

BICENTENARIO DEL CÓDIGO PENAL DE AUSTRIA. SU PROYECCIÓN DESDE EL DANUBIO A FILIPINAS

BERNARDINO BRAVO LIRA
Universidad de Chile

RESUMEN

Dos códigos bicentenarios, promulgados con diferencias de meses en los albores del siglo XIX, el penal de Austria en 1803 y el civil de Francia en 1804, representan los dos grandes brazos de la codificación. Paradójicamente ha recibido menos atención el primero y más difundido, el penal. Estas páginas pretenden compensar, de algún modo, ese desequilibrio. Al efecto destacan a dos juristas, von Zeiller (1751 - 1828), quien elaboró el código austriaco y Vasconcelos (1795 - 1850) quien lo reelaboró al componer el *Código criminal do imperio do Brasil* de 1830. A través de la versión española de 1848, este cuerpo legal se impuso en los países hispánicos de tres continentes, desde Portugal hasta Iberoamérica y Filipinas.

PALABRAS CLAVE: Codificación penal - Código Penal de Austria - Código Penal de Francia - Código Penal del Imperio del Zéiler - Código Penal de España - Franz von Zeiller - Bernardo Pereira de Vasconcelos - Edward Livingston - Manuel Seijas Lozano - Juan Francisco Pacheco.

ABSTRACT

Two bicentennial codes –Austria’s criminal code and France’s 1804 civil code, enacted with a difference of months at the turn of the XIX century– represent two big branches of codification. Paradoxically, the first has received less attention but has been more disseminated. The present article intends to make up for that imbalance somehow by discussing the work of two prominent jurists: von Zeiller (1751-1828), who prepared the Austrian code, and Vasconcelos (1795-1850), who re-elaborated it upon composing the 1830 *Código criminal do imperio do Brasil*. Through the 1848 Spanish version, this legal corpus was imposed in the Hispanic countries in three continents, from Portugal to Hispanic America and the Philippines.

KEY WORDS: Criminal codification - Austria’s criminal code - France’s criminal code - Empire of Brazil’s criminal code - Spain’s criminal code - Franz von Zeiller - Bernardo Pereira de Vasconcelos - Edward Livingston - Manuel Seijas Lozano - Juan Francisco Pacheco.

I. INTRODUCCIÓN

El triunfo del movimiento codificador en Europa a principios del siglo XIX va unido a dos cuerpos legales promulgados con diferencia de meses. Al código penal de Austria, puesto en vigencia el 3 de septiembre de 1803 por

el último sucesor de Carlomagno, el emperador Francisco II (1790 - 1835), siguió el código civil francés, sancionado el 21 de marzo de 1804 por Napoleón, el flamante emperador de los franceses, coronado como tal poco antes¹.

La influencia del *code civil* a ambos lados del Atlántico es generalmente reconocida. En cambio la proyección del código penal austriaco, mucho mayor y más intensa, ha quedado en la penumbra.

Este doble bicentenario invita a reparar el desequilibrio y a reconocer el papel mundial de Austria en la codificación. El tema da para mucho. Aquí no podemos intentar otra cosa que una aproximación. En concreto, después de un indispensable estado de la cuestión, abordaremos dos aspectos. En primer término, el punto de partida centroeuropeo, a través de Franz von Zeiller, el codificador, y su época; y luego, la proyección del código de 1803 desde el Danubio a Filipinas, que puede descomponerse en una etapa

¹ Sobre la codificación austriaca, SWOBODA, Ernst, *Franz von Zeiller*, en *Franz von Zeiller*, en *Festschrift* (Graz - Viena - Leipzig, 1931); CONRAD Hermann, *Rechtsstaatliche Bestrebungen im Absolutismus Preussen und Oesterreichs am Ende de 18. Jahrhunderts*, en *Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein - Westfalen*, cuaderno 25 (Colonia y Opladen, 1961); OGRIS, Werner, Joseph von Sonnenfels (1732 - 1817) en BRAUNEDER, Wilhelm (ed.) *Juristen in Österreich*, Viena 1987. El mismo . “Joseph von Sonnenfels als Rechtsreformer”, en REINALTER, Helmut (ed.) *Joseph von Sonnenfels*, Viena 1988. El mismo, “Joseph von Sonnenfels 1733 - 1817”, en su *Joseph von Sonnenfels, Grundsätze der Policey*. Munich 2003. SALMONOWICZ, Stanislaw. *Prawo karne owieconego absolutyzmu. Z dziejów europejskich kodyfikacji karnych prze omu XVIII/XIX* [El derecho penal del absolutismo ilustrado. Historia de las codificaciones penales en la Europa del siglo XVIII] (Torun 1966); EL MISMO, *La codification pénal des Lumières. Programme et réalisations*, en *Law in History* 1 (Lublin, 2000); KLEINHEYER Gerd von, *Wesen der Strafgesetze in der neueren Rechtsentwicklung* (Tübingen, 1968); KLEINHEYER, Gerd - SCHRÖEDER, Jan, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten* (Karlsruhe - Heidelberg, 1975); PAULI, Leslaw, *Die Bedeutung Zeillers für die Kodifikation des Strafrechtes unter besonderer Berücksichtigung der pölnischen Strafrechtsgeschichte*, en SELB, Walter - HOFMEISTER, Herbert (eds.), *Franz von Zeiller Forschungsband* (Viena - Graz - Colonia, 1980). Sobre la codificación francesa: VAN KAN, Jean, *Les efforts de codification en France avant la rédaction du Code Civil* (Paris 1910); WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Göttingen, 1952, 1967, trad. castellana, Madrid, 1957). Sobre la influencia francesa en Hispanoamérica: NELLE, Dietrich, *Entstehung und Ausstrahlungswirkung des chilenischen Zivilgesetzbuchs von Andrés Bello* (Frankfurt am Main, 1988); JUSTO, Antonio dos Santos, *O código de Napoleao e o direito Iberoamericano*, en *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* 71 (Coimbra 1995), ahora en BRAVO LIRA, Bernardino- MÁRQUEZ DE LA PLATA, Sergio (eds.) *Codificación y descodificación en Hispanoamérica* (Santiago, 1998), I; RAMOS Carlos, *El código Napoleónico y su recepción en América Latina* (Lima 1997).

americana que culmina en el *Projecto* de Vasconcelos y el código de Brasil; y luego otra española, cuyas ramificaciones se extienden a tres continentes, desde Portugal hasta Iberoamérica y Filipinas.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Hace tiempo que se deja sentir la necesidad de estudiar la codificación en un marco amplio, que no se reduzca a cada país o incluso a Europa. Debe abordarse, como se ha hecho con el *ius commune*, a ambos lados del Atlántico, es decir, en Europa e Iberoamérica. Ciertamente la bibliografía al respecto es escasa². Tal vez por eso, a pesar de lo mucho que se ha estudiado la codificación en Europa y también en Iberoamérica³, subsisten aun cabos sueltos. Uno de ellos es el que nos ocupa, el papel de Austria en el campo penal. Las investigaciones disponibles adolecen de una doble limitación. Ante todo la preferencia por el código civil austriaco, el justamente célebre *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* de 1811, conocido como ABGB, cuya significación, más bien centroeuropea⁴, deja en la sombra a la del código penal de 1803, *Gesetz über Verbrechen und schwere Polizei - Übertretungen*. De la misma manera, el propio von Zeiller es conocido más que nada como codificador en materia civil. Excepciones son las referencias que hacen a

² BRAVO LIRA, Bernardino, *Beziehungen zwischen den europäischen und iberio - amerikanischen Kodifikationen*, en ZSR. germ. Abt. 103 (1986); EL MISMO, *Eine Kodifikation auf beide Seiten des Atlantiks. Iberoamerika und die Iberische Halbinsel, zwischen Schaffen eigene Gesetzbücher und Übernahme europäische*, en *Law in History* 1 (Lublin, 2000). Para la codificación civil en los países hispánicos, un panorama, EL MISMO, *Codificación civil en Iberoamérica y en la península Ibérica, (1827 - 1917). Derecho nacional y europeización*, en LEVAGGI, Abelardo (ed.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana* (Buenos Aires, 1992), ahora en BRAVO LIRA, Bernardino - MÁRQUEZ DE LA PLATA, Sergio (eds.) *Codificación y descodificación en Hispanoamérica* (Santiago, 1998), I. Un panorama exhaustivo, GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La codificación civil en Iberoamérica, siglos XIX y XX* (Santiago 2000).

³ Ver nota 1. WIEACKER, Franz, *Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee*, en *Festschrift Böhmer* (Bonn, 1954); EL MISMO, nota 2; VIORA, M. *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazioni* (Torino, 1947); BRAGA DE CRUZ, Guilherme, *A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, en *Revista de la Faculdade de Direito de Sao Paulo* 50 (Sao Paulo, 1955); COING, nota 2; TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna, I: Absolutismo e codificazione del diritto* (Bologna, 1976); GUZMÁN, Alejandro, *La fijación del derecho, contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones* (Valparaíso 1977).

⁴ HARRASOWSKY, Philipp Ritter Harras von, *Geschichte der Kodifikation des österreichischen Zivilrechts* (Viena, 1868); BRAUNEDER, Wilhelm, *Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811*, en *Gutenberg - Jahrbuch* 62 (Mainz, 1987); EL MISMO *Gesellschaft - Gemeinschaft - Gütergemeinschaft* en SELB - HOFMEISTER, nota 1.

Zeiller como redactor del código de 1803, Salmonowicz y Conrad, en sus estudios acerca de la codificación penal en la Europa de las luces, la *Storia de la cultura giuridica moderna* de Tarello, los trabajos de Kleinheyder sobre legislación penal y de Pauli sobre Zeiller como penalista⁵.

La otra notable limitación se refiere a la reducción del horizonte a Europa central, dejando de lado la proyección del código penal austriaco en el mundo hispánico. Esta actitud contrasta vivamente con la de los autores italianos y franceses quienes persiguen las huellas de sus connacionales hasta el último rincón del mundo. A título de ejemplo, cabe citar, la conmemoración tributada en 1986 a la *Leopoldina*, con un congreso internacional en Siena, cuyas actas, editadas bajo el cuidado del profesor Berlinguer hacen doce volúmenes⁶. Sin ir más lejos, la *Leopoldina* de Pedro Leopoldo de Toscana⁷ es un antecedente del código de 1803, llamado también *Franciscana*, de su hijo Francisco II.

Algunos historiadores hispanoamericanos se han ocupado ocasionalmente del entronque entre la codificación a uno y otro lado del Atlántico. Levene en su *Historia del Derecho argentino*, hizo notar en 1958 que el futuro codificador, Carlos Tejedor (1817 - 1903) en su *Curso* de 1860, se basó en los códigos de Austria y de Francia. De su lado Laplaza señala entre las fuentes que utilizó Tejedor en el proyecto de 1865 - 1867, al código austriaco. Por lo demás existe un ejemplar del mismo en la traducción francesa de Foucher, publicada en 1833 que le perteneció⁸. Pero ni estos autores ni los posteriores se detienen a estudiar su proyección.

Entre los autores, es conocida la filiación del código penal de 1848, res-

⁵ Ver nota 1.

⁶ BERLINGUER, Luigi. (ed.), *La Leopoldina. Criminalità e iustizia criminale nelle riforme del '700 europeo* (Milán 1789).

⁷ *Riforma della legislazione criminale toscana* di 30 novembre de 1786. PIANO MORTARI, Vincenzo, *Tentativi di codificazioni nel Granducato di Toscana nel sec. XVIII*, en *Rivista Italiana per le scienze giuridiche* 53 (Milán 1952), ahora en EL MISMO, *Itinera iuris* (Nápoles 1991); EL MISMO, *Il movimento per la codificazione in Italia*, en *Enciclopedia del diritto* 7, ahora *ibid.*; SALMONOWICZ, nota 1; TARELLO, nota 3; BERLINGUER, nota 6.

⁸ LEVENE Ricardo, *Historia del Derecho Argentino* (Buenos Aires 1945 - 58); LAPLAZA, Francisco, *El proceso histórico de la codificación penal argentina*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 24 - 25 (Buenos Aires, 1978 - 1979); DUVE, Thomas, *¿Del absolutismo ilustrado al liberalismo reformista? La recepción del Código Penal Bávaro de 1813 de Paul J.A. von Feuerbach en Argentina y el debate sobre la reforma del derecho penal hasta 1921*, en *Revista de Historia del Derecho* 27 (Buenos Aires, 1999); *Code Pénal général de l'Empire d'Autriche*, traducido por M. Víctor Foucher (París, 1833); SALINAS, Aranedá Carlos, *La biblioteca de Mariano Egaña, con especial referencia a sus libros de derecho*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 7 (Valparaíso, 1982).

pecto al código criminal del Imperio del Brasil⁹. De su lado, Quintano Ripollés advirtió la coincidencia fundamental entre los códigos penales en América española y su derivación del español de 1848¹⁰.

Las menciones al código austriaco entre las fuentes del código penal bávaro de Feuerbach, del Proyecto de Livingston, del código español de 1822, del brasileño de 1830 y demás, que se encuentran aquí o allá, son también cabos sueltos que ni sus propios autores, hispanoamericanos o europeos han acertado a unir. El bicentenario es una buena ocasión para intentarlo y reconstruir así en toda su amplitud el panorama de la codificación.

Al efecto, hace falta aclarar al menos tres cosas. En primer término, por qué vías llegó a conocerse en Brasil el código de Austria, en adelante CPA. Luego, las razones por las que se le prefirió como modelo a otros: el francés, el bávaro, el español de 1822, el proyecto de Luisiana. Finalmente, aunque no en último lugar, la explicación de que este código imperial de Brasil, en adelante CPB, se impusiera tan generalmente en el resto del mundo hispánico.

No sería razonable pasar por alto un aniversario como éste. Cabe pensar en una conmemoración internacional por lo menos semejante a la que el pasado año 2002, la universidad de Pavía celebró junto a las de Viena y Berna un congreso *L'ABGB e la codificazione in Italia e in Europa*. En el caso de la *Gesetz über Verbrechen und schwere Polizei - Übertretungen* de 1803, podrían sumarse las universidades hispánicas de Europa e Iberoamérica, donde rige un código penal derivado de ella¹¹.

III. ZEILLER Y LA CODIFICACIÓN AUSTRIACA

Su doble labor codificadora, sitúa a Franz von Zeiller (1751 - 1828), en el vértice del movimiento codificador.

