

LAS RAICES HISTORICO-CULTURALES DEL DERECHO PENAL CHILENO

SILVIA PEÑA

Ex Colaboradora del Max Planck-Institut für Strafrecht (Freiburg i. B.)

I

Desde el comienzo de la conquista y posterior colonización de América, la corona de Castilla estuvo muy preocupada por otorgarle a este proceso una adecuada reglamentación jurídica, desplegando con este fin una intensa actividad legisladora en relación a los dominios americanos, el fruto de la cual fue posteriormente refundido en la *Recopilación de Leyes de Indias*, de 1680. Dicho cuerpo legal consta de 6377 leyes sobre las más distintas materias y está dividido en nueve libros. De estos nueve libros, sólo el octavo está dedicado a materias penales; sus ocho títulos¹ contienen una mezcla de Derecho penal sustantivo y procesal, de normas relativas a la organización de los tribunales y al Derecho penitenciario. En lo que respecta al Derecho penal sustantivo, hay que destacar que la Recopilación contiene escasas disposiciones acerca de lo que hoy llamaríamos Parte General; las pocas normas de carácter general tienen como principal objetivo regular la situación penal de los indios, la que podría calificarse de privilegiada en relación a los españoles. Un ejemplo de esta actitud benévola frente a los indígenas lo encontramos en la Ley VI, 10, 25, según la cual los delitos cometidos por españoles contra algún indio debían ser castigados en forma más severa que los delitos cometidos por éstos contra un español.

¹ El epígrafe de los títulos es el siguiente: Título I: *De los pesquisidores y jueces de comisión*; Título II: *De los juegos y jugadores*; Título III: *De los casados y desposados en España e Indias, que están ausentes de sus mujeres y esposas* (de escaso interés penal); Título IV: *De los vagabundos y gitanos*; Título V: *De los mulatos, negros, berberiscos e hijos de indios*; Título VI: *De las cárceles y carceleros*; Título VII: *De las visitas de cárceles*; Título VIII: *De los delitos y penas, y de su aplicación*.

Otro ejemplo de esta política proindígena nos lo proporciona la Ley VII, 8, 10, que prohíbe aplicar a los indios la pena de galeras y de destierro, así como también la pena de azotes y la multa, admitiendo únicamente la condena a trabajos en un convento o en algún servicio del Estado². Otras disposiciones de carácter general están contenidas en los títulos IV y V, en los que se establece una serie de medidas aseguradoras y preventivas en contra de vagos, gitanos, negros, mulatos y berberiscos, así como para la protección de huérfanos y desamparados.

El Libro VII contiene también una serie de normas sobre delitos en particular, tendientes sobre todo a la preservación de la moral y de las buenas costumbres. Así, por ejemplo, el Título II prohíbe absolutamente toda clase de juegos de azar, porque de esta clase de juegos resultan *muy grandes inconvenientes, y delitos atroces en ofensa de Dios nuestro Señor, con juramentos, blasfemias, muertes y pérdidas de hacienda*³. De esta finalidad moralizadora de la legislación indiana da fe también la Ley 5, del Título VIII, que ordena que en caso de adulterio se aplique como multa el doble de lo que deba pagarse en Castilla, disposición de la que sólo están exceptuados los indios. Otros delitos tipificados en esta ley son la blasfemia, el falso testimonio y, en ciertos casos, el porte de armas.

La recopilación contiene, además, algunas disposiciones de interés relativas a la pena. Se trata de las Leyes 15 a 17 del Título VIII, que prohíben al juez atenuar la pena legal —aun tratándose de la pena de muerte—, o bien, de admitir una composición pecuniaria en lugar de la pena pública. Esta prohibición se explica por el hecho de que, como más adelante veremos, los jueces tendían a hacer un uso más humano del Derecho penal de la época, que se caracteriza por su severidad.

Esta manifiesta insuficiencia del Derecho penal sustantivo obedece a la circunstancia de que la *Recopilación de Indias* no era ni con mucho la única fuente del Derecho penal en el tiempo de la colonia, sino que además, por Real Cédula de Carlos I, de 1530, refrendada por Felipe II en la Ordenanza 320, y por Felipe III en

² Véase sobre este punto especialmente el Título X del Libro Sexto, que lleva por epígrafe *Del buen tratamiento de los indios*, el cual constituye un categórico desmentido a la leyenda negra del tratamiento abusivo y cruel de que habrían sido objeto los indios por parte de los españoles. Sin perder de vista que estas leyes bien intencionadas y llenas de sentido humanitario pudieron muchas veces quedar incumplidas, resultan interesantes para juzgar el espíritu con que la corona de Castilla pretendía llevar a cabo la conquista.

³ Cfr. Ley 2 del mismo Título.

la misma Recopilación (Ley II, I, 2), se establece que *en todos los casos, negocios y pleytos en que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta Recopilación, ó por Cédulas, Provisiones, ú Ordenanzas dadas, y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra órden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reyno de Castilla, conforme a la de Toro, así en cuanto a la substancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleytos, como á la forma y órden de substanciar*. De esta manera, a falta de una disposición especial para América había de aplicarse en forma supletoria el Derecho de Castilla, según el orden establecido en la Primera Ley de Toro, esto es, en primer lugar, los ordenamientos o leyes promulgadas por el Rey a propuesta o con acuerdo de las Cortes, y las pragmáticas emanadas del poder absoluto del Rey, con valor igual a las leyes; en segundo lugar, los fueros generales o locales, y en tercer lugar, las *Siete Partidas*⁴. Ahora bien, puesto que el Derecho penal estaba regulado en la Recopilación de Indias de modo muy imperfecto —a diferencia de lo que ocurre con el Derecho penitenciario, que está reglamentado hasta en sus más mínimos detalles—, este cuerpo legal es de importancia muy secundaria en materia penal, cobrando así el Derecho supletorio un interés decisivo para nuestra investigación, ya que representa el Derecho verdaderamente aplicado en la práctica durante los tres siglos de la época colonial⁵.

Esta circunstancia nos obliga a ocuparnos del Derecho penal castellano vigente durante los siglos XVI a comienzos del XIX, que son los que abarca este período. Dicha tarea no resulta nada fácil, pues el Derecho penal castellano de la época imperial ofrece un cuadro abigarrado y confuso que se traduce en la coexistencia simultánea de diferentes cuerpos legales provenientes de distintas épocas⁶, hecho que obligaba a publicar cada cierto tiempo textos

⁴ No obstante el orden establecido en esta disposición, en la práctica judicial el orden de importancia no es el mismo, ya que, como tendremos ocasión de ver más adelante, el texto legal al que con mayor frecuencia se recurre son las Partidas.

⁵ Esta insuficiencia del Derecho penal indiano se explica por el hecho de que constituía sólo una legislación especial, la cual suponía la común o general representada por el Derecho castellano, válido para todos los dominios dependientes de la corona de Castilla (cfr. GARCÍA GALLO, Alfonso, *La ley como fuente de Derecho en Indias en el siglo XVI* (Madrid 1951), pp. 10 y ss.

⁶ Esta situación tenía su causa en la deficiente técnica legislativa de los reyes castellanos, que omitían poner en sus pragmáticas una cláusula derogatoria, por lo que se hacía muy difícil saber cuál era la legislación actualmente vigente.

refundidos de la legislación vigente —las recopilaciones— y a fijar, mediante leyes de prelación, el orden en que debían aplicarse las distintas leyes existentes, a fin de lograr una cierta sistematización en el caos legal imperante. Esta situación va a mantenerse hasta la mitad del siglo XIX, en que llega a España con cierto retraso el movimiento codificador que había surgido en el resto de Europa como consecuencia de la divulgación de las ideas iluministas.

Ante la imposibilidad de referirnos a todas las leyes españolas de importancia penal, nos limitaremos a destacar las que, a nuestro juicio, son de mayor interés desde el punto de vista histórico-cultural que en mayor medida han dejado huellas en nuestra propia legislación.

a) Cronológicamente hablando, es el *Fuero Juzgo*, la primera compilación legal española, a la que puede darse este nombre. Este cuerpo legal, conocido como *Liber Judiciorum*, *Liber Judicum* o *Codex Wisigothorum*, data de la época de la monarquía visigótica que se estableció en la Península Ibérica entre los siglos V y VIII. El *Fuero Juzgo* contiene numerosísimas leyes sobre distintas materias, que fueron dictadas por distintos reyes —pero sobre todo por Chindasvinto y su hijo Rescesvinto— y en distintas épocas, como asimismo muchas que provienen directamente del Derecho romano o de leyes visigodas anteriores. Estas leyes fueron luego recopiladas y ordenadas por materias, dando lugar así al *Liber Judicum*, promulgado por Rescesvinto en el año 654 y revisado por Ervigio en el año 681. En la redacción de los preceptos cupo un papel destacado a los Concilios, especialmente a partir del tercer Concilio de Toledo, celebrado en el año 586.

