

VERDADERA INTELIGENCIA DE LA LEY  
DE 3 DE AGOSTO DE 1876 (1).

60A

Para determinar con precisión el sentido de esta ley, no es posible encontrar un criterio fijo en la práctica de los tribunales que la aplican diariamente, porque precisa-

(1) Por cuanto el Congreso Nacional ha aprobado el siguiente

PROYECTO DE LEY:

ARTÍCULO 1.º En todos los procesos criminales que se siguieren por homicidio, hurto, robo, incendios y accidentes de ferrocarriles, tanto los jueces de primera instancia como los Tribunales superiores apreciarán la prueba con entera libertad, y absolverán ó condenarán al reo, según creyeren en su conciencia que es inocente ó culpable.

ART. 2.º Quedan sin aplicación á los procesos de esta clase todas las leyes relativas á la apreciación que los jueces deben hacer de la prueba en causas criminales.

ART. 3.º El culpable de robo ó de tentativa de este crimen, será castiga-

suplen la intervención que los reglamentos les atribuían, han introducido ó autorizado prácticas que están muy lejos de ser correctas. El decreto de pago contra el contribuyente en retardo, lo expide el juez del crimen en vista del parte del recaudador, y él mismo expide más tarde el de ejecución y embargo. El que se niega á pagar una contribución, se niega á cumplir una obligación puramente civil, y resolver sobre si está ó no obligado y el decretar medidas de apremio para el pago es de la competencia del juez civil. Esta función esencialmente civil la ejercen los jueces del crimen, atribuyéndose una jurisdicción que la ley no les confiere, sin hacer alto en que se trata de negocios civiles, en que no pueden interponer su autoridad sino á requisición de parte. Los jueces, al adoptar esas prácticas, parece que no se han dado cuenta de su incompetencia, y de la irregularidad con que obran procediendo de oficio. Han mirado la negativa al pago de una contribución como una



mente, por su propia arbitrariedad, se aplica siempre de distinto modo, aun en casos análogos ó iguales.

Se pueden estudiar singularmente y en conjunto todas las sentencias que aparecen fundadas en esta ley en la GACETA DE LOS TRIBUNALES, sin que tal estudio nos dé luz alguna. Hay casos idénticos fallados en sentidos opuestos, porque el juez aprecia, según el estado de su conciencia, las pruebas, aunque éstas sean iguales; ó porque en unos casos admite como pruebas las que no lo son, y viceversa en otros.

Sobre el modo de apreciar las pruebas, no hay regla, porque hay arbitrariedad, pues el juez absuelve ó condena al reo según lo crea, en conciencia, inocente ó culpable. Ya esto es monstruoso, pero en nuestro país se cree santo, porque el único medio que ha encontrado el legislador para perseguir ciertos delitos es borrar las leyes y convertir en ley la arbitrariedad judicial.

El gran principio de moral jurídica, según el cual es preferible absolver al delincuente que condenar al inocente, ha desaparecido en nuestra legislación, en virtud de la ley de 3 de agosto, sin embargo de que ese principio viene proclamándose desde antes de la era cristia-

do con la pena de muerte, siempre que al mismo tiempo se hiciere reo de homicidio, violación ú otra injuria grave de obra contra las personas.

ART. 4.º Los condenados por hurto ó robo serán castigados, además de las penas que á dichos delitos impone el Código Penal, con veinticinco azotes por cada seis meses de presidio.

En ningún caso se podrá imponer más de cien azotes en virtud de una misma sentencia.

ART. 5.º El Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Estado, dictará los reglamentos que deben regir en la aplicación de las penas establecidas por la presente ley.

ART. 6.º La presente ley principiará á regir en toda la República veinticinco días después de su promulgación en el periódico oficial.

Y por cuanto, oído el Consejo de Estado, he tenido á bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto, promúlguese y llévase á efecto como ley de la República.—FEDERICO ERRÁZURIZ.—*José María Barceló.*



na. Eso puede ser cómodo para los que odian el delito y no compadecen al delincuente, como lo enseñaba la leyenda que antes se veía escrita en la portada de la cárcel de Santiago, coronando la estampa de Astrea. Puede ser cómodo para los que imaginan que la ley de 3 de agosto es un portento de sabiduría, porque en virtud de la arbitrariedad judicial tiene el inocente la seguridad de salvarse.

¿Pero quién puede asegurar al inocente, ni tampoco al culpable, que esa conciencia judicial, que absuelve ó condena, no sea, en la ocasión, gobernada por un estado bilioso, por una preocupación, por un error y hasta por un capricho de los que á menudo engendra el tedio de las discusiones, ó más bien disputas, que se sublevan en un tribunal colegiado?

De todos modos, desde que el juzgamiento se libra á la apreciación de las pruebas que el juez haga según crea en conciencia culpable ó inocente al reo, la decisión es arbitraria; y esta arbitrariedad no puede cohonestarse diciendo que el juez hace el oficio de jurado, porque no puede hacer tal oficio, desde que es juez de derecho.

Se sabe que el enjuiciamiento por jurados es una garantía, porque se funda en la separación de las dos funciones que constituyen el juicio, la apreciación del hecho y la aplicación de la ley. El jurado es el ciudadano que es llamado para declarar si un acusado es ó no culpable del hecho que se le imputa, y el tribunal ó corte que falla se forma con los magistrados oficiales que administran justicia según la ley.

Estas funciones no deben confundirse, y deben estar constantemente separadas, aunque ambas se encaminen al mismo fin. El carácter del juez es permanente y sus fallos no pueden tener otra norma que el texto de la ley, ante la cual deben desaparecer las opiniones personales



que no estén fundadas en los principios que rigen la inteligencia de la ley, y tienen que enmudecer todas las sensaciones y preocupaciones particulares. El juez, dicen los prácticos, debe dedicar su vida entera al estudio de la ley, á profundizar su espíritu, á comentarla é interpretarla con el auxilio de la ciencia de la jurisprudencia, única guía de su conciencia, único criterio de sus fallos. Por el contrario, el jurado es un funcionario temporal, llamado para un negocio que le ha correspondido, es un par del acusado, que no lo es el juez, y su opinión es independiente de las reglas de la jurisprudencia. Su guía es su convicción, la que se forma con el examen de las pruebas del hecho, aún obedeciendo á las impresiones que este examen le produce, impresiones que el juez de derecho no puede abrigar y de las cuales debe huír con empeño para no distraerse de la mera aplicación de la ley, al hecho que se le da plenamente probado.

Esta es la doctrina de los países ingleses y de los demás que han adoptado el modo de enjuiciar por jurados. Mas no cabe en esta doctrina, ni en la facultad de deliberar que ella da á los jurados, de discutir para formarse una convicción, no cabe decimos, la arbitrariedad que nuestra ley de 3 de agosto de 1876 da á nuestros jueces de derecho. Compárese, si no.

Entre las reglas que sirven para la deliberación de los jurados ingleses, hay algunas como estas:

«6.<sup>a</sup> Se presume que todo hombre es inocente hasta que se le haya *probado claramente* que en realidad es culpado...

«7.<sup>a</sup> Debe el acusado disfrutar de la ventaja de tener en su favor todas las dudas, defectos é incertidumbres de las pruebas, puesto que la impunidad de cien personas culpadas es preferible á la condenación de un hombre inocente.»



"10.<sup>a</sup> Considerándose la resolución del pequeño jurado (el que resuelve) como la expresión de la verdad, es preciso que sea *unánime*; y conviene que sea así, á fin de que pueda ser responsable cada jurado de la justicia ó injusticia de su fallo ante su propia conciencia, ante las partes y ante el público.

"11.<sup>a</sup> Es preciso que todo jurado tenga su ánimo libre de *prevenciones populares*, que esté alerta contra las del tribunal, y que únicamente decida sobre *los hechos, en virtud del testimonio de personas juramentadas y dignas de fe*.

"12.<sup>a</sup> Debe asimismo *examinar escrupulosamente* hasta qué punto las declaraciones testimoniales confirman la imputación de un designio criminal; porque ningún acto puede reputarse por punible si no se comete con una intención siniestra." (Sir Richard Phillips, Poderes y ob., etc., cap. XIV.)

Entretanto, la ley chilena, dictada bajo la impresión de las preocupaciones populares que se levantaron en una época de frecuentes asaltos á la propiedad, como los que de tiempo en tiempo aparecen, como los que ocurrían en 1818, cuando el Delegado Supremo don Hilarión de la Quintana, dictó un bando castigando con la pena de muerte el robo que excediera de cuatro pesos; aquella ley, expedida bajo el régimen constitucional y normal de la República, ha dado á los jueces de derecho la facultad de absolver ó condenar al reo, según creyeren *en su conciencia* que es inocente ó culpable.

Y esto, aunque no se haya probado claramente el hecho, aunque pudieran aprovechar al reo las dudas, defectos ó incertidumbres de las pruebas, aunque no sea unánime la apreciación de un tribunal colegiado, pues basta la mayoría, y, por fin, aunque los testimonios no



sean dignos de la fe que merecerían los de testigos completamente idóneos y conocidos.

Esta arbitrariedad no es la del jurado, y no tiene parejas tan siquiera con la de los tribunales militares que el derecho de gentes permite establecer en el territorio del enemigo en casos excepcionales, pues ellos no pueden proceder arbitrariamente, y tienen el deber de respetar las leyes fundamentales de la justicia, según Bluntschli, D. Int. cod., 548. La ley de 3 de agosto no tiene similar en los fastos de la jurisprudencia de los países civilizados modernos.

Su justificación es imposible. Su utilidad es más que problemática. Los delitos que persigue no han disminuído.

Mas esta ley que entrega al reo á la conciencia del juez de derecho, desquiciando la magistratura del centro en que la colocaran las leyes normales; que agrega á las penas del Código Penal la pena adicional de veinte y cinco azotes por cada seis meses de presidio, destruyendo las proporciones penales establecidas por aquel Código; esta ley que castiga con la pena de muerte la *tentativa* de robo, sí, la *tentativa*, siempre que el reo al mismo tiempo se hiciere culpable de homicidio, violación u otra injuria grave de obra contra las personas, de modo que abandona estos crímenes y delitos, no los castiga, y considera como delito más grave la *tentativa de robo*; esta ley, que en esta última disposición echa por tierra los fundamentos del Código Penal, que se consignan en su artículo 7.º y los que le son correlativos, en el 75 y los demás que gradúan la penalidad; esta ley que contiene semejantes despropósitos ¿puede hacerse todavía más absurda, más arbitraria y más derogatoria de los principios de jurisprudencia penal?



Sí; en la práctica se hace todavía más absurda, porque es doctrina corriente y muy aceptada, la de que no sólo se pueden apreciar con entera libertad las pruebas, sino que se pueden apreciar con la misma libertad las declaraciones ó testimonios que no tienen, á presencia de las leyes ordinarias, el carácter de pruebas legales.

Esto es increíble, pero se practica, y no se comprende que en este punto hay una cuestión de jurisprudencia que no se puede considerar como resuelta por la ley de 3 de agosto en el sentido ilógico y temerario que se le quiere dar.

Pongamos un caso, tomándolo de los que aparecen en las sentencias de la GACETA DE TRIBUNALES para comprender mejor esta cuestión, que la práctica desdeña con su ciego empirismo.

Aparece un hombre muerto después de un altercado de calaveras, sin riña ni pendencia; y no se sabe quién le causó la herida, si Pedro que cargaba daga ó Juan que llevaba espada. Hay informes de facultativos, pero son contradictorios, de modo que la cuestión queda indecisa; pues la herida ha podido ser causada por cualquiera de aquellas armas, sin dejar señales fijas que sirvan para determinar con cuál de ellas se infirió.

Pedro niega ser el autor, pero no acusa á nadie. Juan niega también, mas acusa á Pedro.

Hay, entre varios testigos que nada saben, tres que acusan á Pedro, el testigo A., que es hermano de Juan; B., que tiene menos de diez y nueve años de edad, y C., que fué actor en el altercado y en los antecedentes que lo produjeron. Los tres coinciden con el co-reo Juan en atribuir á Pedro el hecho de haber dirigido una estocada al occiso, pero sus dichos se diferencian en el modo y en los detalles del acto.

Entretanto, el co-reo Juan pasó á ser testigo porque



se mandó sobreseer respecto de él, pero se ratificó en la declaración que había prestado como reo, pues estaba interesado en justificar el sobreseimiento y en salvar su responsabilidad, atribuyendo la culpa á Pedro. Por tanto, y á virtud de su interés en el resultado de la causa, su declaración, así como la de A., que es su hermano, no tienen valor legal. Ambos no pueden ser testigos hábiles porque no los admiten como tales, á causa de su interés y de su parentesco, las leyes 15, 16 y 18, título 16 de la Part. 3.<sup>a</sup>, y la 9.<sup>a</sup>, título 8.<sup>o</sup>, libro 2.<sup>o</sup> del Fuero Real.

El testimonio del testigo B tampoco tiene el carácter de una prueba legal, porque la ley 9.<sup>a</sup>, tít. 16, Part. 3.<sup>a</sup> exige que todo testigo en causa criminal tenga la edad de veinte años. Entretanto B tiene sólo diez y ocho años cumplidos, de modo que su dicho, como el de los anteriores testigos, no puede ser un testimonio legal.

El último testigo, que es C., es hábil porque tiene veinte años, pero no es idóneo, porque consta de su propio dicho que era uno de los de la partida que salió á las tres de la mañana de un café para ir á producir el suceso que trajo aquella desgracia, y que, habiendo dejado moribundo al herido, se fué con Juan á otro café, donde tuvieron con otra persona una riña con la cual se coronaron los extravíos de aquella noche.

Con sólo este testigo, no se habría podido condenar, según el derecho común, al reo Pedro, porque la ley 26, tít. 1.<sup>o</sup>, Part. 7.<sup>a</sup>, considerando que *la persona del ome es la mas noble cosa del mundo*, dispone que el juzgador absuelva al reo cuando las pruebas no sean leales, verdaderas, sin ninguna sospecha, ciertas y claras, como la luz, de manera que no pueda sobre ellas venir *dubda ninguna*; y otras leyes no consideran como prueba plena sino la de dos testigos contestes y mayores de toda excepción.



Ante un jurado inglés también habría sido absuelto el reo Pedro, á virtud de las reglas que dejamos copiadas.

Sin embargo, con arreglo á la ley de 3 de agosto de 1876, ha sido condenado como responsable de aquel homicidio, y no obstante pudo ser absuelto, en virtud de la misma ley, si en la práctica no se admitiera como pruebas, al aplicarla, las que no lo son.

Como esta es una disposición excepcional en nuestra jurisprudencia, pues altera radicalmente el procedimiento criminal, creemos que es muy interesante estudiar tal cuestión, para saber cuáles son las pruebas á que ha podido referirse aquella disposición. Veamos un poco.

La ley de 3 de agosto de 1876 en su art. 1.º, establece que los jueces pueden apreciar la prueba con entera libertad, para absolver ó condenar, según creyeren en conciencia inocente, ó culpable al reo; y la palabra *prueba*, en esta disposición, no puede tener otro sentido que el que le dan las leyes generales, sobre todo tratándose de la prueba testimonial.

