

HUMANITARISMO AUDIENCIAL EN UNA CAUSA CRIMINAL POR ABIGEATO EN EL REINO DE CHILE, 1774

GILBERTO HARRIS BUCHER
UNIVERSIDAD DE PLAYA ANCHA
UNIVERSIDAD MARÍTIMA DE CHILE

I. INTRODUCCION

Al Chile de los siglos XVI y XVII, en el que sería difícil no percibir la absorbente temática bélica, sucede una centuria pródiga en auspiciosos reajustes coloniales que consultan el «*establecimiento de nuevos organismos, agencias y funcionarios, depuración y racionalización administrativa en el ámbito de la hacienda pública y municipal, proyectos para dar solución a los asuntos indígenas, mejoramiento de las condiciones existentes en las comarcas, reglamentación encaminada a liberalizar el comercio, estrategias defensivas contra las incursiones de potencias extranjeras, ajustes territoriales para uniformar el cuadro administrativo y eclesiástico y su nomenclatura*»¹, previsoras disposiciones impuestas desde la metrópoli, que indudablemente incidirán en el mejoramiento de la situación existencial del Reino, toda vez que sean receptadas y aplicadas por los funcionarios y organismos correspondientes. Sin embargo, junto a estas diversas disposiciones que serán gradualmente implementadas por la acción gubernativa, según fuesen las necesidades e imperativos locales y regionales, desde el advenimiento de la decimoctava centuria, y concretamente remontando su segunda mitad, se hace patente la existencia de un problema que por su gravedad obligará a extremar las acciones de los justicias, como también la adopción de medidas paliativas

¹ COBOS NORIEGA, María Teresa, *La división territorial de Chile y sus modificaciones. 1700-1818*, en *Coloquios de los profesores del Instituto de Historia* (Valparaíso, 1982), p. 20; también, profundizando en todo, sus estudios, *La división político-administrativa de Chile, 1541-1811* (Valparaíso, 1989), 33 y ss. y *Notas para el estudio de las Intendencias en el Chile Indiano*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XI (Valparaíso, 1986), pp. 109-141.

y represivas por parte de la autoridad política. Nos estamos refiriendo a la proliferación de la delincuencia en despoblado y, concretamente, a la figura delictual más característica de la campiña chilena: el abigeato².

En lo que respecta al delito que nos ocupa, debemos consignar dos importantes cuestiones. Por una parte la relación existente entre vagabundaje y abigeato. Un excelente estudio sobre este tópico ha llegado a demostrar de manera patente como «*el vagabundaje marcha íntimamente relacionado con el cuatrерismo; el cuatrерismo del vagabundo aparece como una nota concordante con rasgos generales de la sociedad rural chilena y de todo un medio histórico...*»³. Los contemporáneos también lo entendieron así, y por los perniciosos ejemplos que ofrecía, no debe de extrañarnos que el legislador llegase a penar severamente la vagancia⁴. En verdad, vagabundaje y cuatrерismo aparecen en el dieciocho como

² Véase Consulta de Amat a la Audiencia. Santiago, 27 de mayo de 1758, en Manuscritos Medina 189, 4338 e Informe de Juan Martínez de Rozas, asesor de la Intendencia de Concepción, sobre el estado político de la Provincia y los medios de extinguir la plaga de vagos, ladrones, etc., que la infestan, 1804, reproducido por COBOS NORIEGA, María Teresa, *La institución del juez de campo en el Reino de Chile durante el siglo XVIII*, en *REHJ V* (Valparaíso, 1980), p. 152 ss.; vs. otros importantes testimonios -desperdigadamente- aparecen en el documentado artículo de Cobos Noriega precedentemente citado; consúltese además SCHIAFFINO, Santiago Lorenzo, *Origen de las ciudades chilenas. Las fundaciones del siglo XVIII* (Santiago, 1983), p. 368 ss.; también COBOS, María Teresa y Santiago Lorenzo, *Esquema de la administración de justicia en las áreas rurales chilenas, 1700-1786*, en *Revista de Derecho X* (Valparaíso, 1985), pp. 65-88. Entre los siglos XVII y XIX, el delito de abigeato también fue uno de los más difundidos allende los Andes. Vs. LEVAGGI, Abelardo, *El delito de abigeato en los siglos XVII, XVIII y XIX*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene 24* (Buenos Aires, 1978), p. 108.

