

# ¿JURISPRUDENCIA CREATIVA? LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 1841-1860

ENRIQUE BRAHM G.  
*Universidad de los Andes*

## INTRODUCCION

En una declaración relativamente reciente de la Corte Suprema<sup>1</sup> ésta señalaba enfáticamente, respondiendo a algunos críticos, que “los tribunales de justicia son fieles cumplidores de la ley, que para ellos sigue siendo la razón escrita y conforme a ella deben resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, sin que estén facultados para despreñar y no cumplir ese mandato y acudir a principios generales de moral o de derecho para expedir su decisión”. Y luego agregaba que “se le enjuicia y reprocha también por ser aplicador de la ley y no creador de normas que resuelvan con justicia, pero este reproche lleva mucho más allá, cuando dicen que los tribunales superiores y particularmente la Corte Suprema han escogido el camino de hacer una aplicación formal de la ley en vez de una aplicación sustancial del derecho y la justicia y como epitafio expresan que los tribunales en lugar de hacer justicia se dedican a aplicar la ley en su tenor literal. La Corte Suprema no regaña este proceder porque una conocida disposición civil ordena que cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.

Este marcado legalismo de nuestro máximo tribunal está en directa contradicción con lo que había sido —como es bien sabido—<sup>2</sup> el afán justiciero de los jueces indianos. Esto es, la libertad con que se movían al utilizar la amplia diversidad de fuentes que les proporcionaba el sistema castellano-indiano, buscando —más que la mera aplicación formal de la ley— el hacer justicia en un caso concreto.

La libertad de los jueces en la aplicación del derecho se veía además facilitada por el hecho de que desde fines del siglo XVIII no necesitaban fundamentar las sentencias.<sup>3</sup>

Todo este sistema castellano-indiano siguió plenamente vigente tras la emancipación, empezando recién a sufrir modificaciones con la entrada en vigencia de la ley de fundamentación de las sentencias de febrero de 1837.<sup>4</sup> Esta norma, si bien obligó a

<sup>1</sup> Citado por AMUNATEGUI, Miguel Luis, *Ciencia del derecho y mentalidad legalista*, en: *Razones*, N° 5, septiembre de 1987, págs. 8 s.

<sup>2</sup> Cfr. por ej. FIGUEROA, María Angélica, *La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista* en: *Congreso Internacional “Andrés Bello y el derecho”*, Santiago, 1982, págs. 77 ss.

<sup>3</sup> Ley de 23.6.1778. Nov. Recop. 11, 16, 18. Cfr. GARCÍA GALLO, A., *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1979, vol. I, pág. 197 y II, págs. 77 ss.

<sup>4</sup> *Boletín de Leyes*, Lib. 7, N° 7, págs. 89 ss. Sobre la fundamentación de las sentencias en Chile pueden consultarse —además del trabajo de María Angélica Figueroa ya citado—, BRAVO LIRA, Bernardino, *Bello y la judicatura, la codificación procesal*, en *Congreso internacional Andrés Bello y el derecho*, Santiago, 1982, págs. 145 ss. El mismo, *Los comienzos de la codificación en Chile. La codificación procesal*, en

*Revista chilena de historia del derecho*, 9, 1984. El mismo, *La codificación en Chile 1811-1907 dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana*, en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 12, 1987. GUZMAN, Alejandro, *El significado de las expresiones “equidad natural” y “principios de equidad” en el derecho chileno*, en *Revista de Ciencias Sociales* 18-19, Valparaíso, 1981. El mismo, *Historia del “Referimiento al legislador” II, El Derecho Nacional Chileno*, en *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, 7, 1982. HANISCH, Hugo, *Contribución al estudio del principio y práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX*, en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 7, 1982. MERELLO, Italo, *La ley mariana de fundamentación de las sentencias frente a la clemencia en materia judicial*, en *Revista de estudios histórico-jurídicos* 8, 1983.

los jueces a expresar los fundamentos de derecho en que apoyan sus fallos, lo que significa un cierto avance hacia el legalismo, confirmó el amplio sistema de fuentes vigentes con la gran libertad que reconocía a los tribunales. Por lo demás dicha norma fue sólo regularmente respetada,<sup>5</sup> por lo que ya en 1851 debía ser reforzada por una nueva<sup>6</sup> que castigaba con la nulidad la no fundamentación. Respecto a las fuentes, no hay mayores modificaciones. Sólo se simplifica lo dispuesto en las leyes marianas, manteniéndose la tendencia a reforzar el predominio de la ley.

¿Cómo se reflejó en la práctica, en la jurisprudencia de la Corte Suprema, la evolución de la legislación recién reseñada? ¿Cuál era el grado de libertad con que se movía la Corte en los años inmediatamente anteriores a la entrada en vigencia del primero de los códigos —el civil de 1857— con el que nuestro país se introduciría definitivamente en el legalismo formalista reflejado en la sentencia con que se introducía este artículo?

Estas son las principales interrogantes que nos hemos planteado para analizar la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal contenida en la *Gaceta de los Tribunales* desde su aparición en 1841 y hasta el año 1860.

## LAS FUENTES DEL DERECHO Y SU INTERPRETACION

Durante las décadas de los cuarenta y cincuenta del siglo XIX, la Corte Suprema de Justicia chilena se movía todavía con gran libertad en el ámbito jurisprudencial. Un examen de las sentencias de dicho tribunal tal cual se recogen en la *Gaceta de los Tribunales* muestra en efecto que si bien la ley —tras la entrada en vigencia de las normas sobre fundamentación de las sentencias ya señaladas— estaba tendiendo a transformarse en la más importante de las fuentes del derecho, todavía se hallaba muy lejos de tener un carácter casi exclusivo o monopolístico, como ocurriría luego en el período de la codificación.

Junto a la ley, y tal cual ocurría en el sistema castellano-indiano, raíz y matriz de la tradición jurídica chilena, el juez o ministro de la Corte Suprema seguía recurriendo a otra multitud de fuentes e interpretando la ley con un espíritu creativo que iba mucho más allá de un sumiso sometimiento a la letra de la norma positiva. Lo importante seguía siendo hacer justicia en un caso concreto, más que aplicar mecánicamente la ley escrita.

