

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2003

ESTUDIOS DE TEORIA DEL DERECHO

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 21 / 2003



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2003

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 21
2 0 0 3

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Central de Chile, de Los Andes, de Chile, de Concepción, del Desarrollo, del Mar, Internacional SEK, de Magallanes, de la República, y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2003

ESTUDIOS DE TEORIA DEL DERECHO

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2003 - 2005)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés,
Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo,
Joaquín García-Huidobro Correa, Fernando Quintana
Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci, y
Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene
su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspon-
dencia puede ser dirigida a la casilla 3325, Correo 3,
Valparaíso, o al correo electrónico asquella@vtr.net

PALABRAS PRELIMINARES

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta el número 21 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2003. Esta obra se edita desde 1983, esto es, dos años después de que la mencionada sociedad fuera fundada en Valparaíso como sección nacional de la *Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*.

El presente volumen se inicia con la sección *Estudios*, donde el lector encontrará 13 trabajos de teoría y filosofía del derecho de distintos autores nacionales y extranjeros.

Sigue a continuación la sección *In Memoriam*, con textos de Miguel Reale, Gregorio Peces-Barba, Gianni Vattimo, Celso Lafer y Agustín Squella, que fueron escritos en enero de 2003, con motivo de la muerte de Norberto Bobbio. En cuanto a la sección *Testimonio*, contiene el texto de las últimas voluntades de Norberto Bobbio, escritas por éste en 1999, al momento de cumplir 90 años, y que fueron dadas a conocer después de su muerte.

En cuanto a la sección *Debate*, contiene un texto de Fernando de Laire, titulado "Ser progresista en Chile al despuntar el siglo XXI. 25 tesis para un urgente debate".

Por último, la sección *Recensiones* contiene 9 comentarios bibliográficos sobre igual número de libros de interés de Ray Monk, Francis Fukuyama, Robert Dahl, Otfried Höffe, Tadeusz Guz, Ricardo Guastini, Norbert Hoerster, Joaquín García-Huidobro y Cristóbal Orrego.

Tanto éste como los anteriores números del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* pueden ser solicitados a la Casilla 3325, Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico asquella@vtr.net

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

EL CODIGO PENAL DE AUSTRIA (1803) EPICENTRO DE
LA CODIFICACION PENAL EN TRES CONTINENTES

BERNARDINO BRAVO LIRA *

Dos cuerpos legales promulgados con diferencia de meses marcó el triunfo del movimiento codificador en Europa a principios del siglo XIX, 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 de Francia, sancionado el 21 de marzo de 1804 por Napoleón, primer cónsul de los franceses (1).

* Profesor en la Universidad de Chile.

1. Sobre la codificación austríaca, Swoboda, Ernst. *Franz von Zeiller*, en *Franz von Zeiller, 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. Salmonowicz, Stanislaw. *Prawo karne owieconeego absolutyzmu. Z dziejów europejskich kodyfikacji karnych prze omu XVIII/XIX w* (El derecho penal del

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, a saber, Franz von Zeiller, el codificador y su época y luego, el código de 1803 y las grandes etapas de su proyección desde el Danubio a Filipinas.

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 Iberoamé-

absolutismo ilustrado. Historia de las codificaciones penales en la Europa del siglo XVIII), Torun 1966. El mismo, «La codification pénale 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 y Schroeder, Jan, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Karlsruhe y Heidelberg, 1975, 1989, Pauli, Leslaw. "Die Bedeutung Zeillers für die Kodifikation des Strafrechtes unter besonderer Berücksichtigung der polnischen Strafrechtsgeschichte", en Selb Walter y Hofmeister Herbert (eds.). *Franz von Zeiller Forschungsband*, Viena-Graz-Colonia, 1980. Sobre la codificación francesa, Jean Van Kan, *Les efforts de codification en France avant la rédaction du Code Civil*, París 1910. Wieacker, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Gotinga 1952, 1967, trad. castellana, Madrid 1957, Coing, Helmut, *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 6 vols. Munich, 1973. Sobre la influencia francesa en Hispanoamérica, Nelle, Dietrich, *Entstehung und Ausstrahlungswirkung des chilenischen Zivilgesetzbuchs von Andrés Bello*, Francfort (am Main), 1988. Justo, Antonio dos Santos, "O código de Napoleao e o direito Iberoamericano" en *Bolctim da Faculdade di Direito di Coimbra* 71, Coimbra 1995, ahora en Bravo Lira-Márquez de la Plata, ut supra. Ramos Carlos, *El código Napoleónico y su recepción y en América Latina*, Lima, 1997.