Con von Ihering, puede decirse que la codificación es uno de los tres

⁹ Para los textos brasileños, PIERANGELLI, José Enrique (ed.), *Codigos penais do Brasil. Evolucao historica* (Sao Paulo, 1980), contiene el libro V de las Ordenações Philipinas, el código criminal do imperio y los códigos penales de 1890, 1940 y 1969; LYRA, Roberto, *Introducao ao estudo do Direito Criminal* (Sao Paulo, 1946); ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal* (Buenos Aires, 1982), I – IV; RIVACOBÁ, Manuel - ZAFFARONI, Raúl, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica* (Valparaíso 1980); LASSO GAITÉ, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española* (Madrid, 1970), V; Bravo Lira, *Beziehungen*, cit., nota 3.

¹⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *La influencia del derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas* (Madrid, 1953); INIESTA PASTOR, Emilia, *Proyección hispanoamericana del código penal español de 1848, en XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Estudios* (Puerto Rico, 2003).

¹¹ *Gesetz uber Verbrechen und schwere Polizei-Ubertretungen*, PAULI, nota 1.

grandes momentos en la historia del derecho europeo¹² que, a esas alturas, en algunas de sus variantes - derecho castellano, portugués y *common law* - regía asimismo en el Nuevo Mundo¹³.

Dichas épocas son bien conocidas. Punto de partida es el *ius civile*, difundido en el mundo antiguo por el poderío de Roma. Luego surge el *utrumque ius*, -civil y canónico - difundido desde las universidades por los juristas en Europa y en Hispanoamérica. Finalmente está la codificación y el derecho nacional codificado, cuyos focos principales son Austria en el área penal y Francia en el civil.

Sabido es que el movimiento codificador comienza precisamente por el derecho criminal, con una lucha por desterrar el rigor de las penas y los abusos de los procedimientos. Se critica las leyes y se rechaza el arbitrio judicial, esto es, la práctica, generalizada de no aplicar las penas legales, a menudo de origen medieval y muy crueles, sino otras más suaves. Hay testimonios de que siguiendo la doctrina de juristas de la mayor autoridad como el célebre Menochio, así se hacía desde uno a otro extremo del mundo moderno, desde Chile hasta Suecia¹⁴.

Pero esta lucha por un derecho más de acuerdo con los ideales de la Ilustración, se libra no sólo en el campo penal ni sólo en Austria y Francia. Se extiende asimismo a otras ramas del derecho, como el civil, el comercial, procesal y, en cierto modo, también al político, con las constituciones escritas que aparecen a fines del siglo XVIII. También se extiende a otros focos que surgen en Europa continental - principalmente en los Estados italianos, ibéricos y alemanes - y en América hispana, desde México hasta Brasil.

La vida de von Zeiller cae de lleno en esta época de la Ilustración, reformas penales y codificación¹⁵. Nació en Graz (Estiria) en 1751, es decir, el mismo año en que el barón Kreittmayr (1705 - 1790)¹⁶ dio comienzo al movimiento codificador con su *codex bavaricus criminalis*. Estudió en el

¹² VON IHERING, Rudolf, *Geist des römischen Rechts, auf den Stufen Seiner Entwicklung* (1852 - 1865), varias ediciones posteriores, hay traducción castellana.

¹³ BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo* (Santiago, 1989).

¹⁴ MENOCHIO, Jacobus, *De arbitrariis iudicium* (Venecia, 1590); AVILA MARTEL, Alamiro de, *Esquema del derecho penal indiano* (Santiago, 1941). Últimamente, PORRET, M. *Le crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au siècle des lumières* (Ginebra, 1996); MECCARELLI Massimo, *Arbitrium iudicis und officialis im ius commune*, en *ZSS*. 110, Germ. Abt. (Viena - Colonia - Graz, 1998).

¹⁵ SWOBODA, nota 1. Además, MAYER-MALY, Theo, *Zeiller das ABGB und wir*, en SELB y HOFMEISTER, nota 1; PAULI, *ibid*.

¹⁶ BAUER, Richard y SCHLOSSER, Hans (eds.), *Festschrift Freiherr von Kreittmayr* (Munich, 1991).

gimnasio de su ciudad natal y se doctoró en filosofía en 1768, fecha de la *constitutio criminalis Theresiana*¹⁷, primer hito de la codificación penal en Austria, que el mismo llevó a su cumbre 35 años después con el CPA.

Sin embargo, el joven no ingresó al mundo del derecho, sino hasta después. Lo hizo de la mano de unos de los más célebres juristas de la época, Karl Anton von Martini (1726 - 1800)¹⁸, a cuyo lado realizó toda su carrera. Su pobreza, le impedía estudiar en la universidad. Martini le acogió en su casa en Viena, donde le empleó como preceptor de sus hijos y, al poco tiempo, Zeiller comenzó a seguir sus lecciones en la *alma mater Rudolphina*. Un día de 1774, el maestro lo presentó a la emperatriz María Teresa. Zeiller tenía 23 años y se cuenta que ella le acogió con las alentadoras palabras: por el momento es muy joven, pero se nota que hará grandes cosas¹⁹.

Tardó todavía cuatro años en doctorarse *utriusque iure*. Obtuvo *summa cum laude*. Inició entonces su carrera docente como profesor extraordinario de derecho romano y de derecho natural en Viena. En 1782 sucedió como ordinario a von Martini, quien además lo recomendó para dar lecciones a los archiduques hijos de Pedro Leopoldo de Toscana.

IV. ZEILLER ROMANISTA Y PENALISTA

La cátedra fue la primera fase de su carrera como jurista, a las que siguieron otras dos: de práctica en los tribunales y de codificador. Una reforma del plan de estudios en 1787, el mismo año en que se promulgó la *Josephina*, el código penal de José II, obra de von Martini²⁰, le llevó asumir la cátedra de derecho penal y procesal penal. Pero no se contentó con la teoría. Atraído por la práctica obtuvo autorización para presenciar los juicios penales en el tribunal de Viena. Luego pasó a formar parte de la judicatura de apelación, de donde fue promovido a consejero áulico del máximo tribunal.

Por estos años se da cima en Europa a tres grandes intentos de codificación penal. Al proyecto de Mello Freire (1738 - 1798) en Portugal, siguen inmediatamente dos codificaciones habsburguesas en Europa central, la

¹⁷ La edición oficial de la Theresiana, fue publicada en Viena en 1769. HARRASOWSKY, Philipp Ritter Harras von, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen* (Viena, 1883 - 1886).

¹⁸ Sobre von Martini, ZWIEDINECK-SÜDENHORST, *Allgemeine deutsche Biographie* (Leipzig, 1884), XX; KLEIN-BRUCKSCHWAIGER, Franz, *Karl Anton von Martin in der Zeit des späten Naturrechts*, en *Festschrift Karl Hoff* (Innsbruck 1950); WANDRUSZKA, Adam, *Leopold II* (Viena, 1965); HEBEIS, Michael, *Karl Anton von Martin 1726 - 1800, Leben und Werk* (Frankfurt, 1996).

¹⁹ SWOBODA, nota 1, p. 7

²⁰ *Allgemeine Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung*, traducida al francés ese mismo año, bajo el nombre *Nouveau Code Pénal de l'Empereur*. Ver SALINAS, nota 6.

Leopoldina de Pedro Leopoldo en Toscana y la *Josephina* de su hermano José II en Austria.

Europa central se convierte en el epicentro del movimiento ilustrado de reforma penal, cuyas oleadas se dejan sentir de uno a otro confín del mundo moderno, unificado bajo la preponderancia del Viejo continente. No se detienen en Portugal, sino que llegan también al otro lado del océano, donde, por ejemplo, el correntino – Río de la Plata – José Perfecto de Salas, fiscal de la audiencia de Chile (1714 - 1778) reforma en 1757 las prisiones y su sucesor Ambrosio Zerdán y Pontero (1752 - 1803) regula en 1778 la substanciación de los procesos criminales²¹, mientras que el venezolano Francisco de Miranda (1750 - 1816) obtiene del rey de Dinamarca la reforma de las prisiones²², el mexicano Manuel de Lardizábal (1739 - 1821) escribe por encargo del rey Carlos III su *Discurso sobre las penas*²³, el peruano Manuel Lorenzo Vidaurre (1773 - 1841), autor del más temprano proyecto de código penal en el área de derecho castellano (1812 - 1822)²⁴.

En una palabra, la reforma penal es parte de una cultura jurídica común a ambos mundos y el CPA se convirtió en una expresión cimera de ella. Por eso pudo hallar una acogida tan general a uno y otro lado del Atlántico.

Exponente muy significativo de esta cultura es el proyecto de código penal portugués, debido a Mello Freire, el primero de Europa²⁵. Un rápido

²¹ Sobre ambos fiscales, ESPINOSA QUIROGA, Hernán, *La Academia de Leyes y práctica forense*, (Universidad de Chile, Facultad de Derecho [s. f.]) esp. p. 45 ss.; BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La Real Audiencia de Santiago de Chile (1605 - 1817) La Institución y sus hombres* (tesis, Universidad de Chile, 2000).

²² POLANCO ALCÁNTARA, Tomás, *Miranda* (Caracas, 1996); BRAVO LIRA, Bernardino, *Miranda, Jovellanos y Holland, tres críticos del constitucionalismo francés*, en GRISANTI, Luis Javier y GHYMERS, Christian (eds.), *Francisco de Miranda, L'Europe et l'intégration Latino - Américaine* (Lovaina, 2001).

²³ LARDIZÁBAL, Manuel de, *Discurso sobre las penas* (Madrid, 1782); RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel de, *Lardizábal, un penalista ilustrado* (Santa Fe, Argentina, 1964); ONECA, Antón José, *Estudio preliminar al Discurso sobre las penas*, en *Revista de estudios penitenciarios* 176 (Madrid, 1967).

²⁴ VIDAURRE, Manuel Lorenzo, *Proyecto de código penal* (Puerto Príncipe, 1822; otra ed. Boston, 1828; otra Armasa Galdos Julio, Arequipa, 1996); LEGUÍA, Jorge Guillermo, *Manuel Lorenzo Vidaurre* (Lima, 1935); NÚÑEZ Eduardo, *Lorenzo Vidaurre, ciudadano de América* (Lima, 1942); JOS, Mercedes, *Manuel Lorenzo Vidaurre, reformista peruano*, en *Anuario de Estudios Americanos* 18 (Sevilla, 1961); DOYARÇABAL CASSE, Solange, *Historia del código penal chileno* (tesis, Universidad Católica de Chile, Santiago 1968); RIVACOBÁ, Manuel, *El primer proyecto americano de código penal* (Santiago, 1985); RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *Historia del Derecho Civil Peruano, siglos XIX y XX* (Lima, 2000), I, pp. 163, 196.

²⁵ MELLO FREIRE, Pascoal José, *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria*

vistazo a la bibliografía que emplea, revela su conocimiento de juristas provenientes de toda Europa, muchos de ellos contemporáneos suyos. Desde luego, italianos como Beccaria (1728 - 1794), Renazi (1742 - 1808), Cremani (1748 - 1830), y Rizi. No pocos centroeuropeos como Boehmer (1704 - 1772), Engau (1708 - 1755), y Sonnenfels (1733 - 1817), autor de la *Josephina* y luego de la segunda parte del CPA. Entre los franceses cita a Linguet (1736 - 1794), Servan (1739 - 1807), Marat (1743 - 1793), Lacroix (1764 - 1794) y Brissot de Warville (1754 - 1793) editor de la *Bibliothèque de Législation*. Varios de ellos perecieron durante la revolución, meses después de dictado el código penal de 1791. Aunque no lo nombra aquí, Mello Freire conoció y elogió el *Discurso sobre las penas* de Lardizábal²⁶. Los dos distan mucho de ser una excepción. En el mundo hispánico la crítica y las reformas penales estaban a la orden del día. Aparte de los iberoamericanos ya mencionados, cabe nombrar a Juan Francisco de Castro (1731 - 1790)²⁷, Valentín Foronda (1751 - 1821)²⁸, quien cita la *Leopoldina* y la *Josephina*, y Juan Pablo Forner (1756 - 1797)²⁹.

En todo caso, el cuadro de penalistas ilustrados es mucho más vasto que el que resulta de las referencias de Mello Freire. A los nombrados, deben añadirse al menos, grandes figuras como nuestro conocido Karl Anton von Martín, Karl Ferdinand Hommel (1723 - 1817), los prusianos Ferdinand Klein (1744 - 1810) y Karl Gottlieb Svarez (1746 - 1798), los italianos Giuseppe Vernaccioni, autor principal de la *Leopoldina* y, Filangieri (1752 - 1788) y el francés Lepelletier de Saint - Fargueaud (1760 - 1793), redactor del código penal de 1791³⁰.

(Lisboa 1823), I. Debo el ejemplar de esta obra al Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, de la Universidad Católica de La Plata.

²⁶ BRAVO LIRA, Bernardino, *Melo Freire y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa*, en *Revista de Derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso* 8 (Valparaíso, 1984).

²⁷ CASTRO, Juan Francisco, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes, en que se demuestra la incertidumbre de éstos y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de Derecho para la recta administración de justicia*. (1765, 2ª ed. Madrid, 1829). TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Casuismo y sistema* (Buenos Aires, 1992).

²⁸ FORONDA, Valentín de, *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la economía política y sobre las leyes criminales*, 2 vols., Madrid, 1789 - 1794. Rivacoba, Manuel de, Un discípulo español de Beccaria, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 6, Madrid, 1996.

²⁹ FORNER, Juan Pablo, *Plan para formar unas buenas instituciones de derecho español*, en *Obras* (Madrid, 1844), pp. 295, 424. EL MISMO, *Discurso sobre la tortura* (Valparaíso, 1990); ÁLVAREZ GÓMEZ, Jesús, *Juan Pablo Forner (1756 - 1797)* (Madrid, 1971); LÓPEZ, François, *Juan Pablo Forner, La crise de la conscience espagnole au XVIIIe siècle* (Burdeos, 1976).

³⁰ Zaffaroni, *Tratado*; nota 9. Finkenauer, Thomas, Von Allgemeinen Gesetzbuch

V. ZEILLER CODIFICADOR

En 1792 comienza la tercera fase de la carrera de Zeiller. El jurista teórico y práctico se inicia como codificador. Muerto el emperador Leopoldo II, que reinara antes en Toscana como Pedro Leopoldo, le sucedió su hijo Francisco II. Se reanudaron entonces los trabajos de codificación y von Martini recurrió una vez más a Zeiller a quien hizo llamar para ocuparse, primero de la penal y luego de la civil.

