

LA LEY MARIANA DE FUNDAMENTACION DE SENTENCIAS FRENTE A LA CLEMENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL

ITALO MERELLO ARECCO
Universidad Católica de Valparaíso

I. SÍNTESIS SOBRE LA HISTORIA EXTERNA DE LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN LA FUNDAMENTACIÓN DE SENTENCIAS EN CHILE DURANTE LA REPÚBLICA HASTA LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Es sabido que una real cédula de Carlos III del 23 de junio de 1768¹, que se recoge en NsRc. 11.16.8, prohibió a los jueces castellanos fundar sus fallos: *mando cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose a las palabras decisorias...*

Al comienzo de la ley se establecen las razones que llevaron al monarca a la adopción de esa medida: *Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar a cabilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso, y las costas que a las partes siguen...*

Conocidos son los muchos problemas que se plantean con ocasión de esta cédula prohibitiva; de entre los más generales, por

ABREVIATURAS: BELLO, *Op. Jur.* = BELLO, A., *Opúsculos jurídicos*, en *Obras completas de don Andrés Bello* (reimp. Santiago, 1932); *Bol.* = *Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del gobierno*. Santiago; *SCL.* = *Sesiones de los cuerpos legislativos de la República de Chile* (ed. Letelier, V., Santiago, 1887-1908); *Gac.* = *Gaceta de los Tribunales*.

¹ Indico esta cédula real con su fecha rectificada de acuerdo a la llamada de atención que sobre este punto ha hecho MARLUZ URQUIJO, en el sentido que datarla en 1778 deriva de una errata de la Novísima Recopilación, que con frecuencia repiten los autores: *La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares*, en *Rev. de Historia del Derecho* 4. (Buenos Aires, 1976), p. 143, n. 4.

citar sólo uno: el grado de vigencia que dicha norma alcanzó en la práctica de los derechos castellano², indiano³ y patrio. Pero, por exceder estos temas los límites del presente estudio, ellos no corresponden ser tratados aquí.

La citada disposición de la Novísima Recopilación estableció el criterio legal que en dicha materia rigió en Chile hasta que se dicta la constitución de O'Higgins de 1822. En el art. 219 de este estatuto político⁴, dentro del título VII (*Del poder judicial*), capítulo IV (*De la administración de justicia i de las garantías individuales*), se leía: *Toda sentencia civil i criminal debe ser motivada*. Sin embargo esta norma prácticamente no rigió entre nosotros: primero, porque su vida fue efímera al derogarse el reglamento constitucional que le dio vida, con la renuncia del director supremo, presentada antes de dos meses a contar de la publicación de dicha carta (la constitución de 1822 vio la luz el 3 de diciembre de ese año y el prócer abdica el 28 de enero de 1823); segundo, porque la norma transcrita, acorde con su rango constitucional, tan sólo estableció el criterio superior que informa el punto, sin haberse implementado con la correspondiente ley procesal que fijara el alcance de dicha exigencia y la forma cómo los jueces debían darle cumplimiento.

La ideología liberal patria de las primeras décadas del siglo XIX fustigó con acritud la práctica judicial de silenciar las razones de sus fallos. Un eco de esta censura se recoge en el preámbulo del proyecto de ley que el presidente Joaquín Prieto presentó al congreso nacional en el mes de noviembre de 1836, en que se sostiene que una de las cosas más importantes que reclama la reforma sobre procedimiento judicial *es imponer a los juzgados y tribunales de la*

² Sobre los criterios que en esta materia rigen en los distintos reinos peninsulares: SCHOLZ, J. M., *Colecciones de jurisprudencia y de dictámenes*, en Pérez Martín, A. Scholz, J. M., *Legislación y jurisprudencia en la España del antiguo régimen* (Valencia, 1978), p. 297-301. Una solución distinta a la que NsRc. 11.16.8 establece para Castilla, rige en la corona aragonesa. Sobre la motivación de sentencias en dicho reino, su alcance y los precedentes en la doctrina de los juristas del derecho común: SCHOLZ, J. M., *Motiva sunt pars sententiae. Urteilsbegründung in Aragón* (16-18, Jahrhundert), en *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo congresso internazionale della società italiana di storia del diritto* (Firenze, 1977), t. 2, p. 581-598.

³ Referente a los alcances que esta cédula prohibitiva tiene en el ámbito del derecho indiano: LEVAGGI, A., *La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano*, en *Rev. de Historia del Derecho* 6 (Buenos Aires, 1978, p. 47-73.

⁴ Sobre la motivación ideológica que el principio de fundamentación de sentencia tuvo en el ámbito de la cultura europea: TARUFFO, M., *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto commune e illuminismo*, en *La formazione* (n. 2), p. 599-633; SAUVEL, T., *Histoire du jugement motivé*, en *Revue de Droit Public et de la Science Politique* 61 (1955), p. 5-53.

*república la obligación de fundar sus sentencias. Una práctica monstruosa, resto de la ignorancia y del despotismo, ha tenido a la familia chilena privada hasta hoy de este beneficio común a todos los pueblos libres de la tierra; y mientras nuestros códigos políticos han declarado a los ciudadanos los derechos más preciosos, y han establecido los cimientos del orden público; los derechos de los ciudadanos y el orden público han estado a la merced de las decisiones arbitrarias del poder judicial. No pueden ocultarse a vuestra sabiduría los funestos resultados, que produce y que debe producir esta anomalía política, que salva de la obligación de dar cuenta de sus operaciones a los funcionarios que disponen de nuestros más caros intereses, porque tienen en sus manos las vidas, el honor y las fortunas de los individuos... pero la lentitud con que probablemente se procederá en la adopción de esta importante reforma, aleja considerablemente de nosotros el momento de ver establecidas algunas innovaciones sin las cuales no pueden tener influjo ni observancia nuestras instituciones políticas*⁵. Se observa así cómo la exigencia de motivar los fallos se consideró como una de las garantías ciudadanas inseparable a las virtudes del sistema republicano.

De esta manera, igual que antes de la constitución de 1822, siguieron manifestándose en nuestro medio opiniones sobre la necesidad de motivar las sentencias. Destacan entre ellas las vertidas por Andrés Bello en un artículo aparecido en *El Araucano*⁶, en que

⁵ *El Araucano* N° 325 de 25 de noviembre de 1836. En un comentario sobre este proyecto de ley, cuyo texto se consigna en ese mismo ejemplar del periódico, se dice: *El proyecto de ley propuesto al Congreso en el mensaje que insertamos en el presente número presenta a los chilenos una de las garantías más reales que la legislación puede ofrecer a un pueblo. Hasta hoy han estado sometidos nuestros derechos a las decisiones arbitrarias de los jueces, que sujetos a las pasiones, errores y preocupaciones que forman el patrimonio de la especie humana, han gozado del ominoso y extravagante privilegio de fallar sobre las cuestiones más importantes sin dar cuenta a la nación de los fundamentos de sus juicios, ni esplicaciones satisfactorias de sus operaciones administrativas.* Este proyecto de ley sobre fundamentación de sentencias quedó entonces con tramitación paralizada en la cámara de diputados, con informe rendido por la comisión de legislación y justicia de dicha corporación, de fecha 2 de diciembre de 1836, debido a la declaración de guerra contra la confederación Perú-Boliviana. Ver: *SCL.*, 24, p. 369 ss. Con todo, el mismo texto de dicho proyecto fue promulgado como ley de la república en el mes de marzo del año siguiente, por medio de un decreto presidencial, dictado en uso de las facultades extraordinarias concedidas al gobierno para hacer frente al conflicto contra la confederación.

⁶ *El Araucano* N° 197 de 20 de junio de 1834 = BELLO, A. *Op. Jur.*², p. 279 ss.; *El Araucano* N° 296 de 6 de mayo de 1836 = BELLO, A. *Op. Jur.*², p. 152 ss. Sabido es la preocupación de Andrés Bello por las materias procesales, cuya codificación la consideró incluso, prioritaria a la tarea de codificación civil.

esgrime una serie de argumentos filosóficos, políticos, procesales, etc., en favor de la obligación que los jueces funden sus resoluciones. Estas ideas representan el sentir común de las gentes ilustradas de la época⁷ —congruente con el republicanismo filosófico que profesan—, lo que hizo que el 2 de febrero de 1837 se fijen rumbos en esta materia. En esta fecha el gobierno del presidente Joaquín Prieto, haciendo uso de las facultades extraordinarias que le fueron concedidas por ley del 31 de enero de 1837⁸ para hacer frente a la guerra contra Perú, que se dicta con arreglo al art. 161 de la constitución de 1833⁹, procedió a promulgar un decreto con fuerza de ley conocido con el nombre de ley de fundamentación de sentencias. En él se derogó el principio recogido en NsRc. 11.16.8, al establecerse una exigencia que reza así: *Toda sentencia se fundará breve y sencillamente. El fundamento se reducirá sólo a establecer la cuestión de derecho o hechos sobre que recae la sentencia, y a hacer referencia a las leyes que le sean aplicables, sin comentarios ni otras explicaciones*¹⁰. Grande fue la importancia de esta ley en la historia de la

⁷ Para esto; recientemente HANISCH, H., *Contribución al estudio del principio y de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el s. XIX*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso 7 (1982), p. 140 ss.

