

**CONMEMORACIÓN**

## **Tres casos paradigmáticos del efecto reflejo de la codificación civil en la redacción del Código Penal chileno**

*Three paradigmatic cases of the reflex effect of civil codification  
in the drafting of the Chilean Penal Code*

**Claudia Castelletti Font** 

*Defensoría Penal Pública, Chile*

**RESUMEN** El plan codificador decimonónico diseñado en Chile por Manuel Montt y Andrés Bello en 1852 contempló la existencia de un «código general» que debía ser coherente con el resto de los textos y así obtener el ideal de unidad jurídica y falta de contradicciones internas que pretendía el *iusracionalismo*. De ahí que existe una íntima relación entre el Código Civil de 1855 y el Código Penal de 1874 que ha sido ignorada por historiadores del derecho y penalistas. Esta relación se observa tanto en los efectos de la regulación civil, en la sistemática utilizada en el Código Penal, como en el uso de palabras técnicas del derecho civil que se trasladaron al criminal, y en el llamado del codificador civil a regular como delitos ciertas infracciones civiles. Este análisis, centrado en el estudio del aborto, las estafas y las defraudaciones, combina los análisis historiográficos con la dogmática penal actual y permite contribuir a la solución de discusiones que siguen vigentes, a pesar de haber transcurrido ciento cincuenta años desde la promulgación del Código Penal chileno en un contexto histórico en que muchas de las figuras del efecto reflejo de la codificación civil en la penal son más patentes, las que además se discuten por encontrarnos en un contexto de cambio social y político diverso a la segunda mitad del siglo XIX.

**PALABRAS CLAVE** Codificación penal, sistemática penal, historia de la codificación chilena, aborto, fraude.

**ABSTRACT** The nineteenth-century codifying plan designed in Chile by Manuel Montt and Andrés Bello in 1852 contemplated the existence of a «general code» that had to be coherent with the rest of the texts and thus obtain the ideal of legal unity and lack of internal contradictions of the *iusrationalism*. Hence, legal historians and criminal experts ignored the intimate relationship between the Civil Code of 1855 and the Penal

Code of 1874. This relationship is observed both in the effects of civil regulation in the system used in the Penal Code and in the use of technical words from civil law that were transferred to criminal law, as well as in the call of the civil codes to regulate certain infractions as crimes. This analysis, focused on the analysis of abortion and fraudulent behavior, combines historiographic analyzes with current criminal dogmatics, which allows us to contribute to the solution of discussions that remain in force despite 150 years having passed since the promulgation of the Chilean Penal Code, in a historical context in which many of the figures in which the reflection effect of the civil codification on the criminal one is more evident and is discussed, because we are in a context of social and political change different from the second half of the XIX century.

**KEYWORDS** Criminal codification, criminal systematics, history of Chilean codification, abortion, fraud.

## Introducción

Durante la segunda mitad del siglo XIX existió un «Plan Codificador» (Barrientos Grandon, 2016: 57-64) iniciado en el gobierno de Manuel Bulnes, a través del ministro Salvador Sanfuentes en 1849, pero claramente delimitado en la presidencia de Manuel Montt y explicitado en un proyecto de ley del 14 de septiembre de 1852 (Guzmán Brito, 1982: 327). Este plan buscaba, en primer lugar, iniciar el trabajo por el denominado «código general» encargado a Andrés Bello y que, a la fecha, contaba con cuatro proyectos parciales ya publicados y discutidos por expertos y legisladores, y con una propuesta completa concluida en octubre de 1852. Y, en segundo lugar, buscaba establecer cuáles serían los códigos que Chile debía redactar, pues luego de concluir el código general, debían dictarse una serie de otros códigos sustantivos, y luego adjetivos, que eran considerados *códigos especiales* respecto del Civil. En efecto, el ministro Sanfuentes dio, en 1849, un discurso ante el Congreso, en el que manifestó el avance del plan: «La redacción del Código civil se concluirá i alcanzará a presentarse sin duda al Congreso en el presente periodo lejislativo [...]. Mas por lo que toca a la reforma del código penal, como también a la del de Comercio, creo que con el método adoptado hasta la fecha, se llegara mui difícilmente a darles el deseado impulso», y agregaba que «obras de esta naturaleza, que demandan una contracción tan asidua, tan largas i constantes meditaciones, no puedan emprenderse por individuos que se ven en la necesidad de consagrarse la mayor parte de su tiempo a los negocios de que reportan su subsistencia» (Sanfuentes, 1849: 2-4).

El Código Penal, entonces, se consideró como uno de aquellos que debían concluirse una vez finalizado el Civil, tal como lo indicó Montt (1858: 5): «El proyecto de código civil será pronto un objeto a que llamaré vuestra atención, así como solicitaré vuestra cooperación para facilitar la reforma del código penal i de procedimientos».

Estos distintos *códigos especiales*<sup>1</sup> debían mantener unidad y homogeneidad con el *general*, para lo cual se ideó que su redacción estuviese a cargo de una persona en particular, pero que su revisión quedase a cargo de una comisión de miembros designados en su calidad de redactores de los códigos especiales, y así evitar una intervención mayor del Congreso en su aprobación que les quitara, justamente, la unidad buscada. La idea de que sus integrantes fueran también los encargados de la formación de los demás códigos permitía cumplir con el objetivo de dar unidad y homogeneidad a la diversidad de códigos que debían crearse en nuestro país (Barrientos Grandon, 2015: 95-109).