El año siguiente, presentó Zeiller un proyecto de revisión de la *Josephina*. Nombrado relator principal en 1797, corrigió el proyecto de código penal y elaboró el texto definitivo de la primera parte, sobre delitos y penas. Simultáneamente, Sonnenfels hizo otro tanto con la segunda parte, referente a las graves infracciones de policía. Al cabo de seis años de labor, el emperador Francisco II, pudo promulgar el texto completo bajo el nombre de *Gesetz über Verbrechen und schwere Polizei - Übertretungen* para todos los países de la monarquía, salvo Hungría. Nadie pudo imaginar entonces que este cuerpo legal estaba llamado a ser una obra cumbre de la codificación, del que bien podría decirse lo que de Carlos V: En su ámbito de vigencia, no se ponía el sol. Ha tenido que llegar el bicentenario para que se ponga de manifiesto.

Al tiempo de su promulgación tenía Zeiller sólo 52 años. Su labor codificadora estaba lejos de agotarse. Quedaba el área civil. Aparece entonces el codificador que conocemos. El civilista eclipsa al penalista. Como relator, en 1801 hace una exposición en la primera sesión de la comisión imperial de legislación. Se refirió a la necesidad de codificar el derecho privado y a las condiciones que debería reunir un buen código³¹. Hay que reconocer que este género de plan es su fuerte. Pero lo es también el trabajo. De hecho ya en esta primera sesión se inicia el examen del anteproyecto del código civil, obra de von Martini. Se analizan los quince primeros parágrafos.

No es del caso hacer aquí un recuento de los trabajos que culminaron con la promulgación en 1811 del ABGB por el emperador, que ahora se titula Francisco I de Austria.

VI. EL CÓDIGO PENAL

En la patente promulgatoria del CPA, el emperador hizo notar con satisfac-

zum Allgemeinen Landrecht - Preussische Gesetzgebuch, en *ZSRC*, 113, Germ, Viena - Colonia - Graz, 1996.

³¹ ZEILLER, Franz von, *Conferencia* ante la Hofkommission in Gesetzesachen 21 de diciembre de 1801, en PFAFF, Leopold y HOFMANN, Franz, *Excuse über österreichisches bürgerliches Recht* (Viena, 1877), I, pp. 36 ss., Protokoll I, 1, ss. Cfr. MAYER-MALY, nota 16.

ción que en él se distingue entre delito e infracción de policía³². Esta es la base de la estructura del código que comprende dos partes, redactadas, según sabemos por Zeiller y por Sonnenfels. Cada una se subdivide, a su vez, en dos secciones, destinadas una a los hechos punibles y la otra, al procedimiento.

La primera parte lleva el epígrafe *De los delitos y de las penas*. Corresponde a lo que se suele llamar “Parte General”. Comprende cuarenta artículos o párrafos. Se abre con una cuidadosa regulación de las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes, destinada a desterrar en lo posible el arbitrio judicial. Por lo que toca a las penas, las reduce fundamentalmente a dos: muerte y prisión. Queda abolida la confiscación de bienes. Mantiene la pena capital, pero para unos pocos casos y mantiene también los tres grados de la prisión, contemplados en la *Josephina*. Pueden ser agravados por trabajos públicos, exposición, azotes, ayuno y extrañamiento una vez cumplida la pena.

Los delitos, definidos como “acciones u omisiones contrarias a las leyes”³³, se clasifican entre los que atentan directamente contra la seguridad común o contra los particulares en su persona, bienes, libertad y derechos. Su tratamiento corresponde a lo que se suele llamar Parte Especial. En total, se tipifican veintiuno, siete de la primera especie y catorce de la segunda, lo que ocupa ciento cincuenta artículos o párrafos.

Se sigue un cierto orden jerárquico en su tratamiento. Primero se ocupa de la alta traición, sedición y rebelión, violencia pública, retorno del extranjero, abuso de poder, falsificación de billetes de crédito público y de moneda, perturbaciones contra la religión. En cambio, en la otra clase de delitos, se comprenden a continuación violación y atentados contra el pudor, luego, delitos contra la vida, asesinato y homicidio, aborto y exposición de niños; a continuación, contra la integridad corporal, lesiones y duelo y – contra la propiedad - incendio, robo, apropiación de cosa ajena, despojo violento, estafa y, por último, bigamia y ayuda a delincuentes³⁴.

Termina esta parte con un notable capítulo sobre extinción de los delitos y las penas.

Como ha podido verse, el código es el resultado de un largo trabajo de elaboración, que comenzó medio siglo antes de su término, en 1752. El propio Zeiller, ha destacado algunos de sus jalones. De la *Theresiana*, dice que, a pesar de sus méritos, “deja entregada la pena, casi completamente al arbitrio judicial”³⁵. Elogia a la *Josephina*, por la supresión de delitos como

³² Gesetz, nota 11. Patente, Viena, 3 de septiembre de 1803.

³³ Gesetz, nota 11, introducción, art. 2

³⁴ Gesetz, 1,1.

³⁵ ZEILLER, Franz von, *Zweck und Principien der Criminal-Gesetzgebung*, en *Jährlichen*

hechicería y herejía “fruto de una errónea confusión que convirtió a hechos pecaminosos y perjudiciales al Estado en delitos”³⁶. Igualmente, aplaude la distinción entre delito propiamente tal y delito político, así como la descripción tipológica de ellos y la determinación legal de las penas. Con ello, a su juicio se ha conseguido la “exclusión del arbitrio judicial en la determinación de si un hecho es o no delito”³⁷.

En suma, tres cosas despertaron la admiración de los contemporáneos en el CPA. Colmó, en gran parte, las aspiraciones ilustradas de reforma penal. Todavía en 1837, se mira al código de Francisco I como insuperado, “el primero que logró reconciliar en gran parte las consideraciones de la justicia, con las consideraciones de la humanidad, en consonancia con la época más feliz de nuestra civilización”³⁸.

En segundo término, llevó hasta las últimas consecuencias el principio de legalidad del delito y de la pena, como se advierte especialmente en el artículo 6 de la introducción y en el artículo 2. La construcción misma, mira a hacer primar la legalidad sobre el arbitrio judicial. Toda una construcción de eximentes, atenuantes y agravantes, penas fijas, pero graduadas que reduce a un mínimo la latitud de que goza el juez y se mira como una defensa del ciudadano frente a la posible arbitrariedad.

Como si esto fuera poco, impresionó su concisión –210 artículos más 8 de la introducción– y su sencillez. Las penas se reducen a dos principales –muerte y prisión– y los delitos a 21, todos definidos y penados por la ley. Lo dicho vale para la sección I de la primera parte del código, la única que da origen a los códigos posteriores. Ni la segunda sección relativa al procedimiento ni la parte dedicada a las graves infracciones de policía tuvieron mayor repercusión.

El código de Zeiller tuvo larga vida y amplia proyección en Europa central. Sirvió de modelo a los de una serie de Estados alemanes e italianos y a través de algunos de estos códigos influyó al otro lado del Atlántico en Hispanoamérica. Tal es el caso del código bávaro de 1813 en relación a los de Argentina y Paraguay y el código italiano de 1889 en relación al de Uruguay de ese mismo año, al de Brasil de 1890 y al de Venezuela de 1897. Reformado en 1852, el código de Zeiller rigió en Europa central, hasta avanzado el siglo XX. En Austria rigió con diversos cambios, hasta 1975³⁹.

Beitrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den öst. Erbstaaten 1 (Viena, 1806), p. 92.

³⁶ Id., pp. 94 - 95.

³⁷ Id.

³⁸ A. Z., HELCEL, *Rys postepów prawodawstwa karnego ze szczególnym wzgleden na nowsze w tym wzgledzie usilowania* (“Compendio de los progresos de la legislación penal”, Cracovia, 1837), p. 109.

³⁹ Patente imperial, Viena 27 de mayo de 1852, se define como edición completa-

VII. VASCONCELOS Y LA CODIFICACIÓN PENAL HISPÁNICA

Antes de la muerte de Zeiller el código penal austriaco comenzó a abrirse camino en ultramar. En 1825 es utilizado por el estadounidense Livingston (1764 - 1836) en su proyecto de código penal para Luisiana y desde el año siguiente en Brasil en la preparación del código criminal de 1830, que sirvió de modelo al de 1848 en España y, a través de él a los países iberoamericanos.

En esta difusión hay etapas. En la primera se elabora un código nuevo, pero Livingston combina en forma más bien ecléctica diversos textos, en tanto que en Brasil se trabaja fundamentalmente con el código austriaco. La etapa siguiente corresponde al código español, que no es sino una versión revisada del brasileño. En fin, la tercera etapa está representada por los códigos derivados del español. Que no son ni más ni menos que versiones revisadas de él.

Dentro de los límites de este trabajo, intentaremos reconstruir la línea central de esta proyección del código austriaco, lo que, por lo demás, no es tan difícil porque salta a la vista de los textos mismos.

La Luisiana y el Brasil pertenecen a mundos diferentes, por eso, el modo y los resultados de la utilización del CPA, fueron también disímiles. En ninguno de los dos casos se copió el texto de Zeiller, en lugar de eso, se elaboró un código nuevo.

Livingston lo hizo de una manera más bien ecléctica. Tomó elementos de diversos modelos europeos y los combinó. Tal vez no pudo hacer otra cosa. Luisiana, un país de raíz francesa, había pasado desde 1768, de una potencia a otra, primero a España y luego, por compra, a los Estados Unidos. Livingston, nacido en 1764, en Columbia, una de las colonias inglesas en Norteamérica, había visto interrumpidos sus estudios de derecho, por la independencia de las trece colonias, frente a Inglaterra. En Luisiana, era, pues, un extraño, del mismo modo que este país lo era de su comprador, los Estados Unidos.

Brasil, en cambio, parte del mundo hispánico, extendido desde el Mediterráneo a las Filipinas, pasando por la América española y portuguesa, participaba de una cultura jurídica común a estos países. Por tanto, no era ajeno al movimiento codificador europeo y a sus proyecciones iberoamericanas. Entre las grandes figuras de dicho movimiento, varias son anteriores a Mello Freire y Lardizábal. Tal es el caso de los mexicanos, Joaquín Velásquez de León (1732 - 1786), autor de las *ordenanzas de Minería de Nueva España*

da. Ogris la llama nuevo-antiguo código penal: OGRIS, Werner, *Die Rechtliche Entwicklung in Cisleithanien 1848 - 1918*, en WANDRUZKA Adam y URBANITSH, Meter *Die Habsburger Monarchie 1848 - 1918* (Wien, 1975 - 1987), II, pp. 538 ss., esp. 566.

(1783) consideradas como la primera gran codificación en Hispanoamérica y Francisco Javier de Gamboa (1717 - 1794), autor del *código carolino* (1789). Así como José Portiatu, al que se debe un código o recopilación de las Leyes de la Real hacienda de España (1790)⁴⁰.

Frente a la codificación, se perfilan en los países hispánicos, posiciones divergentes. En general, se admiran los grandes códigos europeos, ALR prusiano, *Cinq Codes* franceses y ABGB austriaco, como lo hace por ejemplo, un Martínez Marina (1754 - 1833), quien aboga por abandonar la recopilación y proceder a una codificación⁴¹. Pero hay maneras encontradas de entenderla. Unos, en palabras de Bello, creen del caso copiar algún código extranjero, otros, por el contrario, proponen elaborar códigos propios, esto es, de derecho nacional⁴².

Dentro de este marco general, Brasil ocupa un lugar de avanzada. No imita ni sigue modelos ajenos. Abre camino. En 1826, un primer proyecto de codificación penal, debido al *desembargador* José Clemente Pereira, recoge el derecho vigente, hasta el punto de que más parece una consolidación que una codificación. Un segundo proyecto, meses posterior, del *bacharel* Bernardo Pereira de Vasconcelos, reelabora el CPA, a partir del derecho propio⁴³. Naturalmente consulta los códigos europeos, pero, no hay nada de eclecticismo. Antes bien, deja en claro su repulsión por el mismo. No puede ser más contundente. Con su lenguaje tan personal, dice o más bien truena ese mismo año de 1826: "No me gusta citar ejemplos de naciones. Soy poco amigo de argumentar con la historia. Soy de esta opinión. Tal vez sea errada, pero tengo para seguirla, algún fundamento. No hay una sola nación que esté en circunstancias idénticas con otra. Así como ningún rostro es enteramente igual y semejante a otro, de la misma manera, los hechos siempre difieren y aunque parezcan alguna vez análogos, siempre presentan al observador infinitas circunstancias que los distinguen y separan"⁴⁴.

⁴⁰ BRAVO LIRA, Bernardino, *Cultura de Abogados en Hispanoamérica, antes y después de la codificación*, en *Roma y América* 12 (Roma, 2001); VENANCIO FILHO, Alberto *Das Arcadas ao bacharismos (150 anos de encino jurídico do Brasil)* (Sao Paulo, 1982); MARILUZ URQUIJO, José María, *Gestiones en torno a la formación de un código de Hacienda en España 1780 - 1790*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* 12 (Buenos Aires, 1984); TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, nota 27.

⁴¹ MARTÍNEZ - MARINA, Francisco, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación* (Madrid, 1820), 3, 3, 4; Bello, Andrés, *Mensaje* (que acompaña al *código civil*, Santiago, 1855).

⁴² SOUSA, Octavio Tarquinio de, *Bernardo Pereira de Vasconcelos e seu tempo* (Río de Janeiro, 1937); VALLADAO, Alfredo *Bernardo de Vasconcelos*, en *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro* 207 (Río de Janeiro, 1950).

⁴³ *Annaes da Camara*, Río de Janeiro 1826, p. 342.

⁴⁴ ZAFFARONI, nota 9.

Su proyecto y el código brasileño, toman como base el propio derecho y el CPA, que sirve de molde para poner en artículos ese derecho nacional. En este sentido, es una reelaboración del código de Zeiller, de acuerdo a las condiciones y circunstancias de un país hispanoamericano. Esta solución es también válida para las demás naciones hispánicas que, con mayores o menores variaciones, la hicieron suya. De esta manera el CPB, aparece como el primer eslabón de una cadena que arranca del CPA y que se prolonga en los códigos de otros países del mundo hispánico.

La suerte de los textos de Livingston y Vasconcelos fue dispar. Demasiado artificial y destinado a un país de reciente anexión, el de Livingston no fue ni siquiera aprobado. Jamás entró en vigencia, salvo en Nicaragua, donde traducido al castellano se promulgó en 1837⁴⁵. Sin embargo gozó de gran aprecio entre los codificadores posteriores, que, sin saberlo, recibieron a través de él la influencia de Zeiller.

El CPB, en cambio, entró en vigencia en 1831, y rigió en Brasil hasta 1890, mientras en otros países su posteridad fue arrolladora. Se convirtió en la piedra angular de la codificación penal dentro del mundo hispánico.

