

COLECCIÓN GUÍAS DE CLASES N° 12

# **HISTORIA DEL DERECHO I**

INTRODUCCIÓN  
*HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL:  
LOS PUEBLOS PRERROMANOS*

*por*

**PROF. ERIC EDUARDO PALMA GONZÁLEZ**

**SANTIAGO**  
UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE  
*Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*  
2005

*Edita:*

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Dirección de Investigación, Extensión y Publicaciones – Comisión de Publicaciones  
Universidad Central de Chile  
Lord Cochrane 417  
Santiago– Chile  
582 6304

Registro N° 119.813  
Eric Eduardo Palma González

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del autor.

*Tercera reimpresión de la primera edición, 2005*

*Comisión de Publicaciones:*

Nelly Cornejo Meneses  
José Luis Sotomayor  
Felipe Vicencio Eyzaguirre

*Responsable de esta edición:*

Nelly Cornejo Meneses  
[ncornejo@ucentral.cl](mailto:ncornejo@ucentral.cl)

*Revisión de textos:*

María Cecilia Tapia

*Diagramación, [www.entremedios.cl](http://www.entremedios.cl)*

Serie: Colección Guía de Clases N° 12

*Impresión:*

Impreso en los sistemas de impresión digital Danka.  
Universidad Central de Chile, Lord Cochrane 417, Santiago.

## **PRÓLOGO**

*Con la edición de publicaciones como la que Ud. tiene en sus manos la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile pretende cumplir una de sus funciones más importantes, cual es la de difundir y extender el trabajo docente de sus académicos, al mismo tiempo que entregar a los alumnos la estructura básica de los contenidos de las respectivas asignaturas.*

*En este sentido, fundamentalmente, tres clases de publicaciones permiten cubrir las necesidades de la labor que se espera desarrollar: una, la Colección Guías de Clases, referida a la edición de cuerpos de materias, correspondientes más o menos a la integridad del curso que imparte un determinado catedrático; otra, la Colección Temas, relativa a publicaciones de temas específicos o particulares de una asignatura o especialidad; y, finalmente una última, que dice relación con materiales de estudio, apoyo o separatas, complementarios de los respectivos estudios y recomendados por los señores profesores.*

*Lo anterior, sin perjuicio de otras publicaciones, de distinta naturaleza o finalidad, como monografías, memorias de licenciados, tesis, cuadernos y boletines jurídicos, contenidos de seminarios y, en general, obras de autores y catedráticos que puedan ser editadas con el auspicio de la Facultad.*

*Esta iniciativa sin duda contará con la colaboración de los señores académicos y con su expresa contribución, para hacer posible cada una de las ediciones que digan relación con las materias de los cursos que impartan y los estudios jurídicos. Más aún si la idea que se quiere materializar a futuro es la publicación de textos que, conteniendo los conceptos fundamentales en torno a los cuales desarrollan sus cátedras, puedan ser sistematizados y ordenados en manuales o en otras obras mayores.*

*Las publicaciones de la Facultad no tienen por finalidad la preparación superficial y el aprendizaje de memoria de las materias. Tampoco podrán servir para suplir la docencia directa y la participación activa de los alumnos; más bien debieran contribuir a incentivar esto último.*

*Generalmente ellas no cubrirán la totalidad de los contenidos y, por lo tanto, únicamente constituyen la base para el estudio completo de la asignatura. En consecuencia, debe tenerse presente que su solo conocimiento no obsta al rigor académico que caracteriza a los estudios de la Carrera de Derecho de nuestra Universidad. Del mismo modo, de manera alguna significa petrificar las materias, que deberán siempre desarrollarse conforme a la evolución de los requerimientos que impone el devenir y el acontecer constantes, y siempre de acuerdo al principio universitario de libertad de cátedra que, por cierto, impera plenamente en nuestra Facultad.*

VÍCTOR SERGIO MENA VERGARA  
Decano  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad Central de Chile



Este texto pretende ser un instrumento para una docencia activa en el pregrado. En tanto que *cuaderno docente*, facilita una práctica pedagógica participativa y crítica. Llamamos *cuaderno docente* a un texto de estudio en el que junto con determinada información hay un espacio en blanco en cada una de sus páginas para que los alumnos anoten sus propias reflexiones respecto de la temática tratada en él o apunten los datos nuevos que aparezcan, ya sea en las clases activas o expositivas. No se trata de una obra acabada, sino de un texto en construcción.

Agradezco la colaboración para la edición de este nuevo *cuaderno docente* de mis alumnas: de la Universidad Central, Paula Verdugo; de la Universidad de Talca, María José Ávila y de la Universidad de Chile, Carla Fortes.

Eric Eduardo Palma González, profesor de Historia del Derecho e Historia Institucional de Chile, Abogado, Magíster en Historia, Doctor en Derecho.

Santiago de Chile, mayo de 2001



# **HISTORIA DEL DERECHO I**

INTRODUCCIÓN

*HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL:  
LOS PUEBLOS PRERROMANOS*



## CONTENIDOS

PRÓLOGO .....	3
I. INTRODUCCIÓN: PAPEL DE LA CÁTEDRA DE HISTORIA DEL DERECHO EN LA ENSEÑANZA JURÍDICA .....	11
1. CARACTERIZACIÓN DE LOS ESTUDIOS JURÍDICOS.....	13
2. LA PEDAGOGÍA CRÍTICA Y LA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA DEL DERECHO.....	15
3. POSIBILIDADES PARA UNA ENSEÑANZA LIBERADORA DESDE LA CÁTEDRA DE HISTORIA DEL DERECHO .....	17
3. 1. La evolución de la cátedra de Historia del Derecho en Chile.....	19
3. 2. Evolución de la investigación histórico–jurídica en España y en Chile.....	27
3.2.1. Evolución de la historiografía jurídica española .....	28
3.2.2.. Evolución de la historiografía jurídica chilena.....	38
II. HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL: LOS PUEBLOS PRERROMANOS .....	
1. JUSTIFICACIÓN DE LA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL .....	51
2. PERIODIFICACIÓN DE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL.....	53
3. LA SOCIEDAD ESPAÑOLA PRERROMANA .....	55
3.1 El Derecho de la sociedad española prerromana .....	70
BIBLIOGRAFÍA.....	77



## **I INTRODUCCIÓN**

### **PAPEL DE LA CÁTEDRA DE HISTORIA DEL DERECHO EN LA ENSEÑANZA JURÍDICA**



## 1. CARACTERIZACIÓN DE LOS ESTUDIOS JURÍDICOS

Me parece necesario empezar este curso de Historia del Derecho, reflexionando, antes que todo, sobre el rol de nuestra cátedra en la malla curricular de la carrera de Derecho.

Una breve mirada a las características que presenta la enseñanza del Derecho nos permite calificarla, siguiendo a Jesús Palacios (1988), como una docencia del tipo *tradicional*.

En la concepción tradicional el centro educativo se entiende como un mundo al margen de la vida diaria; su estructura es piramidal; el maestro es presentado como un modelo a seguir. El método de enseñanza asigna un papel fundamental a la memorización, *es pasivo, porque el alumno debe someterse a una sujeción exterior, más o menos desagradable o agradable, que le obliga a aceptar un saber prefabricado del que no comprende la necesidad, ni responde a un interés real, ni a la construcción mental en la que no participa directamente* (Palacios, 1988; 19, 21, 28).

El centro educativo tradicional está diseñado para la reproducción del sistema socioeconómico que lo genera. La educación tradicional instruye, adiestra, y no prepara para el ejercicio de la libertad.

Concebida la Escuela de Derecho según el modelo tradicional el diseño de su malla curricular persigue dar a conocer el ordenamiento jurídico que rige en la sociedad más que su crítica y transformación. Esta tarea de mera instrucción es funcional a la reproducción del ordenamiento jurídico. Sin embargo, la circunstancia de que el centro educativo sea del tipo tradicional no implica, necesariamente, según la teoría educativa crítica, más precisamente el filósofo de la educación Paulo Freire (1997), que la acción educativa deba ser reproductora: no hay impedimento para que el acto educativo pueda ser también *liberador*, ello porque quien decide acerca de las características de la acción pedagógica es en último término el profesor.

Una práctica pedagógica *crítica*, es decir, contraria a la comprensión de la tarea educativa como una de reproducción, debe procurar resolver el problema de la fijación del currículum por vía de autoridad, y en la que se entiende a éste como instrumento de reproducción. Para que ello ocurra el docente debe tomar conciencia de que su actividad pedagógica es un acto de transmisión de valores: supone una visión del hombre, la sociedad y el mundo.

## 2. LA PEDAGOGÍA CRÍTICA Y LA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA DEL DERECHO

Pensar la disciplina histórico jurídica desde la pedagogía crítica, desde una óptica no reproductora, actitud éticamente admisible dada la existencia del derecho a la libertad de cátedra, y en cuya virtud es posible cuestionar la definición de la malla curricular por vía de autoridad, implica preguntarse cómo la cátedra de Historia del Derecho puede contribuir al desarrollo en los estudiantes de Derecho de una mentalidad creadora y crítica.

Freire propone distinguir en esta materia entre la *educación bancaria* y la *educación liberadora*.

La educación *bancaria* es funcional al sistema porque contribuye a repetir la organización social: el acto educativo se desarrolla en torno a un esquema descriptivo y narrativo. *Existe una especie de enfermedad de la narración. La tónica de la educación es, preponderantemente ésta, narrar, siempre narrar...En ella, el educador aparece como un agente indiscutible, como su sujeto real, cuya tarea indeclinable es “llenar” a los educandos con los contenidos de su narración. Contenidos que sólo son retazos de la realidad, desvinculados de la totalidad en que se engendran y en cuyo contexto adquieren sentido...La narración, cuyo sujeto es el educador, conduce a los educandos a la memorización mecánica del contenido narrado...En la visión*

*bancaria de la educación , el “saber”, el conocimiento es una donación de aquellos que se juzgan sabios a los que juzgan ignorantes. Donación que se basa en una de las manifestaciones instrumentales de la ideología de la opresión: la absolutización de la ignorancia, que constituye lo que llamamos alienación de la ignorancia, según la cual esta se encuentra siempre en el otro (1997; 26,27).*

La educación libertadora o problematizadora –crítica– implica un acto permanente de desvelamiento de la realidad...busca la emersión de las conciencias, de la que resulta su inserción crítica en la realidad. Cuanto más se problematizan los educandos, como seres en el mundo y con el mundo, se sentirán mayormente desafiados...La educación como práctica de la libertad , al contrario de aquella que es práctica de la dominación, implica la negación del hombre abstracto, suelto, aislado, desligado del mundo, así como la negación del mundo como una realidad ausente de los hombres (1997; 34,35). La educación para la libertad persigue que el individuo se haga cargo de sí mismo, de su historia personal y social.

El punto de vista de Freire respecto de la escuela tradicional es esperanzador porque plantea que ningún sistema es tan hegemónico que no permita la disidencia, en este sentido es esencial la contribución del pedagogo para que los individuos reconozcan en sí mismos la capacidad de ser críticos.

Como consecuencia de todo lo dicho afirmo que el profesor de Historia del Derecho en tanto que docente inserto en una escuela tradicional puede y debe ayudar a

que el individuo se conecte con su realidad contribuyendo así a la liberación del estudiante de Derecho. Debe proponerse ayudar a la transformación del alumno en *sujeto histórico*, esto es, en un individuo consciente de si mismo, de su valor intrínseco en tanto que individuo único; consciente de las peculiaridades del tiempo histórico que le toca vivir y de su contexto social inmediato; capaz de entender cómo las fuerzas sociales, políticas, económicas y culturales determinan las características de la sociedad en la que vive y, por lo tanto, del Derecho que la rige.