En un fallo del año 1853<sup>7</sup> relativo a la devolución de un bien secuestrado durante las guerras de la independencia, los fundamentos principales en que la Corte apoya su resolución no son leyes, sino “razones de justicia”, y el que “no parece legal ni es de equidad” responsabilizar al ex intendente de un canon de arrendamiento no cobrado por cumplir una orden suprema, sin haber obtenido además provecho alguno personal con su acción.<sup>8</sup>

Razones de justicia o de derecho natural pueden ser más importantes que las leyes positivas y la Corte no duda en fundamentar en ellas sus fallos. Por ejemplo, en sentencia de 11.10.1844,<sup>9</sup> se disponía que “siendo de derecho natural la obliga-

<sup>5</sup> Cfr. moción legislativa de A. Varas en: *Gaceta de los Tribunales* de 11.9.1847, pág. 1414: “Bien sabido es, que la ley que mandó fundar las sentencias se cumple mal o no se cumple en la generalidad de los casos”.

<sup>6</sup> Cfr. ANGUIA, *Leyes promulgadas en Chile*, vol. I, págs. 588 s., de 12.9.1851.

<sup>7</sup> *Gaceta* de 9.6.1855, págs. 5915 ss.

<sup>8</sup> En otro caso referente a la propiedad de unos terrenos en la colonia de Llanquihue, la Corte Suprema en fallo de 25.11.1856 ordena al gobierno “resuelva lo que creyere justo”. *Gaceta* de 6.12.1856, N° 9477. Y en otro se dice: “...y no siendo equitativo que el deudor reciba ese perjuicio...”. *Gaceta* de 12.5.1855, N° 665.

<sup>9</sup> *Gaceta* de 19.10.1844, N° 140, pág. 2.

ción que tienen los padres de alimentar a sus hijos naturales” no puede prescribir el derecho que éstos tienen a exigir lo que se les debe.

Puede citarse por último un pintoresco caso que la Corte resuelve prácticamente en base a puras razones de justicia por estimar los autores del homicidio –ocurrido en la deshabitada isla de Juan Fernández– que dio lugar a la causa que se encontraban en “estado de naturaleza por serles imposible ocurrir al amparo de las autoridades ni de la fuerza pública”.<sup>10</sup> Se da así, en el parecer de la Corte, un caso puro de legítima defensa (en estado de naturaleza “todos los derechos” “reconocen como derivaciones necesarias del que tiene todo hombre a conservarse, la facultad de defenderse”), refrendado además –como se dice en el considerando quinto– por “la injusticia de las aspiraciones del occiso a dominar en territorio chileno, habiendo una familia que al menos tenía más derecho para ejercer en él autoridad patriarcal”.

Resulta sintomático en todo caso que ya en 1858 –y a poco más de un año de haber entrado en vigencia el Código Civil– criterios de justicia o de derecho natural parecen haber perdido considerable fuerza. Mientras un tribunal de Valparaíso ante la querrela de dos marineros cantoneses contra el capitán de un buque norteamericano surto en dicho puerto que los habría castigado teniéndolos “durante cinco días colgados de los brazos y pies por medio de una cadena sin darles otro alimento que tres vasos de agua al día”, reacciona abriendo una investigación –pese a reconocer las atribuciones que el derecho internacional concede a los capitanes de buques–, por tratarse de un “delito atroz que repugna a la naturaleza y a los principios de civilización que nos rigen”, la Corte Suprema decide sobreseer.<sup>11</sup> Se atiende a un criterio rígidamente positivista apegado al derecho internacional.

No sólo el derecho natural o una cierta idea de justicia pueden servir de base a un fallo, sino también los principios generales del derecho. La referencia a esta fuente en los considerandos de las sentencias de la Corte Suprema es constante. En fallo de julio de 1845.<sup>12</sup> se decía que “por principio de legislación universal, nadie puede constituirse juez de sus derechos contra un tercero”. En otro, el primer considerando afirmaba “que es un principio reconocido e incuestionable de derecho que no se adeuda alcabala en la donación remuneratoria”.<sup>13</sup> Lo mismo cuando se afirmaba “que es un principio de derecho que los servicios deben ser recompensados por la persona en cuyo favor se prestan”.<sup>14</sup>

Incluso en fallos posteriores a la entrada en vigencia del Código Civil se hace referencia a principios de derecho, aunque de naturaleza más bien interpretativa. Así cuando se afirma<sup>15</sup> “que es un principio reconocido en las reglas de hermenéutica que no debe interpretarse aquello que no lo necesita por su misma claridad y precisión” y “que es además un axioma de derecho que donde la ley no distingue al hombre no le es dado distinguir”.

El mismo fallo –de los más ricos en lo que a evidenciar los criterios interpretativos de la Corte se refiere– afirma también sus conclusiones en el “espíritu” de la ley. Es ésta una expresión muy repetida en las sentencias del período analizado. En la decisión a que hacemos referencia se usa sólo para corroborar lo que ya se desprende de la letra de la ley. Pero en años anteriores su utilización es mucho más libre. Sobre todo cuando de interpretar las leyes nacionales se trata. Así, en fallo de 9.3.1844,<sup>16</sup> cuando se sostiene que “atendida la categoría de las personas y

<sup>10</sup> *Gaceta* de 20.7.1844, Nº 127, pág. 1.

<sup>11</sup> *Gaceta* de 22.5.1858, pág. 3.

<sup>12</sup> *Gaceta* de 19.7.1845, pág. 209.

<sup>13</sup> *Gaceta* de 25.11.1854, pág. 5.500.

<sup>14</sup> *Gaceta* de 8.7.1854, pág. 5.185. Cfr. *Gaceta* de 13.5.1854, pág. 5.056.

<sup>15</sup> *Gaceta* de 18.9.1858, págs. 3 y 4.

