CEPAL N° 65, agosto 1998, p. 155-168.
- ? Faúndez, Héctor "La Declaración de Derechos Humanos, cuarenta años después ", Separata de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 75, 1990.
- ? Fuenzalida Faivovich, Edmundo Las transformaciones del Derecho y de la cultura jurídica en Chile entre 1974 y 1999. En Revista Diplomacia N° 90, año 2000.
- ? Marie, Jean-Bernard, International Instruments relating to Human Rights. Human Rights Law Journal (HRLJ). In association with the International Institute of Human Rights, Strasbourg, 1991.
- ? Revista de Historia del Derecho "Ricardo Levene". Nos. 30, 31, 32 y 33, *Coedición con la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires*. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina 1998, 500 págs.
- ? Sánchez Viamonte, Carlos : El Constitucionalismo. Argentina, Ed. Bibliográfico, 1957.
- ? Silva Bascuñan, Alejandro: Tratado de Derecho Constitucional. Santiago de Chile. Ed. Jurídica, 1963.
- ? Van Klaveren, Alberto. La defensa de la democracia en el ámbito Iberoamericano, en Revista Diplomacia, N° 70, septiembre 1996, pp. 35-38.
- ? Vargas Zamorano, Ricardo. La convergencia: tema pendiente de América. Revista Diplomacia N° 71, pp. 93-98.
- ? United Nations, Handbook of International Trade and Development Statistics, 1995. Integration Bulletin for Latin America and the Caribbean. No 10. Noviembre de 1997.

### C. Páginas Web e Información de Internet.

<http://members.tripod.com/redchile/prensa.htm>  
[www.cepal.cl](http://www.cepal.cl)  
[www.derechoschile.com](http://www.derechoschile.com)  
[www.doi.gov/dol/ilab/public/media/reports/nao/execpr-l.htm](http://www.doi.gov/dol/ilab/public/media/reports/nao/execpr-l.htm)  
[www.lemonde.com](http://www.lemonde.com)  
[www.oea.org](http://www.oea.org)  
[www.redchile.com](http://www.redchile.com)  
[www.union.europea.org](http://www.union.europea.org)

### D. Documentos y publicaciones oficiales:

- ? Códigos de la República.
- ? Constitución Política de la República de Chile.
- ? Asamblea General de la OEA, Res. AG/RES (XII-0/83) Séptima sesión Plenaria, 18 de noviembre de 1983.
- ? Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, paragr. 172. Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informes N°s 28 y 29 de 1992.-
- ? Reparos de Americas Watch sobre Uruguay y Argentina, "Challenging Impunity: The Ley De Caducidad And The Referendum Campaign in Uruguay" y "Truth and Partial Justice in Argentina: An Update", en KRITZ, Neil, Transitional Justice, United States Institute of Peace Press, Washington, Vol. I, pp. 385 -465 y 327-330
- ? Declaración Universal de Derechos Humanos
- ? Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- ? Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales
- ? Pacto de San José (convención Americana de Derechos Humanos)
- ? Declaración de Bogotá. Historia Documental del Acuerdo de Cartagena.
- ? Declaración de los Presidentes de América, Ídem.
- ? Tratado de Montevideo, Ídem.
- ? Acuerdo de Cartagena, Ídem.
- ? Acuerdo General sobre Tarifa y Comercio.
- ? Convenio que crea el NAFTA (EE.UU. de América, Canadá y México).
- ? Tratado de Asunción para la Constitución de un Mercado Común, marzo de 1991 (MERCOSUR).

- ? Declaración de Nueva York, septiembre de 1990 (México, Colombia y Venezuela (G.3).
- ? Tratado de Montevideo de 1980 (ALADI).
- ? Tratado de Roma
- ? Tratado de Maastricht.
- ? U.S. National Administrative Office Public Report of Review on Submission N° 9701. Executiva Summary, 12 Jan, 1998. (social security coverage in Mexico) Tomado de: ([www.dol.gov/dol/ilab/public/media/reports/nao/execpr-1.htm](http://www.dol.gov/dol/ilab/public/media/reports/nao/execpr-1.htm))

**Fin TOMO 1**