⁸ El texto de dicha ley reza así: *Santiago, 31 de enero de 1837. Por cuanto el Congreso Nacional ha discutido i aprobado el siguiente proyecto de lei: El Congreso Nacional declara en estado de sitio el territorio de la República por el tiempo que dure la actual guerra contra Perú, i queda en consecuencia autorizado el Presidente de la República para usar de todo el poder público que su prudencia hallare necesario para rejir el Estado, sin otra limitación que la de no poder condenar por sí, ni aplicar penas, debiendo emanar estos actos de los tribunales establecidos o que en adelante estableciere el mismo Presidente. Por tanto en uso de la facultad que me confieren los artículos 43 i 82 de la Constitución, he venido en aprobarlo i sancionarlo, i dispongo se publique, imprima i circule.— Prieto.— Diego Portales. Bol. 7 (1841), N° 7, p. 73.*

⁹ *Const. Polít. 1833, cap. XI (Disposiciones jenerales), art. 161: Declarado algún punto de la República en estado de sitio, se suspende el imperio de la Constitución en el territorio comprendido en la declaración; pero durante esta suspensión i en el caso en que usase el Presidente de la República facultades extraordinarias especiales, concedidas por el Congreso, no podrá la autoridad pública condenar por sí ni aplicar penas. Las medidas que tomare en estos casos contra las personas, no pueden exceder de un arresto o traslación a cualquier punto de la República.*

¹⁰ *Bol. 7 (1841), N° 7, p. 89. En cuanto al texto de esta norma mariana se ha sostenido que su redacción está tomada del art. 1213 del Código de Comercio español de 1829, cuya semejanza estilística es manifiesta: Los tribunales de comercio fundarán todas las sentencias definitivas e interlocutorias que pronuncien. Los fundamentos se reducirán a establecer la cuestión de derecho o de hecho sobre que recae la sentencia, y hacer referencia a las leyes que le sean aplicables, sin comentarios ni otras exposiciones. Ver: BRAVO LIRA, B., *Bello y la judicatura. La codificación procesal*, en *Congreso internacional "Andrés**

motivación de sentencias en Chile, dado que con ella se impone por primera vez a los jueces nacionales la obligación de motivar sus fallos. En efecto, una ley complementaria¹¹ dictada pocos días más tarde —a que nos referiremos enseguida—, pudo afirmar que *estos fundamentos se silenciaban hasta ahora en los tribunales patrios*. Sin embargo, el texto transcrito revela todavía una idea bastante primaria de fundamentación, ya que no se obliga al juez que haga un proceso de raciocinio jurídico en la sentencia —considerandos en un sentido moderno—, sino tan sólo indicar los hechos y la ley en base a la cual se decide la cuestión.

Como se sabe, la dictación de esa ley ofreció varias dudas a la corte suprema, acerca de cómo debía aplicarse ante una serie de situaciones *bastante frecuentes en la práctica*¹² que se presentaban a los jueces. Por tal razón el máximo tribunal de la república, por oficio del 11 de febrero de 1837, elevó una consulta de doce puntos al ministerio del interior, que ocupaba Diego Portales, en la que pide aclaraciones sobre su aplicación en tales casos¹³. Una vez que el ministerio conoció esta consulta dio traslado de ella al propio fiscal de la corte suprema, a la sazón Mariano Egaña, a fin que sugiriera la respuesta. El informe-respuesta de Egaña, dado el 20 de febrero de 1837¹⁴, fue hecho suyo por el ejecutivo —sancionado como ley de la república— por decreto con fuerza de ley del 1º de marzo de ese mismo año¹⁵, en el cual se estableció: *sirva de regla a todos los juzgados y tribunales del Estado a quienes toca la ob-*

Bello y el derecho", Santiago, 1982, p. 146 s. A su vez Tau Anzoátegui ha afirmado que la ley chilena de motivación de fallos gravitó en la redacción de la ley de la provincia confederada de Mendoza, del 15 de noviembre de 1853, que establece: *Toda sentencia de cualquiera instancia que sea, se fundará breve y sencillamente. El fundamento se reducirá sólo a establecer la cuestión de hecho o de derecho sobre que recae la sentencia y hacer referencia de las leyes que le sean aplicables, sin comentarios ni otras explicaciones*. También en otro artículo de este cuerpo legal transandino se recoge la solución que el mismo Egaña dio —en un punto de una ley complementaria posterior a su ley de fundamentación, cuyo estudio constituye el centro de este trabajo— al problema de las viejas leyes penales no derogadas oficialmente, pero que estaban en desuso en razón de su excesiva dureza: TAU ANZOÁTEGUI, V., *Los comienzos de la fundamentación de las sentencias en la Argentina*, en *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires 10 (1982), p. 342 s.

¹¹ Bol. 7 (1841), Nº 7, p. 91.

¹² Bol. 7 (1841), Nº 7, p. 90.

¹³ Bol. 7 (1841), Nº 7, p. 98 ss.

¹⁴ Bol. 7 (1841), Nº 7, p. 91 ss.

¹⁵ Bol. 7 (1841), Nº 7, p. 101.

servancia de la ley (de fundamentación de sentencia) a que son referentes las consultas de la Corte Suprema de Justicia.

No es difícil concluir, entonces, que las normas sobre fundamentación de sentencias que se dictaron en esa oportunidad quedaron fijadas en dos sedes: en el decreto con fuerza de ley del 2 de febrero de 1837 (ley de fundamentación de sentencias) y en el posterior interpretativo y modificatorio del 1º de marzo del mismo año, que oficializó la respuesta dada por Mariano Egaña a las consultas que, con ocasión de aquella ley, la corte suprema formuló al gobierno. El presente estudio versa sobre el análisis de ciertos puntos recogidos en estas fuentes.

Esta regulación sobre la materia que tratamos subsistió hasta el 12 de septiembre de 1851, en que el gobierno de Manuel Montt promulgó la ley sobre acuerdos y fundamentación de sentencias¹⁶, cuyo artículo 3 N° 3 disponía lo siguiente: *Toda sentencia definitiva o interlocutoria de primera instancia i las revocatorias de otro Tribunal o Juzgado, contendrán: N.3: Los hechos i las disposiciones legales, en defecto de éstas la costumbre que tenga fuerza de lei, i a falta de una i otra, las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia.* El criterio recogido en esta ley de 1851 rigió hasta la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil, el 1º de marzo de 1903.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y LOS SUPUESTOS LEGALES, IDEOLÓGICOS Y PRÁCTICOS DEL MISMO

El punto segundo de la referida consulta que la corte suprema formuló al ejecutivo, en relación con la ley de fundamentación de sentencias, plantea el problema acerca de cómo los jueces deben motivar una sentencia en materia criminal, cuando se produce una divergencia entre ciertas leyes *muy duras*¹⁷ para determinados delitos, y los *principios de humanidad y por la ilustración del siglo*¹⁸, que inducen a la judicatura a aplicar castigos inferiores.

Se trata ésta de una práctica constante de los tribunales —*lei consuetudinaria*¹⁹ la llama la corte suprema—, que consistía en una forma de clemencia que se hacía uso por la vía del arbitrio judicial.

¹⁶ Bol. 19 (1851), N° 9, p. 524.

¹⁷ Bol. 7 (1841), N° 7, p. 90.

¹⁸ Bol. 7 (1841), N° 7, p. 90.

¹⁹ Bol. 7 (1841), N° 7, p. 90.

Con todo, esta situación no fue exclusiva de la república naciente, sino que ella también se había dado en el solar peninsular y en la monarquía castellano-indiana. Y tal sucedió así en razón que los supuestos que dieron origen a dicho fenómeno fueron idénticos en uno y otro lugar: de una parte, el importante depósito de un mismo derecho, integrado por la vieja legislación castellana, que fue la que en mayor volumen rigió en esta materia en Chile hasta bien entrado el siglo XIX; de otra, el impacto de unas mismas ideas crítico-reformistas —tan típica de los hombres de la ilustración— que ávidamente se difundieron por todas partes. De esta manera los jueces patrios actuaron de modo análogo a como lo habían hecho antes la judicatura castellana²⁰ y castellano-indiana²¹, en los territorios de su jurisdicción, donde también una suerte de práctica judicial había contribuido a aplacar el rigor de penas durísimas, de guisa que muchas de ellas cayeron en desuso o fueron desterradas por otras más benévolas. La situación descrita trasunta la pugna entre un ordenamiento penal con sedimentos medievales²² —severísimo y anacrónico—, con los principios de la ilustración que, partiendo de una distinta y más benévola consideración del delincuente, abogan por un sistema penal menos duro que aquél: la pena con una finalidad vindicativa y ejemplarizadora, llamada a la vez a castigar (escarmentar) y producir miedo colectivo (intimidar) —lo que explica muchas veces su crueldad—, tiende a ser substituida por una concepción diversa, que postula su objetivo correctivo y su medida proporcionada a la gravedad del delito.

En efecto, bajo la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII) mientras más excesivas fueran las penas, tanto mejor cumplen con los fines señalados. Las mutilaciones, los castigos infamantes, las muertes pródigamente aplicadas a un amplio espectro de delitos —todas ejecutadas a menudo cara a la comunidad—, son sanciones corrientes que se inscriben en el contexto de un ordenamiento delictual en que la pena presenta un sesgo esencialmente represivo en su doble vertiente señalada.

Contra estos excesos se levantaron censuras y se propusieron reformas, lo que hizo que los principios penales experimentaran un interesante proceso de transformación. Estas voces, provenientes de

²⁰ TOMÁS Y VALIENTE F., *El derecho penal de la monarquía absoluta* (siglos XVI-XVII-XVIII), Madrid, 1969, p. 375 ss.

²¹ LEVAGGI, A., *Historia del derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1978, p. 30 ss.; AVILA MARTEL, A., *Esquema del derecho penal indiano*, Santiago, 1941, p. 37 s.