De ahí que el estudio del proyecto de Código Civil de 1853 se hizo en el seno de una Comisión Revisora, creada por Decreto de 26 de octubre de 1852, integrada por Bello además de, entre otros, Antonio García Reyes (1817-1855), a quien a esa fecha se le había encomendado la redacción del Código Penal,<sup>2</sup> y don Gabriel Ocampo Herrera (1798-1882), a quien se le había confiado recientemente el proyecto de Código de Comercio y que se integró el 24 de junio de 1853 (Barrientos Grandon, 2015: 109-114; Amunátegui Reyes, 1885: 127).

Esta idea de que los comisionados encargados de revisar los distintos proyectos de códigos fuesen expertos en otras materias y pudieran mantener la unidad y homogeneidad con el *general*, se observa en el proceso de revisión del proyecto de Código Penal, revisado entre 1870 y 1873 por una comisión designada por José Joaquín Pérez (Rivacoba, 1974: 247-561), integrada, entre otros, por connotados civilistas como José Clemente Fabres (1826-1908), académico de la Universidad Católica, y Alejandro Reyes Cotapos (1825-1884), quien previamente había participado en la revisión del Código de Comercio.

Esta coordinación y unidad se puede ver desde distintas ópticas, pues son distintas las disposiciones del *código general* que hacen mención a delitos y castigos criminales de forma previa a la dictación del Código Penal. En efecto, la pregunta que nace, entonces, es: ¿Cómo ese referimiento a materias que, de acuerdo con el Código Civil, debían ser tratadas en el Código Penal se materializó? Con este planteamiento podemos dar respuesta a debates que hasta el día de hoy subsisten sin que haya un tratamiento dogmático completo y suficiente. La pregunta debe ser analizada desde distintos puntos de vista: por un lado, los efectos de la regulación civil en la sistemática del Código Penal; por otro, la utilización de palabras técnicas del Código Civil que

---

1. En estricto rigor, el Código Penal no es «especial» ni «subsidiario» en el sentido de los artículos 4 y 13 del Código Civil, pero sí lo era en la época codificadora que buscaba una homogeneidad en base a una pluralidad de códigos. Véase Barrientos Grandon (2016: 62).

2. Fue designado el 26 de octubre de 1852, pero no desempeñó el cometido, de manera que con posterioridad, en 1856, se designó a Manuel Carvallo, quien sí redactó el proyecto. Véase Jimenez Asúa (1950: 1165-1182).

traspasan el Código Penal y que completan su sentido; y, finalmente, la integración y unificación desde el contenido de distintos tipos penales que el Código Civil indicaba debían ser contenidos en el Criminal. Usaremos para este análisis los Códigos Civil y Penal en sus primeras ediciones, pues los constantes cambios legislativos deben ser examinados desde la dogmática actual y no desde el punto de vista histórico, que es el de este artículo.

### **Los efectos de la codificación civil en la sistemática del Código Penal**

Distintas son las críticas sobre la ubicación sistemática de ciertos delitos en el Código Penal, pero al estudiar la codificación con criterios de unidad o coherencia jurídica se pueden comprender ciertas operaciones codificadoras (Brito, 1982: 432 y ss.), en sede de ordenación de las materias. Una de las instituciones en que ha existido controversia sobre su ubicación y, consecuentemente, del bien jurídico que protege, es el delito de aborto voluntario, usualmente tratado por la dogmática penal como un delito contra la vida dependiente,<sup>3</sup> aunque se encuentra ubicado, hasta el día de hoy, en el Título 7 del Libro II del Código Penal, cuyo epígrafe es «Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública».

El Código Penal se apartó en esta materia de la tradición castellano-indiana, pues en las Partidas el delito de aborto se ubicaba dentro del Título 8 de la Séptima Partida titulada «De los homicidios», pero también se apartó de los códigos modernos que se tuvieron a la vista en la Comisión Redactora, especialmente del Código Penal español de 1848, que ubica el aborto en el Título IX del Libro II denominado «Delitos contra las personas», y en el capítulo III, a continuación del capítulo sobre el infanticidio, que a su vez seguía al del homicidio. De hecho, llama la atención el que, habiéndose seguido la redacción de manera casi literal de ese Código en cuanto a la descripción típica, fue ubicado finalmente en un lugar distinto.

De la misma forma, tampoco se seguía a los códigos penales franceses de 1791 y 1810, pues en ambos casos, aunque con diferencias en lo que se castigaba, el aborto se ubicaba entre los delitos contra las personas, pues, aunque en el de 1810 estaba dentro de la sección II, junto con las «heridas y golpes» y los delitos no voluntarios, y no en la sección I de los homicidios, como en el de 1791, seguía siendo un delito contra las personas. De hecho, en el proyecto de Código Criminal portugués de Melo Freire, el aborto se encontraba en el Título XXXI, denominado «Del homicidio calificado».

