

UN CASO DE SUPERVIVENCIA DEL DERECHO VISIGODO EN EL CHILE REPUBLICANO

ENRIQUE BRAHM GARCIA
Universidad Católica de Chile

El derecho visigodo pareciera ser algo casi sin relación con nuestra tradición jurídica. Por lo menos eso es lo que queda en la conciencia de muchos juristas. Baste al respecto una evidente constatación práctica: cualquier alumno de derecho o abogado que quiere hacer ver lo abstruso o poco práctico de los estudios de historia del derecho, hace inmediatamente referencia a alguna fuente legal visigótica. Los códigos de Eurico o Leovigildo, el Breviario de Alarico o el Liber Iudiciorum, son los textos más lejanos en el horizonte histórico de dichas personas, sinónimos de fósiles carentes de toda relación con el presente. Y esto aun cuando cronológicamente no sean tan antiguos como el derecho romano, que también estudian.

Da la impresión de que en Chile lo visigótico sólo habría tenido cabida en la forma pintoresca como lo recoge Nicolás Palacios en su *Raza chilena*¹, a quien sigue Encina en su *Historia de Chile*²; nos habría llegado a través de la sangre de los conquistadores que, mezclándose con la araucana, iba a dar forma a esa raza superior —“patriarcal”— que es la del roto chileno.

Es evidente que esta percepción común es falsa. Lo visigótico es algo mucho más cercano que lo que quiere creer el común de los chilenos.

En este artículo quisiéramos detenernos en un caso de pervivencia de lo visigodo tomado del ámbito jurídico. Mostrar cómo hasta bien entrado el siglo XIX en el Chile republicano seguían resolviéndose algunos casos penales de acuerdo a normas tomadas del derecho visigótico.

Tras su independencia, Chile deja de formar parte políticamente de la Corona castellana. El constitucionalismo sucede al absolutismo. Desde el punto de vista del derecho político se marca así una completa ruptura con España³.

Como bien se sabe, en los otros ámbitos del derecho no ocurre lo mismo. Al contrario, para no caer en un peligroso vacío legal, se acepta la vigencia continuada del derecho indiano y del castellano supletorio —en todo aquello que no estuviera siendo modificado por las leyes republicanas— de acuerdo al orden de prelación vigente al momento de producirse la emancipación⁴.

Dicho orden de prelación era aquel contenido por primera vez en la ley primera del título XXVIII del Ordenamiento de Alcalá de 1348 y reproducida luego en la primera de las Leyes de Toro de 1505, en la Nueva Recopilación de 1567 (II, 1,3) y en la Novísima Recopilación de 1805 (III, 2,3).

En dichas disposiciones se señalaba: “... establecemos y mandamos, que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron, salvo en aquello que Nos hallaremos que se deben enmendar y mejorar, y en lo al que son contra Dios y contra razón, y contra las leyes que en este nuestro libro se contienen: por las cuales mandamos, que se libren primeramente todos los pleitos civiles y criminales; y las contiendas que se no pudieren librar por las leyes deste nuestro libro, y por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leyes de las Siete Partidas...”⁵.

1 Primera edición 1904.

2 Cfr. vol I.

3 Cfr. BRAVO LIRA, Bernardino, *Historia de las Instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Santiago, 1986, pp. 106 ss.

4 Cfr. GUZMAN BRITO, Alejandro,

Andrés Bello codificador, Santiago, 1982, tomo I, pp. 79 ss., y EYZAGUIRRE, Jaime, *Historia del Derecho*, Santiago, 1978, p. 162.

5 Novísima Recopilación, Libro III, tít. II, ley 4^a. Citada según *Los Códigos españoles*, Madrid, 1850, tomo VII, p. 262.

Y más adelante se agregaba en la misma disposición —y seguimos citando la Novísima Recopilación— que en subsidio de las normas reales “mandamos, que se guarden las leyes de los fueros, así del Fuero de las Leyes, como las de los fueros municipales que cada ciudad o villa o lugar tuvieren, en lo que son o fueren usados y guardados en los dichos lugares, y no fueren contrarios a las dichas leyes de ordenamientos y premáticas...”⁶

Este orden de prelación (leyes, fueros, Partidas)⁷, contenido por última vez en la Novísima Recopilación, era el que seguía vigente en el Chile republicano antes de completarse el proceso recopilador⁸.

De él se desprende que los fueros municipales continuaban siendo derecho vigente. Entre dichos fueros se encontraba el Fuero Juzgo, traducción castellana oficial realizada en Castilla bajo el reinado de Fernando III (1217-1230-1252) de la versión vulgata del Liber Iudiciorum o Libro de los Jueces, la más importante obra del derecho legal visigodo⁹.

Es bien sabido que Fernando III utilizó el Fuero Juzgo como instrumento de unificación de los derechos locales, sobre todo cuando el eje demográfico y económico de la Corona castellano-leonesa tendió a desplazarse en dirección sur, tras la victoria de las Navas de Tolosa (1212). La versión romanceada del Liber fue concedida así como derecho municipal o local a una serie de ciudades, como Córdoba, Cartagena, Sevilla, etc.¹⁰.