<sup>16</sup> *Gaceta* de 16.3.1844, II, pág. 2.

el espíritu del art. 96 de la de 28..."; o la de 24.5.1851,<sup>17</sup> cuyo fundamento básico es el "espíritu de la ley de 18 de octubre de 1832".<sup>18</sup>

También esta apertura interpretativa parece restringirse una vez que entran en vigencia las normas del título preliminar del Código Civil. Tajantemente y parafraseando lo dispuesto en dicho ordenamiento, decía la Corte en fallo de 23.7.1859.<sup>19</sup> que no es "lícito consultar el espíritu de una ley cuando su tenor es claro y terminante".<sup>20</sup>

Contempla también la Corte el recurso a la analogía, otra manifestación más de la libertad con que se mueve frente al derecho vigente en la décadas de los cuarenta y cincuenta del siglo pasado. Muy claro e ilustrativo es a este respecto un caso del año 1854.<sup>21</sup> fallado contra el teniente de la Brigada de Policía por desobediencia al comandante de su cuerpo. En dicha oportunidad el tribunal fundó su decisión sosteniendo "que así como el delito cometido por Díaz (desobediencia) si hubiera sido juzgado militarmente hubiera merecido una pena grave, debe también estimarse lo mismo en el presente caso, porque, aun cuando la brigada de policía no goza de fuero de guerra, es un cuerpo armado en el cual, como en cualquiera del ejército, es indispensable conservar la disciplina y moralidad".

Una forma de razonar similar, aunque en materia civil, se nota en un fallo sobre indemnización de perjuicios en que se absuelve al Fisco ante el reclamo por la destrucción de una vivienda que ha hecho el ejército pacificador durante la Revolución de 1851. Se dice en el considerando tercero "que si el derecho nos autoriza para quitar la vida impunemente al agresor o enemigo injusto por salvar la propia existencia con mayor razón podremos destruir las armas con que nos ataca o con que se defiende ese enemigo, en cuyo caso se hallaba el edificio en cuestión pues se había convertido por los revolucionarios en un verdadero instrumento de guerra".<sup>22</sup>

Fuentes importantísimas para la Corte dentro del período en estudio siguen siendo la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales. Para un delito de forzamiento, por ejemplo, aparece exagerado –sostiene la Corte– aplicar la última pena como determinan las leyes. De ahí que, siguiendo "la opinión de los juriconsultos modernos", se reduzca dicha pena a cuatro años de trabajos forzados.<sup>23</sup>

El fallo que resuelve la llamada "cuestión del Sacristán" es también muy ilustrativo en cuanto une en un mismo considerando la jurisprudencia doctrinal y de tribunales. En el considerando tercero de la sentencia en cuestión y para afirmar que el recurso de fuerza es válido también respecto a materias espirituales, la Corte sostiene que "la práctica de todos los tiempos lo ha sancionado en Chile, y los tratadistas más acreditados, fundados en razones de justicia y de conveniencia pública, lo sostienen eficazmente".<sup>24</sup>

Señalemos por último que la costumbre como fuente del derecho parece haber perdido casi toda importancia. Sólo encontramos en las décadas centrales del siglo XIX una referencia tangencial a "las costumbres mercantiles".<sup>25</sup> Es éste un cambio importante respecto a la tradición indiana, en que la costumbre resultó siempre decisiva.

<sup>17</sup> *Gaceta* de 24.5.1851, pág. 3.235.

<sup>18</sup> Cfr. *Gaceta* de 5.4.1856, pág. 6.594 y de 6.1.1849, pág. 2.100.

<sup>19</sup> *Gaceta* de 6.8.1859, pág. 676.

<sup>20</sup> En sentencias posteriores a 1857 hay también referencias a la historia de la ley como elemento interpretativo: "que no puede darse otra interpretación al artículo sin hacer ilusorias las disposiciones de la ley y en ese mismo sentido fue

aprobado por la legislatura según la historia de su discusión". *Gaceta* de 26.3.1859, pág. 293. Cfr. *Gaceta* de 18.9.1858, pág. 4.

<sup>21</sup> *Gaceta* de 10.6.1854, pág. 5.120 ss.

<sup>22</sup> *Gaceta* de 15.5.1856, págs. 6.703 s.

<sup>23</sup> *Gaceta* de 23.4.1842, I, pág. 76.

<sup>24</sup> *Gaceta* de 25.10.1856, pág. 7.054. Cfr. *Gaceta* de 10.6.1854, pág. 5.119.

<sup>25</sup> *Gaceta* de 19.5.1855, pág. 5.867.

### EL ELEMENTO SOCIAL O LA CONCRETA VIGENCIA DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Factor importante en la forma de aplicar la ley por parte de la Corte Suprema fue la calidad social de las personas envueltas en los distintos procesos. Constantemente se usan, sobre todo en materia de delitos sexuales, expresiones como “joven virgen y de buena familia”,<sup>26</sup> que aparece “comprobada la honradez y buena vida de la joven R.”<sup>27</sup> Y este tipo de apreciaciones suele ser decisivo al momento de dictar sentencia. Por ejemplo, en un caso de seducción se absuelve al acusado por aparecer “antecedentes poco favorables sobre la clase a que pertenece la familia de la M., y su modo de vivir”.<sup>28</sup> Más claramente todavía aparece la condición social de las partes como determinante en un caso de tentativa de estupro, en que el tribunal afirma: “Del proceso no consta cuál sea la condición de la P., pero por ser una mujer del pueblo es más equitativo aplicar al delincuente la pena arbitraria que establece el final de la tercera, tit. 21, partida citada (séptima), que la de muerte de que habla al principio”.<sup>29</sup>

El mismo criterio aparece también en otras materias. Así cuando ventilándose un juicio derivado de un enfrentamiento entre un par de vigilantes y pobladores, el juez niega valor al testimonio presentado por los últimos por pertenecer “al pueblo bajo el que mantiene por lo común una notable odiosidad contra los agentes de la policía, sobre todo contra los que mejor cumplen sus funciones”.<sup>30</sup>

En un sentido similar puede quizá hacerse referencia a cierta dureza mostrada por los tribunales frente a indígenas involucrados en actos delictivos.<sup>31</sup> En un curioso caso ocurrido en Chiloé en que fueron asesinados (“los ahogaron uno en pos de otro”) tres indígenas, reputados como hechiceros por no cumplir sus promesas de liberar de ciertos males a los habitantes de la isla de los Payos, los indios implicados fueron condenados por la Corte Suprema a la “pena ordinaria de muerte con calidad de alevé”. En contraste, el Consejo de Estado se la conmutaría por la de 5 años de confinamiento en Magallanes.<sup>32</sup>

El principio de igualdad ante la ley, que aparecía en lo político como uno de los principales cambios introducidos en Chile con la Revolución de la Independencia, se veía claramente cuestionado o puesto en duda, por lo menos en algunos casos como los recién citados.<sup>33</sup>

### LA IMPORTANCIA DE LA CONCEPCION DE LA SOCIEDAD

En un número significativo de casos la Corte refleja en sus decisiones la visión de la sociedad propia de los ministros que la integraban. Estos se identifican con ciertos valores de tal forma que llegan a utilizarlos para fundamentar sus fallos,

<sup>26</sup> *Gaceta* de 19.11.1842, I, pág. 195.