²² Sobre esta materia: TOMÁS Y VALIENTE, F. (n. 20), p. 353 ss.

filósofos, teólogos y juristas, se escuchan desde el siglo XVI, pero se imponen con vigor durante el curso del siglo XVIII, ya el siglo de Beccaria (1738-1794).

En medio de estos extremos —entre una legislación durísima oficialmente no derogada y las nuevas ideas de inspiración muy diversa— se halla la realidad práctica, con un juez muchas veces perplejo llamado a aplicar una pena que, si bien estaba fijada con claridad en la ley, era abiertamente rechazada por las luces del siglo.

Con demasiada frecuencia, por eso, las viejas leyes penales fueron burladas por una forma de arbitrio judicial clemente que recoge el eco de la nueva mentalidad que se impone en este campo²³. Este es el tipo de arbitrio que nos interesa tratar aquí, el cual corresponde a su modalidad más radical y propia: el arbitrio *contra legem*, que en el caso que nos ocupa consiste en que el juez establece una sanción siempre inferior a la señalada por la ley, pues por vía del arbitrio también era posible aplicar un castigo más gravoso. Pero al margen de éste existen todavía otras formas de arbitrio judicial, como aquel en que ante la indeterminación legal de la pena —frecuente en la letra de la antigua legislación— se facultaba al juez para precisarla en su lugar. En este último caso la ley a lo más viene a señalar un canon genérico (“con todo rigor”, “con arreglo a la justicia”, “a juicio del juzgador”, etc.) con sujeción al cual el decisor debe establecer el castigo. Pero, si en la primera situación arbitrio significa trasgresión expreso de la ley; en la última, en cambio, el juez actúa de acuerdo con ella, ya que hace uso de una facultad que la misma norma le otorga. Creemos, sin embargo, que en todos estos casos la prohibición de motivar las sentencias se convirtió en un elemento de importancia que vino a estimular el uso de esa facultad discrecional por parte de los jueces, ya que los exime de la obligación de tener que justificar o explicar en sus fallos las razones que en definitiva los movieron a aplicar tal o cual castigo.

Precisamente la consulta que nuestro máximo tribunal hizo al gobierno plantea el problema acerca de cómo los jueces han de dar cumplimiento a la ley de fundamentación de sentencias, que los obliga a *hacer referencia a las leyes que le sean aplicables*²⁴, cuando hacen uso del arbitrio *contra legem* en los procesos que les toca conocer.

²³ Acerca del arbitrio judicial en la práctica penal: TOMÁS Y VALIENTE, F. (n. 20), p. 377 ss.; LEVAGGI, A. (n. 21), p. 30 ss.; AVILA MARTEL, A. (n. 21), p. 37 s.

²⁴ Bol. 7 (1841), N^o 7, p. 89.

Retomando el hilo del discurso, cabe afirmar que si este uso o estilo de la judicatura fue una consecuencia de las ideas ilustradas, tal doctrina no miró con buenos ojos esa forma de piedad judicial. Por eso, no obstante reconocerse el noble y generoso sentimiento que hay detrás de esa actitud asumida por los jueces, se postuló como principio que debe ser la pena fijada en la ley la que debe aplicarse, pues el juez que en su sentencia establece un castigo menor al legal hace uso de una facultad que no le pertenece. Dice Lardizábal²⁵ —el más prominente penalista ilustrado hispano del siglo XVIII— que *la clemencia para perdonar es una virtud del legislador, pero no de los depositarios y executores de las leyes*. De este modo lo que los juristas ilustrados persiguen con sus críticas es una reforma de la leyes penales, de manera que sean ellas las que fijen castigos más benignos y humanos, con lo que los jueces no necesitarán hacer uso del arbitrio para ser justos, sino tan sólo aplicar derechamente la ley. Sin embargo, llevará todavía años para que estas ideas cristalicen definitivamente en la legislación positiva, puesto que la monarquía absoluta fue reacia a aceptar estos cambios; pero, removida ésta del sitio que ocupó durante tres siglos, tal aspiración fue recogida por el derecho penal del estado liberal.

Con todo, no mereció igual reparo a los ilustrados la clemencia llevada a cabo por vía del indulto real, pródigamente otorgado en la época²⁶, pues se consideró que él constituye un irrenunciable derecho o regalía del monarca absoluto, de acuerdo al principio doctrinariamente admitido que si el príncipe es el creador, intérprete y ejecutor de la ley, puede también eximir su aplicación²⁷. Con lejano apoyo en la tradición romano-bajo imperial, la ideología de las luces coincide con el reconocimiento que dicha gracia había encontrado tanto en la legislación bajo medieval y moderna, como en el pensamiento de los juristas y teólogos del barroco.

Pero se hicieron además otras críticas a la práctica de aminorar las penas por parte de la judicatura, bien que lo fueron de menor

²⁵ LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, 1792, pp. 57-59.

²⁶ Referente al perdón real: TOMÁS Y VALIENTE, F. (n. 20), p. 397 ss.; LEVAGGI, A. (n. 21), p. 90 ss.; ÁVILA MARTEL, A. (n. 21), p. 49 ss. Como tema específico de un trabajo monográfico: RODRÍGUEZ FLORES, M. I., *El perdón real en Castilla* (siglos XIII-XVIII), Universidad de Salamanca, 1971.

²⁷ Sobre los antecedentes legales y doctrinarios del perdón real: RODRÍGUEZ FLORES, M. I. (n. 26), p. 79 ss. Interesa destacar cómo la corriente que fundamenta el perdón regio desemboca también en BODINO, creador del concepto moderno de soberanía, para quien tal derecho de gracia constituye una de las marcas irrenunciables de la soberanía: *De republica*, lib. 1, cap. 10, 3.

importancia, ya que no se objeta tanto el arbitrio en sí mismo como la forma inmoderada con que se hacía uso de él, al apreciarse la exagerada bondad en que a veces incurrían los tribunales para fijar el castigo, con lo que con cierta frecuencia el delincuente recibía una sanción en extremo liviana por el delito cometido²⁸.

III. LA CONSULTA DE LA CORTE SUPREMA AL GOBIERNO Y LA RESPUESTA DE ÉSTE

La consulta que la corte suprema formuló al ejecutivo en relación con las dudas que en esta materia le suscitó la aplicación de la ley de fundamentación de sentencias, fue el del tenor siguiente: *¿Si se cita*

²⁸ Las críticas que en nuestra patria se hicieron en relación con este punto, se plantean ya en forma general o específicamente contra sentencias concretas en que los tribunales hacían uso de esta práctica malsana. Como ejemplo de este último tipo cito el testimonio aparecido en *El Araucano* N° 60 de 5 de noviembre de 1831, en que se hace un descarnado y durísimo reproche a una sentencia de la corte de apelaciones de Santiago, de fecha 29 de octubre de 1831, por el castigo que fijó al autor de un delito de robo en lugar sagrado. El delincuente era miembro del tribunal de cámara de la justicia de Mendoza, quien sustrajo unos candelabros de la iglesia de Nuestra Señora de la Merced en la capital. No pudiendo ocultar su culpabilidad en los hechos, se finjió loco, declarando que no había robado los candelabros, sino que la Virgen Santísima se los había prestado para sufragar a una urgente necesidad. La sanción que el delito merecía según la legislación castellana en vigor era la muerte, pero el tribunal de primera instancia sentenció al autor a presidio de un año y medio en la isla de Juan Fernández, y la corte de apelaciones, revocando esa resolución, lo destinó a la villa norteña de Copiapó por tres años, a educar a jóvenes en primeras letras y latinidad, con la asignación de una renta módica. Reproducimos a continuación algunos sectores de la ácida crítica que para *El Araucano* mereció dicha sentencia del tribunal de alzada: *El juez inferior ha faltado a lo dispuesto en las leyes, mitigando excesivamente la pena establecida contra delitos de esta naturaleza; pero al fin impuso pena. Mas el tribunal superior . . . no solamente anuló la pena, sino que decretó un premio a favor de un ladrón en lugar sagrado y se adrogó la autoridad de asignar renta que solo corresponde al cuerpo legislativo. No podemos acertar con las razones que hayan inducido a la Corte a librar una providencia que ha excitado el asombro de cuantos la han oído, ni menos podemos descubrir el motivo o fundamento por que algunos de los jueces que la firmaron se encolerizan al oír que ese procedimiento ha sido recibido con desgrado, y no se dignan siquiera escuchar con frialdad las justas razones de la crítica, o para refutarlas si tienen otras mejores, o para confesar un error involuntario . . . Un hombre en quien se suponen luces no las más vulgares, que atropella los respetos sagrados de un templo para robar, que tiene la impavidez de burlar a los jueces finjiéndose loco, no presenta indicios de las cualidades que se requieren para confiarle la educación de la juventud de un pueblo sencillo . . . Estaba reservado a la Corte de Apelaciones el singular invento de convertir el noble trabajo de educar a la juventud en castigo de ladrones de templo.*

*la ley consuetudinaria sancionada por la práctica constante de los tribunales y nivelada por principios de humanidad y por la ilustración del siglo, cuando subrogue a leyes muy duras que establecen nuestros códigos?*²⁹ Se sabe cuán importante fue el papel que le correspondió a Egaña en la fijación de los criterios que recoge la respuesta dada a esa pregunta. No escapa también la posibilidad que él haya sido quien redactó las consultas que ese máximo tribunal elevó al gobierno.

Fue Egaña una mente ilustrada, conocedor tanto de la legislación castellano-indiana y patria, como de la práctica y usos de nuestros tribunales de justicia. Su formación como jurista iluminado por las luces y moralidad del siglo le lleva a encajar este problema del arbitrio judicial criollo dentro del marco más amplio de las nuevas ideas exportadas desde Europa.

