

LAS VOCES DE LA JUSTICIA.  
Delito y sociedad  
en Concepción (1820-1875)  
Atentados sexuales, pependencias,  
bigamia, amancebamiento e injurias

Mauricio F. Rojas Gómez



CENTRO  
DE INVESTIGACIONES  
DIEGO BARROS ARANA

## ÍNDICE

Siglas y abreviaturas	11
Agradecimientos	13
Prólogo	15

### INTRODUCCIÓN

<i>Sociedad y Derecho</i>	25
<i>Vigencia del Derecho Indiano en Chile</i>	27
<i>Elementos constitutivos del Derecho Indiano</i>	29
<i>Características del Derecho Indiano</i>	31

### ATENTADOS SEXUALES

<i>Presentación</i>	37
<i>Ambivalencia femenina y dependencia masculina</i>	39
<i>Mujeres solas y atentados sexuales</i>	44
<i>Violación, ley y virtud</i>	48
<i>Estrategias femeninas y manipulación de la justicia</i>	52
Denuncia para matrimonio	52
Denuncia por encubrimiento	64
<i>Instrumentalización de las denuncias por terceros:</i>	
<i>Parientes cercanos</i>	69
<i>Estrategias masculinas</i>	72
<i>Género y ebriedad</i>	73
<i>Testimonios, testigos y proceso verbal</i>	82
<i>Conclusiones</i>	86

PENDENCIAS Y HERIDAS

<i>Presentación</i>	89
<i>Definición de pendencia y heridas</i>	89
<i>Concepción y La Serena: sociedad y violencia</i>	91
Características geográficas y sociales	91
Índices de criminalidad	98
<i>Aspectos generales de las pencias</i>	102
Ocurrencia del delito	102
Ebriedad	103
Agresividad	107
Ocupación: agresores y agredidos	112
Acerca de los participantes de las pencias	114
Perfil de un penciario: edad, alfabetismo, reincidencia, sexo y estado civil	118
<i>Estudios de casos</i>	122
Proceso Navarrete-Gómez: manipulación del rol social masculino	122
Proceso contra Domingo Rodríguez: accionar de las redes sociales	125
Violencia: legitimidad, legalidad y abuso	130
<i>Conclusiones</i>	140

BIGAMIA

Y AMANCEBAMIENTO

<i>Presentación</i>	143
<i>Escándalo social</i>	146
<i>Legalidad y vida cotidiana</i>	154
Legitimidad y criterios de justicia	154
Ambivalencias y tácticas	157
Estrategias para posibilitar una ruptura	163
Estrategias para contraer segundas nupcias	166
<i>Causas de separaciones</i>	174
Malos tratos	174
Factores afectivos	178
Matrimonios obligados	181
Factores que influyen para caer en bigamia	184
Matrimonio de uno de los cónyuges	184
Presiones	185

<i>Actores en los procesos de bigamia y amancebamiento</i>	186
Los testigos	186
Familiars y comunidad	192
Autoridades eclesiásticas y civiles	193
<i>Conclusiones</i>	201

LAS INJURIAS

<i>Presentación</i>	205
<i>La estructura del proceso: de la forma al valor social</i>	205
La querella	206
Cuerpo del proceso: interrogatorios y comparendos	207
Sentencia	211
<i>Típos de injurias</i>	214
Injurias de obra o de hecho	214
Injurias de palabra	218
<i>Honor y clase</i>	224
<i>Honor y sociedad</i>	226
<i>Injuria y autoridad</i>	236
Autoridad política	236
Autoridad familiar	243
<i>Injuria, escándalo y rumor</i>	247
<i>Conclusiones</i>	256

CONCLUSIONES GENERALES

<i>Fuentes y bibliografía</i>	269
-------------------------------	-----

## SIGLAS Y ABREVIATURAS

<i>AE</i>	<i>Anuarios Estadísticos de la República de Chile</i>
AJC	Archivo Judicial de Concepción
AN	Archivo Nacional
AN-IC	Archivo Nacional. Intendencia de Concepción
AN-AJC	Archivo Nacional. Archivo Judicial de Concepción
art.	artículo
can.	cánon
Cfr.	confróntese
Comp.	compilador
dirs.	directores
ed.	editora <i>a veces</i> editor o edición
eds.	editoras <i>a veces</i> editores
<i>et al.</i>	y otros
IAHCCJ	International Association for the History of Crime and Criminal Justice
<i>Ibid</i> a veces <i>Ibidem</i>	allí, en ese mismo lugar
km	kilómetro
L.	Ley
Leg	legajo
Lib..	libro
n.	nota
Nº	número
Nov. Rec.	<i>Novísima Recopilación</i>
<i>op. cit.</i>	obra citada
p.	página
<i>Part.</i>	<i>Partida</i>
pp.	páginas
<i>Rec.</i>	<i>Recopilación de Indias</i>
s.	siguiente
ses.	sesión
ss.	siguientes
tít.	título
USA	United States of America.

comunidades y las familias al interior de las cuales desarrollaban su existencia, las relaciones asimétricas de poder puestas en marcha, los mecanismos de cohesión y conflicto que estaban en juego, las visiones alternativas sobre la justicia, y la presencia de nociones legitimantes que no por estar semiocultas (al menos para el estado y sus representantes) dejan de ser importantes y hasta decisivas. Mauricio Rojas ha escrito un libro importante y memorable que ilumina y recobra las voces de la justicia de una sociedad cambiante y dinámica, y al hacerlo nos entrega un fresco histórico que llena un vacío en la historiografía chilena sobre ese período. Quedamos a la espera de futuros trabajos que habrán de consolidar su presencia como una de las figuras más representativas de la nueva historiografía chilena y latinoamericana.

CARLOS AGUIRRE  
UNIVERSIDAD DE OREGON

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo es un estudio de la criminalidad en la región de Concepción. El período que comprende va desde los primeros años de vida del Chile independiente hasta la entrada en vigencia del *Código Penal* patrio, esto es, entre los años 1820 y 1875. Nuestro interés radica en que esta época constituye una fase de transición en la historia de Chile en la cual confluyen, gestan y caducan diversos contenidos sociales y jurídicos.

En cuanto a la elección de la provincia de Concepción como área preferente de estudio se debe: a las peculiaridades que presenta como zona de frontera, por su relevancia en la historia del país y, para tratar de hacer un aporte a las investigaciones regionales.

El trabajo consta de cuatro capítulos que se desprenden del análisis de los delitos de violaciones, pendeencias, amancebamiento, bigamia y el de injurias. Como se puede advertir, se caracterizan por pertenecer a lo que se denomina genéricamente *crímenes contra las personas*. A través de ellos pretendemos conocer la presencia de las distintas culturas normativas y legales que coexistían en la sociedad penquista de entonces. La discusión que se genera en torno a estas prácticas no sólo contempla aspectos valóricos y legales, sino también se inserta en el tema del ejercicio del poder. Los delitos indicados no sólo respondían a una transgresión a la justicia; contenían, además, una carga de significados que los convierten en indicadores útiles que dejan en evidencia ciertos cambios culturales y tensiones sociales.

Para abordar la compleja trama de relaciones, conflictos, tácticas y cosmovisiones existentes en la población de la provincia de Concepción en la primera mitad del siglo XIX, se ha utilizado como metodología de investigación el estudio de casos, privilegiando como fuentes primarias los expedientes judiciales de la provincia ya mencionada. Influidos por la sugerencia de Ranajit Guha, hemos tratado de escuchar las distintas "voces de la historia" a través de los procesos criminales. Las distintas percepciones ante la ley y la justicia (culturas legales), las disputas de clase, las percepciones de género, entre otros, convierten a los tribunales en espacios donde se expresan los diversos campos de poder. De ahí el título de este estudio, pues los distintos actores colectivos involucrados en esos espacios conforman aquellas "voces de la justicia" que, si bien pudieron quedar excluidas en otras fuentes históricas, a través del choque de conciencias presente en los expedientes judiciales, adquieren personalidad propia. Se pueden rescatar nombres, procedencias, labores, valores, anhelos y miserias, es decir, se les visibiliza históricamente, restaurándoles su carácter de sujeto.

El creciente interés por el estudio del delito evidenciado en los últimos años en nuestro país es un indicador de por sí sobre la validez conferida a esta perspectiva de análisis social. A pesar de ello, nos parece oportuno mencionar algunos aspectos que nos motivaron a iniciar una investigación relacionada con este tema, el cual forma parte de la ruta histórica de nuestras sociedades.