<sup>27</sup> *Gaceta* de 29.12.1855, pág. 6.380.

<sup>28</sup> *Gaceta* de 4.7.1857, pág. 7.611.

<sup>29</sup> Se lo condena sólo a 2 años de presidio urbano. *Gaceta* de 21.5.1859, caso 892. Comparece con la pena de un año de presidio aplicada a un reo confeso “de haber abrazado y besado a la joven N.N. con lo que –afirma la Corte– ha cometido una injuria grave por ser sirviente del padre de la ofendida”. *Gaceta* de 15.3.1856, pág. 6.543.

<sup>30</sup> *Gaceta* de 27.12.1856, pág. 7.099.

<sup>31</sup> Cfr. *Gaceta* de 17.10.1857, pág. 7.850.

<sup>32</sup> *Gaceta* de 25.10.1851, pág. 3.487.

<sup>33</sup> En uno por injurias, en cambio, la Corte afirmaba en su cuarto considerando, “que nada influye la clase plebeya a que se dice pertenece Pereira porque el derecho público de Chile asegura a todo individuo la igualdad ante la ley”. *Gaceta* de 19.7.1845, pág. 209.

atribuyéndoles más importancia que a la ley misma. Otras veces sus valoraciones se reflejan en la forma que adopta la pena aplicada o en indicaciones especiales que se dan en lo que a su aplicación se refiere. En todo caso, se nota siempre que la Corte está muy lejos de llevar adelante una mera aplicación neutra y distante de las leyes, sino que las concibe y utiliza como concreciones de ciertos valores superiores.

Señalemos algunos ejemplos de esos valores generales a que expresamente se hace referencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema, sin pretensión de ser exhaustivos. Valores por lo demás –podemos afirmar desde ya– típicamente representativos de una sociedad burguesa y conservadora como lo era la chilena de mediados del siglo XIX.

Base de la sociedad es la propiedad. De ahí que en un juicio sobre reivindicación de unos terrenos la Corte señale como considerando definitivo el que de “la fiel observancia de estos principios legales” (que dan por definitivamente cerrado el asunto en cuestión al haber cosa juzgada, quedando la propiedad en manos del propietario) “resulta la tranquilidad del ciudadano en la firme posesión de sus bienes y derechos”.<sup>34</sup> El litigio perpetuo –puede desprenderse de lo anterior– que deja en el aire los derechos del propietario es un estado que siempre debe evitarse.

La seguridad de las propiedades es un valor muy caro para la Corte. Pero también la seguridad pública y el orden, que es su derivado inmediato. Así la Suprema se cree facultada para aumentar la pena correspondiente a un delito de heridas por el hecho de ser el afectado un sereno, aun cuando la ley no haga ninguna distinción al respecto. El raciocinio del tribunal para fundamentar tal medida es que el atacar a quien desarrolla “funciones de seguridad pública” es de mucho mayor gravedad, pue así se “tiende a enervar esa misma seguridad que tanto interesa a la sociedad”.<sup>35</sup>

Seguridad que es importante sobre todo para los comerciantes. Y comerciante es el grupo social que da su estilo de vida y valores a la sociedad chilena decimonónica, al régimen portaliano. Propiedad, orden, seguridad están en la base del sistema político del período en cuya defensa los tribunales también participan. Lo mismo que un cierto grado de libertad económica, particularmente en lo que a la libre circulación de los bienes se refiere. Por eso en un proceso destinado a esclarecer la conducta funcionaria de un vista de la aduana de Valparaíso, vaya en su favor el hecho de que la Corte juzgue se haya siempre expedido “sin poner trabas ni cortapisas inútiles al comercio”.<sup>36</sup>

Los mismos valores hacen que se castigue con gran dureza a quienes actúen con malas artes en el comercio, llegándose a castigar –por ejemplo en un caso de ocultación de bienes y en otro de deudores alzados– hasta con la inhabilitación para ejercer actividades comerciales a perpetuidad.<sup>37</sup>

En otro ámbito –y como es típico de una visión ilustrada– la Corte se muestra fiel a la creencia en el valor moralizador de la religión. Ante un delito de bestialidad por el cual se sanciona al hechor en primera instancia a “ser quemado en llamas de fuego” de acuerdo a una norma de la Novísima Recopilación, el tribunal máximo conmuta la pena por la de “diez años de servicios en el Colegio de Propaganda que existe en la provincia de Chiloé previniéndose al prelado del expresado convento la instrucción del reo en los preceptos religiosos”.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> *Gaceta* de 22.10.1842, pág. 179.

<sup>35</sup> *Gaceta* de 27.5.1843, pág. 1.

<sup>36</sup> *Gaceta* de 3.12.1859, pág. 1.083.

<sup>37</sup> Cfr. *Gaceta* de 18.8.1855, pág. 6.080 y de 24.5.1856, pág. 6.702.

<sup>38</sup> *Gaceta* de 19.10.1844, pág. 1. En un caso de

intento de bestialidad al que no corresponde sanción, la Corte sin embargo ordena: “El Juez Letrado dictará las providencias oportunas para mejorar la condición moral y religiosa del acusado”. *Gaceta* de 1.3.1857, pág. 7.351.

El cuidado por la moral se refleja también en una serie de causas en que el tribunal castiga conductas que –aun cuando no plenamente constitutivas de delito– tienen repercusiones sociales negativas desde el punto de vista de la moralidad popular.