En la respuesta dada por Egaña a la consulta de la corte suprema cabe separar dos partes: en la primera, confirma y ratifica, con agregación de antecedentes doctrinarios y legales, la realidad y alcance del problema que dicho tribunal plantea al ejecutivo; en la segunda, propone derechamente la solución.

²⁹ *Bol. 7 (1841), N° 7, p. 90.* Sin duda que el texto de la ley de fundamentación de sentencias adolecía de grandes lagunas frente a la práctica judicial del momento, lo que creaba problemas en torno a su aplicación. En el punto que tratamos esa situación ya había sido parcialmente advertida por el informe de la comisión de legislación y justicia de la cámara, al conocer el proyecto de ley sobre dicha materia que el gobierno presentó al congreso en el mes de noviembre de 1836, cuya tramitación quedó entonces suspendida por el conflicto contra Perú. La letra de ese proyecto fue la misma que vino a fijar el decreto del 2 de marzo de 1837, conocido como ley de fundamentación de sentencias. El informe ya aludido de la comisión parlamentaria sobre dicho proyecto, recogido en SCL. 24, anexo 381, reza así: *La Comisión de Legislación y Justicia opina que puede la Cámara, siendo servida, prestar su aprobación al proyecto precedente. Las razones en que lo apoya el Presidente de la República y otras muchas que deben sus notorias a los señores Diputados, ponen fuera de duda la conveniencia de esta medida; pero, como nuestra legislación es tan imperfecta, como están imprevistos la mayor parte de los casos que se someten a la decisión de la autoridad judicial, cree la Comisión que para salvar este inconveniente debe agregarse al artículo del Gobierno otro segundo en estos términos: "Artículo 2. Si la cuestión no estuviese prevista por las leyes, o si éstas fueren inaplicables por haber caído en notoria e indisputable desuetud, podrá entónces fundarse la sentencia en razones aplicables al caso y conforme a los principios inmutables de la justicia natural". Sala de la Comisión, Diciembre 2 de 1836.— Diego Arriarán. Cuando sucediere que la lei haya caído en desuso, se juzgará conforme a la práctica legal que por costumbre le hubiese sustituido, y ésta formará el fundamento de la sentencia. Si las leyes relativas a la cuestión hubieren caído en notoria desuetud, se juzgará entónces con arreglo a la práctica legal que, en defecto de aquélla, se hallare en observación, debiéndose en este caso hacer referencia de dicha práctica en el fundamento de la sentencia.*

El texto de la primera parte del informe mariano³⁰ fue el siguiente: *¿Qué ganaríamos (dice un moderno jurisconsulto español) con que se siguiesen literalmente algunas de nuestras leyes penales antiguas? Ciertamente sería un espectáculo digno de una nación culta, el azoetear a uno, sellarle los labios con un hierro ardiente. Es evidente la justicia de esta observancia, o innegable el excesivo rigor y aun ferocidad de nuestras leyes, como ya lo hicieron presente los sabios Lardizábal, Marina y otros. Existe todavía en pleno vigor, aunque sin uso, la disposición de la ley 2ª, tít. 9º, part. 4ª, que manda "que si algunos cometieren el pecado de sodomía, ambos a dos sean castrados ante todo el pueblo, e despues a tercer dia sean colgados por las piernas fasta que mueran", pero todos incluso los jurisconsultos citados, convienen en que nada es tan justo y conveniente a la República como que las leyes establecidas y no derogadas por la potestad lejitima, se mantengan siempre en observancia; y sobre esto no dejan arbitrio nuestros códigos. Todas las leyes (dice la 11, tít. 2, lib. 3, Nov. Recop.) que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso.*

Cuanto sostiene aquí Egaña no es novedoso, ya que retoma ideas expresadas por los juristas ilustrados, a que se ha hecho referencia en el acápite anterior. Igual que ellos el jurista patrio fue un crítico del derecho imperante a la sazón: en nuestro caso, tanto de la legislación heredada de la monarquía castellano-indiana como de la nacional³¹. Y en el punto específico que se trata, se ha visto cómo Egaña apoya su postura crítica con la cita de autores hispanos (Lardizábal, Martínez Marina), quiénes en su país asumie-

³⁰ Bol. 7 (1841), N° 7, p. 94.

³¹ Sobre el pensamiento crítico de los Egaña respecto del derecho vigente hay testimonios en el intercambio de oficios hecho el año 1831 entre el vicepresidente de la república Fdo. Errázuriz y el senado, a raíz de la comunicación del ejecutivo dirigida a esa corporación en que propone la formación de una ley sobre la confección de un nuevo código en reemplazo de la legislación que entonces regía. Tales oficios son: del 8 de julio de 1831 (del ejecutivo al senado), en *El Araucano* N° 44 de 16 de julio de 1831; del 15 de julio de 1831 (del senado al ejecutivo), en *SCL.* 19, p. 135, anexo 189; y del 18 de agosto de 1831 (del ejecutivo al senado), en *El Araucano* N° 47 de 6 de agosto de 1831 = *SCL.* 19, p. 164 s., anexo 207. GUZMÁN, A., recoge estos oficios y ha atribuido su autoría intelectual a Juan Egaña respecto de los dos primeros, y a Mariano Egaña respecto del último: *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república. Sobre la autoría intelectual de cinco fuentes concernientes a la historia de la codificación* en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso 5 (1981), p. 11 ss.; *Andrés Bello codificador*, t. 1, Santiago, 1982, p. 177 ss.

ron una idéntica actitud en contra de la legislación allí en vigor, legislación que en buena medida era también la nuestra, por cuanto ella formaba parte importante del acervo jurídico que entonces regía en Chile, como sucesor del reino castellano-indiano.

A continuación, dentro del mismo sector del documento transcrito, Egaña se refiere al anacronismo y severidad de la legislación penal hispana —a la cual su crítica apunta—, con el ejemplo de una ley de las Siete Partidas, no derogada oficialmente en nuestra patria, pero sí en desuso, en la que describe un delito al cual se le asigna una pena cruenta. Por último, añade a lo anterior, la cita de un precepto de la Novísima Recopilación, que cierra la posibilidad del arbitrio judicial clemente, ya que prohíbe a la judicatura el uso de tal discrecionalidad, en razón que es su deber observar las normas en vigor establecidas por la autoridad legítima.

Presenta el dictamen de Egaña, en consecuencia, una doble actitud ante la clemencia judicial en materia criminal, fruto de la tensión entre dos exigencias válidamente diversas: la aprueba, en cuanto constituye un recurso llamado a dulcificar, como una especie de *aequitas ruda*, los excesos y rigores de una legislación anacrónica; pero la rechaza, de acuerdo al principio que las leyes no derogadas deben cumplirse para la conveniencia e interés de una república organizada. En efecto, como tendremos ocasión de verlo enseguida, la singularidad de la solución que ofrece el fiscal va dirigida a superar la antinomia entre los dos principios mencionados, pues según su propia declaración, con ella cree conciliar la observancia de este principio fundamental de derecho (el respeto a las leyes en vigor), con lo que es debido al estado de nuestras costumbres y a la ilustración del siglo³²

La segunda parte de la respuesta de Egaña³³ —en que expone la solución al problema planteado— es del siguiente tenor: *Atendido lo expuesto: el Fiscal cree, que para conciliar la observancia de este principio fundamental de derecho, con lo que es debido al estado de nuestras costumbres y a la ilustración del siglo, podría V.E. decretar por contestación a este segundo punto consultado: que interin se publica el código penal que la solicitud de V.E. desea proporcionar cuanto antes a la Nacion, se guarde por regla jeneral, que todos los jueces, de cualquier clase que fuesen, dicten sus sentencias con arreglo a la lei escrita vijente; pero que cuando encontraren que esta es*

³² Bol. 7 (1841), N° 7, p. 94.

³³ Bol. 7 (1841), N° 7, p. 94 s.

excesivamente dura y que por la misma razón no se halla en uso, aun cuando ha ocurrido otras veces el delito a que es aplicable, tengan la facultad discrecional de añadir a la sentencia la cláusula siguiente: "y teniendo en consideracion el Tribunal que esta lei no se halla en uso por su excesivo rigor, suspéndase la ejecución, interin se hace presente al Presidente de la República, que este Tribunal encuentra que seria conforme a equidad conmutar la pena arriba decretada conforme a la lei, en tal otra (aquí lo que el Tribunal hallare justo subrogar)".