Entonces, si se siguió expresamente el texto del Código Penal español y no su ubicación sistemática, es que se trató de una decisión deliberada. De hecho, al revisar las

---

3. Solo a modo ejemplar, véase Matus Acuña y Ramírez Guzmán (2021: 92-94), Bullemore y MacKinnon (2007: 40-41), y Etcheberry (2002: 343-348).

actas de la Comisión Revisora, no solo no hubo reparo alguno a su ubicación,<sup>4</sup> sino que al discutir el articulado hubo referencias frecuentes a este para tomar decisiones de redacción, especialmente para apartarse de sus disposiciones, como en el caso de eliminar la sanción al droguista que vendía un abortivo sin receta, por considerar que podía llegar a sancionar a personas que de buena fe expendían sustancias que también podían servir para otros fines.<sup>5</sup>

El delito de aborto en el Código Penal chileno se ubicó entre los delitos contra el «orden de las familias», lo que coincide con la lógica decimonónica de la codificación civil, dado que en la concepción de Bello la familia era una relación de servicio incondicionado entre individuos de la especie humana, por lo que en el artículo 815 del Código Civil se recoge un concepto de familia que no es sinónimo de parentesco, y en la que un *paterfamilias* varón, jefe de una hacienda o unidad productiva, más su mujer unida por matrimonio, sus hijos y criados, eran quienes tenían roles predefinidos y una estructura jerárquica (Corrales Castillo, 2015), siendo el rol de las mujeres procrear futuros integrantes, ya fueren hijos de familia cuando se trataba de la mujer legítima o de nuevos «criados» en el caso de hijos ilegítimos, que quedarían bajo custodia del propio padre de familia (Montecino, 2014).

Por otra parte, la palabra «orden» en el Código Civil, usada en una serie de instituciones, como en la sucesión intestada, la prelación de créditos o la de hipotecas, siempre refiere a una preferencia, preeminencia o jerarquía,<sup>6</sup> lo que en materia de la regulación del estado de las personas se manifestaba en una serie de potestades del *paterfamilias*, que en el caso de la potestad marital significaba el deber de obediencia de la mujer al marido (artículo 131 inciso 2 del Código Civil) y la patria potestad que imponía a los hijos —hijas, en este caso— al respeto y obediencia (artículo 219).

Esta concepción de orden, entonces, tenía otra consecuencia: la diferente definición y sanción del adulterio, que también se hallaba entre los delitos contra el «orden de las familias», para hombres y mujeres, por cuanto a la mujer casada se la castigaba por el solo hecho de «yacer con varón que no era su marido» (artículo 375 inciso 2 del Código Penal), delito que solo podía iniciarse previa querella del marido (artículo 376), mientras que para el marido solo se le culpaba si este «yacer» se acompañaba de «amancebamiento» (artículo 381). Lo que se castigaba, entonces, no era la muerte del *nasciturus*,<sup>7</sup> sino la decisión de la mujer contraria a los intereses de la potestad del jefe de familia, de ahí que existiera una rebaja de condena para la mujer que cometiera el

4. Comisión Revisora del Proyecto de Código Penal, sesión 66.

5. Comisión Revisora del Proyecto de Código Penal, sesión 159.

6. Usamos la cuarta acepción del *Diccionario panhispánico del español jurídico*.

7. La Constitución de 1833 no protegía el derecho a la vida en el artículo 12 y la protección del *nasciturus* no tenía rango constitucional, pues solo estaba regulada en rango legal en el Código Civil («La ley protegerá al que está por nacer»).

aborts para ocultar su deshonra, que no era la propia, si no la del *paterfamilias* a la que estaba sometida.<sup>8</sup>

Es más, aunque las legislaciones comparadas distancian el homicidio del aborto al usar verbos rectores distintos, pues para el homicidio es «matar» mientras que en el aborto es «causar» o «procurar» un aborto,<sup>9</sup> con la excepción del Proyecto de Melo Freire que habla de «hacer perecer el feto», lo que se acerca al homicidio, el Código Penal chileno sigue la corriente principal al no definir la acción delictiva de la misma forma que en el homicidio. Entonces, con la separación del Código chileno de los que fueron sus antecedentes en materia de ubicación sistemática y con la descripción de la acción sancionada, es que podemos afirmar que, contrariamente a la doctrina predominante,<sup>10</sup> el aborto en Chile no es un delito contra la vida, sino un delito contra el orden de las familias.<sup>11</sup>

### **El uso de palabras técnicas del derecho civil en el Código Penal chileno, sus efectos interpretativos y las remisiones del Código Civil al Penal**

Respecto del uso de palabras técnicas del derecho civil que se usaron para describir tipos penales, el caso más emblemático es la relación del mandato con la estafa. Sabido es que el mandato es de aquellos contratos que, desde la tradición romana, se consideran *ex bona fide*, esto es, que las obligaciones que emanan de él provienen de la buena fe contractual, pues de hecho en el artículo 2116 se le define con el verbo

---

8. La deshonra que significaba para el *paterfamilias* la existencia de hijos no concebidos en un matrimonio verdadero de sus padres la dejó plasmada Bello en la nota al numeral 4 del artículo 1343 del Proyecto de Código Civil de 1853, a propósito de la legitimidad del hijo natural: «En la sucesión intestada, ¡qué de consecuencias horribles! El honor de la madre, el de una familia entera, la moral i la decencia pública necesariamente comprometidos por la prole ilegitima que no puede poner en claro sus derechos sin sacar a luz las vergonzosas flaquezas de una conexión clandestina». Esta declaración la hace Bello de forma personal, que sufría esta «deshonra» al criar a su nieta natural Elvira Bello Cortés, hija de Carlos Bello y Boyland, quien la reconoció testamentariamente en dicha calidad en 1854, muy pocos días antes de morir. Véase Castelletti Font (2022: 472 y 473).