En fallo de 28 de junio de 1847<sup>39</sup> la Corte por ejemplo declara “que por la cópula de dos hermanas con un extraño no se comete incesto civil”, pero que habiendo los involucrados “causado repetidos escándalos por su amancebamiento” se condena al autor a dos años de cárcel.<sup>40</sup> En otra oportunidad se castiga a un ciego a tres años de hospicio y a circular luego siempre con lazarillo por el “acto inmoral y escandaloso de manosear el vientre de las mujeres”.<sup>41</sup>

Se puede citar todavía otro caso de esta índole, interesante, pues muestra claramente cómo el tribunal, al constatar que no puede castigar un intento de forzamiento, recurre a la figura del “pecado público o escandaloso” para aplicar sin embargo una sanción.<sup>42</sup> Siguen fieles los jueces chilenos –todavía a mediados del siglo XIX– a lo que era la tradición y la normativa castellana e indiana en estas materias.

Algo similar puede detectarse en la forma como siguen haciéndose aplicables las normas castellanas que persiguen la vagancia. Por ejemplo, en un fallo de 3 de septiembre de 1842<sup>43</sup> la Corte considera que el reo “está confeso de que hará dos años no tiene otra ocupación ni oficio que el juego de bolas o de naipes”, por lo que, de acuerdo a una ley de la Novísima Recopilación (9, tít. 31, lib. 12), se le condena a “ocho años de servicio en el ejército”. Igual sanción se aplica a un presunto implicado en un hurto –hecho que no puede probarse–, por lo que se lo condena sólo por “vago y mal entretenido”.<sup>44</sup>

El período al cual pertenecen las sentencias que estamos analizando coincide en lo político con lo que se conoce como el “régimen portaliano”. Los gobiernos de Bulnes y Montt, que se extienden entre los años 1841 y 1861, son típicamente representativos de éste. Elemento característico de la creación de Diego Portales y uno de los fundamentos más sólidos de su sistema fue la moralidad de las autoridades, de los funcionarios públicos. Frente al descuido que en dichas materias existió en la época liberal de ensayos constitucionales –y motivo importante que llevó al mismo Portales a intervenir en la vida política–, la república conservadora hizo hincapié en la moralización de las masas a partir de la alta calidad moral de los servidores públicos. No puede extrañar así que los tribunales de justicia hayan velado con particular acuciosidad por el cuidado de ésta. Le bastan a la Corte Suprema tan sólo la existencia de “vehementes sospechas de infidencia” en un juicio por contrabando seguido contra el administrador de especies estancadas en San Felipe, para decretar que debía “desituirse del destino sin que pueda en lo sucesivo obtener empleo en los ramos de hacienda”.<sup>45</sup> La misma sanción se aplica en otro caso al administrador del puerto de Tomé que permite que un buque nacional cargue en dicho puerto contraviniendo las disposiciones legales. La Corte señala en apoyo de la sanción dispuesta “que a ninguno aprovecha la ignorancia de las leyes, y mucho menos a los empleatlos públicos encargados de su ejecución”.<sup>46</sup> Incluso cuando se configura apenas “falta de celo

<sup>39</sup> *Gaceta* de 10.7.1847, pág. 1.298.

<sup>40</sup> Cfr. *Gaceta* de 15.11.1845, pág. 377.

<sup>41</sup> Quizá la dureza de la sanción se explica por las diferencias sociales de los involucrados. La afectada era esposa de don Miguel Irrázabal.

<sup>42</sup> *Gaceta* de 22.11.1856, N° 9.417. Cfr. *Gaceta* de 19.4.1845, pag. 84. En todo caso se apoya en normas de la Novísima Recopilación: leyes 9 y 17, tít. 32, lib. 12.

<sup>43</sup> *Gaceta* de 10.9.1842, pág. 156.

<sup>44</sup> *Gaceta* de 20.6.1844, pág. 3. Cfr. *Gaceta* de 29.4.1848, pág. 1.710 y de 9.8.1856, pág. 6.879 y 4.10.1856, pág. 7.007.

<sup>45</sup> *Gaceta* de 6.8.1842, pág. 135.

<sup>46</sup> *Gaceta* de 27.3.1847, pág. 1.139. cfr. *Gaceta* de 19.9.1857, pág. 7.786.

en el desempeño de sus deberes”, la Corte se cree en la obligación de apereibir a los funcionarios por dicha falta”.<sup>47</sup>

El mismo celo se nota en la persecución y fuertes sanciones que se imponen a funcionarios públicos que abusan de su autoridad al perseguir a verdaderos o presuntos delincuentes. Un inspector, por ejemplo, que abusando de la legítima defensa mata con una daga a un investigado que lo atacó no respetando su reconvencción, es condenado a muerte.<sup>48</sup> En otro caso el tribunal sostiene que el inspector no debió golpear ni herir al afectado, “pues tenía soldados con que hacerlo entrar en su deber y contenerlo, cuando este solo lo atacaba con las manos”. A esto se agrega que el dicho inspector, sigue la Corte, “provocó en cierto modo la resistencia, llevando testigos armados de sable para practicar una diligencia de embargo en un día notoriamente feriado”; por todo ello se lo condena “a 50 pesos de multa a favor del fisco o a dos meses de prisión en subsidio, y a más las costas de la causa, con calidad de no poder ejercer el cargo de inspector durante seis años”.<sup>49</sup>

Y la actitud es la misma frente a funcionarios administrativos de superior jerarquía. Es por ejemplo el caso del intendente de Atacama que hace flagelar a unos ciudadanos que lo han atacado por medio del periódico “El Copiapino”. La Corte lo condena “a diez años de inhabilidad absoluta para ejercer empleos públicos, a cinco años de destierro fuera de la República” y a todas las costas de la causa.<sup>50</sup>

## EL ARBITRIO EN MATERIAS PENALES

Cuando se trata de investigar la mayor o menor libertad con que actuaban los jueces frente a la ley escrita y los valores en que se inspiraban sus decisiones, el ámbito del derecho penal se nos presenta como uno de los más ilustrativos. En la práctica —y como tendremos oportunidad de comprobar a través de numerosos ejemplos— fue en estas materias donde el arbitrio de los jueces se hizo presente de manera más constante.