El delito no sólo puede ser historiado, sino que necesita serlo para aprehender de manera más amplia los patrones culturales de una sociedad determinada. La calificación de lo criminal no viene dado por una realidad externa e inmutable al sujeto, sino que es una categoría cognitiva<sup>1</sup> socialmente construida. La delimitación de los delitos y sus consecuentes clasificaciones, son elaboraciones de una sociedad concreta en un contexto y para una finalidad específica<sup>2</sup>. La ley, la justicia y el castigo no son estructuras normativas que emergen de la nada representando valores etéreos; al contrario, tienen una historia<sup>3</sup>.

En una sociedad coexisten varias *culturas normativas*, entendidas como códigos de conducta emanados desde los diversos grupos sociales, cuya validez radica en que se les atribuye la cualidad de justos o adecuados. Sin embargo, uno de estos códigos ocupa una posición dominante, lo que le permite recibir el sello estatal y generar así la documentación oficial. Ahora bien, el archivo judicial junto con permitirnos extraer contenidos del sistema cognitivo estatal también nos posibilita obtener de manera más o menos directa las experiencias de los sectores populares, principales portadores de conductas consideradas delictivas.

El hecho de que los expedientes sean una fuente mediatizada, pues la información que contienen está influida por distintos intereses y percepciones de los actores involucrados, no impide que se puedan apreciar en ellos los conflictos suscitados entre los sectores dominantes y subalternos. La comprensión de estas tensiones no es una labor exenta de obstáculos debido a que el

<sup>1</sup> Entendemos por cognición, toda actividad que permite a un sujeto aprehender, manejar y hacer inteligible la información.

<sup>2</sup> Por ejemplo, en Argentina, durante el siglo XIX, se consagraron carreras científicas enteras a la elaboración de sistemas de clasificación. Esta información fue útil a las instituciones que pretendían usarla en la elaboración de sistemas que mantendrían recetas terapéuticas; asimismo, servirían como apoyo para las decisiones de jueces y para los debates de legisladores. Clasificar era la meta principal de los dos Institutos de Criminología fundados en la ciudad y provincia de Buenos Aires. Lila Caimari, "Doctores, delincuentes, y burócratas. La producción de biografías científicas en el sistema penitenciario Argentino, 1907-1942". Artículo enviado por la autora a quien redacta esta tesis. Otra dimensión en cuanto al tratamiento del tema del delito fueron algunos estudios de la antigua Escuela de Francfort, donde se relacionaban las tendencias antidemocráticas con las características psicológicas de los delincuentes; véase William R. Morrow, "Delincuencia y tendencias antidemocráticas: estudios de presidiarios", pp. 761-828.

<sup>3</sup> Se puede observar, incluso, cómo las diferencias de sexo pueden gravitar a la hora redactar códigos. Al respecto podemos mencionar lo siguiente: "Discurso jurídico y discurso moral se unen para delimitar racionalmente el espacio masculino y el espacio femenino. Por su papel simbólico de regulación, el derecho fija la 'norma' de una sociedad y determina los roles sociales". Nicole Arnaud-Duc, "Las contradicciones del derecho", p. 91.

sistema dominante, al poner en forma la documentación de la que dispone, disimula o mediatiza los puntos de vista discrepantes, lo cual dificulta el fácil acceso a las visiones de los subalternos<sup>4</sup>. Por ello, para poder adentrarnos en el conocimiento de los distintos sistemas normativos, es preciso reconstruir el discurso de los actores involucrados en los procesos.

La temática de este estudio se circunscribe en lo que la escuela francesa ha denominado la historia de los marginados (*L'histoire des marginaux*). La necesidad de una comprensión más completa de la sociedad ha hecho que se incorpore al análisis histórico la visión de estos sectores debido a que, por lo general, la historia se ha construido desde la mirada de los grupos de elite. A partir de estos últimos se ha irradiado la verdad, identificado los errores, las desviaciones o lo diferente. Si nos conformáramos sólo con esta perspectiva nos remitiríamos a reproducir los discursos unitarios de quienes detentaban el poder, pero la comprensión de los procesos sociales adquiere dimensiones contrapuestas de acuerdo a los distintos ángulos de observación

En opinión del historiador alemán Norbert Elias, el crimen no es otra cosa que una actividad social, por lo que debe ser tratado como un aspecto más de las relaciones humanas<sup>5</sup>. Ello vincula al delito con la idea de poder, y a ésta con el consiguiente ordenamiento social<sup>6</sup>. El ejercicio del poder político nos permite distinguir, en términos generales, dos grandes sectores de la población: el hegemónico y el subalterno. Respecto al primero, una de las propuestas más sugerentes ha sido la de Michel Foucault, quien sostuvo que la clase dirigente europea estableció a fines del siglo XVIII e inicios del siglo XIX un poder disciplinario<sup>7</sup> cuya función principal fue la de "enderezar conductas". Los medios

<sup>4</sup> Entendemos la "subalternidad" como una condición de subordinación comprendida en términos de clase, casta, género, ocupación o cualquiera otra forma. Cfr.: Ranajit Guha y Gayatri Spivak Chakravorty (eds.), *Selected Subaltern Studies*. Además, véase Ileana Rodríguez, "Hegemonía y dominio: subalternidad, un significado flotante".

<sup>5</sup> Norbert Elias, *The Civilizing Process: The History of Manners*. Cfr. Pieter Spierenburg, "Elias and the History of Crime and Criminal Justice: A Brief Evaluation", pp. 17-20.

<sup>6</sup> Algunos discuten si el concepto de "control social" es adecuado para definir la dinámica entre los distintos sectores de la comunidad. Tradicionalmente la expresión *control social* ha descrito el poder que la sociedad ejerce sobre los individuos por medio de la ley, la educación, la religión y otros; el problema se presenta en cuanto se ha puesto en duda que exista tanto un *consenso social* como un consiguiente *centro* en la comunidad. De esta manera, el concepto de *hegemonía cultural* ha ido tomando fuerza como explicación de las relaciones sociales. Este término, acuñado por Antonio Gramsci, establece que las clases subalternas aprenden a contemplar a la comunidad a través de los ojos de la elite gobernante, mediante la educación y también a su lugar en el sistema. Cfr. Peter Burke, *Historia y teoría social*, pp. 101-104.

<sup>7</sup> Este poder se circunscribe en lo que denominó *sociedad disciplinaria*. "La formación de la sociedad disciplinaria puede ser caracterizada por la aparición, a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, de dos hechos contradictorios, o mejor dicho, de un hecho que tiene dos aspectos, dos lados que son aparentemente contradictorios: la reforma y reorganización del sistema judicial y penal en los diferentes países de Europa y el mundo". Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, p. 91.

de los cuales se valió este sector para imponer los mecanismos de dominación fueron la inspección jerárquica y la sanción moralizadora<sup>8</sup>.

En el caso de los grupos sociales subalternos de la provincia de Concepción, los espacios de poder político eran limitados (en algunos casos, como el electorario, fue inexistente), pero no por eso asumieron una actitud aquiescente. En ocasiones el ámbito judicial se convirtió para ellos en un instrumento a través del cual pretendían conseguir objetivos concretos aprovechando coyunturas favorables. El mero hecho de entablar una querrela ya era expresión de estos campos de poder que, aunque pudieran resultar restringidos e ineficaces, significaron para los sectores populares la posibilidad de exteriorizar sus descontentos. La historiografía corre el riesgo de inventarles una representatividad, encajándoles en una racionalidad a la que no pertenecían. Por lo mismo, uno de los esfuerzos que deben hacer los historiadores es penetrar en los modos de comprensión de la realidad inherentes a estos grupos, siendo el análisis de los discursos una herramienta útil para lograr este fin<sup>9</sup>.

Un aporte a la forma de aproximarse a la estructura del discurso legal, es el realizado por Ranajit Guha. En su análisis de los levantamientos campesinos en la India bajo la soberanía británica -*Raj*-, distingue tres tipos de discursos: *primario*, *secundario* y *terciario*<sup>10</sup>. De acuerdo con la categorización realizada por Ranajit Guha, nuestro trabajo se centra en los discursos primarios, esto es, sobre la base de lo descrito en los expedientes judiciales. Como es posible advertir, estos relatos no son asépticos, por lo mismo, no debemos

<sup>8</sup> Michel Foucault, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, pp. 175-198.

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, acerca de la criminalización de una conducta tradicional Mauricio Rojas G., "Entre la legitimidad y la criminalidad: el caso del 'aparaguayamiento' en Concepción, 1820-1850, pp. 419-444.