9. Nótese que tampoco se describe lo que se entiende por tal, sin embargo, como lo atestiguaba Escriche en su *Diccionario*: en el siglo XIX se le definía como «la expulsión provocada y premeditada del producto de la concepción, antes del término natural de la preñez». Véase Escriche (1874-1876: 112).

10. Entendemos legítimo que la dogmática contemporánea reubique los delitos conforme a concepciones actuales de bienes jurídicos protegidos, y que critique la existencia de delitos contra «el orden de las familias»; sin embargo, un análisis desde una perspectiva histórica ubica mejor lo que el legislador pretendía sancionar y desapasiona la discusión sobre una aparente colisión de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con el derecho a la vida. Véase, aunque a propósito del delito de abandono de niños y personas desvalidas, Rojas Aguirre (2019: 299 y 300).

11. En este sentido, no sería un delito que afecte el «derecho a la vida» constitucionalmente reconocido para las personas y que para el no nato solo se reconoce a nivel legal (pues es la ley y no la Constitución la que lo protege), sino un delito en contra de la familia «como núcleo fundamental de la sociedad».

«confiar» negocios a otro, lo que etimológicamente implica una ejecución «con fe». ¿Qué es, entonces, la actitud contraria a la buena fe en el mandato? El fraude es contrario a la buena fe, conforme lo dispone el artículo 706, pues esta es la conciencia de haber adquirido por medios legítimos, exentos de fraude y de todo vicio. Distintas disposiciones del Código Civil, al regular a quienes administran patrimonios ajenos, refieren a la «administración fraudulenta», como en el caso del marido respecto de los bienes propios de la mujer o los de la sociedad conyugal (artículos 155 y 171), el tutor o curador respecto de su pupilo (artículos 497, numeral 12, y 533 y 539) o el representante de una persona jurídica (artículo 555).

La relación de antinomia entre buena fe y fraude es antigua, pues ya aparece en un fragmento de Gayo, en el Libro 3 de su *Comentario al edicto provincial* recogido en el Digesto 3.3.34: «Si quis in rem suam procuratorio nomine agit, veluti emptor hereditatis: an beat invicem venditorem defendere? et placet, si bona fide et non in fraudem eorum qui invicem agere vellent gestum sit negotium, non oportere eum invicem defendere»<sup>12</sup> (la cursiva es propia), en donde se destaca que la dicotomía es actuar de buena fe o en fraude de aquellos que recíprocamente quisieran demandar. Por otro lado, la mencionada ley del Digesto fue ubicada por Justiniano en el título «De procuratoribus et defensoribus» y que Gayo lo situó en el Libro III «De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus» (Lenel, 1889: 192 y 193), es decir, en ambos casos se trata de una contradicción de conceptos que se da —justamente— en el mandato.

La dogmática penal no se ha detenido en este punto, pues pone el acento en el engaño y los demás requisitos típicos, y no en el verbo rector «defraudar»,<sup>13</sup> lo que seguramente se debe a la multiplicidad de casos sancionados en sede de defraudaciones, estafas y engaños. Incluso aquellos que definen «defraudar» no remiten directamente a la contradicción entre contratos y su ejecución de buena fe y fraude. Bullemore y MacKinnon (2007: 72) indican que, en atención a que fraude es «el medio o modo de obrar engañoso o abusivo de confianza de que se vale una persona para obtener un resultado típico», es que defraudar consiste en «perjudicar patrimonialmente a otro, mediante engaño o incumplimiento voluntario de obligaciones jurídicas», no considerando que no todas las «obligaciones jurídicas» podrían nacer de un contrato en que su naturaleza implique «confiar» en otro, o cuyo cumplimiento deba realizarse de buena fe, como podrían ser las obligaciones legales o las que nacen de un cuasicontrato.

12. Que puede traducirse de la siguiente forma: «Si quien ejerce una acción como procurador en cosa propia, por ejemplo, el comprador de la herencia: ¿deberá defender a su vez al vendedor? Y si resulta que el negocio se hizo de buena fe y no en fraude de quienes recíprocamente gestionaron el negocio, no hay obligación jurídica de defenderlo a cambio».

13. Solo a modo ejemplar, véase Matus Acuña y Ramírez Guzmán (2021: 615-619) y la bibliografía ahí citada.

En distintas disposiciones —no solo en el epígrafe— del § VIII del Libro II del Código Penal, «Estafas y otras defraudaciones», se recurre a la palabra «defraudar» para describir la acción sancionada. Así, por ejemplo, en los artículos 467, 468, 469 en todos sus numerales y 470 numeral 4 y 5. De la misma manera, en el artículo 470 numeral 1, que sanciona un tipo especial de engaño: la apropiación indebida, que refiere a la apropiación o distracción de dineros o documentos recibidos, entre otros, en «administración»; esto es, en mandato, contraviniendo a las reglas de los artículos 2145, 2147, 2153, 2156 y 2157 del Código Civil. Se trata, entonces, de instituciones que deben ser entendidas desde una misma óptica para efectos de comprender la acción sancionada.