Con el *Fuero Juzgo*, el primer código de Europa después de la caída del Imperio romano de Occidente⁷, se produjo la unificación del Derecho hispano-romano con el Derecho germánico, con fuerte preponderancia del primero⁸. La parte correspondiente al Derecho penal es considerable: de los doce libros de que consta el *Fuero Juzgo*, cuatro están dedicados a materias penales. Ellos son el Libro

⁷ Según el decir de Joaquín Francisco PACHECO en *De la Monarquía Wisigoda y de su código El Libro de los Jueces o Fuero Juzgo* (en *Los códigos españoles concordados y anotados*, Madrid 1847, T. I, p. XXXVII).

⁸ La influencia preponderante del Derecho romano en el *Fuero Juzgo* se explica por la fuerte romanización del pueblo visigodo, debida a su vez al hecho de que los visigodos constituían en España un grupo minoritario. El elemento germánico está, sin embargo, latente, particularmente en el bajo pueblo, y va a manifestarse a la caída de la monarquía visigótica bajo la forma de Derecho consuetudinario (véase sobre este punto. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho español* (Madrid 1979), p. 108 ss.).

IV, titulado *De los malfechos, et de las penas, et de los tormentos*, en que se regulan el homicidio, el asesinato, las lesiones corporales, el aborto y el infanticidio; el Libro VII: *De los furtos e de los engannos*; el Libro VIII: *De las fuerzas, et de los dannos, et de los quebrantamientos*, y el Libro XII: *De devedar los tuertos, e derraygar las sectas e sus dichos*, que trata sobre todo de judíos y herejes. Aparte de estos libros también se encuentran otras disposiciones aisladas de carácter penal; así, por ejemplo, el Libro III contiene los delitos de rapto, violación, adulterio, actos deshonestos, incesto y sodomía, y el Libro IV regula en su Título IV la exposición de niños.

A pesar de que no está comprobado que el Fuero Juzgo haya sido aplicado en Indias en razón de su antigüedad, hemos creído interesante echar una ojeada a sus disposiciones por ser el primer documento legal español de especial importancia para el Derecho penal y por el alto desarrollo que presenta en relación al Derecho germánico que imperaba en el resto de Europa, echando así las bases de lo que más tarde será el Derecho penal español.

No obstante la pervivencia de algunos elementos germánicos, el Fuero Juzgo constituye el fruto de una concepción jurídico-penal mucho más desarrollada, en la que puede reconocerse la influencia decisiva del Derecho romano. Wilda, el notable historiador del Derecho penal de los germanos, habla de una "madurez precoz" del Derecho visigótico, el cual, tanto por su forma como por su contenido, parece estar "más próximo a los tiempos modernos que a los antiguos"⁹. La responsabilidad penal ya no es solidaria, sino que estrictamente personal, tal como se expresa en el Libro VI, Título I, Ley 8: *Todos los pecados deven seguir á aquellos que los facen. Assi que el padre no sea penado por el fñio, ni el fñio por el padre, ni la muier por el marido, ni el marido por la muier, ni el ermano por el ermano, ni el vizino por el vizino, ni el pariente por el pariente non sea penado; mas aquel solo sea penado que fizier el pecado y el pecado muera con el; é sus fñios, ni sus herederos non sean tenudos por ende*. A diferencia de la responsabilidad objetiva de otros pueblos germánicos, la ley visigoda distingue entre delitos voluntarios e involuntarios, y dentro de estos últimos, separa la culpa del acaso. Estas diferencias aparecen sobre todo en relación a los delitos de homicidio¹⁰, pero también puede observarse con respecto a otros

⁹ Cfr. *Das Strafrecht der Germanen* (Halle 1842), pp. 110-111.

¹⁰ Así, por ejemplo, la Ley VI, V, 11: homicidio voluntario; las Leyes 1 a 10 del mismo Título prevén, en cambio, distintos casos de muertes causadas involuntariamente, de los cuales el más genérico, que podríamos llamar el tipo

delitos: así, por ejemplo, en el aborto (VI, III, 2 y 3) y en el delito de incendio (VIII, II, 3). En otros casos, el error sobre un elemento esencial del tipo tiene efecto eximente, pues en tal caso queda excluido el dolo: así ocurre en la compra de cosas robadas, sin saber que lo son (VII, II, 8 y 9) y en el caso de presentar un documento falso, sin tener conocimiento de la falsedad (VIII, V, 3). Esta preocupación por el aspecto interno del delito ha motivado el siguiente comentario de Del Giudice: "La legge visigota è quella fra tutti i Diritti barbarici che maggiormente si affranca del predominio dell'elemento oggettivo e che considera la volontà criminosa come essenziale alla figura del reato"¹¹. Intimamente ligado a esta especial consideración del elemento subjetivo del delito está también el hecho de que el Derecho penal visigodo no sólo castiga el delito consumado, sino también la tentativa, como puede desprenderse de la disposición contenida en la Ley VI, IV, 6: *El omne que tira arma contra otri persona, maguer que non la fiera, solamiente por aquello que osó facer, peche X sueldos á aquel quien quiso ferir.*

En el caso de participación de varias personas en la comisión de un delito, la pena no es la misma para todos, sino que se toma en cuenta especialmente si el hechor es un hombre libre o un siervo que actuó por orden de su amo. En este último caso, el amo debe ser decapitado y el siervo condenado a la pena de azotes (VI, V, 12). Este precepto es una aplicación del principio de que el autor intelectual de un delito es más culpable que aquel que sólo es ejecutor de la voluntad ajena (VIII, I, 1)¹². En la participación de varias personas en la comisión de un hecho punible que no consiste en una relación de supra e infraordinación, la pena es igual para todos (VII, II, 4: hurto), o bien, depende del rango de cada partícipe (VIII, I, 3). Cabe destacar en relación a este punto que el *Fuero Juzgo* contiene un concepto muy amplio de la autoría, lo cual ha dejado huellas profundas incluso en nuestro código penal actual (Arts. 15 y 16). Así expresa la Ley VII, II, 7 que *no deben ser dichos ladrones tan solamiente los que fazen el furto: mas los que*

básico del homicidio culposo, está contenido en la Ley 6. La pena en este caso es menor, si se prueba que no se actuó con ánimo de dañar. Si la muerte fue puramente casual, el hechor queda exento de toda pena (VIII, III, 3).

¹¹ Cfr. *Diritto genale germanico rispetto alla Italia* (en *Enciclopedia del Diritto penales italiano*, Napoli 1905), T. I, p. 468.

¹² Otros ejemplos de este principio los encontramos en VI, IV, 2 (robo con fuerza en las cosas); VII, II, 5 (hurto) y VII, III, 5 (venta de un hombre libre como esclavo).

lo saben, é lo consienten, é los que reciben la cosa del furto, sabiendolo. E por ende mandamos que estos reciban otra tal pena cuemo los ladrones¹³. Este mismo principio es válido con respecto al rapto (III, III, 4). El instigador se castiga generalmente con la misma pena que el autor material del delito (VII, V, 2), salvo en el caso del asesinato y de las lesiones (VI, V, 12), en que el inductor recibe una pena menor.

En lo que se refiere a las causas de exclusión o atenuación de la pena, el *Fuero Juzgo* también las prevé en muchísimos casos: la legítima defensa está reconocida en forma muy amplia, no sólo en defensa de la vida o de la integridad corporal (VI, IV, 6; VI, V, 12; VI, V, 19), sino que también para la protección de la honra sexual (III, III, 6) y de la propiedad (VII, II, 15 y 16). Problemático resulta reconducir a la legítima defensa el caso regulado en III, IV, 4, en el cual el marido está autorizado a matar a su mujer y a su amante, descubiertos en flagrante adulterio. Aquí no puede hablarse ya de legítima defensa, sino de venganza del menoscabo del honor marital. Esta eximente ha sido por mucho tiempo una parte integrante del Derecho penal español, del cual pasó luego al Código penal chileno de 1874 (art. 10, N° 11), siendo derogado recién en 1953¹⁴. La ignorancia de la ley —el actual error de prohibición— está regulada expresamente en VI, IV, 5 conforme al principio romano de que “la ignorancia no excusa”. El consentimiento del ofendido tampoco es desconocido para el *Fuero Juzgo*, que lo reconoce de manera expresa en el caso de hurtos cometidos por un criado en casa de su amo: si el amo quiere perdonarlo, el juez no puede aplicar pena al hechor (VII, II, 21). La *exceptio veritatis* es una eximente específica de las injurias (XII, III, 1 al 7).