<sup>10</sup> Ranajit Guha, "La prosa de contra-insurgencia", pp. 33-72. Véase, además, Ranajit Guha, *Las voces de la historia*, pp. 43-93. No queremos extendernos innecesariamente en torno a este aspecto pero nos parece adecuado decir que el discurso primario, poseía un carácter oficial en sentido amplio; es decir, se originaba no sólo entre burócratas, militares, agentes y otros empleados del gobierno, sino también entre aquellos del sector no-oficial que se relacionaban de manera simbiótica con el *raj*, como ser los dueños de plantaciones, misioneros, comerciantes, clientes, etc. Además, era oficial en cuanto se destinaba a usos administrativos, ya sea para informar al gobierno o para determinar sus políticas. Cuando incorporaba declaraciones de los insurgentes o sus aliados, lo hacía sólo como parte de un argumento guiado por intereses administrativos. Este tipo de discurso tenía una naturaleza inmediata; sus declaraciones se escribían de manera concurrente o poco tiempo después del acontecimiento; o bien, eran redactados por los actores involucrados. El discurso secundario se nutría del discurso primario, pero a la vez lo transformaba. Seguía al primario y convertía el acontecimiento en historia, no sólo en la visión de terceros, sino también en la de los propios participantes. Estaba dirigido a la lectura pública y en gran parte era obra de funcionarios que hablaban de su propia experiencia o acerca de episodios relevantes, relacionados con sublevaciones campesinas. El tercer tipo de discurso, estaba más alejado de los acontecimientos que tenían como tema. Este discurso miraba los hechos en tercera persona. La mayoría de las veces fue obra de escritores no-oficiales o de exfuncionarios que ya no tenían ninguna limitación u obligación profesional de representar el punto de vista del gobierno.

presuponer en ellos situaciones o actitudes como evidentes. Negarse a probar lo que se presenta como obvio puede redundar en que quedemos atrapados en lo obvio, pues nos conformaríamos solo con la "epidermis" del mensaje cuando en muchas oportunidades un relato implica situaciones de fondo que sobrepasan lo descrito por los actores. La crítica, por lo tanto, debe iniciarse en el examen de los componentes del discurso -vehículo de toda ideología- e identificar la forma como pudieron combinarse para describir cualquier figura particular del pasado.

La sociedad no puede ser vista como un objeto ni los individuos como máquinas, carentes de estrategias o sin capacidad de negociación. Al respecto, el trabajo del historiador francés Jean-Clément Martin nos resulta sugerente. En un artículo relativo a la violencia sexual en la región de la Vendée (Francia), entre los años 1817 y 1873, sostiene que la interpretación de los expedientes y, por ende, de los discursos contenidos en los mismos, se enmarca dentro de una discusión colectiva que utiliza el escenario de la justicia para solucionar problemas relativos a las costumbres, a la protección de ciertas personas poderosas, a rivalidades económicas, sociales y de prestigio<sup>11</sup>.

Conforme a lo anterior, la labor histórica debe tener en cuenta los cálculos de la mayor parte de los individuos involucrados en los procesos. Cuidando, eso sí, no caer en un reduccionismo interpretativo acerca de la acción judicial, por ejemplo: que los jueces siempre reprimen o que las costumbres cambian necesariamente de un período a otro; o al revés, de tomar literalmente las acusaciones de quien enarbola una causa en nombre de la moral o de una cierta idea de la justicia. Por lo mismo, hay que considerar las relaciones interpersonales, las conexiones entre miembros de ciertas instituciones, las tensiones sociales, los conflictos políticos y las condiciones económicas, entre otras, al momento de reconocer las causas que redundan en conflictos dentro del ámbito legal.

Los expedientes judiciales presentan múltiples intereses, esto hace que al trabajar con los textos se deba tener en cuenta la variedad de *vertientes* que comprenden las interacciones. No sólo debemos quedarnos con las *vertientes orientadas*, como son las preguntas de los jueces o el testimonio de los testigos; además, deben considerarse las *vertientes implícitas*, que relacionan en mayor o menor grado a los distintos actores de las causas, sean estos testigos, policías, autoridades o algún "personaje anónimo" que genera influencias casi imperceptibles.

La comunidad utilizaba el sistema judicial como medio para modificar su entorno. Los objetivos eran variados según el sector al cual se pertenecía. De modo general podemos decir que la oligarquía dirigente pretendía establecer un ordenamiento social mediante el respeto a la justicia (*ley panacea*), imponiendo

<sup>11</sup> Jean-Clément Martin, "Violences sexuelles, étude des archives pratiques de l'histoire", pp. 643-661.

a través de ella su visión de sociedad. Por su parte, los sectores subalternos más que una transformación del sistema social, principalmente utilizaban el aparato legal para obtener algún beneficio, perjudicar a un adversario o reclamar contra una acción considerada abusiva. Debido a que la mayor parte de los procesos judiciales dan cuenta de sujetos pertenecientes a este último sector, nuestra atención se centrará de manera preferente en ellos.

El marco legislativo, en ocasiones, posibilitó a quienes se encontraban en situación de subordinación, lograr protección; y, en otras, conseguir algún beneficio de quienes lograra obtenerlo, pudiendo ser éstos miembros de los sectores dominantes o personas que gozaban de alguna situación de privilegio. En este sentido, la justicia debe ser pensada no como un escenario donde la voluntad de las clases dominantes se imponía sin contrapeso, sino como una instancia de conflicto que dejaba al descubierto fisuras en el ejercicio del poder y, por lo mismo, permitía a los sectores subalternos acceder a pequeñas pero importantes conquistas individuales y sociales<sup>12</sup>.

El Derecho Indiano, aún vigente en lo penal durante el tiempo contemplado en este estudio, era *juridizante* y no *legalizante*<sup>13</sup>. Con ello queremos decir que, aparte de la ley, el sistema judicial indiano tenía en cuenta otras fuentes del derecho como la costumbre y la jurisprudencia; en tanto, un sistema *legalizante* le confería una primacía exclusiva a la ley escrita a la hora de aplicar justicia. Consecuencia de lo expuesto, es la conformación de un capital cultural de la sociedad colonial que podía echar mano a ciertos resquicios legales, visiones sociales y prejuicios de género, al momento de conseguir propósitos que podrían llegar a trascender al proceso en sí. Incluso, llegaron a aprovechar las deficiencias del aparato judicial (complejidad de la legislación, corrupción de funcionarios, falta de prolijidad de autoridades menores, ignorancia de ciertos jueces, etc.) para usar la justicia a su favor. No siempre este afán de manipular la acción judicial respondía a la obtención de algún logro particular. En ocasiones también se debía al anhelo de eludir una sanción que no se consideraba legítima, producto de la existencia de nuevas percepciones en las élites y los subalternos de comienzos del siglo XIX, respecto a la naturaleza del crimen y a las políticas de represión contra el mismo<sup>14</sup>. Esta situación se inserta en el contexto de la configuración del Estado nacional<sup>15</sup>, que no siempre consideraba las continuidades del pasado colonial que seguían presentes<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. Carlos Aguirre, *Agentes de su propia libertad. Los esclavos de Lima y la desintegración de la esclavitud. 1821-1854*, pp. 181-182.

<sup>13</sup> Cfr. Antonio Dougnac R., "Portales y la administración indiana", p. 123.

<sup>14</sup> Carlos Aguirre, "Bibliographical Essay", p. 242.

<sup>15</sup> Cfr. Gabriel Salazar, *Construcción de Estado en Chile. 1800-1837*, pp. 93-105.

<sup>16</sup> Como ejemplos ocurridos en otros lugares de Latinoamérica podemos citar: Patricia Aufderheide, *Order and Violence, Social Deviance and Social Control in Brazil, 1780-1840*; Thomas H. Holloway, "Punishment in Nineteenth-Century Rio de Janeiro: Judicial Action as Police Practice"; Charles Walker, "Montoneros, bandoleros, malhechores: criminalidad y política en las

El estudio del Derecho no puede desvincularse de los procesos históricos. Las variaciones estructurales que evidencian las sociedades son expresión, en no pocas ocasiones, de cambios en la mentalidad colectiva<sup>17</sup>, cuya evolución queda reflejada en las diferentes instituciones, valores y costumbres. En opinión de José Ingenieros, teórico de la criminología<sup>18</sup>, el conjunto de creencias y hábitos mentales adquiridos por los individuos van conformando la *experiencia social*. Esto hace que las sociedades coexistentes en una misma época difieran entre sí toda vez que evolucionan en ambientes desiguales, donde cada una de ellas se desarrolla dentro de su medio. De esta forma, la mentalidad colectiva varía conjuntamente con el grado de experiencia social<sup>19</sup>. José Ingenieros, incluso, sostiene que se hace necesario replantear la noción de *delito natural*<sup>20</sup>, pues no sería posible establecer una lista de hechos universalmente odiados y castigados en todo tiempo y lugar. Una concepción similar estuvo presente en la argumentación esgrimida por el Ejecutivo al Congreso Nacional chileno al proponer el Proyecto de Código Civil de 1855<sup>21</sup>.

primeras décadas republicanas"; William B. Taylor, *Drinking, Homicide, and Rebellion in Colonial Mexican Villages*.