³ GÓNGORA DEL CAMPO, Mario, *Vagabundaje y sociedad fronteriza. Siglos XVII a XIX* (Santiago, 1966), p. 7. Sobre el vagabundaje en el Norte Chico vs. CARMAGNANI, Marcello, *El salariado minero en Chile colonial. Su desarrollo en una sociedad provincial: el Norte Chico 1690-1800* (Santiago, 1963), p. 41 ss. La diferencia fundamental entre el vagabundaje del Norte Chico, respecto del de la zona central, la prefrontera y la frontera fue la incorporación -mediante medidas semicomulsivas y compulsivas- de los marginados de la parte septentrional del Reino a las tareas mineras.

⁴ Es por todos conocido que hoy en día la vagancia -estrictamente hablando- no constituye un delito en sí mismo. Mas otrora sí lo fue, constituyéndose no sólo en una circunstancia agravante en el momento que los justicias punían la comisión de un delito, sino que fueron promulgadas sendas disposiciones legales -bandos- cuyo objeto no fue otro que el de penalizar la acción de vagar, ya que desde el mismo siglo XVI, la vagancia fue considerada como un género de vida próximo a la acción de delinquir. El artículo quinto de un Bando de Buen Gobierno promulgado en 1788, que seguramente reeditaba disposiciones anteriores, ordenaba: «*Que salgan inmediatamente de esta jurisdicción todos los vagabundos, ociosos y gente de mal vivir, pena de que, pasados tres días, por el mismo hecho de hallarse sin oficio, empleo u ocupación servible y lícita, sean destinados a servir en obras públicas o reales, o en cuerpos de tropa de esta capital, o plazas de Valdivia, conforme a la naturaleza de los casos, por seis años, y que ninguna persona de cualquier estado o calidad los reciba, abrigue ni oculte en sus casas, pena de treinta pesos de multa o un mes de cárcel, según sus circunstancias*». Bando de Buen Gobierno proveído por Ambrosio O'Higgins, 1788, en Archivo Nacional. Fondo Capitanía General 811, pza. I.

una nota concordante con las condiciones existenciales de las comarcas, sociedad en que la ahintegración, la dispersión poblacional, la carencia de vías de comunicación, la marginalidad social que afectaba al mestizo, la disgregación familiar o el trabajo estacional complotaban contra todo intento por mantener la población en justicia y religión.

Más importante aún, y como consecuencia directa del alarmante grado que adquiere el hurto de ganado mayor y menor, es que en 1756 la autoridad política se aboca a la tarea de nombrar jueces de Comisión en los pagos cercanos a Serena, ello, con el fin de poner coto a *“los continuos desórdenes que se hacen en el campo, robando ganados a los dueños de haciendas y cometiendo otros delitos...; [-por ello es que-] he tenido por conveniente dar Jurisdicción a esos [-hacendados-] para que puedan hacer sumarias, prender [-a-] los reos y remitirlos presos a las cárceles de las villas de su Jurisdicción”*⁵. Cinco años más tarde el arbitrio de tan previsora disposición era ampliado por el Gobernador interino Félix de Berroeta al decretar *«que en todos los Corregimientos del Reino se señalasen y destindasen ciertos [-y-] proporcionados distritos, y en cada uno se nombrase persona de entera satisfacción y celo, para que con particular comisión de este Superior Gobierno e instrucción del Señor Fiscal persiguere con eficacia y [-diligencia-] a todo ladrón y vagabundo»*⁶.