VIII. PROYECTO DE LIVINGSTON

Edward Livingston (1764 - 1836), aprendió de joven alemán y francés. A los veintiún años, después de estudiar derecho en una de las colonias inglesas, fue recibido como abogado en la barra de Nueva York. Llegó a tener una cultura superior a su medio y a ser considerado como toda una personalidad en Estados Unidos. Desempeñó varias misiones en Europa, donde causó excelente impresión. Desde los treinta años, abogó por la reforma penal. Tras la compra de la Luisiana, se le encargó elaborar un código penal. Entusiasmado, redactó cuatro, uno de crímenes y penas, otro de procedimiento y dos más relativos a prueba judicial y reformas y disciplina de las prisiones. A ello, agregó todavía, un libro de definiciones. Escritas en inglés, estas obras conforman en conjunto, lo que él llamó *Sistema de la legislación criminal*⁴⁶.

Livingston aparenta gran seguridad en sí mismo. No sin satisfacción afirma haber consultado, aparte del francés “los códigos modernos, el ruso, el prusiano y el del emperador”⁴⁷. Con este nombre designa a la *Josephina*, cuya traducción francesa, publicada en 1787, se titula *Nouveau Code Pénal*

⁴⁵ LIVINGSTON, Edward, *Exposé d'un système de Législation Criminelle pour l'État de la Louisiane* 2 vols. (París, 1872); VELA, Fernando, *Vida, pasión y muerte de los códigos de Livingston*, en *Revista de Ciencias Jurídicas de Guatemala* 160 (Guatemala, 1943).

⁴⁶ LIVINGSTON, Edward, *Rapport servant d'introduction au système de législation criminelle*, en EL MISMO, nota 45, I, p. 559.

⁴⁷ SALINAS, nota 6.

de l'Empereur. Con este título figura en el catálogo de la biblioteca de Mariano Egaña (1793 - 1836), fiscal de la Corte Suprema de Chile⁴⁸.

Aunque no lo menciona, es patente que Livingston utilizó el CPA. Por lo demás, no comparte la teoría represiva de la pena de Sonnenfels, adoptada por la *Josephina*. Antes bien, coincide con von Zeiller en atribuir a la pena una función correctiva. Lo recalca con una insistencia pedantesca: “La ley no es castigo para vengarse, sino para prevenir el crimen”, “el fin del castigo no es prevenir el crimen”⁴⁹.

Livingston cree poder convencer a los legisladores de Luisiana, de que su código es original: “Ningún otro código – les dice - ha habido que trate (al pueblo) como seres razonables ni les haya invitado a reflexionar antes de obedecer”. Por cierto, esto no vale ni para los negros ni para los indios, a quienes su código no se aplica⁵⁰. Lo que es verdaderamente original en él, es este exquisito segregacionismo.

“Todo es nuevo” afirma sin ambages de libro primero⁵¹. Tal vez lo fuera en Luisiana, porque desde el *nullum crimen nulla poena sine lege*, hasta la propia definición de delito, las toma del CPA. Lo hace en forma reiterativa. Dice: “Ninguna acción u omisión cometida antes de la promulgación de la ley que la condena, puede ser condenada por ella”. E insiste: “Una ofensa es definida primeramente como un acto u omisión prohibidos por la ley positiva, bajo sanción de una pena”, lo que nos remite al artículo 2 de la introducción del CPA: “son delitos las acciones u omisiones contrarias a las leyes que tienen por fin turbar la seguridad pública y que en razón de la gravedad de la ofensa o de las circunstancias son designados por la instrucción criminal”⁵².

Más adelante, vuelve sobre lo mismo, al definir al delincuente “Siendo el delito, la comisión de un acto prohibido o la omisión de uno prescrito por la ley bajo penas respectivamente determinadas, es delincuente principal quien comete el acto prohibido u omite el prescrito por la ley”⁵³.

El proyecto comprende tres libros, una parte general, otra, con la división y descripción general de los delitos y las penas y, una tercera, sobre infracciones generales o parte especial.

Al igual que el CPA, no distingue entre crimen y delito, como lo hace el código francés: “Todas las contravenciones a las leyes penales son calificadas

⁴⁸ LIVINGSTON, *Rapport préliminaire sur le projet d'un code criminel*, en *Exposé*, nota 45, I, pp. 49, 59.

⁴⁹ *Projet de code criminel*, capítulo 2, arts. 43 y 44.

⁵⁰ *Rapport*, nota 46, pp. 414, 560.

⁵¹ Cfr. *Projet*, nota 49, cap. 2, art. 1. *Gesetz*, nota 11, Introducción, art. 2.

⁵² *Projet*, nota 49, cap.2, art. 50.

⁵³ *Rapport*, nota 48, p. 38.

con el nombre general de delito⁵⁴. Pero no se separa del modelo francés, al diferenciar entre delito y crimen en atención a la severidad de la pena⁵⁵.

Los delitos se clasifican en forma bipartita, al modo austriaco, entre públicos y privados, no sin advertir que la división es relativa. Entre los primeros están “los que abarcan la soberanía del Estado, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, la tranquilidad pública y las rentas del Estado, así como el derecho a sufragio, la libertad de prensa, los registros públicos, la falsificación de moneda, etc.”⁵⁶. Los delitos privados, son aquellos que causan perjuicio a los individuos⁵⁷. Esta división corresponde a la del CPA, si bien prescinde del factor seguridad común o privada.

Con un extraño mesianismo, Livingston quiere despojar a la pena de todo fundamento trascendente y convertirla en una especie de herramienta de ingeniería social, producto del ingenio del hombre.

Se comprende que semejante reduccionismo, un tanto puritano, fuera difícilmente aceptable entre los hispanoamericanos, poco inclinados a acatar la ley por la ley. Espontáneamente ellos se hallan más próximos a von Zeiller, quien modera al legislador en consideración a la libertad de las personas. Para él “la tarea del gobierno es propiamente proporcionar seguridad jurídica por vía de presión psicológica, con la menor limitación posible de la libertad de acción”⁵⁸.

IX. EL PROYECTO DE VASCONCELOS

En Brasil, las cosas fueron diferentes. Fue el único entre los países hispánicos que escapó a los trastornos de la época de la independencia. Mientras en la década de 1820, la inestabilidad y el desgobierno, el exilio y los desórdenes eran la regla en España, Portugal y América española, Brasil permaneció incólume. No es extraño que allí cuajaran tempranamente los anhelos de reforma penal, ni que por eso mismo, alcanzaran gran resonancia en el resto del mundo hispánico.

En 1826, se instauró el parlamento, llamado Asamblea Legislativa. Fue inaugurado en Río de Janeiro por el emperador Pedro I. En contraste con los parlamentos de la época en Europa y América, tuvo larga vida. Sus sesiones se prolongaron en forma ininterrumpida hasta los fines del imperio en 1889⁵⁹.

⁵⁴ *Rapport*, nota 46, p. 427.

⁵⁵ *Rapport*, nota 48, p. 38.

⁵⁶ *Id.*, p. 39.

⁵⁷ ZEILLER, nota 35, p. 74

⁵⁸ BRAVO LIRA, Bernardino, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811 - 1891. Ventura y desventura de un ideal europeo de gobierno en el Nuevo Mundo* (México, 1992).

⁵⁹ MACHADO NETO, Zahidé, *Direito Penal e estrutura social (Comentario sociológico ao Código Criminal de 1830)* (Sao Paulo, 1977), cap. 2.

Aparte del inglés y del norteamericano, que son anteriores, ninguno tuvo tal fortuna. Mientras que en Europa y en América española, los parlamentos llevaban una vida accidentada, por decir lo menos, la Asamblea brasileña se mantuvo incólume. Algo así no se ha vuelto a repetir hasta ahora en el mundo hispánico, salvo por algún tiempo en Chile y Argentina, o en el actual México. Tan es así que los españoles celebraron en 1998, como un triunfo, las dos décadas de funcionamiento de las Cortes.

La Asamblea estaba formada por gran número de *bachareis* salidos de la universidad de Coimbra, donde enseñara Mello Freire, autor del primer proyecto de código penal de Europa. No es extraño que, a los pocos meses de su apertura, se presentara el 3 de junio, un proyecto de código penal. Se trataba de algo más que una simple proposición para dar inicio a los trabajos. Nada menos que un texto terminado. Su autor fue José Clemente Pereira (1787 - 1854), portugués de nacimiento, formado en Coimbra, figura destacada de la Judicatura y de la vida política⁶⁰. Como se dijo, al parecer era más bien una consolidación del derecho vigente que una codificación.

En estas condiciones, se pasó a fijar unas bases para la codificación del derecho penal. La comisión encargada de hacerlo, compuesta de tres magistrados judiciales, dictaminó en el primero de agosto que “El código criminal debe ser dividido en dos partes, la primera, contendrá el código penal y la segunda, el código de proceso criminal”⁶¹. Aunque no se indica ningún antecedente, este plan nos remite al CPA, cuya primera parte, sobre delitos y penas, consta, como según sabemos, de las mismas dos secciones: De los delitos y penas y, De la instrucción criminal. Ni el código francés, ni el bávaro, ni el español de 1822, ni tampoco el proyecto de Livingston, adoptan esta división bipartita.

La comisión añadió: “En ese código o en otro separado, deberán comprenderse las meras infracciones de policía, sus penas y la forma verbal o sumaria del proceso”. Aquí parece tenerse en vista, la segunda parte del CPA, dedicada a las graves infracciones de policía. En todo caso, se habla de meras infracciones en lugar de graves infracciones, como lo hace el código austriaco.

No sabemos a ciencia cierta por qué vías llegó a conocerse el CPA en Brasil. Pero no es difícil suponerlo, si se toman en cuenta los lazos que unían a la corte de Río de Janeiro con la de Viena. De ellos ha quedado una

⁶⁰ Comissão de Legislação de Justiça Civil e Criminal, Parecer sobre o Código Criminal, 1 de julio de 1826, en *Anais do Parlamento Brasileiro, Câmara dos Deputados* (Río de Janeiro, 1874), II, pp.16 s.s.

⁶¹ OBERACKER Carlos, *A Imperatriz Leopoldina, sua vida e sua epoca* (Río de Janeiro, 1973).

huella en los colores nacionales de Brasil, verde y oro, que son los de la Casa de Braganza y de la Casa de Austria. La combinación fue sugerida por la emperatriz Leopoldina, mujer de Pedro I⁶². Era hija de Francisco I de Austria, quien como sabemos promulgó el código penal de 1803, y hermana de María Luisa, la mujer de Napoleón. La joven princesa revolucionó la vida de Río de Janeiro. Llegó rodeada de una corte de artistas y artesanos, músicos, pintores, grabadores, ebanistas, hombres de letras. No es aventurado pensar que en esos años fundacionales del imperio algunos de estos personajes dieran a conocer el CPA. A la vista del interés reinante sobre la codificación, el propio embajador de Austria, barón Wenzel von Mareschal, si no otro, podría haberse adelantado a hacerlo.

1. *Proyecto de 1827*

En mayo de 1827 Bernardo Pereira de Vasconcelos (1795 - 1850) presentó un segundo proyecto ajustado a las directrices de la Asamblea. Oriundo de Minas Gerais, había estudiado en Coimbra y a su retorno a Brasil se desempeñó en la judicatura. Desde la instalación de la asamblea fue uno de sus miembros más brillantes. Entre sus iniciativas estuvo la erección de un Tribunal Supremo en 1826, que se verificó dos años después⁶³.

Genuino representante de la cultura de abogados dominante en el mundo hispánico desde mediados del siglo XVIII hasta mediados del XX, Vasconcelos era todo menos un ecléctico. La antítesis de Livingston. No se limitó a sacar de diversos códigos lo que le pareciera útil, ni menos se pavoneó de ser original por eso. Tampoco se halló condicionado por la necesidad de impresionar a los buenos ciudadanos de Luisiana. Ya hemos citado lo que él mismo dice sobre su manera de pensar respecto a imitaciones a modelos extranjeros. Uno de sus biógrafos pondera su realismo: “ese hombre tan inteligente, ese hombre de tantas ideas, nunca tuvo ideología en el sentido de apego a construcciones teóricas, ajenas a las contingencias y necesidades del momento histórico y del nivel cultural del país”⁶⁴.

Trabajador infatigable como Zeiller y como Bello, a los 32 años no podía tener ni la versación y práctica del codificador austriaco ni el tesón con que Bello perseveró durante 19 años en la formación de su código. A pesar de sus limitaciones físicas, molestos dolores a la espalda, desplegó una actividad desbordante. Su genio áspero y su agudeza, le valieron el apodo de Franklin o Mirabeau⁶⁵. Así se explica que en un mínimo de tiempo, no más

⁶² Ver nota 42.

⁶³ Id., p. 27.

⁶⁴ Id.

⁶⁵ Id., p. 34.

de siete meses, haya podido componer su proyecto durante una estancia en su Vila Rica natal, entre septiembre de 1826 y abril de 1827.

Naturalmente una obra realizada en estas condiciones no fue ni pudo ser original, es decir, un texto nuevo tal como lo son el CPA y código civil de Chile. Fue más bien una reelaboración de un texto ya existente. Su labor consistió más bien en poner en artículos el derecho patrio, como lo había hecho Mello Freire, pero esta vez dentro de los moldes del CPA. Trabajó sobre la obra de Zeiller y su tarea fue nada menos que reformular el derecho portugués vigente en Brasil, según el modelo centroeuropeo, el más avanzado de la época.

En este sentido su proyecto marca un vuelco en la historia jurídica de los países hispánicos, donde hasta entonces los tempranos intentos de codificación se habían orientado hacia Francia, tanto en materia penal como civil. Basta ver el código penal español de 1822 y, al otro lado del océano, el de El Salvador de 1826, para no decir nada de los códigos dominicanos. De ahora en adelante en el área penal la influencia francesa es desplazada por el modelo austriaco. Así sucedió incluso en esos dos países cuyo primer código fue reemplazado por otro de corte austriaco en 1848 y 1859 respectivamente. Este cambio de signo anunciado por las instrucciones de 1826 se materializó en el proyecto de Vasconcelos y se impuso definitivamente en 1830, con el código criminal del imperio de Brasil.

Vasconcelos no da luz sobre las fuentes que utilizó. Por supuesto, el libro V de las *Ordenações*. Pero como no pretende consolidar el derecho vigente sino codificarlo, es lógico que tuviera en cuenta el Proyecto de Mello Freire y alguno de los códigos más recientes, no solo el austriaco de 1803, sino el francés de 1810, el bávaro de 1813, y el español de 1822. No es probable que los tuviera todos a su alcance en su retiro de Vila Rica. En cuanto al proyecto de Livingston, apenas unos meses anterior a la presentación del suyo por Vasconcelos, sabemos que solo se conoció en la asamblea brasileña tres años después, en plena discusión del texto de jurista *mineiro*. En todo caso su semejanza con el CPA, mucho mayor que la del proyecto ecléctico de Livingston, fuerza a concluir que Vasconcelos utilizó directamente el código de Zeiller y no por mediación del estadounidense.