<sup>17</sup> Entendida como el acto de pensar, o sea, de la manera de percibir, crear y reaccionar frente al medio circundante. Rolando Mellafe Rojas, *et al.*, *La memoria de América colonial*, p. 13. Cfr. Michel Vovelle, *Ideologías y mentalidades*; Philippe Ariès, "L'histoire des mentalités", pp. 402-423.

<sup>18</sup> La *criminología* se desarrolló en Europa durante el último cuarto del siglo XIX. Algunos autores sitúan sus orígenes a fines del siglo XVIII en un intento de ese tiempo, por indicar las "causas" del crimen. En los últimos años de la década de 1870 recibió como primer nombre el de "antropología criminal". El nacimiento de la criminología positivista se asocia por lo general con la publicación de Cesare Lombroso, *L'Uomo delinquente*, quien vio al criminal como alguien que presentaba de manera innata una inclinación al delito, por ello, sostuvo la existencia de un "criminal nato". El término 'criminología' fue acuñado más tarde cuando hacia 1885, Rafael Garófalo lo usa como sinónimo de "antropología criminal". Cfr.: Carlos Aguirre, "Crime, Race and Moral: the Development of Criminology in Peru, 1890-1930", pp. 73-90. Además, Rafael Garófalo, *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*; José Ingenieros, *Criminología*.

<sup>19</sup> Ingenieros, *op. cit.*, pp. 18 y 19. Para una visión actualizada y amplia del tema, véase Marco Aurelio González Berendique, *Criminología*, tomos I y II.

<sup>20</sup> Por su parte, Rafael Garófalo entiende como *delito natural*, "la ofensa a los sentimientos profundos e instintivos del hombre social"; donde las costumbres, representadas por la moral, no serían otra cosa que los hábitos mentales que la sociedad adquiere de manera colectiva, cumpliendo una función protectora para la conservación del grupo. Garófalo, *op. cit.*, pp. 9-10.

<sup>21</sup> En el *Mensaje* dirigido a los parlamentarios se dijo: "Conciudadanos del Senado y de la Cámara de Diputados: Muchos de los pueblos modernos más civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. Se puede decir que ésta es una necesidad periódica de las sociedades. Por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración de ideas nuevas, precursora de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica, los abusos que introduce la mala fe, fecunda en arbitrios para eludir las precauciones legales, provocan sin cesar providencias, que se acumulan a las anteriores, interpretándolas, adi-

En el orden de lo expuesto, la moral no sería anterior a la experiencia sino que existirían tantas morales como sociedades humanas, donde cada una de estas últimas creería que la suya es la moral correcta y verdadera. Así, la moral no sería otra cosa que formas colectivas de experiencias, fundadas en "juicios de valor" más o menos empíricos sobre lo que se considera beneficioso o nocivo de cualquier manifestación individual<sup>22</sup>.

Otra perspectiva de análisis en el tema del delito es la presentada por Michel Foucault, quien intentó demostrar cómo las prácticas sociales podían llegar a engendrar dominios de saber los que, a su vez, creaban nuevos objetos, conceptos y técnicas. En su opinión la *verdad* misma tendría una historia. Sostuvo que durante el siglo XIX se fue formando un cierto *saber* del hombre, de la individualidad. En aquella época se habría ido diferenciando un individuo normal de uno anormal<sup>23</sup>; de quien se encontraba dentro o fuera de la regla. El origen de este saber se encontraría en las prácticas sociales de control y de vigilancia.

Afirmaba, que si se podía hablar de una justicia de clase no era sólo porque la ley, o la manera de aplicarla, servía a los intereses de un sector de la población, sino porque toda la gestión diferencial de los *ilegalismos* formaba parte de mecanismos de poder<sup>24</sup>. La penalidad sería una manera de administrar las conductas ilegales. Al mismo tiempo, permitía trazar los límites de tolerancia y otorgaba un cierto campo de libertad a algunos, mientras ejercería presión sobre otros. En consecuencia, cuando a fines del siglo XVIII e inicios del XIX se establecieron castigos a determinadas faltas, además de intentar reprimir ciertas conductas contrarias a la ley, se habría pretendido diferenciar los delitos no tanto para incorporar socialmente a los delincuentes como para organizar las faltas en una táctica general de sometimientos.

En este contexto, la reforma penal de fines del siglo XVIII en Europa se habría inscrito en la lucha contra las conductas consideradas fuera de la ley, según la visión de las elites dirigentes, y la consiguiente criminalización de las prácticas de los sectores subalternos. El equilibrio de tolerancias que había mantenido vigente las prácticas de diferentes capas sociales durante la permanencia del Antiguo Régimen, se rompió. Se conformó así una nueva utopía: la de una sociedad universal y públicamente punitiva donde unos mecanismos penales siempre activos funcionarían sin retraso ni mediación ni incertidumbre. Las transgresio-

---

cionándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes y contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndoles en relación con las formas vivientes del orden social". *Código civil de Chile*. Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del código civil. Santiago, noviembre 22 de 1855. Manuel Montt. Francisco Javier Ovalle.

<sup>22</sup> Ingenieros, *op. cit.*, p. 20.

<sup>23</sup> Este autor sugiere que un factor crucial que posibilitó esta situación fue que la revolución burguesa del siglo XVIII y comienzos del XIX inventó una nueva tecnología del poder. Cfr. Michel Foucault, *Los anormales*, p. 89.

<sup>24</sup> Para un estudio más amplio de los *ilegalismos*, véase Foucault, *La verdad...*, *op. cit.*, pp. 109-114.

nes a la ley por parte de los sectores populares adquirieron, entonces, nuevas dimensiones permeando los movimientos que, desde 1780 hasta las revoluciones de 1848, estuvieron involucrados en: los conflictos sociales, las luchas contra regímenes políticos, la resistencia a la industrialización y los efectos de las crisis económicas<sup>25</sup>. Uno de los rasgos distintivos de esta nueva forma de ilegalidad fue que el rechazo a la ley comprendía, ya sea de manera implícita o explícita, la lucha contra aquellos que la instauraban según su conveniencia e intereses.

#### VIGENCIA DEL DERECHO INDIANO EN CHILE

Para los gobernantes de los primeros años de vida independiente del Estado chileno, fueron dos los principales motivos de preocupación:

- a) la organización del país y
- b) afianzar y consolidar la independencia. Ello fue un impedimento para que pudieran abocarse por entero a la substitución de la legislación existente.

El proceso de independencia estableció la ruptura de su integración política con España, pero la sociedad permaneció con sus hábitos, costumbres, organización e instituciones similares a las provenientes del período colonial<sup>26</sup>.

Al momento de producirse la independencia, la legislación chilena se constituía por pragmáticas, cédulas, decretos y ordenanzas del Rey, las cuales fueron comunicadas por el Consejo de Indias desde 1610 hasta 1810. Además estaban vigentes la *Recopilación de Indias* (1680), la *Novísima Recopilación* (1805), las *Leyes de Estilo*, el *Fuero Real* (1255), algunos aspectos del *Fuero Juzgo* y las muy usadas *Siete Partidas* (1265)<sup>27</sup>.

En cuanto a los primeros textos constitucionales redactados en Chile, resulta posible identificar la influencia de principios provenientes de la Revolución Francesa de 1789. Durante las primeras décadas republicanas se hicieron evidentes postulados de inspiración liberal y democrática que consagraban garantías individuales y la supresión de los privilegios señoriales. Si bien esto ocurrió en el ámbito de la organización constitucional, en lo concerniente a las otras ramas del derecho la situación fue distinta: los derechos Civil, Penal y Procesal no mostraron una desvinculación del derecho hispano, vigente desde el período colonial. Esta situación varió hacia mediados de siglo cuando en 1857 se promulgó el *Código Civil*, lo que constituirá un hito clave en cuanto al nuevo rumbo que tomará la legislación chilena; pero, hasta entonces, durante casi medio siglo, la normativa hispana proveniente de la Baja Edad Media, marcará el derrotero en el ámbito jurídico nacional<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Foucault, *Vigilar...*, *op. cit.*, pp. 175-182.

<sup>26</sup> Manuel de Rivacoba y Rivacoba, *Evolución histórica del derecho penal chileno*, pp. 17-20.

<sup>27</sup> J. Raimundo del Río, *Derecho penal*, p. 304.

<sup>28</sup> Aldo Topasio Ferreti, *Fuentes del Derecho chileno en la precodificación*, p. 18.