En síntesis, lo que la solución ofrecida por Egaña hizo fue convertir la clemencia judicial en materia criminal —reprobada por la doctrina y prohibida por la ley— en un mecanismo de conmutación de la pena decretada por el presidente de la república a sugerencia de la corte suprema. Tal se trata de un tipo de perdón próximo al antiguo indulto real³⁴, cuyo ejercicio ahora en manos de la primera magistratura republicana tuvo una aceptación ideológica mayor que el arbitrio piadoso que ejercieron los jueces. Es que bajo la monarquía absoluta, según ya se dijo, toda forma de clemencia de que hacía uso la cúspide del poder político encontraba un argumento doctrinario muy claro: si el monarca es un legislador omnipotente superior a la ley, puede, del mismo modo como la establece, suspender su aplicación. Sin embargo, dicha justificación en favor del indulto regio no puede ser aplicada sin dificultad al ejercicio de análoga facultad por parte del presidente de la república, dado que la configuración de esta nueva magistratura no es congruente con la del antiguo monarca. No obstante el hecho de ser el rey la cabeza del

³⁴ No obstante que en este estudio empleamos en forma indistinta los vocablos perdón, indulto y conmutación, es necesario apuntar que históricamente tal distinción terminológica refleja una cierta diferencia conceptual, aunque no siempre fácil de precisar. El significado más aproximado de estas palabras parece delinearse sobre la base de las siguientes ideas: perdón es una expresión comprensiva que engloba tanto al indulto como la conmutación, amén de otras figuras afines no referidas en este trabajo (placet, restitución, remisión, habilitación, etc.); de otra parte, mientras el indulto supone una liberación total de la pena impuesta por sentencia, la conmutación refiérese al hecho de sustraer al reo de la sanción fijada en el fallo a cambio de otra menos severa. Todavía las formas de perdón se multiplican cuando se atiende a otros factores diferenciadores, a saber: el motivo que mueve a su concesión, la oportunidad y forma de su otorgamiento, el número de personas a quienes beneficia, etc. Pero, cualesquiera sean las modalidades que bajo la monarquía absoluta revisten los perdones, tales constituyen actos de gracia del trono regio; y aunque a veces la ley regule ciertos aspectos de su ejercicio, eso deja siempre a salvo la decisión del rey para concederlo o no. Para una tipología sobre las diversas formas que puede revestir este acto de gracia real: RODRÍGUEZ FLORES, M. I. (n. 26), p. 21 ss.; p. 44 ss.

viejo estado absoluto, y el presidente de la república la cabeza del nuevo estado liberal, tal similitud formal facilitó el tránsito de esa prerrogativa. En efecto, si en el estado absoluto tal gracia fue un atributo de la soberanía, y por ende propio del detentador de la misma —el rey—, tal no impidió que en el estado liberal operara una cierta forma de traslado de esa facultad en favor del nuevo jefe del estado, a pesar que la soberanía haya encallado en otro puerto —en la nación como expresión de la voluntad general—, de acuerdo con la doctrina roussoniana que le sirve de sustento.

Sea como sea la discusión que en nuestro medio pudo suscitarse en torno a este problema, se hallaba zanjado con una norma de rango constitucional que confería al presidente de la república la facultad de dispensar indultos. El art. 82, N. 15 de la carta de 1833³⁵, entonces vigente, en cuya autoría correspondió también un papel importante a Mariano Egaña, disponía: *Son atribuciones especiales del Presidente: N. 15. Conceder indultos particulares con acuerdo del Consejo de Estado.*

Interesa explicar cuál fue la modalidad que revistió ese mecanismo de conversión del arbitrio judicial clemente por el de la conmutación presidencial de la pena. Antes que nada, para que opere tal posibilidad, debe darse el supuesto de que la piedad judicial, que se pretende desterrar, se manifieste en la práctica, a saber: que la pena legal sea demasiado severa conforme a la mentalidad de la época, y que, por lo mismo, se halle en desuso su aplicación. Presentada esta hipótesis, el dictamen de Egaña suprime derechamente esa forma de arbitrio de que hacían uso los tribunales, obligándolos ahora a condenar a la pena fijada en la ley. Pero, en su lugar, confiere a los jueces una facultad discrecional de distinto sesgo: que fijada en la sentencia el castigo legal, se les permite —si lo quieren— suspender su ejecución mientras informan al presidente de la república, que sería equitativo subrogar dicha pena por otra más leve que en la misma sentencia se señala a título de proposición.

En efecto, la sanción sustitutiva de la legal —llamémosla pena equitativa—, nunca podrá ser definitivamente fijada por obra y gracia de los tribunales, ya que, de conformidad con el principio en boga, siendo éstos meros ejecutores de la ley tan sólo pueden condenar a las penas legales: *que todos los jueces*, expresa el informe de Egaña³⁶, *de cualquier clase que fuesen, dicten sus sentencias con arreglo a la lei escrita vijente.* Todo cuanto a continuación de esto pretenda

³⁵ ANGUIA, R., *Leyes promulgadas en Chile*, 1983, t. 1, p. 220 s.

³⁶ Bol. 7 (1841), N^o 7, p. 94 s.

hacer el tribunal en beneficio del reo, es tan sólo una facultad discrecional que le concede la ley mariana, que como tal puede o no ejercerla. Todavía si en uso de ella quiere ser clemente, su papel se reduciría a hacer ver al presidente de la república la extrema severidad de la pena legal que corresponde al delito y que por lo mismo no se halla en uso su aplicación, sugiriéndole su conversión por otra más benigna. En consecuencia: el tribunal informa sobre este punto y sugiere una vía de solución al caso, pero es resorte exclusivo de la primera magistratura de la república decidir en definitiva sobre ella. El único acto potestativo por parte del juez es decretar la suspensión de la ejecución de la pena legal por él fijada, mientras el presidente de la república se pronuncia sobre la conmutación.

De esta forma se suplió o interpretó en la especie la ley de fundamentación de sentencias. En el supuesto consultado se respondió que el acto decisor debía contener siempre una referencia a la ley y eventualmente a la equidad. Se trata sin más de motivar la sentencia con la indicación de las dos fuentes de donde fluyen las diversas penas que se han de mencionar en el fallo: la sanción conforme a la ley, bien que en desuso por su extrema dureza, y el castigo que de acuerdo a la equidad sugiere el tribunal al presidente de la república, en reemplazo de aquélla. Vistas así las cosas se puede concluir, no sin reservas, que el dictamen mariano no hizo otra cosa que acomodar al sistema liberal imperante la solución que estaba vigente en la práctica, pero que de persistir tal como se daba, al margen de toda regulación legal, era incompatible con la nueva ideología patria.

En torno a la configuración que ofrece la solución *pro aequitate* señalada en la respuesta-informe de Egaña, se aprecia que ésta no consiste en una mal entendida equidad apoyada en sentimientos subjetivos del juez, fácilmente convertible en un recurso puramente cordial, sin base científica, como esa forma de equidad que los juristas medievales habían dado en llamar bursátil o cerebrina. Lejos de eso: la equidad incidente en este caso es la descrita y formulada por el impacto de ideas desarrolladas y consolidadas por el espíritu y tendencias del siglo. Esto hizo que el ímpetu que alcanzó tal principio de equidad, más que a colmar una ley lacunosa o a esclarecer su oscuridad, vino aquí a contradecir sus disposiciones con un distinto esquema de solución. Dicho recurso a la equidad se concilia así con datos seguros, fácilmente verificables en multitud de obras y escritos que se difunden en la época —aun acogida en la práctica como ley consuetudinaria—, y no en una suerte de fundamento tornadizo, como podría ser aquél que arranca del puro espíritu de

humanidad y clemencia que en un momento dado pueda tener el juez decisor³⁷.

IV. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO MARIANO POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA DURANTE LOS AÑOS 1839-1844

En la *Gaceta de los Tribunales*, cuyo primer número apareció el 6 de noviembre de 1841, se consignan cada cierto tiempo informes sobre conmutaciones de penas decretadas por el gobierno a solicitud de la corte suprema, por aplicación de la ley de motivación de fallos. En la tirada de dicho periódico correspondiente a los cuatro primeros años de su publicación, es posible encontrar datos estadísticos sobre la concesión que se hizo de ese beneficio durante los años 1839 a 1844.

Primeramente consignaremos el ejemplo de una resolución de la corte suprema dictada en ese lapso, en la que se ve la manera cómo este tribunal acogió en la práctica la norma pertinente sobre fundamentación de sentencias. Se trata de un caso de robo con ganzá que le tocó conocer por vía de consulta de una sentencia de instancia pronunciada por un tribunal de Valparaíso: *Criminal contra Francisco Martínez por un hurto. Valparaíso, setiembre, 22 de 1843.— Vistos: de autos resulta que Francisco Martínez entró a robar al cuarto de Juan Hidalgo habiéndolo abierto con llave para este objeto: en conformidad de la lei 74 del Estilo, lo condeno a la pena ordinaria de muerte. Consúltese.— Eguigüren.— Ante mi, Navarrete. Santiago, octubre 26 de 1843.— Vistos: confírmase la sentencia apelada, y teniendo en consideración que la lei 74 del Estilo en virtud de la cual ha sido condenado Francisco Martínez es excesivamente dura, suspéndase la ejecución de la sentencia interin se hace presente al Presidente de la República que este tribunal cree que sería conforme a equidad conmutar la pena de muerte que impone la antedicha lei, en tres años de presidio ambulante. Rubricado por los SS.— Vial-Novoa-Echevers-Ovalle*³⁸.

³⁷ Una idea similar se halla comprometida en el concepto de equidad que recoge nuestro derecho común (art. 24 Código Civil chileno), según lo ha demostrado GUZMÁN, A., en un lúcido trabajo titulado *El significado histórico de las expresiones "equidad natural" y "principios de equidad" en el derecho chileno*, en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso 18-19 (1981), p. 111-143.