### **3. POSIBILIDADES PARA UNA ENSEÑANZA LIBERADORA DESDE LA CÁTEDRA DE HISTORIA DEL DERECHO**

Reparar en que la expresión Historia del Derecho es polisémica, es decir, tiene varios significados, abre una perspectiva, a nuestro juicio útil, para resolver cómo actuar de manera crítica en tanto que docente a pesar de estar inserto en una malla curricular bancaria, memorística, atentadora contra la creatividad.

La expresión Historia del Derecho es polisémica porque las palabras que la componen designan una cátedra, una disciplina de investigación y un acontecer: decimos que existe una cátedra llamada Historia del Derecho que se nutre de la investigación desarrollada por la disciplina de la Historia del Derecho al analizar la historia del Derecho de una sociedad determinada. Hay, por lo tanto, un programa de curso

que se nutre de una investigación referida a un pasado jurídico determinado: hay investigadores y docentes, prácticas metodológicas y prácticas pedagógicas referidas a determinados acontecimientos del pasado.

No todas las prácticas de investigación y docencia apuntan hacia el mismo fin, es decir, no todas favorecen el modelo reproductivo, existe también la posibilidad de desarrollar un enfoque problematizador. Es factible desarrollar un programa, es decir, contenidos, un tipo de investigación y una práctica docente que ayude al surgimiento de una conciencia crítica tanto en el profesor como en el alumno.

Para dar cuenta de ello mostraré la evolución de la cátedra y la investigación en nuestro país y, a propósito de estos temas, lo que a mi juicio constituyen las ideas bancarias acerca de la cátedra, la investigación y la práctica docente. Presentaré también reflexiones sobre una concepción liberadora de estas temáticas.

### ***3.1. La evolución de la cátedra de Historia del Derecho en Chile***

Según Aníbal Bascañán (1954; 58) el interés por enseñar los aspectos históricos del Derecho surge en Chile en el siglo XIX. Así por ejemplo en los años de 1811 y 1844 Camilo Henríquez y José Victorino Lastarria, respectivamente, propusieron enseñar Historia de las Leyes y una Historia del Derecho con contenido social. La misma preocupación se constata en 1857 en Rafael Fernández Concha. Estas iniciativas no tuvieron eco en la autoridad universitaria de la época.

En 1888 vuelve a plantearse, esta vez por Julio Bañados, la relevancia de los estudios histórico-jurídicos para la formación de los estudiantes de leyes. Cuestionó el Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública el plan de estudios vigente por su orientación profesionalizante que *pone en manos del alumno todos nuestros códigos y leyes como verdades de fe o como la última expresión de la jurisprudencia*: no se le enseña derecho comparado o la historia del derecho. *Sin medios de comprobación, sin antecedentes* –que le permitan– *concordar las leyes antiguas con las modernas y las modernas entre sí...nunca podrá ser ni un buen legislador ni un buen jurisconsulto, conocerá muy bien las leyes escritas y la aplicación que le han dado los tribunales de justicia, pero no podrá tener la concepción de grandes reformas y carecerá de elementos y hasta de criterios para apreciar y corregir los males y vacíos que existan en*

*nuestra legislación*. En su propuesta de nuevo plan de estudios el profesor Bañados contempló para el primer año de la carrera, la cátedra “Origen Histórico del Derecho y en especial el Derecho Romano”, y para el segundo año el curso “Historia General del Derecho y Principios Fundamentales del Derecho Comparado”. El proyecto tampoco prosperó.

En 1901 desde la propia Escuela de Derecho de la Universidad de Chile y por impulso de Valentín Letelier se propuso al Consejo de Instrucción Pública modificar el plan de estudios de la carrera para incorporar en el segundo año la cátedra “Historia General del Derecho, especialmente en relación con el Derecho Chileno”. El 10 de enero de 1902 se aprobó el nuevo plan y el nuevo curso (“Historia General del Derecho, especialmente en sus relaciones con el Derecho Chileno, Derecho Bárbaro, Canónico y Español”) vino a reemplazar al de Derecho Canónico. Hubo retardo en la aprobación del programa de la cátedra, que fue redactado por Letelier, pues solamente fue oficial a partir de 1906 y más aún en su implementación pues sólo se enseñó por Arturo San Cristóbal, discípulo de Letelier, a partir de 1912.

Arturo San Cristóbal y Juan Antonio Iribarren, también discípulo de Letelier, enseñaron el curso bajo una óptica sociológica. A su alero se formó Aníbal Bascuñán como ayudante.

Hasta 1934 se mantuvo el programa de inspiración sociológica, fecha en la cual se modificó por influencia de Aníbal Bascuñán cambiando el nombre del curso al de

Historia del Derecho así como sus contenidos. Según Alamiro de Ávila Martel (1949; 17) el nuevo programa eliminaba los elementos extraños del anterior –que para él son los aspectos de sociología jurídica–.

En 1938 una nueva reforma incorporó el curso “Historia Constitucional de Chile” al primer año de la carrera. Desde 1934 se enseñaba “Historia del Derecho” en segundo año.

En 1950 se aprobó una nueva reforma al programa inspirada plenamente por Aníbal Bascañán. El nuevo programa eliminó un número significativo de materias que eran tratadas por los historiadores sociólogos (San Cristóbal, Iribarren) sin atender a una sociedad determinada sino de modo genérico. Así dejó de enseñarse la historia de la Administración Pública, la historia del Derecho Penal, de Minas, etc.

En 1964 se inició un proceso de reforma que culminó en 1967 y cuyo efecto más relevante fue la eliminación de la cátedra de Historia Constitucional de Chile que fue reemplazada por la de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile; y la disminución de las horas asignadas a Historia del Derecho que quedó, sin embargo, como curso de segundo año.

La reforma implicó una modificación de programa y el término de la influencia de Aníbal Bascañán en la disciplina. Por mayoría de votos los profesores del llamado ciclo histórico (que comprendía no sólo a Historia del Derecho sino también a Derecho Romano) aprobaron el 6 de enero de 1965 un informe en el que se señalaba: *La*

*cátedra de Historia del Derecho debe ceñirse fundamentalmente al estudio del desarrollo del Derecho Castellano, del Derecho Indiano y del Derecho Patrio, que han sido los de aplicación en el país. Por carecer de influjo en el proceso jurídico chileno, debe excluirse la enseñanza del Derecho indígena americano, como también aquellas materias de Historia del Derecho español que, pudiendo ser de interés para alumnos de esta nacionalidad, no lo tienen, en cambio, para los chilenos. Parece así innecesario insistir en detalle en la Historiografía Jurídica Española, en la pre y proto Historia españolas, en la España Romana, cuyas instituciones básicas deben pasarse a la cátedra de Derecho Romano, y en el Derecho Islámico, que por ser esencialmente religioso, se recepcionó de manera ínfima en el Derecho de Castilla que es el que rigió en Chile hasta entrada la república y sirvió además de fuente en la codificación nacional. Se hace indispensable poner el debido acento en la Historia del Derecho Patrio, analizando las diversas corrientes doctrinales y jurídicas recepcionadas en el país a lo largo del pasado siglo y del presente, y que han tenido eco importante en la elaboración de nuestras leyes.*

El nuevo programa inspirado, principalmente, por Jaime Eyzaguirre eliminaba aspectos que para Bascuñán resultaban centrales, como por ejemplo, el estudio del Derecho indígena precolombino.

Manuel Salvat Monguillot se cuenta entre los profesores de Historia del Derecho que reaccionaron ante la reforma y demandaron la mantención del programa y las

horas asignadas al curso. En un trabajo titulado **Necesidad de la perspectiva histórica en los estudios de Derecho** defendió la enseñanza de la historia del Derecho. Criticó al positivismo jurídico por su apego a la ley parlamentaria lo que impedía a los positivistas comprender el aporte del historicismo a la dogmática jurídica: *Si se prescinde de la perspectiva histórica en los estudios de derecho se obtendrá como producto monstruos convencidos de que la ley es la única forma de crear derecho. Aceptarán, sin ninguna discusión, que quien tiene la potestad legislativa tiene la autoridad de hacer derecho, con lo que los juristas se convierten en simples servidores de la ley y pierden su libertad creadora e interpretativa. El iniciado en historia jurídica podrá afirmar que no es el derecho el que está en crisis, ni tampoco la idea de justicia, sino lo que realmente anda mal es que todo un régimen jurídico dependa exclusivamente de la ley positiva, de modo que si esta se deteriora sobreviene fatalmente el caos...es esencial dar la debida seriedad a la historia del derecho, restableciéndola como cátedra grande, impartida en todo el año lectivo, sin perjuicio de los seminarios e investigaciones que los alumnos realicen.*

En 1973 se intervino por la autoridad militar la Universidad de Chile. En 1976 se llevó adelante una nueva modificación de los planes de estudio estableciéndose, para primer y segundo año, los cursos de Derecho Histórico I y Derecho Histórico II. Los nuevos programas acogieron las ideas de Ávila Martel y de Salvat por lo que se enseñó Historia del Derecho Español e Historia del Derecho Indiano y Patrio, siendo

muy escaso el número de horas asignado al estudio de este último. En ese año de 1976 era director del Departamento de Ciencias del Derecho Alamiro de Ávila Martel, quien jubilado a fines de 1973 regresó a la Facultad para hacerse cargo del Departamento, y eran profesores del ciclo histórico, entre otros, Bernardino Bravo Lira, Antonio Dougnac, Juan Enrique Vargas, Fidel Reyes, Alejandro Guzmán Brito.

La cátedra estuvo vinculada, desde 1918, al Seminario de Derecho Público separándose en 1953 al crearse el Seminario de Historia y Filosofía del Derecho. En 1974 se modificó esta estructura y surge el Departamento de Ciencias del Derecho al que pertenecen las cursos de Derecho Histórico I y II.

El análisis de la cátedra para determinar si la misma es más proclive a una formación bancaria o liberadora implica una mirada a las prácticas pedagógicas así como también al programa de estudio, es decir, a los contenidos del ramo. Desde este punto de vista podemos afirmar que los contenidos y la práctica pedagógica, desde 1950 hasta la fecha, sirven con mayor facilidad a una concepción bancaria de la actividad docente que a una libertadora.

Las prácticas pedagógicas de los siglos XIX y XX y que no son una peculiaridad de la docencia histórico-jurídica sino de la enseñanza en su conjunto, implican clases fundamentalmente expositivas (clase magistral) que no admiten la interrupción del discurso con preguntas de los oyentes. El profesor, como dice Freire, iba vaciando sus conocimientos en las cabezas de los estudiantes produciéndose verdaderos depó-

sitos que luego el profesor extraía. La relación profesor–alumno se concibe como frontal y vertical: incluso las salas reflejan ese lugar central del maestro y la distancia que lo separa del estudiante. Las evaluaciones apuntan a la memorización de fechas y de personajes relevantes más que a la comprensión de los procesos.

En relación con los contenidos del programa de Derecho Histórico se ha puesto énfasis en que los datos entregados son útiles para el conocimiento de las raíces del Derecho vigente y con el propósito de reforzar el elemento tradicional del Derecho: la legitimidad del Derecho descansa, fundamentalmente, en su apego al pasado jurídico. Esto supone fomentar una mentalidad conservadora, un espíritu no crítico respecto del pasado. Se propone una comprensión de la historia española e indiana en la que los conflictos sociales carecen de toda relevancia y por ende el Derecho como instrumento de poder.

También se ha puesto énfasis en el conocimiento del Derecho más antiguo, ya sea el Derecho Común o el Derecho Indiano, y se ha descuidado la divulgación de los estudios, escasos por cierto, relativos al Derecho contemporáneo (se confunde incluso la Historia de las Instituciones con la del Derecho Contemporáneo). Situación que se agrava si consideramos la escasa publicación de manuales, fenómeno que ha significado que la obra histórico–jurídica más leída por los estudiantes sea el manual de Historia del Derecho de Jaime Eyzaguirre escrito en 1953. Un número significativo de generaciones de estudiantes, los que se formaron entre 1955 y principios de la

década de 1990, ha sido privado del conocimiento de las investigaciones más recientes debido a la ausencia de manuales actualizados.