Al revisar los expedientes criminales concernientes a los delitos en el período que estudiamos (1820-1875), nos percatamos que en la mayoría de ellos se invocaba la autoridad jurídica de las *Partidas*. Esto concuerda con lo visto en el periódico forense llamado *Gaceta de los Tribunales*, el cual a comienzos de la década de 1840 comenzó a publicar las sentencias de los procesos. En él se constata que los fallos abundaban en referencias a dicho cuerpo legal. La profusión de dichas referencias a este código de origen medieval era tan amplia que, en 1842, la misma *Gaceta* editó una obra titulada, *Diccionario de las voces usadas en las Partidas*. La razón de ello era que, en particular la Partida Séptima, contaba con artículos relativos al derecho penal y procesal penal redactados de manera amplia, clara y estructurada. Súmesele a lo anterior el carácter unitario y enciclopédico en que está pensado este Código, que trataba materias tan variadas como: las fuentes del derecho, el derecho político, de familia, de administración de justicia, entre otros.

Los veredictos judiciales en varias ocasiones hacían referencias a la *Novísima Recopilación*, y en menor grado al *Fuero Real* y a las *Leyes del Estilo*. En algunas oportunidades se mencionaba a las *Leyes de Toro*, las que eran consideradas de manera autónoma y no como incorporadas en la *Novísima Recopilación*; en otras, se acudía a la *Recopilación de Indias* y, cuando se daba el caso, también se invocaba al naciente derecho patrio. En causas de la provincia de Concepción relativas a temas de orden sexual y moral, hemos encontrado el uso simultáneo del derecho indiano y el derecho canónico. Por lo general, se hacía referencia a la legislación eclesiástica cuando el juez consideraba necesario morigerar la pena<sup>29</sup>. En lo que respecta al *Fuero Juzgo*, éste se citaba sólo en contadas ocasiones. Algo parecido ocurrió con el derecho romano, el cual no fue muy utilizado<sup>30</sup>.

Las autoridades republicanas acogieron la legislación indiana de manera consciente, manteniendo su vigencia como sistema legal<sup>31</sup>. Hubo continuidad

<sup>29</sup> En opinión del fiscal Juan Nepomuceno Badilla, "Merece por consiguiente Segundo Córdoba ser castigado con la pena que designa la l. 2ª, tit. 19 P. 7ª, pero no allándose en uso por su excesivo rigor; siguiendo la doctrina de los jurisconsultos (Escriche, Hispano chileno, Devoti) soy de parecer que debe obligarse al mencionado Córdoba a que se case con Mª Santos Arévalo, según lo dispone el Derecho Canónico en el Cap. 1º de las Decretales de Gregorio 9º de Adult. et stupro. Esta es mi opinión; sin embargo U.S. resolverá lo que fuere más de justicia. Concepción, Octubre 18 de 1849. Juan Nepomuceno Badilla". *AJC*, legajo 57, pieza 13, 1849-1851.

<sup>30</sup> Alejandro Guzmán dice no haber encontrado citas sobre el derecho romano en una investigación realizada sobre el tema. Cfr. Alejandro Guzmán Brito, *Andrés Bello, codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, tomo 1, pp. 93-94. Según este autor: "la República de Chile fue uno de los tantos estados sucesores de la monarquía hispano-indiana y, como tal, heredó el derecho que en calidad de reino integrante de aquella monarquía había regido en su suelo hasta el momento de la ruptura", *op. cit.*, p. 77.

<sup>31</sup> Esto queda meridianamente expreso en la letra de la Constitución de 1818: "Integridad, amor a la justicia, desinterés, literatura y prudencia deben ser las cualidades características de los miembros del Poder judicial, quienes ínterin se verifica la reunión del Congreso, juzgarán todas las causas por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido, a excepción de las que pugnan con el actual sistema liberal de gobierno. En este caso consultarán con el Senado, que

de las normativas civiles, penales y procesales hispanas según el orden de prelación existente, exceptuando aquéllas que fuesen contrarias a las nuevas normas dictadas por la República de Chile. Los integrantes del poder judicial debían llevar a cabo los procesos basándose en las leyes, cédulas y pragmáticas vigentes al momento de la independencia; si se producía algún conflicto entre la legislación colonial y la embrionaria reglamentación chilena, entonces se debía consultar al Senado, el cual proporcionaría las directrices a seguir<sup>32</sup>.

Como consecuencia de lo anterior se produjo una situación ambivalente en la esfera legal, resultado de las distintas interpretaciones que se hicieron de las normativas del derecho indiano y la incipiente legislación patria. Se notó un ambiente confuso durante el desarrollo de los procesos, ya sea al dictar sentencia, argumentar jurídicamente o aplicar una pena. Se podría hablar inclusive de un *abismo generacional* en cuanto al uso y modo de aplicar la ley. Por una parte, la legislación colonial tenía una marcada influencia de carácter medieval; por otra, se evidenció una mutación política y social de la nación chilena en el siglo XIX<sup>33</sup>. Esto trajo aparejado el que la legislación colonial castellana cayera en desuso o en la inaplicabilidad. Si bien se mantuvo formalmente vigente, fue reinterpretada, suavizada u omitida.

#### ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DERECHO INDIANO<sup>34</sup>

La legislación hispana estaba fragmentada dentro de varias jurisdicciones: real, eclesiástica, costumbre, "de gentes" y natural. Estos preceptos se encontraban sujetos a variadas y contradictorias interpretaciones; además, admitían una serie de "privilegios", lo que ayudaba a acrecentar las excepciones<sup>35</sup>. La importancia atribuida a la costumbre y el poder discrecional de los jueces, crearon muchas incertidumbres y heterogeneidad en los procedimientos legales<sup>36</sup>.

La adaptabilidad de las instituciones judiciales hispanas, su amplia discreción judicial, la falta de controles efectivos sobre las decisiones de los tri-

proveerá de remedio". Título v, capítulo 1, artículo 2º, "Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile", pp. 52-69.

<sup>32</sup> Aldo Topasio Ferreti, *La ley en el período de formación del Derecho nacional*, p. 23.

<sup>33</sup> Topasio, *Fuentes...*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>34</sup> Se puede entender como Derecho Indiano: "al conjunto de reglas jurídicas aplicables en Indias, o sea, los territorios de América, Asia y Oceanía dominados por España". Antonio Dougnac Rodríguez, *Manual de historia del derecho indiano*, p. 11. Su entrada en vigencia puede fijarse el 17 de abril de 1492, cuando los Reyes Católicos le otorgaron a Cristóbal Colón las Capitulaciones en Santa Fe, las que hicieron posible el viaje para descubrir nuevas tierras al mismo tiempo que fijaban la organización de éstas.

<sup>35</sup> Sobre este tema, Fernando de Trazegnies, *La idea del derecho en el Perú republicano en el siglo XIX*, sostiene que en el siglo XIX se produjo una modernización en las estructuras legales, pero sin afectar las estructuras de poder. Dougnac, *Manual...*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>36</sup> Ricardo Salvatore *et al.*, "Writing the History of Law, Crime, and Punishment in Latin America".

bunales de primera instancia y la flexibilidad en los procedimientos, habrían favorecido la peculiar interacción producida en los juzgados de menor cuantía donde tanto los jueces hispanos como sectores indígenas o de baja extracción social convergieron. Las cortes tomarían, de esta forma, el papel de una "zona de contacto" entre distintas culturas, permitiendo la gradual construcción y diseminación de una peculiar e híbrida cultura jurídica<sup>37</sup>.

El Derecho Indiano comprendía tres conjuntos de normativas:

- a) las creadas específicamente para las Indias, o sea, lo que conocemos como *derecho indiano* propiamente tal o *municipal*;
- b) el *derecho castellano*, el cual fue utilizado cuando se carencia de ciertas disposiciones especiales y
- c) el *derecho indígena*, el que se circunscribía al ámbito de los pueblos originarios.

En los distintos territorios de la corona española la existencia de esta variedad de cuerpos legislativos provocó una situación confusa ante la aplicación de la ley, de allí los esfuerzos del rey Carlos II (reinó entre 1675 y 1700) por uniformar la administración de justicia y así conseguir un mejor gobierno de estos dominios, los cuales se vieron cristalizados con la promulgación de la *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias* (1680)<sup>38</sup>.