El cotejo de los textos es elocuente. A primera vista remite al CPA. Pero no se trata de una copia o traducción. El texto de Zeiller se tomó como modelo para elaborar un código propio. El plan y el contenido del proyecto y del CPA son similares, pero el tenor mismo, es original, así como el catálogo y la tipificación de los delitos en la parte especial, que se nutren de las viejas *Ordenações* y el Proyecto de Mello Freire. Una gran preocupación de Vasconcelos fue dar al código una estructura distinta o diferente de las *Ordenações* y otras leyes en vigor. Tal vez por eso se apartó del proyecto de Mello Freire y adoptó como modelo el código austriaco, expresión decanta-

da de medio siglo de ciencia penal. O, a la inversa, a la vista de un código como el de Zeiller, comprendió que no podía contentarse con seguir al de Mello Freire. Sea de ello lo que fuere, el CPA viene a ser como un molde en el que se vertió el derecho penal portugués vigente en Brasil. A la hora de ponerlo en artículos, se acudió a la doctrina penal centro europea.

2. Estructura

Este modo de codificar refleja muy bien el talante y el talento de Vasconcelos, su realismo implacable de que es buena muestra, su exabrupto en la asamblea ese mismo año 1826: “¿Por qué hemos de preguntarnos acerca de lo *que es mejor*, si el orden de nuestras actuales circunstancias solo nos faculta para indagar, *qué se puede hacer?*”⁶⁶.

Conforme a las directrices de la asamblea la estructura del código y su contenido corresponden a la primera parte del CPA. Versa sobre delitos y penas, y al igual que allí, se divide en tres partes: delitos y penas, crímenes de policía y crímenes particulares. En todo caso salta a la vista una incongruencia porque en su texto los crímenes policiales ocupan el lugar que tienen en el CPA los crímenes contra la seguridad común. No está de más señalar que este esquema nada tiene que ver con el que adopta Livingston en su proyecto ni tampoco el código francés de 1810, el bávaro de 1813, el de Dos Sicilias de 1819, o el español de 1822.

Lo mismo sucede con la distinción francesa entre crimen y delito, que se repite en los códigos recién nombrados. Vasconcelos no solo prescinde de ella sino que declara que ambos términos son sinónimos. Con ello adhiere una vez más al CPA. Otro tanto ocurre con la definición de delito en el mismo artículo 1º, tomada del de la introducción del código de Zeiller, artículo 2: “Toda acción u omisión contraria a las leyes penales o la determinación de la autoridad competente en forma legal”⁶⁷.

Al respecto llama la atención la exigencia de mala fe en el hechor. No la conocen ni el código francés, ni el proyecto de Livingston. El código bávaro de Feuerbach y el español de 1822 emplean la expresión voluntario⁶⁸. Este es uno de los casos en que no cabe duda acerca de su procedencia. Vasconcelos la tomó directamente del CPA. Ahora bien, una dicha exigencia al principio de la legalidad, *nullum crimen nulla poena sine lege*, lo que refleja una vez

⁶⁶ VASCONCELLOS, Bernardo, Pereira de, *Projecto do Codigo Criminal, apresentado em sessao de 4 de Maio de 1827, pelo deputado [...]*, en *Anais do Parlamento Brasileiro. Câmara dos Deputados*, Segundo ano da Primeira legislatura. Ssesao de 1827 (Río de Janeiro, 1875). Cfr. Art 1, 1 con *Gesetz*, nota 11, introducción art. 2.

⁶⁷ *Bayerisches Strafgesetzbuch*, 1813, art 2. *Código Penal Español*, 1822, art. 1

⁶⁸ *Projecto*, nota 66, art. 2.

más la libertad con que utiliza a su modelo: “No hay crimen sin ley anterior que lo califique y sin mala fe, esto es, sin conocimiento del mal e intención de realizarlo”⁶⁹.

Si pasamos, ahora, a las penas, la impresión es que en cuanto resulta posible se ha adoptado la regulación austriaca. Las principales son muerte y prisión que, en su caso, puede pasar a galeras. La prisión admite grados, según el rigor con que se aplica. A éstas se añaden otras penas como extrañamiento, destierro y multa, y azotes, para los esclavos. En todo caso si algo distingue a la versión brasileña es la suavización de las penas. Ya lo había hecho el CPA respecto de la *Josephina* y ésta respecto de la *Theresiana*. El proyecto y más tarde el código de Brasil dan un paso más. A algunos europeos, como el inglés Lord Brohaugam, el francés Dupin y el español Seijas les parecerá excesivo⁷⁰.

Otras diferencias son menores. Vasconcelos simplifica el modo de aplicar la pena de muerte, minuciosamente reglamentada por Zeiller. No en vano había transcurrido más de dos décadas desde la promulgación del CPA.

El catálogo de los delitos y su tipificación, en la parte especial, se aparta del modelo austriaco. Sin embargo, los dos textos tienen una misma raíz en el *ius commune*, junto al cual concurren, como es de esperar, también elementos de derecho propio. Aquí el letrado de Coimbra se mueve con mayor independencia y, tal vez, apresuramiento. A diferencia de Mello Freire y del CPA no sigue un orden determinado en la enunciación de los delitos.

Entre los delitos particulares se advierte una cierta dependencia del proyecto de Mello Freire en los denominados contra las personas y los delitos inmorales, honra personal y honra pública, calumnia e injuria, reducción a la esclavitud, delitos contra la libertad de movimiento y residencia, violación de domicilio, heridas, lesiones, muerte, abortos, violación y concubinatos.

En contraste con el proyecto de Livingston, el tratamiento de los crímenes policiales es la parte más floja. Entre ellos contempla el uso de armas, juntas de más de veinte personas, abusos de la imprenta, y en un lugar bastante secundario, las perturbaciones contra la religión. Coincide con el CPA en penar el culto público de no católicos, pero el tenor es mucho más terminante: “La religión católica, apostólica, romana es la religión del imperio. Todas las otras serán permitidas con su culto doméstico o particular en casas para ello destinadas, sin forma exterior de templo. Es crimen hacer público el culto de otras religiones permitidas, o dar a las casas para eso

⁶⁹ SEIJAS LOZANO, Manuel, *Discurso en el Congreso*, en Sesión 10 de marzo de 1848, p. 1715.

⁷⁰ *Projecto*, nota 66, art. 120.

destinadas forma de templo”⁷¹. Al igual que el CPA prohíbe hacer burla de cualquier culto o lugar de culto.

3. *Arbitrio judicial*

Donde Vasconcelos se distancia mayormente del CPA es en lo que toca al arbitrio judicial. Vasconcelos es menos restrictivo. A diferencia de Livingston que hace suyo el rechazo generalizado en la doctrina y los códigos europeos, Vasconcelos adopta en toda sus partes el sistema austriaco de justificante o eximentes, atenuantes y agravantes, penas fijas y graduadas, pero en la medida en que es compatible con la práctica y los usos judiciales de los países hispánicos.

Con su característica firmeza de criterio, Vasconcelos se niega a copiar lo extranjero y a sacrificar lo nacional a las tendencias de la Ilustración. No se retaca para cortar, adicionar y modificar el texto de Zeiller. Por ejemplo elimina entre las atenuantes la irreprochable conducta anterior del artículo 39,⁷². Añade no pocas agravantes. Pero a diferencia de Zeiller, deja entregada al juez “la apreciación de estas circunstancias para la imposición de la pena en los diversos grados o para su mudanza queda en absoluto dependiente de la conciencia de los jueces”⁷³.

La cultura jurídica hispánica entiende a su manera la legalidad y, por tanto, también el principio *nullum crimen*. A tono con ello, Vasconcelos subraya la distinción entre pena ordinaria “impuesta por la ley al delito de que se trata y la extraordinaria, la que los jueces imponen fundados en el arbitrio que este código les confiere”. El contraste con el CPA no puede ser más patente, “la pena debe aplicarse dentro de los límites de ley: *No se puede aplicar una pena más dura que la prescrita por la ley, según las circunstancias del delito y la posición del autor*”⁷⁴.

A la vista de lo anterior, no es aventurado cifrar en esta fidelidad al propio derecho, de este intento de codificación una de las razones de su fortuna, no solo en Brasil sino también en el resto del mundo hispánico.

⁷¹ *Gesetz*, nota 11, art. 39, 2.

⁷² *Projecto*, nota 66, art. 29.

⁷³ Id. art. 59, Cfr. *Gesetz*, nota 11, art. 26.

⁷⁴ *Código Criminal do Imperio do Brasil* (1830), art. 63. No se ha examinado su texto en relación con el proyecto de Vasconcelos. THOT, Ladislao, *Estudo histórico, jurídico y comparativo do código criminal de 1830*, en *Arquivo Judiciario* 15 (Rio de Janeiro, 1930); DA COSTA E SILVA, A. J. *Código Penal* (Sao Paulo, 1938); GARCÍA Basilea, *Instituições de direito penal* (Sao Paulo, 1977); LIMA LOPES, José Reinaldo, *O Direito na História* (Sao Paulo, 2000), p. 286 ss. Ver nota 9.

X. CÓDIGO CRIMINAL DEL IMPERIO

La discusión del proyecto se prolongó más de lo esperado porque se cruzó con la de la ley de imprenta. Duró cuatro años. En el curso de ellos no se introdujeron grandes modificaciones. En todo caso vale la pena destacar que algunas de ellas acercaron el texto al CPA. En la parte especial los crímenes públicos pasaron a ocupar el lugar que tenían allí, al comienzo de la segunda parte, inmediatamente antes que los particulares. En consecuencia, los policiales pasaron al libro III *De las contravenciones*. En una palabra, se restableció el orden del CPA del que Vasconcelos se había apartado.

En cierto modo esto es un indicador del sentido de los cambios. Mejoraron el texto, su sistemática, pulen su redacción y suavizan las penas.

Un aspecto clave en esta aproximación al CPA es la eliminación de disposiciones que reconocían de algún modo el arbitrio judicial, en especial el artículo 29 del proyecto sobre apreciación de la pena y sus circunstancias por el juez y el artículo 59 que distingue entre pena ordinaria o legal y extraordinaria, y entregada al arbitrio del juez.

Al mismo tiempo, el nuevo artículo 63 perfecciona al CPA: “Cuando el código no impone pena determinada, fijando solo la máxima o el mínimo, han de considerarse tres grados en los crímenes con atención a sus circunstancias atenuantes o agravante”. Y prosigue: “al máximo o de mayor gravedad se le impondrá el máximo de la pena; al mínimo o de menor gravedad se le impondrá la pena mínima. Al medio el que queda entre el máximo y el mínimo se le impondrá la pena en el termino medio entre los dos extremos”⁷⁵.

El código de Zeiller, en cambio trae dos reglas, la del Art. 25 “... como la vanidad de circunstancias agravan o atenúan el delito no permiten determinar con precisión la medida de la pena para cada caso particular previsto en esta ley, se ha fijado para cada delito el mínimo o el máximo de tiempo de prisión y su duración debe ser fijada en esos límites en proporción a la gravedad del delito.” La segunda regla del Art.26 prescribe que “la pena debe ser aplicada dentro de los límites de la ley: no se puede aplicar una pena más dura ni más suave que las prescritas por la ley, según las circunstancias del delito y la posición del autor.”

Volviendo a la parte especial, el código del Imperio trata con gran detenimiento de los crímenes públicos. Abarcan seis títulos, algunos desconocidos de los derechos de las *Ordenações*. También hay un claro añadido a los contemplados en el CPA. Si allí se trata de la alta traición y pública tranquilidad, sedición, rebelión, violencia pública, abuso de poder, falsifica-

⁷⁵ *Projecto*, nota 66.

ción de billetes y monedas, aquí se agrega los delitos relativos a los deberes y derechos de los ciudadanos. En consecuencia el catálogo queda así: delitos contra la existencia política del Imperio; el libre gozo y el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos; la seguridad interna del Imperio y pública tranquilidad; el buen orden y administración pública, y contra el tesoro y la propiedad pública.

Las ofensas a la religión se clasifican en el proyecto de Vasconcelos entre los crímenes policiales a diferencia del CPA, los trata entre los crímenes públicos. En el código imperial se les da un tratamiento distinto de los dos textos anteriores. En forma muy sumaria se les reduce a la celebración de un culto público de otra religión que no sea la del Estado y al abuso o burla de cualquier culto establecido en el Imperio⁷⁶.

Los crímenes particulares guardan similitud con el CPA y el proyecto de Vasconcelos, pero se advierte una mayor elaboración. Se les sistematiza en cuatro títulos que comprenden libertad individual, seguridad individual, dividido en: I. Contra persona, vida y honra: homicidio, infanticidio, lesiones, aborto, amenazas, violación de domicilio, violación de correspondencia. II. Contra la honra (estupro, raptó, calumnia, injuria), estado civil y domicilio (matrimonio ilegal, adulterio, suplantación de parto). III. Contra la propiedad: hurto, quiebra fraudulenta, daño. IV. Contra persona y propiedad: robo con violencia en las cosas.

Finalmente, en cuanto a los crímenes policiales sistematiza los conceptos pero no sigue la división tripartita de las graves infracciones de policía del CPA, según la redacción definitiva de Sonnenfels. Contempla ofensas a la religión, a la mora, a las buenas costumbres, sociedades secretas, asociación ilícita, vagancia y mendicidad, fabricación de instrumentos para robar, suposición de nombre o título, abusos de imprenta. Se advierte aquí también una aproximación al CPA, al incluir crímenes que Vasconcelos no había colocado en su proyecto.

La génesis del código concluye con su promulgación por Pedro I, en el Palacio de Río de Janeiro, el 6 de diciembre de 1830.

Del mismo modo que el CPA nó tardó en ser reconocido como una obra maestra, así también lo fue el CPB. Se elogió ante todo su sistemática y la propiedad y precisión de los términos. En cambio algunos consideraron demasiado suaves las penas. De una u otra manera imprimió un nuevo giro a la codificación penal en los países hispánicos.

⁷⁶ *Código Criminal*, nota 74.

XI. EL CÓDIGO ESPAÑOL DE SEIJAS Y LA FAMILIA
DE CÓDIGOS HISPÁNICOS

La siguiente etapa corresponde al código penal español de 1848, en adelante, CPE⁷⁷. Es más simple que la anterior. Después de examinar los códigos europeos y americanos, los codificadores convinieron en tomar como base el de Brasil. Realizaron una acuciosa revisión de su texto. Si el código imperial brasileño no fue sino una reelaboración corregida y aumentada del austriaco, el español no fue más que una versión revisada del brasileño.