La demostración jurídica de un hecho por medio del testimonio de testigos no puede ser indeterminada, ni quedar á la voluntad de los litigantes ni de los jueces, desde que, siendo el medio más falible de averiguar la verdad, tiene que sujetarse á ciertas condiciones de autenticidad, de imparcialidad, de lógica y de moralidad. Por eso es que las leyes se ocupan en fijar estas condiciones á fin de que este medio de averiguar la verdad tenga el carácter de prueba judicial; y los testimonios á los cuales no dan ellas este carácter no pueden llamarse pruebas, ni la ley de 3 de agosto ha podido referirse si no á las que las leyes comunes han definido y caracterizado como tales pruebas.

Consecuente la ley excepcional con su primer precepto, declara textualmente lo que sigue en su "art. 2.º:



quedan sin aplicación á los procesos de esta clase todas las leyes relativas á la *apreciación* que los jueces deben hacer de la *prueba* en causas criminales.»

¿De qué prueba habla esta disposición? ¿Cuáles son las leyes que quedan sin aplicación á los procesos por homicidio, hurto, robo, incendios y accidentes de ferrocarriles, de que trata?

Para dar solución á estas sencillas cuestiones, es necesario no olvidar que esta ley ha establecido lo arbitrario en el juzgamiento de los procesos á que se refiere.

Ya lo arbitrario estaba sancionado en ciertos preceptos de nuestro Código Penal, como en el de España, del cual es trasunto. Pacheco, en sus comentarios sobre este último, lo reconoce varias veces, sobre todo hablando de los grados de la criminalidad y en cuanto á la graduación de las penas, para aplicarlas. Este autor, que, al parecer, no cree como otros que lo arbitrario en las leyes penales sólo manifiesta que el Legislador declina su tarea en la prudencia de los jueces, estableciendo lo indeciso, por no tomarse el trabajo de decidirlo, opina, en el comentario del art 9.º, que la ley tiene razón en unir lo fijo con lo prudencial, lo previsto y lo arbitrario, para que se completen en la esfera jurídica.

Y luego, como asombrado de semejante amalgama, limita su opinión con estas palabras:

«Sólo que debe ser fijo y previsto todo aquello á que alcancen la fijeza y la previsión; y sólo ha de dejarse al arbitrio de los jueces lo que de otro modo no pueda hacerse bien, ni intentarse con éxito. El precepto debe ser la regla, la prudencia debe ser la excepción. Todo otro camino conduce á perjudiciales y fecundos errores.»

Sin embargo, nuestra ley de 3 de agosto ha seguido este último camino que conduce á perjudiciales y fecundos errores, estableciendo como regla la excepción en



los juicios á que se refiere, y colocando á los jueces en la terrible situación de aplicar su arbitrio con entera libertad, para absolver ó condenar, según creyeren en conciencia.

Luego es lógico, es justo y conforme á los principios de jurisprudencia, como á los de la moral universal, el no dar á esta terrible ley más latitud que la que ella ha querido dar á la arbitrariedad judicial, no aplicarla sino á lo que de otro modo no pueda hacerse bien, ni intentarse con buen éxito; y por fin, no entenderla de modo que prevalezca lo arbitrario contra lo que debe ser fijo y previsto.

Según esto, preguntamos otra vez ¿de cuál prueba habla la ley de 3 de agosto? ¿Hablará de aquellos medios ó arbitrios de probanza que las leyes normales no consideran como prueba verdadera y apreciable en los procesos criminales?

De ninguna manera. Si las leyes antes citadas, en el caso que examinamos, no admiten como testigos al que tiene interés en el resultado del proceso, ni á su hermano, es decir, Juan y el testigo A, los dichos de éstos no pueden considerarse como una prueba legal estimable en la causa. Si la ley exige que el testigo en una causa criminal tenga veinte años de edad, tampoco puede considerarse como prueba, en el mismo caso, la declaración del testigo B, porque no tiene esa edad, ni alcanza á la de diez y nueve.

Esta misma regla se aplicaría al testimonio de los cómplices ó encubridores del delito materia del proceso, y al de una persona que se hallara en prisión al tiempo de declarar, porque las leyes no los admiten como testigos, negando todo valor de prueba á sus declaraciones.

La Corte Suprema constantemente suspende los efectos de toda sentencia penal que aparece fundada en



declaraciones de testigos que han sido examinados por un secretario del juzgado ó por algún escribano receptor, y manda volver el proceso al juez no implicado para que proceda, con arreglo á derecho, á sentenciar de nuevo.

¿Y por qué hace eso la Excma. Corte? Sencillamente porque el art. 28 del Reglamento de administración de justicia prescribe que todos los testigos que hayan de declarar en cualquiera causa criminal *sean examinados precisamente por el juez* de la misma, y si existiesen en otro pueblo, por el juez de su residencia. Luego, la Corte considera que no es prueba legal la que se presta por testigos que no son examinados como la ley lo manda, aunque sean numerosos, fidedignos y mayores de toda excepción.

Entonces ¿por qué no se aplicaría el mismo criterio á testigos, como los indicados antes, los cuales no son admitidos por la ley como tales testigos? ¿Qué razón habría para apreciar como prueba sus dichos en este caso, con arreglo á la ley de 3 de agosto, y para no considerar como prueba la declaración de testigos que no son examinados como lo manda el art. 28 citado? No se nos alcanza, pues tan viciosa é ilegal es la declaración de los testigos en este caso como lo es en el anterior, y, por tanto, ella no puede ser considerada como prueba apreciable en la forma prescrita por la ley de 3 de agosto.

Semejantes declaraciones ó testimonios no forman prueba, según las leyes citadas, y esto es lo que está fijo y previsto en nuestro derecho, porque á ello alcanza la fijeza y la previsión.

¿Pudo la ley de 3 de agosto, al permitir que en las causas que ella determina, se pudiera apreciar la prueba con toda libertad, referirse á los medios ó declaraciones que, según las leyes vigentes á la sazón no se consideraban como prueba en las mismas causas? Pudo hacerlo,



sin duda, desde que se proponía erigir en suprema ley la arbitrariedad judicial para esos juzgamientos; pero no lo hizo, puesto que usó de la palabra *prueba* en su sentido natural, usual y legal. Para alterar este sentido, la ley debió establecer de un modo claro su nuevo mandato, diciendo, por ejemplo, que no usaba aquella palabra en su significación legal, ó declarando sin aplicación todas las leyes que definen y caracterizan la prueba testimonial, como dejó sin aplicación las que son relativas á la apreciación de las pruebas, lo que no es lo mismo.

U - ¿Cuáles son las leyes que declaró que quedaban sin aplicación ~~en~~ el art. 2.º de la de 3 de agosto de 1876? ¿Pudo referirse esta declaración á las leyes que determinan el carácter de los testigos y el que deben tener sus testimonios para formar prueba en las causas criminales? Indudablemente que no, pues el art. 2.º es claro y terminante, cuando dice: quedan sin aplicación á los procesos de esta clase todas las leyes relativas á la *apreciación* que los jueces deben hacer de la prueba, y no las leyes que fijan los requisitos de ésta. La razón es evidente, porque desde que el art. 1.º establece que los jueces apreciarán con entera libertad la prueba que en las causas criminales merece el nombre y tiene el carácter de tal, por estar rendida conforme á las leyes, tuvo necesidad el art. 2.º de desligar á los jueces de las reglas que otras leyes les dan para apreciar el valor de esa prueba, pero bien entendido que se habla de prueba verdadera en el sentido legal.

La interpretación contraria es absurda y de todo punto opuesta á las reglas del párrafo 4.º del título preliminar del Código Civil, especialmente al art. 20, que dispone que las palabras de la ley se entiendan en su sentido natural y obvio, dando su significado legal á las que se hayan definido expresamente para estas materias, por



ejemplo, las palabras prueba testimonial, y apreciación de la prueba, que tienen un significado legal.

Cuando el art. 2.º dejó sin aplicación las leyes relativas á la apreciación que los jueces deben hacer de la prueba, se refirió á leyes muy conocidas; y no pudo confundirlas con las que establecen los requisitos que debe tener la prueba para ser considerada como tal.

Aquellas leyes de apreciación se refieren á varios puntos. Unas dividen la prueba, ó sea, la demostración de la verdad en juicio, en plena y semiplena; otras, como la 32 y la 40 del título 16, Part. 3.ª, fijan reglas que deben tener presentes los jueces para apreciar el testimonio de un testigo singular, el de varios que están contestes y son mayores de toda excepción, el de distintos testigos que están en contradicción, y el de los de una y otra parte que reúnen iguales condiciones, estando diferentes en su número, ó que, por el contrario, son iguales en condición y en número; y, por fin, hay otras, como la 26, título 1.º, Part. 7.ª, que no admiten en causas criminales ni prueba semiplena, ni presunciones judiciales, ni otra prueba que no sea la plena para condenar á un reo, porque *la persona del ome es la mas noble cosa del mundo*.

Estas y no otras son las leyes que deja sin aplicación el art. 2.º de la ley de 3 de agosto, á fin de que los jueces, sin tener á la persona del hombre como la más noble cosa del mundo, puedan apreciar con entera libertad las pruebas que son tales en el sentido de las leyes normales, ya sean esas pruebas plenas ó semi-plenas, ya sean contestes ó no, ya sean en menor número unos testigos que los que establecen con su dicho lo contrario, ya sean unos y otros diversos en su condición, ó más ó menos dignos de fe; pues basta que esas pruebas, ó algunas de ellas, les sugieran presunciones, para formarse conciencia de la inocencia ó culpabilidad del acusado.



No tienen los jueces que sujetarse á aquellas reglas de apreciación, pueden apreciar las pruebas con más arbitrariedad que un jurado; empero no tienen autoridad para tomar como pruebas las que no están definidas como tales por las leyes, pues la de 3 de agosto no extiende á tanto su arbitrariedad; y la práctica que pretende extenderla á este absurdo no es justa ni legal.

En suma, esa tremenda ley y su aplicación práctica, no hacen honor á la ilustración del país. La existencia de una ley, que es tan absurda como tiránica, tan injustificable como innecesaria, revela la inercia del espíritu público y no abona la sagacidad y previsión de los estadistas que gobiernan la República.

Ella fué obra de un pánico, producido por el aumento de crímenes y delitos en la época en que se dictó. Esta sobreexcitación de las propensiones malignas del hombre es un fenómeno frecuente, que ocurre en todas partes, y en épocas en que hay causas sociales, industriales ó de otro género que lo producen; pero en ninguna nación se apela á dictar leyes excepcionales para conjurarlo. Lo que se hace es dictar medidas administrativas que aumentan la vigilancia ó que neutralizan las causas conocidas. Según la estadística judicial de Francia, que es la más perfecta en Europa, hay períodos en que el término medio anual de los delitos contra la propiedad, juzgados en juicio contradictorio, pasa de cuatro mil, y los hay en que no alcanza á dos mil, como puede verse en las notas del capítulo IV de *L'Europe Politique et sociale de M. Block*. Esto es sin contar los robos juzgados de oficio, ni los delitos contra las personas y de otra clase; y, sin embargo, no se dictan leyes ni se erigen tribunales excepcionales.

Veamos nuestra estadística criminal. En la del año 1882, que es la última que se ha publicado en el ANUA-



RIO correspondiente á los años 1881-83, aparecen 5,758 reos procesados en toda la República. De éstos hay 2,316 reos de delitos contra la propiedad y 1,046 de delitos contra las personas.

Se ve que el número total de 5,758 está en una proporción mínima con la población de dos millones doscientos mil habitantes, y que, aunque se hubieran dejado de procesar otros 5,758 delitos, por falta de diligencia ó por otros motivos, la proporción sería siempre mínima, pues no pasaría de 3 por mil.

Y hacemos notar esta proporción, porque es fama entre nosotros que no hay país en que sean más numerosos y frecuentes los delitos que en Chile, fama que está muy acentuada en el resto de América, á causa de la proligidad con que anotan los diarios los hechos criminales. Es muy frecuente oír á los hombres públicos de los demás Estados americanos que en Chile se necesitan la pena de azotes y los medios excepcionales de juzgar, porque de otro modo los *rotos*, como llaman á los chilenos, se apoderarían de las propiedades y matarían á todos los caballeros. Y somos nosotros los que damos, con nuestra exageración, aires de verdad á semejante calumnia, que pasa corrientemente en países que, si tuvieran estadística, tendrían que enmudecer al hablar de la criminalidad de nuestro pueblo.

Hay un hecho trascendental que prueba que la moralidad de nuestra población es superior á la de los demás pueblos de esta América del Sur, y ese hecho que venimos repitiendo desde hace mucho tiempo con motivo de otras cuestiones sociales y políticas, es este: "La proporción media de la población rural es de un sesenta y seis por ciento, pues, según el último censo, hay 1.355,257 habitantes en los campos, sin contar 228,357 que viven en las aldeas y lugarejos, gobernados por subdelegados



é inspectores; de modo que tenemos más de las tres cuartas partes de la población total fuera de todo gobierno regular.»

Dígase en presencia de este hecho qué es lo que prueba el número de 5,758 procesos criminales en una población de 2.200,000 habitantes, que si en su mayor parte viven fuera de las ciudades y lejos de los jueces del crimen, no se escapan por eso á la acción de la justicia, puesto que no hay hecho criminal que no se persiga y no se sujete á sumario por los jueces de subdelegación y de distrito.

Pero no es esto todo, sino que, estudiando un poco más la estadística, se obtienen estos resultados:

Procesados en 1882 han sido.....	5,758
De ellos han sido absueltos.....	2,513
Condenados por crimen... 314.....	} 3,245
Id. por simple delito..... 2,931.....	

De modo que los condenados por crimen, según la clasificación del Código Penal, están, respecto de todos los condenados, en la proporción de 5.24 por ciento.

En el año anterior fue sólo de cinco por ciento, pues el número de procesados no pasó de 4,294, lo que prueba que la ley de 3 de agosto no ha contribuido á disminuir la criminalidad.

¿Acusa este resultado una criminalidad tan exajerada que pueda autorizar y excusar la vigencia de una ley excepcional como la de 3 de agosto de 1876? Indudablemente en aquel año las proporciones no podían autorizar la trasgresión de los principios de la jurisprudencia y de las leyes vigentes que cometió el Congreso, al dictar una ley tan monstruosa. Veamos los datos que nos da la estadística de 1882 sobre los delitos á que se refiere aquella ley, para ver si ellos justifican su vigencia:



	Reos absueltos	Condenados	Totales
Accidentes de ferrocarriles.....	2	2	4
Homicidios.....	256	81	337
Hurtos.....	842	715	1,557
Robo con fuerza en las cosas....	192	130	322
Id. con violencia en las personas.	199	86	265
	1,491	1,014	2,485

Sería de preguntar si habría sido otro el resultado del juzgamiento de estos dos mil cuatrocientos ochenta y cinco delitos, si se hubieran sometido á las leyes comunes y no á la de 3 de agosto. Tal vez no se habría podido condenar tanto número de reos, como los que han sido penados por la arbitrariedad judicial. ¿Pero podría esto justificar el absurdo de constituir en fundamento de la justicia esa arbitrariedad ilimitada, borrando todas las garantías de que gozábamos y que gozaran nuestros antepasados desde los tiempos de don Alfonso el Sabio, que fueron sin duda más bárbaros que el nuestro?

J. V. LASTARRIA.

### UNA FRASE ERRÓNEA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Es frecuente leer en las solicitudes particulares, y hasta en documentos de cierta importancia oficial presentados á alguna de las Cámaras, la expresión *Soberano Congreso*.