Para Ricardo Levene<sup>39</sup>, el valor que pudiese tener esta obra jurídica<sup>40</sup> desde un punto de vista teórico se desplomó ante lo que denominó la "realidad viva", entendida como la suma de intereses, ambiciones desmedidas, individualismo, incultura de la sociedad indiana, etc. La visión crítica de este historiador se vio estimulada a la hora de considerar los defectos técnicos de la *Recopilación*, entre los cuales mencionaba la imprecisión de su redacción, la carencia de un plan orgánico del material legislativo y el anacronismo de su

<sup>37</sup> Ricardo Salvatore, "Criminal Justice History in Latin America: Promising Notes", pp. 5-14.

<sup>38</sup> La cédula del 18 de mayo de 1680, que declaraba la autoridad de la *Recopilación*, decía: "Que las leyes en este libro contenidas y dadas para la buena gobernación y administración de justicia de nuestro Consejo de Indias, Casa de Contratación de Sevilla... se cumplan, guarden y ejecuten, y por ellas sean determinados todos los pleitos y negocios, que en estos y aquellos reinos ocurrieron... es nuestra voluntad, que de ahora en adelante no tengan autoridad alguna [se refiere a otros códigos], no se juzgue por ellos, estando decidido en otra forma o expresamente revocados, como por esta ley, á mayor abundamiento los revocamos, sino solamente por las Leyes de esta Recopilación, guardando en defecto de ellas lo ordenado por la ley segunda, título primero, libro segundo de esta Recopilación, y quedando en su fuerza, y vigor las Cédulas, y Ordenanzas dadas a nuestras Reales Audiencias, en lo que no fueren contrarias las leyes de ella". Alamiro de Ávila Martel, *Esquema del derecho penal Indiano*, p. 19. La *Recopilación* de 1680, consta de nueve libros, los cuales poseen doscientos dieciocho títulos y seis mil trescientas setenta y siete leyes. Fue publicada en 1681, con una edición que se repite sin variaciones durante los años 1756, 1774 y 1791.

<sup>39</sup> Historiador del Derecho y jurista argentino. Desarrolló el concepto de "derecho patrio"; a saber, leyes promulgadas por los gobiernos nacionales después de los movimientos de independencia.

<sup>40</sup> Para un estudio detallado de la *Recopilación*, véase José Perfecto de Salas *et al.*, *Las notas a la Recopilación de Leyes de Indias*, de Salas, Martínez de Rozas y Boix, *passim*.

promulgación<sup>41</sup>. Afirmaba que la ineficacia de sus preceptos habría posibilitado la inobservancia de la ley, lo que resultó favorable para los pueblos americanos cuando se trataba de eludir el cumplimiento de las prescripciones relativas al comercio, régimen de rentas, radicación de extranjeros, publicación y difusión de libros. Sobre todo, consideró funesta la *Recopilación* en lo que se relaciona con la organización jurídica, llegando a plantear, incluso, que corrompió la administración y gobierno de los indios<sup>42</sup>.

#### CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INDIANO

Uno de los rasgos distintivos en la legislación de Indias, fue el *casuismo*<sup>43</sup>. Esta técnica para legislar, profusamente utilizada desde la Edad Media castellana, era una fórmula mediante la cual la Corona buscaba una justa solución para problemas específicos. Ello no quiere decir que faltasen políticas detrás de cada normativa. Al respecto, el historiador del Derecho, Antonio Dougnac, considera que habría en ellas, de manera tácita, una especie de teoría general

<sup>41</sup> Nos informa que durante el reinado del último soberano de la casa de los Austrias (Carlos II, muerto en 1700), la legislación para las Indias era casi nula. Nos parece preciso decir que la *Recopilación de Indias* estaba preparada cincuenta años antes de su publicación, Cfr. Ismael Sánchez Bella, *Derecho indiano: estudios*.

<sup>42</sup> Esta visión negativa de la *Recopilación* contrasta con otras interpretaciones de la misma; por ejemplo, con Alamiro de Ávila quien entendía que la *Recopilación* tenía prioridad sobre cualquier otro *corpus* legislativo, instaurando con ello la prelación de las leyes de Indias sobre el derecho castellano. Ávila Martel, *op. cit.*, p. 20. Para una visión más cercana al concepto que se tenía de la *Recopilación* en su tiempo, ver el trabajo del autor de mediados del siglo XVII, Antonio Rodríguez de León Pinelo, *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias occidentales...* En su obra, argumentó acerca de la importancia la legislación en general, opinaba: "Son las leyes el gobierno, y como dijo el filósofo, la salud de las ciudades, provincias y reinos... Por lo cual entre las calidades que debe tener la ley, es una el ser pública y manifiesta". Al mismo tiempo, exaltó la importancia de la *Recopilación*: "...se conoce que el recopilarse las leyes de los Reinos, no sólo ha parecido siempre justo, sino necesario, y tanto que se puede tener por derecho de las gentes... y se colige la razón, que las Indias pueden tener para pedir que se recopilen sus leyes, por ser muchas, y todas sueltas y sin orden: en que es tanta la confusión como la multitud, y ésta tal, que pasan de seis mil decisiones...". Rodríguez de León Pinelo, *op. cit.*, pp. 140 y 143. Finalmente debemos decir, que el autor mencionado propuso tener en cuenta, al momento de recopilar las leyes, nueve preceptos, que de manera sintética presentamos al lector para que tenga un panorama amplio acerca de los mismos: "1º...es el quitar y excusar las prefaciones, dejando solamente lo decisivo de las cédulas o provisiones... 2º...evitar las semejanzas de las decisiones... 3º...es el más necesario, porque consiste en evitar la contrariedad y oposición de las leyes en sí... 4º...manda, que no se pongan las x leyes, que no están en uso... 5º...es que se puede añadir a las cédulas lo que fuese necesario para hacer dellas leyes claras y llanas... 6º...es que pueda el Recopilador, no sólo añadir, sino también quitar... 7º... consiste en mudar las palabras, quitando unas y poniendo otras, o las mismas abreviadas, como lo pidiere la contextura y buen sentido, en que ha de quedar la ley... 8º...para formar leyes, se sigue el saber de donde se han de sacar... 9º...es que de hayan de distribuir por materias en títulos y libros competentes". *Op. cit.*, pp. 149-152, 154, 155, 157, 158.

<sup>43</sup> Cfr. Víctor Tau Anzoátegui, *Casuismo y sistema: indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*.

del derecho<sup>44</sup>. Por ende, el sistema casuístico se adecuaba muy bien a las distintas y cambiantes realidades que se presentaban en las Indias.

La realidad de cada lugar, época o situación, se transformó en algo fundamental a la hora de legislar o interpretar una ley. Esto llevó a que se llegara a explicar la fórmula del *Recurso de súplica*, “la ley se obedece pero no se cumple”, como una manera inveterada de incumplir las leyes en Indias. Para destacados estudiosos del tema, una comprensión así se alejaría del significado fidedigno de la frase<sup>45</sup>.

En el derecho indiano la *ley*<sup>46</sup> ocupaba un lugar central en el andamiaje jurídico, en cuanto era la fuente más importante del derecho en Indias. También hubo un *derecho canónico indiano*, el cual se fue formando hacia el siglo XVI con el propósito de adecuar las disposiciones del concilio de Trento a la vida americana. Teniendo en cuenta que el derecho legislado, debido a su casuismo, no contemplaba todas las situaciones en las cuales se desarrollaba la vida en comunidad, el actuar común de los sujetos se convertía en un patrón de conducta a seguir; por ende, la *costumbre* constituyó una solución jurídica importante.

Más relevante aún fue la práctica del *arbitrio judicial*, que era la facultad del juez indiano, especialmente en materia penal, para modificar las sanciones impuestas por la legislación. Éste era un medio utilizado por los magistrados para morigerar las penas y modernizar la legislación, conforme las influencias del derecho natural y las ideas de la Ilustración se fueron estableciendo en lo social y jurídico<sup>47</sup>.

En el fondo, el arbitrio judicial fue una especie de piedad o benevolencia judicial ante la consideración de una sanción exagerada. Indudablemente, la confusión que imperaba hacia la segunda mitad del siglo XVIII debido a la multitud de textos legales hispanos<sup>48</sup>, sumada a la severidad de las penas y al

<sup>44</sup> Dougnac, *Manual...*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>45</sup> Argumentan que para tener un buen entendimiento de ella sería preciso conectarla con su sentido técnico, el cual se relaciona con el “recurso de suplicación de las leyes”, es decir, “con la petición de derogar o reformar la ley dada, en mérito de haber sido emitida sobre antecedentes falsos o incompletos, de forma que los verdaderos antecedentes o todos ellos, la transformaban en inaplicable, perjudicial o ineficaz”. Guzmán Brito, *Andrés Bello...*, *op. cit.*, tomo I, p. 61.