³⁸ *Gac.* N° 95 de noviembre de 1843, Sent. 610. Acaso la primera vez que recibe aplicación en Chile este punto de la ley mariana, fue en una sentencia de la corte suprema de fecha 6 de marzo de 1837, apenas tres días

El tono y forma que reviste este fallo vale como patrón que se repite en las resoluciones del tipo pronunciadas por el máximo tribunal patrio. Salta a la vista en él cómo la obligación por parte de la judicatura de condenar a la pena legal, se establece aquí mediante la confirmación de la sentencia de instancia (*Confírmase la sentencia apelada...*) en la que se había impuesto al autor del robo el castigo de acuerdo con la legislación oficialmente en vigor (*...en conformidad de la ley 74 de Estilo, lo condeno a la pena ordinaria de muerte...*). Esta es, en la especie, la sentencia firme del tribunal, ya inmodificable por propia acción del poder jurisdiccional. Cuanto

después de dictado el decreto sancionatorio del informe-respuesta de Egaña. En dicho fallo, recaído en un proceso por parricidio que el supremo tribunal de la república conoció por vía de consulta de una sentencia del juzgado de Chiloé, no se propone rebajar la pena que la ley asigna al delito, sino substituir su modalidad de ejecución por otra distinta. Se sugiere así cambiar la forma de cumplir la pena de muerte que P. 7.8.12 señala para el parricidio, consistente en ensacar al reo con cuatro animales diferentes para luego arrojarlo al mar, por la muerte llevada a cabo por medio de fusilamiento. Los textos de dicha sentencia y del posterior decreto presidencial que acoge la proposición de la corte suprema, aparecen publicados en *El Araucano* N° 340 del 10 de marzo de 1837, precisamente a continuación de la transcripción del dictamen mariano: Santiago, marzo 6 de 1837. Este tribunal ha tomado conocimiento de la causa que se inició de oficio en Chiloé contra Gabino Calbullagüe, acusado de haber muerto a su padre, y por vía de consulta transcribe a V.S. copia de la sentencia que ha puesto:— "Santiago, marzo 4 de 1837.— Vistos: estiendase sentencia en forma de fallo, por la que se confirma la apelada, con declaracion que debe aplicarse al reo Gabino Calbullagüe la pena de doscientos azotes en los lugares públicos, y en seguida la de muerte, mettiendolo en un saco de cuero, en que lo encierren con un perro, un gallo, una culebra y un simio, y despues que estuviere en el saco con estas cuatro bestias, cosan la boca del saco y lo echen en el mar en conformidad de lo dispuesto literalmente por la ley 12, Tit. 8, Part. 7; y en cumplimiento de lo resuelto por el Supremo Gobierno en 2 del corriente, en contestación a varias consultas sobre el modo de fundar las sentencias en ciertos casos; y teniendo en consideración el Tribunal que esta ley no se halla en uso por su excesivo rigor; suspendase la ejecucion interin se hace presente al Presidente de la República que este tribunal encuentra que sería conforme a equidad conmutar la pena decretada conforme a la ley, en que sin aplicar la de azotes, sea el reo fusilado, haciendo en figura el demas aparato. Se confirma la sentencia apelada en lo que no sea contrario a esto; y se devuelven".— Hay cuatro rúbricas de los SS. Vial. Novoa. Gandarillas Santa-María.— Dios guarde a V.S.— Juan de Dios Vial del Río.— Manuel Novoa.— Manuel José Gandarillas.— Al Sr. Ministro del Interior.— Decreto. Santiago, marzo 7 de 1837. Conmútase la pena impuesta al parricida Gabino Calbullagüe en los terminos propuestos por la Corte Suprema de Justicia; y en uso de las facultades que me confiere el artículo 161 de la Constitución y la ley 31 de enero del presente año, declarase que la modificación que esta conmutación hace de la ley 12, Tit. 8, Part. 7 debiera tenerse, por punto jeneral, como unica pena del delito de parricidio hasta que se publique el código penal, quedando por consecuencia sin efecto lo dispuesto sobre el particular por la citada ley de Partida.— Comuniquese y Publíquese.— Prieto.— Diego Portales.

sigue —como ya lo sabemos— configura el mecanismo que ideó Egaña, conducente a la búsqueda de una gracia en favor del reo, cuya decisión última escapa a la judicatura. Se advierte así la separación entre lo que es propiamente acto de justicia y acto de majestad.

En conexión con el papel que le cabe al jefe de estado en estos asuntos cabe puntualizar dos hechos. Primero: que con la sugerencia que la corte suprema hace al gobierno respecto de la sanción con que conviene subrogar la penal legal, dispone éste de un antecedente de importancia en qué apoyar su decisión, ya que cuenta con la proposición de un tribunal que, por haberse informado de los hechos y pormenores de la causa, puede formular una sugerencia que se tendrá como la más ajustada a la realidad; diversa en cambio es la situación que se presenta con los indultos otorgados por el gobierno a solicitud de los propios reos, en que el interés personal del suplicante por obtener una disminución de la pena primará sobre otras consideraciones. Segundo: que por lo mismo, suele existir coincidencia entre la sanción insinuada por la corte suprema y la definitiva fijada por el presidente de la república. Esto es lo que resulta del examen de las sentencias recogidas en la *Gaceta de los Tribunales*, que hemos consultado. Sin embargo, bien podría el ejecutivo separarse de ella, como a veces ocurrió; pues cuanto se le diga sobre esta materia por la corte suprema primero, y el consejo de estado, después, reviste el carácter de una recomendación que, como tal, no vincula necesariamente al jefe de la nación.

El examen a la *Gaceta de los Tribunales* permite destacar las siguientes constantes en la aplicación del principio mariano por parte de la corte suprema durante los años 1839 a 1844:

1. Las conmutaciones otorgadas en virtud de esta ley casi siempre benefician a autores de delitos de robo. Sistemáticamente su modalidad de ejecución más común en esos seis años corresponde a los robos llevados a cabo por forado, con fractura, con llave ganzúa o con descerrajamiento. Sin embargo, creo oportuno llamar la atención aquí, aunque sea sólo provisoriamente, que calificar de robo estas figuras, tal como lo hacemos, es congruente con el esquema de tipicidad que sigue nuestro derecho penal codificado, pero no con la designación que tales hechos recibieron en la época que estudiamos, en que todavía eran difusos los límites conceptuales del robo y el hurto. Una prueba de ello lo constituye desde luego el nombre no casual que recibe el delito en el título de la sentencia que hemos reproducido (hurto), distinto al que se le asigna en el cuerpo de ella (robo).

Así, de 14 indultados en 1839, 11 lo fueron por robo³⁹; de 22 en 1840, 16⁴⁰; de 29 en 1841, 21⁴¹; de 21 en 1842, 14⁴²; de 29 en 1843, 26⁴³, y de 28 en 1844, 21⁴⁴. Los restantes beneficiados con subrogación de la pena fueron culpables de los siguientes delitos: en 1839: dos por resistencia a la justicia y uno por sodomía; en 1840: tres por incesto, dos por falsificación de moneda y uno por heridas; en 1841: cuatro por hurto, dos por incesto, uno por bestialidad y uno por falsificación de moneda; en 1842: dos por forzamiento, dos por incesto, uno por rufianería y complicidad en robo, uno por dar permiso a una condenada para que se fuera a su casa y uno por estupro; en 1843: dos por incesto y uno por bestialidad; y en 1844: cuatro por incesto, uno por homicidio, uno por intento de infanticidio y uno por bestialidad.

2. En relación con los delitos de robo a que nos hemos referido, y de acuerdo con los datos propuestos en el punto anterior, cabe destacar que la pena fijada a sus autores era la muerte. Este era por lo demás el castigo que la legislación castellana oficialmente en vigor en nuestro suelo establecía para ese hecho punible. En efecto, la sanción que motivaba la subrogación de la pena por parte del gobierno derivaba casi siempre de la aplicación de la ley 74 del Estilo: *Que pena ha quien foradare casa o subiere por encima de pared o ventana, o abriese con llave alguna puerta*. En el título de las penas sobre la ley que comienza: *Todo ome que foradare casa, muera por ello: et eso mismo ha de morir si subiere por pared, o entrare por finestra o por tejado a la casa, debe morir, o si abriere la puerta con llave, o en otra manera, o si descerrajare arca, o si entrare en otra guisa por la puerta seyendo abierta, et lo fallaren que esta escondido en casa, debe morir por ello por justicia*⁴⁵.

Sin duda que la dirección dominante que tomó el beneficio de la subrogación de la pena, en favor de los culpables de robo, se debió a cuán fácil saltaba a la vista, en esos casos, la tremenda desproporción entre la naturaleza del delito y la pena asignada a él.

³⁹ Gac. N° 10, de enero de 1842.

⁴⁰ Gac. N° 11, de 12 de febrero de 1842.

⁴¹ Gac. N° 12, de 19 de febrero de 1842.

⁴² Gac. N° 65, de 1° de abril de 1843.

⁴³ Gac. N° 121, de 8 de junio de 1844.

⁴⁴ Gac. N° 159, de 29 de marzo de 1845.

⁴⁵ Una ley patria del 28 de abril de 1838 en *Bol.* 8 (1838), N° 20, p. 28, reafirmó la vigencia de las Leyes del Estilo en Chile. Dicha ley dirime así en nuestro medio la controversia presentada entre los juristas de la madre patria sobre la fuerza legal de dicha fuente.

Sin duda repugnó a la moralidad y espíritu del siglo el anacronismo y dureza de la sanción fijada por la ley 74 del Estilo para dicho delito. No sucedió lo mismo cuando la pena de muerte se aplicaba a hechos más graves, como el homicidio por ejemplo, en cuyo caso la severidad del castigo encontraba mayor justificación.

La regla expuesta tiene dos líneas de excepción: a) Casos en que se conmuta la pena de muerte aplicada a culpables de delitos distintos a los de robo: en 1839: uno por resistencia a la justicia ⁴⁶; en 1840: uno por falsificación de monedas, tres por incesto y uno por heridas ⁴⁷; en 1841: dos por incesto, uno por bestialidad y tres por hurto ⁴⁸; en 1842: dos por forzamiento, uno por rufianería y complicidad de robo, dos por incesto, uno por haber dado permiso a una rea condenada para que se fuera a su casa y uno por estupro ⁴⁹ en 1843: uno por bestialidad y dos por incesto ⁵⁰; y en 1844: uno por homicidio, cuatro por incesto, uno por intento de infanticidio y uno por bestialidad ⁵¹, y b) Casos en que se conmuta una pena diversa a la de muerte aplicada a culpables de ciertos delitos: en 1839: uno por contrabando, sentenciado a destitución de su empleo y pérdida de las especies ⁵²; en 1840: uno por heridas, sentenciado a un año de trabajo forzado y dos de entrañamiento ⁵³; en 1841: uno por falsificación de documentos, sentenciado a 10 años de presidio ambulante, y uno por hurto, sentenciado a cuatro años en casa de corrección y vergüenza pública ⁵⁴; en 1842: uno por rufianería y complicidad en robo, sentenciado a vergüenza pública y a 10 años en casa de corrección, y uno por incesto, condenado a 10 años de destierro fuera del país ⁵⁵. Esta hipótesis no se da en los años 1843 ⁵⁶ y 1844 ⁵⁷, ya que los conmutados por el gobierno a proposición de la corte suprema habían sido condenados a pena de muerte.