Esta frase implica un error peligroso y es inconstitucional.

La Constitución establece y organiza tres poderes públicos, á los cuales atribuye el ejercicio de la soberanía.



nía nacional. Son, pues, delegatarios de esta soberanía tanto el Poder Legislativo, que la Constitución llama «Congreso Nacional», como el Ejecutivo, al cual designa con la expresión «El Presidente de la República», y el Judicial, que crea bajo el rubro «La Administración de Justicia».

La frase que examinamos contiene, por tanto, un calificativo contrario á la Constitución, en cuanto se da á uno sólo de los Poderes Públicos una denominación que pertenece á todos.

Y hemos dicho que envuelve además un error peligroso, porque, como dijo un escritor español, es menester procurar que al derecho absoluto de los antiguos monarcas no suceda un pretendido derecho divino de los parlamentos.

Se disculparán estas obvias consideraciones en atención á la necesidad de trabajar porque el lenguaje corresponda al tecnicismo de las ideas científicas, y á que el error que condenamos ha sido acogido últimamente por una corporación pública tan respetable como la Cámara de Comercio de Valparaíso, en una comunicación dirigida á la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados.

CATÓRZOMA

---



# REVISTA FORENSE CHILENA

---

SUMARIO.—Del robo con violencia ó intimidación en las personas, por don José Victorino Lastarria.— De la compensación, exposición del título XVII, libro IV del Código Civil, por don Luis Antonio Vergara.—Relaciones recíprocas entre la prensa y la legislación, por don José Joaquín Larraín Z.—Don Andrés Bello y el Código Civil (continuación), por don Miguel Luis Amunátegui Reyes.—Los actos de comercio en el nuevo Código italiano (conclusión), por don Moisés Vitalevi.

---

## DEL ROBO CON VIOLENCIA Ó INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS

### I

Semper in dubiis benigniora preferenda  
sunt. L. 56, D. 7 De div. reg. juris. *Tit.*

¿Lo constituye la circunstancia de arrebatarse por sorpresa un objeto á la persona que lo lleva consigo?

Si lo constituye por sí solo el hecho de cometerlo en despoblado y en cuadrilla ¿se le pueden aplicar las penas del art. 433 del Código Penal?

Hé aquí dos cuestiones que nacen de la aplicación de los arts. 433, 436 y 439 del Código Penal, que no son entendidos de un mismo modo por todos, sin embargo de que su texto es claro, y de que no pueden confundirse, á nuestro juicio.

Se ha dicho con sobrada razón que la práctica judicial es el espejo en que se reflejan las imperfecciones de las leyes, pues, como éstas no deben establecer sino principios generales, sucede comunmente que al aplicarlos á la



resolución de los casos que se ofrecen, los interpretamos de maneras diversas y aun contrarias, prevaleciendo á las veces una interpretación errónea.

Tal es, á nuestro juicio, la que considera que hay robo, en sentido legal, cuando se arrebatara por sorpresa un objeto; como lo es la que establece que ese delito puede castigarse con la pena del art. 433, por sólo el hecho de apropiarse cosa ajena en despoblado y en cuadrilla.

Sin embargo, atendido el tenor de la ley, la primera de estas circunstancias es sólo agravante; y la segunda, si constituye robo, necesita ser acompañada de otros actos que determina el núm. 3.º del art. 433 del Código Penal para ser castigada con las penas allí determinadas.

El asunto es demasiado interesante, pues se trata nada menos que de aplicar penas severas, que no deben aplicarse con el corazón ligero. Necesitamos presentar los textos legales para resolverlo.

Se sabe que el art. 432 del Código Penal establece diferencia entre el robo y el hurto en esta forma:

«El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia cosa mueble ajena usando de violencia ó intimidación en las personas ó de fuerza en las cosas, *comete robo*; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de *hurto*.»

Sobre esta base procede el Código á determinar las penas que aplica al robo, no considerado en sí mismo, sino en unión con otros actos criminosos que le agrupa para castigarlos en conjunto, siendo algunos de ellos crímenes calificados y penados en otros artículos; y otros, circunstancias que agravan el hecho principal. Hé aquí una falta de unidad. Veamos el artículo siguiente:

«Art. 433. El culpable de robo con violencia ó intimidación en las personas, sea que la violencia ó la inti-



midación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo ó después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado con presidio mayor en su grado mínimo á muerte:

«1.º Cuando con motivo ú ocasión del robo resultare homicidio.

«2.º Cuando fuere acompañado de violación ó mutilación de un miembro importante.

«3.º Cuando se cometiere en despoblado y en cuadrilla, *si con motivo* ú ocasión de este delito se causare alguna de las lesiones penadas en el número 1.º del art. 397, ó el robado fuere detenido bajo rescate ó por más de un día.

«4.º En todo caso, el jefe de la cuadrilla armada total ó parcialmente.

«Hay cuadrilla cuando concurren á un robo más de tres malhechores.»

Este artículo está copiado del 415 del Código Penal español, no reformado, con una agregación en el primer inciso, la cual principia en las palabras *sea que la violencia*, y termina en éstas: *para favorecer su impunidad*.

En esta disposición se ha pretendido metodizar las del Código Penal francés, arts. 381 y siguientes, partiendo de la diferencia que el español y el nuestro hacen entre robo y hurto. Pero la confusión no ha desaparecido, desde que ella se funda en la falta de unidad en el sistema, y de lógica en los principios del mismo Código, como lo veremos más adelante.

Sin salir del primer inciso, la violencia ó intimidación, sean anteriores, simultáneas ó posteriores al acto, no se definen. Pero se explican con ejemplos en el art. 439 que nuestro Código tomó del art. 12 de la ley patria sobre hurtos y robos, la cual lo había copiado á su turno del 725 del Código Penal español de 1822. Dice así:



«Art. 439. Para los efectos del presente párrafo se estimarán por violencia ó intimidación en las personas los malos tratamientos de obra, las amenazas, ya para hacer que se entreguen ó manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia ú oposición á que se quiten, ó cualquiera otro acto que pueda intimidar ó forzar á la manifestación ó entrega. Hará también violencia el que para obtener la entrega ó manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad, ó la diere por sí fingiéndose ministro de justicia ó funcionario público.»

En estos ejemplos de violencia ó intimidación no aparece, ni se puede suponer comprendida tácitamente, la circunstancia de arrebatarse por sorpresa ropa, alhajas ú otros objetos á la persona que los lleva consigo; pues el que por sorpresa arrebató y huye, no ataca de obra, ni amenaza, ni intimida.

## II

Sin embargo, hay, como lo hemos indicado, opiniones respetables que califican de robo ese acto, fundándose tal vez en que arrebatarse por sorpresa es como forzar la entrega. Con todo, cuando se hace fuerza á una persona para tomarle alguna cosa, ó usamos de violencia física para obligarla á que nos la entregue, ejecutamos un acto que cabe en la disposición de la ley; pero que no puede confundirse con el de coger ó tomar cualquier cosa con precipitación, que es lo que se llama arrebatarse. En esto no hay intimidación ó violencia *en la persona*. Hay un hurto porque, según la definición del art. 439, faltan los malos tratamientos de obra, que constituyen la violencia en las personas, y las amenazas, ó cualquiera otro acto que pueda intimidar ó forzar á la manifestación ó entrega de la cosa á la persona que era su dueño. Hay



sólo un acto que sorprende, porque consiste en coger una cosa de repente, el cual, aunque causa susto, no causa violencia ni intimida, ni produce miedo que obligue á entregar. Las palabras de la ley deben entenderse en su sentido obvio y natural, según la regla del art. 20 del Código Civil.

Sin embargo de que la cuestión es más propiamente de aplicación de los principios establecidos en estas disposiciones, que de interpretación jurídica de las mismas, acabamos de hacer una que es puramente gramatical, y que nos parece correcta. Mas como la interpretación jurídica puede ser también lógica, vamos á hacerla en este sentido, para mostrar hasta la evidencia que el robo con violencia ó intimidación en las personas no se verifica, según el Código Penal, por el hecho de arrebatarse por sorpresa alguna cosa.

Si esta circunstancia se comprendiera en los ejemplos con que el art. 439 explica lo que se estima por violencia ó intimidación en las personas, es claro que ella no podría ser considerada jamás como circunstancia agravante, sino como el delito mismo de robo, pues hay una disposición que así lo ordena, y es la siguiente:

"Art. 63. No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas *constituyen un delito* especialmente penado por la ley, ó que ésta haya expresado al describirlo y penarlo.

"Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito, que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse."

Esto es obvio. De consiguiente, si el arrebatarse por sorpresa constituyera robo, esta circunstancia no podría nunca ser agravante; y entretanto tenemos una disposición que la considera tal, disposición que no existiría si el art. 439, ú otro cualquiera, hubiera considerado



aquella circunstancia como constitutiva del robo. Esa disposición es el último inciso del art. 436 que dice así:

«Para la aplicación de estas penas *se estimará como circunstancia agravante* haberse cometido el delito arrebatando por sorpresa ropa, alhajas ú otros objetos á la persona que los lleva consigo, ó aparentando riñas en lugar de concurrencia ó haciendo otras maniobras dirigidas á causar agolpamiento y confusión, á fin de robar por este medio ó proporcionar ocasión para que roben los compañeros.»

Esta disposición está copiada del art. 20 de la ley de hurtos y robos de 7 de agosto de 1849, BOLETÍN DE LAS LEYES, lib. XVII, núm. 8, con la diferencia de que éste contiene la frase siguiente: *sin hacer fuerza ó violencia en el sentido del art. 12*. Y como este art. 12 de dicha ley disponía textualmente lo mismo que el 439 del Código Penal, que dejamos copiado, es evidente que aquella ley no creyó comprendida la circunstancia de arrebatarse por sorpresa en los ejemplos de violencia ó intimidación, sino que la mencionó como circunstancia agravante del robo en su art. 20, aplicando en este caso al robo, en virtud de dicha circunstancia, además de su pena, la de tres á dieziocho meses de presidio.

Esta interpretación lógica es concluyente, pues el Código Penal, al copiar de la ley de 1849 las dos disposiciones transcritas, no las varió en su determinación, y, por consiguiente, no pudo considerar, ni hay razón lógica de suponerlo, como constitutiva del robo la mencionada circunstancia agravante; de manera que la opinión contraria no es ni una aplicación correcta de las disposiciones citadas, ni se puede fundar en una interpretación jurídica ajustada á la gramática y á la lógica. En consecuencia, no es aventurado establecer que dicha opinión es injusta y contraria á las leyes.



La circunstancia de arrebatarse por sorpresa es sin duda agravante, cuando recae, como lo dice el mismo art. 436 que la establece, en los robos ejecutados con violencia ó intimidación que no están en los casos de los artículos anteriores. Por ejemplo, si un hombre me detiene en mi camino amenazándome con un puñal, y me arrebatase el reloj, fugándose en el mismo acto, comete robo según el art. ~~496~~; pero esta circunstancia no constituye el robo, sino que éste se realiza por la amenaza con que el ladrón me intimida. El Código español de 1822 tenía en su art. 652 por mal tratamiento de obra, es decir, por violencia constitutiva de robo, el susto peligroso dado á alguna persona á sabiendas y con intención de hacerle daño, siempre que efectivamente le resulte alguno; pero no debe confundirse con este mal tratamiento, que constituye robo, la circunstancia de arrebatarse, aprovechando la intimidación, pues son actos de distinta naturaleza.

A 32

### III

Dejando sentado que están bien definidas la violencia ó intimidación en las personas que concurren con el acto de apropiarse cosa ajena, ó antes ó después de este acto, examinemos las penas que establece el art. 433 para los casos que enumera. Estas penas son de presidio mayor en su grado mínimo á muerte.

Aquí el Código extiende la escala de la penalidad, de modo que la arbitrariedad judicial puede recorrer cinco grados, desde cinco años y un día á diez, de aquí á quince, de quince á veinte, de veinte á presidio perpetuo, y de aquí á muerte.

El Código español no reformado, del cual se copió nuestro artículo 433, no dejaba semejante latitud á la



arbitrariedad judicial, pues establecía la pena de cadena perpetua á la de muerte, cometiendo, eso sí, como el nuestro, el error de acumular al robo varios delitos que pueden coincidir con él, para aplicarles en conjunto la misma pena. El comentador Pacheco, refiriéndose á las penas con que aquel Código castigaba los diversos accidentes ó circunstancias posibles en los robos, considera que esto es, filosóficamente hablando, una excepción á las reglas comunes del mismo Código.

Mas lo que eso importa, en verdad, es una inconsecuencia, una falta de lógica, que rompe la unidad y sistema del Código, y extravía la jurisprudencia penal.

Si el art. 74 del nuestro dispone que al culpable de dos ó más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes á las diversas infracciones, y resultan, con motivo ú ocasión de un robo, homicidios, violaciones, mutilaciones, lesiones graves de las penadas en el número 1.º del art. 397, ó retención de la persona robada bajo rescate ó por más de un día, la lógica exigía que se señalara al robo una pena, y que los reos, además de esta pena, sufriesen la correspondiente á cualquiera de estos otros delitos que se cometieran con ocasión de aquél. No se comprende, pues, por qué se olvidan estos principios para ordenar que se acumulen al robo, como accidentes ó circunstancias concurrentes, los demás delitos enumerados, á fin de que el juez no aplique la regla del art. 74, y pueda penarlos, como un solo hecho, recorriendo la vasta escala penal que establece el art. 433. ¿Se ha propuesto el Legislador aumentar la severidad de la pena en un robo complicado con tales accidentes? Pudo hacerlo, guardando consecuencia con la disposición del artículo 74, con sólo disponer que la pena de estos accidentes se elevara á grados superiores si era posible.

Por otra parte, el art. 75 no aplica la regla del 74,



cuando un solo hecho constituye dos ó más delitos, ó cuando uno de ellos sea el medio necesario de cometer el otro; y manda que en este caso sólo se imponga la pena mayor asignada al delito más grave. Entonces ¿por qué motivo altera esta disposición el art. 433, y altera todo el sistema penal adoptado en el Código, estableciendo otra penalidad enteramente arbitraria en los casos en que el robo sea acompañado de dos ó mas delitos, ó cuando uno de estos sea el medio necesario de cometerlo? ¿Será porque alguno de esos delitos tienen pena menor que la del robo? Considéreselos, en tal caso, como agravantes, y suba grados en la escala establecida para penarlos, como lo hacen otros códigos; y no invente una escala especial enteramente arbitraria, la cual viene á romper la unidad y á desbaratar el sistema establecido.