Para terminar con esta breve reseña del Derecho penal visigótico, haremos algunas referencias al sistema punitivo. La pena se determina en función de dos factores: la situación social del delincuente y la entidad del delito cometido. En cuanto a lo primero, que es un rasgo característico del Derecho penal medieval, el mismo delito se pena de modo distinto según que el agente sea libre o esclavo, hombre o mujer. En cuanto al sistema de penas propiamente tal, las penas más frecuentes son la pena pecuniaria y las penas corporales. La pena privativa de libertad, en cambio, es ex-

¹³ También en el Derecho penal chileno es precisamente en relación a los delitos contra la propiedad donde el concepto de autor adquiere la mayor amplitud (Véase, por ejemplo, el art. 454 del Código penal).

¹⁴ Por el art. 4° de la Ley N° 11.183 de 1° de junio de 1953.

cepcional; en los pocos casos en que se habla de “prender” o de “guardar”, no se trata sino de una custodia transitoria hasta el momento de hacer efectiva la verdadera pena (VI, I, 1).

Entre las penas corporales está en primer lugar la pena de muerte, que se aplica con mucha frecuencia y que admite diversas formas de ejecución. La forma más cruel es la hoguera, afortunadamente poco frecuente¹⁵. La forma corriente de ejecución de la pena de muerte es la decapitación y es la pena con que se castigan los siguientes delitos: asesinato y homicidio (VI, V, 12; VI, IV, 2; VI, II, 2; VI, V, 17 y 18), aborto (VI, III, 1, 2 y 7), condena a muerte de un inocente (VII, IV, 5) y en el caso de la mujer raptada que, habiendo recuperado su libertad, se casa voluntariamente con su raptor (III, III, 2).

Otras penas corporales son la castración (para el delito de sodomía: III, IV, 5 y 6, y en el caso de que un judío practique la circuncisión a un cristiano: XII, III, 4), cegamiento (para el aborto e infanticidio (VI, III, 7) y mutilación de mano (falsificación calificada: VII, V, 1 y VII, VI, 2), de dedo (falsificación simple: VII, V, 9) o de nariz (circuncisión de un niño a requerimiento de la madre: XII, III, 4). La pena más común es, sin embargo, la pena de azotes, con que se conmina prácticamente todo delito, de manera que constituye la pena por antonomasia. El número de azotes oscila entre cincuenta y trescientos, pero por lo general son cien.

Otra pena relativamente frecuente, que tal vez podría calificarse de pena “privativa de libertad”, es la esclavitud, prevista especialmente para los delitos privados, tales como raptó (III, III, 1 a 5, 9 y 11), adulterio y actos deshonestos (III, IV, 1 a 3, 5, 9 y 14; III, VI, 2 y 3), pero también en los delitos de envenenamiento (VI, II, 2), aborto (VI, III, 1 y 5) y lesiones (VI, IV, 3). En muchos casos la esclavitud se impone como pena subsidiaria de la pena pecuniaria, cuando el condenado a ella no puede pagar; este sistema es el previsto sobre todo en caso de delitos contra el patrimonio (VII, I, 1 y 5; VII, II, 13 y 14; VII, III, 3), u otros delitos susceptibles de composición pecuniaria, tales como las lesiones (VI, II, 2). La pena de esclavitud va aparejada de la facultad concedida a la persona ofendida por el delito —en cuyo favor se declara la esclavitud— a vengarse del hechor por el delito cometido, pudiendo hacer con él lo que quiera, con la sola limitación, en algunos casos, de no llegar a matarlo (VI, I, 2; III, IV, 2).

¹⁵ Es la pena con que se conminan algunos delitos contra la fe cristiana, la violación de una mujer libre por un siervo y el delito de incendio.

El *Fuero Juzgo* prevé también una serie de penas infamantes, tales como la marca y la desolladura de la frente para los delitos de raptó (III, III, 9 y 10), envenenamiento (VI, II, 4), homicidio (VI, IV, 6), lesiones (VI, V, 12) y falsificación (VII, V, 9). Otra pena de este tipo es la declaración de infamia, pena prevista para el perjurio (VI, V, 21), hurto (VII, I, 1) y prevaricación (VII, IV, 5). En raros casos se establece la pena de decalcación, especialmente tratándose de delitos contra la fe cristiana (XII, III, 2).

Además de las penas mencionadas, está también la pena pecuniaria, que puede adoptar diversas formas, ya como verdadera multa en beneficio del Estado, ya como indemnización de la víctima. La pena pecuniaria en beneficio del Estado va desde la confiscación total o parcial, que se aplica solamente a los delitos considerados como más graves, particularmente a los delitos contra la fe (XII, III, 2 y 3) y la falsificación (VII, V, 1). La indemnización de la víctima, en cambio, está establecida para las lesiones, según un verdadero catálogo al estilo germánico (VI, IV, 3), para el hurto (VII, Tít. I y II) y los daños (VII, Tít. III).

Otra pena relativamente frecuente es el destierro, que por regla general es impuesto a perpetuidad.

Este sistema punitivo, que hoy puede parecernos rudo e incluso cruel, constituye, sin embargo, un gran adelanto si se lo compara con el Derecho penal germánico: en él no encontramos ni pérdida de la paz, ni faida, ni venganza de la sangre a cargo de la familia ofendida, sino que el Derecho penal se encuentra entregado por completo al Estado y tiene, por tanto, un carácter fundamentalmente público. También las penas, no obstante su dureza, dan testimonio de una cierta humanidad; así, por ejemplo, no hay ningún vestigio de descuartizamiento, ni de la rueda, ni del aceite hirviendo, etc., penas frecuentes en otros países europeos hasta bastante entrada la Edad Media e incluso en la Era Moderna¹⁶. Otro punto a favor del Derecho visigótico es que el dinero no lo arregla todo; tratándose de delitos graves, sólo una pena corporal puede purgar el mal ocasionado, lo que evidencia una orientación valorativa menos materialista que la de los demás pueblos germánicos.

Por todo lo dicho, el *Fuero Juzgo* representa una obra legislativa de importancia básica para la historia del Derecho tanto español como hispanoamericano, teniendo en cuenta que es el primer

¹⁶ Véase Eberhard SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., (Göttingen 1965), p. 60 ss.

cuerpo legal orgánico donde se regula el Derecho penal en forma integral.

b) Después de la disolución de la monarquía visigoda hacia fines del siglo VIII, a consecuencias de la invasión árabe, el *Fuero Juzgo* comienza a perder importancia¹⁷, especialmente en lo que atañe a su aspecto penal, ya que esta materia más que ninguna otra requiere la presencia de un Estado como elemento de cohesión, el que había desaparecido para dar paso a pequeños y dispersos centros cristianos. Esta nueva situación trae consigo como secuela el localismo tanto político como jurídico. Surgen así los fueros locales o cartas pueblas, en las que se regulan sobre todo materias de Derecho político y penal. Los fueros locales se basan en parte en el *Fuero Juzgo*, pero también en el Derecho consuetudinario de raíz germánica, celtíbera y en el Derecho romano vulgar. Tales elementos primitivos hacen que el Derecho penal sufra un gran retroceso con respecto a la erudición y elevada cultura jurídica del Derecho visigótico. Este período del localismo jurídico abarca fundamentalmente desde el siglo IX hasta comienzos del siglo XIII, época en que se inician los esfuerzos tendientes a la reunificación y a la superación del localismo. Además del Derecho contenido en los fueros, por lo general muy incompleto, y del Derecho consuetudinario, hay que destacar la importancia de las fazañas o sentencias judiciales relativas a casos no previstos en los fueros, las que constituían también una fuente de Derecho. Las fazañas tuvieron gran importancia en el Derecho altomedieval de Castilla, siendo recopiladas a mediados del siglo XIII en el *Fuero Viejo* de Castilla, en donde se fijan los privilegios de la nobleza.