II. LEGISLACION APLICABLE A LA REPRESIÓN Y SANCIÓN DEL DELITO DE ABIGEATO EN EL REINO DE CHILE

1. Algunas disposiciones en el Derecho originario chileno

a) Bandos de gobernadores y corregidores.

b) Autoacordados de la Real Audiencia.

a.1. *«En vista del aumento de los hurtos de ganados mayores y menores se condena a la pena de muerte al que robare más de 5 cabezas de ganado mayor y 10 del menor, consultando a la Audiencia antes de su ejecución: los que delinquirán en cantidades menores recibirían 100 azotes y destierro de 4 años en una fortaleza»*. Bando de Buen Gobierno proveído por el Gobernador José Antonio Manso de Velasco en 1739⁷.

a.2. *«Que por el primer hurto que cometiese cualquier reo siendo mestizo, mulato, negro o sambo si fuese de una cabeza de ganado mayor o de las de gana-*

⁵ Bando de Manuel de Amat y Junient. Santiago, 12 de mayo de 1756, en Archivo Nacional. Fondo Cabildo de Serena 10, pza. 3.

⁶ Bando de Félix de Berroeta. Santiago, 15 de diciembre de 1761, en Archivo Nacional. Fondo Cabildo de Serena, 18, pza. 1.

⁷ Extracto reproducido por Góngora del Campo (n. 3), p. 10.

do menor se [-le-] diesen doscientos azotes, se le corte el pelo y se le rapen las cejas. Pues si fuese el hurto de dos cabezas de ganado mayor o cuatro de menor, [-además-] de los doscientos azotes, trazura de pelo y cejas fuese desterrado por un año a cualquiera de los presidios de Valdivia, Islas de Juan Fernández o [-a-] la Piedra que más proporcionase la ocasión, creciendo según el aumento de los ganados mayores o menores, la pena de los años del destierro. Y siendo españoles los que cometiesen primero hurtos, se remitiesen con sus causas a la Real Audiencia para que determinase lo que fuese de Justicia. Que en caso de reincidencia, los mestizos, mulatos, negros o sambos aunque este segundo hurto fuese solo de una cabeza de ganado mayor o dos de [-una-] menor se les repitan los doscientos azotes, la trazura de pelo y cejas, sean desterrados a Chagre [-¿Chagres?-] por dos años aumentándose a proporción de las cabezas de ganado los años de destierro, reservando a la Real Audiencia la graduación de penas a los españoles que reincidieran y, finalmente que si creciese a tanto la insolencia del delincuente que castigado dos veces con temor de Dios y respeto a la Real Justicia [-cometiese el-] tercero hurto de una o más cabezas de ganado mayor, de dos o más del [-ganado-] menor se le aplique la pena ordinaria de muerte que prescriben nuestras leyes Reales»⁸.

a.1. *«De acuerdo con el Bando Público de este Partido [-Puchacay-] se ordena aplicar la pena de azotes a los ladrones que incurran en hurtos menores y mayores»⁹.*

b.1. *«Siendo frecuente el robo de ganado, quedando en la impunidad frecuentemente los malhechores con detrimento de los dueños de las haciendas, deberán los jueces perseguirlos con la mayor actividad»¹⁰.*

b.2. *“a los ladrones de ganado se les aplicará la pena de azotes y de vergüenza pública”¹¹.*

Respecto del derecho originario chileno y el delito que nos ocupa es importante consignar que el bien jurídico tutelado por las leyes no sólo se constituyó en uno de los más importantes instrumentos de que se valió el conquistador para impulsar y consumar la tarea colonizadora, sino que también, y desde un comienzo, la riqueza pecuaria se constituyó en una de las fuentes básicas de la frágil y estancada economía de Nueva Extremadura. Pensemos en el papel que jugó el

⁸ Bando de Buen Gobierno proveído por el Gobernador Interino Félix de Berroeta. Santiago, 15 de diciembre de 1756, en Archivo Nacional. Fondo Cabildo de Serena, volumen 18, pza. 1. Otras disposiciones, véanse en Cobos Noriega (n. 2), p. 123; Carmagnani (n. 3), p. 46-47.

⁹ Bando evacuado en Puchacay, 1764, en Archivo Nacional. Fondo Judicial de Puchacay, vol. 114.

¹⁰ Autoacordado de lo declarado por la Real Audiencia sobre la facultad de aplicar la justicia ordinaria la pena de azotes. Santiago, 6 de septiembre de 1796, en Archivo Nacional. Fondo Capitanía General, 811, pza. 62.

