

La fortuna del código penal español de 1848

Historia en cuatro actos y tres continentes:
de Mello Freire y Zeiller a Vasconcelos y Seijas Lozano

El siglo XIX puede ser llamado siglo de la codificación. Se abre con dos textos fundamentales, cuyo bicentenario conmemoramos en estos días, el código penal de Austria y el código civil de Francia, promulgados con meses de diferencia, el uno por el emperador Francisco II en 1803, y el otro, por Napoleón en 1804. Cierran la centuria otros dos códigos, en cierto modo epigonales, promulgados también con una distancia de poco tiempo: el civil de Brasil en 1916 y el *Codex iuris canonici* de 1917, ambos de corta vigencia, el uno hasta 1994 y el otro hasta 1983.

Sobresale por su fortuna el código penal español de 1848. Ningún otro tuvo tan vasta y tan duradera proyección, desde la Península Ibérica hasta Iberoamérica y Filipinas, países donde fue adoptado casi a la letra y donde, con mayores o menores alteraciones, rige hasta hoy. De él podría decirse, como de Carlos V, que en su área de vigencia no se pone el sol.

Esta difusión es todo menos casual. Detrás de ella hay una historia que merece ser contada, entre otras cosas, porque pone de relieve la unidad del movimiento codificador desde Europa Central hasta el último extremo del mundo hispánico. En rigor, abraza todo el mundo moderno unificado bajo la preponderancia europea, vale decir, los múltiples pueblos de Europa e Iberoamérica, donde entonces regían derechos europeos, recogidos más tarde en los códigos: desde luego el *ius commune*, pero también los *iura propria*, como el castellano y el portugués. Sólo queda fuera el *common law*, que permanece al margen de la codificación.

Esta historia tiene como telón de fondo la cultura jurídica común a los países centroeuropeos e hispánicos. Sus afinidades y contrastes son el presupuesto para la confluencia de dos grandes corrientes de la Ilustración, que se entrecruzan

en la codificación penal. Por un lado está la hispánica, cuyo gran exponente es el portugués Mello Freire, autor del Proyecto de código penal de 1786, el primero de Europa y, por otro, la centroeuropea, cuya figura central es el doble codificador penal y civil Franz von Zeiller, a quien se debe el código penal de Austria de 1803. Ambas tienen en común el fondo católico y nacional que las distancia de una Ilustración irreligiosa y cosmopolita, como la que tiene su foco en Francia. El curso de una y otra es divergente: mientras una se inclina por el camino de las reformas, la otra deriva hacia la revolución.

La conjunción de las dos vertientes reformadoras se produjo en Brasil, por obra de un tercer codificador, Vasconcelos, autor del *Projecto* de 1827, origen del *Código Criminal do Imperio* de 1830. Este largo proceso llegó a su término en España con el código penal de 1848, cuyo principal redactor fue Seijas Lozano.

Pero la historia no acaba aquí. Prosigue con un epílogo inesperado. Nada menos que la proyección del código de Seijas a lo largo y a lo ancho del mundo hispánico, es decir, por tres continentes. Al respecto, no deja de llamar la atención el hecho de que su difusión se hiciera en buena parte a costa de los códigos que ya tenían estos países, inspirados, como el español de 1822, en el modelo francés de 1810. Esta superioridad del código de Seijas Lozano no puede pasarse por alto. Es una razón más para preguntarse cuál es su origen y en qué se funda. No basta reconocer su fortuna. Hay que tratar de explicarla.

Tal es el objeto central de estas páginas. La exposición gira en torno a cuatro grandes juristas de esta historia y su contribución a la codificación penal. Tras un escueto pero necesario estado de la cuestión, nos ocuparemos en primer término de Mello Freire y de von Zeiller, es decir, de los comienzos de la codificación penal en Europa. A continuación pasaremos al escenario americano, donde la figura central es Vasconcelos, en quien convergen las dos corrientes matrices de la codificación penal hispánica y centroeuropea. Por último, vueltos al Viejo Mundo, nos detendremos en Seijas Lozano y los codificadores españoles, quienes llevan a su culminación la fase de formación de este modelo de código y abren paso a otra, la de su generalización en los países de derecho castellano y portugués, que hizo del código español uno hispánico.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Por su origen y por su alcance la codificación no puede estudiarse en forma parcial, con criterio nacional, dentro de los límites de cada país, según se hizo a menudo en la Europa de los países –España, Portugal, Francia– a diferencia de la Europa de los pueblos –Austria, Alemania, Polonia. Por más que los códigos se concibieran como cuerpos legales de derecho nacional y cada país aspirara a tener los suyos, la unidad de la cultura jurídica de Europa central y América hispana fundada en el *ius commune* prevaleció. Tanto los autores y la literatura jurídica como las nociones e instituciones fundamentales en todos estos países son los mismos ya se trate, por ejemplo, del juicio, del delito y la pena o del contrato, el precio, la potestad o la competencia.

La codificación exige, pues, un enfoque amplio, similar al que se suele dar al *ius commune*. Así como en su caso sería absurdo disociar las obras y los autores originarios de uno y otro lado del Atlántico y tratar de ellos por separado, así también lo sería en el caso de los codificadores y del derecho codificado. Pero los estudios comparativos son difíciles y presuponen investigaciones monográficas. No es extraño que la bibliografía sea todavía escasa¹. Tal vez por eso, a pesar de lo mucho que se ha estudiado la codificación en Europa y en Iberoamérica², subsisten aún cabos sueltos.

Uno de ellos, que incide directamente sobre nuestro tema, es el papel de Austria en el campo penal y otro, derivado del anterior, concretamente el que nos ocupa. La proyección del código de 1848, así como su derivación del código criminal de Brasil, son conocidas. Falta determinar las razones de una y otra. El bicentenario del código penal austriaco es una buena ocasión para abordar el tema en términos amplios.

Las investigaciones disponibles adolecen de una doble limitación. Ante todo el desconocimiento de la unidad entre las diversas ramas de la codificación penal europea, empezando por la hispánica y la centroeuropea. Luego en lo que toca a Austria, los estudios se han cargado hacia el código civil, el justamente célebre *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* de 1811, conocido como ABGB, cuya significación, es más bien centroeuropea³, y han dejado en la sombra al código penal, *Gesetz über Verbrechen und schwere Polizei-Übertretungen*, de 1803. Por lo mismo, el propio von Zeiller, autor de ambos, es conocido más que nada como codificador en materia civil. Excepciones muy valiosas para nuestro tema

¹ BRAVO LIRA, Bernardino: «Beziehungen zwischen den europäischen und ibero-amerikanischen Kodifikationen», en ZSR, 103, Germ, Viena-Colonia-Graz, 1986. En castellano en ÍDEM y CONCHA MÁRQUEZ DE LA PLATA, Sergio (eds.): *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, vol. 1, Santiago, 1988. BRAVO LIRA, Bernardino: «Eine Kodifikation auf beide Seiten des Atlantiks. Iberoamerika und die Iberische Halbinsel, zwischen Schaffen eigene Gesetzbücher und Übernahme europäische», en *Law in History* 1, Lublin, 2000.

² VAN KAN, Jean: *Les efforts de codification en France avant la rédaction du Code Civil*, París, 1910. WIEACKER, Franz: «Aufstieg und Krisis der Kodifikationsidee», en *Festschrift Böhmer*, Bonn, 1954. ÍDEM: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Gotinga, 1952, trad. castellana, Madrid, 1957, 2.ª ed. alemana, 1957. VIORA, Mario: *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazioni*, Turín, 1947. COING, Helmut: *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 6 vols., Munich, 1973 ss. CRUZ, Guilherme Braga de: «A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro», en *Revista de la Faculdade de Direito de Sao Paulo*, 50, Sao Paulo, 1955. TARELLO, 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. Para la codificación civil en los países hispánicos, un panorama, ÍDEM: «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 ÍDEM y MÁRQUEZ DE LA PLATA: nota 1. Un panorama exhaustivo, GUZMÁN BRITO, Alejandro: *La codificación civil en Iberoamérica, siglos XIX y XX*, Santiago, 2000.

³ HARRASOWSKY, Philipp Ritter Harras von: *Geschichte der Kodifikation des österreichischen Zivilrechts*, Viena, 1868. BRAUNEDER, Wilhelm: *Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811*, en *Gutenberg-Jahrbuch* 62, Maguncia, 1987. ÍDEM: *Gessellschaft-Gemeinschaft-Gütergemeinschaft*, en SELB y HOFMEISTER, nota 1.

son las referencias de Salmonowics y Conrad a Zeiller como redactor del código de 1803 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 y Neschwara sobre Zeiller como penalista⁴.

Otra notable limitación de estas investigaciones es la reducción de su horizonte a Europa central, dejando de lado tanto los esfuerzos de codificación en los países hispánicos, como la proyección del código penal austriaco en ellos. 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 volúmenes⁵. Sin ir más lejos, la *Leopoldina* está ligada de varias maneras a nuestro tema. Obra de Pietro Leopoldo de Toscana⁶ es contemporánea del Proyecto de Mello Freire y un antecedente del código de 1803, llamado también la *Franciscana*, del emperador Francisco II, hijo del propio Pietro Leopoldo.

Del lado hispanoamericano, la historiografía ha prestado atención ocasionalmente al 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 al código austriaco entre las fuentes que utilizó Tejedor en el proyecto de 1865-1867. Por lo demás existe un ejemplar del mismo en la traducción francesa de Foucher publicada en 1833 que le perteneció⁷. Pero ni estos autores ni los posteriores se detienen a estudiar su proyección.