Para evitar esta anomalía y otras que resultaban del Código español que copió el nuestro, fué que en la reforma que se hizo en 1870, en España, se principió, en materia de robo, por suprimir la distinción que se hacía en aquel, de robo con violencia ó intimidación en las personas y robo con fuerza en las cosas; y se procedió á fijar las penas adecuadas á cada caso para evitar la confusión ilógica y la arbitrariedad injustificable que antes se habían adoptado como medios de vencer dificultades. El artículo antiguo del Código español quedó entonces en esta forma:

«Art. 516 de la reforma de 1870. El culpable de robo con violencia ó intimidación en las personas será castigado: 1.º Con la pena de cadena perpetua á muerte, cuando con motivo ó con ocasión del robo resultare homicidio. 2.º Con la pena de cadena temporal en su grado medio á cadena perpetua, cuando el robo fuere acompañado de violación ó mutilación causada de propósito, ó con su motivo ú ocasión se causare alguna de las lesio-



nes penadas en el núm. 1.º del art. 431, ó el robado fuese detenido bajo rescate ó por más de un día. 3.º Con la pena de cadena temporal, cuando con el mismo motivo ú ocasión, se causan alguna de las lesiones penadas en el núm. 2.º del artículo mencionado en el número anterior. 4.º Con la pena de presidio mayor en su grado medio á cadena temporal en su grado mínimo, cuando la violencia ó intimidación que hubiere concurrido en el robo, hubiese tenido una gravedad manifiestamente innecesaria para su ejecución, ó cuando en la perpetración del delito se hubiesen por los delincuentes inferido á personas no responsables del mismo, lesiones comprendidas en los núms. 3 y 4 del citado art. 431. 5.º Con la pena de prisión correccional á presidio mayor en su grado medio, en los demás casos. 11-

Después de esto, que sirve de norma, continúa la reforma fijando los demás casos posibles de robo y señalándoles la proporción adecuada de las penas ya establecidas. Así es que la disposición relativa á la tentativa de robo deja de ser una aberración, como lo es en nuestro art. 437, que la pena como el robo consumado, cuando está acompañado de algunos de los delitos expresados en el art. 433, sin advertir que lo que se castiga propiamente en este caso es el delito acompañado, y no la tentativa. En la reforma española se castiga la tentativa y el delito frustrado de robo únicamente cuando coincide el homicidio, y éste no merece mayor pena, guardando así consecuencia con las disposiciones análogas á la del art. 75 de nuestro Código, que también existen en el español.

Con todo, el señor González y Serrano, comentador del reformado, está en completo desacuerdo con la reforma, porque prefiere la severidad antigua como medio de evitar los robos en un país tan inseguro como España,



razón que sin duda obró en el ánimo de los autores de nuestro Código para abandonar el plan lógico de nuestra ley de 1849, y preferir la severidad y la arbitrariedad que establecieron en el art. 433.

Aquella ley, que también suprimía la distinción del robo con violencia en las personas y robo con fuerza en las cosas, establecía la pena de presidio para los robos, en razón del importe de la cosa robada, y la aumentaba proporcionalmente según las circunstancias y delitos que lo agravaban, estableciendo que si la fuerza empleada consistiere en homicidio intentado, se aplicara la pena de este delito, porque, como el Código del Brasil, dejaba subsistentes las penas de homicidio, sin agruparlas á las del robo.

Mucho dudamos de que la severidad y arbitrariedad introducidas por el Código Penal hayan contribuido á reprimir el robo, pues la estadística acusa una considerable agravación, como lo prueba la monstruosa ley de 3 de agosto de 1876, que vino á hacer tabla rasa de aquellas disposiciones del Código un año y nueve meses después de su vigencia, agravando las penas con veinticinco azotes por cada seis meses de presidio, é imponiendo irremisiblemente la de muerte, siempre que al mismo tiempo el culpable de robo se hiciera reo de homicidio, violación ú otra injuria grave de obra contra las personas, con lo cual destruyó también la vastísima escala de penalidad que establecía el art. 433.

Comprendemos que es muy cómodo, por lo fácil, entronizar la arbitrariedad judicial, y apelar á penas draconianas, en lugar de tomarse el trabajo que hizo la reforma española de 1870, ó el que había anticipado nuestra ley de 1849, y en vez de hacer esfuerzos y gastos para proveer á la seguridad individual de los ciudadanos, en poblado y en los campos, en los caminos y las calles;



pero no se negará que semejante modo de gobernar y de legislar, aunque cómodo, es contrario á la ciencia del buen gobierno, á los principios de jurisprudencia, á la Constitución política, á la justicia y á la moral; fuera de que no es propio y excusable en un Estado de régimen regular, y de hombres capaces que tienen el deber de ejercer rectamente y con sabiduría sus funciones.

#### IV

Pero sea como quiera, creemos que es de mucha consideración el estudio de la disposición del número 3.º del art. 433, en relación con las del art. 435 y del 436.

Desde luego, los casos del número aludido y del art. 435 no deben ser considerados, mientras rija la ley de 3 de agosto, porque todos ellos son de injurias graves de obra contra las personas y deben ser castigados con la pena de muerte. La razón está en el art. 397, á que se refieren aquellas disposiciones, el cual considera como *lesiones graves*, resultantes del *mal trato de obra*, las que dejan al ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante ó notablemente deforme; y en segundo lugar, las que producen al ofendido enfermedad ó incapacidad para el trabajo por más de treinta días. Las penas señaladas para estos casos, cuando concurren con el robo con violencia en las personas, están sustituidas por la de muerte, en virtud de la ley de 3 de agosto, porque en todos ellos hay injuria grave de obra contra las personas.

De consiguiente, el estudio propuesto tiene su utilidad para cuando deje de existir en nuestra legislación ese borrón que se llama ley de 3 de agosto, y entretanto servirá para comprender bien el caso de robo en despojado y en cuadrilla con lesiones, porque á pesar de la



vigencia de aquella ley, se registran sentencias sobre robos de estas condiciones en que se prescinde de ella y se aplican las disposiciones del Código Penal.

La apropiación de cosa ajena que se hace en despoblado y en cuadrilla es indudablemente un robo, aunque no concurra otra circunstancia ó accidente criminal; pues una cuadrilla en despoblado no puede dejar de intimidar á la persona atacada. Es cierto que también la intimidarían dos ó tres malhechores, y que en este caso también habría robo, pero ¿cuál pena se aplicaría en uno y otro crimen? En el segundo no hay cuadrilla, pues el art. 433, en su inciso final, declara que—“hay cuadrilla cuando concurren á un robo más de tres malhechores.”

Observaremos de paso que esta definición de la *cuadrilla*, dada en las mismas palabras que usa el artículo del Código español no reformado, de que fué copiada, no se presta á dudas. *Más de tres malhechores*, dice la ley: luego tres no forman cuadrilla, sino cuatro ó más. Sin embargo, Pacheco, comentando el art. 418 de aquel Código dice resueltamente estas palabras: “*Declarase ante todo cuadrilla la reunión de tres malhechores*. Nuestra práctica antigua exigía verdaderamente cuatro.”

Pues, á nuestro juicio, la disposición vigente no exige menos de cuatro, porque no declara cuadrilla la reunión de tres, sino la de *más de tres* malhechores. No nos explicamos la equivocación del ilustre comentador. De todos modos, un robo en despoblado y en cuadrilla, ó hecho por menos de cuatro bandoleros, sin lesiones, no cae bajo la disposición del núm. 3.º de nuestro artículo 433, sino que debe ser castigado con arreglo al art. 436, que señala la pena de los robos que no están previstos en los artículos anteriores, tomando por base el importe de las cosas robadas; y eso sin que se estime como agravante la cuadrilla, como quiere Pacheco, pues



es la circunstancia constitutiva del delito penado, bien que puede tomarse como agravante la de haberse cometido en despoblado, según el núm. 12 del art. 12 del Código Penal.

Para que se pueda castigar con arreglo al art. 433 un robo cometido en despoblado y en cuadrilla, es necesario, como observa muy bien Pacheco, que se reúnan varias circunstancias, porque si no hay esa concurrencia, caeremos en otro caso, como los que antes hemos puesto. «La primera es que el robo se haya cometido en despoblado. La segunda, que sea en cuadrilla. La tercera, que se causen en él, ó con ocasión de él, alguno de los males referidos en el número 3.º Faltando cualquiera de estos tres términos, la hipótesis está incompleta. ¿No fué en despoblado? Pues no se puede imponer la pena de presidio mayor en su grado mínimo á muerte. ¿No lo cometió una cuadrilla? Tampoco puede imponerse. ¿No se causaron, en fin, los males personales de que trata aquel número? También falta en parte la requerida condición. Sólo uniéndose las tres referidas circunstancias, es cuando la ley se cree autorizada para decretar una pena tan grave.»

Mas si en el robo concurre alguna de estas circunstancias, á saber: lesiones que dejen al ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante ó notablemente deforme, ó el robado fuere retenido bajo rescate ó por más de un día, que son los accidentes que enumera el número 3.º, y no se hubiere cometido el robo en despoblado y en cuadrilla, entonces el caso cae bajo el art. 435, y el culpable sufrirá la pena de presidio mayor en su grado mínimo á medio.

Y en virtud del segundo inciso de este mismo artículo, la pena será de presidio menor en su grado máximo á



presidio mayor en su grado mínimo, cuando las lesiones son aquellas de que trata el núm. 2.º del art. 397, esto es, las que producen al ofendido enfermedad ó imposibilidad para el trabajo por más de treinta días.

Estos preceptos son tan claros, que no pueden confundirse los casos. Si hay variedad en su aplicación, ello nace de que, con motivo de la falta de lógica de los artículos que acabamos de examinar con el plan del Código, y en razon de la vasta escala penal que establecen, agrupando diversos delitos, el magistrado deja de ser esclavo de la ley, y le sustituye su arbitrio.

En presencia de tales leyes, y sobre todo de la de 3 de agosto de 1876 que se aplica á estos casos, pierde toda su verdad el célebre dicho del canciller D'Aguesseau, al principiar su IXª *Mercurial* pronunciada en la *Saint-Martin*, 1706, á saber: "Poderlo todo por la justicia, y no poder nada por sí mismo, tal es la honrosa, aunque dura condición del magistrado."

Aquellas leyes defectuosas no han sido parte á disminuir en lo menor la proverbial honradez y probada integridad de nuestra magistratura; pero por lo mismo y porque son ocasionadas á equivocaciones, deben suprimirse para quitar el peligro. Debemos reformar el Código Penal, ó, á lo menos, moderar la severidad con que á veces altera el plan de su penalidad.

## V

Tal vez á esa severidad se deben ciertas opiniones que dan á algunas de sus disposiciones un alcance poco lógico. Sin salir de la materia que estudiamos, podemos hacernos cargo de la presunción que establece el art. 454, el cual se refiere á los artículos que hemos comentado. Dice así:

"Art. 454. Se presumirá autor del robo ó hurto de una



cosa aquel en cuyo poder se encuentre, salvo que justifique su legítima adquisición ó que la prueba de su buena conducta anterior establezca una presunción en contrario.

«Se castigará como encubridor del robo ó hurto de una cosa al que la compre ó reciba á cualquier título, sabiendo su origen ó no pudiendo menos de conocerlo.»

No conocemos nosotros las fuentes de este precepto, ni se halla tal disposición en el Código Penal español, ni en los demás comparados por su comentador. Se pueden hallar disposiciones, como la del art. 28, número 3.º de la ley de hurtos y robos de 1849, que considera como encubridores á los que ocultan ó guardan cosas, sabiendo que son *hurtadas*, y á los que las compran ó reciben á cualquier título, sabiendo su origen ó no pudiendo menos de conocerlo, todo lo cual es conforme al art. 17 de nuestro Código, que trata de los encubridores; pero no se encuentra modelo á la presunción legal establecida en el primer inciso del art. 454.

Según esta presunción ¿es reo de robo con violencia en las personas ó fuerza en las cosas, ó reo de hurto en todos los casos que se realiza este delito, aquel en cuyo poder se encuentre la cosa robada ó hurtada, cualesquiera que sean las circunstancias que aumentan la gravedad del crimen? Muy bien. ¿Y qué pena merece este presunto criminal, este reo de la ley y no de un hecho? ¿Merecerá la del caso en que haya sido clasificado el hecho principal, de modo que si lo ha sido en alguno de los señalados en el art. 433, por ejemplo, deba ser castigado con presidio mayor en su grado mínimo á muerte, solamente por la presunción? La ley no lo dice, y debió de decirlo, puesto que su letra, si se toma en su tenor literal, nos aleja del espíritu general de la legislación y de la equidad natural.



Supongamos un robo hecho en cuadrilla y en despo-  
blado, en una choza aislada que habita una familia, ha-  
biendo resultado un homicidio, ó varias heridas graves  
del choque. El hecho aparece comprobado, pero no se  
ha aprehendido á los delincuentes, sino á un campesino,  
que tenía en su poder una manta perteneciente á los in-  
dividuos robados, y cuya legítima adquisición no puede  
probar, porque se la halló, ó se la dieron, ó la compró  
sin saber á quién. La pena de la ley de 3 de agosto, y la  
del art. 433 del Código Penal es la de muerte. ¿Se le  
impondría á este campesino en virtud de la presunción  
legal que establece el art. 454, suponiéndolo *autor del  
robo?*

Hay una interpretación que sostiene la afirmativa.  
Pero ella, aunque fundada en la letra de la ley, es á  
nuestros ojos, contraria al art. 24 del Código Civil y á  
la 1.<sup>a</sup>, tít. 34, Part. 7.<sup>a</sup>, según la cual todos los jueces  
deben ayudar á la libertad por ser amiga de la naturale-  
za. Semejante interpretación peca por su severidad con-  
tra el precepto del Digesto que hemos puesto por lema  
al frente de este estudio, y es diametralmente opuesta á  
la equidad, é injusta.

Si en el caso propuesto, al presunto autor del robo  
no se le puede presumir autor del homicidio, ni de las  
lesiones, puesto que la presunción del art. 454 se limita  
al robo ó al hurto, es evidente que no se le puede cas-  
tigar con las penas del art. 433, ó de la ley de 3 de  
agosto.

Eso en primer lugar. Si se le presume autor del robo,  
es necesario advertir, en segundo lugar, que así como no  
hay prueba de que haya tenido parte en el homicidio, ni  
en las lesiones, tampoco la hay de que haya hecho violen-  
cia ó intimidación á las personas, ó fuerza en las cosas.  
Luego, si se le presume autor del robo, la presunción



queda reducida á suponer que se ha apropiado cosa ajena contra la voluntad de su dueño, en tanto no se le pruebe que ha hecho violencia, intimidación ó fuerza. Esto es lógico y conforme á la equidad natural.

Si hay razón para admitir la interpretación contraria, será porque la presunción no está bien determinada, y en este caso no se puede condenar por ella. El Diccionario de Escriche, (v. *presunción*) ha refundido la doctrina de los prácticos á este respecto en las siguientes palabras: «La presunción *juris et de jure, estando bien determinada* por la ley, es bastante para probar plenamente; y la presunción *juris* del mismo modo, no probándose lo contrario.» Nuestro Código Civil llama *legales* estas presunciones (art. 1712), y el art. 47, distinguiéndolas en presunción legal y presunción de derecho, para admitir prueba en contra de la primera y no admitirla contra la segunda, establece que «se dice *presumirse* el hecho que se deduce de ciertos antecedentes ó circunstancias conocidas».

Ahora bien, el art. 454 presume autor del robo ó hurto de una cosa á aquel en cuyo poder se encuentre. Luego, del hecho de la posesión de la cosa, deduce que el poseedor es el ladrón; y como no determina nada respecto de la culpa de éste en las circunstancias ó accidentes criminosos que acompañaron el robo ó el hurto, es evidente que semejante presunción legal, no determinada, no prueba plenamente nada respecto de estas circunstancias, aunque pruebe que el poseedor es culpable, si no justifica su legítima adquisición ó su buena conducta, la cual establece presunción contraria.