Sostengo que una cátedra de Historia del Derecho que no se funde en el diálogo entre el profesor y el alumno en torno a la praxis histórica y que no enseñe con suficiente énfasis la historia de los siglos XIX y XX fomenta una educación bancaria.

Nuestra disciplina puede servir para la creación de una mentalidad *problematizadora*, para la formación de un *sujeto histórico*, de un ciudadano activo, si alterando los énfasis en los contenidos del programa del curso facilita al estudiante la comprensión de su presente personal y social a través de la lectura del pasado jurídico más remoto y reciente de la sociedad en la que se desenvuelve: si el ramo conecta al estudiante de Derecho con su realidad más reciente se le están dando las herramientas para que adopte una conciencia crítica.

La cátedra de Historia del Derecho debe disminuir las horas de clases que dedica al estudio del Derecho Español e Indiano y aumentar las horas pedagógicas que dedica a la Historia del Derecho Chileno Precolombino y Republicano. El programa de Historia del Derecho I debiera comprender la enseñanza del Derecho Indiano hasta la primera década del siglo XIX, lo que supone disminuir las horas asignadas a la historia del Derecho Español, e incluir el Derecho Precolombino. Por su parte, el curso de Historia del Derecho II debiera empezar en 1810 para extenderse hasta 1990, o hasta 10 años antes de la fecha en que se imparta el curso. Este radical cambio implicaría un aumento significativo de las

horas destinadas al conocimiento del Derecho nacional contemporáneo, abarcando no sólo la historia del Derecho Constitucional sino también otras áreas normativo jurídicas como el Derecho Civil, Laboral, Económico, etc.

De poco serviría este cambio de énfasis si no va acompañado de una transformación de la práctica pedagógica. La nueva pedagogía, como dice Freire, debe promover la búsqueda común del conocimiento por el *profesor-alumno* y por el *alumno-profesor*. Esto exige abandonar la alienación de la ignorancia absoluta y una relación de horizontalidad en la cual el docente es un partícipe más en un proceso comunitario, social, de búsqueda del conocimiento.

### ***3.2. Evolución de la investigación histórico-jurídica en España y en Chile***

El programa de estudios se nutre con la investigación histórico-jurídica por lo tanto la metodología de investigación, el proceso investigador así como los fines que se asignan a la investigación contribuyen también al desarrollo de una *mentalidad bancaria* o de una *libertadora*.

Para una cabal comprensión de la evolución de los paradigmas de investigación en Chile es necesario conocer la evolución de la disciplina en Europa y, particularmente, en España, ello debido a la influencia que ejercieron durante el siglo XX en nuestro país los iushistoriadores hispanos.

### ***3.2.1. Evolución de la historiografía jurídica española***

La historiografía jurídica española considera a Francisco Martínez Marina (1759–1833) y a Juan Sempere y Guarinos (1754–1830) como fundadores de la disciplina en España. Sostuvo el sacerdote liberal Martínez Marina que la Historia del Derecho era una ciencia histórica y le asignó la tarea de dar a conocer cómo se había manifestado en España el Derecho racional. Le interesaba demostrar que los derechos individuales de la Constitución de Cádiz de 1812 existían desde la época medieval y, por tanto, con la revolución tan sólo se estaban recuperando los derechos históricos.

Para Juan Sempere y Guarinos la disciplina histórico–jurídica tenía por propósito conocer los vínculos entre la economía, la sociedad, la política y el Derecho, así como la tradición conceptual de los juristas. Hombre de tendencia conservadora persiguió el objetivo opuesto al de Martínez y procuró demostrar que la Constitución de Cádiz no respondía a la tradición jurídica española sino a la influencia de la Revolución francesa

Luego de Martínez Marina y Sempere y Guarinos dice Francisco Tomás y Valiente (1997) se abre un periodo caracterizado por la falta de obras meritorias. La disciplina se reactiva con la aparición de Augusto Comte en el debate internacional y otros sociólogos que combinaron los estudios histórico–jurídicos con la sociología lo

que dio origen a los llamados historiadores sociólogos. Entre los españoles más importantes están Gumercindo de Azcárate (1840–1917), Eduardo Pérez Pujol (1830–1894), Joaquín Costa (1846–1911). De la mano de estos historiadores se introduce en España, en 1883, en los planes de estudio de la carrera de Derecho la cátedra de Historia General del Derecho.

Una línea diferente a la sociológica llega con el trabajo de Eduardo Hinojosa (1855–1919) quien influenciado por el alemán Mommsen afirma que la Historia del Derecho debe separarse de la dogmática jurídica (cuyo exponente es Savigny) y de la sociología jurídica. En 1924 sus discípulos inician la publicación del **Anuario de Historia del Derecho Español**, revista que aún sigue publicándose, y proyectan la influencia de su maestro al siglo XX. Los colaboradores más connotados de estos primeros años; Galo Sánchez, Sánchez Albornoz, José María Loscertales y Ots y Capdequí sufren los efectos de la guerra civil española e inclusive en tales años se suspende la edición del **Anuario de Historia de Derecho Español**, para comenzar a reeditarse en 1942.

Paralelamente a Hinojosa se desarrollan los planteamientos de Rafael Altamira y Crevea (1866–1951) discípulo de los historiadores sociólogos no llega, sin embargo, a confundirse con ellos. Puede considerarse a Rafael Altamira y Crevea como el iniciador de los estudios de Derecho Indiano en España, formador por tanto de una

especialidad de la historia jurídica a la que se dedicó con especial atención a partir de su exilio en México.

En España va a dirigir, en la década de 1930, la tesis doctoral del chileno Aníbal Bascuñán Valdés, tesis que versa precisamente sobre el derecho de los Incas (derecho precolombino).

Altamira vincula a la Historia del Derecho con la ciencia histórica y con las ciencias sociales y anticipa una comprensión de la historia que va a ser característica del siglo XX y que promoverá en Francia, a partir de la década de 1920, un grupo de historiadores en la llamada Escuela de los Annales. Proponen una comprensión de la tarea historiográfica, de la labor del historiador, bajo el concepto de *historia total*, que va a revolucionar el conocimiento histórico del siglo XX. El gran mérito de Altamira y Crevea es que desarrolla esta historia total sin conocer el pensamiento de los franceses y paralelamente a la escuela de los Annales, entre cuyos máximos exponentes está Marc Bloch, con quien intercambiará correspondencia luego de la Guerra Civil española y la Segunda Guerra Mundial.

Las ideas de Altamira y Bloch son contrarias al positivismo histórico imperante en aquellos días, caracterizado por su pretendida objetividad histórica, su énfasis en las fuentes históricas escritas y por privilegiar el estudio de la historia política y de los grandes políticos.

La Escuela de los Annales se caracteriza por los siguientes aspectos:

1° Sostiene el carácter científico de la Historia a la que considera una ciencia en construcción. Admite, por lo tanto, el uso de hipótesis en la investigación histórica lo que implica que la historia narración propia del positivismo debe abrir paso a la historia problema. 2° Vincula a la historiografía con las ciencias sociales con las cuales propone mantener un diálogo fluido. 3° Ambiciona una síntesis histórica global de lo social lo que supone vincular los diversos niveles articulados de la estructura social técnicas, economía, poder, mentalidades con sus arritmias, desfases, oposiciones. 4° Critica el monopolio del protagonismo en la investigación histórica de los hechos aislados e irrepetibles, de los grandes personajes históricos, de la historia política. La Escuela se ocupará, principalmente, de los fenómenos colectivos y cíclicos centrándose, por lo tanto, en la historia económica y de las mentalidades colectivas. 5° Utiliza además de los documentos escritos otras fuentes históricas como relatos orales, iconografía, etc. 6° Propone una comprensión de lo temporal que implica admitir diferentes espacios de tiempo para el estudio de los hechos históricos: el tiempo corto de los acontecimientos; el tiempo medio y múltiple de las coyunturas; el tiempo largo de las estructuras que es diferente en sus ritmos según sea la estructura de que se trate. 7° Se interesa por el espacio geográfico. 8° Caracteriza al historiador como un investigador activo. El historiador positivista es pasivo en la medida que pretende *dar a conocer los hechos tal como realmente sucedieron*. Sostiene que su tarea no es interpretar el fenómeno sino que dar a conocer los hechos del pasado por eso su pasivi-

dad es garantía de objetividad. Trata el historiador positivista de imitar el trabajo de las Ciencias Naturales. Para la Escuela de los Annales, en cambio, el historiador debe tener un rol activo, es decir interrogar al pasado desde el presente. La formulación de hipótesis supone una mirada desde el presente que busca en el pasado la luz para apreciar de mejor forma los conflictos de hoy. El historiador se pregunta acerca de lo que es relevante para el medio social en el que trabaja y vive. Las respuestas a las interrogantes suponen una interpretación de la realidad pasada dado que no hay hechos históricos objetivos.

Según enseña Cardoso se produjo un acercamiento entre algunos historiadores marxistas y la Escuela de los Annales. El tema no deja de ser peculiar si consideramos que el paradigma en que se ubica el materialismo histórico es positivista. La cercanía se explica según el historiador brasileño, por el interés del marxismo en una teoría general de la dinámica social que reúna, en una visión global, los vínculos entre los diferentes niveles de lo social en movimiento.

Los principios que guían la investigación histórica marxista se traducen en normas metodológicas para la investigación que no son incompatibles con las prácticas de los franceses: 1) *La realidad social es cambiante en todos sus niveles;* 2) *El cambio de lo social está sometido a leyes cognoscibles.* 3) *El cambio de lo social conduce a equilibrios relativos (inestables, contradictorios) que configuran un sistema de formas y relaciones recíprocas (estructuras) entre elementos de lo social, con*

*vigencia por lapsos de tiempo a veces largos, y regidos por leyes específicas. 4) Las leyes del cambio explican también las transiciones de un orden estructural a otro. Así, el materialismo histórico reconoce tanto leyes dinámicas cuanto leyes estructurales.*

En 1950 comienza una nueva etapa en la historiografía jurídica española de la mano de Alfonso García Gallo de Diego (1911–1996). Este autor plantea una concepción de la Historia del Derecho que supone un quiebre en la evolución de la disciplina en la medida que no hay continuidad con los planteamientos del siglo anterior y los de la primera mitad del siglo XX. García Gallo plantea que la historiografía jurídica no es ciencia histórica sino *ciencia jurídica* y critica a la Escuela de los Annales, especialmente a Marc Bloch, porque la práctica de la *historia total* puede significar la desaparición de nuestra disciplina.