¹¹ Real providencia circular de la Real Audiencia. Artículos 2º y 4º. Santiago, 6 de septiembre de 1796, en Archivo Nacional. Fondo Judicial de Talca, 1227, pza. 2.

caballo en el teatro de guerra de la frontera y el ultrabioabío; pensemos en la incidencia que ostentaron algunos subproductos ganaderos, como las badanas, el sebo y los cordobanes en nuestra siempre deficitaria balanza comercial¹²; pensemos que la utilización del ganado caballar y mular hizo posible el transporte de productos hortícolas y frutícolas desde los centros periféricos de producción hacia los centros de consumo ubicados en el centro y, principalmente, hacia los puertos de exportación; pensemos que el empleo del caballo fue un importante elemento coadyuvante en la administración de justicia, especialmente en aquellos corregimientos excesivamente dilatados y de difícil topografía; pensemos que la carne se constituyó en el principal componente de la dieta alimenticia de los soldados acantonados en la «frontera de guerra», como también en la manutención de la guarnición y población carcelaria de la Plaza y Presidio de Valdivia¹³. Estas y otras consideraciones ayudan en no poca medida a explicar el interés de los justicias y de la autoridad política en lo que respecta a la mitigación del delito que nos ocupa. Empero, además de lo ya consignado, como también al hecho de que el abigeato ofrecía perniciosos ejemplos y perturbaba la tranquilidad pública, nos parece que el legislador mereció especial cuidado contrarrestar la acción de los cuatrerros atendiendo a una consideración más de fondo y en la cual existía un estrecho nexo de unión entre el interés particular y el interés público. En efecto, si consideramos que por aquel entonces -siglo XVIII- el ganado mayor y menor que apacentaba en las fincas y predios rústicos carecía de custodia inmediata, vale decir, se encontraba alejado de la vigilancia de los que con buena fe y justa causa poseían, y si pensamos además que otrora las heredades estuvieron infradotadas de defensas preconstituidas -entiéndase linderos, términos o cercos¹⁴- era natural que el legislador reforzara de alguna manera la tutela privada, que en este caso dependía de la fe pública y estaba por tanto permanentemente expuesta a ser vulnerada, y de paso cautelaba una de las riquezas básicas de la economía del Reino. En otras palabras, el legislador agravaba la sanción aplicable a esta clase de delito contra la propiedad -según cuales fueren las características locales y la frecuencia de su comisión-, al considerar por una parte, que la tutela privada se encontraba ciertamente disminuida, y por la otra, al sobrevalorar protegiendo -como corres-

¹² Con respecto a la incidencia de la producción pecuaria en el comercio exterior de las regiones de Santiago, Serena y Concepción vs. el documentado estudio de CARMAGNANI, Marcello, *Les mécanismes de la vie économique dans une société coloniale: Le Chili, 1680-1830* (Paris, 1873), p. 33 ss.

¹³ Sabemos que durante el siglo XVIII, Valdivia recibía anualmente 5.000 quintales de charqui, 400 de sebo y 800 botijas de grasa. GUARDA, Gabriel, *La Economía de Chile austral antes de la colonización alemana. 1645-1850* (Valdivia, 1973), p. 33.

¹⁴ Hecho que explicaría uno de los aspectos fundamentales de la institución de los préstamos de tierras que se verificó en las haciendas de la zona central durante el decurso del diecisiete: el precario tenedor debía «custodiar sus límites, y cuidar de que los ganados vacunos y caballos, que andaban grandes distancias sin pastor, no se extraviasen». vs. GÓNGORA DEL CAMPO, Mario, *Origen de los «inquilinos de Chile central»* (Santiago, 1960), p. 41.

ponde hacerlo a todo pueblo que basa su economía en los productos primarios- la riqueza pecuaria.

Sin embargo, en cuanto a penología, rara vez se aplicó la pena de muerte a los cuatrerros reincidentes. En verdad, los togados audienciales aplicaron fundamentalmente penas paralelas, vale decir, dos sanciones de distinta intensidad: azotes y pena de destierro en las obras del rey o en trabajos públicos verificados en las principales villas¹⁵. Con lo primero se satisfacía la vindicta pública, y con lo otro mediaba un evidente utilitarismo, considerando la infinidad de obras públicas en las que se necesitaba mano de obra «sedentaria».