Esto por una serie de razones. De partida, muchas normas de la legislación castellana e indiana todavía vigente para la época que estudiamos no fijaban una pena precisa a algunos delitos, sino que la dejaban al arbitrio del juez de la causa. Este gozaba de amplias facultades en lo que a aplicación de las penas se refiere.<sup>51</sup>

Por otra parte, también en la época indiana, sobre todo en los últimos años, la jurisprudencia había ido morigerando el rigor de las penas. Esto es, dejaba de aplicar los castigos a veces excesivamente rigurosos contenidos en los antiguos códigos castellanos, aplicando sanciones más reducidas, de acuerdo a la sensibilidad propia del siglo XVIII.<sup>52</sup> De hecho, lo anterior se reflejaba ya nítidamente en el cuestionario que la Corte Suprema dirigió al Gobierno inmediatamente después de dictada la ley de fundamentación de las sentencias.<sup>53</sup> Allí se consultaba precisamente qué ocurriría con aquellas prácticas que se habían ido sobreponien-

<sup>47</sup> *Gaceta* de 9.4.1859, pág. 339.

<sup>48</sup> *Gaceta* de 1.10.1842, pág. 167. Cfr. *Gaceta* de 6.9.1845, pág. 291 y de 17.10.1846, N° 1.154.

<sup>49</sup> *Gaceta* de 9.10.1858, pág. 2

<sup>50</sup> *Gaceta* de 23.4.1859, pág. 386. Como contrapartida puede señalarse que los desacatos a la autoridad son también castigados con firmeza. Cfr.

*Gaceta* de 3.6.1843, pág. 1, de 9.9.1843, pág. 1 y 19.4.1856, pág. 6.624.

<sup>51</sup> Cfr. AVILA MARTEL, Alamiro de, *Esquema del derecho penal indiano*, Santiago 1941, págs. 37 s.

<sup>52</sup> Cfr. ídem, pág. 82 y FIGUEROA, op. cit. págs. 87 ss.

<sup>53</sup> De 2.2.1837, Bol. de leyes, lib. VII, N° 7, pág. 458.

do a las normas legales vigentes en base a “principios de humanidad” y a los imperativos de la “ilustración del siglo”, si ahora se exigía la fiel observancia de las leyes. La respuesta redactada por el fiscal de la Corte Suprema, Mariano Egaña –y que pasaría a tener también fuerza legal–<sup>54</sup> abriría de hecho un amplio campo al arbitrio del juez republicano. En efecto, se autorizaba a éste para armonizar la ley con las “costumbres” y la “ilustración del siglo”, que, si bien debía juzgar siempre de acuerdo a la ley, “discrecionalmente” podían agregar a las sentencias la siguiente cláusula: “... y teniendo en consideración el tribunal que esta ley no se haya en uso por su excesivo vigor; suspéndase la ejecución ínterin se hace presente al Presidente de la República, que este tribunal encuentra que sería conforme a equidad conmutar la pena arriba decretada conforme a la ley, en tal otra (aquí la que el tribunal hallare justo subrogar)”.<sup>55</sup>

De todo lo anterior –y otros elementos que podrían agregarse–<sup>56</sup> se infiere inmediatamente que los jueces gozaban en el Chile de las décadas de los cuarenta y cincuenta del siglo XIX de amplia libertad para fijar las penas. Por lo mismo eran en definitiva ellos –y no necesariamente las leyes– los que determinaban la gravedad de las distintas faltas o conductas delictivas. Es posible estimar en consecuencia que las mayores penas corresponderían a las conductas que, de acuerdo a la valoración moral de los tribunales resultarían más reprobables.

Con estos antecedentes orientadores, resulta ahora más fácil acercarse a la abundante jurisprudencia penal. De inmediato resulta evidente –contra lo constatado por Avila Martel para el período indiano–<sup>57</sup> que la pena capital en materia de delitos contra las personas (homicidio, lesiones) fue aplicada frecuentemente, incluso de acuerdo a fórmulas arcaicas y durísimas contempladas en la legislación castellana.

En dos casos de parricidio, por ejemplo, se condena a los autores a la pena aleve contemplada en las Partidas. Esto es, de acuerdo a lo señalado en fallo de 26.4.1843,<sup>58</sup> después de muerto el reo debía ser “metido su cuerpo en un saco de cuero en que estén figurados un perro, un gato, una culebra y un simio y cosido por la boca se arroje en el río Bío-Bío”.<sup>59</sup>

En otros casos de homicidio calificado (unido a salteo) se recurre a un par de leyes de la Novísima Recopilación (1 y 2, tít. 21, lib. 12) para condenar a los autores “a la pena ordinaria de muerte para cuya ejecución será arrastrado por bestia de albarda en un serón desde la cárcel hasta el patíbulo: después de muerto quedará su cadáver por tres horas a la expectación pública; y en seguida se le cortará la cabeza, la cual será colocada sobre una picota en el lugar donde cometió el asesinato”.<sup>60</sup>

Máxima gravedad, podemos concluir, atribuye la Corte a los homicidios calificados por los vínculos familiares que unen a víctima y victimario y a aquellos unidos a delitos contra la propiedad.<sup>61</sup> No se recurre para nada a la fórmula acuñada por Mariano Egaña en su respuesta. En todo caso, en años posteriores al parecer dejaron de aplicarse penas tan extremas.

Paralelamente, en una serie de casos, la Corte reduce drásticamente la pena correspondiente al homicidio por estimar que el autor “fue arrebatado del movimiento de la saña con razón”.<sup>62</sup>

<sup>54</sup> Cfr. Bol. de leyes lib. VII, Nº 7, pág. 466.

<sup>55</sup> Idem, pág. 462.

<sup>56</sup> Cfr. por ej. FIGUEROA, op. cit., pág. 88.

<sup>57</sup> Cfr. op. cit. pág. 82, donde señala: “...no hemos encontrado caso de aplicación de pena capital”.

<sup>58</sup> *Gaceta* de 6.5.1843, pág. 1.

<sup>59</sup> Cfr. *Gaceta* de 12.12.1846, pág. 1.004.

