

**Historia del Derecho II**  
**De la Modernidad barroca a la Modernidad racionalista**  
**y a la Postmodernidad 1492-2000**

**Prof. Sergio Concha Márquez de la Plata**  
**2020**

**I. Objetivos**

1. Comprender el contraste entre dos momentos históricos: formación del derecho indiano y su modernización, desde mediados del siglo XVIII hasta la segunda mitad del siglo XX.
2. Conocer las grandes etapas del tránsito del derecho común al derecho nacional codificado: constitucionalismo y codificación.
3. Familiarizarse con la visión realista y teocéntrica del derecho en la temprana Edad Moderna y con lo propio de la Ilustración y la modernización en Hispanoamérica y las tensiones entre país real y el país legal.
4. Situar al derecho chileno dentro de Hispanoamérica y al derecho hispanoamericano dentro del derecho europeo, a lo largo de la Modernidad y en el umbral de la Post modernidad.

## II. Desarrollo del programa

### 1. Derecho común y derechos propios en Indias.

Formación del derecho indiano. Noción, elementos, ámbitos de vigencia (territorial, eclesiástico y comunal). *Utrumque ius* y derecho indiano. Etapas, fundacional (1492-1571) y consolidación (1571-1750). Predominio del casuismo en el derecho: autores, estudios, práctica civil y criminal y legislación.

Reinos de Indias. Derecho real o territorial. Monarquía múltiple e incorporación de las Indias a la corona. Igualación de sus habitantes como vasallos libres de la corona. Constitución de los reinos. Gobierno por consejo. Estado misional, policía como ramo distinto de judicatura, guerra y hacienda. Vasallaje general de sus habitantes y protección judicial contra actos de gobierno. Instituciones fundamentales: Real Audiencia, Gobernación, Fuerzas Armadas, Hacienda. El Estado forja a la nación en Indias. Chile, plenitud de su constitución en la época del barroco.

La Iglesia en Indias. Derecho canónico (universal). La empresa evangelizadora o conquista espiritual. Patronato universal. Obispos. Ciudad indiana. Derecho local o comunal.

Las dos repúblicas. República de los españoles. La ciudad, puntal del asentamiento europeo. Fundación, traza, términos, habitantes, instituciones, privilegios. Encomiendas y repartimientos. Personas: estado, edad, sexo, condición, fuero, familia, propiedad, sucesión y negocios jurídicos. República de los indígenas. Vigencia personal de sus derechos. Protección como vasallos del rey. Régimen privilegiado como a las personas menesterosas en materia canónica, civil, procesal, penal. Dinámica del mestizaje que contribuye a reducir la república de los naturales a favor de la de los españoles.

Cultura jurídica. Orígenes de literatura jurídica indiana: Polémicas de Indias. Vigencia de las Siete Partidas. Apogeo del derecho y de la literatura jurídica indiana. Juristas del barroco y recopilación de leyes de los reinos de las Indias. Prácticos: Hevia Bolaños; tratadistas, Solórzano Pereira. Universidades. El Chile barroco, la cultura letrada y florecer del culto religioso y de la cultura popular iletrada.

### 2. Ilustración y segunda gran transformación del derecho europeo en el Viejo y en el Nuevo Mundo.

Revisionismo crítico: de la modernidad barroca a la modernización ilustrada. El ideal de rehacer el mundo según los dictados de la razón humana. Progresar. Poderío de Inglaterra y Francia. Despegue de Europa y Estados Unidos. Razago del mundo hispánico.

Itinerario intelectual del racionalismo. Nuevo criterio de certeza, revisionismo e Ilustración, el siglo de las ideologías y los totalitarismos. Dos vertientes del racionalismo en Europa e Hispanoamérica.

### 3. El Estado modernizador, primera fase 1750-1810.

Del buen gobierno a la felicidad pública. Del gobierno por consejo al gobierno por ministerio. Del Estado de oficios al Estado de oficinas. El Príncipe, de cabeza de la comunidad a jefe del Estado. La monarquía ilustrada en Chile 1750-1810. Formación de la Administración: Contaduría Mayor, Renta del Tabaco, Aduana, Secretaría de la Gobernación, Intendentes, Correos, Casa de Moneda. Reorganización del Ejército. Presidente gobernante. Separación institucional entre Judicatura y Administración. Política fundacional. Fomento económico. Comercio libre y protegido. Minería y agricultura. Obras públicas.

### 4. Estado modernizador, segunda fase 1810-1930.

Desintegración de la monarquía y derecho nacional en cada Estado sucesor. Del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario. Codificación y estatalización del derecho. El derecho nacional se disocia respecto del Derecho Común. Constitucionalismo. Constituciones escritas y disociación entre país legal y país real. De la comunidad política a la sociedad política. De la confesionalidad a la aconfesionalidad del Estado. De la protección a la religión oficial a la imposición del liberalismo. Del cabildo al municipio absorbido por el Estado. Del vasallo al ciudadano. Relación unilateral gobernante-gobernado. De la protección de las personas a las garantías constitucionales. De los recursos contra actos de gobierno a las declaraciones de derechos. De la representación por las propias organizaciones a la representación individual.