rica. Ciertamente la bibliografía al respecto es escasa (2). Tal vez por eso, a pesar de lo mucho que se ha estudiado la codificación en Europa y también en Iberoamérica (3), subsisten aún 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 centroeuropea (4), deja en la sombra a la del código penal de 1803, *Gesetz über Verbrechen und schwere Polizei-Ubertretungen*. De la misma manera, su autor, von Zeiller es conocido más que nada como codificador en materia civil. Excepciones son las referencias que hacen al propio

2. Bravo Lira, Bernardino, *Beziehungen zwischen den europäischen und ibero-amerikanischen Kodifikationen*, en ZSR, 103, Germ. Viena-Colonia-Graz, 1986. El mismo, "Eine Kodifikation auf beide Seiten des Atlantiks. Iberoamerika und die Iberische Halbinsel, zwischen Schaffen eigene Gesetzbücher und Übernahme europaische", 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 él mismo y Márquez de la Plata, Sergio (eds.). *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, Vol. I, Santiago, 1998. Un panorama exhaustivo, Guzmán Brito, Alejandro. *La codificación civil en Iberoamérica, siglos XIX y XX*, Santiago 2000.

3. Ver nota 1. Wieacker, Franz, "Aufstieg und Krisis der Kodifikationssidee", en *Festschrift Bohmer*, Bonn, 1954, Viora, M. *Consolidazione e codificazioni. Contributo alla storia della codificazioni*, Torino, 1947, Cruz, Guillerme, Braga de, "A formacao historica do moderno direito privado portuges e brasileiro", en *Revista de la Faculdade di Direito de Sao Paulo*, 50, Sao Paulo, 1955. Coing, nota 1. Terello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna: l'Assolutismo e codificazione del diritto*, Roma, 1976. Guzmán, Alejandro, *La fijación del derecho, contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso, 1977, p. 47.

4. Harrasowsky, Philipp Ritter Harras von, *Geschichte der Kodifikation des osterreichischen Zivilrechts*, Viena, 1868. Brauner, Wilhelm, "Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der osterreichischen Monarchie von 1811", en *Gutenberg-Jahrbuch* 62, Mainz 1987. El mismo *Gessellschaft-Gemeinschaft-Gütergemeinschaft* en Selb y Hofmeister, nota 1.

Zeiller como redactor del código de 1803, Salmonowics 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 Kleinheyser sobre legislación penal y de Pauli sobre Zeiller como penalista (3).

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 volúmenes (6). Sin ir más lejos, la *Leopoldina* de Pedro Leopoldo de Toscana (7) es un antecedente del código que nos ocupa, llamado también *Franciscana*, de su hijo Francisco II.

Algunos historiadores hispanoamericanos se han referido 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, pu-

5. Ver nota 1.

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

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*, Milán 1952-53, ahora en él 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.

blicada en 1833 que le perteneció (8). Pero ni estos autores ni los posteriores se detienen a estudiar su proyección.

Entre los estudiosos, es conocida la filiación del código penal de 1848, respecto al código criminal del Imperio del Brasil (9). De su lado, Quintano Ripollés advirtió la coincidencia fundamental entre los códigos penales en América española y su derivación del español de 1848 estudiado recientemente por Iñesta Pastor (10).

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 proyec-

8. Levene, Ricardo. *Historia del Derecho Argentino*, 11 vols. 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, 1978-79. 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. Victor 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.

9. Lyra, Roberto, *Introducao ao estudo do Direito Criminal*, Sao Paulo, 1946. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, 4 tomos, Buenos Aires, 1982. Rivacoba, Manuel y Zaffaroni, Raúl, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Valparaíso, 1980. Lasso Gaité, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española*, 5 vols. en 7 tomos, Madrid, 1970, vol. 5. Bravo Lita, *Beziehungen...*, nota 3.

10. Quintano Ripollés, Antonio, *La influencia del derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas*, Madrid, 1953.

to 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-Ubertretungen* de 1803, podrían sumarse las universidades hispánicas de Europa e Iberoamérica, donde rige un código penal derivado de ella ⁽¹¹⁾.

I

ZEILLER Y LA CODIFICACION PENAL AUSTRIACA

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

Con von Ihering, se ha dicho que la codificación es uno de los tres grandes momentos en la historia del derecho europeo ⁽¹²⁾ que, a esas alturas, en algunas de sus variantes —derecho castellano, portugués y *common law*— regía asimismo en el Nuevo Mundo ⁽¹³⁾.