<sup>46</sup> Se puede considerar *Ley*, “a un mandato escrito vinculante, basado en el derecho natural y conforme a él por medio del cual se ordena la vida del hombre tanto para el bien terreno como eterno”. La *Ley* se componía de la: a) *Ley metropolitana*: reales cédulas, reales órdenes, reales decretos, cartas acordadas, etc.; y b) *Ley criolla o municipal*: ordenanzas capitulares, decretos, autos acordados, bandos, reales provisiones, etc. Dougnac, *Manual...*, *op. cit.*, p. 235.

<sup>47</sup> Cfr. Felipe Zuckermann Undurraga, *Literatura jurídica indiana: Manuel de Lardizábal y Uribe su “Discurso sobre las penas contrahido (sic) a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma”*, p. 15.

<sup>48</sup> Incluso la misma Corona en una real cédula de 1789 admitía que no era fácil a los vasallos americanos, “instruirse suficientemente en todas las disposiciones de las leyes insertas” en los cuerpos legales vigentes. Juan J. Matraya y Ricci, *Catálogo cronológico de pragmáticas, cédula, decretos, órdenes y resoluciones reales (1819)*, p. 11.

criticismo del clima racionalista, conformaban un ambiente propicio para que se recurriese al arbitrio judicial de manera corriente<sup>49</sup>.

Si bien en Chile, durante el período colonial, hubo un funcionamiento relativamente adecuado de la legislación indiana, a medida que nos acercamos a las postrimerías del siglo XVIII e inicios del siglo XIX esta situación variará y el divorcio entre cuerpo legislativo y realidad jurídico-social se verá incrementado.

Cuando Diego Portales, en enero de 1832, comentaba acerca de la situación de la justicia y el tratamiento de la criminalidad en Chile, ponía en evidencia que vientos de cambio soplaban en la sociedad. Su crítica a la integridad de los jueces y el anhelo de que fueran “animados por un odio santo al crimen”<sup>50</sup>, evidenció el trato distinto que los tribunales y magistrados llevaban a cabo a la hora de aplicar las penas. En un artículo escrito en *El Mercurio* de Valparaíso, Portales decía: “hace mucho tiempo que lamentamos este gravísimo mal, hace mucho tiempo que los chilenos miran en sus juzgados y tribunales a los verdaderos asesinos y ladrones, porque su indulgencia autoriza, anima, empuja a repetir estos delitos...”<sup>51</sup>. Avizoraba el “problema”, en la actitud de los jueces, ya que éstos, en su opinión, no aplicaban de una manera estricta los castigos que la legislación imponía, sino que lo hacían de una manera más suave<sup>52</sup>. Allí se centraba su crítica, más que en un anhelo nostálgico por las sanciones del pasado (si es que alguna vez éstas se aplicaron sistemáticamente de manera estricta<sup>53</sup>).

En Chile, luego de la independencia, la ley indiana continuó siendo el soporte del ordenamiento jurídico y la fuente principal a la cual se recurría. Con todo, la *costumbre contra legem*<sup>54</sup>, contemplada en el sistema legal hispano-americano,

<sup>49</sup> Alamiro de Ávila nos informa que la facultad del arbitrio judicial fue ampliamente utilizada en la legislación castellana y para el caso chileno resultó de mucho interés, pues se llegó a un régimen de individualización de la pena bastante adecuado. Ávila Martel, *op. cit.*, pp. 36-38.

<sup>50</sup> Diego Portales, “Administración de justicia criminal”.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> “¿De qué servirá este trabajo si los jueces pudiesen burlarlo impunemente?. Ellos se excusan con la confusión y discordancia de nuestras leyes; pero tendrán que éste es puramente un pretexto, si se les pregunta ¿con qué leyes juzgaban los alcaldes y Real audiencia en Chile y en toda América antes española?. ¿Cuáles rigen en los juzgados y tribunales de España? Y en España se ahorca al asesino y se ahorcaba en Chile cuando era colonia española, con las mismas leyes que hoy sirven para absolverlo o conmutarle la pena”. *Ibid.*

<sup>53</sup> Por ejemplo, en un estudio reciente, de la revisión de doscientos setenta y un casos por homicidio durante el período colonial, contenidos en el Fondo de Real Audiencia, sólo en trece quedó constancia de haberse realizado un ajusticiamiento. Véase Claudia Arancibia, *et al.*, *Pena de muerte en Chile colonial*, p. 12.

<sup>54</sup> En la norma indiana, ésta podría llegar a derogar una ley si es que el convencimiento de ciertos actos fuese tan generalizado que la práctica de los mismos les adjudicasen valor jurídico. La *costumbre contra la ley* contemplaba algunos requisitos previos para ponerse en práctica, entre otros: a) la repetición de ciertos actos: bastaba con dos sentencias, o bien, dos casos en los cuales se invocara la costumbre para que ésta pudiera ser aceptada; b) racional: el considerar racional

ya no fue aceptada. El repudio que sufrió este uso de la costumbre, sería la culminación de un proceso iniciado en la política del antiguo régimen<sup>55</sup>.

En lo relativo a la jurisprudencia, durante el período colonial los tribunales tendieron a fallar de una manera reiterada en ciertos casos, esto se debió a que en esa época las sentencias se fundaban tanto en el derecho (ley) como en los hechos (jurisprudencia). Esto varió en la época republicana. Acorde a ello, la *Ley de fundamentación de sentencias* de 1851 repudió *ex profeso* los fallos como fuente. El principio que se invocó para tomar esta medida fue extraído de algunos preceptos del mismo derecho indiano, el cual a su vez se basaba en la legislación romana<sup>56</sup>. En la práctica esto redundó que los jueces al dictar sus veredictos fundamentalmente se limitaron a citar las leyes que sustentaban sus fallos<sup>57</sup>. No desarrollaron argumentos en extenso, ni repararon en las razones por las cuales llevaron a cabo determinado castigo. Por lo general, tampoco hicieron referencia a otras fuentes del derecho que podrían ser invocadas conforme a la ley de fundamentación de sentencias ya citada, tales como las motivaciones sustentadas por otros dictámenes, la opinión de autores o el derecho romano considerado también como doctrina. A lo más, los fallos realizaron una exposición de los hechos, lo cual no ayudaba para sentar jurisprudencia pues era la parte menos adecuada para ello.

---

una costumbre era facultad discrecional del juez, el cual podía moderarla conforme a su criterio; c) debía ser públicamente utilizada y, e) la costumbre en cuestión tenía que practicarse por un cierto período de tiempo. Cfr. Dougnac, *Manual...*, *op. cit.*, p. 259.

<sup>55</sup> Guzmán Brito, *Andrés Bello...*, *op. cit.*, p. 96. La *Novísima Recopilación* de las Leyes de España de 1805, en su libro 2º, título 3º, ley VII, ordenaba la observancia literal de todas las leyes del reino sin dejar la posibilidad de esgrimir la costumbre como mecanismo de exención del cumplimiento de una normativa. Prescribía, además, que: "Todas las leyes que espresamente no se hallan derogadas por otras posteriores se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso". Ley 11, título 3º, libro 2º, *Novísima Recopilación*. La autoridad de la *Novísima Recopilación* durante el período republicano puede notarse en la respuesta al punto doce de la consulta de la Corte Suprema donde se lee: "Teniendo el Fiscal en consideración lo dispuesto en la cédula de 15 de julio de 1805, sobre la formación i autoridad de la *Novísima recopilación* cree que todas las leyes de la *Recopilación*, desde su primera publicación en el año de 1567 hasta la fecha en que se publicó la *Novísima*, que no se encontraren comprendidas en esta última, están espresamente derogadas i separadas de nuestros códigos legales i que, por tanto, no deben guardarse. Santiago, 20 de febrero de 1837. Egaña". "Sentencias de los jueces. Decreto-ley de 1837, complementario de 2 de febrero del mismo año", p. 298.

<sup>56</sup> El principio romano establecía: "non exemplis sed legibus indicandum est" (*Código Justiniano* 7.45.1) el cual, recogido en las *Partidas* indicaba: "non debe valer ningún juyzio que fuesse dado por fazañas de otro" (Partida 3.22.14), en: Guzmán Brito, *Andrés Bello...*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>57</sup> Otro aspecto que debe tenerse en cuenta al momento de considerar esta "mezquindad" de los jueces en la redacción de sus dictámenes, fue la influencia de la ley de fundamentación de sentencias de 1837. El presidente José Joaquín Prieto (1831-1841) y su ministro Diego Portales, al firmar el decreto-ley acerca de las "Sentencias de los jueces" establecen que: "Toda sentencia se fundará breve y sencillamente. El fundamento se reducirá sólo a establecer la cuestión de derecho o hecho sobre que recae la sentencia, y a hacer referencia de las leyes que le sean aplicables, sin comentarios ni otras explicaciones", en "Sentencias de los jueces...", *op. cit.*, p. 298.