En efecto, en 1949 Marc Bloch en su **texto Apologie pour l'Historie ou Metier d'historien**, traducida al español como **Introducción a la Historia**, sostuvo respecto de la Historia del Derecho : *He aquí, por ejemplo, la “historia del Derecho”. La enseñanza y el manual, que son admirables instrumentos de esclerosis, han vulgarizado el nombre. Sin embargo, ¿qué recubre? Una regla de derecho es una norma social, explícitamente imperativa; sancionada, además, por una autoridad capaz de imponer el respeto que se le debe con la ayuda de un sistema preciso de coacciones y de penas. Prácticamente, tales preceptos pueden regir las actividades más diversas,*

*pero no son los únicos que las gobiernan: obedecemos constantemente, en nuestra conducta diaria, a códigos morales, profesionales, mundanos, muchas veces más imperiosos que el Código a secas. Por otra parte las fronteras de éste oscilan sin cesar; y por estar o no comprendida en él, una obligación socialmente reconocida puede recibir mayor o menor fuerza o claridad, pero evidentemente no cambia su naturaleza. En el sentido estricto de la palabra, el derecho es, pues, la envoltura de realidades en sí mismas demasiado variadas para suministrar con provecho el objeto de un estudio único y no agota ninguna de ellas, ¿Bastará alguna vez enumerar, unos tras otros, los artículos de cualquier derecho familiar para penetrar auténticamente en la vida de la familia, trátase de la pequeña familia matrimonial de hoy, con su perpetua sístole y diástole, o del gran linaje medieval, esa colectividad cimentada por tan tensa red de sentimientos y de intereses? Parece que, a veces, se ha creído así; con tan decepcionantes resultados que aún hoy nos es imposible rehacer la evolución íntima de la familia francesa.*

*Hay sin embargo, algo exacto en la noción del hecho jurídico, en cuanto distinto de los demás; y es porque en muchas sociedades la aplicación y en gran parte la elaboración misma de las reglas de derecho, han sido obra de la incumbencia de un grupo de hombres relativamente especializado y en este papel (que sus miembros podían desde luego, combinar con otras funciones sociales) suficientemente autónomo para poseer sus propias tradiciones y, muchas veces, hasta la práctica de un mé-*

*todo de razonamiento particular. En suma la historia del derecho podría no tener existencia aparte, como no fuera la historia de los juristas, lo que no es, para una rama de la ciencia humana, tan mala manera de existir. Comprendida así, lanza sobre fenómenos muy diversos, pero sometidos a una acción humana común, luces muy reveladoras en su campo necesariamente limitado.*

*Un género de división completamente distinto está representado por la disciplina que nos hemos acostumbrado a llamar geografía humana. Aquí, el ángulo de visión no se le pide a la acción de una mentalidad de grupo, como es el caso, muchas veces insospechado, de la historia del derecho.*

García Gallo rechazó la tarea que Bloch asignaba a la historiografía jurídica y también todas las reflexiones metodológicas de la Escuela de los Annales. La reacción puede entenderse a la luz de la historia de nuestra disciplina, que goza de la condición de ciencia autónoma desde el año 1815, fecha de la fundación por Savigny de la publicación periódica *Revista de la Ciencia del Derecho desde un punto de vista histórico*, sin embargo, no se justifica a la luz de la evolución de los Annales.

En efecto en los Annales de la década de 1940 se reconoce la posibilidad de la existencia de una historia del Derecho e institucional que vincule lo jurídico con la función económica, social e incluso con el significado político de las regulaciones jurídicas. A partir de esta fecha y hasta fines del siglo XX es posible advertir en los

comentarios bibliográficos de los *Annales* un reconocimiento cada vez mayor a una Historia del Derecho escrita a partir de lo social.

Por otra parte creo haber demostrado con el planteamiento de la visión *polifacética* que a partir de la concepción de los *Annales* es posible una Historia del Derecho que supere los estrechos límites de la historia de los juristas.

El predominio de la concepción gallista se extiende en España hasta principios de la década de 1970. En 1971 publica García-Gallo en Chile **Metodología de la Historia del Derecho Indiano** manteniendo todavía su tesis acerca de que en la investigación se debe desatender cualquier categoría que no sea jurídica (social, económica, etc.). En 1981 en una edición revisada de su **Manual de Historia del Derecho Español** hizo una rectificación a su teoría: el hecho de sostener que la Historia del Derecho es ciencia jurídica no implica desconocer la importancia de lo social.

En la evolución de la Escuela formada por García Gallo, o como diría Pérez-Prendes del *gallismo*, hay dos etapas: la primera desde 1950 a 1981 en que se ataca duramente a la perspectiva histórico-jurídica sociológica y se defiende que la Historia del Derecho debe hacerse sin preocuparse del entorno social sino concentrándose esencialmente en lo jurídico. La otra etapa va desde el año 1981 a los tiempos actuales, sin olvidar que en el año 1996 fallece García Gallo lo que ha significado de acuerdo con los acontecimientos de los últimos 5 años, una división

de sus discípulos entre la llamada Escudería (grupo liderado por José Antonio Escudero) y el grupo del profesor Villapalos.

El pensamiento gallista de acuerdo con la caracterización de José Manuel Pérez-Prendes puede considerarse como conservador: se vincula al franquismo y colabora con la exaltación del nacionalismo español construido a partir de Castilla.

El cambio verificado en la década de 1980 puede entenderse perfectamente a la luz del debate historiográfico español de la década de 1970. En dicho período cobraron relevancia en la península, historiadores del Derecho como Pérez-Prendes, Bartolomé Clavero, Francisco Tomás y Valiente cuyos trabajos se caracterizan por conectar a la Historia del Derecho con las ciencias sociales y con ciertos postulados del marxismo. La aparición de estos movimientos coincide con la caída de Franco y la dirección del Gobierno español por el PSOE (Partido Socialista Obrero Español).

En la actualidad hay una diversidad, un pluralismo metodológico que enriquece la investigación histórico-jurídica.

### ***3.2.2. Evolución de la historiografía jurídica chilena***

En nuestro país se han manifestado en el siglo XX básicamente cuatro concepciones histórico-jurídicas: la histórico-jurídica sociológica; la visión bifronte de Aníbal Bascañán; la concepción de la Escuela Chilena de Historia del Derecho, predominante esta última aún hoy día; y la concepción polifacética (la más reciente).

Para los historiadores sociólogos (Letelier, Juan Antonio Iribarren, Arturo San Cristóbal) la Historia del Derecho era el resultado de la sumatoria de la Sociología Jurídica más la Historia de la Legislación: existen leyes que regulan el devenir histórico-jurídico.

Iribarren señalaba en 1938: *El Derecho es un producto social, por cuanto en su génesis, desarrollo y evolución actúan las causas sociales, a título de factores y de circunstancias determinantes de todo el proceso jurídico...El Derecho es, también, proporcional a las circunstancias que constituyen toda la vida del pueblo que lo engendra y principalmente, al grado de su cultura y a las formas de su organización económica. La defensa de los intereses morales y materiales que crean la cultura y la economía, respectivamente, dan lugar al nacimiento y desarrollo de las correspondientes instituciones jurídicas, a medida que aquellas van apareciendo y perfeccionándose...La Historia del Derecho es una ciencia que investiga con la mira de cono-*

*cer y exponer de forma correlacionada y metódica, los hechos histórico-jurídicos y los fenómenos sociales que le sirven de motivo causal.*

Por su parte Bascuñán asignaba al estudio de la Historia del Derecho la tarea de conocer, reconstruir, valorar y exponer el Derecho en cuanto proceso, señalando: *en cuanto proceso entendemos: a) Los fenómenos mesológicos (naturales, sociales, económicos, culturales, ideológicos, psicológicos, afectivos, etc.) determinantes o condicionadores de los fenómenos o hechos jurídicos...*

Estas dos primeras visiones en la medida que atendían a los vínculos entre el Derecho y la sociedad se encontraban más abiertas a una comprensión liberadora de la cátedra que a una reproductora. Recordemos en este sentido que Valentín Letelier fue un gran reformista no sólo de la enseñanza universitaria sino también de la vida política chilena (la orientación mesocrática popular del Partido Radical en el siglo XX se debe, entre otros, a su empuje). Bascuñán destaca en la historia de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, por sus innovaciones en materia metodológica.

Se aparta de esta orientación la *Escuela Chilena de Historia del Derecho* que sigue muy de cerca los planteamientos de García-Gallo. Incluso se puede reconocer en la evolución de la *Escuela Chilena de Historia del Derecho* las mismas etapas que en el *gallismo* aunque claro está no en el mismo período. Para el caso chileno pode-

mos hablar de un primer período que va desde la década de 1950 al año 1999; y una segunda etapa que se inició en dicho año.

Alamiro de Ávila en su obra **Curso de Historia del Derecho** editada en 1955 planteó, en relación con el método de investigación, que podían distinguirse 4 etapas:

- a) *Planteamiento provisorio. Elegido el tema es conveniente hacer algunas lecturas superficiales y acumular una nómina de las fuentes bases a fin de poder redactar un esquema de cómo se piensa desarrollar la materia. Este esquema delimita el campo de la investigación, señala los diversos puntos que se pueden trabajar por separado y sirve como norma para la clasificación de los materiales. Hay que tener presente que el esquema referido es eminentemente provisorio y que podrá ser variado cuantas veces se necesite.*
- b) *Investigación sobre las fuentes. Fuente del conocimiento histórico jurídico es todo testimonio de hechos del pasado del que podamos extraer una conclusión útil para saber cómo fue el derecho...*
- c) *Clasificación y ordenación definitiva de los materiales. Agotada la investigación llegamos a la etapa de recuento de sus resultados. Con seguridad varios puntos del esquema han sido y aún deben ser variados: es el momento de proyectar el plan definitivo que servirá de base para la redacción del trabajo.*

*d) Exposición. Respecto a la comunicación escrita de los frutos de la investigación debe ser hecha en forma adecuada y científica, dando al lector noticia de todas las piezas de convicción.*

No hay en esta propuesta, que se hace desde el afán de diferenciarse de la perspectiva histórico–jurídica sociológica, ninguna mención a los aspectos no jurídicos de la investigación: no resuelve Alamiro de Ávila cómo se vincula lo social y lo jurídico, cuestión no menor si consideramos las duras críticas que se hacían a la escuela de Valentín Letelier.

En una publicación efectuada en el año 1999 por la Universidad Central de Chile el máximo exponente hoy en día de la Escuela, y quien, según mi tesis, es el verdadero cofundador de la misma, Antonio Dougnac Rodríguez, señala que no resulta contrario a la metodología de investigación histórico–jurídica que ellos sostienen, a la que consideran una ciencia jurídica, una vinculación de lo jurídico con lo social, admitiendo en todo caso que el mayor o menor énfasis que se quiera dar al estudio de estas relaciones depende de la inclinación del historiador. Lo propio sostiene Bernardino Bravo Lira al comentar la obra **La Escuela Chilena de historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile** (Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, núm. 1 págs. 621–624, 2000): El profesor Bravo desde su postura positivista defendida explícitamente en la primera edición de su **Historia de las Instituciones Políticas de**

**Chile e Hispanoamérica**, no ve obstáculos para que la Escuela reconozca los méritos de los puntos de vista de la historia total.

Esta interpretación que proponemos y que implica diferenciar a Bascuñán de Alamiro de Ávila, se funda en el planteamiento que he desarrollado acerca de la existencia de diferencias sustanciales entre las ideas de Bascuñán y las de la *Escuela Chilena de Historia del Derecho*. Esta tesis según la cual la concepción bifronte de Aníbal Bascuñán no funda dicha Escuela ha sido rebatida por el profesor Dougnac (1999; 14). Reflexionando sobre la permanencia de los planteamientos formulados por el ayudante de Iribarren, sostiene: *Si con el tiempo, como es natural, los planteamientos originales de Bascuñán perdieron vigencia, o bien, fueron revisados a la luz de los nuevos acontecimientos académicos –implícitamente, por cuanto no hay constancia de una revisión consciente por nadie perteneciente al grupo–, ello no implica necesariamente su abandono total. Lo más apropiado, creemos, sería calificar el hecho como un pausado transitar de un tema histórico general, a uno particular, más propio de nuestro país, cual es el cultivo del Derecho Indiano y del Patrio. Si bien se investiga el fenómeno jurídico desde la perspectiva que les (sic) es propia, o sea la jurídica, no por esto se ha dejado de lado el análisis pormenorizado de las variantes que confluyen en él, o bien el transfondo socio-cultural que le sirve de marco. Si el acento no ha sido suficientemente fuerte al respecto, ello obedece más bien a pro-*

*blemas de matices, incluso a gustos personales o inclinaciones de cada uno de los investigadores, más que a renunciadas expresas.*

*Es cierto que ha estado ausente la discusión pública de aspectos historiográficos o metodológicos al interior de la Escuela, pero ello no es óbice para pensar en un quiebre o desvinculamiento entre las nuevas ramas y las raíces del árbol. Muy por el contrario, la necesidad de ser riguroso en el espurgo (sic) y crítica de las fuentes, la sana discusión académica –llevada adelante en innumerables congresos, seminarios y mesas redondas– y la no menor responsabilidad de editar tres revistas especializadas en la materia, todas de reconocido prestigio internacional, hablan por sí solos de la continuación –más aún del florecimiento– del ideal de Bascuñán.*

Las reflexiones del profesor Dougnac nos llevan a un punto central de la discusión que bien vale la pena explicitar: el concepto de escuela. Existe una escuela allí donde hay un conjunto de discípulos que imitan a una persona en su doctrina. Una escuela se forma a partir de un conjunto de individuos que aprenden una doctrina bajo la dirección de un maestro así como de personas que siguen a este conjunto de individuos. El aprendizaje lo es en términos de imitación, es decir, con afán de parecerse, de actuar a semejanza del maestro. A partir de este criterio no se puede sostener que Bascuñán formó historiadores del Derecho que lo imitaran en sus ideas. Lo contrario cabe decir respecto de Ávila Martel y del propio Dougnac: los méritos de ambos han significado la formación de más de una generación de iushistoriadores identificados

plenamente con sus maestros, a quienes no sólo agradecen su formación sino también imitan.