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 precisamen-

11. *Gesetz über Verbrechen und schwere Polizei-Ubertretungen*. Pauli, nota 1.

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.

te 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 Suecia ⁽¹⁴⁾.

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 codificación ⁽¹⁵⁾. 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 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 él mismo llevó a su cumbre 35 años después con el CPA.

14. Menochio, Jacobus, *De arbitrariis iudicem*, Venecia, 1590. Avila, Martel, Alamiro de, *Esquema del derecho penal indiano*, Santiago 1941. Ultimamente, Porret, M. *Le crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au siècle des lumieres*, Ginebra, 1996, Meccarelli Massimo, "Arbitrium iudicis und officialis im ius commune", en ZSR 110, Germ, 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, Codex Iuris Bavarici Criminalis.

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.

Sin embargo, el joven no ingresó al mundo del derecho, sino hasta después. Lo hizo de la mano de uno 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 cosas ⁽¹⁹⁾.

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.

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 Martini ⁽²⁰⁾, le llevó a 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

18. Sobre von Martini, Zwiedineck-Südenhorts, *Allgemeine deutsche Biographie*, vol. 20, Leipzig 1884 Klein-Bruckschwaiger, Franz, Karl Anton von Martini in der Zeit des späten Naturrechts, en *Festschrift Karl Haff*, Innsbruck, 1950 Hebeis, Michel, *Karl Anton von Martini 1726-1800, Leben und Werk*, Frankfurt, 1996. Wandruszka, Adam *Leopold II*, 2 vols. Viena, 1965.

19. Swoboda, nota 1, página 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.

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 *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 criminales ⁽²¹⁾, mientras que el venezolano Francisco de Miranda (1750-1816) obtiene del rey de Dinamarca la reforma de las prisiones ⁽²²⁾, 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), es autor del más temprano proyecto de código penal en el área de derecho cas-

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 y 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'integration Latino-Américaine*, Lovaina, 2001.

23. Lardizábal, Manuel de, *Discurso sobre las penas*, Madrid 1782. Rivacoba y Rivacoba, 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.

tellano (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 Europa ⁽²⁵⁾. Un rápido 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 elogia el *Discurso sobre las penas* de Lardizábal ⁽²⁶⁾. Ambos 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

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. Doyarcabal Casse, Solange, *Historia del código penal chileno*, tesis (Universidad Católica de Chile), Santiago, 1968. Rivacoba, Manuel, *El primer proyecto americano de código penal*, Santiago 1985. Ramos Núñez, Carlos, *Historia del Derecho Civil Peruano, siglos XIX y XX*. 4 vols. aparecidos, Lima 2000, 2003, 1,163,196.

25. Mello Freire, Pascoal José, *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria I*. Lisboa 1823. Debo el ejemplar de esta obra al Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, de la Universidad Católica de La Plata.

26. Bravo Lira, Bernardino, "Mello Freire y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa", en *Revista de Derecho* 8, Valparaíso, 8, 1984.

nominar 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 Martini, 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 1791 ⁽³⁰⁾.

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

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), Madrid, 1829, 2ª. 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, 295, 424. El mismo, *Discurso sobre la tortura*, Valparaíso, 1990. Edición y prólogo. Alvarez 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 zum Allgemeinen Landrecht-Preussische Gesetzbuch" en *ZSRG*, 113, Germ, Viena-Colonia-Graz, 1996.

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-Ubertretungen* 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 código⁽³¹⁾. 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 párrafos.

No es del caso hacer aquí un recuento de los trabajos que culminaron con la promulgación en 1811 del ABGB por el emperador, que a estas alturas había adoptado el título de Francisco I de Austria.

El código penal

En la patente promulgatoria del CPA, el emperador hizo notar

31. Zeiller, Franz von, *Conferencia ante la Hofkommission in Gesetzsachen* 21 de diciembre de 1801, en Pfaff Leopold y Hofmann, Franz, *Excursus über österreichisches bürgerliches Recht*, Viena, 1877, I, 1, 36 ss., Protokoll I, 1, ss. Cfr. Mayer-Maly, nota 16.

con satisfacción que en él se distingue entre delito e infracción de policía⁽³²⁾. 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 las primera especie y catorce de la segunda, lo que ocupa ciento cincuenta artículos o párrafos.