Es más, el codificador civil tenía intención de que ciertas conductas fraudulentas contrarias a la buena fe fueran sancionadas en el futuro Código Penal, de manera que es posible afirmar que, aunque fuese incipiente, a la fecha de redacción del Código Penal existía un consenso en cuanto a que ciertas materias relacionadas con la administración de bienes, patrimonios o intereses ajenos debían tener un castigo criminal, y para ello existía un mandato desde el Código Civil de tipificarlas,<sup>14</sup> pues se utiliza la nomenclatura de «administración fraudulenta».<sup>15</sup> Es más, podemos trazar esa orden en el código general a través de frases tales como: «quedarán, además, sujetos criminalmente a las penas que por el delito correspondan», «además de estar sujeto a las penas legales que correspondan al delito», «quedará también sujeto a la acción criminal correspondiente», «será asimismo perseguido criminalmente por los delitos que haya cometido», u otras semejantes.

Más allá de la excusa legal absolución del artículo 489 del Código Penal para perseguir criminalmente las estafas u otros delitos cometidos entre parientes, un ejemplo del cumplimiento del plan del codificador civil de sancionar criminalmente las conductas de administración fraudulentas cometidas por quienes administran patrimonios ajenos puede verse en el Código Civil en el artículo 544: «El tutor o curador removido<sup>16</sup> deberá indemnizar cumplidamente al pupilo. Será asimismo perseguido

14. No es de extrañar que Bello regulara materias penales en el Código Civil, pues escribió sobre este tema en varias oportunidades, tal como lo ha notado Guzmán Brito (2009: 109). De hecho, en la biblioteca personal de este último constaban distintos ejemplares sobre derecho penal, como una primera edición de *Dei Delitti e delle penne* de Beccaria (1764), o la segunda edición del *Discurso sobre las penas, contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma* de Manuel Lardizábal y Uribe (1828). El catálogo de los libros de Bello puede verse en Velleman (1995).

15. Como en los artículos 155 y 171 a propósito de la «administración fraudulenta del marido», o en el artículo 497 numeral 12 en relación con el 533 y 539 numeral 2 sobre la incapacidad para ser tutor de quien ha sido removido de una guarda anterior por fraude.

16. Recordemos que una de las causales de remoción de los guardadores es por «fraude», conforme lo dispone el artículo 539 numeral 2 del Código Civil.

criminalmente por los delitos que haya cometido en el ejercicio de su cargo»; y en el Código Penal, artículo 240:

El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier, clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con [...]. Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, participación o administración interviniéren, y a los guardadores y albaceas tenedores de bienes respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarías.

Ahora bien, el mandato del codificador civil al penal de sancionar penalmente ciertas conductas no se limitaba a la administración de bienes, patrimonios o intereses ajenos, pues existen otros casos en que el Código Civil lo dispone. Ello se cumplió en el Código Penal, como en las asociaciones ilícitas, reguladas en el *código general* como sociedades nulas por la ilicitud de su objeto, o el uso de armas en el despojo de la posesión, que el documento denominó como usurpación violenta. Como ejemplos, por una parte, en el Código Civil, en su artículo 2057 inciso 2, se dispone: «Esta disposición no se aplicará a las sociedades que son nulas por lo ilícito de la causa u objeto, las cuales se rejirán por el Código criminal», que el Código Penal rectifica en su artículo 292: «Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse».

Por otro lado, el Código Civil, en su artículo 929 (acciones posesorias), establece que: «Los actos de violencia cometidos con armas o sin ellas, serán además castigados con las penas que por el Código criminal correspondan», que el Código Penal rectifica en dos instancias, en el artículo 457: «Al que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real que otro poseyere o tuviere legítimamente, y al que, hecha la ocupación en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, vuelto éste le repeliere, además de las penas en que incurra por la violencia que causare, se le aplicará una multa de ciento a mil pesos»; y en el artículo 458: «Cuando, en los casos del inciso primero del artículo anterior, el hecho se lleve a efecto sin violencia en las personas, la pena será multa do ciento a quinientos pesos».

En definitiva, un estudio acerca del uso de palabras técnicas del derecho civil en el Código Penal puede ayudarnos a comprender con mayor precisión el real sentido y alcance de las palabras con las que se describen tipos penales, como también a darnos cuenta de que el proceso codificador en Chile no puede ser analizado parcialmente, sino como un conjunto de relaciones teóricas entrelazadas, con determinados efectos reflejos entre todos los textos.

## **Las reglas del Código Civil como límites a la tipificación de conductas en la discusión de la Comisión Revisora del proyecto de Código Penal**

Un asunto no destacado lo suficiente en la historiografía penal es la importancia que tuvo la regulación civil en la configuración original de los delitos de estafas en el Código Penal y la influencia de los civilistas en su texto. Aunque la dogmática ha destacado el carácter subsidiario del derecho penal, por el cual solo estaría permitido castigar criminalmente cuando el bien jurídico no ha podido ser protegido por medios menos gravosos (Bustos Ramírez, 1989: 44), poco se ha escrito sobre cómo este principio se recogió por los comisionados encargados de revisar el proyecto de Código Penal, ni cómo la regulación del Código Civil habría influido en la toma de decisiones.