El derecho visigótico pasó de esta forma a tener el carácter de fuero municipal, conservando su vigencia dentro del sistema normativo castellano junto al Fuero Real (o Fuero de las Leyes) y demás fueros municipales.

Desde un punto de vista puramente teórico, podemos entonces afirmar que el derecho visigótico tenía vigencia en el Chile republicano.

Corresponde ahora determinar si efectivamente se aplicó; si los tribunales chilenos recurrieron al Fuero Juzgo durante el siglo XIX para resolver algún tipo de contiendas. Para ello era evidentemente necesario que éstas versaran sobre alguna materia que no se encontrara regulada ni por las leyes chilenas ni por el derecho real —que tenían aplicación preferente— para que pudiera recurrirse a los fueros, y entre ellos al Juzgo.

La Corte Suprema entendía de alguna manera que esto se daba en el caso de los delitos de incendio.

El juez de Valparaíso señalaba en fallo de 28 de diciembre de 1855 lo siguiente:

“...ha resultado confeso i convicto el reo José Arias de ser él quien en la tarde del mismo día, por satisfacer una venganza vil con su concubina María Oyarzú a causa del disgusto tenido con ella y sus hijas en el lugar de la Viña del Mar, donde habían ido de paseo, se regresó en el tren de las tres de la tarde i dirigiéndose a la casa de aquellas, situada en la misma quebrada de San Francisco, forzó una de las puertas que se encontraban con llave e introduciéndose dentro, tomó una caja de fósforos con la que prendió fuego a los vestidos que ahí habían, escapándose en el acto para afuera, con dirección a la casa de Rudecindo Rojas donde pasó toda la noche embriagado con indolente calma. Los resultados del crimen confesado por Arias, han sido las pérdidas y desgracias de todo género experimentadas por muchas personas en sus intereses i existencias: por tanto i juzgando con arreglo a la lei 2ª tit. 13 part. 3ª, 5ª tit. 15 lib. 12 de la Nov. Recop., condeno al espresado José Arias a la pena ordinaria de muerte, la que se ejecutará en el lugar más prominente de la quebrada de San Francisco a tiro de fusil”¹¹.

Revisando la sentencia anterior, la Corte Suprema de Justicia —a la que llega en consulta el fallo de primera instancia— determinaba: “...teniendo además presente lo dispuesto en las leyes 1ª tit. 2º lib. 8º del Fuero Juzgo, i 11 tit. 5º lib. 48 del Fuero Real, se confirma la sentencia apelada de 28 de Diciembre del año próximo pasado, con declara-

⁶ Idem.

⁷ Cfr. TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1980, p. 243.

⁸ Cfr. EYZAGUIRRE, op. cit., p. 169.

⁹ Cfr. TOMAS Y VALIENTE, op. cit., pp. 104 ss. y 162.

¹⁰ Cfr. idem.

¹¹ *Gaceta de los Tribunales* de 12 de enero de 1856, p. 6410.

ción que queda expedita contra el reo José Arias la acción de daños a los que perdieron en el incendio”¹².

De las normas citadas en ambos fallos, sin duda la más precisa —y ello explica su agregación y cita en primer lugar por la Corte Suprema— es la contenida en el Fuero Juzgo.

En efecto, la citada ley 1ª del tít. 2º del Libro 8º señalaba: “Todo omne que encienda casa aiena en cibdat, o fuera, préndalo el juez, e fágalo quemar, e fagal fazer enmienda de la casa que quemó e del danno que y ovo de la buena daquel que la quemó”¹³. Y más adelante el mismo texto agregaba: “E quien enciende la casa fuera de cibdat, entregue todo quanto se perdió en la casa y el precio de la casa al sennor de la casa”¹⁴.

Como se ve, el tipo penal correspondía exactamente a la conducta descrita en el fallo de primera instancia; de ahí su cita preferente por la Corte Suprema y el que agregara —completando esa sentencia— la acción de perjuicios que el Fuero Juzgo contemplaba.

En cambio, la norma de la Novísima citada por el tribunal de primera instancia¹⁵ era mucho menos precisa. Se decía allí: “Ordenamos y mandamos, que ningún perlado, caballero o hijodalgo ni otra persona alguna, por ligas y confederaciones o enemistades que tengan, no sean osados de herir, prender o matar los obreros, labradores o vasallos, familiares o otras cualquier persona de otros Señores sus contrarios, so celos de enemistad o odio que con ellos tengan, ni les quemem las casas ni les hagan daño en otras heredades...”¹⁶. No contemplaba además la posibilidad de reclamar por los perjuicios derivados del incendio¹⁷.