Cuando en 1230 Fernando III el Santo reúne bajo una sola corona los reinos de Castilla y de León, comienza la lenta reconstrucción de la monarquía española, tarea que culminará recién a fines del siglo XV bajo el reinado de los Reyes Católicos. Pues bien, el rey Fernando III comprendió que el primer paso para lograr la unificación era aunar la legislación, superando el atomismo jurídico que se había producido en la Península a consecuencias de la invasión árabe. Como primera medida tendiente a dicho fin, este monarca mandó traducir al castellano el *Fuero Juzgo*, que hasta la fecha sólo se conocía en latín. La tarea iniciada por Fernando III es continuada a su muerte por su hijo Alfonso X el Sabio, propulsor de una gran labor legislativa, que alcanza su punto culminante con

¹⁷ TOMÁS y VALIENTE (n. 8), p. 126 ss., cree que el *Fuero Juzgo* mantuvo vigente hasta el siglo XIII, particularmente en León y Toledo, pero limitado a cuestiones de Derecho privado.

las *Siete Partidas*¹⁸. Esta obra monumental fue redactada entre 1256 y 1265, y en ella se verifica la recepción orgánica del Derecho romano clásico, completando así la romanización ya iniciada por el *Fuero Juzgo* seis siglos antes¹⁹. Pero, a diferencia del código visigodo, las *Partidas*, siguiendo el método de la compilación justiniana, no constituyen un mero conjunto ordenado de leyes, sino que persiguen también fines docentes, incluyendo un sistema de definiciones ilustradas con numerosos ejemplos. Algunos historiadores le han criticado a las *Partidas* el haberse inspirado en fuentes foráneas, a saber, en el Derecho romano y en el canónico, pues, por un exagerado prurito nacionalista, consideran que con ello se introdujo en España un Derecho "extranjero". Por nuestra parte creemos que precisamente en esta innovación radica el gran mérito de las *Partidas*, haciéndonos eco de las palabras de García Gallo, quien se ha referido a esta obra en los siguientes términos: "Una obra que representa un cambio radical en la mentalidad de las clases directivas españolas y que es el instrumento mediante el cual se extiende a todos los sectores; que revela la existencia de un núcleo de excelentes juristas en la corte del rey Sabio (y de sus sucesores); que supone un esfuerzo ingente en su elaboración, y que por la amplitud de su contenido, la riqueza de los materiales acumulados, la coordinación de lo doctrinal y lo normativo, no encuentra igual ni paralelo en su tiempo ni en España ni fuera de ella"²⁰.

¹⁸ Otras obras legislativas importantes de Alfonso X son el *Fuero Real* y el *Espéculo*, escritas, sobre todo la primera con fines distintos a los de las *Partidas*. Así, se puede leer en la Introducción al *Fuero Real*: "Como obra de actualidad y aplicación inmediata, el *Fuero Real* llevaba una gran ventaja al Código de las *Partidas*. Más obra de observación y recopilación, y menos obra de ciencia, fue completamente nacional y aceptable desde luego, en tanto que estas obras tropezaron con dificultades, y dieron lugar a una oposición que había de dilatar su establecimiento y observancia. Para el porvenir, la obra maestra lo eran de seguro las *Partidas*; para el presente, la obra aplicable no lo eran aquellas, sino el *Fuero*. Este reflejaba la sociedad y satisfacía sus necesidades; aquellas avanzaban sobre lo deseado, sobre lo urgente, sobre lo preciso y eran un modelo ideal, al que con el tiempo había de reducirse la sociedad misma" (en *Códigos españoles, concordados y anotados*, Madrid, 1847, T. I, p. 348). El *Fuero Real*, de 1255, está fuertemente influido por el *Fuero Juzgo*, y fue dado como fuero local a varias ciudades. La materia penal está regulada en el Libro V.

En cuanto al *Espéculo*, redactado entre 1255 y 1260, que no se ha conservado completo, constituye una especie de trabajo preparatorio de las *Partidas*. Se aplicó de preferencia para resolver los juicios de que conocían el rey y su corte, ya que no fue posible imponer su vigencia total.

¹⁹ Las *Partidas* alcanzaron fuerza de ley sólo en 1348, pues fueron fuertemente resistidas por la nobleza, que no quería renunciar a sus privilegios.

²⁰ Cfr. GARCÍA GALLO, Alfonso, *El Libro de las Leyes de Alfonso el Sabio* (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1951), p. 7.

Sobre los redactores de las Partidas se sabe muy poco. Se supone que fueron elaboradas por una comisión de juristas, entre los que destacaban los nombres del maestro Roldán, del canónigo Fernando Martínez de Zamora y el del maestro Jacobo o Jacomo, llamado "de las leyes".

Las Partidas constan de siete libros; de ahí el nombre *Las Siete Partidas* con que se conoce esta obra, cuyo título originario parece haber sido *el Libro de las Leyes*. Pues bien, de estos siete libros, es el séptimo y último donde se trata del Derecho penal y del procesal penal²¹. El tratamiento de estas materias es más sistemático y más elaborado que en el *Fuero Juzgo*. Ya puede hablarse en las Partidas de una incipiente Parte General, que debe ser reconstruida, eso sí, a partir de una serie de disposiciones dispersas en distintos lugares. El delito está definido como *malos fechos que se fazen a plazer de la iura parte e a daño, e a deshonrra de la otra . . . ca estos fechos atales son contra los mandamientos de Dios, e contra buenas costumbres, e contra los establecimientos de las Leyes, e de los Fueros, e Derechos*. En esta definición puede reconocerse claramente el elemento básico del hecho punible, cual es la antijuridicidad, en cuanto aparece definido como una trasgresión a una norma, de la que resulta menoscabo para los intereses de terceros. Claro es que aún no se diferencia nítidamente entre delito y pecado, pero esta confusión no es un defecto privativo de las Partidas, sino que constituye una característica del Derecho penal de la época, de la que sólo se va a depurar con la llegada del Iluminismo. La delimitación entre delitos dolosos y culposos, y entre estos últimos y el caso fortuito, es más clara y consecuente que en el *Fuero Juzgo*²². Dentro de la culpa se distingue entre la culpa lata y simple: así, por ejemplo, en el caso de los médicos, cirujanos y barberos que ejercen

²¹ La estructura de la Séptima Partida es la siguiente: Título I, sobre procedimiento penal; Título II, sobre delitos contra el Rey (traición e injurias); títulos III al VI, sobre desafíos; Título VII, sobre falsificación; Título VIII, sobre asesinato y homicidio; Título IX, sobre injurias y lesiones; Título X, sobre uso de violencia, usurpación e incendio; Título XI, sobre duelo; Título XIII, sobre robo; Título XIV, sobre hurto; Título XV, sobre daños materiales; Título XVI, sobre fraudes; Título XVII, sobre adulterio; Título XVIII, sobre incesto; Título XIX, sobre seducción de monja, virgen o viuda; Título XX, sobre violación y raptó; Título XXI, sobre sodomía; Título XXII, sobre lenocinio; Título XXIII, sobre hechicería; Títulos XXIV a XXVI, sobre delitos contra la fe cristiana (judíos, musulmanes, herejes); Título XXVII, sobre suicidio; Título XXVIII, sobre blasfemia; Título XXX, sobre la tortura y sus limitaciones; Título XXXI, sobre la pena, y Título XXXII, sobre el perdón.

²² Véase las leyes 1, 2, 4 y 5 del Título VIII, así como las leyes 6, 10, 14, 26 y 27 del Título XV.

estas profesiones sin tener los conocimientos necesarios, causando lesiones a los que solicitan sus servicios (Tít. VIII, Ley 6 y Tít. XV, 27). Además de los delitos de comisión se establecen también algunos delitos de omisión, tales como el no denunciar al hermano que planea la muerte del padre (VIII, 12) y la omisión de socorro a una persona que se encuentra en peligro, con la que se tienen relaciones de parentesco o de dependencia (VIII, 16). Cabe destacar que con respecto a estos delitos la intervención sólo es obligatoria cuando es, por una parte, posible y, por la otra, exigible, cuestiones discutidas por la Dogmática penal moderna recién en las últimas décadas. Siempre en relación a los delitos omisivos, debe mencionarse también otra disposición que declara punible el no tomar las medidas necesarias para evitar la causación de hechos antijurídicos en estado de inconsciencia: éste sería el caso del que sabe que es sonámbulo y que en este estado podría causar daño a alguien o del que en estado de ebriedad se vuelve agresivo y puede morir o matar a otra persona. En la más reciente Dogmática jurídico-penal se alude a este tipo de casos bajo la denominación de *actio illicita in causa*.

Igualmente digna de mención es la inclusión de elementos subjetivos del tipo en la tipificación del hurto (XIV, 1) y de las injurias (IX, 15 y 17). Otra disposición de gran interés es la consideración del hurto de uso (XIV, 3).