2. *Derecho Castellano Supletorio*¹⁶

- a) Fuero Juzgo (Libro VII, Título III, Ley XXIII)
- b) Fuero Viejo de Castilla (Libro II, Título III, Ley IV)
- c) Leyes de Estilo (Ley 76)
- d) Fuero Real (Libro IV, Título XIII, Ley III)
- e) Las Partidas (Partida VII, Título XIV, Ley XIV)

Los antenotados códigos han sido dispuestos en estricto orden cronológico. Hemos omitido ordenarlos según el orden de prelación establecido por la Ley I de Toro y la Ley 1.2, título I, Ley 2 de la Recopilación de 1680 por una razón práctica: en lo que al abigeato respecta, la doctrina citada por defensores y acusadores aparece monopolizada por Las Partidas. De lo anterior se infiere que el derecho efectivamente vivido, en lo que respecta al derecho supletorio aplicable al abigeato, fueron las normas sancionadas por Alfonso X El Sabio¹⁷. Nuestro aserto anterior, explica lo inoficioso que hubiese sido consignar el tenor de los preceptos legales que aparecen en la Recopilación de Leyes de Indias, la Nueva Recopilación de Castilla y la Novísima Recopilación. En todo caso, este último código llegó a aplicarse de facto en Chile recién a partir de 1816¹⁸.

¹⁵ Vs. PIZARRO LAVÍN, María, *Jurisprudencia Penal Indiana. Delito de Abigeato*. Memoria de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile (Santiago, 1961), p. 24.

¹⁶ Los textos completos en MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo, *Códigos antiguos de España, desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación* (2 vols. Madrid, 1885).

¹⁷ Eso se infiere del trabajo de Pizarro Lavín (n. 15), desperdigadamente; allí se compulsan más de 300 casos por abigeato.

¹⁸ Vs. COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Derecho penal chileno*, tomo I (Santiago, 1975), p. 74 n. 127.

III. CAUSA CRIMINAL CONTRA TOMÁS CABRERA POR EL DELITO DE BIGEATO¹⁹

1. En el asiento de Arque, jurisdicción de San Bartolomé de Chillán²⁰, en 7 de enero de 1774, Dionisio Acuña, Alcalde de la Hermandad²¹, dicta auto cabeza de proceso, respecto de las actividades de Tomás Cabrera por cuanto se halla «...informado que Tomás Cabrera es público ladrón vagante de malos vicios y propiedades y que ha cometido varios delitos^[22] para venir en conocimiento de la realidad y darle el castigo correspondiente».²³

2. El Alcalde de la Hermandad conoce las declaraciones de cuatro testigos^[24] que acusan a Cabrera de abigeo. Bartolomé Espinoza, manifiesta «que sabe que el dicho Tomás Cabrera mató un novillo negro que le robaron a Don Juan

¹⁹ Causa criminal sin caratular, en Archivo Nacional. Fondo Real Audiencia, 1330, pza. 23, 9 fojas.

²⁰ Villa cabecera del corregimiento de Chillán.

²¹ La jurisdicción de los alcaldes de la hermandad se extendía más allá de las cinco leguas del rastro de la ciudad, refrenando -conociendo y en ocasiones también poniendo en los pagos en que no hubiesen justicias ordinarios- «los excesos cometidos en lugares yermos, y despoblados, por la mucha gente ociosa, vagabunda, y perdida, que vive en ellos, con grave detrimento de los caminantes y personas que habitan en partes desiertas, sin vecindad [-es decir, donde no existía población ni concurrencia de gentes-], ni comunicación de quien los ayude en las necesidades, robos, e injusticias, que [-todos ellos-] padecen...»: Recop. libro IV, título IV, ley primera. En lo que a los pleitos de indios respecta sólo podían «... hacer la averiguación, y remitirla al [-Alcalde-] ordinario, si no fuere sobre hurto de ganado, [-el-] que en este caso podrá proceder como los [-alcaldes-] ordinarios [-vale decir levantando la sumaria y puniendo-]...»: Recop. libro V, título IV, ley IV. Con respecto a la competencia y procedimientos de la antigua institución en nuestro Reino vs. ZORRILLA CONCHA, Enrique, *Esquema de la justicia en Chile colonial* (Santiago, 1942), p. 137 ss.; para España vs. TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *El derecho penal de la monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII* (Madrid, 1969), p. 27 ss. La diferencia fundamental entre la hermandad chilena y su patrón peninsular, fue sin lugar a dudas el hecho de carecer la nuestra del aparato de tribunales y cuadrilla: vs. Góngora del Campo, (n. 3), p. 9.