Su tratamiento sigue un cierto orden jerárquico. Primero se ocupa de la alta traición, sedición y rebelión, violencia pública, retorno del extrañado, abuso de poder, falsificación de billetes de crédito público y de moneda, perturbaciones contra la religión. En cambio, en la otra clase de delito, se comprenden 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 propie-

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

33. Gesetz, nota 11, introducción, art. 2.

dad—, incendio, robo, apropiación de cosa ajena, despojo violento, estafa y, por último, bigamia y ayuda a delincuentes⁽³⁴⁾.

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 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.

34. Gesetz, 1,1.

35. Zeiller, Franz von, “Zweck und Principien der Criminal-Gesetzgebung”, en *Jährlichen Beitrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den ost. Erbstaaten* 1, Viena 1806, 92.

36. Id. 94-95.

37. Id.

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

La construcción misma, mira a hacer primar la legalidad sobre el arbitrio judicial. Todo un andamiaje de eximientes, 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 estuvo en vigencia con diversos cambios, hasta 1975⁽³⁹⁾.

II

VASCONCELOS Y LA CODIFICACION PENAL HISPANICA

Antes de la muerte de Zeiller el código penal austriaco comenzó a abrirse camino en ultramar. En 1825 es utilizado por el estado-

39. Patente imperial, Viena 27 de mayo de 1852, se define como edición completada. Ogris la llama “nuevo-antiguo” código penal. Ogris, Werner: “Die Rechtliche Entwicklung in Cisleithanien 1848-1918”, en Wandruzka Adam y Urbanitsh, Peter *Die Habsburger Monarchie 1848-1918*, 5 vols. Viena, 1975-1987, 2, 538 ss. esp. 566, Neshwara, Christian, “Pratobevera, Zeiller, Jenull: eine herrliche Trias... unserer Gesetzgebung” en W. Ingenhaeff/R. Staudinger/K. Elbert (Hrsg), *Festschrift zum 60. Geburtstag von Rudolf Palme*, 2002, 369-394.

unidense 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 mientras Livingston combina en forma más bien ecléctica diversos textos, 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 fase 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, 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* (1783) consideradas como la primera gran codificación en Hispanoamérica y Fran-

cisco 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* francés y ABGB austriaco, como lo hace por ejemplo, un Martínez Marina (1754-1833), quien aboga por abandonar la recopilación y proceder a una codificación ⁽⁴¹⁾. Pero hay maneras encontradas de entenderla. Unos, en palabras de Bello, creen del caso copiar algún código extranjero, otros, por el contrario, proponen como el venezolano, elaborar códigos propios, esto es, de derecho nacional ⁽⁴²⁾.

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 propio ⁽⁴³⁾. Naturalmente consulta los códigos europeos, pero, no hay nada de eclecticismo. Antes bien, deja en claro su repulsión por el mismo. No puede ser

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 bacharelismos (150 anos de ensino 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.

42. Sousa, Octavio Tarquinio de, *Bernardo Pereira de Vasconcellos e seu tempo*. Río de Janeiro, 1937. Valladao, Alfredo "Bernardo de Vasconcellos" en *Revista do Instituto Histórico y Geográfico Brasileiro*, 207, Río de Janeiro, 1950.

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

más contundente. Con su lenguaje tan personal, dice o más bien trueno 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).

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, ni siquiera fue aprobado. Jamás entró en vigencia, salvo en Nicaragua, donde traducido al castellano se promulgó en 1837 (45). 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.

44. Zaffaroni, nota 9.

45. Livingston, Edward, *Exposé d'un système de Législation Criminelle pour l'Etat 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.

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 disciplinas 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 de l'Empereur*. Con este título figura en el catálogo de la biblioteca de Mariano Egaña (1793-1836), fiscal de la Corte Suprema de Chile (48).

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, si-

46. Livingston, Edward, «Rapport servant d'introduction au système de législation criminelle» en él mismo, nota 45, 1, 559.

47. Salinas, nota 6.

48. Livingston, "Rapport préliminaire sur le projet d'un code criminelle. En Exposé...", nota 45, 1, 49, 59.

no 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 aplica (50). Lo que es verdaderamente original en él, es este exquisito segregacionismo.

“Todo es nuevo” afirma sin ambages el libro primero (51). 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.

49. *Projet de code criminale*, 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, 38.

Al igual que el CPA, no distingue como lo hace el código francés entre crimen y delito. “Todas las controversias a las leyes penales son calificadas con el nombre general de delito” (54). Pero no se separa del modelo francés, al diferenciar entre delito y crimen en atención a la severidad de la pena (55).