Será el poseedor culpable por presunción, pero ¿de qué? Lo será de robo ó de hurto, según la naturaleza del hecho sobre que recae el proceso, pero si no se le convence de haber tenido parte en la violencia ó intimi-



dación en las personas, ó en la fuerza en las cosas que han constituido el robo; ó si, por otra parte, el juez, apreciando la prueba con entera libertad, no le cree culpable de estas circunstancias, no puede condenarle como autor de robo, porque la presunción indeterminada del art. 454 no prueba nada plenamente respecto de estas circunstancias, y sólo viene á servir en último caso para presumir que el poseedor se ha apropiado la cosa sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse.

En tal caso, se le debe castigar por hurto, y, según el valor de la cosa, será reo de delito ó de falta.

Esta inteligencia del art. 454 es arreglada al 24 del Código Civil, porque es la más conforme al espíritu general del Código Penal y á la equidad natural. La contraria es opuesta á la regla del Digesto ya mencionada, que Sala traduce diciendo que siempre debe seguirse lo más benigno, especialmente cuando *se trata de penas*, D. R. de España, tít. VIII, L. 3.º.

De otra manera las penas se hacen desproporcionadas é inadecuadas al delito que se presume, y pueden llegar á una exageración injustificable. Los defectos y la falsedad de un argumento de fuerza aparente se prueban aplicándolo en toda su extensión, y la aplicación de la opinión que combatimos á todos los casos en que puede establecerse la presunción del artículo 454, no resiste á esta prueba.

¿Cuál será la responsabilidad de un reo presunto, cuando el Código Penal, al tratar en su título segundo del Libro primero sobre las personas responsables de los delitos, no habla una palabra de delincuentes presuntos?

¿Cómo puede ese reo presunto ser responsable de los accidentes criminales que agravan el delito de robo y el de hurto, cuando es un principio de jurisprudencia criminal que los actos que constituyen circunstancias



agravantes sólo agravarán, como decía el art. 35 de nuestra antigua ley de hurtos y robos, la pena del que los ejecuta, como no puede dejar de suceder, en una penalidad tan variada como la de estos delitos, que se castigan de distintos modos en las diversas circunstancias?

En conclusión, el citado art. 454 hace fuego contra el mismo Código Penal, en que se injertó, contra los artículos 47 y 1712 del Código Civil, según los cuales no hacen plena prueba las presunciones legales que no son de derecho, contra la ley 26, tít. 1.º Part. 7.ª, que no admite presunciones en los juicios criminales, por la sabia razón que da la 8.ª, tít. 14, Part. 3.ª, cuando dice que todo pleito no se puede fallar por presunciones, *porque las sospechas muchas veces no se aciertan con la verdad.*

J. V. LASTARRIA

---

## DE LA COMPENSACIÓN

EXPOSICIÓN DEL TÍT. XVII, LIB. IV DEL CÓDIGO CIVIL

*Memoria presentada á la Universidad para optar al grado de licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas.*

### I

DEFINICIÓN Y FUNDAMENTO DE LA COMPENSACIÓN

El artículo 1655 del Código Civil está concebido en los términos siguientes:

«Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una *compensación* que extingue ambas



## SECCIÓN TÉCNICA

---

### LA VINDICTA INDIVIDUAL EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO

Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentia. L. 141, D. tit. De div. reg. juris.

#### I

La vindicta individual no está autorizada por ninguna ley penal moderna, y si el derecho de castigar invoca como fundamento la *vindicta pública* impropia, no es porque la justicia represiva entrañe una *venganza* ó el uso de represalias contra los delincuentes, sino para expresar que es la acción pública, ó con más propiedad, la del Estado, la que se pone en ejercicio para reprimir ó castigar el delito.

El derecho de castigar es enteramente extraño á las pasiones del ofendido, y en su naturaleza no entra el propósito de satisfacer venganzas ó el de autorizar represalias. Expongamos la doctrina moderna, que es un dogma en la filosofía del Derecho penal, desde que esta ciencia entró en su evolución y desarrollo por los esfuerzos de Bentham en la Inglaterra, de Beccaria en Italia y de Rossi en Francia.

Es un principio fundamental de la legislación criminal moderna que el derecho de reprimir y de castigar no pertenece individualmente, en ningún caso, al que ha sido dañado por el hecho criminoso, y esto excluye toda idea de talión ó de venganza en la aplicación de la ley penal;



pues el ofendido no puede tener personalmente más derecho que á la reparación ó indemnización, desde que el poder de castigar sólo pertenece al Estado, que es el representante de la sociedad y, como tal, encargado de la aplicación del principio de justicia.

El derecho de penar tiene dos fundamentos. El primero es que, en rigor de justicia, el mal debe ser reprimido por el mal, como el bien debe ser remunerado por el bien, á fin de que los asociados que viven bajo el amparo de la ley sepan que las ventajas personales que á veces se obtienen por el crimen son más aparentes que reales, y que son siempre más que compensadas por las consecuencias próximas ó lejanas de toda transgresión de la ley. El segundo fundamento está en que la observancia de la ley es una condición de la existencia de la sociedad, sobre todo si se trata de la ley penal; de modo que el Estado no interviene en la represión de los delitos por razón de la utilidad y de la necesidad, que, á causa de ser vagas y relativas, no suministrarían un criterio fijo para castigar, sino porque, siendo el respeto del derecho ajeno una condición de la existencia, de la estabilidad y del desarrollo de la sociedad, ésta puede y debe ejercitar el poder de penar en la medida de la estricta justicia. De consiguiente, no hay interés alguno, ni utilidad, ni necesidad que autoricen el castigo de un acto exento de culpabilidad, aunque sea dañoso, ni que puedan autorizar el castigo de un hecho culpable legalmente con una pena que salga de la medida de lo justo y de la proporción que debe de existir entre la pena y la criminalidad del acto.

Contra estos principios, el Código Penal establece en su artículo 10, número 11, que *está exento de responsabilidad criminal...*

11.º *El marido que en el acto de sorprender á su mu-*



*jer infraganti en delito de adulterio, da muerte, hiere ó maltrata á ella y á su cómplice, con tal que la mala conducta de aquél no haga excusable la falta de ésta.*

*Si sólo diere muerte, hiriere ó maltratase á uno de ellos, sin causar daño al otro ú ocasionándole uno menor, subsistirá, no obstante, la exención de responsabilidad criminal respecto del marido, á menos de constar que intencionalmente obró así ó que las circunstancias del hecho lo revelen.*

Hé aquí autorizado al marido para vengar por sí mismo su deshonra. Puede matar á su mujer y al cómplice de adulterio infraganti. Puede matar solamente á la una ó al otro.

En ambos casos está exento de responsabilidad, salvo dos excepciones: 1.<sup>a</sup> si en el caso de dar muerte á los dos, herirlos ó maltratarlos, su propia mala conducta hiciere excusable la falta de la mujer; 2.<sup>a</sup> si en caso de matar, herir ó maltratar á uno solo, constare, ó de las circunstancias apareciere, que obró así intencionalmente, porque la ley quiere que haya atentado contra la vida de los dos simultáneamente, y no le permite escoger al uno y perdonar al otro.

¿Es esto excusable en el Derecho penal moderno? ¿Puede encuadrarse en la lógica del Código Penal esta excepción de vindicta particular, que excede con mucho á la penalidad del adulterio? El artículo 375 del Código establece que el adulterio será castigado con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados, esto es, encierro de sesenta y un días á cinco años, con más la inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, si la reclusión es por tres años y un día á cinco años; y con la suspensión de cargo ú oficio público durante el tiempo de la conde-



na, si la reclusión es de sesenta y un días á tres años. ¿Puede haber proporción entre estas penas con la de muerte que puede aplicar el marido por sí mismo á los delincuentes de adulterio? No, luego la acción particular, la vindicta particular, puede ser enormemente más severa que la acción pública, que la ley que ejercita la vindicta pública, para castigar un mismo delito. Ésta puede reducir esa pena á sesenta y un días de reclusión, y aquélla puede llevarla desde las heridas más ó menos graves hasta la muerte. ¿En dónde está la razón de esta diferencia? ¿Cuál es la proporción que puede relacionar y justificar estos extremos?

El Código Penal ha vuelto á los tiempos bárbaros en su art. 10, núm. 11. Rossi, aplicando por primera vez á la filosofía del Derecho penal el método histórico, ha podido establecer en su inmortal *Tratado de Derecho penal* que este derecho aparece al principio de las sociedades en la venganza. Antes que la sociedad se consolidara, el individuo suplía la ley por su propia fuerza. Después las religiones enfrenaron esta licencia individual, y por los sacrificios expiatorios transformaron la venganza individual en la justicia colectiva. Constituido el Derecho penal, la pena del talión asocia la expiación religiosa á la expiación social, proporcionándolas al daño causado. La venganza particular que dominaba al principio, se convierte en el interés colectivo, el terror de la religión alcanza su cenit y su declinación en el siglo XVI, y en el siglo XVIII nace la ciencia nueva del Derecho penal con Beccaria, Kant, Feuerbach, Bentham, etc., haciendo desaparecer el interés personal de la penalidad, porque ese interés no puede ser el fundamento del derecho de castigar, que corresponde al Estado.



II

Con efecto, el Código visigodo, llamado Fuero Juzgo, desde el siglo XIII, es el primero que aparece en la historia de nuestra legislación, conteniendo las leyes que los visigodos dieron á la Península ibérica desde el siglo V hasta principios del VIII. En él aparece todavía como principio fundamental del derecho de penar la vindicta particular, puesto que aun cuando se transforma por lo general en el sistema de terror y se modifica por las componendas pecuniarias, se deja á veces vigente la entrega del delincuente al ofendido para que le castigue.

Ya los romanos, cuyas leyes aceptaron en parte los visigodos, habían suprimido la jurisdicción que antes daban al marido ofendido sobre los adúlteros, estableciendo la ley Julia *De adulteriis*; y, sin embargo, los visigodos mantuvieron aquella jurisdicción, poniendo en poder de los ofendidos á los adúlteros y todos sus bienes, cuando éstos carecían de hijos, según puede verse por las leyes 1.<sup>a</sup>, 9.<sup>a</sup> y 12, tít. 4., lib. 3 del Fuero Juzgo. El Fuero Real conservó la misma disposición en las dos primeras leyes del tít. 7., lib. 4, manteniendo el principio de la vindicta particular.

Mas este principio no era aplicado en la forma que lo hacían las leyes romanas anteriores á Augusto. Según ésta se dejaba la pena del adulterio al arbitrio del marido ofendido, pero con la calidad de aplicarla con la audiencia de los parientes más próximos. Augusto, sin derogar la costumbre que autorizaba al padre para matar á la hija, á la cual sorprendía en adulterio, sustituyó á la jurisdicción del tribunal doméstico del marido la de los jueces del imperio, y quitó al marido una autoridad que no podía aplicar con imparcialidad, si no inspirado por sus



celos. Por eso es que en todas las legislaciones derivadas de la romana, el marido no tiene derecho de matar á la mujer adúltera ni á su cómplice. Sin embargo, los visigodos y los godos mantuvieron su barbarismo, ya no autorizando al ofendido por un adulterio á juzgar á su ofensor, sino llevando el principio de la vindicta particular hasta entregar al culpable á disposición del ofendido para que éste hiciera de su persona ó bienes *lo que quisiere*, ó, á lo menos, para que *así sean sus siervos*, como dice la 2.<sup>a</sup>, tít. 7., lib. 4 del Fuero Real.

La legislación española posterior, esto es, la de las Partidas y de la Novísima Recopilación, dejó en pie la vindicta particular en materia de adulterio; eso sí, embrollándola con derogaciones tácitas, con restauraciones de lo pasado y contradicciones inexplicables. Admirable parece que las Partidas, que corrigieron los principios del terror y de las composiciones pecuniarias sobre que descansaba la legislación visigoda, entronizando el principio de justicia, como criterio de la vindicta pública en materia criminal; que procuraron sintetizar la civilización de su tiempo, realizando el más estupendo progreso de su siglo en legislación, si se exceptúa la supresión de los *fueros* que, dirigida á dar unidad á la monarquía absoluta, atacó y destruyó los derechos sociales é individuales; admirable es, decimos, que hubieran mantenido el principio bárbaro de la vindicta particular, y mucho más lo es que este mismo absurdo hubiese sido respetado y legislado en los siglos posteriores por las leyes que se leen en la Recopilación.

### III

Pero tal es el hecho, y como la filosofía del derecho tiene por base el elemento histórico, debemos notarlo,



tratando de descifrar las leyes posteriores á la época de los visigodos, extractando la exposición que de ellas hace el sabio jurisconsulto García Goyena en la sección 5.<sup>a</sup>, tít. 5., lib. III de su *Código Criminal Español*.

La pena del adulterio, según la ley 15, tít. 17, Part. 7.<sup>a</sup>, es la de muerte para el hombre casado á quien *le fuere probado que lo fizo*, y la mujer debe ser azotada en público y encerrada en un monasterio, perdiendo su dote y arras en favor del marido; y en caso de que el adulterio se cometiere con un siervo, deben ser quemados ambos á dos por ende. Pero según la 1.<sup>a</sup>, tít. 28, lib. 12 de la Novísima Recopilación, que es la 1.<sup>a</sup>, tít. 7, lib. 4 del Fuero Real, los dos adúlteros han de ser puestos en poder del marido para que haga de sus personas y bienes lo que quisiere, con tal que no mate al uno y deje al otro.

«Esta disposición, dice Goyena, núm. 1523, fué tomada de la 2.<sup>a</sup>, tít. 4, lib. 3 del Fuero Juzgo, pues, como tengo observado más de una vez, es muy frecuente en aquel Código la pena de poner al ofensor en poder del ofendido, siguiendo en esto, más que los dictados de la imparcial justicia, el instinto y deseo natural *de venganza* á que tan difícilmente renuncian los pueblos semi-bárbaros.»

En consecuencia, la legislación de las Partidas, que en este punto imitaba la de Justiniano, fué derogada por aquella ley recopilada, que, insertada en la Recopilación de 1776, restableció completamente la legislación del Fuero Juzgo. Hablando Antonio Gómez de esta ley del Fuero Real, asegura que estaba vigente en su tiempo. Mas Goyena, sin atreverse, dice, á desmentirle, no se resuelve á creer esto, «porque tengo por imposible, agrega, que en la España del siglo XVI se practicase



esta barbarie goda, ó, más bien, germánica». Y luego establece lo siguiente, como inconcuso:

"1625. Sea de esto lo que se quiera, lo cierto es que *en el día no se practica*; que la pena corporal del adúltero es todavía *arbitraria* y generalmente demasiado benigna; y que aún la pérdida de la dote y arras por parte de la adúltera, no encuentra acogida en los Tribunales"...

Es necesario no olvidar que de tan respetable testimonio resulta que antes de promulgarse en España el Código Penal que comentó Pacheco, y que, según su expresión, dejaba relegada á la historia las bárbaras leyes de la edad media y la arbitrariedad de los últimos siglos, ya no se *practicaban* las que imponían al adúltero penas draconianas en obsequio de la venganza ó de la vindicta particular.