Basta un simple cotejo de ambos textos para advertirlo. Más que una obra nueva, es otra versión del CPB, pulida y corregida. Lo sigue de cerca, pero no a la letra. En palabras de Seijas, su redactor principal, “seguimos como modelo sin someterme a sus reglas”. Tanto el como los revisores no se retacaron para aclamar al código imperial como obra perfecta o como “el mejor código del mundo”⁷⁸.

Estas expresiones no tienen nada de ditirambo. Revelan que el código español se gestó en un clima de admiración ante la superioridad del brasileño. Pero eso no impidió que se consultara la legislación y la jurisprudencia castellana, de suerte que el mismo Seijas pudo declarar orgullosamente que el código era puramente español⁷⁹.

No hay contradicción. Así como el CPB es derecho portugués codificado según los moldes de la ciencia penal centroeuropea, el CPE es derecho castellano, de las *Partidas*, la *Nueva Recopilación*, fueros y demás, puesto también en artículos, al modo centroeuropeo. La diferencia está en que Vasconcelos utilizó directamente el código austriaco y los españoles lo hicieron en forma indirecta, por mediación del código brasileño. Sólo, ocasionalmente, consultaron el texto de Zeiller, del que, sabemos, existía desde 1833, una traducción francesa.

Vale la pena detenerse en los dichos de los codificadores españoles, todos juristas de fuste acerca de la utilización del código brasileño. Manuel Seijas Lozano (1800 - 1868), redactor del libro I que corresponde a la parte general y del IV relativo a las faltas, perteneció a la judicatura y desde 1839 tuvo activa participación en labores codificadoras y a partir de 1847 también en varios ministerios. Se destacó por su acuciosidad y firmeza de criterio, la que quedó de manifiesto durante la discusión de su anteproyecto ante la

⁷⁷ *Actas de la comisión general de codificación. Código Penal, 1844 - 1845, Sesión 16 de noviembre de 1844*, en LASSO GAITÉ, nota 9, II, p. 606.

⁷⁸ *Diario de Sesiones del Congreso*, 79, 10 de marzo de 1848 (Madrid, 1848), p. 1715. Ahora en LASSO GAITÉ, nota 9, 2.

⁷⁹ Id.

comisión revisora⁸⁰. El catedrático de Sevilla José María Claros (c. 1810 - ?) debió redactar los libros II y III del anteproyecto, pero su labor estuvo llena de tropiezos y atrasos. Tan es así que los títulos terminaron por discutirse en cualquier orden, a medida que conseguía terminarlos.

Sin duda la figura más brillante de la comisión es Juan Francisco Pacheco (1808 - 1865), quien unió su nombre al código con su obra *Concordancias*⁸¹. Intervino poco en la discusión. A él se debe la redacción final de la definición de delito que con leve alteración reproduce la del CPA y del CPB: “acción u omisión penada por la ley”. Intensa fue la intervención de Claudio Anton de Luzuriaga (1810 - 1874), miembro de la Judicatura, participó en diversos gobiernos y fue presidente del Tribunal Supremo. También se destacaron Domingo María Vila y Tomás María Vizmanos. Todos ellos, al menos en algún momento, invocan el CPA.

Reveladores son los términos con que Seijas y los miembros de la comisión se refieren una y otra vez al código imperial. Desde luego todos reconocen que es el principal modelo. Pero, además, no ocultan su admiración por él. Coinciden en considerarlo superior al francés, lo que refleja un homenaje, consciente o inconsciente de la Europa atlántica a la ciencia penal centroeuropea. De hecho, después de examinar los otros códigos optan por el brasileño como modelo, en lugar del francés, hasta entonces imitado en toda Europa. Los códigos penales promulgados hasta ese momento en los países hispánicos, eran sólo el español de 1822 y el de El Salvador de 1826, que se movían dentro de la órbita francesa⁸². A partir de entonces, comenzaron a girar en la austriaca.

En varias ocasiones explicó Seijas por qué se dejó de lado el modelo francés y se adoptó decididamente el brasileño: “lo primero que hice fue estudiar *ad hoc* la legislación penal de todos los países europeos y de otros pueblos que también se han adelantado. Este estudio me reveló que la Europa generalmente, puede decirse, no se rige más que por un código, que es el código francés...”. “Este es, en mi concepto, el peor de todos los códigos...el peor redactado...peor combinado y peor calculado...pero es mucho más fácil copiar que inventar y esta es la causa por la que se ha adoptado en muchos pueblos de Europa. El Brasil...no obedeció al impulso ciego que habría arrastrado a Europa a adoptar la legislación francesa”... “el pueblo que creíamos más atrasado es el que se ha dado la legislación más adelanta-

⁸⁰ PACHECO, Juan Francisco, *El código penal concordado y comentado* (Madrid, 1848 - 1849).

⁸¹ ZAFFARONI, nota 9; SILVA, José Enrique, *Compendio de la historia del Derecho de El Salvador* (El Salvador, 1998).

⁸² Ver nota 78.

da, el mejor código del mundo”⁸³.

A juicio de Seijas, “Brasil se dio un código penal que considerada su parte artística es cosa perfecta, considerada su redacción es el colmo de la precisión y claridad, y considerada la penalidad, su exactitud gradual es geométrica”. No obstante la penalidad parece a diversos juristas europeos “tan tenue que sería imposible que ninguna nación europea pudiese regirse por él”⁸⁴.

Con él concuerdan los miembros de la comisión. Para Claudio Antón de Luzuriaga: “el código de Brasil, cuyo volumen es la tercera parte menor que el de los demás de Europa ha seguido este sistema y es el más perfecto que se conoce”⁸⁵.

1. *Fuentes y estructura*

En cuanto a las fuentes utilizadas, al decir de Juan Francisco Pacheco, fueron: “El código de 1822, que fue temporalmente nuestra ley; el francés (de 1810), modelo de todos los del día; el austriaco y el napolitano, reglas de pueblos que se parecen al nuestro y el de Brasil, cuyo método ha servido de norma para el que acaba de publicarse”⁸⁶. Ocasionalmente se mencionan además el belga, el holandés y el de Ginebra.

A diferencia de lo que ocurre con el código brasileño, no se conserva el texto del anteproyecto. Tampoco están completas las actas de la comisión. No obstante sabemos que se proyectaron cuatro libros en lugar de los CPB. Pero, en definitiva, se refundieron los dos dedicados a los delitos en particular que equivalen a la llamada parte especial. De esta suerte el código quedó compuesto por tres libros, uno de disposiciones generales, otro sobre delitos en particular y otro relativo a las faltas.

Al igual que en el CPB y en el CPA no se distinguió entre crimen y delito. Durante la discusión Luzuriaga invocó precisamente el código de Zeiller en apoyo del brasileño: “si buscamos un ejemplar en donde se haya prescindido de esta distinción, tal cual el código de Napoleón la ha introducido en nuestra ciencia, la hallaremos en el austriaco. Allí se encuentra hecha la división entre delitos y graves infracciones, dejando a los primeros la importante idea de la inmoralidad, y a los segundos, la simple idea de la infracción punible por la conveniencia de la sociedad por hacer cumplir las

⁸³ Ver nota 78, p. 1714.

⁸⁴ *Actas*, nota 77, sesión de 2 de octubre de 1844, ahora en LASSO GAITÉ, nota 9, II, p. 467.

⁸⁵ PACHECO, nota 80, p. 62.

⁸⁶ *Actas*, nota 77, sesión de 5 de octubre de 1844, en LASSO GAITÉ, nota 9, II, p. 476.

leyes positivas. Esta es, a mi ver, la más oportuna”⁸⁷.

Donde más claramente se separa el CPE del CPB es en lo que toca al orden en que se trata de los diversos delitos y en la relevancia que se reconoce a los que atentan contra la religión. Se adopta un orden jerárquico que refleja la gravedad atribuida a los distintos hechos punibles. Conforme a la tradición hispánica, tanto castellana como portuguesa se parte en el título primero por los delitos contra la religión y se destinan los tres siguientes a atentados contra la seguridad exterior del Estado, su seguridad interior y otros intereses públicos. A partir del título IV se trata de los delitos contra las personas y en general de los calificados como privados.

2. *Legalismo y arbitrio judicial*

Para Seijas y los demás redactores, esta es la clave del código. Pero no por eso siguen a la letra al código de Brasil, al que tienen por más perfecto. Como aclara: “nosotros hemos tomado de ese código lo que podíamos que es su estructura, su parte artística, por que en este punto el código de Brasil está sobre todos los códigos europeos; pero en la penalidad, las observaciones hechas por eminentes jurisconsultos, demuestran que no puede tomarse en cuenta”⁸⁸.

Por parte artística se entiende, según explicó Castejón con ocasión del centenario del código de 1848, el régimen de aplicación de las penas, concretamente el desplazamiento del arbitrio judicial a favor de la legalidad: “Fue –dice– el mayor mérito en su época... que hoy censuramos como su más acusado defecto... que se conservó en las reformas posteriores y se mantiene en el texto actual”. No es otra cosa que el desplazamiento del arbitrio judicial por la legalidad “por virtud de ella la designación de la pena se hace por el legislador y su extensión por el magistrado; pero de forma matemática, que aun podría llamarse automática, al punto que de haberse dicho, algo humorísticamente, que cabría fijar la pena de cada reo utilizando una máquina registradora de las usadas hoy por el comercio, con sólo manejar a base de la pena tipo señalada por la ley dos botones, o pulsadores. Uno para elevar aquella pena si concurre alguna calificativa, o rebajarla si el hecho es frustrado o intentado o el delincuente fuere cómplice o encubridor, y otro botón para medir la pena dentro del grado correspondiente según concurran atenuantes o agravantes”⁸⁹.

⁸⁷ Ver nota 77.

⁸⁸ CASTEJÓN, Federico, *Apuntes de Historia política y legislativa del Código Penal de 1848*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Número extraordinario del centenario (Madrid, 1953).

⁸⁹ *Actas*, nota 77. LASSO GAITÉ, nota 9, II, p. 462.

Añade Seijas: “declaro francamente que en el de Brasil me entusiasmó su estructura; en el de Nápoles su precisión. Estos que llenaban mis deseos creí que debía estudiarlos particularmente y seguirlos como modelos sin someterme a sus reglas. No pretendo haber adelantado algo sobre los otros códigos, pero escribimos después que las otras naciones y obligación tenemos de no retroceder”⁹⁰.

Explica: “dos sistemas distintos se han admitido en las diferentes legislaciones. El uno que es el más antiguo, es el que en cada hecho se atiende a las circunstancias atenuantes o agravantes como únicas que pueden conducir a establecer la especie del delito. Cuando este sistema se ha seguido, se consigna en los códigos las disposiciones relativas a cada hecho considerado como más o menos grave. El otro sistema consiste en adoptar como principio genérico que ciertas circunstancias contribuyen a atenuar o a agravar la responsabilidad respecto de todos los delitos, y de este modo una porción de crímenes caben en la esfera de un hecho cometido a la escala de agravación y atenuación”⁹¹.

Así en materia de justificantes o atenuantes, Vila hizo una comparación “el de Brasil dice que donde no hay mala fe no hay delito, el francés y el siciliano vienen a decir lo mismo, y por último el austriaco ha dicho que hay delito donde hay intención”⁹². En definitiva se optó por la redacción que propuso Pacheco, que supuso una enmienda a los artículos correspondientes del código brasileño y del austriaco.

Se realizó un esfuerzo por perfeccionar las agravantes, a pesar de que no había enumeración taxativa de ellas. Luzuriaga hizo ver que el código francés no las fija, a diferencia del brasileño. De su lado argumentó García Goyena: “en la imposibilidad de determinar todas estas circunstancias deben comprenderse las que se presentan con más frecuencia, según se ha hecho en el código brasileño, siempre que no resulten inconvenientes”⁹³. Por su parte Vizmanos presentó por modelo lo dicho en el código brasileño⁹⁴. En definitiva, los agravantes aumentaron desmedidamente.

El código mismo, mereció un juicio en general favorable, aunque no entusiasta. Como dice Gacto: “desde el punto de vista científico, se ha destacado en el código penal de 1848, su armonía y buen método y el rigor científico de su redacción, muy superior al de la mayor parte de los que vinieron a substituirlo”⁹⁵. La parte general, de cuño centroeuropeo, le con-

⁹⁰ Ver nota 84.

⁹¹ *Actas*, nota 77. LASSO GAITÉ, nota 9, II p. 301.

⁹² *Actas*, nota 77; Sesión de 12 de octubre de 1844, en LASSO GAITÉ, nota 9, II, p. 530.

⁹³ *Actas*, nota 77; Sesión de 22 de octubre de 1844, en LASSO GAITÉ, nota 9, II, p. 533.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Texto del Código de 1848, del de 1822 y de los siguientes, de 1850, 1870, 1928, 1932 y 1944, en LÓPEZ BARJA Jacobo y otros, *Códigos Penales Españoles* (Ma-

firió una neta superioridad, que le permitió convertirse en un modelo indiscutido dentro del mundo hispánico. En la otra parte, relativa a los delitos y su tipificación, no había mayores diferencias entre el derecho castellano y el portugués, ni entre los diversos países que se regían por uno y otro⁹⁶. Al respecto, es ilustrativa, por ejemplo, la práctica criminal de José Marcos Gutiérrez, utilizada tanto en España como en América, en estudios de abogados y universidades. Allí puede verse como se ordenaban los delitos en el derecho castellano precodificado: I, delitos contra la divinidad y la religión; II, de la majestad humana o traición al soberano y a la patria; III, contra la persona del ciudadano; IV, contra el honor y la reputación del ciudadano; V, contra la propiedad del ciudadano; VI, en perjuicio de la Real Hacienda; VII, contra la administración de justicia; VIII, delitos de falsedad; IX, delitos de incontinencia o deshonestidad y X, contra la policía⁹⁷.

XII. FORTUNA DEL CÓDIGO DE 1848

La última etapa de esta historia que llega hasta nuestros días es la más conocida. Se abre en 1859 con la adopción del CPE en El Salvador y se prolonga hasta hoy al menos en los países donde su texto se mantiene vigente como en el caso de Chile. Se trata de la difusión del código de 1848 fuera de España. Aquí solo podemos apuntar sus líneas matrices. Al optar por el código de Brasil como modelo, Seijas y los redactores del CPE, imprimieron una orientación común a la codificación penal en los países hispánicos. Dieron la espalda a la influencia francesa y la incorporaron al área austriaca.