<sup>60</sup> *Gaceta* de 8.4.1843, pag. 1. Cfr. *Gaceta* de 29.4.1843, pág. 1 y 11.6.1842, pág. 103.

<sup>61</sup> Incluso se aplica la pena de muerte –aunque sin agregados– en un caso de baratería (abandono de pasajeros en islas Galápagos para hacerse con el barco y su contenido), aunque no haya resultado de muerte. *Gaceta* de 2.3.1850, pág. 2.537.

<sup>62</sup> *Gaceta* de 7.12.1842, pág. 223. Se lo condena a dos años de presidio urbano. Cfr. *Gaceta* de 13.5.1843, pág. 2.

En el caso de los delitos de heridas ya hay ley nacional vigente (de 20.3.1824 y circular de 22.8.1837) de acuerdo a la cual se suele condenar a los implicados a algunos años de servicio en el ejército o en la marina nacional de guerra.<sup>63</sup>

En materia de robos y en los delitos sexuales –dejando ya de lado los de sangre– es quizá donde más se nota un cambio de valoración en la judicatura chilena frente a lo que eran los criterios penales de la antigua legislación española. A diferencia de lo que ocurría en el caso de los delitos de sangre, aquí sí se recurrió constantemente a la posibilidad establecida por la aclaración de Egaña a la ley de fundamentación de las sentencias, para desligarse de las sanciones determinadas por dichos códigos.<sup>64</sup>

Típico caso es el del robo con fuerza, sancionado por las Leyes de Estilo con la pena de muerte, que era normalmente conmutada en la de algunos años de cárcel y 100 azotes.<sup>65</sup> Aun cuando –otra manifestación más de la libertad que gozaban los jueces en el período– a veces no hay conmutación, sentenciándose sin más a muerte.<sup>66</sup>

Lo mismo ocurría con el delito de bestialidad, sancionado con la muerte (“quemado en llamas de fuego”), pena que se conmuta a 2 ó 3 años de presidio.<sup>67</sup> La diferencia de criterio entre una y otra época es así radical.

En los delitos de incesto, rapto y estupro había cierta variedad en las penas, notándose sin embargo también una clara tendencia a rebajar el monto de las mismas respecto a lo señalado por la letra de la legislación castellana. En caso de incesto, se rebaja la pena de muerte a un par de años de presidio.<sup>68</sup> Tratándose de los delitos de rapto y estupro, se recurre sistemáticamente para rebajar las penas a dar preferencia por sobre la Novísima Recopilación y las Partidas a la legislación canónica en la materia. Nueva y clara manifestación de la amplia libertad con que se movilizan los jueces. En efecto, se afirmaba uniformemente por la Corte en dichos casos que “el crimen de estupro se ha castigado siempre en Chile con las penas que establece el Cap. 1º de las Decretales de Gregorio IX”, porque la Constitución prohíbe la pena dispuesta en las Partidas; se dispone así que el reo se case con la estuprada o la dote, o si no sufra un par de años de presidio.<sup>69</sup>

Mucho más drástica es la Corte en caso de doble matrimonio. Siguiendo fielmente lo dispuesto en la Novísima Recopilación (ley 9, tít. 28, lib. 12), se condena a 10 años de presidio o de trabajos forzados.<sup>70</sup> Tratándose de adulterio –caso todavía más flagrante de atentado contra la unidad matrimonial–, las penas son a perpetuidad: “reclusión perpetua en un monasterio” a la mujer y “confinación perpetua a la colonia de Magallanes” al varón involucrado.<sup>71</sup>

Finalmente digamos que prácticamente después del homicidio calificado son los delitos de falsificación de moneda los que merecen un mayor grado de reprobación por parte de la Corte Suprema. Esto se infiere de las durísimas penas que se aplican a los autores de los mismos. La penalidad de las Partidas y de la Novísima Recopilación rige sin atenuantes: ni conmutación ni arbitrio judicial. Los falsificadores son siempre condenados a la “pena ordinaria de muerte”.<sup>72</sup> El solo hecho de comprar moneda falsificada a sabiendas da para una condena a “cuatro años de destierro fuera de la República”.<sup>73</sup>

<sup>63</sup> Cfr. *Gaceta* de 26.12.1842, pág. 2 y 9.4.1842, pág. 67.

<sup>64</sup> Cfr. Razón de las conmutaciones e indultos decretados por el Supremo Gobierno en el año de 1844. *Gaceta* de 29.3.1845.

<sup>65</sup> Cfr. *Gaceta* de 13.11.1841, pág. 5 y de 24.11.1849, pág. 2.392.

<sup>66</sup> Cfr. *Gaceta* de 28.1.1843, pág. 235.

<sup>67</sup> *Gaceta* de 24.5.1856, pág. 6.701 y de 1.5.1858, pág. 3.

<sup>68</sup> *Gaceta* de 4.9.1858, pág. 5 y Razón de las ... op. cit.

<sup>69</sup> *Gaceta* de 13.3.1858, pág. 4. Cfr. *Gaceta* de 17.4.1858, pág. 4.

<sup>70</sup> Cfr. *Gaceta* de 17.8.1844, pág. 1 y de 27.12.1851, pág. 3.571.

<sup>71</sup> *Gaceta* de 30.12.1848, pág. 2.082.

<sup>72</sup> *Gaceta* de 13.9.1856, pág. 6.958 y 31.1.1857, pág. 7.209.

<sup>73</sup> *Gaceta* de 22.5.1858, N° 786.