Si bien el Código Civil precedió al Penal en su redacción, ambos fueron redactados en una época en que la cultura jurídica estaba en tránsito desde el antiguo régimen al modelo liberal planteado por la codificación. Esta cultura de tránsito se puede ver, también, en los abogados que participaron en la redacción y revisión del proyecto, quienes estudiaron derecho bajo el imperio universitario del régimen del derecho patrio romano-castellano-indiano y no bajo la vigencia de códigos decimónicos. De ahí que muchas instituciones jurídicas civiles que influían en lo penal se analizaran bajo la óptica de instituciones derogadas en el Código Civil.

Un claro ejemplo de ello es lo ocurrido en la Comisión Revisora, a propósito de una propuesta de Reyes Cotapos de incluir como estafa los casos de menores de edad que, abusando del privilegio que la ley les concedía, perjudicaban a las personas con quienes habían celebrado contratos, rehusando su cumplimiento.<sup>17</sup> Lo que primero llama la atención es que, desde la entrada en vigencia del Código Civil, el privilegio al que hacía mención Reyes Cotapos, la *restitutio in integrum*,<sup>18</sup> fue derogada por el artículo 1686<sup>19</sup> que sujetaba los actos de las personas menores de 25 años al régimen general de la nulidad y sus efectos y, de hecho, en el artículo 11 de la Ley sobre efecto

---

17. Véase Comisión Revisora del Proyecto de Código Penal, sesión 100.

18. La *restitutio in integrum* es un instituto jurídico de tradición romana por el cual se prescinde de los efectos de un acto perfectamente válido para el derecho civil, restituyendo las cosas al estado anterior de haberse celebrado el acto respectivo (Guzmán Brito, 1996: 200-206). La *restitutio in integrum* pasó al derecho castellano a través de las *Partidas* y de ahí al derecho indiano (Dougnac Rodríguez, 2003: 419 y 420).

19. Su texto señalaba: «Los actos y contratos de los incapaces en que no se ha faltado a las formalidades y requisitos necesarios, no podrán declararse nulos ni rescindirse, sino por las causas en que gozarán de este beneficio las personas que administran libremente sus bienes. El Fisco, las municipalidades, las Iglesias, las comunidades religiosas, y los establecimientos públicos de educación y beneficencia, son asimilados en cuanto a la nulidad de sus actos o contratos a las personas que están bajo tutela o curaduría».

retroactivo de las leyes se explicitó que dicho privilegio no se podía invocar ni transmitir bajo una ley posterior que lo hubiese abolido, como era el caso. Podría tratarse de una consideración de los comisionados respecto a la regla del artículo 1688 para el caso de haberse declarado nulo un contrato celebrado con un incapaz por no cumplir con los requisitos legales, pero no es un privilegio, sino una protección al incapaz, y correlativamente es una sanción al contratante capaz que incumple la ley.<sup>20</sup>

En todo caso, lo que sí resulta relevante para la discusión de los límites impuestos al delito de estafa por aplicación de reglas civiles, es que ante esta propuesta los comisionados Fabres y Gandarillas se opusieron en atención a que: «no hay dolo en el caso propuesto, y que si la ley civil no da valor alguno a esos contratos y ampara a esos menores, concediéndoles una prerrogativa especial que todos tienen el deber de conocer, no es posible considerar como delito lo que la ley autoriza y manda cumplir»,<sup>21</sup> por lo que se desecharon la propuesta.

Aunque no se dijese expresamente, lo que se rechazó en la Comisión Revisora fue tipificar como delito aquello que tenía una solución civil, pues si se había contratado con un menor de 25 años con los requisitos legales, el contrato era válido, y si el menor se rehusaba a cumplirlo, debían seguirse las reglas generales civiles para forzar su ejecución; y en caso de haberse celebrado el contrato sin cumplir con los requisitos legales, el contrato podía ser declarado nulo y, dada esa nulidad, también había que estarse a lo previsto en la ley civil, esto es, al artículo 1688.

Otro caso en que las reglas civiles fueron determinantes para la decisión de no tipificar determinadas conductas que tenían protección en sede civil, fue el caso del artículo 471 que establecía una serie de defraudaciones, dentro de las cuales el anteproyecto tipificaba dos conductas —venta de cosa ajena y el de disponer como libre un bien gravado—, las que fueron suprimidas por los comisionados. La razón consignada en las actas de las sesiones fue que estas conductas tenían regulaciones civiles y, por ende, no era necesario intervenir criminalmente: «se acordó suprimir los dos primeros casos que contenía, el de venta de cosa ajena y el de disponer como libre de un bien gravado, no considerándose delito lo primero desde que ni aún es reputado nulo por la ley, ni tampoco lo segundo, que sólo puede dar motivo para una acción de perjuicios pero no para una pena».<sup>22</sup>

Respecto de la venta de cosa ajena, es sabido que el artículo 1815 la declara válida, pues Bello siguió la tradición romano-castellana;<sup>23</sup> no obstante las acciones de dominio o recuperatorias de la posesión que pueda intentar el dueño contra el comprador,

20. Respecto a la historia de este artículo, su extensión y la abolición de la *restitutio in integrum*, véase Barrientos Grandón (2016: 674-684).

21. Véase Comisión Revisora del Proyecto de Código Penal, sesión 100.

22. Véase Comisión Revisora del Proyecto de Código Penal, sesión 100.

23. Bello registró como fuente de dicha disposición la *Partida 5.5.19*.

de la obligación de saneamiento por evicción del vendedor, y de los efectos previstos en el artículo 1847 en caso de que el comprador perdiera la posesión pacífica y tranquila de la cosa a causa de la acción intentada por el dueño.