Mientras en España, el código de Seijas fue sometido a repetidas reformas y alteraciones, uno tras otro, más de quince países lo adoptaron. El CPE se convirtió así en lo que se ha llamado cabeza de una familia de códigos, extendida por tres continentes, desde Portugal, hasta Filipinas, pasando por América española⁹⁸. A esta familia pertenecen también quince o más códigos estatales en países como México, Colombia o Argentina⁹⁹.

Esta etapa es una especie de epílogo. Por lo general no se codifica. Los redactores se limitan a revisar el código español y a introducir aquí o allá

drid, 1988); GACTO, Enrique, *Temas de Historia del Derecho: Derecho del constitucionalismo y la codificación* (Sevilla, 1979).

⁹⁶ BRAVO LIRA, *Beziehungen*, cit., nota 2; EL MISMO, *Eine Kodifikation*, ibid.

⁹⁷ GUTIÉRREZ, José Marcos, *Práctica criminal de España* (Madrid, 1804 – 1806, varias ediciones posteriores: 1818, 1819, 1824, 1826); BRAVO LIRA, nota 13.

⁹⁸ BRAVO LIRA, *Beziehungen*, nota 2. Ahora en BRAVO LIRA y MÁRQUEZ DE LA PLATA, nota 1. Para los textos de los códigos, MEDINA Y ORMAECHEA, Antonio de, *La legislación penal de los pueblos latinos* (México, 1896); LEVENE, Ricardo (h.) y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Los códigos penales latinoamericanos* (Buenos Aires, 1978).

⁹⁹ ISLAS, Olga, *Derecho Penal contemporáneo* (México, 1965), I; ZAFFARONI, nota 9.

algunos cambios. Pero la estructura –los tres libros: disposiciones generales, delitos y penas y faltas–, y el contenido fundamental, tanto en lo que toca a la regulación en el papel del juez, para restringir el arbitrio judicial a favor de la legalidad, como la tipificación y penalidad de los delitos son las del código imperial del Brasil, y corresponden en último término a la sección I, de la parte primera del código penal de Austria. Al respecto, son sintomáticas las variaciones en torno a la definición de delito, siempre de detalle. No se discuten los términos del código de Zeiller, se los revisa y a lo más se los pule.

El código de 1848 tuvo mayor fortuna fuera de España que en su país de origen. Allí fue una y otra vez reformado, en medio de la inestabilidad institucional reinante. Al igual que en países iberoamericanos como Venezuela, se cambió el código tantas o más veces que la constitución¹⁰⁰. España tuvo pues, códigos tanto o más numerosos y precarios que sus constituciones: uno en 1870, dos efimeros en 1928 y 1932, al que siguió el de 1944. A estas alturas, el decreto promulgatorio proclama: “no es una reforma total, ni una obra nueva, sino una edición renovada y actualizada de nuestro viejo cuerpo de leyes penales que, en su sistema fundamental y en muchas de sus definiciones y reglas data del código promulgado el 19 de marzo de 1848”¹⁰¹. Desde entonces, la inestabilidad institucional no ha desaparecido y con ella, tampoco las reformas del código penal. Ninguna se considera satisfactoria, ni las de 1963 ni las de 1973 ni las posteriores. Tampoco el código, todavía vigente de 1996.

XIII. FAMILIA DE CÓDIGOS EN TRES CONTINENTES

Fuera de España, cabe distinguir, a grandes trazos, dos situaciones: la de los países que adoptaron directamente el CPE y la de aquellos que abandonaron un código anterior para hacerlo. Por decirlo así, el caso de los que se mantienen dentro de la propia cultura jurídica y el de los que retornan a ella. No deja de llamar la atención que tarde o temprano, esta vuelta a lo propio, se convierta en la regla.

Como se dijo, abre la primera serie El Salvador con el código de 1859, al que siguen los de 1881 y 1909¹⁰². Le sigue Venezuela en 1863, cuyos códigos han sido más efimeros aún, tanto que, el promulgado en 1926, era el séptimo¹⁰³. En Chile, se indicó expresamente a la comisión redactora, que

¹⁰⁰ PÉREZ-PRENDES, José Manuel, *Interpretación histórica del derecho* (Madrid, 1996), p. 1.072.

¹⁰¹ *Decreto promulgatorio*, 23 de diciembre de 1944, *Preámbulo*, en LASSO GAITÉ, nota 9, II, p. 836.

¹⁰² SILVA, nota 81.

¹⁰³ ZAFFARONI, nota 9, I, p. 380.

tomara como base el código belga de 1867, adoptado en Ecuador, en 1872. Pero de inmediato se vio que esto era impracticable, por lo atrasado de ese cuerpo legal, en comparación con el español de 1848, que como es sabido, no pasaba de ser una versión corregida a la luz de las críticas de Pellegrino Rossi del código francés de 1810. Se decidió entonces, seguir el CPE, que fue objeto de una minuciosa revisión. En el curso de ella, por sugerencia del presidente de la comisión, Alejandro Reyes (1825 - 1824) se repuso entre las atenuantes, la de irreprochable conducta anterior, proveniente del código de Zeiller. De este modo, la atenuante que tanto Vasconcelos como Seijas habían dejado fuera, desde 1874, se encuentra vigente en Chile¹⁰⁴. Poco después, se aplicó el código español a Cuba y a Puerto Rico y también, según real decreto de 1884 a Filipinas¹⁰⁵.

La lista de los que tenían un código penal, pero lo reemplazaron por otro de corte español es larga. Comienza en 1863 con el Perú, continúa en 1870 con Nicaragua, el año siguiente con México, luego Costa Rica y Honduras en 1880, Portugal en 1886, Guatemala en 1889, reemplazado al igual que en Venezuela en 1897. En Portugal se repuso el título "*Delitos contra la religión del Reino*", a la cabeza de la parte especial, según el orden tradicional en el derecho portugués y castellano, que se remonta al reino hispano - visigodo¹⁰⁶.

Al examinar de cerca estos códigos derivados del español se advierte en ellos un inconfundible aire de familia, que proviene no tanto de su contenido mismo como de una suerte de sello común que los hermana. En ocasiones se apartan de su modelo, pero para reponer elementos que Vasconcelos o Seijas dejaron fuera. Por decirlo así, vuelven a sus raíces. De ello hay ejemplos en los tres continentes y en países tan alejados entre sí como Chile, Filipinas y Portugal.

Según se verá, en Chile se acudió al código austriaco para recuperar una atenuante, de la que tanto el brasileño como el español habían creído del caso prescindir. En Filipinas se mantuvo, para ciertos efectos, el arbitrio

¹⁰⁴ DOYARÇABAL, nota 24. RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, *Código Penal de la República de Chile y Actas de la comisión redactora* (Valparaíso, 1974). Cfr. *Estudio preliminar*; p. IX ss.

¹⁰⁵ *Real decreto* de 23 de mayo de 1879, sobre la aplicación del código penal español a Cuba y Puerto Rico; *Real decreto*, Gijón, 4 de septiembre de 1884, sobre su aplicación en Filipinas, cuyo conocimiento debo a una gentileza de don John Mac KINNON, *Código Penal para Cuba y Puerto Rico*, edición especial (Madrid, 1886).

¹⁰⁶ Código Penal de 1886, versión castellana en Romero Girón, Vicente y García Moreno, Alejo, *Colección de Instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos* (Madrid, 1891), VI; CORREIA, Eduardo - DIES FIGUEIREDO, *Direito Criminal* (Coimbra, 1971); ZAFFARONI, nota 9, I, p. 380.

judicial en uso hasta entonces, al paso que en Portugal se restituyó a los delitos contra la religión el lugar y jerarquía que siempre tuvieron en los reinos peninsulares.

A primera vista pareciera que los códigos posteriores fueran más apegados a las raíces comunes que el de Vasconcelos y el de Seijas. Pero en rigor no es así. Todo parece indicar que en estos nuevos códigos aflora una constante que viene de los primeros. En efecto, tanto para Mello Freire como para Séller, la codificación tiene un cuño nacional, que la distingue del cosmopolitismo y de la imitación extranjera. El sello ilustrado propio de la codificación penal va unido al aprecio por las antigüedades patrias, vale decir, por el propio derecho y el propio pasado. Esta misma es reconocidamente la visión de Vasconcelos, para no decir nada de los moderados españoles, entre los que se cuentan Seijas y los demás codificadores.

Bien miradas las cosas, lo propio de esta familia de códigos es su tendencia nacional que persiste desde los primeros hasta los más recientes. Al respecto bien puede aplicarse el dicho: quien lo hereda no lo hurta.

1. *Chile, Cuba y Puerto Rico.*

En Chile, aunque se indicó expresamente a la comisión redactora que tomara como base el código belga de 1867, adoptado en Ecuador en 1872, se descartó de inmediato proceder así, porque resultaba impracticable. Dicho texto no era más que una versión del francés de 1810, corregido a la luz de las críticas de Pellegrino Rossi, y, por tanto, muy atrasado en comparación con el español de 1848. Se decidió entonces tomar este modelo. Después de una minuciosa revisión, solo se introdujeron algunas mínimas alteraciones, según comprobó Rivacoba en su edición crítica del texto. Como se adelantó, una de esas modificaciones consistió en reponer entre las atenuantes la irreprochable conducta anterior del código de Zeiller, que había sido eliminada tanto por el Código brasileño como por el español. La iniciativa de hacerlo provino del presidente de la comisión redactora, Alejandro Reyes (1826 - 1884), quien la fundamentó en el código austriaco. De este modo, desde 1875 esta atenuante no sólo se encuentra vigente en Chile sino que es en la práctica la más frecuentemente invocada¹⁰⁷.

Poco después se extendió la vigencia del código de Seijas a Cuba y Puerto Rico, que formaban parte de la monarquía española. Sin reformar el texto vigente, una comisión codificadora para las provincias de Ultramar,

¹⁰⁷ DOYARÇABAL, nota 17. RIVACOPA Y RIVACOPA, Manuel, *Código Penal de la República de Chile y Actas de la comisión redactora* (Valparaíso, 1974). Cfr. *Estudio preliminar*, pp. IX y ss.; ROSSI, Pellegrino, *Traité de droit pénal* (París, 1829), utilizado por PACHECO, Juan Francisco, *Estudios de derecho penal* (Madrid, 1842 - 1843).

introdujo algunas modificaciones para hacer posible su aplicación, aprobadas por Real decreto de 23 de mayo de 1879. En 1886 se hizo una edición oficial del código vigente en estas islas¹⁰⁸.

2. Filipinas

En el caso de Filipinas se procedió de un modo similar, pero fueron necesarios cambios de bulto, particularmente en lo que toca al arbitrio judicial, si bien dentro de la más rancia tradición del derecho castellano. Aprobados por Real decreto de 1884, entraron en vigencia dos años después. Entre otras cosas, este código incluyó como atenuante o agravante la circunstancia de ser el reo indígena, mestizo o chino, quedando al prudente arbitrio de los tribunales, según el grado de instrucción respectivo, la naturaleza del hecho y las condiciones de la persona ofendida.

Además, el código mantuvo el arbitrio en la aplicación de las penas. Expresamente se reconoció *“la conveniencia de que los Tribunales de Filipinas sigan con acierto la práctica que sin interrupción observan, aplicando una penalidad menor a la señalada en el código, teniendo en cuenta, cuando los fueros de la razón y de la justicia lo reclamen, las condiciones de la raza indígena o de sus individuos en todos aquellos casos en que del cumplimiento estricto del precepto penal resulte una agravación que dista mucho de la mente del legislador”*¹⁰⁹.

En materia religiosa prevalecieron asimismo las condiciones del país. Hasta entonces ningún gobierno español se había aventurado a imponer en Filipinas la libertad de cultos. La comisión era consciente de que se trataba de un tema vital: “la construcción de un templo, la tentativa del libro y la pública propaganda de otras religiones (aparte de la católica) significarían quizá innovaciones peligrosas en un país cuya dominación no se realizó por la fuerza de las armas, y que debe en gran parte su proverbial tranquilidad y los lazos de unión entre los peninsulares y las razas indígenas a la religión católica, a las órdenes religiosas y a las misiones existentes”.

En consecuencia se mantuvo la prohibición del culto público de otras confesiones distintas de la católica, como en España y la generalidad de los países hispánicos, sin perjuicio del “respeto a las prácticas de otros cultos por extranjeros o españoles en recintos autorizados o que se autoricen legítimamente (y) se toleran las ceremonias religiosas en los cementerios y se

¹⁰⁸ Para Cuba y Puerto Rico, *Real decreto* de 23 de mayo de 1879, en *Código Penal vigente en las islas de Cuba y Puerto Rico* (Madrid, 1886).

¹⁰⁹ Para Filipinas *Real decreto*, Gijón, 4 de septiembre de 1884. *Código penal y ley especial para aplicación el mismo a las Islas Filipinas* (Madrid, 1886). Debo el conocimiento de ambos a una gentileza de don John Mackinnon.

castigan las amenazas, violencias y otros apremios ilegítimos para impedir el ejercicio de los diversos cultos, estableciendo la supremacía para la religión del Estado”¹¹⁰. En una palabra, se mantuvo el régimen vigente en otros países hispánicos, desde el *Projecto* de Vasconcelos de 1827 hasta el código portugués de 1886.

El código penal filipino no experimentó reformas de consideración hasta 1932. Ese año entró en vigencia el llamado *Revised penal code*. Como lo indica su nombre, mantuvo el sistema de origen austriaco, de eximentes, atenuantes y agravantes, así como la regulación de delitos y penas del derecho castellano¹¹¹.

3. Desde el Perú hasta Portugal.

Paralelamente el texto de Seijas se impuso en otra serie de países que ya tenían un código penal, pero de corte francés. La lista es larga. Aparte del español de 1822, que sirvió de modelo a varios, comprende al de 1826 en El Salvador, de 1841 en Costa Rica, que no es sino una reproducción del de Bolivia, como éste lo fuera del español de 1822 y los de Perú y Portugal, ambos de 1852. El vuelco se inicia en 1863 con código del Perú, continúa en 1870 con Nicaragua, el año siguiente con México, luego Costa Rica y Honduras en 1880, Portugal en 1886, Guatemala en 1889, que al igual que Venezuela lo substituyó por otro en 1897. En Portugal se repuso el título “*Delitos contra la religión del Reino*”, a la cabeza de la parte especial, según el orden tradicional en el derecho portugués y castellano, que se remonta al reino hispano - visigodo¹¹².