⁴ SWOBODA, Ernst: «Franz von Zeiller», en *Franz von Zeiller, Festschrift*, Graz-Viena-Leipzig, 1931. CONRAD, Hermann: «Rechtsstaatliche Bestrebungen im Absolutismus Preussen un Oesterreich am Ende de 18. Jahrhunderts», en *Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen*, cuaderno 25, Colonia-Opladen, 1961. SALMONOWICZ, Stanislaw: *Prawo karne ówieconego absolutyzmu. Z dziejów europejskich kodyfikacji karnych prze omu XVIII/XIX w (El derecho penal del absolutismo ilustrado. Historia de las codificaciones penales en la Europa del siglo XVIII)*, Torun, 1966. ÍDEM: «La codification pénal des Lumières. Programme et réalisations», en *Law in History* 1, Lublin, 2000. KLEINHEYER, Gert y SCHOEDER, Jan: *Deutsche Juristen aus neun Jarhunderten*, Karlsruhe y Heidelberg, 1993. PAULI, Leslaw: «Die Bedeutung Zeillers für die Kodifikation des Strafrechtes unter besonderer Berücksichtigung delr pólnischen Strafrechtgeschichte», en SELB, Walter y HOFMEISTER, Herbert (eds.): *Franz von Zeillers Forschungsband*, Viena-Graz-Colonia, 1980.

⁵ BERLINGUER, Luigi (ed.): *La Leopoldina. Criminalità e iustizia criminale nelle riforme del '700 europeo*, Milán, 1789 ss.

⁶ *Riforma della legislazione criminale toscana*, de 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 ÍDEM: *Itinera iuris*, Nápoles, 1991. ÍDEM: «Il movimento per la codificazione in Italia», en *Enciclopedia del diritto*, 7, ahora en *ibid.*, SALMONOWICZ: nota 4. TARELLO: nota 2. BERLINGUER: nota 5.

⁷ 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. Víctor Foucher, París, 1833. SALINAS ARANEDA, Carlos: «La biblioteca de Mariano Egaña, con especial referencia a sus libros de derecho», en *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, 7, Valparaíso, 1982.

Bastante conocida es, en cambio, la filiación del código penal de 1848, respecto al código criminal del imperio del Brasil, estudiada principalmente por Zaffaroni y Rivacoba⁸. De su lado, Quintano Ripollés advirtió la coincidencia fundamental entre los códigos penales en América española y su derivación del español de 1848, temas a los que últimamente Iñesta Pastor dedicó un amplio estudio⁹.

Las menciones de Zaffaroni al Proyecto de Livingston, al código español de 1822 y al brasileño de 1830 y las de Duve al código austriaco entre las fuentes del código penal bávaro de Feuerbach y las demás que se encuentran aquí o allá, son otros tantos cabos sueltos que plantean interrogantes aún sin resolver.

Ante todo, saltan a la vista, hay al menos tres cosas que deberían aclararse. 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 adoptó como modelo con preferencia a otros: el francés, el bávaro, el español de 1822, el proyecto de Luisiana. Finalmente, aunque no en último lugar, la cuestión que nos ocupa, explicar por qué este código imperial de Brasil, en adelante CPB, cuyo origen es el Proyecto de Vasconcelos, se impuso de modo tan general en el resto del mundo hispánico, a través del código español de 1848, en adelante CPE.

El bicentenario del CPA es una excelente ocasión para poner a la luz los lazos que unen entre sí los dos extremos del mundo moderno, los países danubianos y los iberoamericanos. Al respecto no es exagerado 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 este caso podrían sumarse las universidades hispánicas de Europa, Iberoamérica y Filipinas, países donde rige o rigió un código penal derivado del austriaco, a través del español de 1848¹⁰.

Una iniciativa muy oportuna sería editar en columnas paralelas los principales textos. Partiendo del *Projecto* de Mello Freire, publicar la parte primera del Código austriaco de 1803, que es la que los otros utilizaron como modelo, seguida del *Projecto* de Vasconcelos, el Código criminal de Brasil, el Código español de 1848 y alguno de los derivados de él, por ejemplo, el de Chile de 1874, que se mantiene vigente con mínimas alteraciones, o el de Filipinas de 1886, que desde 1932 rigió bajo el nombre de código revisado, *Revised Penal Code*.

⁸ Para los textos brasileños, Libro V de las *Ordenações Philipinas, Código criminal do imperio* y códigos de 1890, 1940 y 1969. PIERANGELLI, José Enrique (ed.): *Códigos penais do Brasil. Evolução histórica*, Sao Paulo, 1980. LYRA, Roberto: *Introdução 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 GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, 5 vols. en 7 tomos, Madrid, 1970, vol. 5. BRAVO LIRA: *Beziehungen...*, nota 1.

⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *La influencia del derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas*, Madrid, 1953. IÑESTA PASTOR, Emilia: «La proyección hispanoamericana del código español de 1848», en *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del derecho indiano, Estudios*, 2 vols., Puerto Rico, 2003, pp. 493 ss.

¹⁰ *Gesetz über Verbrechen und schwere Polizei-Ubertretungen*, Patente, Viena, 3 de septiembre de 1803. PAULI: nota 4.

II. DE MELLO FREIRE A VON ZEILLER. COMIENZOS DE LA CODIFICACIÓN PENAL EN EUROPA

Con von Ihering, puede decirse que la codificación es uno de los tres grandes momentos en la historia del derecho europeo¹¹. Al tiempo de ella, varios de estos derechos europeos regían asimismo en el Nuevo Mundo. Tal era el caso de los derechos castellano y portugués, así como del *common law* anglosajón¹².

Dichas épocas son bien conocidas. Punto de partida es el *ius civile*, difundido en el mundo antiguo por el poderío de Roma. Luego surge en las universidades el *utrumque ius*, derecho erudito –civil y canónico– difundido 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, con las dos obras cuyo bicentenario se cumple ahora, *Gesetz über Verbrechen und schwere Polizei-Übertretungen* de Francisco II y el *code civil* de Napoleón.

Sabido es que el movimiento codificador comienza precisamente por el derecho criminal, con una lucha por desterrar el rigor de las penas y los abusos de los procedimientos. Se critica las leyes y se rechaza el arbitrio judicial, esto es, la práctica generalizada de no aplicar las penas legales, a menudo de origen medieval y muy crueles, sino otras más suaves. Hay testimonios de que siguiendo la doctrina de juristas de la mayor autoridad como el célebre Menochio, así se hacía desde uno a otro extremo del mundo moderno, desde Chile hasta Galicia, Italia y Suecia¹³.

MELLO FREIRE Y SU ÉPOCA

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, el 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.

Por esta época se da cima en Europa a tres grandes intentos de codificación penal. Al proyecto de Mello Freire (1738-1798) en Portugal, siguen inmediata-

¹¹ VON IHERING, Rudolf: *Geist des römischen Rechts, auf den Stufen Seiner Entwicklung*, 1852-1865, varias ediciones posteriores; hay traducción castellana.

¹² BRAVO LIRA, Bernardino: *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, 1989.

¹³ MENOCHIO, Jacobus: *De arbitrariis iudicium*, Venecia, 1590. ÁVILA MARTEL, Alamiro de: *Esquema del derecho penal indiano*, Santiago, 1941. Últimamente, PORRET, M.: *Le crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au siècle des lumières*, Ginebra, 1996. ORTEGO GIL, Pedro: «Apercibimientos penales en la práctica criminal de la Real Audiencia de Galicia (siglos XVII y XVIII)», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 3, Madrid, 1996. MECCARELLI, Massimo: «Arbitrium iudicis und officialis in ius commune», en *ZSR*, 110, Germ, Viena-Colonia-Graz, 1998.

mente 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 criminales¹⁴, mientras que el venezolano Francisco de Miranda (1750-1816) obtiene del rey de Dinamarca la reforma de las prisiones¹⁵, el mexicano Manuel de Lardizábal (1739-1821) escribe por encargo del rey Carlos III su *Discurso sobre las penas*¹⁶ y el peruano Manuel Lorenzo Vidaurre (1773-1841), autor del más temprano proyecto de código penal en el área de derecho castellano (1812-1822)¹⁷. En una palabra, la reforma penal es parte de una cultura jurídica común a ambos mundos. Por eso, el CPA, expresión cimera de ella, pudo hallar una acogida tan general a uno y otro lado del Atlántico.

Dentro de este clima, se elabora el proyecto de código penal portugués, debido a Mello Freire, el primero de Europa¹⁸. Un rápido vistazo a la bibliografía que emplea, revela su conocimiento de juristas provenientes de todo el continente, 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

¹⁴ Sobre ambos fiscales, ESPINOSA QUIROGA, Hernán: *La Academia de Leyes y práctica forense*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho (s.f.), esp. pp. 45 ss. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier: *La Real Audiencia de Santiago de Chile (1605-1817). La Institución y sus hombres*, Tesis, Universidad de Chile, 2000.

¹⁵ POLANCO ALCÁNTARA, Tomás: *Miranda*, Caracas, 1996. BRAVO LIRA, Bernardino: «Miranda, Jovellanos y Holland, tres críticos del constitucionalismo francés», en GRISANTI, Luis Javier, y GHYMERS, Christian (eds.): *Francisco de Miranda, L'Europe et l'intégration Latino-Américaine*, Lovaina, 2001.

¹⁶ LARDIZÁBAL, Manuel de: *Discurso sobre las penas*, Madrid, 1782. RIVACOBAY RIVACOBAY, 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.