Para el caso de la disposición de cosas gravadas como si estuvieran libres, es muy claro lo previsto respecto de la prenda en el artículo 2404,<sup>24</sup> en cuanto si el deudor vendía la cosa empeñada, el comprador tenía derecho para pedir al acreedor su entrega, pagando o consignando el importe de la deuda. Respecto de la hipoteca, es el artículo 2415 el que establece que el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos. En consecuencia, el Código Civil se usó para no tipificar conductas que contaban con reglas civiles para dar solución a los conflictos surgidos o su incumplimiento.

Por otro lado, las disposiciones del Código Civil no solo sirvieron para no tipificar penalmente conductas, sino también para limitar conductas que se mantuvieron, pero restringidas a ciertas categorías civiles. Un ejemplo es lo ocurrido con el numeral 6 del artículo 470 del Código Penal, que en su redacción original se extendía a todo tipo de contratos y que la Comisión Revisora decidió restringir a los contratos aleatorios. La constancia de actas fue la siguiente:

Extendiendo sus disposiciones a toda especie de contratos, se obligaría a los contratantes a revelar los antecedentes de sus negociaciones, lo que es contrario a la práctica constante y destituido de toda razón legal. Se acordó limitarlo a los contratos aleatorios, únicos en que puede haber fraude por el conocimiento anticipado o la ocultación de los antecedentes en que el contrato se apoya.<sup>25</sup>

Finalmente, en otros casos, lo que muestra la historia de la redacción del Código Penal es que, a través de las descripciones penales, no se podía modificar tácitamente el Código Civil. Un caso paradigmático fue la discusión surgida a raíz del delito de apropiación indebida del artículo 470 numeral 1, en relación al contrato de depósito y la obligación de hacer constar por escrito los contratos que contuviesen la obligación de entregar una cosa y que superaran cierto monto del artículo 1709 inciso 1.<sup>26</sup> En el caso del depósito, implicaba que de no constar por escrito, sería creído el depositario respecto al hecho del depósito, la cosa depositada o la restitución, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 2217.<sup>27</sup> José Clemente Fabres observó que la redacción del artículo en el anteproyecto no consideraba que se «burlaría» la disposición civil si se permitiera ejercer la acción penal, y por esta vía «justificarse la existencia de un de-

24. Véase *Partida 5.13.22*.

25. Véase Comisión Revisora del Proyecto de Código Penal, sesión 100.

26. Cuya fuente es el artículo 1342 del Código Civil francés.

27. Las fuentes declaradas por Bello para este artículo fueron los artículos 1924, 1925 y 1926 del Código Civil francés.

pósito [...] aún en los casos en que la ley civil prohíbe toda investigación».<sup>28</sup> Fue por esa razón que se agregó el inciso 2 del mencionado numeral 1, con una redacción, en parte, propuesta por Fabres y Gendarillas.

En definitiva, esta tipología de casos nos muestra que el plan codificador decimonónico consideraba al Código Civil con un carácter *general*, que le permitía influir en las distintas ramas de los *códigos especiales*, lo que fue respetado en el proceso de redacción del Código Penal y se manifiesta, hasta hoy, en distintas disposiciones, especialmente en materia de estafas y defraudaciones.

## Conclusiones

Este artículo muestra que en Chile existió un plan codificador que buscó la unidad en la diferencia entre todas las ramas del derecho, en el que coexistía un *código general* con distintos *códigos especiales* sin que existieran contradicciones entre ellos, para lo cual se creó un mecanismo de redacción que las evitara y generara vasos comunicantes entre ellos. De ahí que muchas instituciones del derecho civil se reflejen en las del Código Penal y que, a partir de ese análisis en conjunto, se pueda hacer un análisis sistemático e interpretativo.

A través de ejemplos normativos y el análisis histórico jurídico de las disposiciones se demuestra que existió una influencia desde la codificación civil en la penal, no solo en la sistemática de sus disposiciones y que la apartaba de sus modelos europeos, sino también que es posible interpretar con mayor precisión algunas de sus palabras usadas para describir tipos penales, al encontrar en el texto civil mandatos de tipificación. Finalmente, este tipo de estudios permiten visibilizar que las disposiciones civiles fueron determinantes a la hora de describir las conductas que serían penadas.

---

28. Véase Comisión Revisora del Proyecto de Código Penal, sesión 100. La obligación de hacer constar por escrito los contratos que superen cierta suma conforme al artículo 1709, se extiende no solo al depósito, sino también al resto de las obligaciones de entregar una cosa que supere cierto valor, por lo que no se entiende la restricción limitada al depósito y no al resto de los «otros títulos» que se expresan en la frase final del numeral 1 del artículo 470, pues en estos otros casos, aunque no exista regla civil sobre la carga de la prueba en cuanto a la existencia del contrato o su cumplimiento, como ocurre en el depósito, si aplicáramos la sanción a la falta de escrituración contenida en el artículo 1709, significaría que no podría probarse por testigos ningún delito cometido en que uno de sus elementos fuese un contrato civil que implicara la entrega o promesa de una cosa, como en el caso del comodatario que no restituyese la cosa entregada, no podría usarse la prueba testimonial en un juicio penal, pues por aplicación del principio de especialidad no hay limitación fuera del ámbito civil. En todo caso, no consta en las actas la razón de por qué solo refirieron al depósito.