Cabría por último –retomando las ideas generales con las que partía este párrafo– en insistir en dos elementos a que suele recurrir la Corte para aminorar las penas. El primero, ya señalado y explicitado en lo medular y que ahora pasamos a ejemplificar, se refiere al aprovechamiento de la gran amplitud que en materia de penas dejaba muchas veces la legislación castellana. Caso típico es el de barrenamiento de un buque sin resultado de muerte para los pasajeros ni peligro de su vida. El tribunal concluía que “no habiendo disposición terminante, debe imponérsele una pena arbitraria que a juicio del juez haga expiar debidamente el delito cometido, pena que parece autorizar el artículo 78 de la Ordenanza de Bilbao, cuando agrega al final –o a proporción de su delito, según leyes y juicio de la justicia que en ello procediere–”.<sup>74</sup>

El segundo dice relación con la práctica de reducir la pena o absolver derechamente al procesado ante cualquier duda respecto a su culpabilidad. Dicho de otra manera, muchas veces las leyes se interpretan en favor del reo. En un caso de malversación de fondos, dice el tribunal, que no es posible juzgar al inculcado como ladrón, “puesto que la ley 12, tít. 14 part. 3<sup>a</sup> exige pruebas tan claras como la luz del día, y establece el principio de que es más acertado absolver al culpable contra quien no hay esos comprobantes manifiestos, que condenar al inocente contra el que haya sospecha”.<sup>75</sup> En otro por desafío se sostiene que “tal duda debe interpretarse en favor del reo”.<sup>76</sup>

Los ejemplos señalados dejan absolutamente en evidencia la gran libertad con que podían moverse los jueces frente a la ley en materias criminales en el período inmediatamente anterior a la codificación.

#### TRIBUNALES ACTIVOS Y CON INICIATIVA

Estamos acostumbrados hoy en día a que los tribunales sean en general entes esencialmente pasivos que no se mueven sino a solicitud de las partes. Son ellas las que tienen la iniciativa y no los jueces ni la Corte.

En los decenios cuya jurisprudencia analizamos la situación era distinta. La autoridad judicial se mueve también por su cuenta para hacer justicia, dando su más pleno sentido a esta palabra. Hay ciertos valores que informan su actuar que la impulsan a ir más allá de lo que las partes involucradas le han planteado.

Esta disposición de la Corte se revela con particular claridad en los casos de doble matrimonio y de matrimonios clandestinos. Típico en casos de doble matrimonio es por ejemplo que la Corte ordene al juez de letras proceder a “formar la correspondiente causa a los testigos que depusieron sobre la soltería del procesado”.<sup>77</sup> Incluso en un caso en el cual el reo fue absuelto del delito, el tribunal “considerando que cometió engaño”, “afirmando que era soltero siendo viudo”, lo condena a tres años de presidio.<sup>78</sup>

En casos de matrimonio clandestino se ordena instruir causa contra todos los partícipes en el hecho: madre y testigos<sup>79</sup> y hasta el párroco que concurrió a su celebración.<sup>80</sup> Lo mismo en caso de relaciones ilícitas o ilícita amistad. La Corte no se contenta sólo con castigar a los directamente implicados, sino que ordena

<sup>74</sup> *Gaceta* de 9.9.1854, pág. 5.328. Cfr. *Gaceta* de 4.9.1858, pág. 5.

<sup>75</sup> *Gaceta* de 6.5.1854, pág. 5.069. Cfr. *Gaceta* de 11.11.1854, pág. 5.466.

<sup>76</sup> *Gaceta* de 26.8.1854, pág. 5.293. Cfr. *Gaceta* de 2.6.1855, pág. 5.900.

<sup>77</sup> *Gaceta* de 1.4.1843, pág. 1, de 16.9.1843 pág. 1, de 27.12.1851, pág. 3.571, etc.

<sup>78</sup> *Gaceta* de 17.5.1845, pág. 117.

<sup>79</sup> *Gaceta* de 5.10.1844, pág. 2.

<sup>80</sup> *Gaceta* de 18.12.1841, pág. 23.

instruir causa a quienes han facilitado, promovido o ayudado a ocultar tales relaciones (por ejemplo, a la madre en caso de ilícita amistad entre dos hermanos).<sup>81</sup> La importancia que la Corte atribuye a la institución matrimonial la impulsa a actuar más allá de lo que estrictamente se le pide.

Con otros valores la situación es similar. Por ejemplo, es común que absolviéndose por falta de pruebas, la Corte sin embargo ordene una vigilancia especial sobre los involucrados. Absolviendo del delito de hurto a un grupo de procesados, la Corte sin embargo declara "que estas personas queden bajo la inspección de la justicia ordinaria para que las haga trabajar en sus respectivos oficios con apereamiento de que de no ocuparse en alguno útil a la sociedad se les formará causa por vagos y mal entretenidos".<sup>82</sup>

Un último ejemplo de iniciativa judicial en otro ámbito se da en un caso en que investigándose una malversación en el desempeño del cargo de subdelegado, la Corte termina por ordenar se oficie al "Supremo Gobierno, instruyéndosele de los abusos y verdaderas depredaciones que se cometen en ese mineral (Chañarillo) con el permiso arbitrariamente adoptado por los gobernadores de imponer contribuciones en infracción de nuestra Carta a fin de que se sirva poner el oportuno remedio".<sup>83</sup>

## CONCLUSION

El contraste entre la declaración con la cual empezábamos este trabajo y la amplia gama de sentencias dictadas en las décadas de los cuarenta y cincuenta del siglo pasado es evidente. Si bien con la entrada en vigencia de las distintas leyes de fundamentación de las sentencias<sup>84</sup> se da un primer impulso a una cierta tendencia legalista, por lo menos hasta el año 1860 los jueces chilenos siguen moviéndose con gran libertad al buscar fundamentos para sus fallos. Prima la ley, pero no es la única fuente a que se recurre. E incluso las mismas normas legales son utilizadas pensando que contienen una cierta idea de justicia y sin que se manifieste un sometimiento absoluto a su tenor literal. Esto sin considerar el hecho más de fondo constituido por la radical diferencia existente entre la amplísima legislación tradicional castellano-indiana aún vigente y la absoluta precisión de la norma codificada que empezaría poco a poco a primar en la segunda mitad del siglo XIX.

¿Jurisprudencia creativa?, nos preguntábamos en el título. Creemos que en el período investigado todavía lo era.

<sup>81</sup> *Gaceta* de 15.11.1851, N° 3.625. Cfr. *Gaceta* de 27.3.1858, N° 468.

<sup>82</sup> *Gaceta* de 1.7.1843, pág. 1. Cfr. *Gaceta* de 15.3.1845, pág. 39.

<sup>83</sup> *Gaceta* de 21.9.1844, pág. 1.

<sup>84</sup> Cfr. además de la bibliografía ya citada, GUZMAN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador*, Santiago, 1982, tomo I.