Sin embargo, en sentencias posteriores¹⁸ se castiga a los incendiarios sólo de acuerdo a lo dispuesto en la norma de la Novísima Recopilación ya citada. La no referencia a los fueros Juzgo y Real puede deberse quizá a que en ninguno de estos últimos casos se pretendiera dejar abierta la acción de daños a que daban lugar las normas sobre incendio contenidas en dichos ordenamientos.

De todo lo anterior resulta por lo menos la evidencia de que la Corte Suprema de Justicia chilena, en una fecha tan avanzada como el año 1856, consideraba todavía vigente el Fuero Juzgo —y de hecho lo aplicaba—, aunque fuera en un caso muy específico¹⁹.

Se confirmaba así la vigencia del derecho visigodo, pues, ya se ha señalado, el Fuero Juzgo es una mera traducción de la versión vulgata del Liber Iudiciorum. La norma sobre

¹² Idem. Sentencia de 2 de enero de 1856.

¹³ *Los Códigos españoles*, Madrid, 1847, tomo I, p. 166.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Se trataba de una ley dada en Guadalajara por Juan I el año 1390.

¹⁶ *Los Códigos españoles*, Madrid, 1872, tomo X, p. 39.

¹⁷ Por su parte, la disposición del Fuero Real que se encontraba a la misma altura que el Juzgo en el orden de prelación, decía: “Todo home que a sabiéndas quemáre mieses ajenas, o pan en eras, o casas, o monte, quemem a el por ello, i peche todo el daño que ende viniere...” *Los Códigos españoles*, Madrid, 1847, tomo I, p. 407.

Otra disposición sobre incendios: L. 9, tít. 10, part. 7.

¹⁸ Cfr. *Gaceta de los Tribunales* de 9 de agosto de 1856, p. 6880; de 27 de diciembre de 1856, sent. 9.565, y de 1866, p. 403.

¹⁹ Otra referencia al Fuero Juzgo puede encontrarse en la sentencia Nº 9.566, contenida en la *Gaceta de los Tribunales* de 1856. Se seña-

laba allí por el tribunal de primera instancia (lo que era confirmado por la Corte Suprema): “Recibida la causa a prueba se ha justificado por parte de la D. que siempre fue una jóven recatada, honesta y virtuosa, pero no se ha probado que para el trato ilícito que hubo entre ella y Baeza mediasen alagos, promesas de casamiento o cualquiera otras que pudiesen hacer presumir la coacción moral de la ofendida, único caso en que el ofensor quedaría sujeto a las prescripciones de las leyes 1ª y 2ª del tít. 19 part. 7ª. En esta virtud y considerando las disposiciones de las leyes 8ª tít. 4º lib. 3º del Fuero Juzgo, 1ª tít. 14 part. 3ª i 22 tít. 34 part. 7ª, absuelto al precitado don Ignacio de la demanda de f. 2, sin perjuicio del derecho que corresponde a la precitada doña C.D. contra el indicado Baeza en favor de la prole que hubiese resultado de la unión en que vivieron”.

La norma del Fuero Juzgo citada es “antiqua” y dice: “Si la mujer libre faze adulterio con algún omne de su grado, el adulterador ágalala por mujer sis quisiere; e si non quisiere, tórnesse ella a su culpa, que fue fazer adulterio de su grado”.

incendio que hemos citado corresponde exactamente a la ley 1ª del tít. 20 del Libro 80 del Liber²⁰. Esta lleva el encabezado “antiqua”²¹, lo que significa que ha sido tomada del Código de Eurico. Pues el Liber, cuya primera versión es la de Recesvinto del año 654, no es un código creador de derecho, sino más bien compilador. Reúne la legislación de los reyes visigodos. De hecho, cada ley va precedida del nombre del monarca que la promulgó. Salvo aquellas que, como en el caso de la de incendio en que nos hemos centrado, dicen en cambio sólo “antiqua”, lo que indicaría su procedencia del Código de Leovigildo o Codex Revisus del año 586, que a su vez fue una revisión —de ahí su nombre— del Código de Eurico, que presumiblemente (según D’Ors) es del año 476²².

En conclusión, podemos afirmar con cierto grado de probabilidad que una norma elaborada en las Galias por el rey visigodo Eurico mientras se derrumbaba el Imperio romano de Occidente, era derecho vigente y se aplicaba en el Chile republicano en la segunda mitad del siglo XIX.

Después de todo —y pese a las subjetivas apreciaciones de los estudiantes de leyes—, el derecho visigodo no es algo tan lejano.

²⁰ Cfr. *Los Códigos españoles*, tomo I, op. cit., p. 56.

²¹ Los mismo que ocurría con la norma citada en nota 19.

²² Cfr. GARCIA-GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid,

1979, tomo I, pp. 342 ss.; FERNANDEZ ESPINAR, Ramón, *Las fuentes del derecho histórico español*, Madrid, 1985, pp. 158 ss.; PEREZ-PRENDES, José Manuel, *Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1983, vol. I, p. 434 ss.; TOMAS Y VALIENTE, op. cit., pp. 101 ss.