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 individuos (57). 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 sicológica, con la menor limitación posible de la libertad de acción” (58).

54. Rapport, nota 46, 427.

55. Rapport, nota 48, 38.

56. Id., 39.

57. Zeiller, nota 35, 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.

III

EL PROYECTO DE VASCONCELOS Y EL CODIGO
CRIMINAL DO IMPERIO

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 des-gobierno, 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 1889 (59).

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 logró persistir. 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 Ju-

59. Machado Neto, Zahidé, *Direito Penal e estrutura social (comentario sociológico ao Código Criminal de 1830)*, Sao Paulo, 1977, cap. 2.

dicatura y de la vida política (60). 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 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 I (62). 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, mú-

60. Comissao de Legislacao de Justica 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, 4, vol. 2, 16 ss.

61. Oberacker, Carlos, *A Emperatriz Leopoldina, sua vida e sua epoca*. Río de Janeiro, 1973.

62. Ver nota 42.

sicos, 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.

Proyecto de 1827

En mayo de 1827 Bernardo Pereira de Vasconcelos (1795-1812) 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 después⁽⁶³⁾.

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 de 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

63. Id., 27.

64. Id.

su agudeza, le valieron el apodo de Franklin o Mirabeau⁽⁶⁵⁾. Así se explica que en un mínimo de tiempo, no más de siete meses, durante una estancia en su Vila Rica natal, entre septiembre de 1826 y abril de 1827 haya podido componer su proyecto.

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 la 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 sólo 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

65. Id. 34.

Vasconcelos, sabemos que sólo 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 decantada 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 centroeuropea.

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 *qué es mejor*, si el orden de nuestras actuales circunstancias sólo nos faculta para indagar, *qué se puede hacer?*” (66).

66. Vasconcelos, Bernardo, Pereira de, “Projecto do Código Criminal, apresentado em sessão de 4 de Maio de 1827, pelo deputado...” en *Anais do Parlamento Brasileiro. Câmara dos Deputados*. Segundo ano da Primeira legislatura. Sessão de 1827, Rio de Janeiro, 1875, Cfr. Art. 1, 1 con Gesetz, nota 11, introducción art. 2. Cfr. Art. 1, 1 con Gesetz, nota 11, introducción art. 2.

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 demás 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 sólo 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 hecho. 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 voluntario (68). 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 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

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

68. Proyecto, nota 66, art. 2.

69. Seijas Lozano, Manuel, “Discurso en el Congreso”, en Sesión 10 de marzo de 1848, página 1715.

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 estas 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 excesivo ⁽⁷⁰⁾.

Otras diferencias son menores. Vasconcelos simplifica el modo de aplicar la pena de muerte, minuciosamente reglamentada por Zeiller. No en vano habían 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 plan 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

70. Proyecto, nota 66, art. 120.

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

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 todas 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 39,2 ⁽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

71. Gesetz, nota 11, art. 39.2.

72. Proyecto, nota 66, art. 29.

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

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 sólo en Brasil sino también en el resto del mundo hispánico.

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. Mejoran 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

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, *Instituicoes de direito penal*, Sao Paulo, 1977. Lima Lopes, José Reinaldo, *O Direito na História*, Sao Paulo, 2000, 286 ss. Ver nota 9.

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 sólo la máxima o el mínimo, han de considerarse tres grados en los crímenes con atención a sus circunstancias atenuantes o agravantes". 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 término medio entre los dos extremos" (75).

El código de Zeiller, en cambio trae dos reglas, la del Art. 25 "... como la variedad de circunstancias que 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 "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, falsificación 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, que los trata

75. Proyecto, nota 66, art.

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 imperio ⁽⁷⁶⁾.

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, rapto, 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 moral, 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 no 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.

IV

EL CODIGO ESPAÑOL DE SEIJAS Y SU DIFUSION EN TRES CONTINENTES

La siguiente etapa corresponde al código penal español de 1848, en adelante, CPE ⁽⁷⁷⁾. 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 una simple confrontación 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 él 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 español ⁽⁷⁹⁾.

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

77. *Actas de la comisión general de codificación. Código Penal, 1844-1845.* Sesión 16 de noviembre de 1844, en Lasso Gaité, nota 9, 2,606.

78. *Diario de Sesiones del Congreso*, 79, 10 de marzo de 1848, Madrid. Ahora en Lasso Gaité, nota 9, 2.

79. Id.

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, 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 comisión revisora⁽⁸⁰⁾. El catedrático de Sevilla José María Claros 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.