²² Una de las más importantes conclusiones a que el estudioso puede llegar tras realizar una atenta exégesis a las causas criminales de abigeato, dice relación con el alto porcentaje de procesos substanciados por la comisión de varios delitos, vale decir, el abigeato acompañado de otra figura delictual. Estos en estricto orden de prelación según la frecuencia de su acción, serían los siguientes: abigeato y vagancia, abigeato y robo de especies, abigeato y amancebamiento, abigeato y fuga de cárcel, abigeato y salteo, abigeato y homicidio, abigeato y lesiones. El tenor precedente se infiere del análisis de los cuadros confeccionados sobre la base de la compulsación de 331 procesos de abigeato por Pizarro Lavín (n. 15), p. 13.

²³ Archivo Nacional. Fondo Real Audiencia, 1330, pza. 23, foja 1.

²⁴ En relación al número de testigos, una Instrucción para la sustanciación de las causas criminales -proveída por la Audiencia en auto de 16 de marzo de 1757- señalaba que estos debían ser «..., dos o tres a lo menos, principalmente en causas graves, procurando que sean españoles y que sepan firmar, y si es posible que sean personas de excepción [-por testigos mayores de toda excepción, se entendían a todos aquellos sobre los que no procedía tacha legal algu-

Riquelme»²⁵, como también de que el inculpado hurtó un caballo mulato y mató un novillo de noche. Vicente Moncada por su parte, señala que sabe que Cabrera mató un novillo y otras dos reses. Felipe Marchant en tanto, señala conocer por espacio de doce años a Cabrera, teniéndolo «*por ladrón y aposentador de salteadores y bandolero*»²⁶. El tenor de las declaraciones del último testigo, Juan Marchant, no defirió sustancialmente de la consignada precedentemente.

3. Una vez levantada la sumaria y examinados los testigos, el Alcalde de Hermandad procede a remitir al inculpado a la villa de San Bartolomé de Chillán, lugar en el que su Corregidor, Juan de Ojeda, dicta auto de prisión contra Cabrera, ordenando se tome confesión al preso.

4. Confesión del preso: dice llamarse Tomás Cabrera, «*que es natural de esta jurisdicción, que es casado, que no sabe la causa de su prisión cuando en la sumaria resulta ser ladrón, siendo uno de sus robos un novillo negro que le robaron a Don Juan Riquelme*»²⁷.

5. Sustanciación de la causa en la Audiencia: el Oidor que hace de Fiscal, luego de conocer el tenor de los autos criminales originales, evacua proyecto de sentencia, condenando a Cabrera a «*...tres meses de servicio personal a ración y sin sueldo en la obra pública de la acequia de Maypo*»²⁸.

6. En 22 de marzo de 1774 -es decir, luego de poco más de cincuenta días después de que el Alcalde de la Hermandad lábrase el auto cabeza de proceso-, los togados de la Audiencia condenan a Cabrera «*...en tres meses de servicios a la obra pública de la acequia de Maypo y se le apercibe no lo quebrante [-so-] pena del duplo y se ejecute en virtud del testimonio de este decreto*»²⁹.

7. Posteriormente, los miembros de la Audiencia acuerdan conmutar «*...el destierro a los tres meses de la obra de Maypo a Tomás Cabrera, por el mismo término a la del Puente de esta ciudad [-Santiago-] con motivo de padecer el accidente de gota coral, y porque pudiera desempeñarse al Río de Maypo por evitar este riesgo*».³⁰

na-], de cuya falta se reciben los que se hallan, prefiriendo los que vieron el hecho a los que lo oyeron [-además, de los testigos oculares o de vista, pueden deponer aquellos que han adquirido el conocimiento de los hechos por un tercero-], y generalmente que den razón cómo y por quién saben lo que declaran, que juren antes de declarar y que sepan lo que es juramento». Vs. Archivo Nacional. Fondo Real Audiencia, vol. 3137, in folio.