De consiguiente, caían bajo el mismo desuso las demás leyes de Partidas, no sólo porque estaban derogadas por las recopiladas, sino porque éstas mismas habían dejado de tener aplicación, desde que la pena que se aplicaba en la práctica era arbitraria y demasiado benigna. Veamos lo que afirma Goyena:

"1526. Otra de las penas contra los adúlteros era que el marido que los hallare en uno, ó en flagrante delito, los pudiera matar á ambos á dos, pero no á uno de ellos y dejar al otro, pudiendo matar á ambos (esto es lo que restablece nuestro Código Penal); y si los matase en el dicho caso, no gana la dote de la mujer, ni los bienes del adúltero, pues para hacer esta ganancia es preciso que los mate ó condene por autoridad de la justicia, según las leyes 2 y 5, tít. 28, lib. 12, Nov. Rec.

"1527. Estas leyes y la 1.<sup>a</sup>, tít. 21 del mismo libro difieren mucho de las 13 y 14, tít. 17, Part. 7.<sup>a</sup>, que por lo tanto deben reputarse *derogadas ó modificadas*."



Sin duda, en presencia de las leyes recopiladas no han podido subsistir las indicadas de Partidas, ni tampoco la 12 del mismo título. Entre ésta y la 13, hay una conexión indisoluble. Las dos autorizan al marido para matar al adúltero, y no á la mujer, en los casos que indican.

La 12, que se ha hecho célebre entre nosotros por la peregrina ocurrencia que han tenido nuestros hombres del foro de resucitar con ella el *afrontamiento* que no se conoce en la España de los últimos siglos, disponía que el marido que sospechara de su mujer un adulterio, podía prohibir ante la justicia al presunto adúltero que entrase á su casa, que se juntara aparte en ningún lugar con su mujer, ni le dijera cosa alguna; y haciéndole tres veces esta intimación ante el juez, podía matarle, sin responsabilidad, si le hallaba con la mujer en alguna casa ó lugar apartado, aunque no fuera en flagrante delito.

La ley 13 autorizaba al marido, que hallaba algún *ome vil* en su casa ó en otro lugar yaciendo con su mujer, para matarle, mas no á la mujer, aunque no hubiera hecho el *afrontamiento* de que habla la ley anterior; pero si el adúltero fuera hombre honrado, ó de gran lugar, ó mereciera reverencia de parte del marido ofendido, no podría éste matarle, sino hacer la *afrenta* de la ley 12 y acusarle de ello ante el juzgador para que le dé pena de adulterio.

Además, la ley 12 ponía dos casos de excepción: 1.º cuando el marido hallase, después del *afrontamiento*, á su mujer con el *afrontado* en la calle ó carrera, debía llamar tres testigos para que los vieran, y entonces hacer prender al hombre y someterle al juez para que, si le halla culpable, le dé pena de adulterio; 2.º cuando los hallaba á ambos hablando en la iglesia, después de la prohibición, sólo el obispo ó los clérigos del lugar po-



dían prender al sospechado, y darle al juez para que pueda ser tomada venganza del yerro.

Estas dos leyes establecían un derecho bien definido á favor del marido, á saber, el de matar al adúltero, si era hombre vil, sorprendido infraganti con la mujer, mas no á ésta, ó matarle, aunque fuera noble, y aunque no le sorprendiera infraganti, si después de haberle afrontado tres veces ante el juez, le hallaba con la mujer en alguna casa ó lugar apartado. Este derecho dejaba de existir en los dos casos de excepción, esto es, si los hallaba en la calle ó carrera, ó los sorprendía hablando en la iglesia.

Estas leyes, como la 14, tít. 17, Part. 7.<sup>a</sup>, que concedía al padre que encontrase á su hija *casada* yaciendo con algún hombre en la casa paterna ó en la del marido, el derecho de matarlos á los dos, y no al uno sin el otro, están derogadas por la 1.<sup>a</sup>, tít. 21, lib. 12 de la Novísima; y Goyena sostiene que, dando esta ley sólo al marido el derecho de matar á los dos culpables, y no á uno, los autores limitan este derecho únicamente al marido, negándolo absolutamente al padre, tanto respecto de la hija adúltera, como de su cómplice, pues la ley 14 está derogada.

87 84  
Mas lo que resulta en claro es que todas estas leyes no se practicaban, estaban en desuso en España desde antes del Código Penal de 1822, que las derogó, y por supuesto, antes de la promulgación del Código Penal de 1848. Al testimonio de Goyena, que afirma, como queda dicho, que la pena del adulterio no era la de esas leyes, sino arbitraria y generalmente demasiado benigna, se pueden juntar muchos, pero especialmente tres tan respetables como el de aquél, que son el de Pacheco, el de Tapia y el de Escriche. El primero, en el núm. 13 del comentario al art. 349, dice: "El adulterio era penado por nuestras leyes antiguas hasta con la pena capital."



Después se dispuso tan sólo que los adúlteros cayesen bajo el poder del ofendido para que hiciera de ellos lo que le pareciera. No queremos discutir si estos castigos han sido en algún tiempo *posibles*; lo que no tiene duda para nosotros es que *de siglos acá no lo son, ni se han ejecutado*. Ningún Tribunal del mundo hubiera impuesto esas penas. (Más adelante veremos que un juez de letras de Santiago las impuso.) En su lugar, *se imponían arbitrarias* más ó menos graves, pero que se reducían, por lo común, á encierro para las mujeres, á destierro para los hombres. 11

El eminente jurisconsulto don Eujenio de Tapia en su *Febrero Novísimo*, tít. 1.º del tratado del juicio criminal, cap. 2, y prontuario alfabético adjunto, dice, hablando del adulterio, que la práctica que se observa en los Tribunales superiores es imponer al marido adúltero una pena arbitraria de presidio, destierro ó multa, y de reclusión á la mujer casada, según las circunstancias. Además, citando á Vizcaino (*Código Criminal*, tomo I) explica que no está en práctica el derecho concedido al marido por las antiguas leyes, habiéndose reservado la justicia ordinaria el derecho de castigar estas ofensas, puesto que está prohibido á todos tomarse por sí mismos la satisfacción de cualquier agravio que le haga el prójimo. Y, en efecto, apoya esta doctrina en la ley 3, tít. 20, libro 12 de la Novísima, ante la cual no pueden subsistir las de la edad media que autorizaban al marido para vengar con la muerte su propia ofensa, puesto que el rey, en 21 de octubre de 1723 dice en dicha ley—“prohibo de nuevo á todos generalmente, *sin excepción de personas*, el tomarse por sí las satisfacciones de cualquier agravio é injuria, bajo las penas impuestas”.

Escriche, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, v. *Adulterio*, exponiendo las mismas leyes



antiguas que hemos pasado en revista, y razonando acerca de su barbarie, dice que, por la vigencia de la ley recopilada que cita Tapia, han caído en desuso aquellas penas, de modo que ya no se ve la de muerte, ni la de azotes, ni la de sujeción á la venganza y capricho del marido; y que, guiados sin duda por los buenos principios, los Tribunales castigan al adúltero *con la pena de destierro, presidio ó multa, y á la adúltera con la de reclusión, regulando y agravando más ó menos estas penas según las circunstancias, etc.*

#### IV

Tal era el estado de la legislación española al tiempo de promulgarse el Código Penal que rige hoy, reformado en 1870. La legislación de las demás naciones europeas no reconocía en caso alguno el antiguo derecho de la vindicta particular de las leyes bárbaras del Fuero Juzgo, de las Partidas y de la Recopilación, y antes bien es generalmente benigna en su penalidad respecto del adúltero. El Código Austriaco lo castiga (art. 247) con arresto de uno á seis meses, el Francés con tres meses á dos años de prisión y multa (arts. 337 y 350), y el Prusiano, que pasa por ser el más perfecto, así como los de Baviera y Brunswick, no lo castigan sino en el caso de que sea causa de divorcio.

Así, es algo inexplicable que un profesor de la teoría del Derecho penal, como Pacheco, miembro de la comisión que redactó el Código y comentador del mismo con arreglo á los principios de la filosofía, haya cometido el grave error de lamentar que, entre las causas que exoneran de responsabilidad criminal, no se hubiera consignado el inconsecuente y peligroso absurdo que sancionó el Código Chileno. En un apéndice á sus comen-



tarios al art. 8.º del Código Español, que es equivalente al 10 del nuestro, Pacheco escribe lo siguiente:

"11. Toda nuestra legislación antigua ha eximido de responsabilidad al marido que daba muerte á su mujer adúltera con el cómplice de su crimen; al padre que cometiera igual acción con su hija casada, hallándola en su casa misma ó en la del yerno. La ley constituía este derecho y daba fuerza á ese arrebató del *decoro* y de la *honra*. Y semejante suceso no era por cierto imaginario en nuestras costumbres. Mil veces ha sucedido (Goyena lo desmiente, núm. 1524); en todas ellas cumplieron los Tribunales el precepto legal.

"12. ¿Qué sucederá ahora con el nuevo Código? ¿Se eximirán de responsabilidad el marido ó el padre que tal hiciesen? ¿Podrá decirse que han obrado en el ejercicio legítimo de su derecho?

"13. Esto último no se puede decir, toda vez que la presente ley no consigna esa facultad otorgada en las anteriores. Existía tal derecho, según la antigua, porque expresamente aquélla lo declaraba; no existe, según ésta, porque no lo menciona, y no es semejante autoridad de las que pueden inferirse por deducción. Según nuestro Código, lo que habrá únicamente serán circunstancias atenuantes con arreglo al art. 9.º, núm. 5. Tendremos una ofensa grave; mas el efecto de la ofensa no pasa de tal atenuación del delito realizado.

"14. Hablando sinceramente, dudamos que la ley haya hecho bien en no repetir las antiguas disposiciones. Una cosa es que ella no pueda penar el adulterio como se penaba en los pasados siglos, y otra que no trate de conservar indirectamente y del modo posible la tradicional severidad de las costumbres. Hay sentimientos que, en nuestro juicio, debe respetar siempre la legislación. El derecho consignado en las leyes 13 y 14, tít. 17 de



la Part. 7.<sup>a</sup>, nos parece uno de esos restos de *honor y caballeridad* que deben acatarse y permanecer ilesos. Como no existió sino porque la ley hiciera tal homenaje á las costumbres, para conservarlo era indispensable volverlo á escribir en las nuevas leyes: Nosotros lo hubiéramos escrito. 11

Hé aquí una aberración de espíritu padecida por el autor en obsequio de un arrebató de venganza ó furiosos celos, que él llama de *decoro y de honra*, para autorizar la vindicta particular; padecida á nombre de la *tradicional severidad de las costumbres*, que seguramente no existía todavía en tiempos de las Partidas, cuando necesitaron éstas mantener la barbarie del Fuero Juzgo, para reprimir la desmoralización y el escándalo de los primeros bárbaros que poblaron la Península; y padecida en respeto á uno de esos *restos de honor y de caballeridad* que, en el siglo XIII, no era más que el celoso orgullo que no quería aparcería en aquella casa que tenía apartadamente para sí, comprendiendo entre las *cosas* á la mujer, según la 1.<sup>a</sup>, tít. 14, Part. 2.<sup>a</sup>

Y padece semejante aberración el espíritu que no debía olvidar los principios y la lógica del Código Penal, y que no podía ignorar que las leyes de Partidas, cuyo olvido lamenta, habían sido modificadas y derogadas por otras de la Recopilación, á más de que tanto éstas como las demás que castigaban bárbaramente el adulterio, estaban en desuso, puesto que los Tribunales aplicaban pena arbitraria á este delito. Fuera de ello, no se comprende por qué pensó Pacheco que, según el Código que él había contribuído á formar, y que tan hábilmente comentaba, el marido que matara al adúltero podía alegar la circunstancia atenuante del núm. 5.<sup>o</sup>, art. 9, que es la de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave. Este es un error, puesto que el



artículo 339 del mismo Código contiene una disposición especial para el marido que mata ó hiere en este caso á uno de los adúlteros, aplicándole una pena menos que la ordinaria; y es un principio de jurisprudencia penal que no debe tomarse en cuenta una circunstancia atenuante ó agravante, cuando ella está contemplada en la disposición expresa que describe y castiga el acto.

Mas prescindiendo de esta jeremiada de Pacheco, lo cierto es que el Código Español, al ser promulgado, no encontró sobre la pena del adulterio ley vigente alguna, sino la consuetudinaria sancionada por la práctica de los Tribunales, y que castigaba á aquel delito con pena arbitraria.

V

La situación nuestra en 1874, cuando se promulgó el Código Penal, era análoga, pero no idéntica, puesto que aquí se tenían por vigentes las leyes bárbaras que la costumbre había derogado en España; y eso merced á la que fué célebre vista fiscal de 20 de febrero de 1837. Á propósito del decreto de ese año, que mandó fundar breve y sencillamente todas las sentencias, la Corte Suprema pidió al Gobierno varias declaraciones sobre diversos puntos, de los cuales el 2.º decía así:

“Si se citaría la ley consuetudinaria sancionada por la práctica constante de los Tribunales y nivelada por principios de humanidad y por la ilustración del siglo, cuando subrogue á leyes *muy duras* que establecen nuestros Códigos.”

El Gobierno, en 1.º de marzo de 1837, mandó tener por regla en todos los Tribunales las resoluciones que daba el fiscal de la Corte Suprema á las consultas hechas, siendo la del segundo punto transcrito la siguiente:



«Que ínterin se publicaba el Código Penal, se guarde, por regla general, que todos los jueces, de cualquiera clase que fueren, dicten sus sentencias con arreglo á la ley *escrita vigente*; pero que cuando encontraren que ésta es excesivamente dura y que, por la misma razón, no se halla en uso, tengan la facultad discrecional de añadir á la sentencia la cláusula siguiente: «I teniendo en consideración el Tribunal que esta ley no se halla en uso por su excesivo rigor, suspéndase la ejecución, ínterin se hace presente al Presidente de la República que este Tribunal encuentra que sería conforme á equidad conmutar la pena arriba decretada conforme á la ley, en tal otra...» (Boletín, lib. 7, núm. 7).

Si no fuera este precepto, en que resalta el propósito tantas veces imitado inconscientemente después, de someter la acción judicial á la arbitraria aprobación del Ejecutivo, sería de creer que nuestros jueces, al juzgar las causas de adulterio que se han visto después, desconocían completamente que en España no regía la antigua legislación sobre esta materia, á pesar de que los libros españoles que de ello daban testimonio eran ya corrientes entre nosotros. Pero el decreto de ~~10~~ de marzo les mandaba dictar sus sentencias con arreglo á la ley *escrita vigente*, y fué necesario resucitar la legislación visigoda reproducida en las Partidas y en la Novísima Recopilación.

Las dos primeras sentencias que aparecen en la GACETA DE LOS TRIBUNALES así lo comprueban. La una es de 21 de septiembre de 1841, y absuelve á los reos porque, no habiendo hecho el marido las amonestaciones (*afrontamientos*) de la ley 12, tít. 14, Part. 3.<sup>a</sup>, no había prueba bastante. La otra, que es de diciembre del mismo año, aplica crudamente la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 28, lib. 12 de la Nov., porque hay prueba bastante, y manda entregar al



marido á los dos adúlteros para que haga de ellos lo que quisiere. La Corte Suprema, interpretando la voluntad del marido, y desentendiéndose de lo mandado en el decreto de 1.º de marzo de 1837, para consultar la sentencia al Presidente de la República, condena á la mujer á diez años de casa de corrección y al adúltero á relegación á la provincia del Maule por el mismo tiempo. (GACETA, núms. 4 y 41).

