

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

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

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

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE: Criminalidad – Derecho penal indiano.

ABSTRACT

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

KEYWORDS: Criminality – Indian criminal law.

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

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. *La Historiografía europea.*

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

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

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

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

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

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

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

2. La Historiografía regional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. LA CRIMINALIDAD COMO OBJETO DE ESTUDIO HISTORIOGRÁFICO-TEÓRICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