Las críticas al Derecho Indiano<sup>58</sup> y al accionar de los tribunales<sup>59</sup>, denotaban que hubo conciencia en los primeros años de vida independiente acerca de que las circunstancias legales y administrativas estaban cambiando<sup>60</sup>. Estos temas y los tópicos relacionados con los mismos han sido tratados en extenso por otros autores<sup>61</sup>, por lo cual no es nuestro propósito redundar sobre ello.

Sobre la base de lo dicho en las páginas precedentes nuestro estudio se ha estructurado en torno a dos hipótesis centrales. La primera ya ha sido esbozada antes y dice relación con que las denuncias entabladas en los tribunales no siempre habrían respondido a la mera búsqueda de una sanción por la infracción cometida. En muchas ocasiones los procesos habrían sido expresiones de odiosidades previas, formas de resolución de conflictos o de intereses ajenos al delito en cuestión. En este sentido nos parece que la comunidad utilizaba el sistema judicial como medio para modificar su entorno, dentro de campos definidos de poder.

La segunda hipótesis se conecta con la anterior en el sentido que para lograr ciertos propósitos generalmente se articulaban redes sociales que operaban en espacios de microasociatividad (familia, vecindario, amistades, etc.),

---

<sup>58</sup> Durante el período colonial, en especial desde Carlos III, hubo una crítica jurídica bastante acentuada. Bajo el reinado de este monarca (1759-1788) se intensificó la tarea reformista iniciada por los Borbones, donde estadistas ilustrados, entre los que se contaban Gaspar Melchor de Jovellanos, el conde de Aranda y José de Gálvez, tuvieron un papel destacado. Cfr. Jean Sarrailh, *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*. Además, Jaime Eyzaguirre, *Ideario y ruta de la emancipación chilena*, en especial capítulo IV: Los Borbones y la vida política indiana, pp. 44-92.

<sup>59</sup> Además de la queja sobre la falta de uniformidad en las sentencias, también se reclama por los distintos criterios sobre un mismo caso cuando se produce algún cambio de juez. Guzmán Brito, *Andrés Bello...*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>60</sup> Hacia 1811 un reglamento provisional daba cuenta de esta situación indicando que: "variadas las circunstancias de la administración pública en la crisis política del día, es consiguiente variar la forma de los recursos, que antes arrastraban al litigante a una distancia inmensa. Por cuyo medio, tendrá hoy éste la satisfacción de verlos terminados en su propia patria i por magistrados de sus mismos conciudadanos. Esta providencia es comprensiva de los recursos que de nuevo hayan de introducirse en su caso, i también de los que antes se dirijieron a la península, i quedaron pendientes en la época crítica de su revolución; pero no tendrán lugar recursos de sentencias o juzgamientos que ántes no se hayan reclamado". "Reglamento provisional por el entable, sustanciación i término de los recursos de injusticia notoria, segunda suplicación, i otros extraordinarios que puedan interponerse a las últimas sentencias de los Tribunales del Reino", en Anguita *et al.*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>61</sup> Entre otros cabe citar a Francisco Tomás y Valiente, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI- XVII y XVIII)*; Manuel de Lardizábal y Uribe, *Discurso sobre las penas contrahído (sic) a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*; Francisco González de Cossio, *Apuntes para la historia del jus puniendi en México*; Joaquín Francisco Pacheco, *Estudios de derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*; Gabriel Salazar y Julio Pinto, *Historia contemporánea de Chile*, tomo I: Estado, legitimidad, ciudadanía; Juan Pablo Forner, *Discurso sobre la tortura*; José María Ots y Capdequí, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*; Rafael Altamira y Crevea, *Manual de investigación de la historia del derecho indiano*; José Marcos Gutiérrez, "Discurso sobre los delitos y las penas"; Abelardo Levaggi, "La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano"; Hans Von Hentig, *El delito*, tomo I: El criminal en la dinámica del tiempo y del espacio.

ya sea para favorecer o perjudicar a las partes en litigio. La justicia operaba mediatizada por estas redes a las que se incorporaban autoridades judiciales, religiosas y políticas, según sea el nivel social e importancia de los sujetos involucrados en los pleitos. De esta forma, el aparato judicial emerge como un organismo social afectado por los múltiples intereses coexistentes al interior de la población.

Es nuestra intención llegar a una conceptualización histórica y no sólo jurídica de la criminalidad, entendiendo que el delito es un concepto histórico y como tal es cambiante y precisa ser adecuado a cada época<sup>62</sup>.



Desembocadura del río Biobío, desde las alturas de la bahía de San Vicente, 1838.

<sup>62</sup> Al respecto nos parece importante la opinión de Rolando Mellafe Rojas: "El tema de la delincuencia es de primera importancia en el amplio espectro de la historia social y fundamental en el de la historia de las mentalidades. La historiografía moderna, sin embargo, sólo lo ha abordado desde el punto de vista de la historia social. La historiografía universal -y un poco la chilena- ha investigado, por ejemplo, el banditaje y el abigeato, señalando las condiciones socioeconómicas en que el fenómeno surge, las características de los grupos implicados, las conexiones de éstos con las economías, las condiciones políticas regionales, etc. Son pocos los trabajos que se han aventurado a derivar del banditaje algunos rasgos de psicología colectiva o a vincular su estudio con situaciones concretas de momentos normales o de crisis de una comunidad o de una sociedad de más vastas proporciones". Rolando Mellafe R., "Interpretación histórico-metodológica de la delincuencia en Chile del siglo xx", p. 21.

## ATENTADOS SEXUALES

### PRESENTACIÓN

Como una de las hipótesis centrales de este estudio hemos planteado que los distintos sectores sociales, en especial los subalternos, utilizaron la justicia como una estrategia para obtener ciertos propósitos que iban más allá de la denuncia en sí. Uno de los aspectos que propiciaron esta situación fue que, por lo general, el aparato judicial no era favorable a los grupos con menos recursos e influencias. El Derecho Indiano reforzaba esta idea al diferenciar los delitos y las penas conforme a la condición social de los sujetos. Se añade a lo anterior, que la legislación también discriminaba por sexo. Existía un trato social diferenciado por lo masculino y lo femenino, el cual se reflejaba en el ámbito judicial<sup>63</sup>.

En este ambiente socio-jurídico, el crimen de violación era por antonomasia el más degradante y horrendo que podía sufrir una mujer y su familia, pero no cualquier mujer. La ley contemplaba ciertos "requisitos" que indicaban la existencia de este atentado. En las *Partidas* se consideraba por tal: "Forzar, o robar muger virgen, o casada, o religiosa, o biuda que biua honestamente en su casa (sic)"<sup>64</sup>. Joaquín Escriche, en 1876, definía este delito diciendo que: "la violación se hace a una mujer para abusar de ella contra su voluntad"<sup>65</sup>, pero al mismo tiempo advertía que, "la prueba de este delito es tan difícil, que algunos legisladores han prohibido admitir quejas de violencia no siendo evidente o real"<sup>66</sup>. Por último consideraba: "se comete violación... yaciendo con

<sup>63</sup> Desde un plano teórico se advierte que por su papel simbólico de regulación, el derecho fija las normas de una sociedad y determina los roles sociales. Desde Aristóteles, la igualdad jurídica se planteó en términos de desigualdades consideradas "naturales" que, según esa posición, derivaban de la "naturaleza de las cosas". Esto implicó que las mujeres hayan sido consideradas en inferioridad física y con debilidad de razonamiento. Cfr. Nicole Arnaud-Duc, *op. cit.*, p. 91.

<sup>64</sup> "Forzar, o robar muger virgen, o casada, o religiosa, o biuda que biua honestamente en su casa, es yerro, e maldad muy grande, por dos razones. La primera, porque la fuerza es fecha sobre personas que biuen honestamente, e a servicio de Dios, e a buena estanza del mundo. La segunda es, que fazen muy gran desonrra a los parientes de la muger forzada, e muy gran atreuimiento contra el Señor, forzandola en desprecio del Señor de la tierra do es fecho. Onde, pues que según derecho deuen ser escarmentados los que fazen fuerza en las cosas ajenas, mucho mas lo deuen ser lo que fuerzan las personas, e mayormente los que lo fazen contra aquellos que de suso diximos: e esta fuerza se puede fazer en dos maneras; la primera con armas; la segunda sin ellas". I., tit., *Part.*, en *Las Siete Partidas, del Sabio Rey D. Alonso el IX*, tomo IV.

<sup>65</sup> Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, p. 1.233.

<sup>66</sup> Escriche, *op. cit.*