La circunstancia de que los miembros de la Escuela Chilena obren con rigor ante las fuentes no es el resultado de las doctrinas de Bascuñán, que van mucho más allá de esta cuestión y se refieren a la definición de nuestra disciplina: La concepción histórico-jurídica bifronte es lo peculiar del pensamiento del gran renovador de la cátedra, no sus ideas acerca de cómo investigar.

Afirma Dougnac (1999; 305) que hay entre los cultivadores de la Historia del Derecho en Chile un *espíritu de cuerpo* que se fue formando, entre otros factores, gracias a la fundación en 1975 del Instituto Chileno de Historia del Derecho y Derecho Romano. Por lo demás los chilenos eran reconocidos *como formando una escuela* en los congresos internacionales de Derecho Indiano –que empezaron en la década de 1960–. Sostengo que es precisamente en esta etapa, en la que Bascuñán ya no ejercía como iushistoriador que empezó a formarse la *Escuela Chilena de Historiadores del Derecho*.

Los elementos que definen a dicha agrupación son, a mi juicio, de orden temático así como metodológico –tienen una práctica común–: les interesa el Derecho Romano como elemento formador de la tradición jurídica occidental, de ahí la estrecha vinculación entre romanistas e historiadores; les interesa el Derecho Indiano por ser, a su juicio, una manifestación acabada de la ética cristiana así como una manifes-

tación de un Derecho estatal y de juristas –de ahí su interés en reconocer al Derecho Común en Indias–; les importa el Derecho patrio contemporáneo en tanto negación, discontinuidad o pervivencia de esta tradición. Les identifica su hispanismo y su catolicismo. En lo relativo a su práctica investigadora trabajan fundamentalmente en el marco del positivismo histórico, principalmente en las tres últimas décadas del siglo XX.

¿Cómo puede entenderse que las cuestiones metodológicas no sean sustanciales para la adscripción a la Escuela? A modo de hipótesis podemos señalar que ello ocurre por la posición hegemónica que logró el movimiento a partir de 1960. La ausencia de debate sobre el tema ante la desaparición de la Escuela de Letelier y la inexistencia de propuestas historiográficas diferentes implicó desarrollar un tipo de investigación que no se cuestionaba sus fundamentos teóricos.

Podemos decir hoy por hoy y en atención a las primeras manifestaciones públicas de miembros de la Escuela respecto de los problemas metodológicos, que este elemento no es sustancial en el ideario que los une: la vinculación de lo jurídico con lo social no es un problema relevante para su identificación como discípulos de una misma doctrina. Lo verdaderamente importante es su adscripción a una concepción historiográfica que puede identificarse como conservadora.

Pareciera, de acuerdo con estudios historiográficos actuales, que la *Escuela* es la expresión en Chile en el terreno historiográfico del pensamiento conservador: Luis

Moulian (1999) ha caracterizado a Bernardino Bravo Lira, así como a otros connotados miembros de la *Escuela Chilena*, como historiadores conservadores.

Nos parece que una comprensión de la historiografía jurídica como ciencia del Derecho y en el marco estrecho de la primera etapa del gallismo, visión y práctica investigadora predominante hoy día en Chile en el seno de la *Escuela Chilena de Historia del Derecho*, no contribuye al desarrollo de una mentalidad crítica. La ausencia de las fuerzas políticas, sociales, económicas, culturales en las explicaciones del devenir del Derecho; la ausencia de los conflictos sociales y la no presentación del uso que se ha hecho del Derecho en la historia como mecanismo de control social impiden que el estudiante se forme una visión real del fenómeno jurídico.

En todo caso la concepción histórico jurídica que criticamos es un ideario que enriquece el pluralismo de la sociedad chilena así como las perspectivas historiográficas. Conviene decirlo con claridad: su carácter positivista y conservador interpreta a un sector de la sociedad chilena y merece el respeto al que tiene derecho toda manifestación cultural.

Por no aceptar este paradigma gallista de la primera etapa, y del que la Escuela Chilena se está distanciando en los dos últimos años, que facilita más bien el desarrollo de una mentalidad bancaria que el de una mentalidad crítica propusimos, a partir de 1993 (**Historia del Derecho. Apuntes para clases activas. Capítulo I**) un método diferente y al que denominamos desde 1997 método polifacético (“Reflexiones en

torno a una concepción polifacética para una historia del Derecho de los siglos XIX y XX”, *Ius et Praxis*).

De acuerdo con esta metodología de la que es manifestación cabal nuestro libro **El Derecho de excepción en el primer constitucionalismo español** (Secretariado de Publicaciones e Intercambio, Universidad de Valladolid, España, 2000) el estudio del pasado jurídico no puede desligarse del medio social en el cual dicho Derecho se manifestó. Toda investigación cabal debe proponerse establecer los intereses que amparan las fuerzas políticas, económicas, sociales, culturales, en la vida social y determinar cómo se recurre al Derecho para obtener el amparo y manifestación social de los mismos. De este modo la disciplina permite al estudiante de Derecho conocer el rol que éste está llamado a jugar en una sociedad dada y por ende las expectativas que existen acerca del papel de los operadores del ordenamiento jurídico (abogados, profesores de Derecho, jueces, receptores, notarios, fuerza pública, etc.) en dicha sociedad por quienes controlan el poder creador de Derecho.

Si la investigación se ocupa además del Derecho vigente con una proyección temporal de 10 años podrá la cátedra dar cuenta de la historia del Derecho contemporáneo y al hacerlo conectará al alumno con su pasado más inmediato (el propio, el de sus padres y abuelos). Centrar la investigación y la cátedra en el estudio del Derecho no vigente perturba el desarrollo de la mentalidad crítica ya que aleja al individuo o al estudiante de su realidad inmediata. Enajena la conciencia histórica del alumno y confunde dicha con-

ciencia con el manejo de datos y fechas que carecen en la vida cotidiana del estudiante de toda relevancia, de todo significado.

Un sujeto histórico comprende su situación personal en el presente pues es capaz de entender su individualidad como producto del devenir social y para ello no requiere memorizar palabras (fechas, nombres) sino comprender cómo las fuerzas sociales a través del Derecho han venido moldeando la sociedad en la que él se desenvuelve.

La educación bancaria aísla al derecho de la realidad social en que se gestó lo jurídico y en consecuencia entorpece la formación de conciencia crítica: no puede hacerse cargo de la construcción de su historia personal y social el que ignora cómo se ha venido construyendo la historia, sus actores e intereses.

No podemos aspirar a tener abogados creativos en el siglo XXI si no hemos entregado al alumnado de Derecho las herramientas para que comprendan que son hombres concretos, representando a ciertos intereses colectivos, los que han construido la historia del Derecho: no es la fuerza de las palabras, el carácter científico del discurso jurídico lo que ha hecho del Derecho Romano un elemento estructural de la historia de Occidente, sino el reconocimiento por fuerzas sociales que el diseño romano de instituciones para el amparo de ciertos intereses resultaba más o menos útil.

**II. HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL:  
LOS PUEBLOS PRERROMANOS**



## 1. JUSTIFICACIÓN DE LA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

La enseñanza de la historia del Derecho Español en Chile puede entenderse a la luz de distintos factores de índole científica y valórica: permanencia de programas de estudio, preeminencia de una visión europeizante de la historia del Derecho. Así podemos afirmar que damos cuenta de la evolución del Derecho Español por una tradición científica, se enseña desde los inicios de la cátedra allá por el año 1912, tradición que se formó en el afán de comprender nuestra realidad desde Europa y no desde la propia América latina.

La mirada al pasado jurídico español se justificó entonces, y se justifica mayoritariamente hoy día, por la necesidad de comprender la historia del Derecho chileno en el marco del Derecho europeo. Se trata, como dice Barrientos (1994, III) de hacer una *historia europea del derecho chileno que es, precisamente, la de formación del derecho romano y su proyección europea hasta la Península Ibérica... de explicar nuestro sistema jurídico en atención a su tradición, es decir, aproximarse a lo que es el derecho chileno en razón de lo que fue.*

Se propone comprender el Derecho nacional como una manifestación más de la denominada tradición jurídica occidental debido a la conquista española de América. Cuando ésta se produce se había manifestado en la historia europea una parte significativa de los ordenamientos jurídicos que la conforman y es precisamente a través de España

que Chile participa de esta experiencia: el propósito del estudio del derecho español sería comprender cómo se formó la tradición jurídica de la que Chile forma parte.

Este eurocentrismo ha significado en las últimas décadas que los programas de estudio no contemplen informar acerca del Derecho precolombino: al parecer no resulta relevante para determinar las características del ordenamiento jurídico chileno.

Implícitamente se plantea que las comunidades indígenas del norte, centro, y sur no influyeron en la formación de nuestro actual ordenamiento jurídico. No estoy en condiciones de refutar científicamente esta suposición, que por lo demás tiene algo de asidero: es posible que la destrucción de las bases materiales de sustentación de los órdenes jurídicos precolombinos, principalmente por la crisis demográfica, haya provocado la extinción del Derecho. El carácter consuetudinario del Derecho Indígena, su trasmisión por vía oral afectó la vigencia y proyección del mismo bajo el Imperio Español. No fue suficiente que la normativa indiana admitiera la vigencia de este Derecho, al que en todo caso puso dos graves limitaciones, no oponerse a la religión católica ni a la Corona.

Sin embargo, no en todo Chile el Derecho Indígena sufre esta limitación. El Derecho Araucano subsiste paralelamente con la normativa occidental. Su deterioro comienza en la segunda mitad del siglo XIX, cuando Chile decide entrar en territorio de la Araucanía. ¿Por qué no se enseña entonces hoy por hoy Derecho Araucano? Tal vez por la inclinación hispanista de la Escuela Chilena de Historia del Derecho.

No compartimos este razonamiento europeizante a pesar de que coincidimos en la necesidad de estudiar el Derecho Español. Sin embargo, su estudio no puede implicar excluir el análisis del Derecho Indígena Precolombino.

Necesitamos estudiar ambos ordenamientos si queremos conocer mejor las limitaciones históricas para el desarrollo de una cultura democrática y de derechos humanos en los tiempos actuales. Debemos conocer el Derecho Español y Precolombino para conocer a las fuerzas políticas, sociales, económicas y de la cultura que organizaron jurídicamente la sociedad española y chilena. Nos interesa comprender cómo ha influido en la mentalidad, en la cultura jurídica de hoy día esta tradición jurídica occidental e indígena.

## **2. PERIODIFICACIÓN DE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL**

La periodificación es una creación historiográfica que persigue identificar los hitos más relevantes de la transformación histórica del Derecho Español.