De la órbita francesa a la austriaca

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

80. Pacheco, Juan Francisco, *El código penal concordado y comentado*, Madrid, 1948-49.

81. Zaffaroni, nota 9. Silva, José Enrique, *Compendio de la historia del Derecho de El Salvador*, El Salvador, 1998.

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. Según se dijo, 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 francesa⁽⁸²⁾. 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 adelantada, 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 jurisconsultos 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 ter-

82. Ver nota 78.

83. Ver nota 78, 1714.

84. Actas, nota 77, sesión de 2 de octubre de 1844, ahora en Lasso Gaité, nota 9, 2,467.

cera parte menor que el de los demás de Europa ha seguido este sistema y es el más perfecto que se conoce" (85).

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 tres del 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 ejemplo 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 leyes positivas. Esta es, a mi ver, la más oportuna" (87).

85. Pacheco, nota 80,62.

86. Actas, nota 77, sesión de 5 de octubre de 1844, en Lasso Gaité, nota 9, 2,476.

87. Ver nota 77.

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 plan 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.

Del arbitrio judicial al legalismo

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, porque 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 aún 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

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.

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 concurren atenuantes o agravantes” (89).

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).

Controles con el modelo brasileño

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.

89. Actas, nota 77. Lasso Gaité, nota 9, 2, 462.

90. Ver nota 84.

91. Actas, nota 77. Lasso Gaité, nota 9, 2, 301.

92. Actas, nota 77. Sesión de 12 de octubre de 1844, en Lasso Gaité, nota 9, 2, 530.

Se realizó un esfuerzo por perfeccionar las agravantes, a pesar de que no cabía 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 brasileño (94). 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 sustituirlo” (95). La parte general, de cuño centroeuropeo, le confirió 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 otro (96). 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 laesa 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 Ha-

93. Id. Sesión de 22 de octubre de 1844, en Lasso Gaité, nota 9, 2, 533.

94. Ibid.

95. Texto del Código de 1822, del de 1848 y de los siguientes, de 1850, 1870, 1928, 1932 y 1944, en López Barja, Jacobo y otros, *Códigos Penales Españoles*, Madrid, 1988. Gacto, Enrique, *Temas de Historia del Derecho: Derecho del constitucionalismo y la codificación*, 2 vols. Sevilla 1979.

96. Bravo, Lita, *Beziehungen...*, nota 2. El mismo, “Eine Kodifikation...” Ibid.

cienda; VII, contra la administración de justicia; VIII, delitos de falsedad; IX, delitos de incontinencia o deshonestidad y X, contra la policía (97).

Familia de códigos hispánico

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 sólo 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 española (98). A esta familia pertenecen también quince o más códigos estaduales en países como México, Colombia o Argentina (99).

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 algunos cambios. Pero la estructura —los tres libros: disposiciones generales, delitos y penas y faltas—, y el con-

97. Gutiérrez, José Marcos, *Práctica criminal de España*, Madrid 1804-1806. Varias ediciones, 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 Ormachea, Antonio de, *La legislación penal de los pueblos latinos*, México, 1896. Levene, Ricardo (h) y Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Los códigos penales latinoamericanos*, 4 vols. Buenos Aires, 1978.

99. Islas, Olga, *Derecho Penal contemporáneo*, I, México, 1965. Zaffaroni, nota 9.

tenido 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 constitución (100). España tuvo pues, códigos tanto o más numerosos y precarios que sus constituciones: uno en 1870, dos efímeros 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.

El código español se transforma en un código hispánico

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.

100. Pérez-Prendes, José Manuel, *Interpretación histórica del derecho*, Madrid, 1996, 1.072.

101. *Decreto promulgatorio*, 23 de diciembre de 1944, preámbulo. Lasso Gaité, nota 9, 2, 836.

Como se dijo, abre la primera serie El Salvador con el código de 1859, al que siguen los de 1881 y 1909 ⁽¹⁰²⁾. Le sigue Venezuela en 1863, cuyos códigos han sido más efímeros aún, tanto que, el promulgado en 1926, era el séptimo ⁽¹⁰³⁾. En Chile, se indicó expresamente a la comisión redactora, que 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 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 Chile ⁽¹⁰⁴⁾. Poco después, se aplicó el código español a Cuba y a Puerto Rico y también, según real decreto de 1884 a Filipinas ⁽¹⁰⁵⁾.