¹⁷ VIDAURRE, Manuel Lorenzo: *Proyecto de código penal*, Puerto Príncipe, 1822; otra ed., Boston, 1828; otra, Armasa Galdos, Julio, Arequipa, 1996. LEGUÍA, Jorge Guillermo: *Manuel Lorenzo Vidaurre*, Lima, 1935. NÚÑEZ, Eduardo: *Lorenzo Vidaurre, ciudadano de América*, Lima, 1942. JOS, Mercedes: «Manuel Lorenzo Vidaurre, reformista peruano», en *Anuario de Estudios Americanos*, 18, Sevilla, 1961. DOYARÇABAL CASSE, Solange: *Historia del código penal chileno*, Tesis (Universidad Católica de Chile), Santiago, 1968. RIVACOBAY, 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.

¹⁸ 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.

la *Bibliothèque de Législation*. Varios de ellos perecieron durante la revolución, meses después de dictado el código penal de 1791. Aunque no lo nombra aquí, Mello Freire conoció y elogió el *Discurso sobre las penas* de Lardizábal¹⁹. Los dos distan mucho de ser una excepción. En el mundo hispánico la crítica y las reformas penales estaban a la orden del día. Aparte de los iberoamericanos ya mencionados, cabe nombrar a Juan Francisco de Castro (1731-1790)²⁰, Valentín Foronda (1751-1821)²¹, quien cita la *Leopoldina* y la *Josephina*, y Juan Pablo Forner (1756-1797)²².

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 (1726-1800), Karl Ferdinand Hommel (1723-1817), los prusianos Ferdinand Klein (1744-1810) y Karl Gottlieb Svarez (1746-1798), los italianos Giuseppe Vernacioni, autor principal de la *Leopoldina*, Filangieri (1752-1788) y el francés Lepelletier de Saint-Fargueaud (1760-1793), redactor del código penal de 1791²³.

VON ZEILLER Y SU TIEMPO

La vida de Franz von Zeiller (1751-1828) cae de lleno en esta época de la Ilustración, reformas penales y codificación²⁴. Nació en Graz (Estiria) el mismo año en que el barón Kreittmayr (1705-1790)²⁵ 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*²⁶, primer hito de la codificación penal en Austria, que él mismo llevó a su cumbre 35 años después con el CPA.

Sin embargo, el joven no ingresó al mundo del derecho sino más tarde. Lo hizo de la mano de unos de los más célebres juristas de la época, Karl Anton von

¹⁹ BRAVO LIRA, Bernardino: «Melo Freire y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa», en *Revista de Derecho*, 8, Valparaíso, 8, 1984.

²⁰ 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, 2.^a ed. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor: *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, 1992.

²¹ FORONDA, Valentín de: *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la economía política y sobre las leyes criminales*, 2 vols., Madrid, 1789-1794. RIVACOBIA, Manuel de: «Un discípulo español de Beccaria», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6, Madrid, 1996.

²² FORNER, Juan Pablo: *Plan para formar unas buenas instituciones de derecho español...*, en *Obras...*, Madrid, 1844, 295, 424. ÍDEM: *Discurso sobre la tortura*, Valparaíso, 1990, edición y prólogo. ÁLVAREZ GÓMEZ, Jesús: *Juan Pablo Forner (1756-1797)*, Madrid, 1971. LÓPEZ, François: *Juan Pablo Forner. La crise de la conscience espagnole au XVIII^e siècle*, Burdeos, 1976.

²³ ZAFFARONI: *Tratado...*, nota 8. FINKENAUER, Thomas: «Vom Allgemeinen Gesetzbuch zum Allgemeinen Landrecht-Preussische Gesetzgebuch», en *ZSRG*, 113, Germ, Viena-Colonia-Graz, 1996.

²⁴ SWOBODA: nota 4. Además, MAYER-MALY, Theo: «Zeiller das ABGB und wir», en SELB y HOFMEISTER: nota 4. PAULI: *ibid*.

²⁵ BAUER, Richard y SCHLOSSER, Hans (eds.): *Festschrift Freiherr von Kreittmayr*, Munich, 1991. *Codex Iuris Criminalis Bavarici*.

²⁶ Edición oficial de la *Theresiana*, Viena, en 1769. HARRASOWSKY, Philipp Ritter Harras von: *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen*, Viena, 1883-1886.

Martini²⁷, a cuyo lado realizó toda su carrera. Su pobreza le impedía estudiar en la universidad. Martini le acogió en su casa en Viena, donde la 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»²⁸.

Tardó todavía cuatro años en doctorarse *utriusque iure 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, que se educaban en la corte vienesa.

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 Martini²⁹, 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 tribunal de Viena. Luego pasó a formar parte de la judicatura de apelación, de donde fue promovido a consejero áulico del máximo tribunal.

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

El año siguiente, presentó Zeiller un proyecto de revisión de la *Josephina*. Nombrado relator principal en 1797, corrigió el proyecto de código penal y elaboró el texto definitivo de la primera parte, sobre delitos y penas. Simultáneamente, Sonnenfels hizo otro tanto con la segunda parte, referente a las graves infracciones de policía. Al cabo de seis años de labor, el emperador Francisco II, pudo promulgar el texto completo bajo el título 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, cuya proyección alcanzaría tres continentes. 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

²⁷ Sobre von Martini, ZWIEDINECK-SÜDENHORST: *Allgemeine deutsche Biographie*, vol. 20, Leipzig, 1884. KLEIN-BRUCKSCHWAIGER, Franz: «Kart Anton von Martini in der Zeit des späten Naturrechts», en *Festschrift Karl Haff*, Innsbruck, 1950. HEBEIS, Michael: *Karl Anton von Martini 1726-1800, Leben und Werk*, Frankfurt, 1996. WANDRUSZKA, Adam: *Leopold II*, 2 vols., Viena, 1965.

²⁸ SWOBODA: nota 4, p. 7.

²⁹ *Allgemeine Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung*, traducida al francés ese mismo año con el título de *Nouveau Code Pénal de l'Empereur*. Ver SALINAS: nota 7.

hizo 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 código³⁰. Hay que reconocer que este género de planes es su fuerte. Pero lo es también el trabajo. De hecho, ya en esta primera sesión se inició el examen del anteproyecto del código civil, obra de von Martini. Se analizaron 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, quien había adoptado desde 1804 el título de Francisco I de Austria.

STRAFGESETZ, CONTENIDO Y SIGNIFICACIÓN

En la patente promulgatoria del CPA, el emperador hizo notar con satisfacción que en él se distingue entre delito e infracción de policía³¹. Ésta 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 punible 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»³², se clasifican entre los que atentan directamente contra la seguridad común o contra los particulares en su persona, bienes, libertad y derechos. A ellos se dedica lo que se suele llamar Parte Especial. En total, se tipifican veintiuno, siete de la primera especie y catorce de la segunda, lo que ocupa ciento cincuenta artículos o párrafos.

En el tratamiento de ellos se sigue un cierto orden jerárquico en su tratamiento. 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. Entre éstos pena el culto público de las confesiones no católicas, prohibido por las leyes, y burlarse o perturbar cualquier culto de una religión permitida. En cambio, en la otra clase de delitos, se comprenden la violación y atentados contra el pudor, delitos contra la vida –asesinato y homicidio, aborto y exposición de niños–, a continuación,

³⁰ ZEILLER, FRANZ von: *Conferencia* ante la Hofkommission in Gesetzesachen, 21 de diciembre de 1801, en PFAFF, Leopold y HOFMANN, Franz: *Excursus über österreichisches bürgerliches Recht*, Viena, 1877, 1,1,36 ss; Protokoll I, 1, ss. Cf. MAYER-MALY: nota 24.

³¹ *Gesetz...*, nota 10.

³² Ídem: introducción, art. 2.

delitos contra la integridad corporal –lesiones y duelo– y contra la propiedad –incendio, robo, apropiación de cosa ajena, despojo violento, estafa– y, por último, bigamia y ayuda a delincuentes³³. 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»³⁴. 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»³⁵. 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»³⁶.

En suma, tres cosas despertaron la admiración de los contemporáneos por 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»³⁷.

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

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

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

³³ Ídem: 1,1.

³⁴ ZEILLER, Franz von: «Zweck und Principien der Criminal-Gesetzgebung», en *Jährlichen Beitrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den öst. Erbstaaten 1*, Viena, 1806, 92.

³⁵ ÍDEM: 94-95.

³⁶ Ídem.

³⁷ HELCEL, A. Z.: *Rys postepów prawodawstwa karnego ze szczególnym wzgledem na nowsze w tym wzgledzie usilowania (Compendio de los progresos de la legislación penal...)*, Cracovia, 1837, 109.

austriaco rigió en Europa central hasta avanzado el siglo xx. En Austria estuvo vigente con diversos cambios hasta 1975³⁸.

III. LIVINGSTON Y VASCONCELOS. DEL ESCENARIO DANUBIANO AL AMERICANO

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

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

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

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

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

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

³⁸ 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. NESCHWARA, Christian: «Pratobevera, Zeiller, Jenull: eine herrliche Trias... unserer Gesetzgebung», en W. INGENHAEFF, R. STAUDINGER y K. EBERT (eds.): *Festschrift zum 60. Geburtstag von Rudolf Palme*, 2002, 369-394.

autor de las *Ordenanzas de Minería de Nueva España* (1783) consideradas como la primera gran codificación en Hispanoamérica, y Francisco Javier de Gamboa (1717-1794), autor del *código carolino* (1789), así como José Portiatu, al que se debe un código o recopilación de las Leyes de la Real Hacienda de España (1790)³⁹.