## Referencias

- AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis (1885). *Don Andrés Bello y el Código Civil*. Santiago: Cervantes.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier (2015). *Historia del Código de Comercio de la República de Chile. Sobre la cultura a través de un libro*. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile.
- . (2016). *Código Civil. Anotaciones y concordancias. Índice temático. Títulos de artículos del cuerpo del Código y de las normas del apéndice*. 4.<sup>a</sup> ed. Santiago: Legal Publishing.
- BULLEMORE, Vivian y John MacKinnon (2007). *Curso de derecho penal. Parte especial*. 2.<sup>a</sup> ed. Santiago: LexisNexis.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1989). *Manual de derecho penal parte general*. 3.<sup>a</sup> ed. Barcelona: Ariel.
- CASTELLETTI FONT, Claudia (2022). «La testamentaría de Andrés Bello: Legatario, heredero y causante intestado. Los negocios jurídicos y las relaciones de familia develados a su muerte». *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 2 (26): 463-558. Disponible en <https://tipg.link/gQJo>.
- CORRALES CASTILLO, Aníbal (2015). *Sobre la estructura de fundamentos que sostiene la prohibición de investigación científica en clonación reproductiva humana*. Tesis doctoral, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile. Disponible en <https://tipg.link/gQJ7>.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio (2003). *Esquema del derecho de familia indiano*. Santiago: Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereira.
- ESCRICHE, Joaquín (1874-1876). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Madrid: Imprenta de Eduardo Cuesta.
- ETCHEBERRY, Alfredo (2002). *El derecho penal en la jurisprudencia (sentencias 1875-1966)*. 2.<sup>a</sup> ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1982). *Andrés Bello, codificador: Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*. Santiago: Universidad de Chile.
- . (1996). *Derecho privado romano*. Santiago: Jurídica de Chile.
- . (2009). *Vida y obra de Andrés Bello*. Santiago: Globo.
- JIMÉNEZ, Luis (1950). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada.
- LENEL, Otto (1889). *Palingenesia Iuris civilis: iuris consultorum reliquiae quae iustiniani Digestis continentur ceteraque iurisprudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*. Leipzig: Ex Officina Bernhardi Tauchnitz.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez Guzmán (2021). *Manual de derecho penal chileno. Parte Especial*. 4.<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MONTECINO, Sonia (2104). *Madres y huachos: Alegorías del mestizaje chileno*. 7.<sup>a</sup> ed. Santiago: Catalonia.

- MONTT, Manuel (1858). «Discurso del presidente de la República en la apertura del Congreso Nacional de 1852». En *Discursos de apertura en las sesiones del Congreso, memorias ministeriales en los dos primeros años del primer quinquenio de la administración Montt (1852-1855)*. Santiago: Imprenta del Ferrocarril.
- RIVACOBA, Manuel (1974). *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión redactora*. Valparaíso: Edeval.
- ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio (2019). «El reducido espacio de la solidaridad en los tipos de la parte especial del Derecho penal chileno». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 32 (1): 295-310. DOI: [10.4067/S0718-09502019000100295](https://doi.org/10.4067/S0718-09502019000100295).
- SANFUENTES, Salvador (1849). *Memoria que el ministro de Estado en el Departamento de Justicia, Culto e Instrucción pública presenta al Congreso Nacional*. Santiago: Imprenta de los Tribunales.
- VELLEMAN, Barry L. (1995). *Andrés Bello y sus libros*. Caracas: La Casa de Bello.

## Agradecimientos

Una versión preliminar de este trabajo fue discutida en el Congreso «A 150 años del Código Penal, su historia en tiempos de cambio» en Conmemoración del Sesquicentenario del Código Penal de la República (1874-2024) de septiembre de 2024, organizado por las facultades de Derecho de la Universidad de Chile y Universidad Andrés Bello.

## Sobre la autora

CLAUDIA CASTELLETTI FONT es abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile y magíster en Estudios de Género y Cultura mención Ciencias Sociales por la misma universidad. También es doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Es abogada del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública. Su correo electrónico es [ccastelletti@dpp.cl](mailto:ccastelletti@dpp.cl).  <https://orcid.org/0000-0003-0189-6630>.

## REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA

---

La *Revista de Estudios de la Justicia*, fundada en 2002, fue editada inicialmente por el Centro de Estudios de la Justicia hasta 2017. A partir de 2018, su gestión y edición están a cargo del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Con el propósito de enriquecer el debate jurídico desde perspectivas teóricas y empíricas, la revista ofrece un espacio para difundir el trabajo de académicos de nuestra Facultad, así como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras. La *Revista de Estudios de la Justicia* privilegia la publicación de trabajos originales e inéditos sobre temas de interés para las ciencias jurídicas, en cualquiera de sus disciplinas y ciencias afines, con énfasis en investigaciones relacionadas con reformas a la justicia.

DIRECTOR

Álvaro Castro

([acastro@derecho.uchile.cl](mailto:acastro@derecho.uchile.cl))

SITIO WEB

[rej.uchile.cl](http://rej.uchile.cl)

CORREO ELECTRÓNICO

[rej@derecho.uchile.cl](mailto:rej@derecho.uchile.cl)

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial  
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo  
estuvieron a cargo de Tipográfica  
([www.tipografica.io](http://www.tipografica.io))