Un tanto al margen de esta línea central, se mantuvieron Bolivia, Colombia, Argentina y Paraguay. El caso de Bolivia es excepcional. Mantuvo hasta 1872 un código basado en el español de 1822 y, en último término, el francés de 1810, llamado de Santa Cruz, sancionado el mismo año 1830 que el brasileño¹¹³. Algo similar sucedió en Colombia con el código de 1837, que sólo fue reemplazado en 1890. En Argentina, en cambio, el códi-

¹¹⁰ Comisión codificadora de las Provincias de Ultramar, *Exposición de motivos que acompaña al proyecto de código penal para las Islas Filipinas*, en *Código penal* notas n. 3 y n. 4.

¹¹¹ *Código penal revisado (The Revised Penal Code)*, Act. N° 3815, de 8 de diciembre de 1930, en vigencia desde 1932.

¹¹² *Código Penal* de 1886, en ROMERO GIRÓN, Vicente y GARCÍA MORENO, Alejo, *Colección de Instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos* (versión castellana, Madrid, 1891), VII; CORREIA Eduardo - DIES FIGUEIREDO, *Direito Criminal* (Coimbra, 1971).

¹¹³ ZAFFARONI, nota 8, 1, 380.

go penal, muy tardío, de 1886, recibió la influencia del CPA, a través del código bávaro. Fue reemplazado en 1921. Antes había sido adoptado por Paraguay en 1880 y subsistió allí hasta 1910¹¹⁴. Finalmente, Uruguay y Brasil que se apresuraron a imitar al código penal italiano de 1889, llamado de Zanardelli, recibieron a través de él, según se dijo más arriba, el influjo del CPA.

XIV. SÍNTESIS Y CONCLUSIÓN

A estas alturas podemos resumir. Al menos una cosa resalta de estas páginas. El derecho penal se codificó en el siglo XIX a ambos lados del Atlántico dentro de una palpable continuidad. Desde el Danubio a Filipinas, cerca de veinte países, a menudo muy distantes unos de otros, elaboraron sus propios códigos que, en lugar de ser textos sueltos y autónomos, se hallan rigurosamente concatenados entre sí. Claramente se distinguen tres eslabones principales, que marcan las grandes etapas del movimiento codificador.

Junto con ellas han salido a la luz sus grandes figuras, desde sus inicios en el Viejo y en el Nuevo Mundo a mediados del siglo XVIII hasta su ocaso a mediados del siglo XX. En el curso de él se distinguen tres fases: una primera de auge (1751 - 1803), desde el código de Kreittmayr hasta el de Zeiller, a la que pertenece Mello Freire; una segunda, de apogeo (1803 - 1917), formada por tres eslabones, que corresponden a los códigos de Zeiller, de Vasconcelos y de Seijas, cuyo alcance se extiende desde Europa Central hasta los países hispánicos de Europa y ultramar; y, en fin, una fase epigonal, desde 1917 en adelante, en que en todas partes el agotamiento de la Ilustración corre a parejas con un reflujo del derecho nacional codificado y el despuntar de la descodificación.

Una tríada domina este vasto panorama: Mello Freire, nacido en Ansiao, Portugal y catedrático de Coimbra, Zeiller, oriundo de Estiria en Austria y catedrático de Viena y Vasconcelos, natural de Minas Gerais en Brasil, *bacharel* por la Universidad de Coimbra. A pesar de moverse en escenarios diferentes, tan distantes unos de otros, como los países danubianos y los países hispánicos de ambos continentes, situados en uno y otro confín del mundo moderno unificado bajo la preponderancia europea, los tres participan de una cultura jurídica común, de la Ilustración, con sus ideales de progreso indefinido de la humanidad, su afán revisionista y de reformas, muy especialmente en materia penal, y los tres protagonizan de hitos claves en la historia de la codificación penal.

¹¹⁴ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en Argentina, 1810 - 1870. Mentalidad social e ideas jurídicas* (Buenos Aires, 1977); LEVAGGI, Abelardo, *Manual de Historia del derecho* (Buenos Aires, 1989 - 1991), II; DUVE, nota 7.

Mello Freire con su *Código criminal*, seguido de la *Leopoldina* y la *Josephina* abrieron camino a ella en 1786 - 1787 bajo el signo de la Ilustración católica y nacional¹¹⁵. Zeiller y Vasconcelos la llevaron a su culminación, el uno al dar término con el código penal de 1803 a medio siglo de trabajos codificadores en Austria y el otro, al dar principio con el código brasileño de 1830 a una codificación penal que abrazó al mundo hispánico. Naturalmente la obra de uno y otro fue diferente. Zeiller elaboró un código penal. Vasconcelos no volvió a hacer ese trabajo, y más bien reelaboró el código austriaco sobre la base de aplicar su método y su forma al derecho portugués, que tres décadas antes Mello Freire había puesto en artículos. Así este derecho nacional fue reformulado al modo centroeuropeo.

A estas alturas entró en escena un tercer codificador que dio remate a la empresa, Seijas Lozano. Natural de Almuñecar, en Andalucía, estudió derecho en la Universidad de Granada y fue fiscal del Tribunal Supremo. Encargado de redactar el código español, adoptó como modelo al de Brasil, del que sin saberlo hizo un código hispánico, que fue acogido con rara unanimidad desde México hasta Chile y desde Portugal hasta Filipinas. Todo el curso ulterior de la codificación penal en los países hispánicos es tributario del código español. Su influjo fue decisivo para alejarla de la influencia francesa y hacerla girar dentro de la órbita austriaca.

XV. UNA TRILOGÍA: CÓDIGOS PENALES DE AUSTRIA, BRASIL Y ESPAÑA

Se dice que el XIX fue el siglo de oro de la abogacía en España. Puede ser. En todo caso, cabría extender la afirmación a todo el mundo hispánico. No en vano ha hablado Steger de una cultura de abogados en Hispanoamérica.

¹¹⁵ MERKLE, Sebastian, *Die Katholische Beurteilung des Aufklärungszeitalter* (Berlín, 1909); EL MISMO, *Die Kirchliche Aufklaerung in katholischen Deutschland* (Berlín, 1910); CABRAL DE MONCADA, Luis, *Italia e Portogallo nel settecento* (Roma, 1949), ahora en: EL MISMO, *Estudios de historia do direito* (Coimbra, 1950), III; GÓNGORA DEL CAMPO, Mario, *Estudios sobre el galicanismo y la Ilustración católica en América española*, en *Revista Chilena de Historia y Geografía* 125 (Santiago, 1957); EL MISMO, *Aspectos de la Ilustración Católica en el pensamiento y vida eclesiástica chilena (1770 - 1814)*, en *Historia* 8 (Santiago, 1969), ambos ahora en EL MISMO, *Estudios de historia de las ideas y de historia social* (Valparaíso, 1980); WANDRUSZKA, Adam, *Il reformismo cattolico del settecento in Italia ed Austria*, en *Storica e politica* 3 - 4, (1965); EL MISMO, *Die Katholische Aufklaerung Italiens und ihr Einfluss auf Oesterreich*, en KOVACS, Elisabeth (ed.), *Katholische Aufklärung und Josefismus* (München, 1979); KRAUSS, Werner, *Die Aufklaerung in Spanien, Portugal und Lateinamerika* (Munich, 1973); BRAVO LIRA, Bernardino, *Feijóo y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa*, en *Jahrbuch f. Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas* 22 (Köln - Wien, 1985).

Dicha cultura sobrevivió a la desarticulación política de las monarquías española y portuguesa. En medio de la crisis en que, salvo Brasil, se debaten hasta el siglo XX sus Estados sucesores, el abogado o *bacharel* emergió como el ciudadano por excelencia, el más capacitado para manejar asuntos públicos y privados y clave de la codificación del derecho nacional, que se llevó a cabo paralelamente en más de veinte países¹¹⁶.

A esta luz el código de Seijas aparece como una de las obras cumbres de esta cultura jurídica hispánica, cuya máxima figura en el siglo XIX es Andrés Bello (1781 - 1865). A ella pertenecen, además de Vasconcelos, el mexicano Lucas Alamán (1793 - 1853), el canonista chileno contemporáneo de Seijas, Justo Donoso (1800 - 1868), el argentino Juan Bautista Alberdi (1810 - 1884), el brasileño Teixeira de Freitas (1816 - 1883) y tantos más, como los españoles Pacheco y García Goyena, redactores del código de 1848 y del proyecto de 1852, respectivamente.

Por su raíz brasileña, su método centroeuropeo y su contenido de derecho castellano, que abrió las puertas a su difusión en tres continentes, el código de 1848 sobrepasa largamente el marco español, se convirtió en un auténtico monumento jurídico hispánico.

Constituye nada menos que uno de los pilares de la codificación, el primero. Le siguen, en materia civil el llamado proyecto de García Goyena y el código de Bello y en materia comercial los códigos de Sainz de Andino (1786 - 1863) y de Ocampo (1798 - 1882)¹¹⁷. Salvo el proyecto, demasiado afrancesado, de García Goyena, un rasgo común a estos textos es su fidelidad al propio derecho, que permitió que fueran adoptados por otros países del mismo origen. Así como se resisten a copiar o imitar un código extranjero, adoptan de buen grado uno en el cual encuentran su derecho nacional, reducido a artículos. Más aún, si también encuentran allí el sello católico y nacional de la Ilustración hispánica y centroeuropea¹¹⁸.

Múltiples factores parecen haber contribuido a hacer del código de 1848,

¹¹⁶ STEGER, Hanns-Albert, *Die Universitaeten in der gesellschaftlichen Entwicklung Lateinamerikas* (Bielefeld 1967 - 1968, trad. Castellana, México 1974), pp. 284 ss.; EL MISMO, *Hochschulplanung in Lateinamerika*, en *Zeitschrift fuer Lateinamerika* (Wien, 1971); EL MISMO, *Die Bedeutung des roemischen Rechtes fuer die Lateinamerikanische Universitaet im 19. und 20. Jahrhundert*, en CATALANO, Pierangelo (ed.). *Diritto romano e Università nell'America Latina* (Università de Sassari, Sassari, 1973); BRAVO LIRA, Bernardino, *Universidad y Modernidad en Hispanoamérica. Autoafirmación de Chile y del Nuevo Mundo frente al Viejo, del Barroco a la Postmodernidad*, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 108 - 109 (Santiago, 2000.); EL MISMO, nota 40.

¹¹⁷ BRAVO LIRA, *Beziehungen*, cit. nota 1.

¹¹⁸ BRAVO LIRA - CONCHA MÁRQUEZ DE LA PLATA, nota 1.

un modelo indiscutido en tres continentes. En primer lugar la cultura jurídica común, que subyace a la codificación de su derecho, sea el castellano o el portugués, y torna posible la adopción de un mismo texto en múltiples países. La generalización del código de 1848, es, a la vez, manifestación del vigor y vitalidad de esta tradición común. En este sentido es muy significativo el papel que juega la obra de Pacheco en el campo penal, análoga a la que tuvo la de García Goyena en el civil¹¹⁹. Aun hoy, los *Comentarios y concordancias* de Pacheco mantienen vigencia. Su autoridad es ampliamente reconocida. Se los estudia en las universidades y son invocados en los tribunales.

Un segundo factor, no menos decisivo, es el hecho, invocado con insistencia por los codificadores, de que en estos países, parte de esa cultura jurídica común sea un mismo derecho, el de Castilla, vigente en España y en la América española, y otro muy similar, el portugués, vigente en Brasil y Portugal¹²⁰. La literatura jurídica lo confirma. El CPE. aparece así en todas estas naciones como una codificación más o menos lograda del derecho nacional.

Esto nos lleva al tercer factor, también común: el peso específico del modelo austriaco y, en último término, de la ciencia penal centroeuropea. Su superioridad se impuso sobre la influencia francesa, perceptible en los primeros códigos penales de los países hispánicos. Lo que Arnaud dice del *Code Civil*, vale con mayor razón en materia penal. Los penalistas franceses estaban atrasados con relación a los centroeuropeos, austriacos y alemanes: “Francia no estaba preparada en su conjunto para las construcciones racionalistas que gozaban de gran favor en Europa central. Los juristas franceses seguían adheridos al viejo plan tripartito de las *Instituciones*, con las antedichas aproximaciones al espíritu moderno. Otro tanto hicieron los codificadores”¹²¹. Lo mismo sucede en materia penal. Según hace ver Salmonowicz: “las construcciones generales del código (de 1791) no eran ni completas ni precisas [...] no hablan nada sobre imputabilidad del delito y falta también una definición del mismo [...] Con todo, en la práctica el inconveniente mayor del código era la regla de las penas fijas, que impedía al juez tomar en consideración las agravantes o atenuantes de tal o tal delito”¹²².

¹¹⁹ PACHECO, nota 80; GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español* (Madrid, 1852), 4 vols.

¹²⁰ BRAGA DA CRUZ, Guilhaume, nota 2.

¹²¹ ARNAUD, André-Jean, *Origines doctrinelles du Code Civil Français* (París, 1969).

¹²² SALMONOWICZ, nota 5; BRANDT, Christian, *Entstehung des code pénal de 1810* (Frankfurt a M., 2002).

Un cuarto factor, más de fondo, que trasciende el plano propiamente jurídico, es la afinidad entre Europa central y los países hispánicos. El tema da para mucho¹²³. Aquí sólo podemos apuntarlo de pasada. La preferencia por la ciencia penal centroeuropea no obedece sólo a razones de método y de técnica. En último término, responde a la correlación entre los dos extremos del mundo moderno, unificado bajo la preponderancia europea. Los países danubianos e hispánicos coinciden en su contraposición frente a la Europa atlántica, que es, a la vez centro y cabeza de ese mundo. Esta es una constante histórica. Unos y otros ocupan una posición similar, de contra-fuerzas, sea frente a los turcos sea frente a los indígenas. Por lo mismo, se inclinan más bien a sustentar una posición propia frente a las potencias atlánticas. No se limitan a imitar sus modelos e instituciones, sino que elaboran otros propios.

Esta tendencia muy marcada en la época del Barroco, se aviva en la de la codificación. Entonces llega al campo de batalla con las guerras napoleónicas. Esos son los años en los que Zeiller da cima la codificación austriaca, penal en 1803 y civil en 1811. Mientras la Francia revolucionaria se convierte en foco de la Ilustración irreligiosa y cosmopolita, la Europa central y el mundo hispánico tienen en común la Ilustración católica y nacional. Bajo estas condiciones, Vasconcelos y Seijas Lozano abrieron camino a la codificación penal en los Estados sucesores de las dos monarquías ibéricas, castellana y portuguesa. No es extraño, entonces, que los tres códigos quedaron, por así decirlo, dentro de una misma línea, como eslabones de una cadena y que constituyan en definitiva una verdadera trilogía, la de los grandes códigos penales del siglo XIX.

¹²³ BRAVO LIRA., Bernardino, *América en la historia mundial. Su lugar en el mundo moderno unificado bajo la preponderancia europea*, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 100 (Santiago 1990).