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 codificación⁴⁰. Pero hay maneras encontradas de entenderla. Unos, en palabras de Bello, creen del caso copiar algún código extranjero, otros, por el contrario, proponen elaborar códigos propios, esto es, de derecho nacional⁴¹.

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 propio⁴². Naturalmente consulta los códigos europeos, pero no hay nada de eclecticismo. Antes bien, deja en claro su repulsión por el mismo. No puede ser más contundente. Con su lenguaje tan personal, dice o más bien truena ese mismo año de 1826: «No me gusta citar ejemplos de naciones. Soy poco amigo de argumentar con la historia. Soy de esta opinión. Tal vez sea errada, pero tengo para seguirla, algún fundamento. No hay una sola nación que esté en circunstancias idénticas con otra. Así como ningún rostro es enteramente igual y semejante a otro, de la misma manera, los hechos siempre difieren y aunque parezcan alguna vez análogos, siempre presentan al observador infinitas circunstancias que los distinguen y separan»⁴³.

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 ca-

³⁹ 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 encino jurídico do Brasil)*, Sao Paulo, 1982. MARILUZ URQUIJO, José María: «Gestiones en torno a la formación de un código de Hacienda en España, 1780-1790», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 12, Buenos Aires, 1984. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor: nota 27.

⁴⁰ MARTÍNEZ-MARINA, Francisco: *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid, 1820, 3,3,4.

⁴¹ BELLO, Andrés: «Mensaje», en *Código Civil*, Santiago, 1855.

⁴² SOUSA, Octavio Tarquinio de: *Bernardo Pereira de Vasconcellos e seu tempo*, Río de Janeiro, 1937. VALLADAO, Alfredo: «Bernardo de Vasconcelos», en *Revista do Instituto Histórico y Geográfico Brasileiro*, 207, Río de Janeiro, 1950.

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

dena que arranca del CPA y que se prolonga en los códigos de otros países del mundo hispánico.

La suerte de los textos de Livingston y Vasconcelos fue dispar. Demasiado artificial y destinado a un país de reciente anexión, el de Livingston no fue ni siquiera aprobado. Jamás entró en vigencia, salvo en Nicaragua, donde traducido al castellano se promulgó en 1837⁴⁴. 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.

PROYECTO DE LIVINGSTON

Edward Livingston (1764-1836) aprendió de joven alemán y francés. A los veintinueve años, después de estudiar derecho en una de las colonias inglesas, fue recibido como abogado en la barra de Nueva York. Llegó a tener una cultura superior a su medio y a ser considerado como toda una personalidad en Estados Unidos. Desempeñó varias misiones en Europa, donde causó excelente impresión. Desde los treinta años, abogó por la reforma penal. Tras la compra de la Luisiana, se le encargó elaborar un código penal. Entusiasmado, redactó cuatro, uno de crímenes y penas, otro de procedimiento y dos más relativos a prueba judicial y reformas y disciplina de las prisiones. A ello agregó todavía un libro de definiciones. Escritas en inglés, estas obras conforman en conjunto lo que él llamó *Sistema de la legislación criminal*⁴⁵.

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»⁴⁶. 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 Chile⁴⁷.

Aunque no lo menciona, es patente que Livingston utilizó el CPA. Por lo demás, no comparte la teoría represiva de la pena de Sonnenfels, adoptada por la *Josephina*. Antes bien, coincide con von Zeiller en atribuir a la pena una función correctiva. Lo recalca con una insistencia pedantesca: «La ley no es castigo para vengarse, sino para prevenir el crimen», «el fin del castigo no es prevenir el crimen»⁴⁸.

⁴⁴ ZAFFARONI: nota 9.

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

⁴⁶ LIVINGSTON, Edward: «Rapport servant d'introduction au système de législation criminelle», en ÍDEM: nota 45, 1, 559.

⁴⁷ SALINAS: nota 6.

⁴⁸ LIVINGSTON, Edward: «Rapport préliminaire sur le projet d'un code criminel», en *Exposé...*, nota 45, 1, 49, 59.

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 aplica⁴⁹. Lo que es verdaderamente original en él es este exquisito segregacionismo.

«Todo es nuevo», afirma sin ambages de libro primero⁵⁰. 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»⁵¹.

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»⁵².

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

Al igual que el CPA, no distingue entre crimen y delito, como lo hace el código francés: «Todas las contravenciones a las leyes penales son calificadas con el nombre general de delito»⁵³. Pero no se separa del modelo francés, al diferenciar entre delito y crimen en atención a la severidad de la pena⁵⁴.

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.»⁵⁵. Los delitos privados son aquellos que causan perjuicio a los individuos⁵⁶. 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.

⁴⁹ *Projet de code criminelle*, cap. 2, arts. 43 y 44.

⁵⁰ «*Rapport...*», nota 46, pp. 414, 560.

⁵¹ Cf. *Projet...*, nota 49, cap. 2, art. 1. GESETZ: nota 10. Introducción, art. 2.

⁵² *Projet...*, nota 49, cap. 2, art. 50.

⁵³ «*Rappor...*», nota 46, 38.

⁵⁴ «*Rapport...*», nota 46, 427.

⁵⁵ «*Rapport...*», nota 48, 38.

⁵⁶ «*Rapport...*», 39.

Se comprende que semejante reduccionismo, un tanto puritano, fuera difícilmente aceptable entre los hispanoamericanos, poco inclinados a acatar la ley por la ley. Espontáneamente ellos se hallan más próximos a von Zeiller, quien modera al legislador en consideración a la libertad de las personas. Para él «la tarea del gobierno es propiamente proporcionar seguridad jurídica por vía de presión psicológica, con la menor limitación posible de la libertad de acción»⁵⁷.

IV. VASCONCELOS. CONFLUENCIA DE LA CODIFICACIÓN PENAL AUSTRIACA E HISPÁNICA

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

En 1826, se instauró el parlamento, llamado Asamblea Legislativa. Fue inaugurado en Río de Janeiro por el emperador Pedro I. En contraste con los parlamentos de la época en Europa y América, tuvo larga vida. Sus sesiones se prolongaron en forma ininterrumpida hasta los fines del imperio en 1889⁵⁸.

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 decirlo menos, la Asamblea brasileña se mantuvo incólume. Algo así no se ha vuelto a repetir hasta ahora en el mundo hispánico, salvo por algún tiempo en Chile y Argentina, o en el actual México. Tan es así que en 1998 los españoles celebraron como un triunfo las dos décadas de funcionamiento de las Cortes.

La Asamblea estaba formada por gran número de *bachareis* salidos de la universidad de Coimbra, donde enseñara Mello Freire, autor del primer proyecto de código penal de Europa. No es extraño que, a los pocos meses de su apertura, se presentara el 3 de junio un proyecto de código penal. Se trataba de algo más que una simple proposición para dar inicio a los trabajos. Nada menos que un texto terminado. Su autor fue José Clemente Pereira (1787-1854), portugués de nacimiento, formado en Coimbra, figura destacada de la Judicatura y de la vida política⁵⁹. 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

⁵⁷ ZEILLER: nota 34, 74.

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

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

dividido en dos partes: la primera contendrá el código penal, y la segunda, el código de proceso criminal»⁶⁰. Aunque no se indica ningún antecedente, este plan nos remite al CPA, cuya primera parte, sobre delitos y penas, consta, según sabemos, de las mismas dos secciones: De los delitos y penas y De la instrucción criminal. Ninguno de los modelos disponibles entonces adoptaban esta división bipartita, ni el código francés ni el bávaro de 1813 ni el de las Dos Sicilias de 1819 ni el español de 1822. Tampoco el proyecto de Livingston.

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 I⁶¹. Era hija de Francisco I de Austria, quien como sabemos promulgó el código penal de 1803, y hermana de María Luisa, la mujer de Napoleón. La joven princesa revolucionó la vida de Río de Janeiro. Llegó rodeada de una corte de artistas y artesanos, músicos, pintores, grabadores, ebanistas, hombres de letras. No es aventurado pensar que en esos años fundacionales del imperio algunos de estos personajes dieran a conocer el CPA. A la vista del interés reinante sobre la codificación, el propio embajador de Austria, barón Wenzel von Mareschal, si no otro, podría haberse adelantado a hacerlo.

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 después⁶².

Genuino representante de la cultura de abogados dominante en el mundo hispánico desde mediados del siglo XVIII hasta mediados del XX, Vasconcelos era todo menos un ecléctico. La antítesis de Livingston. No se limitó a sacar de diversos códigos lo que le pareciera útil, ni menos se pavoneó de ser original por eso. Tampoco se halló condicionado por la necesidad de impresionar con su erudición a los buenos ciudadanos de Luisiana. Ya hemos citado lo que él mismo

⁶⁰ COMISSAO DE LEGISLAÇÃO DE JUSTIÇA CIVIL E CRIMINAL: «Parecer sobre o Código Criminal», 1 de julio de 1826, en *Anais do Parlamento Brasileiro, Câmara dos Deputados*, Río de Janeiro, 1874, 4, vol. 2, 16 ss.

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

⁶² Ver nota 42.

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»⁶³.

Trabajador infatigable como Zeiller y como Bello, a los 32 años no podía tener ni la versación y práctica del codificador austriaco ni el tesón con que Bello perseveró durante 19 años en la formación de su código. A pesar de sus limitaciones físicas, molestos dolores a la espalda, desplegó una actividad desbordante. Su genio áspero y su agudeza le valieron el apodo de Franklin o Mirabeau⁶⁴. Así se explica que en un mínimo de tiempo, no más de siete meses, haya podido componer su proyecto durante una estancia en su Vila Rica natal, entre septiembre de 1826 y abril de 1827.