3. En los casos propuestos la pena que el gobierno aplica al condenado en sustitución de la sanción fijada por el tribunal, es corrien-

⁴⁶ *Gac.* N.º 10, de 8 de enero de 1842.

⁴⁷ *Gac.* N.º 11, de 12 de febrero de 1842.

⁴⁸ *Gac.* N.º 12, de 19 de febrero de 1842.

⁴⁹ *Gac.* N.º 65, de 1.º de abril de 1843.

⁵⁰ *Gac.* N.º 121, de 8 de junio de 1844.

⁵¹ *Gac.* N.º 159, de 29 de marzo de 1845.

⁵² *Gac.* N.º 10, de 8 de enero de 1842.

⁵³ *Gac.* N.º 11, de 12 de febrero de 1842.

⁵⁴ *Gac.* N.º 12, de 19 de febrero de 1842.

⁵⁵ *Gac.* N.º 65, de 1.º de abril de 1843.

⁵⁶ *Gac.* N.º 121, de 8 de junio de 1844.

⁵⁷ *Gac.* N.º 159, de 29 de marzo de 1845.

temente la de presidio. De ordinario éste consistía en un determinado número de años de presidio ambulante o urbano, nunca superior a diez, acompañado de cierto número de azotes⁵⁸.

Sólo excepcionalmente el presidente de la república aplica por vía de conmutación, penas diversas a las de presidio. Así, en 1839: a uno que cometió robo con llave ganzúa, se le conmutó la pena a cinco años en casa de corrección; a uno por robo con descerrajamiento, a cuatro años de trabajos forzados; a uno por contrabando, a destitución del empleo⁵⁹. En 1840: a uno por robo con llave ganzúa, a seis años de entrañamiento y 100 azotes; a tres por robo con forado, a cinco años de trabajos forzados y 100 azotes; a uno por robo con descerrajamiento, a cinco años en casa de corrección; a uno por incesto, a cinco años de servicio en la marina; a uno por incesto, a cuatro años en casa de corrección; a uno por heridas, a tres años de servicio en el ejército⁶⁰. En 1841: a uno por robo con fractura, a seis años en casa de corrección; a uno por incesto, a seis años de destierro en Chiloé; a uno por bestialidad, a cuatro años al colegio de propaganda de Chiloé y 50 azotes; a uno por hurto, a cuatro años en casa de corrección; a uno por hurto, a dos años en casa de corrección; a uno por falsificación de documento, a 10 años de destierro fuera del país; a uno por hurto, a un año en casa de corrección⁶¹. En 1842: a uno por robo con llave ganzúa, a 150 azotes; a dos por robo con fractura, a 300 azotes; a uno por rufianería y complicidad en robo, a 10 años en casa de corrección; a uno por incesto, a 10 años de entrañamiento a la provincia de Coquimbo; a uno por incesto, a 10 años de entrañamiento a la provincia de Talca; a uno por haber dado permiso a una condenada para que se fuera a su casa, a seis meses de suspensión del destino de alcaide⁶². En 1843: a uno por robo con fractura, a 100 azotes y entrañamiento perpetuo de la república; a uno por bestialidad, a 10 años de destierro a la provincia de Chiloé⁶³. En 1844: a uno por homicidio, a 10 años de oficio de verdugo; a uno por robo con llave ganzúa, a seis años en casa de corrección; a uno por robo de una niña de cuatro a cinco años de edad, a tres años en casa de corrección; a dos por incesto, a ocho años de destierro; a uno por incesto, a tres años en casa de corrección o a

⁵⁸ Por aplicación extensiva de una ley que se recoge Ns.Rc. 12.40.7, se prohibía en nuestro medio que la pena de presidio excediese de diez años.

⁵⁹ *Gac.* N° 10, de 8 de enero de 1842.

⁶⁰ *Gac.* N° 11, de 12 de febrero de 1842.

⁶¹ *Gac.* N° 12, de 19 de febrero de 1842.

⁶² *Gac.* N° 65, de 1° de abril de 1842.

⁶³ *Gac.* N° 121, de 8 de junio de 1844.

cinco años de destierro en la provincia de Concepción; a uno por intento de infanticidio, a seis años en casa de corrección; a uno por bestialidad, a 10 años de servicio en el colegio de propaganda de Jesús de Castro⁶⁴.

V. CRÍTICAS AL SISTEMA

Fue usual en el estado absoluto el perdón otorgado por propia iniciativa del soberano. Casi siempre consistían en perdones generales en favor de un grupo más o menos amplio de personas, que solían concederse con ocasión de ciertos acontecimientos que producían alegría pública: la exaltación al trono, bodas y nacimientos reales, victorias militares, etc. A partir del siglo XIX tal motivación de indultos desaparece o mengua su frecuencia; pero, persisten sin embargo, las formas históricas de perdón a solicitud del propio reo o bien de una autoridad especial⁶⁵. Estos perdones son ordinariamente particulares o individuales.

Pues bien, en el siglo XIX patrio, en donde se sitúa el problema de la ley mariana que analizamos, también se dieron estas dos últimas formas particulares o individuales de perdón en materia criminal. Ciertamente, las insinuaciones que la corte suprema hace al presidente de la república en torno a la conveniencia de conmutar las penas en favor de ciertos reos —de conformidad con dicha ley—, constituyen una petición de gracia que parte a iniciativa de una entidad diversa del reo.

Algunos sectores formularon en nuestro medio fuertes reparos a las conmutaciones de penas que el ejecutivo decretaba a solicitud de los reos, que al abrazar distintos tipos de delitos producen un efecto desquiciador sobre la certidumbre y eficacia de las penas⁶⁶. No

⁶⁴ *Gac.* N.º 159, de 29 de marzo de 1845.

⁶⁵ En la práctica del derecho castellano junto a los perdones que el rey otorgaba de propia iniciativa existieron también los que el trono regio concedía a solicitud del reo, de sus familiares o de ciertos funcionarios de grado del consejo de cámara. Sobre el tema: RODRÍGUEZ FLORES, M. I., (n. 26), p. 95 ss.

⁶⁶ *Gac.* N.º 160, de 5 de abril de 1845; *Las conmutaciones decretadas a solicitud de los mismos reos abrazan mucha variedad de delitos, i por lo mismo se puede inferir qe no emana de defecto de la lei el motivo qe a inducido a concederlas; i bien facil es convencerse de ello echando una ojeada al estado inserto en nuestro número 159, donde se ve qe las conmutaciones a qe nos referimos an recaído sobre reos de omicidio, qiebra, urto de animales, eridas, deserccion, salteo, defraudacion, perjurio, engaño, etc. . . se verá que las concesiones a solicitud de los mismos reos, an recibido aumento en 1844. Aunque las conmutaciones qe en el aparecen son en la mayor parte de poca importancia,*

mereció en cambio igual reprobación la clemencia que el gobierno dispensaba a los reos a petición de los tribunales de justicia, que es el problema que en particular nos ocupa. Es indudable que a pesar de presentarse también aquí consecuencias nocivas sobre la certidumbre y eficacia de las penas, su aminoramiento en este caso tuvo mayor acogida en razón al desinterés y cabal conocimiento que el juez —sugeridor de la rebaja— tiene de las circunstancias que rodean la comisión del delito. Se dice en la *Gaceta de los Tribunales*⁶⁷: *Fuera de las conmutaciones que los Tribunales proponen, nos parece que serán sumamente raros los casos en que convenga mitigar la severidad de la ley. A los jueces está encomendadoacer presente el excesivo rigor de una pena: ellos conocen mas que nadie las circunstancias atenuantes o agravantes del delito, i por lo mismo debe creerse que no es tan oportuno el indulto o conmutacion que no indican.*

Pero, no obstante reconocerse en este caso la justicia de la disminución de la pena hecha por obra y gracia del ejecutivo, se alzan voces que prueban que tan buena finalidad se alcance a través de ese medio: se quiere, como la doctrina ilustrada, que sean los propios jueces —no el gobierno— quienes apliquen penas justas. Para alcanzar dicho fin reclaman lisa y llanamente la derogación de esas leyes que fijan castigos demasiado rigurosos y su reemplazo por otras más adecuadas. Aun, se esgrime que este propósito es muy fácil de lograr en nuestro medio, ya que es casi siempre una misma la ley que mueve a la judicatura a solicitar la piedad del ejecutivo. Este juicio se recoge en un artículo aparecido en la *Gaceta de los Tribunales*: *Por lo que precede se ve que en el espacio de cuatro años se a aplicado a setenta i nueve reos la lei 74 del Estilo i se a solicitado*

sin embargo, ellas qitan la certidumbre de las penas, i probablemente resultan de aquí males mucho mas lamentables i mas dignos de tomarse en cuenta que los que traerian a los reos las penas impuestas por los Tribunales, a que regularmente se atiende al decretar el indulto o conmutacion. Nos parece que los que acen concesiones de este jénero, son asta cierto punto responsables de los males que esta especie de laxitud pueda traer al país; i ceden mas de lo que debieran a un sentimiento noble i jeneroso sin duda, pero que consideraciones derivadas del bien público i de lo que el respeto a la lei i a la justicia exige debian refrenar. Gac. N.º 161, de 12 de abril de 1845: . . . nos emos limitado a observar que nos parecia que consideraciones de estricta justicia i de conveniencia pública debian refrenar el sentimiento noble y jeneroso que principalmente obra al conceder el indulto o la conmutacion. Dígase en orabuena que lo defectuoso de las leyes exige en ocasiones la facultad de indultar; pero convéngase a lo menos en que este recurso aunqe necesario, es un verdadero mal que destruye la certidumbre de las penas i debilita su eficacia; i esto es lo unico que nosotros emos sentido.