Nuestra propuesta difiere parcialmente de las periodificaciones tradicionales al señalar hitos diferentes para algunos períodos:

- 1.— Sociedad española preromana, desde el año 1200 a. de C. hasta el año 231–226 a. de C. Es el periodo del Derecho peninsular endógeno y exógeno.

- 2.– Sociedad española romanizada: 231– 226 a.C. hasta el año 507 d.C. Época de la formación del Derecho Romano Vulgar y de la formación del Derecho Canónico.
- 3.– Sociedad Hispano–Visigoda: 507 d.C. hasta el 711 d.C. Manifestación del Derecho Germano, Romano Vulgar y Canónico.
- 4.– Sociedad hispano–musulmana: 711 al 1492. Periodo de manifestación del Derecho Musulmán.
  - 4.1.–Sociedad española señorial Alto Medieval: 711 al 1212. Periodo de la dispersión normativo–jurídica.
  - 4.2.–Sociedad española señorial Bajo Medieval: 1212 al 1492. Época de la recepción del Derecho Común.
- 5.– Estado Absoluto y sociedad española indiana: 1492 al 1808. Época de la formación del Derecho Indiano, del Derecho Natural de base católica y del iusracionalismo.

### 3. LA SOCIEDAD ESPAÑOLA PRERROMANA

La privilegiada posición geográfica de la Península Ibérica ha hecho de España una ruta abierta tanto al mundo Mediterráneo como al Atlántico. En la Antigüedad se dieron cita en suelo español las potencias europeas más importantes y fueron Portugal y España las que abrieron el camino del mundo a las grandes potencias de los tiempos modernos. Esta geografía que conecta al territorio con Europa y África explica, en buena parte, la multiplicidad de culturas que en ella se han establecido. La superficie peninsular es de 586.000 kilómetros cuadrados y sus costas atlánticas, cantábricas y mediterráneas tienen una extensión de 4.100 kilómetros. Al norte se encuentran los Pirineos, al sur África, al poniente el Atlántico y al oriente el Mediterráneo (las costas levantinas).

Para efectos de nuestra reflexión acerca de la historia del Derecho hispano parece apropiado iniciar el recorrido en el período llamado Neolítico. En esta etapa, que para el caso español se extiende entre los años 5000-3000 a. de C. aparece la agricultura, la domesticación de animales así como la cerámica. Converge la actividad recolectora, la caza y la pesca, con la actividad productiva. Como señala Valdeón Baroque hubo más alimento lo que posibilitó el aumento de la población, pero más importante aún, *se iniciaba la división del trabajo y aparecía en la historia de la humanidad la propiedad privada. Esos elementos, a su vez, incidirían en la génesis de*

*de las ciudades y del poder político propiamente dicho.* Podemos afirmar, por lo tanto, que ya en esta época tan temprana estaban presentes todos los elementos para la estructuración de una sociedad a partir de normas coactivas.

A finales del IV milenio a. de C. se da inicio a una economía basada en la explotación de los metales, específicamente el cobre. La búsqueda de metales implicó que pueblos muy distantes entraran en contacto entre sí con ocasión del comercio de los mismos. Especial importancia tuvo este fenómeno para el territorio andaluz.

Es posible reconocer también a partir de este período una diversificación de la industria ósea y el inicio de la actividad textil.

Hay indicios de una mejor explotación agrícola (más instrumentos de labranza y más cultivos). Se domesticó al caballo.

El hombre abandona progresivamente las cuevas y vive al aire libre en poblados irregulares a veces fortificados.

La organización social recibe el impacto de las innovaciones tecnológicas pues se produce según Valdeón Baroque: *una clara estratificación social, lo que significaba que unos grupos, aquellos que conocían la técnica especializada, estaban en condiciones de ejercer su dominio sobre el resto de la población.*

En la Edad del Bronce –comienzos del II milenio al I milenio a. de C.–, metal que resulta de la aleación del cobre con el estaño, se produjo un desplazamiento de la industria ósea y lítica por la metalurgia. La actividad económica está diversificada,

minería (cobre, plata, oro), ganadería, agricultura e incluso hay un mejoramiento de la industria textil (lana, lino). Hay también cestería y confección de collares con pasta vítrea.

Todavía alguna gente vive en cuevas pero se generaliza la vida al aire libre. Hay poblados amurallados situados regularmente en las alturas.

En esta fase empieza la práctica del enterramiento individual frente al colectivo típico del período calcolítico.

La primera Edad del Hierro corresponde al inicio del período de las mal llamadas culturas protohistóricas que van desde el año 1200 a. de C. al siglo III a. de C. La época puede considerarse en buena parte histórica pues se han encontrado fuentes escritas.

El período se ha caracterizado atendiendo básicamente a la llegada a territorio peninsular ibérico de población indoeuropea así como de fenicios y griegos.

Las culturas existentes en la Península Ibérica entre los años 1200 a. de C. y el siglo III a. de C. son variadas. En el noreste peninsular la llamada *cultura de los campos de urna* que iría desde los años 1200 a. de C. a mediados del I milenio a. de C. Lo peculiar de esta cultura viene dado por sus ritos mortuorios: incineraban a sus muertos y depositaban las cenizas en una urna. La historiografía vincula el fenómeno, con ciertas dificultades, con el arribo de población celta a España. Desde fines del siglo VII a. de C. se detecta el empleo del hierro en esta cultura. Los ajuares funerarios

revelan una creciente diferenciación social y permiten suponer *la existencia de organizaciones suprafamiliares de tipo clánico* (Ruiz –Gálvez Priego, 1988; 80).

En la zona del Mediterráneo, incluyendo el Levante y el sureste peninsular, hay una continuidad con la cultura anterior. Sólo a partir del siglo VII a. de C. se puede afirmar que hay un uso intensivo del hierro.

En el oeste peninsular se ubica la *cultura del Bronce atlántico* que comprendía la zona desde Galicia al sur de Portugal. Su nota característica es la abundante actividad metalúrgica. En lo relativo a su hábitat apareció el castro, agrupación de cabañas circulares de urbanismo irregular protegidas por un foso y empalizada.

En la Meseta Central se ubicada la *cultura de Cogotas* caracterizada por su cerámica más que por la actividad de la metalurgia. Eran comunidades de ganaderos y agricultores. Se estima que recién el año 700 a. de C. se inició la Edad del Hierro en la Meseta.

En la Andalucía Occidental se manifestó la cultura *Tartesia* que es el resultado de la confluencia de variados elementos (riqueza de la región, abundancia de población, etc). Su auge, según Valdeón Baruque, se dio entre finales del II milenio y mediados del I milenio a. de C. Un papel relevante en el dinamismo de Tartesos fue el contacto con los fenicios. Las relaciones fueron profundas por lo que se habla incluso de una orientalización del mundo tartesio (se adoró la diosa fenicia Astarté por los tartesios; es probable que la escritura turdetana tenga origen fenicio).

Trabajaron los metales (bronce, hierro), desarrollaron la orfebrería y la cerámica. Sus actividades económicas comprendían la ganadería, agricultura, minería e incluso la pesca. Practicaban también el comercio tanto con poblaciones de la península como con los fenicios.

En lo tocante a su vida urbana se han encontrado restos de ciudades fuertemente amuralladas. Las casas eran de forma rectangular.

Tartesos era una sociedad compleja pues se manifiesta en ella la división del trabajo (campesinos, orfebres, herreros, comerciantes, escribas, juglares, etc.) y una división social: se reconoce la existencia de hombres ricos y pobres lo que queda claramente de manifiesto en los ajuares de las tumbas. Hay indicios de servidumbre y de esclavitud.

Políticamente se organizó como una Monarquía.

A mediados del I milenio pierde dinamismo y da paso a la cultura ibérica.

Respecto del Derecho hay antecedentes entregados por Estrabón acerca de que tuvo un derecho legal. En nuestros días hay pocas dudas de que Tartesos tuviese leyes debido al análisis que hizo José Manuel Pérez-Prendes y Muñoz Arraco del llamado mito de Tartesos: Hubo en Tartesos un rey llamado Gárgoris que mantuvo relaciones sexuales con su hija. Producto de este incesto nació un varón, Habis, a quien su padre intentó eliminar físicamente. No lo consiguió, fue llevado al monte donde fue criado por unas ciervas. Llegado a su madurez Habis ocupó el trono y enseñó al pueblo a

arar la tierra y a usar el yugo, prohibió el incesto, ordenó cocer los alimentos antes de comerlos, y además ordenó a los nobles no trabajar.

Pérez-Prendes concluye que el mito revela el paso de un estado de naturaleza a un estado de civilización para lo cual resultaba necesario modificar los usos y costumbres. Para que ello ocurriera fue necesario una decisión de carácter político que se impusiera coactivamente, es decir, que se dictaran leyes.

Las leyes estarían expresadas en versos como forma de facilitar su publicación y aprendizaje. Así se produce la socialización de las normas.

Este conjunto de culturas hispánicas entró en contacto en la primera mitad del I milenio a. de C. con los llamados pueblos exógenos o colonizadores. Estos pueblos (fenicios, griegos, cartagineses) persiguen fundamentalmente una vinculación de carácter mercantil con los de la península, salvo el caso de los púnicos.

Respecto de los fenicios los trabajos de arqueología muestran que los restos más antiguos son de fines del siglo IX a. de C. Entre el año 800 y 775 a. de C. es altamente probable que fundaran la factoría de Gadir (fundaron, además, en la primera mitad del siglo VII a. de C. en la costa mediterránea andaluza, las factorías de Toscanos y Chorreras). Su interés principal fue acceder a la riqueza minera de la península (la plata, el hierro, la orfebrería) así como a las salazones de pescado y las salinas.

Una de las peculiaridades del contacto fenicio con la cultura ibérica radica en que su propósito no es la conquista militar de la península sino mantener relaciones

de comercio en un plano más o menos equitativo. El acceso a las riquezas españolas es consecuencia de una negociación no de campañas militares, sin embargo, hubo en el largo período que estuvieron presentes en España enfrentamientos militares con algunas poblaciones.

Ruiz y Molinos (1993; 234) siguiendo a Aubet afirman que *el conjunto de colonias del área oriental de la costa sur andaluza define mejor una estrategia territorial dirigida al control del territorio agrícola a partir de unidades dispersas de explotación. En consecuencia, Toscanos, Morro de Mezquitilla o Almuñécar configuran un verdadero sistema de colonias. Concluyen los autores, fundados también en Arteaga que parece determinante la existencia de un proceso (un modelo colonizador) que se inicia a partir de principios mercantiles, que deja paso a una articulación con la tierra... y que pasa, a fines del siglo VIII a. n. e. a constituir una vía de salida a una población campesina* (1993; 235).