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

En este sentido su proyecto marca un vuelco en la historia jurídica de los países hispánicos, donde hasta entonces los tempranos intentos de codificación se habían orientado hacia Francia, tanto en materia penal como civil. Basta ver el código penal español de 1822 y, al otro lado del océano, el de El Salvador de 1826, por no decir nada de los códigos dominicanos. De ahora en adelante la influencia francesa en el área penal es desplazada por el modelo austriaco. Así sucedió incluso en los países mencionados, España y El Salvador, cuyo primer código de corte francés fue reemplazado por otro de corte austriaco en 1848 y 1859 respectivamente. Este cambio de signo anunciado por las instrucciones brasileñas 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 Vasconcelos, sabemos que en la asamblea brasileña sólo se conoció tres años después, en plena discusión del texto de jurista *mineiro*. En todo caso la semejanza de éste 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.

⁶³ Ver nota 27.

⁶⁴ *Ibid.*

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 del 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 se vertió el derecho penal portugués vigente en Brasil. A la hora de ponerlo en artículos, se acudió a la doctrina penal centroeuropea.

ESTRUCTURA Y CONTENIDO

Este modo de codificar refleja muy bien el talante y el talento de Vasconcelos, su realismo implacable, de que es buena muestra su exabrupto en la asamblea ese mismo año 1826: «¿Por qué hemos de preguntarnos acerca de lo *que es mejor*, si el orden de nuestras actuales circunstancias sólo nos faculta para indagar *qué se puede hacer?*»⁶⁵. 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 las 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 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 1.º, 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»⁶⁶.

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»⁶⁷. Éste es uno de los casos en que no cabe duda acerca de su procedencia. Vasconcelos la

⁶⁵ Ver nota 34.

⁶⁶ VASCONCELOS, Bernardo Pereira de: «Projeto do Código Criminal, apresentado em sessao de 4 de Maio de 1827, pelo deputado...», en *Anais do Parlamento Brasileiro. Câmara dos Deputados. Segundo ano da Primeira legislatura. Sessão de 1827*, Río de Janeiro, 1875. Cf. art 1,1 con GESETZ: nota 11, introducción, art. 2. Cf. art. 1,1 con GESETZ: nota 11, introducción, art. 2.

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

tomó directamente del CPA. Ahora bien, une 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»⁶⁸.

Si pasamos, ahora, a las penas, la impresión es que, en cuanto resulta posible, se ha adoptado la regulación austriaca. Las principales son muerte y prisión que, en su caso, puede pasar a galeras. La prisión admite grados, según el rigor con que se aplica. A éstas se añaden otras penas como extrañamiento, destierro y multa, y para los esclavos, azotes. 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 excesivo⁶⁹.

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 orden determinado en la enunciación de los delitos.

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

En contraste con el proyecto de Livingston, el tratamiento de los crímenes policiales es la parte más floja. Entre ellos contempla el uso de armas, juntas de más de veinte personas, abusos de la imprenta, y en un lugar bastante secundario, las perturbaciones contra la religión. Coincide con el CPA en penar el culto público de no católicos, pero el tenor es mucho más terminante: «La religión católica apostólica romana es la religión del imperio. Todas las otras serán permitidas con su culto doméstico o particular en casas para ello destinadas, sin forma exterior de templo. Es crimen hacer público el culto de otras religiones permitidas, o dar a las casas para eso destinadas forma de templo»⁷⁰. 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

⁶⁸ SEIJAS LOZANO, Manuel: «Discurso en el Congreso», en Sesión 10 de marzo de 1848, p. 1715.

⁶⁹ «Proyecto...», nota 66, art. 2.

⁷⁰ «Proyecto...», nota 66, art. 120.

que hace suyo el rechazo generalizado en la doctrina y los códigos europeos, Vasconcelos adopta en toda sus partes el sistema austriaco de justificantes 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 recata para cortar, adicionar y modificar el texto de Zeiller. Por ejemplo elimina entre las atenuantes la irreprochable conducta anterior del artículo 39,2⁷¹. 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»⁷².

La cultura jurídica hispánica entiende a su manera la legalidad y, por tanto, también el principio *nullum crimen*. A tono con ello, Vasconcelos subraya la distinción entre pena ordinaria «impuesta por la ley al delito de que se trata y la extraordinaria, la que los jueces imponen fundados en el arbitrio que este código les confiere». El contraste con el CPA no puede ser más patente, «la pena debe aplicarse dentro de los límites de ley: No se puede aplicar una pena más dura que la prescrita por la ley, según las circunstancias del delito y la posición del autor»⁷³.

En términos generales, no es aventurado cifrar en la fidelidad de este intento de codificación al propio derecho, una de las razones de su fortuna, no sólo en Brasil sino también en el resto del mundo hispánico. En todas partes se encontró recogido en el texto el derecho nacional.

Código Criminal do Imperio do Brasil

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 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

⁷¹ *Gesetz...*, nota 10, art. 39.2.

⁷² «Proyecto...», nota 66, art. 29.

⁷³ *Ibid.*, art. 59. Cf. *Gesetz...*, nota 10, art. 26.

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»⁷⁴.

El código de Zeiller, en cambio trae dos reglas, la del artículo 25 «(...) como la vanidad de circunstancias agravan o atenúan el delito no permiten determinar con precisión la medida de la pena para cada caso particular previsto en esta ley, se ha fijado para cada delito el mínimo o el máximo de tiempo de prisión y su duración debe ser fijada en esos límites en proporción a la gravedad del delito». La segunda regla del artículo 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 agregan los delitos relativos a los deberes y derechos de los ciudadanos. En consecuencia el catálogo queda así: delitos contra la existencia política del imperio; el libre gozo y el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos; la seguridad interna del imperio y pública tranquilidad; el buen orden y administración pública, y contra el tesoro y la propiedad pública.

Las ofensas a la religión se clasifican en el proyecto de Vasconcelos entre los crímenes policiales; a diferencia del CPA, los trata entre los crímenes públicos. En el código imperial se les da un tratamiento distinto de los dos textos anteriores. En forma muy sumaria se les reduce a la celebración de un culto público de otra religión que no sea la del estado y al abuso o burla de cualquier culto establecido en el imperio⁷⁵.

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

Finalmente, en cuanto a los crímenes policiales sistematiza los conceptos pero no sigue la división tripartita de las graves infracciones de policía del CPA, según la redacción definitiva de Sonnenfels. Contempla ofensas a la religión, a la

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, Río de Janeiro, 1930. DA COSTA E SILVA, A. J.: *Código Penal*, Sao Paulo, 1938. GARCÍA BASILEA: *Instituições de direito penal*, Sao Paulo, 1977. LIMA LOPES, José Reinaldo: *O Direito na História*, Sao Paulo, 2000, 286 ss. Ver nota 8.

⁷⁵ «Proyecto...», nota 66.

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 método, la regulación legal de la actuación del juez en la apreciación del delito y la imposición de la pena y la propiedad y precisión de los términos. No menos atractivo resultó hallar en él no un derecho nuevo, extraño, sino el propio, reducido a artículos. El codificador español Seijas Lozano sintetiza estas ventajas al decir del código brasileño: «considerada su parte artística, es perfecto, considerada su redacción es el colmo de la precisión y considerada su penalidad, su exactitud es geométrica». No obstante, para algunos las penas eran demasiado suaves. De una u otra manera, este texto imprimió un nuevo giro a la codificación penal en los países hispánicos.

V. CÓDIGO ESPAÑOL DE SEIJAS Y FAMILIA DE CÓDIGOS HISPÁNICOS

Esta historia culmina con el código penal español de 1848, y los otros derivados de él⁷⁶. Es más simple que la anterior. Después de examinar los códigos europeos y americanos, los codificadores convinieron en tomar como base el de Brasil. Realizaron una acuciosa revisión de su texto. Si el código imperial brasileño no fue sino una reelaboración corregida y aumentada del austriaco, el español no fue más que una versión revisada del brasileño.

Basta un simple cotejo de ambos textos para advertirlo. Más que una obra nueva, es otra versión del CPB, pulida y corregida. Lo sigue de cerca, pero no a la letra. Seijas, su redactor principal, habla de «seguirlo como modelo sin someterme a sus reglas». Tanto él como los revisores no se retacan para aclamar al código imperial como obra perfecta o como «el mejor código del mundo»⁷⁷. Estas expresiones no tienen nada de hiperbólicas. 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 español⁷⁸.

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,

⁷⁶ *Código Criminal...*, nota 74. *Actas de la comisión general de codificación*.

⁷⁷ *Código Penal*, 1844-1845. Sesión 16 de noviembre de 1844, en LASSO GAITE, nota 82, 606.

⁷⁸ *Diario de Sesiones del Congreso*, 79, 10 de marzo de 1848, Madrid, 1848, 1715. Ahora en LASSO GAITE, nota 82.

al modo centroeuropeo. La diferencia está en que Vasconcelos utilizó directamente el código austriaco y los españoles lo hicieron en forma indirecta, por mediación del código brasileño. Sólo, ocasionalmente, consultaron el texto de Zeiller, del que, como se dijo, existía desde 1833 una traducción francesa.