### 5. Constitucionalismo.

Génesis e ideal constitucional. Garantías individuales y división de poderes. Papel de la judicatura. La dualidad Gobierno-Parlamento. Elecciones y sufragio. Primacía de la ley parlamentaria. Lucha por el Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1998. República ilustrada en Chile (1830-1891). Regularización de las elecciones y del parlamento. Portales y la consolidación de las instituciones estatales. Monocracia presidencial y regularización de las elecciones y del parlamento. Iglesia y erección del Arzobispado de Santiago. Universidad. Crisis de la república ilustrada. Partidos políticos y deslizamiento hacia el gobierno de partido. Lucha por el parlamento y las elecciones. Alternancia: dictadura civil o castrense y anarquía en España, Portugal e Iberoamérica. Segunda fase: República liberal-parlamentaria (1861-1924). Revolución de 1891. Triunfo de la oligarquía. Costo institucional: Presidente, judicatura, ejército, gobierno de gabinete. Rotativa ministerial. Estabilidad política y cuestión social. Avance de la educación. Crisis y derrumbe.

### 6. Codificaciones.

Orígenes del ideal codificador. El ALR prusiano, ABGB austríaco y los *Cinq Codes* franceses. Codificación del derecho castellano y portugués a ambos lados del Atlántico. Códigos y codificadores. Orientación europeizante y formación de códigos propios. Adopción: grandes modelos, el Código de Comercio Español (1829), el Código Penal

brasileño (1830), el Código Civil chileno (1855). Liberalismo y ley uniforme para toda la población. Codificación procesal. Codificación y estudios jurídicos. Del *ius commune* al derecho nacional codificado. El juez, de la jurisdicción a la subsunción. Legalismo y apogeo de la cultura de abogados.

#### 7. Ocaso del mundo moderno y descodificación.

De la guerra civil europea (1914-1945) y el fin de la preponderancia mundial de Europa a la caída del Estado totalitario y de las ideologías. Derrumbe de los paradigmas ilustrados. Descodificación. Revuelta de los hechos contra el derecho codificado. Resurgimiento de las organizaciones intermedias. Diferenciación del derecho por sectores y actividades. Estudios jurídicos, más allá de los códigos. El juez más allá de la subsunción. Representación más allá del electorado, diferenciada por sectores y actividades. Ocaso de las teorías de la dependencia, del desarrollo y de la modernización.

Fase final del Estado modernizador 1930-1980. Del Estado de partido al Estado subsidiario. Postmodernidad, reflujo del ideal modernizador y del estatismo. De la república semipresidencial (1924-1973) al Estado subsidiario (1973 adelante) en Chile. Reducción de la reglamentación estatal y del Estado mismo.

### **III. Bibliografía**

#### **Bibliografía general**

1. Barrientos Grandón, Javier, *Historia del Derecho Indiano*, vol I, Roma 2000
2. Bravo Lira, Bernardino, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Santiago 1993.
3. Dougnac Rodríguez, Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, México 1998, con bibliografía.
4. Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación civil en Hispanoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago 2000.
5. Levaggi, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, 3 vols., Buenos Aires 1999.
6. Tau Anzoátegui, Víctor, *Casuismo y Sistema*, Buenos Aires 1992.

#### **Bibliografía específica**

1. Barrientos Grandón, Javier, "El sistema del ius commune en las Indias occidentales", en Rivista Internazionale di Diritto Commune 10, Roma 1999.
2. Bravo Lira, Bernardino, "El racionalismo en el mundo de habla castellana y portuguesa", en García Huidobro, Joaquín y otros, *Reflexiones sobre el socialismo liberal*, Santiago 1984.
3. El mismo, *Derecho Común y Derecho Propio en el Nuevo Mundo*, Santiago 1989.
4. El mismo, "Del Estado modernizador al Estado subsidiario. Trayectoria institucional en Chile (1891-1995)", en Revista de Estudios Histórico Jurídicos XVII, Valparaíso 1995, pp. 193-247.
5. El mismo y Concha Márquez de la Plata, Sergio (eds.), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, Santiago 1998.
6. Edwards, Alberto, *La fronda aristocrática, historia política de Chile*, Santiago 1928.
7. García Gallo, Alfonso, "Los principios rectores de la organización territorial de las Indias en el siglo XVI", en Anuario de Historia del Derecho Español XL, Madrid 1970, p. 313-347.
8. Garzón Valdés, Ernesto, "Acerca de las funciones del derecho en América Latina", en Hunermann, Peter y Scanonne, Juan Carlos, América Latina y la Doctrina Social de la Iglesia, 5 vols., Buenos Aires 1992-1993, 4B, pp. 111-150.
9. Góngora, Mario, *El Estado en el Derecho Indiano. Epoca de su fundación 1492-1570*, Santiago 1951.
10. El mismo, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, Santiago 1981.
11. Guzmán Brito, Alejandro, *Andrés Bello codificador*, 2 vols., Santiago 1982.
12. Hazard, Paul, *La crisis de la conciencia europea 1685-1715*, París 1933, trad. castellana, Madrid 1952.
13. Tau Anzoátegui, Víctor *¿Qué fue el Derecho Indiano?*, Buenos Aires 1982.

#### **IV. Metodología**

Además de las lecciones, incluye lecturas dirigidas y controladas.

## **V. Ponderación**

Pruebas	:	40%
Lecturas	:	20%
Examen	:	40%