Antes de estas sentencias, no se registran en los libros de la Corte Suprema sino una que otra sobre adulterio, y es curioso observar que en la GACETA DE LOS TRIBUNALES figuran en una proporción de una á quinientas, respecto de los demás delitos, siendo por lo general absolutorias en una y otra época. Las pocas condenatorias que aparecen hasta 1874, en que se promulgó el Código Penal, imponen siempre pena arbitraria reducida, en general, á relegación, y fundándose en todos los casos en interpretaciones de lo que pide el marido. Sirva de ejemplo una de 5 de Mayo de 1873 de la Corte Marcial, que confirma la pena de muerte que había aplicado al adúltero la de primera instancia, declarando por interpretación de lo pedido por el marido que se reduzca la pena á relegación por diez años en la provincia de Valdivia. Esto prueba hasta la evidencia que aun cuando el decreto de marzo de 1837 mandó aplicar la ley escrita vigente, pidiendo, cuando ella no está en uso, al Presidente de la República que conmute la pena, los Tribunales han prescindido siempre de este recurso, antes de 1874, en materia de adulterio, aplicando, no la pena de la ley vigente, sino la de reclusión ó relegación, que no están en aquella ley, y valiéndose para esto del arbitrio de interpretar las peticiones del marido ofendido. De consiguiente, es un hecho que, en nuestra práctica anterior á la vigencia del Código Penal, la pena del adulterio ha



sido arbitraria, como en España, á pesar de que, al contrario de lo que allá sucedía, se reputaban vigentes todas las leyes escritas aunque no estuvieran en uso.

¿Cómo es entonces que aparece en nuestro Código Penal el barbarismo que consigna el núm. 11 del artículo 10? Veamos su historia, según las actas de la Comisión redactora.

En el proyecto primitivo, cuya base era el Código Español, no el reformado en 1870, sino el anterior, no aparecía aquella anticuada disposición. Pero en la sesión de 14 de Mayo de 1870, el señor Altamirano hizo presente que en el art. 10, cuya aprobación estaba casi terminada, faltaba una disposición, que todas las antiguas legislaciones españolas consignaban, autorizando al marido ofendido para matar á los adúlteros, y que debía adoptarse esto mismo como causa de exención de responsabilidad criminal. El debate se empeñó, pero el acta no hace de él una minuta, limitándose á indicar que el señor Reyes opinaba, al contrario, que, cuando más, aquella circunstancia debía tomarse como atenuante para disminuir la pena del marido, mas no como exención de responsabilidad.

61  
En la votación triunfó la proposición del señor Altamirano por tres votos contra dos, que fueron los de los señores Reyes y Rengifo. «La Comisión redactora de nuestro Código, dice el señor Fuenzalida, ministro de la Corte de Apelaciones de Iquique, en sus *Concordancias y comentarios del Código Penal Chileno*, más conservadora que la España, en donde tuvo origen el derecho, acordó mantenerlo por noticias que se manifiestan en la discusión que hubo en el Senado, y que vamos á impugnar á nombre de los principios fundamentales del mismo Código, de la armonía que debe existir entre todas sus disposiciones, y á nombre de la moral y de la igualdad.»



Y en efecto que la refutación de aquel magistrado es victoriosa, así como es juicioso y sabio el comentario que hace del núm. 11 del art. 10. Nos referimos á su obra y no extractamos sus opiniones, porque hemos tratado bajo otro aspecto aquella disposición, y no nos proponemos comentarla; pero sí extenderemos á las Cámaras y al Ejecutivo el cargo que él hace á la Comisión redactora de ser más conservadora que la España misma. Ése es achaque de los abogados de Chile, en general, sea dicho sin ofensa, como lo prueban la vista fiscal citada y las muchas sentencias que aparecen fundadas en leyes españolas, que han sido modificadas ó derogadas tácitamente por otras posteriores ó por leyes patrias, y que se creen vigentes porque no han sido derogadas expresamente, lo que no es necesario (art. 52 del Código Civil).

## VI

Este espíritu conservador se revela más á las claras en el empeño con que todavía, después de la vigencia del Código Penal, se pretende dar por vigentes las leyes de Partidas, especialmente las relativas á la prueba del adulterio, á pesar de que son inconciliables con el precepto del núm. 11, art. 10, y con las disposiciones del párrafo IX, lib. 7, que tratan de aquel delito. Este es un asunto muy serio que merece ser estudiado, aunque sea de paso, ya que tratamos del precepto del número citado.

Al eximir este precepto de responsabilidad criminal al marido que, en el acto de sorprender á su mujer infraganti, en delito de adulterio, da muerte, hiere ó maltrata á ella y á su cómplice, no ha hecho más que restaurar con modificaciones el de la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 28, lib. 12 de la



Novísima Recopilación, en cuanto permite al marido matar á los dos culpables, sin que pueda matar al uno dejando al otro. Esta ley, á su turno, era la 1.<sup>a</sup>, tít. 7, lib. 4, del Fuero Real, la cual había reproducido lo dispuesto en el Código visigodo por la 4, tít. 4, lib. 3, y todas ellas pugnan abiertamente con las disposiciones especiales de nuestro Código Penal sobre adulterio, y especialmente con la del art. 10, núm. 11.

Hemos demostrado que esta ley de la Novísima derogaba la 12 y la 13, tít. 17, Part. 7.<sup>a</sup>, fundándonos no sólo en la opinión de Goyena, sino en la confrontación escrupulosa que hicimos de sus disposiciones en el párrafo III; y aun cuando esto no fuera lo exacto y practicado en la España misma ¿cómo podrían subsistir las citadas leyes 12 y 13 en presencia del art. 10, núm. 11 de nuestro Código Penal?

La 12 únicamente permite al marido matar al hombre de quien tenga sospechas, y no á la mujer, cuando los hallaba á ambos en una casa ó lugar apartado, después de haberlos afrontado tres veces ante el juez, intimándoles la prohibición de juntarse. Si los hallaba en la calle ó carrera, sólo podía prender al hombre y entregarle al juez, si allí los hubiesen visto tres testigos. Si los hallaba en la iglesia, sólo el obispo ó los clérigos podían prenderle para entregarle al juez.

Supongamos que hoy se resucite el afrontamiento y que ocurra el primer caso de la ley 12 ¿podría el juez darle por exento de responsabilidad penal en virtud del art. 10, núm. 11 de nuestro Código? De ninguna manera, porque esta disposición únicamente favorece al marido que mata, hiere ó maltrata conjuntamente á su mujer y á su cómplice cuando los sorprende infraganti en delito de adulterio; y eso con tal que la mala conducta del marido no haga excusable la falta. No ha



analogía entre ambas disposiciones, ni la del Código puede conciliarse con la de la ley 12, lo cual constituye una derogación tácita, á más de la expresa que se contiene en el artículo final de dicho Código.

Si se supone que ocurran los casos 2.º y 3.º en que se pone la ley 12, después de los tres afrontamientos, el juez tendrá que proceder á investigar el delito, y no podrá condenar al sospechado tan sólo porque fué visto en la calle ó carrera ó en la iglesia con la mujer, pues eso no basta, aunque haya habido las tres intimaciones, para dar por probado el adulterio.

Otro tanto podemos decir de la ley 13, que permite matar al hombre vil únicamente, y no á la mujer, cuando son sorprendidos yaciendo; y no al noble en el mismo caso, porque el marido debe someterle antes á los afrontamientos de la ley 12. Tampoco es conciliable esta disposición con la del art. 10, núm. 11; de modo que si un marido mata al adúltero vil, y no á la mujer juntamente, aunque sea en flagrante adulterio, no cumple con el requisito fundamental de la exención señalado por aquel número.

¿Cómo es posible entonces suponer que hoy están vigentes la citada ley 12, tít. 17, Part. 7, y la 12, tít. 14, Part. 3, que, por una razón lógica de unidad, la reproduce en la única excepción que ella pone á la regla general sobre la prueba en materia criminal?

Ordena esta última ley que todo pleito criminal movido contra alguno sea probado abiertamente, y no por *sospechas* solamente, porque derecha cosa es que el pleito que es movido contra la persona ó contra su fama sea probado y averiguado por *pruebas claras como la luz*, en que no venga ninguna duda.

Pero esta ley pone como única excepción el derecho que la ley 12, tít. 17 da al marido para matar, sin pena



ninguna, y aunque no se pueda probar el yerro, al sospechado á quien hubiere afrontado tres veces por sospechas en la forma de esta ley. De consiguiente, si esta disposición de la 12, tít. 17 es inconciliable con nuestro Código Penal, también lo es la excepción de la 12, tít. 14, Part. 3, que debe reputarse tan derogada como aquella, en su segunda parte. Lo que, en suma, permite al marido esta ley es que pueda querellarse *por sospechas, magiier non se averigiie por otras pruebas*, contra otro que hace ó quiere hacer *tuerto* (adulterio) *de su mujer*. Esto es claro.

Supongamos, en primer lugar, que un marido se presenta con esta querrela por sospechas, y hace los tres afrontamientos por escritura de mano de escribano público y ante testigos; y que después, por hallarlos á los dos en su casa, ó en la de la mujer, ó en la del otro, ó en huerta, ó en casa apartada de fuera de villa, ó de los arrabales, aunque no estén yaciendo, mata al presunto adúltero. Tal marido no quedará por esta ley exento de responsabilidad, porque el art. 10, núm. 11 de nuestro Código sólo da esa exención, como lo dijimos, cuando el marido sorprende á su mujer *infraganti en delito de adulterio y la mata á ella y á su cómplice conjuntamente*, con tal que su mala conducta no haga excusable la falta de aquélla. La ley de Partidas no puede sostenerse.

En segundo lugar, supóngase que el mismo marido que ha hecho en la misma forma y por sospechas aquellos afrontamientos, halle á los sospechados hablando en la iglesia apartadamente, ó en otro lugar cualquiera que no sean los antes enumerados, y los hace prender por los clérigos en aquel caso, ó los prende él mismo en el segundo para entregarlos al juez. ¿Podrá éste darles pena de adulterio tan solamente *por esta sospecha*, aunque otra prueba no hubiere contra ellos, como manda la ley de



Partidas? De ninguna manera, porque lo que castiga el artículo 375 del Código Penal con reclusión menor no es el conato del que *quiere hacer tuerto de su mujer* á un marido, ó los actos que le dan á éste sospecha de que *se lo hace*, sino única y exclusivamente el *adulterio que cometen la mujer casada que yace con varon que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada*. Este artículo castiga el hecho positivo, no las intenciones, deseos ó conatos que se revelan por galanteos más ó menos expresivos, y que autorizan los celos del marido y las consiguientes *sospechas* que favorecían las leyes 12, título 14, Part. 3; y 12, tít. 17, Part. 7. Estas leyes no pueden cumplirse ni aplicarse al adulterio después que nuestro Código Penal ha venido á limitar, por su art. 10, número 11, la vindicta personal á un caso concreto y bien determinado que no es conciliable con ninguno de los que aquéllas, y después que las disposiciones con que castiga el Código el delito de adulterio, pugnan y son literalmente opuestas con las de la legislación bárbara.

## VII

Se comprende que las leyes de Partidas, aún modificando el rigor de las del Fuero Juzgo, de las cuales se podía decir, como de las de Dracón, que habían sido escritas con sangre, dejasen en pie todavía la vindicta particular, que favorecen respecto del adulterio; y se comprende que mucho más tarde se restablecieran en la Recopilación las leyes visigodas, que las de Partidas modificaban, porque el adulterio era en todas esas épocas, á pesar de la tradicional severidad de costumbres que supone Pacheco, más frecuente que lo que es entre nosotros el abigeato. Entonces la ley tenía motivo, no razones, de constituir ese derecho para dar, como dice



este jurisconsulto, fuerza á ese arrebató del decoro y de la honra; pero en nuestros días, en que semejante arrebató no es una sensación común, ni tiene estímulos, porque la moralidad es superior, y sobre todo porque hay más respeto á la persona y al derecho, sería una aberración moral la pretensión de sostener que están vigentes aquellas antiguas leyes y que fuera necesario que el adulterio tuviera prueba privilegiada como un delito de lesa majestad.

Sin embargo, porque ha habido prácticos españoles que, sin filosofía ni rectitud de juicio, han creído que las leyes de Partidas, que examinamos, están vigentes en materia de prueba, se enseña este error en nuestra Universidad, y hay abogados que de buena fe iniciarían un juicio de afrontamiento para probar por sospechas un adulterio.

El *Prontuario de los Juicios* que se enseña, dice, número 618, hablando de la prueba por presunciones, "que es una presunción semejante á las de derecho, porque no puede destruirse por prueba contraria, la del adulterio que contra los *afrontados reincidentes*, establecen las leyes 12, tít. 17, Part. 7, y 62 del Estilo". Está probado que la primera de ellas no puede regir después de nuestro Código Penal, y en cuanto á la segunda, que es una de las Declaraciones del Fuero, tampoco puede estar vigente, porque, debiendo tener en la nación las leyes del Estilo, según decreto patrio de 28 de abril de 1838, la misma autoridad que las del Fuero Real, y habiendo ya demostrado que las Recopiladas que las restablecieron en materia de adulterio, también están derogadas (párrafo VI), no puede suponerse de ninguna manera que esta ley del Estilo esté vigente.

Mas en la página del *Prontuario* en que aparece esta doctrina, hay una nota ilustrativa que dice así, y que



vamos á considerar por partes: «Aunque son muy generales los términos de esta última ley (la del Estilo), la práctica de nuestros Tribunales, de acuerdo con las doctrinas más ilustradas de los autores, no admite como prueba del delito de adulterio otra presunción que la explicada en el texto.—Véase GACETA DE LOS TRIBUNALES de 1860, sentencia 125, pág. 73.»

Y, sin embargo, podemos afirmar por nuestra parte que la práctica de nuestros Tribunales no es esa, porque no hay una sola sentencia que haya condenado á ningun adúltero por sospechas en la forma de la ley 12, tít. 17, Part. 7.<sup>a</sup> Hemos asegurado que la gran generalidad de las sentencias que se registran en la GACETA son absolutorias por falta de pruebas, y no hay una, ni antes ni después del Código Penal, que admita sospechas como prueba. De veinte y tantas que se registran en la última época, ó sea, en los últimos diez años, sólo hay dos ó tres condenatorias, en virtud de pruebas plenas y no de sospechas, mientras que las demás absuelven, porque no bastan los indicios ni las presunciones. La misma sentencia que cita la nota formula, como todas las demás, una doctrina opuesta á lo que la nota propala, y para probarlo, léanse sus palabras:

«Por otra parte, dice la sentencia 125 de la GACETA núm. 916, la ley 12, tít. 14, Part. 3.<sup>a</sup>, que invoca el acusador para que, según ella, se tenga por justificada la acusación en virtud de sospechas, funda estos antecedentes positivos de tal manera, que lo que denomina sospechas dicha ley importa nada menos que una confesión tácita de los reos. La ley 12, tít. 17, Part. 7.<sup>a</sup> encierra una disposición análoga á la anterior. La 13 del mismo título, dice: «E despues que el Judgador supiere la verdad, deuel dar pena de adulterio.» Finalmente, la 3.<sup>a</sup>, tít. 4, lib. 3. del Fuero Juzgo, autorizando la acusación por señales ó



presunciones, agrega, para imponer pena: «E si pudiere seer mostrado el adulterio connozuda mientre.» De estas disposiciones se deduce que *no bastan simplemente las sospechas de cualquier naturaleza que sean* para justificar el adulterio, sino que ellas sean tales que conduzcan á la verdad precisa de la existencia del delito. En cuya virtud y con el mérito de las leyes citadas, absuelvo de la acusación á los reos. La Corte Suprema confirmó llanamente esta sentencia el 15 de enero de 1860.»