La regulación de las causas que eximen de responsabilidad criminal es mucho más perfecta que la del *Fuero Juzgo*: además del reconocimiento de la legítima defensa de la vida, la integridad corporal, la propiedad y la honra sexual (VIII, 2 y 3; X, 7), se contempla también el estado de necesidad (XV, 3 y 12), limitado, eso sí, a los daños materiales. La obediencia jerárquica está tratada en forma diferenciada y no siempre tiene eficacia excusante. Según la Ley 5 del Tít. XV es punible el que por orden de un superior mata, hiere o injuria a otro, porque en tales casos no debe obedecer la orden. Tratándose de hechos menos graves, la obediencia jerárquica sí que actúa como eximente, debiendo responder del delito aquel que dio la orden (IV, 8 y 10; XIV, 4; XV, 3). Como causas de inimputabilidad se reconocen la menor edad hasta los diez años y medio —en algunos casos hasta los catorce— y la insania mental —el loco y el desmemoriado, según la terminología de las Partidas (I, 9; VIII, 3; IX, 8; X, 10; XV, 3). Nótese que ya en las Partidas se encuentra la tesis de los intervalos lúcidos, como lo demuestra el hecho de que en las citadas disposiciones se agrega *mientras que le durare la locura* o *mientras está en locura*. Otra causa de inimputabilidad es actuar en estado de ebriedad (II, 6). Para los menores

de diecisiete años se establece una atenuante especial (XXXI, 8), interesante antecedente del hoy tan de moda *Derecho penal juvenil*. Además de estas eximentes generales, hay otras especiales, válidas sólo respecto de determinados delitos: así, por ejemplo, está exento de pena el marido que mata a su mujer y al amante de ésta, sorprendidos en flagrante delito de adulterio (XVII, 13 y 14); igual cosa ocurre con el médico o cirujano que castrare a alguien con fines terapéuticos (VIII, 13). En materia de injurias y calumnias, es circunstancia eximente la *exceptio veritatis* (IX, 1)²³; se establece, asimismo, la exención de pena para los hurtos entre parientes próximos (XIV, 4), y en el caso de rapto o violación, cuando la mujer se casare posteriormente con el hechor (XX, 3)²⁴. También exime de pena el perdón del ofendido, que puede ser expreso o tácito, en el caso de las injurias (IX, 22) y del adulterio (XVII, 8), así como el consentimiento del marido respecto a este último delito (XVII, 7).

En lo que se refiere a la participación criminal, las Partidas, al igual que el *Fuero Juzgo*, parten de un concepto muy amplio de autoría: así, se castiga con la pena del autor no sólo a aquel que ejecuta materialmente el delito, sino también al instigador y al cómplice²⁵. En relación con este punto, hay dos disposiciones de gran interés: las leyes 4 y 18 del Tít. XIV. La primera contiene varios ejemplos de actuaciones que constituyen instigación o complicidad; según ella, es cómplice no sólo el que ayuda a otro a cometer el delito, sino también aquel que le proporciona los instrumentos necesarios o le muestra la forma de cometerlo. Inductor, en cambio, es aquel que anima a otro a la comisión del hecho punible. La segunda disposición establece una diferencia en la punición del instigador y del cómplice, aplicándole a este último una pena más benigna. En este precepto se declara también que el cómplice responde únicamente del daño que el autor del delito cometió con su ayuda, pero no de lo que éste hizo por su cuenta. Esta convergencia de dolo entre autor y partícipe constituye uno de los pilares de la teoría de la participación en la Dogmática moderna.

La Séptima Partida contiene también disposiciones de alto interés en lo que atañe al *iter criminis*. El principio del *cogitationis*

²³ La exención de pena no tiene lugar cuando el ofendido es un pariente próximo del ofensor, pues en tal caso no se acepta la prueba de la verdad, sino que se castiga en todo caso (IX, 2). Otra excepción la constituyen las injurias por escrito (IX, 3).

²⁴ Estas dos eximentes se encuentran reguladas en el actual código penal chileno en los arts. 489 y 369, inc. 4º.

²⁵ Véase las leyes II, 2; VII, 1, 4, 6 y 9; VIII, 7, 10, 12 y 13; IX, 1 y 10; XIV, 18; XX, 3, y XXVII, 3.

poenam nemo patitur está expresamente reconocido en los términos siguientes: *Pensamientos malos vienen muchas vezes en los corazones de los omes, de manera que se afirman en aquello que piensan, para lo cumplir por fecho. E después asman, que si lo cumplieren que farian mal, e arrepientense, e porende dezimos, que qualquier ome que se arrepiente del mal pensamiento, ante que comenzasse a obrar por el, que non meresce pena porende; porque los primeros mouimientos de las voluntades non son en poder de los omes* (XXXI, 2). En consecuencia, la tentativa sólo es punible cuando el agente ha dado comienzo a la ejecución del delito, aunque no alcance el fin perseguido²⁶. El hecho meramente tentado se castiga por lo general con la misma pena que el delito consumado (VIII, 7 y 12; X, 1). El desistimiento, en cambio, tiene eficacia eximente (II, 5; XXXI, 2).

La concepción de la pena en las *Partidas* es también de gran interés. La pena está definida en el Tít. XXXI, Ley 1, como *enmienda de pecho, o escarmiento, que es dado segund ley a algunos, por los yerros que fizieron*. Los fines que se le asignan a la pena son dos: *La una es, porque resciban escarmiento de los yerros que fizieron. La otra es, porque todos los que lo oyeren, e vieren, tomen exemplo e apercibimiento, para guardarse que non yerren, por miedo de las penas*. Este precepto pone claramente de manifiesto los fines de retribución y de intimidación que debe cumplir la pena, tal como lo postulará varios siglos más tarde la escuela ecléctica.

El catálogo de las penas es muy amplio. La pena de muerte está más extendida que en el *Fuero Juzgo*; a los delitos castigados con esta pena en la ley visigoda, la Séptima Partida agrega la traición (II, 2), la falsificación de moneda y documental (VII, 9 y 7), el robo y el abigeato (XIV, 17 y 19), y el proxenetismo y alcahuetaría con respecto a la propia mujer (XXII, 2). Pero no sólo está más extendida la pena capital, sino que adopta también formas de ejecución más graves, tales como la lapidación (tratándose de delitos contra la fe: XXXIV, 6 y XXVI, 10), el ahogamiento (en el caso del parricidio: VIII, 12) y el echar al reo a las bestias salvajes (en caso de envenenamiento y secuestro: VIII, 7 y XIV, 22). Las penas de mutilación, en cambio, son muy raras: mutilación de mano, en el caso de falsificación cometida por un escribano (VII, 6) y en las injurias de hecho a Dios o a los santos (XXVIII, 5), y mutilación

²⁶ Este principio presenta tres excepciones, en las que los meros actos preparatorios se hallan equiparados al delito consumado: ellas son la traición, el asesinato, el rapto y la violación (XXXI, 2).

de lengua en caso de reincidencia en la blasfemia (XXVIII, 4). Poco frecuente es también la pena de azotes, que prácticamente sólo se aplica a los delitos contra las buenas costumbres (XVII, 15; XVIII, 3; XIX, 2; XXV, 10). El número de azotes es indeterminado.

En las Partidas encontramos ya una especie de pena privativa de libertad, que consiste en trabajos forzados en las *labores del Rey*, que por lo general son minas (XXXI, 4; X, 8; XIV, 15, 19 y 22; XVII, 14). En algunos pasajes se menciona la "cárcel" o *prisión*, pero sin precisar cuándo ni cómo debe ser aplicada (XXVI, 2 y XXXI, 4). Esta última disposición señala únicamente que esta pena se debe aplicar sólo a los siervos, pero no al hombre libre. Para las mujeres se prevé una forma especial de privación de libertad, consistente en el encierro en un monasterio (XVII, 15 y XXIX, 5). A los particulares les está absolutamente prohibido tener cárceles privadas; la trasgresión de esta norma se pena con la muerte (XXIX, 15).

Otra pena limitativa de la libertad bastante frecuente es el destierro, tanto temporal (por lo general de cinco años de duración), como perpetuo, que puede ir acompañado o no de confiscación de bienes²⁷.

La pena pecuniaria tiene como en el *Fuero Juzgo* un doble carácter, ya de confiscación o multa en beneficio del Estado, ya de indemnización del ofendido por el delito, siendo la pena pecuniaria de carácter público la más corriente. La indemnización sólo se aplica respecto a los delitos contra el patrimonio y contra el honor.