Vale la pena detenerse en los dichos de los codificadores españoles, todos juristas de fuste, acerca del modo como utilizan el 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, fue fiscal del Tribunal Supremo y desde 1839 tuvo activa participación en labores codificadoras. Además se desempeñó a partir de 1847 en varios ministerios. Se destacó por su acuciosidad y firmeza de criterio, la que queda de manifiesto en las actas de la discusión de su anteproyecto ante la comisión revisora⁷⁹. El catedrático de Sevilla José María Claros (ca. 1810-?) debió redactar los libros II y III del anteproyecto, pero su labor estuvo llena de tropiezos y atrasos. No consiguió entregar un texto completo. 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*⁸⁰. 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 Antón de Luzuriaga (1810-1874). Miembro de la Judicatura, participó en diversos gobiernos y fue presidente del Tribunal Supremo. También se destacaron Domingo María Vila y Tomás María Vizmanos. Todos ellos, al menos en algún momento, invocan el CPA.

Reveladores son los términos con que Seijas y los miembros de la comisión se refieren una y otra vez al código brasileño. Desde luego todos reconocen que es el principal modelo. Pero, además, no ocultan su admiración por él. Coinciden en considerarlo superior al francés, lo que refleja un homenaje, consciente o inconsciente, de la Europa atlántica a la ciencia penal centroeuropea. Por eso, después de examinar los otros códigos optan por el brasileño como modelo, en lugar del francés, hasta entonces imitado en toda Europa y en los países hispánicos⁸¹.

En varias ocasiones explicó Seijas por qué se procedió así: «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 mas 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 fácil copiar que inventar y ésta 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

⁷⁹ CANDIL JIMÉNEZ, Francisco: «Manuel Seijas Lozano, miembro de la Comisión General de Códigos», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 34, Madrid, 1981.

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

⁸¹ ZAFFARONI: nota 8. SILVA, José Enrique: *Compendio de la historia del Derecho de El Salvador*, El Salvador, 1998.

más atrasado es el que se ha dado la legislación más adelantada, el mejor código del mundo»⁸².

Los defectos del código francés son propios de una obra concebida al margen de las construcciones científicas realizadas en Europa central, las mismas que despertaron la admiración por el código brasileño. Es lo que Seijas y otros codificadores llaman su parte artística. Ya hemos transcrito sus palabras: «Brasil se dio un código penal que, considerada su parte artística es perfecto, considerada su redacción es el colmo de la precisión y claridad, y considerada su penalidad, su exactitud es geométrica». No obstante, esa penalidad pareció a diversos jurisconsultos del Viejo Continente «tan tenue que será imposible que ninguna nación europea pudiese regirse por él»⁸³.

Con Seijas concuerdan los miembros de la comisión. Para Claudio Antón de Luzuriaga «el código de Brasil, cuyo volumen es la tercera parte menor que el de los demás de Europa, ha seguido este sistema y es el más perfecto que se conoce»⁸⁴.

FUENTES Y ESTRUCTURA

Entre las fuentes utilizadas, menciona Juan Francisco Pacheco: «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»⁸⁵. 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 conforman la llamada parte especial. De esta suerte el código quedó compuesto por tres libros, uno de disposiciones generales, otro sobre delitos en particular y otro relativo a las faltas.

Al igual que en el CPB y en el CPA no se distinguió entre crimen y delito. Durante la discusión Luzuriaga invocó precisamente el código de Zeiller en apoyo del brasileño: «si buscamos un ejemplar en donde se haya prescindido de esta distinción, tal cual el código de Napoleón la ha introducido en nuestra ciencia, la hallaremos en el austriaco. Allí se encuentra hecha la división entre delitos y graves infracciones, dejando a los primeros la importante idea de la inmoralidad, y a los segundos, la simple idea de la infracción punible debido a la conveniencia de la sociedad por hacer cumplir las leyes positivas. Ésta es, a mi ver, la más oportuna»⁸⁶.

⁸² Ver nota 78.

⁸³ Ver nota 78, 1714.

⁸⁴ *Actas...*, nota 76. Sesión de 2 de octubre de 1844, ahora en LASSO GAITE: nota 82, 467.

⁸⁵ PACHECO: nota 80, 62.

⁸⁶ *Actas...*, nota 76. Sesión de 5 de octubre de 1844, en LASSO GAITE, nota 82, 476.

Donde más claramente se separa el CPE del CPB es en el orden que adopta para tratar de los diversos delitos y en la gravedad que se reconoce a los que atentan contra la religión. Sigue un plan jerárquico, de mayor a menor. Conforme a la tradición hispánica, tanto castellana como portuguesa, viva en la Península y en Iberoamérica, se destina el título primero a los delitos contra la religión y los tres siguientes a atentados contra la seguridad exterior del Estado, su seguridad interior y otros intereses públicos. Desde el título IV en adelante se trata de los delitos contra las personas y, en general, de los calificados como privados.

El contenido no presenta mayores diferencias con el derecho castellano y portugués, vigente hasta entonces. Al respecto, basta remitirse, por ejemplo, a una obra tan difundida en España y en América como la *Práctica criminal* de José Marcos Gutiérrez, de uso general en estudios de abogados y universidades. Allí puede verse cómo 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 su propiedad; VI, en perjuicio de la Real Hacienda; VII, contra la administración de justicia; VIII, delitos de falsedad; IX, delitos de incontinencia o deshonestidad, y X, contra la policía⁸⁷.

LEGALISMO Y ARBITRIO JUDICIAL

Para Seijas y los demás redactores, la clave del código radica en la primacía de la legalidad sobre el arbitrio judicial en materia de delitos y penas. Ésa es la gran innovación frente al derecho anterior. Sin embargo, a pesar de tener por el más perfecto al código de Brasil, no lo siguen a la letra: «nosotros hemos tomado de ese código lo que podíamos –explica–, 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 (...) la designación de la pena se hace por el legislador y su extensión por el magistrado; pero de forma matemática, que aun podría llamarse automática, al punto que de haberse dicho, algo humorísticamente, que cabría fijar la pena de cada reo utilizando una máquina registradora de las usadas hoy por el comercio, con sólo manejar a base de la pena tipo señalada por la ley dos botones, o pulsadores. Uno para elevar aquella pena si concurre alguna calificativa, o rebajarla si el hecho es frustrado o intentado o el delincuente fuere cómplice o encu-

⁸⁷ GUTIÉRREZ, José Marcos: *Práctica criminal de España*, Madrid, 1804-1806. Varias ediciones: 1818, 1819, 1824, 1826. BRAVO LIRA: nota 12.

⁸⁸ Ver nota 76.

bridor, 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 escribímos después que las otras naciones y obligación tenemos de no retroceder»⁹⁰.

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

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

Se realizó un esfuerzo por perfeccionar las agravantes, a pesar de que no 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 mas frecuencia, según se ha hecho en el código brasileño, siempre que no resulten inconvenientes»⁹³. Por su parte Vizmanos presentó por modelo lo dicho en el código brasileño⁹⁴. En definitiva, los agravantes se aumentaron, pero desmedidamente.

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

⁸⁹ 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.

⁹⁰ *Actas...*, nota 76. LASSO GAITÉ: nota 82, 462.

⁹¹ Ver nota 84.

⁹² *Actas...*, nota 76. LASSO GAITÉ: nota 82, 301.

⁹³ *Actas...*, nota 76. Sesión de 12 de octubre de 1844, en LASSO GAITÉ: nota 82, 530.

⁹⁴ *Actas...*, nota 76. Sesión de 22 de octubre de 1844, en LASSO GAITÉ: nota 82, 533.

⁹⁵ *Ibid.*

rencias entre el derecho castellano y el portugués, ni entre los diversos países que se regían por uno y otro⁹⁶.

FORTUNA DEL CÓDIGO DE 1848

La historia del código de 1848 tiene una suerte de epílogo que se prolonga hasta nuestros días. Tal vez por eso es relativamente más conocida. Se trata de su difusión fuera de España. Comienza 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 es el caso de Chile. Aquí sólo podemos apuntar sus líneas matrices. Desde que optaron por el código de Brasil, Seijas y los redactores del CPE imprimieron una orientación común a la codificación penal en los países hispánicos. Volvieron la espalda a la influencia francesa y se 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 española⁹⁷. A esta familia pertenecen también otros quince o más códigos estaduales en países como México, Colombia o Argentina⁹⁸.

Esta etapa tiene un inconfundible carácter epigonal. Por lo general no se codifica. Los redactores se limitan a revisar el modelo español y a introducir aquí o allá algunos cambios. Pero la estructura –los tres libros: disposiciones generales, delitos y penas y faltas– y el contenido fundamental, tanto en lo que toca a la restricción legal de la actuación del juez 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, pueden servir de ejemplo las variaciones en torno a la definición de delito, siempre de detalle. Los términos del código de Zeiller permanecen fuera de discusión. Se los revisa y, a lo más, se los pule, pero en todas partes se entiende por delito al igual que en el código austriaco, una acción u omisión penada por la ley. Así, en menos de un siglo, esta noción, acuñada en los países danubianos, pasó a resonar en castellano o en portugués desde la Península Ibérica hasta Filipinas, convertida en patrimonio común de los países hispánicos.

En todo caso, el código de Seijas 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,

⁹⁶ Texto del Código de 1848, del de 1822 y de los siguientes, de 1850, 1870, 1928, 1932 y 1944, en LÓPEZ BARJA, Jacobo, y OTROS: *Códigos Penales Españoles*, Madrid, 1988. GACTO, Enrique: *Temas de Historia del Derecho: Derecho del constitucionalismo y la codificación*, 2 vols., Sevilla, 1979.