La lista de los países que tenían un código penal, y 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

102. Silva, nota 81.

103. Zaffaroni, nota 9, 1,380.

104. Doyarcabal, nota 24, Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *Código Penal de la República de Chile y Actas de la comisión redactora*, Valparaíso, 1974, Cfr. *Estudio preliminar IX* y ss.

105. *Real decreto de 23 de mayo de 1879* sobre la aplicación del código penal español a Cuba y Puerto Rico. *Real decreto*, 4 de septiembre de 1884, sobre su aplicación en Filipinas, debo su conocimiento a una gentileza de don John Mckinnon.

la cabeza de la parte especial, según el orden tradicional en el derecho portugués y castellano, que se remonta al reino hispano-visigodo ⁽¹⁰⁶⁾.

Un tanto al margen de esta línea central, se mantienen Bolivia, Colombia, Argentina y Paraguay. El código Santa Cruz, sancionado el mismo año que el código brasileño, tiene por base al código español de 1822 y en último término, al francés de 1810 y tuvo una vigencia excepcional por su duración, hasta 1972 ⁽¹⁰⁷⁾. En Colombia, sucede algo similar con el código de 1837, que fue reemplazado en 1890. En Argentina, en cambio, el código penal muy tardío, de 1886, recibe la influencia del CPA, a través del código bávaro. Fue reemplazado en 1921 y había sido adoptado en 1880 por Paraguay, donde subsistió hasta 1910 ⁽¹⁰⁸⁾. Finalmente Uruguay y Brasil que se apresuraron a seguir al código italiano de 1889, llamado de Zanardelli, recibieron, según se dijo más arriba, a través de él, el influjo del CPA.

República hispánica

Tres factores principales parecen haber contribuido a hacer del código de 1848, un modelo indiscutido en tres continentes. En primer lugar la cultura jurídica común a estos países, 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 de esta tradición común y de su vitalidad. En este sentido es muy significativo el papel que juega la obra de Pacheco en el campo penal, como la de García Goyena en el civil ⁽¹⁰⁹⁾. Aún hoy, los *Comentarios y*

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*, vol. 7, Madrid, 1891. Correia, Eduardo, y Dies Figueiredo, *Direito Criminal*, Coimbra, 1971, Zaffaroni, nota 9,1, 380.

107. Zaffaroni, nota 9.

108. Tau Anzoátegui, Víctor, *La codificación en Argentina, 1810-1870, mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, 1977. Levaggi, Abelardo, *Manual de Historia del derecho*, 3 vols. Buenos Aires, 1989-91, 2. Duve, nota 8.

109. García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, 4 vols. Madrid, 1852.

concordancias de Pacheco mantienen su vigencia. Su autoridad es ampliamente reconocida. Se lo estudia en las universidades y es invocado en los tribunales.

Un segundo factor, no menos decisivo, invocado con insistencia por los codificadores es el hecho de que todos estos países, tienen un mismo derecho, el de Castilla, tanto en España, como en la América española, y otro muy similar, el portugués, vigente en Brasil y Portugal ⁽¹¹⁰⁾. La literatura jurídica lo confirma de modo indubitable. El CPE aparece así en todas estas naciones, como una codificación más o menos lograda del propio derecho. Por eso es preferido. Así como se resisten a copiar o imitar un código extranjero, adoptan de buen grado un código en el cual encuentran reducido a artículos su derecho nacional.

Esto nos remite al tercer factor, que también es común, a saber, el peso del modelo austriaco y con él, de la ciencia penal centroeuropea, cuya superioridad desplazó a la influencia del código penal francés, perceptible en los primeros códigos penales, de 1822 en España, 1826 en El Salvador, 1830 en Bolivia, 1837 en Colombia, 1841 en Costa Rica (reproducción del boliviano) y el peruano y el portugués, ambos de 1852.

La inferioridad del código francés, tenía profundas raíces. Lo que Arnaud dice del código civil, vale con mayor razón en materia penal: "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" ⁽¹¹¹⁾. A esta contraposición, se añade otra, de profundas resonancias: la divergencia entre las dos vertientes de la Ilustración. Mientras Europa central y el mundo hispánico, tienen en común la Ilustración católica y na-

110. Cruz, Guilhaume, Braga de, nota 3.

111. Arnaud, André-Jean, *Origines doctrinelles du code civil francais*. Paris, 1969.

cional, Francia, es el foco de una Ilustración irreligiosa y cosmopolita ⁽¹¹²⁾.

SINTESIS Y CONCLUSION

A lo largo de estas páginas hemos intentado reconstruir el curso de la codificación penal desde sus orígenes en Europa central hasta los países hispánicos de los tres continentes.