Otras penas son la declaración de infamia (II, 1; VI, 5; X, 8; XIV, 13; XVIII, 3; XXV, 7; XXVII, 4), y la prohibición de ejercer ciertas profesiones (VIII, 6; X, 8; XXIV, 3; XXIX, 8 y 12). Penas absolutamente prohibidas son la marca, la mutilación de nariz y la extirpación de los ojos (XXXI, 6).

De especial interés son las normas contenidas en el Tít. XXX, Ley 7, que se refieren a la determinación de la medida de la pena, pudiendo decirse que en esta disposición se encuentra ya en germen el sistema de atenuantes y agravantes que ha llegado hasta nuestro Derecho actual. Para la determinación de la pena se considera no solamente la persona del delincuente, sino también la de la víctima. Así, por ejemplo, las relaciones de parentesco, dependencia o amistad entre ambos pueden atenuar o agravar la pena,

²⁷ Véase las leyes VII, 6; VIII, 5, 6, 8, 9 y 15; X, 8 y 9; XIV, 15, 19; XVII, 14 y 16; XVIII, 2; XIX, 2; XXII, 2; XXIII, 3; XXVI, 2; XXVII, 6, y XXVIII, 4.

según la naturaleza del delito cometido. De importancia para la determinación de la pena son también el lugar y el tiempo en que se cometió el delito; así, son circunstancias agravantes cometer el hecho de noche o en una iglesia, en la corte del rey o en el despacho de un juez o en la casa de un amigo, las que se corresponden con las circunstancias señaladas en el art. 12, números 12, 13, 17 y 7 del Código Penal chileno. En el asesinato, es circunstancia agravante actuar a traición o con alevosía, que en el Derecho chileno ha pasado a constituir una agravante con respecto a todos los delitos contra las personas (art. 12, número 1). En la condena a una pena pecuniaria debe tomarse en cuenta la situación económica del reo, para que así la pena no resulte ilusoria. Aparte de estas causas expresas, el juez puede atenuar o agravar la pena según su albedrío, pudiendo llegar incluso a eximir totalmente de pena.

Finalmente, en el Tít. XXXII se regulan la amnistía y el indulto como facultad privativa del rey;

c) A pesar de la importancia fundamental de las Partidas, no le fue posible al rey Alfonso imponerlas como ley en sus dominios, debido principalmente a la fuerte resistencia de la nobleza, que seguía aferrada al Derecho foral. Recién en el año 1348, bajo el reinado de Alfonso XI, bisnieto de Alfonso X, se establece su fuerza obligatoria en el Tít. XXVIII, *Ley 1 del Ordenamiento de Alcalá*, que les otorga valor supletorio respecto del Ordenamiento mismo y de los fueros.

Con el afianzamiento del poder real se multiplica también la legislación. La envergadura que ésta llegó a alcanzar acarrió una serie de dificultades en la aplicación del Derecho, pues existía una gran confusión acerca de cuál era el Derecho que debía aplicarse en cada paso. Para superar esta situación, los Reyes Católicos ordenaron una recopilación actualizada y ordenada de las leyes vigentes, obra que encargaron al jurista Alonso Díaz de Montalvo, quien concluyó esta tarea en 1484, presentando a los Reyes lo que pasaría a llamarse *Ordenamiento de Montalvo* u *Ordenanzas Reales de Castilla*. Esta recopilación contenía disposiciones tomadas del *Fuero Real*, del *Ordenamiento de Alcalá* y de las *Partidas*, mezcladas con otras disposiciones más modernas, fruto de la gran actividad legislativa desplegada por los Reyes Católicos. El libro VIII del Ordenamiento contiene materias propias del Derecho penal: a los delitos contemplados en la legislación anterior se agregan otros nuevos, tales como la usura (Tít. II), prohibición de juegos de azar (Tít. X), prohibición de cierto tipo de asociaciones (Tít. XI), alzamiento armado contra miembros de la justicia (Tít. XII), y medidas re-

lativas a vagos y mendigos (Tít. XIV). Se introduce la pena de prisión, al mismo tiempo que hay un considerable aumento de la pena pecuniaria pública, que se aplica prácticamente a todos los delitos. Se observa también una drástica agravación de la pena por hurto y robo cometidos en la corte del rey o en su rastro, que se castigan ahora con la pena de muerte (XIII, 1).

Transcurrido cierto tiempo, las *Ordenanzas Reales de Castilla* resultaron insuficientes y obsoletas, por lo que en 1567, bajo el reinado de Felipe II, aparece una nueva recopilación, a la que por eso mismo se le dio el nombre de *Nueva Recopilación*. Esta contiene las leyes promulgadas entre 1484 y 1567 —entre ellas, las de Toro—, además de las que ya estaban incluidas en el *Ordenamiento de Montalvo*. Del Derecho penal se ocupa el Libro VIII, que no presenta cambios de importancia con respecto a la legislación anterior. La *Nueva Recopilación* fue objeto de duras críticas, puesto que en ellas, a diferencia de las Partidas, las materias están tratadas en forma muy poco sistemática, explicable tal vez por la pluralidad de personas que trabajaron en su elaboración²⁸.

A la *Nueva Recopilación* sucedió la *Novísima*, promulgada en 1805, la que siguiendo el mismo método de las compilaciones anteriores, incluía la *Nueva Recopilación*, y las leyes posteriores a ella, en especial la abundante legislación del despotismo ilustrado. De esta manera, la *Novísima Recopilación* llegó a adquirir dimensiones verdaderamente monstruosas, lo que dificultaba considerablemente su conocimiento y aplicación. A esto se sumaba el hecho de incluir elementos muy dispares entre sí, tanto por su fecha como por el espíritu que los animaba: junto a leyes provenientes de la Edad Media, ya completamente obsoletas, había otras que anunciaban ya el espíritu liberal de la Ilustración. De ahí que la *Novísima Recopilación* fuera una obra contradictoria y anacrónica, cuya vida no podía ser muy larga. Con razón dice Tomás y Valiente: “lo cierto es que la *Novísima Recopilación* llegó cuando ya era tiempo de poner en práctica las nuevas técnicas codificadoras, y puede decirse que por su anacronismo nació extemporánea, tardía”²⁹.

²⁸ Según la detallada información que proporcionan Antonio Pérez Martín y Johannes Michael Scholz, el proceso formativo de la *Nueva Recopilación* es bastante largo, iniciándose bajo el reinado de Carlos V, quien comisionó para ello a Pedro López de Alcocer, el cual murió antes de cumplir el encargo. Luego continuaron la labor los juristas Guevara y Escudero, que tampoco llegaron a terminarla, por lo que se encargó luego a Pedro López de Arrieta y finalmente a Bartolomé de Atienza (véase de los autores citados, *Legislación y Jurisprudencia en la España del antiguo régimen* (Universidad de Valencia 1978), p. 25 ss.).

²⁹ Cfr. ob. cit., p. 398.

No obstante los grandes defectos de la *Novísima Recopilación* nos detendremos a analizarla en su aspecto penal, que es el que aquí nos interesa. Al Derecho penal está dedicado el Libro XII y último, dividido en 42 títulos. Al estudiar estas disposiciones, llama de inmediato la atención el considerable aumento que experimentan los delitos contra el Estado, tales como la desertión (Tít. IX), resistencia armada contra los representantes de la justicia (Tít. X), conmoción del orden público (Tít. XI), asociaciones ilícitas (Tít. XII), y el uso y porte de armas (Tít. XIX). Además, por primera vez aparece tipificado como delito el duelo, que hasta entonces se había admitido con ciertas limitaciones. De interés son, asimismo, las disposiciones relativas a gitanos y vagabundos (Títulos XVI y XXXI). Con respecto a la pena también hay algunas novedades: por una parte, se observa una agravación de la pena correspondiente a delitos tales como la falsificación de moneda (hoguera: VIII, 4), hurto y robo (pena de muerte: XIV, 3 y 5), sodomía (hoguera: XXX, 1), etc., que se explica por el gran aumento de la criminalidad en esta época³⁰; por la otra, se hace notar, en cambio, una cierta atenuación en el rigor de las penas. Así, por ejemplo, en 1530 Carlos I ordenó conmutar todas las penas corporales en la de galeras, siempre y cuando esto pareciere oportuno a los jueces (Tít. XL). En 1771 el rey ilustrado Carlos III abolió la pena de galeras —que fue luego reestablecida en 1785—, sustituyéndola por la de prisión y trabajos forzados en fábricas de armas, para los casos más graves (XL, 7). En ninguno de estos casos puede la pena tener una duración superior a diez años. Las penas privativas de libertad perpetua están prohibidas, lo mismo que la condena indeterminada a medidas de seguridad (XL, 7 y 15). En otras disposiciones se ordena una considerable rebaja de las penas (XL, 16 y 23).