⁶⁷ Gac. N.º 161, de 12 de abril de 1845.

*conmutación de la pena impuesta. No ai pues un gran número de leyes que precisen los Tribunales a solicitar conmutaciones; es una sola la que casi siempre los pone en este caso; i fácil es derogar esta lei i sustituirle por otra que mejor calculada evite un proceder que solo una necesidad imperiosa pueda acer tolerar*⁶⁸.

Este deseo que recoge la *Gaceta de los Tribunales* se cumplió pocos años más tarde, con la promulgación de la ley general de hurtos y robos hecha el 7 de agosto de 1849⁶⁹, bajo el gobierno de Manuel Montt, que derogó la vigencia de la legislación castellana en esta materia. El artículo 45 y final de la nueva ley reza así: *Quedan derogadas todas las leyes relativas a hurtos i robos en cuanto fueren contrarias a la presente.* Y en lo relativo a la sustracción de cosa mueble ajena mediando fractura, forado, escalamiento, llave maestra, etc., tal conducta aparece específicamente descrita y sancionada en sus artículos octavo y noveno: Art. 8º *Cuando el hurto se cometiere en casa, choza o lugar habitado o destinado a la habitación o sus dependencias, introduciéndose en ellos con fuerza o violencia en las cosas que recaiga sobre las paredes, puertas u otro objeto inherente a la casa o heredad y que sirva para guardarla, se aplicará, a mas de la pena que según los artículos 2º y 3º correspondiere al delincuente, un año a tres de presidio. Si introduciéndose sin fuerza o violencia, se hiciese después ésta sobre un simple mueble, el aumento de pena será de seis meses a dos años.* Art. 9º *Para los efectos del artículo anterior, se tendrá por fuerza o violencia en las cosas, el escalamiento o perforación de edificio, pared o cerca firme; la fractura, forzamiento de puerta, ventana, reja o sus cerraduras, las de armario, caja, cómoda u otra cosa cerrada, i la apertura de agujeros o conductos subterráneos por debajo de las puertas o paredes. Hace también fuerza o violencia en las cosas, el que usa de llave falsa, de ganzúa o de otro cualquier instrumento que no sea la llave propia i verdadera, o de ésta sustraída del poder del dueño: asimismo el que se vale de algún doméstico, a quien seduce para abrir alguna casa, o aposento, o lugares cerrados, e introducirse en ellos.*

En materia de sanciones este cuerpo legal republicano substituyó, para los delitos del tipo, la antigua pena ordinaria de muerte que establecía la ley 74 del Estilo, por la de presidio de duración diversa según las variantes del delito. De esta manera, al derogarse la citada disposición, desapareció la principal causa que, por algo más de una

⁶⁸ Gac. Nº 160, de 5 de abril de 1845.

⁶⁹ Bol. 17 (1849), Nº 8, p. 87.

década, había motivado la puesta en funcionamiento del sistema de conmutación de la pena que hemos estudiado, lo que de paso vino a reducir en el futuro el uso de dicho mecanismo mariano de rebaja de penas.

La puesta en práctica de la nueva ley de hurtos y robos produjo en la judicatura los consabidos problemas sobre la aplicación de la nueva o la antigua legislación, para aquellos delitos cometidos con anterioridad a su promulgación y fallados después de ella. En torno a este punto se ven soluciones distintas: hay casos en que se sigue usando la pena fijada por la ley del Estilo, con cuanto sigue relativo a su conmutación, y otros que, más abiertos al principio pro-reo, aplican derechamente la nueva legislación nacional⁷⁰.

La reforma que significó este cuerpo legal nacional fue sin duda de gran importancia, pero para muchos todavía pareció insuficiente frente al clamor por un nuevo sistema penal que fuera recogido en un código, con el renovado espíritu y estilo que ellos encierran. Mientras esta tarea no se logre, decían algunos —anhelo que a la sazón ni siquiera cristalizaba en el campo civil—, todo cambio en las estructuras del derecho vigente se consideró puramente parcial, tan sólo como poner *la mano en una parte de la llaga*⁷¹. Sabido es que tal posición crítica fue bastante común a todo esfuerzo de reformas —cualquier campo del derecho que afecte—, que se pretendiere hacer por vía de leyes aisladas y especiales. Lo que se postula son cambios radicales: nuevos códigos de acuerdo al modelo liberal que se conocían en el viejo mundo. Como uno de los muchos ejemplos de esta crítica, formulada incluso con motivo de la discusión que en las cámaras se hizo de dicha ley de hurtos y robos junto con otra relativa a términos y emplazamientos, se lee en un ejemplar de la *Gaceta de los Tribunales*⁷²: *La lei de hurtos i robos i de los términos i emplazamientos, apesar de que llenan dos vacíos mui importantes de nuestra lejislación, no serán sino dos ramas verdes que se van a injertar en un gran árbol añoso i seco, i que mas tarde la viciará. Si se pone la mano en una parte de la llaga, es necesario ponerla en toda i curarla de raíz.*

Pero, cualquiera que sea el juicio que merezca dicha ley, no puede negarse la novedad que ella significó en el campo específico de los delitos contra la propiedad. No obstante la distinción que el citado cuerpo legal estableció entre el robo y el hurto, dista de

⁷⁰ *Gac.* N^o 391, de 22 de noviembre de 1849, Sent. 143.

⁷¹ *Gac.* N^o 386, de 30 de junio de 1849.

⁷² *Gac.* N^o 386, de 30 de junio de 1849.

ser la que recoge el Código Penal chileno que entrará en vigencia el 1º de marzo de 1875. Siendo este código tributario del criterio de su congénere español de 1850, llama hurto a la apropiación de lo ajeno hecha sin violencia en las personas ni fuerza en las cosas; y robo, cuando inciden algunas de estas circunstancias. En cambio, en la ley general de hurtos y robos de 1849 se incluye dentro de la denominación de hurto a la apropiación de cosa mueble con fuerza en las cosas, mientras que la violencia contra las personas caracteriza al robo. Tampoco en el derecho castellano se habían separado con nitidez ambas figuras delictivas; y si en las Partidas del rey Alfonso se habla de robo y hurto como realidades diferentes, se observa todavía imprecisión en los perfiles de uno y otro tipo⁷³. De ahí que esta situación se traslada patente a las sentencias de nuestros tribunales, en especial a las que se dictaron con anterioridad a la ley general de hurtos y robos, en los que se puede ver cómo los jueces patrios emplean indistintamente para unas mismas figuras los sustantivos "robo" y "hurto", o los verbos "robar" y "hurtar", o parten con el uso de un término para seguir luego con otro.

Interesa, por último, destacar que hubo un tipo de hurto que, desde mucho antes de 1849, quedó fuera de la regulación de las leyes hispanas: el hurto de animales. En efecto, una ley de 22 de julio de 1837⁷⁴, apenas cuatro meses después de la ley mariana de fundamentación de sentencias, sancionó al *que hurtare una caballería, o un buei o una baca, o ganado menor de cualquier especie, que no pase de cuatro cabezas*, con un sistema de penas consistente en determinado número de azotes y o un cierto tiempo de servicio en obras públicas

Concluyo el presente estudio avanzando una hipótesis en esta materia. Parece ser que las grandes líneas que informan el dictamen de Egaña en el punto tratado, persisten a través de la codificación al haber gravitado en el contenido del art. 531 del C. Proc. Penal, reproducido por el art. 73, inc. 2 del C. Orgánico de Tribunales: *Cuando el tribunal de alzada pronunciare una condenación a muerte, procederá inmediatamente a deliberar sobre si el condenado parece digno de indulgencia y sobre qué pena proporcionada a su culpabilidad podría sustituirse a la de muerte. El resultado de esta deliberación será consignado en un oficio que la Corte remitirá al ministerio*

⁷³ Respecto de este punto: RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La distinción hurto-robo en el derecho histórico español*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 32 (1962), p. 92 ss.

⁷⁴ *Bol.* 7 (1841), N° 10, p. 169.

de justicia, juntamente con una copia de las sentencias de primera y de segunda instancia. El ministerio hará llegar los antecedentes al Presidente de la República, a fin de que resuelva si ha o nó lugar a la conmutación de la pena o al indulto.

Veo que existen sectores de congruencia entre la fuente mariana y la disposición transcrita, que hacen sospechar en esa posibilidad de influjo: a) la idea de sustituir, por vía de la conmutación presidencial, una pena por otra b) el envío del asunto al ejecutivo por medio del tribunal de justicia que conoce del asunto, y c) la operatividad del sistema sólo cuando se ha aplicado al reo la pena de muerte, como era en los casos en que mayoritariamente jugaba la aplicación de la ley mariana en la vieja práctica judicial patria. No deseo seguir adelante en este punto y me limito tan sólo a dejar planteada esta hipótesis, cuyo exacto alcance y verificación excede el marco de este trabajo.