⁹⁷ BRAVO LIRA: «Beziehungen...», nota 1. ÍDEM: «Eine Kodifikation (...)», nota 1.

⁹⁸ BRAVO LIRA: «Beziehungen...», nota 1. Ahora en BRAVO LIRA y MÁRQUEZ DE LA PLATA: nota 1. Para los textos de los códigos, MEDINA y ORMAECHEA, Antonio de: *La legislación penal de los pueblos latinos*, México, 1896. LEVENE, Ricardo (h) y ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Los códigos penales latinoamericanos*, 4 vols., Buenos Aires, 1978.

se cambió el código tantas o más veces que la constitución⁹⁹. España tuvo, pues, códigos a lo menos tan numerosos y precarios como constituciones escritas: uno en 1870, dos efímeros en 1928 y 1932, al que siguió el de 1944. A estas alturas, el decreto promulgatorio creyó necesario dejar en claro que no se trata sino de distintas versiones del texto de 1848: «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»¹⁰⁰. Desde entonces, como persistió la inestabilidad institucional, persistieron también las reformas del código penal. Ninguna se consideró satisfactoria, ni las de 1963 ni las de 1973 ni las posteriores. Tampoco el código, todavía vigente de 1996.

FAMILIA DE CÓDIGOS EN TRES CONTINENTES

Fuera de España, cabe distinguir, a grandes trazos, dos situaciones: la de los países que adoptaron directamente el CPE y la de aquellos que para optar por él debieron deshacerse de otro código anterior. En un caso, por así decirlo, se mantienen dentro de la propia cultura jurídica, en tanto que en el otro retornan a ella. No deja de llamar la atención que a la larga esta vuelta a lo propio se convierta en la regla.

Como se dijo, abre la primera serie El Salvador con el código de 1859, al que siguen los de 1881 y 1909¹⁰¹. Luego viene Venezuela en 1863, donde los códigos penales han sido más efímeros aún, tanto que, ya en 1926, había tenido siete¹⁰². Le siguen los de Chile en 1874, Cuba y Puerto Rico en 1879 y Filipinas en 1886.

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

Según se verá, en Chile se acudió al código austriaco para recuperar una atenuante, de la que tanto el brasileño como el español habían creído del caso prescindir. En Filipinas se mantuvo, para ciertos efectos, el arbitrio judicial en uso hasta entonces, al paso que en Portugal se restituyó a los delitos contra la religión el lugar y jerarquía que siempre tuvieron en los reinos peninsulares.

A primera vista pareciera que los códigos posteriores fueran más apegados a las raíces comunes que el de Vasconcelos y el de Seijas. Pero en rigor no es así. Todo parece indicar que en estos nuevos códigos aflora una constante que viene de los primeros. En efecto, tanto para Mello Freire como para Zeiller la codificación tiene un cuño nacional, que la distingue del cosmopolitismo y de la imitación extranjera. El sello ilustrado propio de la codificación penal va unido al

⁹⁹ ISLAS, Olga: *Derecho Penal contemporáneo*, I, México, 1965. ZAFFARONI: nota 8.

¹⁰⁰ PÉREZ-PRENDES, José Manuel: *Interpretación histórica del derecho*, Madrid, 1996, 1072.

¹⁰¹ *Decreto promulgatorio*, 23 de diciembre de 1944, preámbulo. LASSO GAITE: nota 82, 836.

¹⁰² SILVA: nota 81. ZAFFARONI: nota 81, 380.

aprecio por las antigüedades patrias, vale decir, por el propio derecho y el propio pasado. Esta misma es reconocidamente la visión de Vasconcelos, por no decir nada de los moderados españoles, entre los que se cuentan Seijas y los demás codificadores.

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

CHILE, CUBA Y PUERTO RICO

En Chile, aunque se indicó expresamente a la comisión redactora que tomara como base el código belga de 1867, adoptado en Ecuador en 1872, se descartó de inmediato proceder así, porque resultaba impracticable. Dicho texto no era más que una versión del francés de 1810, corregido a la luz de las críticas de Pellegrino Rossi, y, por tanto, muy atrasado en comparación con el español de 1848. Se decidió entonces tomar este modelo. Después de una minuciosa revisión, sólo se introdujeron algunas mínimas alteraciones, según comprobó Rivacoba en su edición crítica del texto. Una de esas modificaciones consistió en reponer entre las atenuantes la irreprochable conducta anterior del código de Zeiller, que había sido eliminada tanto por el Código brasileño como por el español. La iniciativa de hacerlo provino del presidente de la comisión redactora, Alejandro Reyes (1826-1884), quien la fundamentó en el código austriaco. De este modo, desde 1875 esta atenuante no sólo se encuentra vigente en Chile sino que es en la práctica la más frecuentemente invocada¹⁰³.

Poco después se extendió la vigencia del código de Seijas a Cuba y Puerto Rico, que formaban parte de la monarquía española. Sin reformar el texto vigente, una comisión codificadora para las provincias de ultramar introdujo algunas modificaciones para hacer posible su aplicación, aprobadas por Real Decreto de 23 de mayo de 1879. En 1886 se hizo una edición oficial del código vigente en estas islas¹⁰⁴.

FILIPINAS

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

¹⁰³ DOYARÇABAL: nota 17. RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel: *Código Penal de la República de Chile y Actas de la comisión redactora*, Valparaíso, 1974. Cf. *Estudio preliminar*, IX ss. ROSSI PELLEGRINO: *Traité de droit pénal*, París, 1829, utilizado por PACHECO en sus *Estudios de derecho penal*, Madrid, 18.

¹⁰⁴ Para Cuba y Puerto Rico, Real Decreto de 23 de mayo de 1879, en *Código Penal vigente en las islas de Cuba y Puerto Rico*, Madrid, 1886.

instrucción respectivo, la naturaleza del hecho y las condiciones de la persona ofendida.

Además, mantuvo el arbitrio en la aplicación de las penas. Expresamente se reconoció «la conveniencia de que los Tribunales de Filipinas sigan con acierto la práctica que sin interrupción observan, aplicando una penalidad menor a la señalada en el código, teniendo en cuenta, cuando los fueros de la razón y de la justicia lo reclamen, las condiciones de la raza indígena o de sus individuos en todos aquellos casos en que del cumplimiento estricto del precepto penal resulte una agravación que dista mucho de la mente del legislador»¹⁰⁵.

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

En consecuencia se mantuvo la prohibición del culto público de otras confesiones distintas de la católica, como en España y la generalidad de los países hispánicos, sin perjuicio del «respeto a las prácticas de otros cultos por extranjeros o españoles en recintos autorizados o que se autoricen legítimamente (y) se toleran las ceremonias religiosas en los cementerios y se castigan las amenazas, violencias y otros apremios ilegítimos para impedir el ejercicio de los diversos cultos, estableciendo la supremacía para la religión del Estado»¹⁰⁶. En una palabra, se mantuvo el régimen vigente en otros países hispánicos, desde el *Proyecto* de Vasconcelos de 1827 hasta el código portugués de 1886.

El código penal filipino no experimentó reformas de consideración hasta 1932. Ese año entró en vigencia el llamado *Revised Penal Code*. Como lo indica su nombre, mantuvo el sistema de origen austriaco, de eximentes, atenuantes y agravantes, así como la regulación de delitos y penas del derecho castellano¹⁰⁷.

DESDE EL PERÚ HASTA PORTUGAL

Paralelamente el texto de Seijas se impuso en otra serie de países que ya tenían un código penal, pero de corte francés. La lista es larga. Aparte del español de 1822, que sirvió de modelo a varios, comprende el de 1826 en El Salvador, el de 1841 en Costa Rica, que no es sino una reproducción del de Bolivia, como

¹⁰⁵ Para Filipinas, Real Decreto, Gijón, 4 de septiembre de 1884. *Código penal y ley espacial para aplicación del mismo a las Islas Filipinas*, Madrid, 1886. Debo el conocimiento de ambos a una gentileza de John Mckinnon.

¹⁰⁶ COMISIÓN CODIFICADORA DE LAS PROVINCIAS DE ULTRAMAR: «Exposición de motivos que acompaña al proyecto de código penal para las Islas Filipinas», en *Código penal...*, notas 105 y 107.

¹⁰⁷ *Código penal revisado (The Revised Penal Code)*, Act. núm. 3815, de 8 de diciembre de 1930, en vigencia desde 1932.

éste lo es del español de 1822, y los de Perú y Portugal, ambos de 1852. El vuelco se inicia en 1863 con el código del Perú, continúa en 1870 con Nicaragua, el año siguiente con México, luego Costa Rica y Honduras en 1880, Portugal en 1886, Guatemala en 1889, que al igual que Venezuela lo substituyó por otro en 1897. En Portugal se repuso el título «Delitos contra la religión del Reino», a la cabeza de la parte especial, según el orden tradicional en el derecho portugués y castellano, que se remonta al reino hispano-visigodo¹⁰⁸.

Un tanto al margen de esta línea central, se mantuvieron Bolivia, Colombia, Argentina y Paraguay. El caso de Bolivia es excepcional. Mantuvo hasta 1872 un código basado en el español de 1822 y, en último término, al francés de 1810, llamado de Santa Cruz, sancionado el mismo año 1830 que el brasileño¹⁰⁹. Algo similar sucedió en Colombia con el código de 1837, que sólo fue reemplazado en 1890. En Argentina, en cambio, el código penal, muy tardío, de 1886, recibió la influencia del CPA, a través del código bávaro. Fue reemplazado en 1921. Antes había sido adoptado por Paraguay en 1880 y subsistió allí hasta 1910¹¹⁰. Finalmente, Uruguay y Brasil, que se apresuraron a imitar al código penal italiano de 1889, llamado de Zanardelli, recibieron a través de él, según se dijo más arriba, el influjo del CPA.