Con esto terminamos la enumeración y análisis de las leyes vigentes durante el período de la dominación española en Chile, el cual no quedaría completo si no se dijeran algunas palabras sobre su aplicación. Pues bien, de todas las leyes que hemos mencionado, son las *Partidas* las que mayor aplicación tuvieron en América. Ots y Capdequi dice en relación con este punto: *En los territorios de las Indias Occidentales alcanzaron las Partidas una difusión extraordinaria. Probablemente su vigencia efectiva se consiguió más aquí que en la propia metrópoli, pues los letrados y oidores de las Audiencias coloniales no tuvieron que luchar para su aplicación como*

³⁰ Véase sobre este punto TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *El Derecho penal de la monarquía absoluta*. siglos XVI-XVII-XVIII (Madrid, 1969).

*Derecho supletorio, con las resistencias que hubo necesidad de vencer en la Península por las razones históricas expuestas*³¹. El segundo lugar le corresponde a la *Nueva Recopilación* de 1567, que, como ya se dijo, contenía gran parte de la legislación anterior. La administración de justicia en el tiempo de la colonia se caracteriza por su indulgencia y humanidad, ya que los jueces no aplicaban las penas señaladas en la ley, sino que las atenuaban e incluso las conmutaban según su albedrío. Así se desprende de una investigación realizada en 1941 por el Seminario de Derecho Público de la Universidad de Chile de Santiago, que abarcó el período de 1673 a 1816. Según este estudio, durante este lapso no llegó a ejecutarse ninguna condena a muerte, sino que en los pocos casos en que se pronunció sentencia condenando a la pena capital, ésta fue siempre conmutada en pena de prisión o de trabajos forzados³². Aun cuando pueda decirse que las razones de esta benevolencia no fueron tanto de carácter ético o humanitario, sino más bien de tipo pragmático, que se traducen en la falta de recursos humanos y de fuerzas de trabajo³³, en todo caso nos parece positiva y laudable. Esta aplicación benigna del Derecho penal por parte de los jueces criollos, que no se limitó a la pena de muerte, sino que se hizo extensiva también a las de mutilación, dio motivo a repetidas protestas del rey, tal como puede observarse en las Leyes 15 y 17 del Título VIII de la *Recopilación de Indias*. Con bastante frecuencia se aplicaron, en cambio, la pena de azotes y la multa.

II

Con la declaración de Independencia la situación jurídica no cambió radicalmente, por lo menos en un comienzo³⁴. Puesto que

³¹ Cfr. OTS y CAPDEQUI, José María, *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano* (Madrid 1969), p. 46.

³² Esto debe entenderse, sin perjuicio de las condenas a muerte pronunciadas por el Santo Oficio de la Inquisición en las causas de su competencia (véase José Toribio MEDINA, *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Chile* (Santiago 1952).

³³ Esta es la explicación que le encuentra a este fenómeno Ricardo Levene en su artículo *Derecho penal indiano*, en *Revista de Derecho Penal* (Buenos Aires 1945), p. 422.

³⁴ A este respecto debe tenerse presente que la Independencia sólo significó una ruptura política con la Madre Patria que no tuvo mayores repercusiones sobre el modo de vida de la sociedad hispano-americana, la que siguió rigiéndose por patrones culturales netamente españoles. En el mismo sentido, RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, *Estudio preliminar a la reedición de la versión original del Código penal*, con motivo del centenario (Valparaíso, 1974), p. X.

la joven república no tenía aún mayor experiencia en la labor legislativa, se vio obligada a mantener provisoriamente el Derecho heredado de la época colonial. Esto ocurrió primero de hecho, pero fue luego sancionado por un Senadoconsulto de 7 de junio de 1820. Pronto, sin embargo, se hizo sentir la conveniencia de adaptar las viejas instituciones a las nuevas necesidades del momento. Para ello se dictó una serie de leyes en materia penal y procesal penal, relativas especialmente a los abusos de publicidad, a la pena de azotes, a los delitos contra la propiedad, a la falsificación de moneda y a la seguridad interior del Estado, entre otros, así como también a la forma de sustanciar el proceso en materia penal.

Sin perjuicio de esta legislación penal de tipo casuístico y asistemático, muy pronto el Gobierno manifestó su intención de dar a la República un código penal, dictándose desde 1826 una serie de decretos tendientes a este fin, sin que se lograra ningún resultado³⁵, hasta que entre 1856 y 1859 se publicaron dos libros de un proyecto elaborado por Manuel Carvallo, a quien el Gobierno había comisionado con esta tarea. Carvallo tradujo además el Código belga, que fue el modelo que tuvo a la vista en la redacción de su proyecto. Este proyecto, que quedó inconcluso, no satisfizo al Gobierno, por lo que en 1870 se nombró una comisión compuesta de siete miembros, la cual debía elaborar un proyecto de código penal, tomando por modelo el Código belga de 1867. Las razones que tuvo el Gobierno para querer imponer este Código como modelo fueron expuestas por el Ministro de Justicia en la sesión preparatoria de la Comisión Redactora, aduciendo que *su precisión, claridad i sencillez lo hacían superior a cualquier otro para servir como base o punto de partida en la reforma de nuestra legislación penal*. Y agregaba que *la época reciente de su publicación... y el largo período de veinte años que se había gastado en su revisión para la que se tuvieron en vista los cambios operados en las legislaciones penales de toda la Europa en los últimos tiempos, daban, a su juicio, una ventaja inmensa en el trabajo que se iba a emprender, al Código belga sobre todos los demás*³⁶. La Comisión Redactora no se mostró conforme con estas razones y prefirió adoptar como modelo el código penal español de 1848, en su versión reformada de 1850, pero teniendo también presente el código belga. Los motivos para

³⁵ Sobre este punto véase la detallada información de RIVACOBA (n. 34), p. XI ss.

³⁶ Cfr. Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno, Santiago, 1873, reeditadas en el volumen de homenaje al Centenario del Código penal, Sesión Preparatoria, p. 247.

este cambio de orientación fueron varios: por una parte, la tradición histórica y cultural de Chile, que hacía más lógica la adopción del modelo español, la mejor técnica en el tratamiento de las materias, y además, éste parece haber sido el argumento de mayor peso, el hecho de disponer de los valiosos comentarios de Pacheco. Una vez precisado el método a seguir, la Comisión Redactora elaboró en tres años y medio de trabajo un proyecto que luego, el 12 de noviembre de 1874, fue aprobado como primer y hasta ahora único Código Penal de Chile.

III

En esta forma, el código penal chileno se encuadra en la gran familia de códigos derivados del francés, ya que tanto su principal modelo, el código español de 1848, como el código belga de 1867, provienen de aquél. Esto es válido sobre todo para el código belga, que constituye prácticamente sólo una versión modernizada del código francés de 1810. La relación de procedencia del código español con respecto al francés es, en cambio, más difusa, ya que el código español está fuertemente influido por el código brasileño de 1830 y el napolitano de 1819, los cuales, a su vez, derivan también del francés. Por otro lado, el código de 1848 también recibe influencia notable del primer código penal español, el de 1822, que acusa una considerable influencia del código francés y del Derecho español histórico³⁷. El influjo ejercido por el código de Napoleón se explica por haber sido éste el primer código que recogió los principios de la Ilustración, especialmente el pensamiento utilitarista. Pero el código francés en su versión originaria es también un código severo, que aplica con profusión la pena de muerte y otras penas crueles como la marca y la mutilación de mano. De ahí que el Colegio de Abogados de Madrid haya criticado el haberlo tomado como modelo en la redacción del código de 1822, aduciendo que su dureza no se adapta a la vocación de libertad del pueblo español³⁸.

³⁷ Sobre el Código de 1822 ejerció una notable influencia el utilitarismo de Jeremías Bentham, especialmente en cuanto al modo de ejecución de la condena, la que a su vez obedece al fin de la prevención general. Sobre el Código de 1822 véase el interesante artículo de ANTÓN ONEGA, *Historia del Código de 1822*, en *Anuario de Derecho y Ciencias Penales* (Madrid, enero-abril, 1965), p. 263 ss.

³⁸ Cit. por ANTÓN ONEGA (n. 37), p. 268.