Luego, si hay una doctrina inconcusa en nuestra jurisprudencia práctica es la que esta sentencia establece, de conformidad con todas las demás; y no la de que sea, como el *Prontuario* lo afirma, una presunción de derecho, que no admite prueba contraria, la de la ley 12 tít. 17, Part. 7.<sup>a</sup>, que, como lo tenemos demostrado, no puede estar vigente. Menos puede citarse la 62 del Estilo, que aun la nota que refutamos desecha por sus términos generales, pues ella es una declaración de las leyes del Fuero Real, que también están derogadas por nuestro Código Penal, y es una declaración destinada á derogar en lo civil la presunción de derecho que establecía el canónico *pudenda impudendis, solus cum sola, nudus cum nuda in eodem lecto*.

Continúa la nota del *Prontuario* diciendo: «La amonestación de que aquí se habla (la de la ley 12 citada), puede hacerse judicialmente, y este medio es sin duda el más seguro.—Véase en la GACETA citada la sentencia 1803, página 1080.»

Evidente. Si esa ley estuviera vigente, si pudiera practicarse después que sus prescripciones han sido modificadas por otras que pugnan con ellas, el afrontamiento ó amonestación de que se habla debería ser judicial. Pero no puede apoyarse esta doctrina en la sentencia que cita el *Prontuario*, porque ésta es de 5 de noviembre de 1860,



y, por supuesto, anterior en quince años al Código Penal, cuando nuestros Tribunales debían aplicar las *leyes escritas*, aunque estuvieran en desuso aquí, y reemplazadas en España por una doctrina práctica contraria.

Esta sentencia, que es un auto de primera amonestación ó afrontamiento, dice así: «Hágase saber á las personas que se expresan en el escrito de fs. 2 que no se visiten ni se junten á hablar en lugar apartado ó sospechoso, bajo el apercibimiento que haya lugar por este *primer afrontamiento*; y con respecto á las otras acciones deducidas en los escritos de fs. 5 y 7, usen los interesados de su derecho como vieren convenirles. Confírmase el auto apelado de 5 de octubre último en lo que sea conforme á éste.»

En vano hemos recorrido los libros de sentencias de la Suprema Corte desde 1835 y la GACETA DE LOS TRIBUNALES desde 1851 hasta 1885, para hallar alguna sentencia sobre algún caso análogo de aplicación de la ley 12, tít. 17, Part. 7.<sup>a</sup>, pues no hemos encontrado ninguno en los cincuenta años. Tal vez haya alguno que se nos escapa ó que no haya sido publicado; pero, de todas maneras, ello no probaría que fuese doctrina práctica la aplicación de aquella ley antes ó después del Código Penal, ni que pudiera hoy estar vigente.

Sin embargo, la nota del *Prontuario*, que examinamos, concluye todavía, insistiendo en el mismo error, con estas palabras: «Se ha dudado si el precepto de la ley, que establece la *pretensión* de adulterio de que aquí tratamos, está derogado por el último artículo del Código Penal, y se ha resuelto que no. Esta decisión guarda conformidad con la historia de la ley. Véase el acta de la 73.<sup>a</sup> sesión de la Comisión redactora del proyecto de Código Penal.»

¿Quién ha dado semejante decisión y en qué forma?

*presunción*



No lo dice el *Prontuario*, ni nosotros conocemos tal decisión, estando persuadidos de que no hay en la República autoridad alguna que pueda darla, á no ser que otra ley viniera á derogar el artículo final del Código, que dice: ... *y en esa fecha quedarán derogadas las leyes y demás disposiciones preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan.* De consiguiente, si no fueran exactos los razonamientos con que hemos demostrado que están derogadas todas las leyes sobre adulterio, anteriores al Código, porque sus preceptos pugnan con los que éste establece, no habría duda alguna de que lo están expresamente por el artículo final que deroga todas las disposiciones preexistentes sobre las materias que en el Código se tratan, una de las cuales es el adulterio.

Por otra parte, si la resolución á que se refiere el *Prontuario*, no siendo expresa y determinada, estuviera comprendida en alguna sentencia, que no aparece en las Gacetas de Tribunales posteriores al Código, ella habría recaído en algún caso particular, y no haría doctrina general, porque el art. 3.º del Código Civil establece que «las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren»; y, de consiguiente, el *Prontuario* no tendría fundamento para aseverar que se ha resuelto que no está derogado por el artículo final del Código Penal el precepto de la ley 12, tít. 17, Part. 7.

La única sentencia que hemos hallado en la GACETA, que tenga relación con aquella ley, y que se haya dictado después del Código Penal, es la que lleva el número 3,059, de 30 de agosto de 1884; pues en ella el juez de Linares absuelve á los adúlteros de la instancia por falta de prueba, y en consideración á que «el hecho de haber sido hallados de noche en una misma habitación no constituye prueba legal del adulterio, porque no



se ha hecho constar por el querellante que precediera el *afrentamiento* que requiere la ley 12, tít. 17, Part. 7.<sup>a</sup> Mas ésta no es una decisión en el sentido dicho, sino una opinión especial, como es posible que otros Tribunales la hayan tenido, de que aquella ley está vigente, así como se reputaría también como una opinión errónea la de los dos ministros de la Corte de Concepción que, confirmando el 27 de noviembre del mismo año la anterior sentencia, en empate de votos, encontraron, para votar en contra de la confirmación, presunciones graves y precisas del delito de adulterio, y arregladas á la ley 11, tít. 17, Part. 7.<sup>a</sup> Esta ley, que es especialísima para el caso de que, siendo absuelto de acusación de adulterio un hombre, en razón de haber alegado que la mujer era su parienta cercana, debe ser condenado por la sospecha, si después casa con la misma mujer que ha enviudado, no tiene relación alguna con las presunciones de la ley que cita la sentencia, ni puede considerarse vigente, desde que el Código Penal no exceptúa de la pena de adulterio al que sea pariente *muy de cerca* con la mujer.

Finalmente, la *Decisión ó Resolución* que aduce el *Prontuario*, cualquiera que sea su forma, no guardaría tampoco conformidad con la historia de la ley, pues el acta que cita no revela que los autores del proyecto pensaran que debía quedar vigente la ley 12, tít. 17, Part. 7.<sup>a</sup> Por el contrario, y partiendo de la idea de que esa ley no quedaría vigente, el señor Reyes, según el acta 73.<sup>a</sup>, propuso una disposición análoga, á saber, que se tuviera como una presunción de la efectiva existencia del adulterio la violación del requerimiento judicial, ó *afrentamiento* notificado á las personas de quienes se sospechara el delito. Es claro que el proponente quería consignar en el proyecto la disposición de aquella ley. Pues semejante proposición fué desechada, acordando



dejar este punto, por indicación de otro de los redactores, para el Código de Procedimiento Criminal, por cuanto se trataba de la manera de descubrir el hecho.

No hay, pues, un solo dato legal que pudiera dar color de verdad á la falsa doctrina que se enseña, ni hay entre nosotros jurisprudencia práctica que autorice la vigencia de las antiguas leyes españolas que castigaban el adulterio de un modo opuesto al del Código Penal, y que permitían probar por sospechas este delito. El error contrario tiene su origen en las impremeditadas aserciones de algunas prácticas vetustas.

### VIII

En verdad admitían pruebas de sospechas en el adulterio las leyes 12, tít. 14, Part. 3.<sup>a</sup>, y las 10, 11 y 12, tít. 17, Part. 7.<sup>a</sup>

García Goyena, en la obra citada, examina estas leyes en la forma siguiente, que es necesario repetir.

"1548. Cualquiera pudiera inducir del lenguaje de estas leyes que para probar el adulterio se admiten presunciones de toda especie y testigos singulares; pero no es así, pues que se limitan á ciertos antecedentes y á determinadas presunciones: paso á exponerlos, *aunque las creo de poca ó ninguna utilidad al presente.*"

Después de recordar que la 10 permite probar el adulterio por los esclavos bajo ciertas formalidades, y que la 11 se refiere al caso que ya expusimos, del acusado de adulterio con una parienta cercana, continúa:

"1550. Según la 12, sospechando el marido que su mujer hace adulterio ó trabaja por hacerlo, debe intimar por escrito, tres veces y ante hombres buenos, á aquel de quien sospecha que no éntre en su casa, ni se aparte con aquélla en otra casa ó lugar, ni la hable; si después



de esto le hallare con su mujer en alguna casa ó lugar apartado, puede matarle; si los hallare hablando en alguna carrera ó calle, debe poner tres personas por testigos de esto y en seguida puede prender ó hacer prender al contraventor, quien será castigado por el juez como verdadero adúltero; si los encontrare hablando en la iglesia, hará que le prendan los clérigos y que sea entregado al juez seglar para el castigo: todos estos casos se hallan aún más circunstanciados en la ley 12, tít. 14, Part. 3.<sup>a</sup>; *pero repito que hoy día serán de muy poco provecho.*

“1551. Los autores son más latos que estas leyes en dar cabida á las presunciones para probar el adulterio, y comunmente se dice que se prueba por este medio: tal vez el lenguaje general de las mismas leyes ha dado ocasión á esta doctrina sin reparar en que ella se restringe por su exclusiva aplicación á determinados casos.”

Y, en efecto, el sabio jurisconsulto Goyena tenía sobrada razón, no solamente para censurar la latitud que los autores pretenden dar al sentido de las leyes citadas, sino principalmente para repetir que en su tiempo tales leyes eran *de ninguna utilidad y de muy poco provecho*, puesto que él acababa de demostrar que no sólo estaban modificadas, sino en completo desuso, en cuanto el adulterio se castigaba con pena arbitraria, rigiéndose la prueba por las leyes generales. Con cuánta mayor razón se ha podido afirmar eso mismo después del Código Penal Español, y podemos nosotros sentar como incontrovertible que tales leyes no solamente están derogadas por nuestro Código, sino que tampoco pueden reglar la prueba del adulterio, ni aunque se considerasen como leyes de procedimientos, que no lo son, desde que establecen primitivamente derechos. La prueba debe ajustarse ahora, no al procedimiento de las leyes de Partidas, que son hechas para una penalidad derogada por nues-



tro Código, sino al que corresponde á los delitos comunes, entre los cuales éste clasifica el adulterio, con la diferencia de que no permite perseguirlo de oficio.

El Código Penal Chileno está arreglado en esta materia á los principios de la legislación penal moderna, según los cuales el adulterio no existe si no se prueba el hecho que lo constituye.

El Código Francés (art. 338) fué el primero que estableció que no se admitirían otras pruebas que la aprehensión en el acto del adulterio, ó las que resulten de cartas ú otras piezas escritas por el mismo adúltero. El Código Portugués repitió esta disposición en su art. 401, párrafo 2, que dice: «Solamente son admisibles contra el co-reo adúltero las pruebas del flagrante delito, ó las pruebas resultantes de cartas ú otros documentos escritos por él.»

Locré, en la discusión del artículo francés, decía «que era importante fijar la naturaleza de las pruebas que deben ser admitidas para establecer una complicidad, que la malignidad se complace muchas veces en descubrir por indicios frívolos, conjeturas audaces, etc. Después de la prueba del flagrante delito, la menos equívoca de todas, los Tribunales no podrán admitir sino las que resulten de cartas ú otros documentos escritos por el co-reo, pues es en ellos donde el seductor descubre su pasión y revela su secreto.» (Tomo XV, pág. 457.)

Nuestro Código, es cierto, no trae una disposición igual; pero su art. 375 dice: «Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio.»

Luego este delito tiene tres elementos necesarios, como dice Levy María Jordao, el sabio comentador del Código Portugués, enumerándolos de esta manera al



tratar del adulterio: "1.º *Unión consumada de los sexos*, condición esencial del delito, porque la ley no castiga la inmoralidad de los deseos, ni el pensamiento de adúlterar. Aun cuando ese pensamiento se revelase por actos licenciosos, por familiaridades íntimas, no podría constituir una base para aplicar la pena, no sólo porque es difícil, sino imposible, conocer por ellos la intención de cometer el crimen, sino también porque sus consecuencias no son las mismas del crimen consumado. 2.º *El casamiento de uno de los agentes á lo menos*, porque lo que convierte en criminal el comercio ilícito de ambos sexos en este caso, es el tener una persona casada ese comercio con otra diferente de aquella á que está ligada por vínculo conyugal. 3.º *Que haya dolo*, porque si hay violencia, ó error, no hay una acción voluntaria penada por la ley".

Ahora bien, si lo que castiga la ley es el acto de yacer, ó sea la unión consumada de los dos sexos entre mujer casada y varón que no es su marido ¿cómo podrían conciliarse con tal precepto las leyes de Partidas, aunque no estuvieran derogadas, siendo así que ellas admiten como prueba sospechas que apenas indicarían deseos, pensamientos, actos licenciosos, familiaridades íntimas que la ley no castiga?

Esto sería aplicar pena á la tentativa y al acto frustrado del adulterio, cuando el Código no la aplica. Adviértase que el adulterio es la materia del párrafo IX, tít. 7, lib. II del Código Penal, el cual trata de los "crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública"; y que así como en el párrafo V del mismo título, clasificando los diversos actos que constituyen la *violación* de una mujer, dispuso por el art. 362 que estos delitos se consideran *consumados desde que hay principio de ejecución*, también habría re-



pedido tal disposición, si hubiera tenido en mente castigar como adulterio los actos que apenas inducen sospechas de ese delito.

Los mismos preceptos contiene el Código Español, del cual copió el nuestro los suyos, y Pacheco, en el comentario del art. 349 de aquél, que equivale al 375 del Chileno, ha dicho en el número 16 lo siguiente:

«Al concluir este comentario, debemos hacer notar, conviniendo en ello con los señores Vizmanos y Álvarez, que respecto á este crimen no son posibles ni el delito frustrado ni la tentativa. Cuando no hay la *consumación del hecho*, no hay nada para la ley; cuando media la consumación, tenemos el adulterio formal.»

En presencia de esta doctrina ¿se puede todavía sostener, sin incurrir en un capricho, que el adulterio se prueba por sospechas ó por las presunciones que autorizaban, para excusar el homicidio del adúltero, las leyes 12, tít. 14, Part. 3.<sup>a</sup>; y 12, tít. 17, Part. 7.<sup>a</sup>, que indisputablemente están derogadas?

No es cuerdo seguir enseñando la doctrina contraria, ni mucho menos creemos propio del elevado magisterio de los abogados que, comprendiendo el absurdo que contiene el núm. 11 del art. 10 del Código Penal, pretendieran dar todavía mayor latitud que la que éste admite al principio de la *vindicta particular* de la legislación visigoda. Y le darían semejante latitud, haciendo todavía más ilógico nuestro Código, si admitieran como prueba del adulterio las sospechas, como lo hacían las leyes bárbaras, en obsequio de la venganza particular de los maridos celosos.

J. V. LASTARRIA.

---