²⁵ Archivo Nacional. Fondo Real Audiencia, vol. 1330, pza. 23, fojas 1 y 1 vta.

²⁶ Archivo Nacional. Fondo Real Audiencia, vol. 1130, pza. 23, foja 1 vta.

²⁷ Archivo Nacional. Fondo Real Audiencia, vol. 1330, pza. 23, foja 3.

²⁸ Dictamen del Oidor que hace de Fiscal. Santiago, 22 de marzo de 1774, en Archivo Nacional. Fondo Real Audiencia, vol. 1330, pza. 23, foja 7 vta.

²⁹ Auto de sentencia de la Audiencia. Santiago, 22 de mayo de 1774, en Archivo Nacional. Fondo Real Audiencia, vol. 1330, pza. 23, fojas 7 vta. y 8.

³⁰ Auto de fe del escribano de Cámara de la Audiencia. Santiago, 15 de abril de 1794, en Archivo Nacional. Fondo Real Audiencia, vol. 1330, pza. 23, foja 8 vta.

IV. COMENTARIO FINAL

Del análisis a los conceptos vertidos por los deponentes pareciera inferirse claramente la culpabilidad de Cabrera, ya que las declaraciones de los testigos son categóricas: «*ladrón de pública voz y fama y aposentador de salteadores y bandoleros*» concluyentes testimonios que evidentemente no hacían sino abonar una virtual sentencia a muerte. Empero creemos, que el hecho de que los testigos se refieran de oídas a los acontecimientos que dieron origen a la causa criminal, -semiprueba-, es decir la circunstancia de no haber presenciado personal y directamente la comisión de los mismos, evidentemente tenía que redundar en una sentencia más benigna que la contemplada por el ordenamiento jurídico vigente, ya que en la causa que nos ocupa, no es posible advertir -tras las declaraciones de los testigos y de la confesión del reo- plena prueba en contra de Cabrera. A pesar de lo anteriormente expuesto, nos parece que los togados de la Audiencia «olvidan» por completo los contundentes parágrafos de las disposiciones legales que sancionaban con pena de muerte al reincidente consuetudinario por una razón más de fondo, y que indudablemente implicaba razones estrictamente humanitarias. En efecto, nos parece que la expresa mención de la enfermedad de gota coral, que es aquella que causa hinchazón y dolores agudos en las articulaciones de los extremos del cuerpo, impidiendo el movimiento, ayuda en no poca medida a explicar el hecho -al menos en esa causa criminal- del completo divorcio entre la norma prescrita y la sanción aplicada, ya que si consideramos que por aquel entonces la enfermedad de gota coral correspondía en verdad a la epilepsia -es decir, aquella enfermedad nerviosa que produce convulsiones parciales o generales, contracciones violentas, perturbaciones y pérdida del sentido-, no nos queda más que aceptar que la benignidad de la pena impuesta, obedece a consideraciones eminentemente humanitarias y prácticas. Resulta evidente que los riesgos de perder la vida para un individuo aquejado del mal que nos ocupa, aumentaba peligrosamente si hubiese sido condenado a pena corporal o encierro prolongado. Nos parece que los parágrafos finales del apartado g), es decir «con motivo de padecer el accidente de gota coral, y porque pudiera despeñarse al río de Maypo por evitar este riesgo», sin lugar a dudas constituyen una suerte de fundamentación a la sentencia, y creemos explican la benignidad de la pena impuesta.

Es interesante consignar el hecho de que los teólogos, juristas, moralistas, filósofos y tratadistas de los siglos XVI y XVII no llegaron a prodigarse en largueza con respecto a la epilepsia como una causa subjetiva de irresponsabilidad penal. Sus pronunciamientos en relación a esta enfermedad no pasaron más allá de vagas referencias, debido a la casi completa inexistencia de casos patológicos y, principalmente, porque no ignoraban que aquella sumía al individuo en un grado de inconsciencia evidente.³¹

³¹ Vs. MONTES, Jerónimo, *Precursores de la ciencia penal en España* (Madrid, 1911), p. 20.