Por las razones anotadas, el código español de 1848 no puede considerarse sin más como un código derivado del francés, sino que hay que reconocerle una cierta originalidad, presentando, además, una factura mucho más evolucionada y una mejor técnica legislativa que la del código napoleónico. Así, la construcción del código español es mucho más sistemática que la del francés, en el cual la Parte General es todavía bastante rudimentaria, lo que puede ser demostrado con muchos ejemplos: en materia de tentativa, que el código francés divide en tentativa de crimen y tentativa de delito, la primera se encuentra equiparada al delito consumado y penada con la misma pena que éste, en tanto que la segunda sólo se castiga excepcionalmente; en el código español, en cambio, la tentativa es siempre punible, pero se castiga con una pena menor que el delito consumado. Otro tanto ocurre con la participación, ya que la ley francesa castiga al cómplice de la misma manera que al autor; en el código español, el partícipe recibe una pena atenuada, proporcionada a su menor injerencia en la perpetración del delito. También el tratamiento de las causas de exención de pena es más perfecto en el código español que en el francés, pues aquél hace de la legítima defensa, del estado de necesidad y de la obediencia debida causas genéricas de justificación; en el código francés, en cambio, la legítima defensa se encuentra regulada en la Parte especial a propósito del homicidio (artículos 328, 329 y 331), mientras que el estado de necesidad y la obediencia debida no aparecen mencionados en parte alguna.

Con respecto al código español de 1848, que aquí nos interesa como modelo principal de nuestro propio código penal, se ha dicho que es un código enérgico y mesurado a la vez, y que constituyó un buen instrumento para la defensa del orden público³⁹. Su orientación político-criminal es la de la escuela ecléctica, según las enseñanzas de Pellegrino Rossi⁴⁰, quien intentó armonizar las teorías absolutas de Kant y Hegel con el utilitarismo del pensamiento revolucionario, especialmente de Beccaria y Bentham. Rossi rechaza el utilitarismo como fundamento del Derecho penal, aduciendo que la representación del hombre como un ser que sólo actúa movido por

³⁹ Cfr. ANTON ONECA, José, *El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco*, en *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, (mayo-agosto 1965, p. 488).

⁴⁰ Publicadas en su libro "*Traité de Droit pénal*", editado en Ginebra en 1829. Esta obra fue traducida al castellano en 1831 por Cayetano Cortés y alcanzó una gran difusión, sobre a través de la obra de PACHECO, *Estudios de Derecho penal* (Madrid, 1842).

los estímulos del placer y del dolor, entraña el desconocimiento de la verdadera naturaleza humana, ya que el hombre no sólo es una criatura sensitiva, sino, sobre todo, racional y libre, es decir, un ser moral⁴¹. Rossi toma como punto de partida de su concepción penal la suposición de un orden moral absoluto, preexistente a todas las cosas, eterno e inmutable y regido por la idea fundamental de una justa distribución del bien y del mal. Este orden moral absoluto se refleja en el orden social, en tanto que no es otra cosa que la razón aplicada a la coexistencia y al libre desarrollo de los hombres⁴². El delito es, en consecuencia, una acción mala en sí, que atenta contra este orden social. El Derecho penal encuentra así su justificación en la idea de justicia, pues con la aplicación de una pena se logra reestablecer el equilibrio del orden social alterado por el delito. La pena se convierte entonces en una necesidad moral, cuya función principal es la expiación, la retribución⁴³. Pero puesto que el orden social no se identifica con el orden moral, de la misma manera que tampoco son idénticas la justicia humana y la absoluta, la idea utilitaria debe actuar como límite de la pena, poniendo el acento, eso sí, sobre la justicia. La pena será justa cuando corresponde exactamente al mal causado por el delito, pues sólo así se logrará el restablecimiento del orden social. Pero no siempre es aconsejable aplicar la pena moralmente legítima en toda su extensión; hay que sopesar además si ella es también adecuada y oportuna. La utilidad social de la pena se convierte así en correctivo de la justicia absoluta⁴⁴. El fin esencial de la justicia humana es el mantenimiento del orden, la protección del Derecho, y para ello se sirve de la pena como instrumento. Los efectos indirectos de la pena son, en relación al pueblo, la enseñanza moral y la advertencia; con respecto al delincuente mismo, el efecto principal es impedir la comisión de nuevos delitos. Pero todos estos efectos colaterales están supeditados al fin último de la justicia humana, que es la protección y conservación del orden social⁴⁵.

Esta concepción penal de Rossi, que hemos reseñado en forma muy somera, es la que inspiró el código español de 1848, que a su vez sirvió de modelo al nuestro. Las ideas de Rossi fueron acogidas y difundidas en España por Pacheco, quien llegó a tener un gran número de adeptos y a ejercer una notable influencia sobre los miembros

⁴¹ *Traité*, p. 82 ss.

⁴² *ibídem*, p. 146 ss.

⁴³ *ibídem*, p. 171 ss.

⁴⁴ *ibídem*, p. 190 ss.

⁴⁵ *ibídem*, p. 414 ss.

de la Comisión que redactó el código de 1848 ⁴⁶. Aun cuando la originalidad de las ideas de Pacheco expuestas en sus *Estudios* es bastante escasa, no se le puede desconocer el mérito de haber sabido exponer con claridad ideas ajenas en un momento en que el terreno ya estaba abonado para que produjera sus frutos ⁴⁷.

Cuanto se ha dicho hasta ahora sobre la orientación político-criminal del código penal español es también válido para el nuestro. Este, como aquél, es un código de corte liberal, pero al mismo tiempo severo, como lo demuestra la existencia en él, explicable por la data de su gestación, de la pena de muerte y de privación perpetua de la libertad. La impronta que en él ha dejado el eclecticismo de Rossi es también fácilmente reconocible: la idea retributiva se manifiesta sobre todo por aquel prurito rayano en la pedantería, de querer determinar la pena de modo que se corresponda con una exactitud casi matemática con el mal causado por el delito. De ahí que el código establezca un complicadísimo sistema de medición de la pena, que algún autor ha denominado *aritmética penal*, con el que se pretende evitar al máximo el arbitrio judicial. Otra manifestación del pensamiento retributivo lo encontramos en la acumulación absoluta de las penas en caso de que un mismo agente se haga reo de varios delitos (art. 74). Pero también pueden citarse varios ejemplos de aplicación de la tendencia utilitarista, especialmente en una serie de casos en que se prevé una considerable atenuación de la pena, o bien se prescinde totalmente de ella. Estos casos pueden reducirse a tres grupos, según cual sea la razón que ha motivado la atenuación o exención: 1) Facilitamiento de la prueba mediante la revelación de planes delictuales (artículos 8, inciso 4º; 160; 192; 295) o de la confesión del delito ya cometido (artículos 11, N.ºs. 8 y 9); 2) Favorecimiento del desistimiento (artículos 8º, inciso 4º; 11, N.º 7; 129; 142, inciso 7º; 153; 154; 456) y 3) Consideración a la familia (artículos 146, inciso 2º; 369, inciso 4º; 489). El código chileno no adoptó, en cambio, la teatral escenificación prevista en el código español para la ejecución de la pena de muerte, muy propia del utilitarismo, especialmente del de Bentham, partidario de las penas aparentes.

⁴⁶ Durante mucho tiempo se ha tenido como verdad inconcusa que Pacheco es el redactor del Código de 1848. Antón Oneca ha demostrado, sin embargo, con argumentos muy contundentes que la redacción del código fue una obra colectiva, en la que destacó especialmente Manuel Seijas Lozano, quien sería el autor del proyecto que sirvió de base a las discusiones parlamentarias (cfr. ob. cit., págs. 491 ss.).

⁴⁷ En este sentido Antón Oneca, ob. cit. p. 495.

Si bien el código penal chileno no es una simple copia del español, ya que con mayor o menor acierto difiere de él en una serie de cuestiones, no puede negarse que la impronta que ha dejado en él es decisiva e indeleble. De esta manera, el Derecho penal chileno se encuentra inserto desde sus albores en la más genuina tradición hispánica y aun cuando la evolución posterior ha tomado distintos rumbos, todo intento de reforma del Derecho penal chileno, que en un tiempo más o menos próximo será inevitable, no podrá menos de considerar las nuevas orientaciones jurídico-penales que se han abierto camino en España en los últimos años. Sólo es de lamentar que la ciencia penal española contemporánea se deje deslumbrar con demasiada facilidad por teorías foráneas que responden a una realidad y a una mentalidad distintas a la hispánica, olvidando la riqueza de su propia tradición jurídica.