Interesante resulta la explicación propuesta por Ruiz y Molinos acerca de cómo se produce la circulación de los bienes que venden los fenicios en la península y su efecto social y cultural: *La proyección comercial del colonizador–mercader hacia el mundo indígena se realiza, al menos, en dos niveles, según el grupo receptor. De una parte, se definen receptores de productos excepcionales, por lo que hay que suponer una clase social dirigente y directora del sistema de contactos, de otra, a partir de los productos más frecuentes o comunes, el receptor se amplía hasta alcanzar a toda*

*la comunidad. En el primero de los casos la actuación no sólo se restringe a la clase dirigente que puede asumir procesos de identificación con el colonizador, sino que desde la posición de éste puede ser intermediaria entre el proyecto y su propia comunidad, es decir, puede controlar el segundo circuito. Ahora bien, esta doble actuación dirigente no debe entenderse en términos culturales y de bienhacer civilizador, sino proyectando un modelo que refuerza y consolida su propia posición ante la comunidad. Este modelo...nos muestra el rápido acuerdo producido entre estos sectores socialmente destacados y el colonizador, y en realidad sobre este nivel se fundamenta el éxito del proyecto.*

*El segundo nivel de circulación de productos afecta sin duda a todo el conjunto de la comunidad y, en realidad se asocia a un amplio efecto cultural que conduce a la transformación interna de la sociedad. Este segundo nivel, sin embargo, no es coyunturalmente un programa, sino un efecto del propio modelo colonizador indígena y de su articulación con el anterior nivel...(Ruiz y Molinos, 1993; 238)*

*El intercambio mercantil produce también un encuentro de culturas: Los fenicios ejercieron una influencia considerable según Valdeón...en lo que se refiere al urbanismo su aportación fue decisiva para la transformación paulatina de los poblados indígenas en auténticas ciudades. También hay que colocar en el haber de los fenicios la introducción en la península ibérica del torno del alfarero, así como de diversas técnicas aplicadas al trabajo de los metales y, en general, a la orfebre-*

*ría...es bien conocida la influencia ejercida ... en el ámbito de las creencias. Dioses como Melkart o Astarté (cuya adoración implicaba sacrificios humanos), a los que erigieron templos en el solar ibérico, terminaron por ser aceptados por los indígenas... –cabe señalar también– el papel desempeñado por los fenicios en el conocimiento de la escritura por los pueblos hispánicos.*

Los datos arqueológicos actualmente existentes permiten afirmar la presencia de los productos *griegos* en la Península Ibérica por obra de los fenicios a partir del siglo VIII a. de C.

La presencia griega se dio a través de los focenses quienes en el último cuarto del siglo VII a. de C. comercian directamente con Tartesos. Entre este siglo y el VI a. de C. fundaron Masalia y su expansión hacia el sur significó la fundación en las costas de Cataluña de Emporion (Ampurias) allá por el año 575 a. de C. y Rhode, cuyo auge se dio allá por el siglo III a. de C. En el siglo V a. de C. fundaron Alonis y Akra Leuke

Los griegos al igual que los fenicios establecieron factorías lo que nos dice que su propósito principal era establecer una relación mercantil en un plano mas o menos equitativo con los pueblos hispánicos.

La relación fenicio–griega se resolvió fijando áreas de influencia.

Los *cartagineses* hicieron notar su presencia fundamentalmente en la isla de Ibiza donde establecieron una colonia en el año 654 a. de C. Entre los siglos V y III a.

de C. la factoría se transformó en un gran centro comercial. Pueblo de gran tradición marinera y comerciante abrieron las rutas marítimas por el Atlántico sur (Hannón el Navegante llegó presumiblemente hasta el Golfo de Guinea con 60 naves y 30 mil hombres y mujeres) y por el norte (Himilcón). Fueron además en Cartago agricultores. Famoso es el tratado de agricultura de Magón (28 libros) escrito a fines del siglo IV a. de C.

Cartago es inicialmente una fundación fenicia en suelo africano. Con el correr del tiempo el debilitamiento del poderío fenicio en Tiro (el año 573 a. de C. cae en manos del rey babilonio Nabucodonosor II) permitió el surgimiento de Cartago como potencia autónoma. Independientes los cartagineses desarrollan una política expansiva. No les van a interesar sólo las relaciones comerciales sino también la conquista de nuevos territorios. Roma va a entrar en conflicto con los cartagineses precisamente por el control del mar Mediterráneo. Ambas son potencias militares. Solucionaron primeramente sus conflictos por la vía de los tratados. El primer tratado corresponde al año 508 a. de C. y delimita sus zonas de influencia en el Mediterráneo. El segundo conflicto tuvo importantes consecuencias para la Península Ibérica porque en el siglo III a. de C. después de que los cartagineses pierden ante los romanos las islas de Sicilia y Cerdeña deben pagar una indemnización a Roma por lo que necesitados de recursos se orientaron a la península Ibérica. De esta manera los cartagineses inician una conquista de carácter militar: Amílcar y Asdrúbal desembarcan en Gadir e inician

una campaña en contra de los Turdetanos. Éstos reclutan como mercenarios a población celta y forman un ejército para enfrentar a los cartagineses: las tropas y elefantes de los generales cartagineses vencieron la resistencia ibérica pero en la guerra murieron tanto Amílcar como Asdrúbal.

Los cartagineses van a conquistar la zona sur y la meseta Castellana, y fundarán Nueva Cártago (que es una ciudad fortificada y portuaria). La técnica de conquista cartaginesa consistió en tomar rehenes de gran influencia en las ciudades conquistadas para amortiguar la rebeldía de las ciudades sometidas.

Enseña Carlos González (2000; 67) que en la *Iberia bárquida las ciudades fenicias gozaron del estatuto de aliados y gozaron de independencia política y administrativa. Para asegurar el dominio cartaginés se procedió al traslado de africanos a la Península, mientras que contingentes de iberos eran enviados al norte de Africa, a fin de reforzar su fidelidad y eficacia militar, desvinculándolos así de sus lugares de origen. La instalación en la Península de estas tropas africanas, con un componente libíco-beréber y nómada acusado, buscaba proporcionarles una forma de subsistencia en los períodos de desmovilización, por lo que fueron convertidos en colonos militares a los que se les asignaba una tierra, a cambio de sus servicios cuando les fueran requeridos. Así aparecieron y se potenciaron varios núcleos urbanos....Eran gentes africanas reclutadas por los cartagineses y parcialmente punicizadas que se asentaron en territorio bástulo, en la región situada en torno al estrecho de Gibraltor*

*tar. Además de los campamentos militares situados en torno al Guadalquivir y guardados por jinetes nómadas, otros contingentes de africanos fueron asentados en la región de Cádiz y Sur de Extremadura, en un régimen similar al del colonato militar.*

Las ciudades cartaginesas tienen una organización política republicana. Hay una asamblea popular y otra aristocrática y a la cabeza del gobierno se encuentran dos magistrados (*sufetes*).

Se entiende por pueblos *prerromanos* (endógenos) los que habitaban la Península Ibérica en la llamada segunda Edad del Hierro que comienza a mediados del I milenio a. de C. : Iberos, celtas, celtíberos, lusitanos, vacceos, y otros. El conocimiento que se tiene de sus costumbres lo aportan fundamentalmente historiadores y geógrafos griegos y romanos: *Ora Maritima* de Rufo Festo Avieno, obra del siglo IV. a de C.; Herodoto de Halicarnaso, Herodoto de Heraclea, Eforo de Cumas, Piteas de Massalia, Artemidoro de Efeso; Polibio de Megalópolis (escribe aproximadamente entre el 200–120 a. de C.)

La historiografía señala que en el siglo V a. de C. se encuentra consolidada la cultura ibérica cuya característica principal está dada por la apertura de los distintos pueblos que conforman esta unidad cultural hacia los pueblos exógenos. Estarían ubicados los iberos desde los Pirineos orientales hasta la Andalucía occidental, comprendiendo todo el litoral mediterráneo.

La unidad cultural no supone unidad política ni jurídica: hay distintas unidades políticas (se reconoce la presencia de un monarca y a veces de un consejo de ancianos) que comparten una misma cultura (religión, idioma, organización social y económica). Así por ejemplo en la zona de Cataluña tenemos a los indigetes y layetanos; en la zona de Valencia edetanos y contestanos; en Murcia tenemos a los mastienos; en Andalucía oriental bastestanos y oretanos; indiketes, ausetanos, cesetanos, laietanos e ilervacones en el noroeste; lacetanos y suesetanos en el valle del Ebro y el territorio de la antigua Tartesos a los turdetanos (Ruiz – Gálvez Priego; 1988, 101).

Los pueblos de la cultura ibérica se caracterizan por una organización mayoritariamente urbana, la ciudad tiene un papel central en la vida de estos pueblos. Son, por lo tanto, sedentarios. La ciudad (*oppida*) es un poblado de plano regular con casas adosadas en torno a calles paralelas y a murallas. Las construcciones son de adobe y piedra y el techo de ramaje y paja. Se edifica generalmente en sitios elevados. El papel de la ciudad según Ruiz–Gálvez Priego no era *tanto el producir alimentos, de lo que ya se encargaban los núcleos dependientes, cuanto el almacenar y redistribuir productos, ser centro de mercado y albergar actividades artesanales.*

La sociedad es compleja porque en ella hay división del trabajo y división social. La actividad económica es diversificada: agricultura, ganadería, minería y actividad textil.

Hubo comercio entre los pueblos ibéricos y con el exterior a través, principalmente, de púnicos y griegos. Utilizan la moneda.

En materia agrícola hay roturación del suelo utilizando arado y animales.

En relación con la división social se reconocen claras diferencias entre un grupo social alto con acceso a la riqueza y otro pobre (fenómeno observado en los entierros descubiertos por arqueólogos). Los guerreros ocupan la más alta jerarquía social. Se reconoce también la presencia de artesanos, campesinos y de vínculos personales de fidelidad. Hay indicios de esclavitud.

Desarrollaron una escritura propia la que aún no se ha logrado descifrar. Tovar y Blasquez en su obra **Historia de la España Romana** sostiene que el origen no solo debe buscarse en la influencia fenicia sino también en la influencia griega.

Enterraban a sus muertos previa incineración y guardaban las cenizas en una urna.

Los celtas se ubicaron en el norte y centro de la península. Son sociedades poco complejas que se organizan de modo tribal (en tribus), prácticamente no tienen ciudades. Su actividad económica está muy poco diversificada al igual que su organización social. Existe algún grado de cultivo de la tierra pero principalmente se dedicaban a la ganadería trashumante, sin embargo la metalurgia del hierro estaba muy avanzada.

Los celtas no entraron en contacto con las culturas exógenas a causa de su aislamiento geográfico.

Se llama cultura *celtibérica* a la que se desarrolló en el centro de la península. Se trata de pueblos celtas que recibieron la influencia cultural ibérica. Es de grado intermedio en cuanto a su complejidad. Además de la actividad ganadera, hay herrería, en especial la fabricación de espadas en la que destaca la *gladium hispaniensis* (nombre dado por los romanos). En la comunidad celtibérica se reconocen cuatro pueblos: los lusones, los pelendones, los celtíberos propiamente tales y los arévacos.

Además de estas culturas se reconoce la presencia de otros pueblos como por ejemplo: lusitanos, galaicos, carpetanos, cántabros, astures, vascones, vettones, vacceos, etc.

Hay un fenómeno de carácter socioeconómico que va a afectar a numerosas poblaciones e involucra a diferentes culturas, el de las bandas. Se trata de agrupaciones humanas formadas en los montes a partir de gente que huye de su comunidad de origen y que vive del asalto a poblaciones distintas a la suya. El fenómeno se presenta en los pueblos del norte, lusitanos, galaicos, cántabros, celtíberos, y en los pueblos del noreste, lacetanos, ilergetes y bergistanos.

García-Bellido intenta explicar la existencia de estas bandas. A su juicio el fenómeno obedece a causas económicas y demográficas. Dentro de las económicas se señala la desigual distribución de la propiedad de la tierra. Se detecta la presencia de una institución similar a la del mayorazgo entre los pueblos prerromanos. Esto trajo consigo que una parte importante de la población experimentara la pobreza y que

encontrara en el pillaje la solución a sus problemas: se organizaron para asaltar a los vecinos más ricos.

En relación con los factores demográficos se señala la abundancia de población atomizada y en conflicto entre sí. Se calcula que en el noreste hay sesenta y dos etnias diferentes con una población de alrededor de setecientas mil personas. En la zona de Galicia se calcula existían unos cinco mil castros.

La desigual distribución de la tierra y el problema demográfico tuvieron influencia en las actividades mercenarias: las ciudades más ricas recurrieron a la contratación de soldados para su defensa.

Debido a los ataques a las ciudades ricas se dejó de producir generándose en ellas las condiciones para que también surgieran en su seno bandas: de ser un fenómeno del norte pobre pasó a ser también característico del sur rico.