Junto con sus grandes etapas, han salido a la luz sus grandes figuras. Ante todo dos juristas, uno Zeiller, oriundo de Estiria en Austria y formado en la Universidad de Viena, y el otro, Vasconcelos, natural de Minas Gerais en Brasil y formado en la Universidad de Coimbra. A pesar de que se mueven en escenarios diferentes, situados a uno y otro extremo del mundo moderno unificado bajo la preponderancia europea, participan de una misma cultura jurídica, la de la Ilustración, con sus afanes de progreso indefinido, revisionismo y reformas penales. Conocidos ambos, el uno como codificador civil y el otro como fogoso parlamentario, aparecen ahora como protagonistas de dos momentos claves en la historia de la codificación penal.

112. Merkle, Sebastian, *Die Katholische Beurteilung des Aufklaerungszeitalter*, Berlín 1909. El mismo, *Die Kirchliche Aufklaerung in katholischen Deutschland*, Berlín 1910. Moncada, Luis Cabral de, *Italia e Portugalto nel settecento*, Roma 1949. Ahora en: El mismo, *Estudios de historia do direito* 3, Coimbra 1950. 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, ahora ambos en: El mismo, *Estudios de Historia de las ideas y de historia social*, Valparaíso 1980. Wandruszka, Adam, "El reformismo católico 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 Aufklaerung 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. Geschinte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas* 22, Colonia-Viena, 1985.

Punto de partida de ella son los grandes intentos de reforma penal de los años 1786-87 en Europa, a saber, el *proyecto* de Mello Freire, la *Leopoldina* y la *Josephina*, expresiones de una Ilustración católica y nacional. Dentro de estas directrices se sitúan Zeiller y Vasconcelos. El primero dio término con su código penal en 1803 a medio siglo de trabajos codificadores en Austria, en tanto que el segundo con el código penal de Brasil dio principio en 1830 a la codificación penal en el mundo hispánico.

La obra de uno y otro fue diferente. Zeiller elaboró un código penal. Vasconcelos no volvió a hacer ese trabajo, 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.

Este fue un paso decisivo en la historia del derecho penal hispánico, porque abrió un nuevo camino a la codificación, que lo alejó de la influencia del código penal francés de 1791 y sus versiones posteriores, ligados a la vertiente irreligiosa y cosmopolita de la Ilustración. Con rara unanimidad los países hispánicos siguieron el modelo español de 1848, que no es sino una versión del código brasileño, cuya proyección alcanzó así tres continentes, desde México hasta Chile, y desde Portugal hasta Filipinas.

A la luz de esta vertiente penal, la imagen de la codificación se torna más precisa. Abarca múltiples áreas, además de la civil. Entre ellas la penal aparece como la más antigua, la más consistente, duradera en el tiempo y dilatada en el espacio.

Animada por la Ilustración y sus ideales, perdura a ambos lados del Atlántico desde mediados del siglo XVIII hasta mediados del siglo XX. Se distinguen tres fases: auge 1751-1803, es decir, desde el código de Kreittmayr hasta el de Zeiller; apogeo 1803-1917, que corresponde al código de Vasconcelos y a la difusión de la versión española de él, y ocaso desde 1917 en adelante en que al agotamiento de la Ilustración corresponde el reflujó del derecho nacional codificado y el despuntar de la descodificación.

MARXISMO, PODER Y DERECHO EN CUBA
(NOTAS PARA UN PROGRAMA DE INVESTIGACION)

WALTER MONDELO GARCIA *
YOEL CARRILLO GARCIA **

Y ciertamente, Céfalo, —le dije—, me complace
conversar con personas de edad avanzada; (...).
Con verdadero gozo escucharía tu opinión sobre esto,
puesto que te encuentras ya en esa edad que
los poetas llaman «el umbral de la vejez»: si lo declaras período desgraciado
de la vida o cómo lo calificas.

Platón

La República, Libro Primero.

1. Según cuenta Diógenes Laercio (1990, p. 237), en uno de sus tratados Protágoras de Abdera, el célebre sofista griego,

* Walter Mondelo García. Doctor en Derecho por la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba. Profesor, en la Facultad de Derecho de dicha Universidad, de Teoría del Estado y del Derecho y Filosofía del Derecho.

** Yoel Carrillo García. Licenciado en Derecho por la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba. Profesor, en la Facultad de Derecho de dicha Universidad, de Teoría del Estado y del Derecho y Filosofía del Derecho.