VI. SÍNTEISIS Y CONCLUSIÓN

A lo largo de estas páginas hemos intentado poner a la vista el lugar que el código penal de 1848 ocupa en la historia de la codificación penal, considerada desde sus albores en Europa central hasta su culminación en los países hispánicos de los tres continentes.

Junto con sus grandes etapas, han salido a la luz sus grandes figuras. Surgido a mediados del siglo XVIII a ambos lados del Atlántico, el movimiento codificador pervive hasta mediados del siglo XX. En el curso de él se distinguen tres fases: una primera de auge (1751-1803), desde el código de Kreittmayr hasta el de Zeiller, vale decir, netamente centroeuropea; una segunda de apogeo (1803-1917), formada por tres eslabones, que corresponden a los códigos de Zeiller, de Vasconcelos y de Seijas, cuyo alcance se extiende desde Europa central hasta los países hispánicos de Europa y ultramar; y, en fin, una fase epigonal, desde 1917 en adelante, en la que en todas partes el agotamiento de la Ilustración corre a parejas con un reflujo del derecho nacional codificado y el despuntar de la descodificación.

Tres grandes figuras dominan este vasto panorama: Mello Freire, nacido en Ansiao, Portugal, y catedrático de Coimbra, Zeiller, oriundo de Estiria en Austria

¹⁰⁸ *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.

¹⁰⁹ ZAFFARONI: nota 81, 380.

¹¹⁰ 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 7.

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

Mello Freire con su *Código criminal*, seguido de la *Leopoldina* y la *Josephina*, abrieron camino a ella en 1786-1787 bajo el signo de la Ilustración católica y nacional¹¹¹. Zeiller y Vasconcelos la llevaron a su culminación, el uno al dar término con el código penal de 1803 a medio siglo de trabajos codificadores en Austria y el otro al dar principio con el código brasileño de 1830 a una codificación penal que abrazó al mundo hispánico. Naturalmente la obra de uno y otro fue diferente. Zeiller elaboró un código penal. Vasconcelos no volvió a hacer ese trabajo, más bien reelaboró el código austriaco sobre la base de aplicar su método y su forma al derecho portugués, que tres décadas antes Mello Freire había puesto en artículos. Así este derecho nacional fue reformulado al modo centroeuropeo.

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

CÓDIGOS PENALES DE AUSTRIA, BRASIL Y ESPAÑA, UNA TRILOGÍA

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

¹¹¹ MERKLE, Sebastian: *Die Katholische Beurteilung des Aufklärungszeitalter*, Berlín, 1909. ÍDEM: *Die Kirchliche Aufklaerung in katholischen Deutschland*, Berlín, 1910. CABRAL DE MONCADA, Luis: *Italia e Portogallo nel settecento*, Roma, 1949. Ahora en ÍDEM: *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. ÍDEM: «Aspectos de la Ilustración Católica en el pensamiento y vida eclesiástica chilena (1770-1814)», en *Historia*, 8, Santiago, 1969; ahora ambos en ÍDEM: *Estudios de Historia de las ideas y de historia social*, Valparaíso, 1980. WANDRUSZKA, Adam: «Il reformismo cattolico del settecento in Italia ed Austria», en *Storica e politica*, 3-4, 1965. ÍDEM: «Die Katholische Aufklaerung Italiens und ihr Einfluss auf Oesterreich», en KOVACS, Elisabeth (ed.): *Katholische Aufklaerung und Josefínismus*, München, 1979. KRAUSS, Werner: *Die Aufklaerung in Spanien, Portugal und Lateinamerika*, Munich, 1973. BRAVO LIRA, Bernardino: «Feijoó y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa», en *Jahrbuch f. Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas*, 22, Colonia-Viena, 1985.

hablado Steger de la cultura de abogados en Hispanoamérica. Dicha cultura sobrevivió a la desarticulación política de las monarquías española y portuguesa. En medio de la crisis en que, salvo Brasil, se debaten hasta el siglo XX sus Estados sucesores, el abogado o *bacharel* emergió como el ciudadano por excelencia, el más capacitado para manejar asuntos públicos y privados y clave de la codificación del derecho nacional, que se llevó a cabo paralelamente en más de veinte países¹¹².

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

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

Constituye nada menos que uno de los pilares de la codificación, el primero. Le siguen en materia civil el llamado proyecto de García Goyena y el código de Bello y en materia comercial los códigos de Sainz de Andino (1186-1863) y de Ocampo (1798-1768)¹¹³. Salvo el proyecto, demasiado afrancesado, de García Goyena, un rasgo común a estos textos es su fidelidad al propio derecho, que permitió que fueran adoptados por otros países del mismo origen. Así como se resisten a copiar o imitar un código extranjero, adoptan de buen grado uno en el cual encuentran su derecho nacional, reducido a artículos. Más aún si también encuentran allí el sello católico y nacional de la Ilustración hispánica y centroeuropea¹¹⁴.

Múltiples factores parecen haber contribuido a hacer del código de 1848, un modelo indiscutido en tres continentes. En primer lugar la cultura jurídica común, que subyace a la codificación de su derecho, sea el castellano o el portugués, y torna posible la adopción de un mismo texto en múltiples países. La generalización del código de 1848 es, a la vez, manifestación del vigor y vitalidad de esta tradición común. En este sentido es muy significativo el papel que juega la obra de Pacheco en el campo penal, análoga a la de García Goyena en el civil¹¹⁵. Aún hoy, los *Comentarios y concordancias* de Pacheco mantienen vigencia. Su autoridad es ampliamente reconocida. Se los estudia en las universidades y son invocados en los tribunales.

¹¹² STEGER, Hanns-Albert: *Die Universitaeten in der gesellschaftlichen Entwicklung Lateinamerikas*, Bielefeld, 1967-1968; trad. castellana, México, 1974, pp. 284 ss. ÍDEM: «Hochschulplanung in Lateinamerika», en *Zeitschrift fuer Lateinamerika-Wien*, Viena, 1971. ÍDEM: «Die Bedeutung des romischen Rechtes fuer die Lateinamerikanische Universitaet im 19. und 20. Jahrhundert», en CATALANO, Pierangelo (ed.): *Diritto romano e Università nell'America Latina*, Università de Sassari, Sassari, 1973. BRAVO LIRA, Bernardino: «Universidad y Modernidad en Hispanoamérica. Autoafirmación de Chile y del Nuevo Mundo frente al Viejo, del Barroco a la Postmodernidad», en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, 108-109, Santiago, 2000. ÍDEM: nota 39.

¹¹³ BRAVO LIRA, Bernardino: «Beziehungen...», nota 1.

¹¹⁴ BRAVO LIRA, Bernardino y MÁRQUEZ DE LA PLATA, Concha: nota 1.

¹¹⁵ GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, 4 vols., Madrid, 1852.

Un segundo factor, no menos decisivo, es el hecho, invocado con insistencia por los codificadores, de que en estos países, parte de esa cultura jurídica común sea un mismo derecho, el de Castilla, vigente en España y en la América española, y otro muy similar, el portugués, vigente en Brasil y Portugal¹¹⁶. La literatura jurídica lo confirma. El CPE aparece así en todas estas naciones como una codificación más o menos lograda del derecho nacional.

Esto nos lleva al tercer factor, también común: el peso específico del modelo austriaco y, en último término, de la ciencia penal centroeuropea. Su superioridad se impuso sobre la influencia francesa, perceptible en los primeros códigos penales de los países hispánicos. Lo que Arnaud dice del *code civil*, vale con mayor razón en materia penal. Los penalistas franceses estaban atrasados con relación a los centroeuropeos, austriacos y alemanes: «Francia no estaba preparada en su conjunto para las construcciones racionalistas que gozaban de gran favor en Europa central. Los juristas franceses seguían adheridos al viejo plan tripartito de las *Instituciones*, con las antedichas aproximaciones al espíritu moderno. Otro tanto hicieron los codificadores»¹¹⁷.

Un cuarto factor, más de fondo, que va más allá del plano propiamente jurídico, es la afinidad entre Europa central y los países hispánicos. El tema da para mucho¹¹⁸. Aquí sólo podemos apuntarlo de pasada. La preferencia por la ciencia penal centroeuropea no obedece sólo a razones de método y de técnica. En último término, responde a la correlación entre los dos extremos del mundo moderno, unificado bajo la preponderancia europea. Los países danubianos e hispánicos coinciden en su contraposición frente a la Europa atlántica, que es, a la vez, centro y cabeza de ese mundo. Ésta es una constante histórica. Unos y otros ocupan una posición similar, de contrafuertes, sea frente a los turcos sea frente a los indígenas. Por lo mismo, se inclinan más bien a sustentar una posición propia frente a las potencias atlánticas. No se limitan a imitar sus modelos e instituciones, sino que elaboran otros propios.

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

BERNARDINO BRAVO LIRA

¹¹⁶ CRUZ, Guilhaume Braga da: nota 2.

¹¹⁷ ARNAUD, André-Jean: *Origines doctrinelles du code civil francais*, París, 1969.

¹¹⁸ BRAVO LIRA, Bernardino: «América en la historia mundial. Su lugar en el mundo moderno unificado bajo la preponderancia europea», en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, 100, Santiago, 1990.