### ***3.1 El Derecho de la sociedad española prerromana***

La historiografía jurídica ha recurrido a diferentes conceptos para la caracterización del Derecho cualquiera sea la sociedad de que se trate, así distingue el nivel técnico; el ámbito de vigencia; el panorama de las fuentes formales y el contenido normativo.

Respecto del nivel técnico, es decir, de las características que presenta la conceptualización jurídica, los estudios de Derecho, se señala en relación con el Derecho prerromano que carece de nivel técnico, es decir, que no hubo estudios de Derecho, desarrollo de la conceptualización jurídica. Por lo menos hasta ahora no se han encontrado vestigios que indiquen la existencia de escuelas o estudiosos del derecho, en todo caso, concurren en las sociedades de la cultura ibérica, sobre todo entre los turdetanos, sucesores de Tartesos, un conjunto de elementos que permiten especular acerca de la presencia en dicha sociedad de juristas (quizá una vez que se descifre completamente la escritura ibérica no se confirme esta idea de falta de estudios).

En lo relativo a las fuentes formales del Derecho, esto es, de las formas que adoptan las normas jurídicas en la España prerromana hay que señalar que la fuente formal que se manifiesta de modo más regular es la costumbre jurídica. Excepcionalmente hay normativa, que puede ser caracterizada como normativa de tipo legal. Así por ejemplo señala Pérez Prendes que en Sagunto se habría dictado un edicto público con ocasión del sitio de Aníbal. Entre los turdetanos según Estrabón habían leyes expresadas en verso.

La reflexión sobre el ámbito de vigencia del Derecho está referida a establecer el criterio que determina a quién se le aplica. En la Edad Antigua se sigue el principio de personalidad. Esto quiere decir que se atiende al lazo que mantiene un individuo con una comunidad determinada para decidir si se le aplica o no el Derecho de dicha

comunidad. Si existe este lazo, generalmente de parentesco, el Derecho será aplicable, si no existe el lazo no será aplicable.

En el caso concreto de los pueblos prerromanos de la Meseta y el norte (García-Gallo –1982, 234– sólo menciona a los celtas y nórdicos) existe lo que se llama la *gentilita*, grupo suprafamiliar que tiene relevancia en la vida pública. Según Montanos y Sánchez-Arcilla (1991; 37) *en el nivel inferior está la “cognatio” o agrupación de familias... Varias “cognationes” formaban una “gentilitas” y la unión de varias “gentilitates” originaban la “gens” o tribu. Por último, la agrupación de varias “gentes” dan lugar al “populus”*. En los pueblos del noroeste la organización gentilicia mantuvo rasgos arcaicos (centuria); entre los celtiberos al momento de iniciarse la conquista los vínculos gentilicios están dando paso a núcleos urbanos que no atienden al parentesco; lo mismo pasa con las ciudades-estados (Cádiz, Málaga, Sagunto, etc.).

Puede ocurrir que las gentilitas que componen una gens tengan diferente Derecho, al que se puede calificar como familiar según García-Gallo (1982; 243) lo que trae consigo un verdadero problema para dos personas de distintas gentilitas que deseen mantener relaciones. Fue necesario superar la incomunicación y se creó una institución con el propósito de atenuar el principio de personalidad llamada *hospicio* u hospitalidad. Este pacto de hospitalidad, según Escudero (1995; 97) *amplía la protección social y jurídica de una gentilidad a miembros ajenos a ella. Así el extraño o*

*huésped se acoge a la tutela del grupo social en que ingresa, pasando a ser considerado gentil o miembro de esa nueva gentilidad, con los mismos derechos que los restantes componentes de ella. En otras ocasiones el pacto tiene lugar entre dos grupos gentilicios, con lo que se produce la equiparación y reciprocidad jurídica de todos sus miembros.*

Scrajerman en la obra **Conflictos y Estructuras Sociales en la Hispania Antigua** da cuenta que en el año 27 la gentilita Dresoncorum de la gens Zoelarum suscribió un pacto de hospitalidad con la gentilita Tridiavorum de la misma gens, en virtud del cual renovaban un antiguo tratado de hospitalidad y por el cual daban cabida también entre sus gentiles a Flavius Fronto de la gens Cabragenigorum. También admitieron como cliente y parte de la comunidad a Sempronius Perpetus Ormiacus, miembro de la gens de los Visaligorum.

Se tiene noticia de estos pactos de hospitalidad a través de una fuente llamada *tesera de hospitalidad*, instrumento que suele tener la forma de un animal y tiene un orificio que permite colgarla y exhibirla. Su exhibición permite dar publicidad al pacto. Se conoce una tesera de hospitalidad, la llamada tabla de Astorga.

Otra institución, característica de la cultura ibérica, que atenuó la inconveniencia del principio de personalidad es la relación de clientela. Se trata de un vínculo de sumisión personal que es producto de la desmedrada situación socioeconómica en que se desenvuelve la vida de la mayor parte de las comunidades prerromanas. El vínculo

une a un hombre económicamente débil, al cual se le llama cliente, con un hombre económicamente poderoso, al que se le llama patrono. Se establece mediante un juramento por el cual el cliente reconoce al patrono como su jefe. Dice Escudero (1995; 99) que *la fe jurada constituye la única garantía de las obligaciones objeto del pacto, y su ruptura depende del incumplimiento del acuerdo; falta de protección al cliente, exigencias inmoderadas, etc.* El hombre débil se obliga a prestar ciertos servicios al patrono a cambio de que éste le brinde protección económica.

Tradicionalmente los historiadores del derecho destacan un tipo de clientela, la *devotio ibérica*, en la que se presta un servicio de tipo militar. El cliente o devoto ofrecía su vida a los dioses para evitar de ese modo la muerte del patrono, si así no ocurría y en combate los dioses tomaban la vida del patrono el cliente entendía que las divinidades le habían juzgado indigno al rechazar su ofrenda y se suicidaba.

La clientela afecta el principio de personalidad cuando cliente y patrono pertenecen a diferentes comunidades. En este caso el hombre débil debía seguir el Derecho del fuerte.

Respecto del contenido normativo la reflexión está referida a las normas de conducta que amparaban los ordenamientos jurídicos.

Un virtud a costumbre jurídica cordovesa, transmitida por Séneca, se entiende consumado al matrimonio cuando el novio besa a la novia ante ocho testigos y después realizan ciertas ceremonias religiosas. Si el ritual no tiene lugar, el padre puede

desheredar hasta en un tercio de la herencia a la novia. Esta costumbre jurídica de los cordoveses fue recogida por los romanos el año 336 d. de C., en una Constitución Imperial, y comenzó a llamarse "ley del ósculo".

Entre los cántabros hay una regulación particular relativa a la dote pues es el hombre el que dota a la mujer. Además son las mujeres las que heredan y casan a sus hermanos.

También está la institución del avunculado; consiste en que la mujer es la jefa del hogar y a su fallecimiento la sustituye su hermano y no el marido; éste es desplazado por el cuñado. Hay un matriarcado.

En la comunidad celtibérica la dote la da el marido a la mujer.

Hay además otra institución celtibérica la llamada vinculación de bienes. Hay noticias de ésta a través de la piedra de Tarragona: en ella se da noticia de que una persona instituyó como herederos de un predio a cuatro libertos prohibiéndoles su enajenación y estableciendo se destinara la tierra a sepultura. La historiografía contemporánea señala que estaríamos en presencia del antecedente más remoto del mayorazgo.

Entre los vacceos según Diodoro Siculo la tierra está sometida a un proceso de explotación colectiva, ella se distribuye entre los distintos miembros de la comunidad obligándose a cada cultivador a poner su cosecha en un fondo común. Se sancionaba con la pena de muerte la apropiación de parte de la cosecha, o el ocultamiento.

Respecto del Derecho Penal Estrabón señala que entre los cántabros y los astures se lapida a los parricidas y a los criminales se les despeña.

Los lusitanos dice García de Valdeavellano despeñaban a los criminales condenados a muerte (1988: 149).

Ávila Martel sostiene que el duelo judicial fue conocido como instrumento probatorio entre las tribus ibéricas.

Una última característica del Derecho entre los pueblos prerromanos es la existencia de diversos ordenamientos jurídicos incluso dentro de una misma cultura: no hay uniformidad jurídica.

Respecto del Derecho exógeno la historiografía suele mencionar las Leyes Rhodias: Leyes griegas relativas a la actividad naviera mercantil. 1.– Ley del préstamo a la gruesa ventura: Se trata de la regulación del préstamo a interés. Se establece que el que ha prestado una suma de dinero para realizar una expedición naval mercantil tiene derecho a recibir una parte significativa si hay éxito. Si la expedición fracasa no tiene derecho a pedir la restitución del dinero. 2.– Ley de la echazón: Ley de responsabilidad, tiene relación con los daños: *Se previene por la ley Rodia , que si por causa de aliviar la nave de peso, se echaron al mar las mercancías, todos han de contribuir a resarcir el daño que se causó en beneficio de todos (Digesto.– Lib. XIV, Tit.II)*

## BIBLIOGRAFÍA

- Ávila y Martel, Alamiro de, **Manual de Historia del Derecho**, Editorial Jurídica, 1953.
- Barrientos, Javier, **Introducción a la Historia del Derecho Chileno. I. Derechos propios y Derecho Común en Castilla**, editorial, Barroco Libreros, Santiago, 1994.
- Bañados Espinoza, Julio, **Memoria del Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública**, 1888.
- Bravo Lira, Bernardino, **Historia de las Instituciones Políticas de Chile e Hispanoamerica**, Editorial Andrés Bello, 2ª. edic., 1993.
- Dougnac, Antonio y Felipe Vivencio Eyzaguirre, **La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile**, Editorial Universidad Central, Tomo I, 1999.
- Dougnac, Antonio y Felipe Vivencio Eyzaguirre, **La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile**, Editorial Universidad Central, Tomo II, 2000.
- Escudero, José Antonio, **Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas**, s.e., Madrid, 1995.
- Freire, Paulo, **Pedagogía del Oprimido**, s.e , 1997.
- García-Gallo de Diego, Alfonso, **Manual de Historia del Derecho Español I. El origen y la evolución del Derecho**, s.e., 9ª edic., Madrid, 1982.
- García de Valdeavellano, Luis, **Historia de España Antigua y Medieval. 1 De los orígenes al siglo X**, Alianza Editorial, 1980, Primera reimpresión 1988.
- González Wagner, Carlos, “Los Bárquidas en Iberia”, en *La Aventura de la Historia*, año 1, número 11, Madrid, septiembre de 1999.
- Montanos Ferrin, Emma y José Sanchez-Arcilla, **Historia del Derecho y de las Instituciones**, I, Editorial Dykinson, Madrid, 1991.
- Palacios, Jesús, **La cuestión escolar**, Editorial Laia, Barcelona, 1989.
- Palma González, Eric Eduardo, “Reflexiones en torno a una concepción polifacética para una Historia del Derecho de los siglos XIX y XX”, en *Ius et Praxis*, 1997.

- Pérez–Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel, **Curso de Historia del Derecho Español. Volumen I. Parte General**, Secretariado de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1986.
- Ruiz, Arturo y Manuel Molinos, **Los iberos. Análisis arqueológico de un proceso histórico**, Editorial Crítica, Barcelona, 1993.
- Ruiz – Gálvez Priego, María Luisa, **Prehistoria de España. Los orígenes**, editorial Anaya, Madrid, 1988.
- Tomás y Valiente, Francisco, **Manual de Historia del Derecho Español**, editorial Tecnos, 4ª edic. 1983, 5ª reimpresión 1992, Madrid.
- Tuñón de Lara, Manuel, Julio Valdeón Baroque y Antonio Domínguez Ortiz, **Historia de España**, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1991.
- Vitale, Luis, Luis Moulian y otros, **Para recuperar la memoria histórica: Frei, Allende y Pinochet**, Editorial Chile–América, Cesoc, 1999.