

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

# TRATADO DE DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

I



SOCIEDAD ANÓNIMA EDITORA  
COMERCIAL, INDUSTRIAL Y FINANCIERA

## CAPÍTULO V

### LOS SUCESIVOS HORIZONTES DE PROYECCIÓN DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL (LA HISTORIA DE LA LEGISLACIÓN PENAL)

I. — PANORAMA GENERAL: 59. Panorama general. - II. — EL DERECHO PENAL ANTIGUO: 60. La legislación penal de las culturas lejanas. 61. El derecho penal greco-romano como punto de laicización de la legislación penal. 62. El derecho penal romano. - III. — EL DERECHO PENAL MEDIO Y MODERNO: 63. Los germanos. 64. El derecho penal canónico. 65. El derecho penal árabe. 66. Los prácticos y los glosadores. 67. La Carolina. - IV. — LA LEGISLACIÓN PENAL EN ESPAÑA: 68. La legislación penal en España. - V. — EL MOVIMIENTO REFORMADOR DEL SIGLO XVIII: 69. El movimiento reformador del siglo XVIII. - VI. — LOS PRINCIPALES TEXTOS DEL SIGLO XIX: 70. El código de Napoleón. 71. El código bávaro de 1813. 72. El proyecto de código para Louisiana. 73. El código criminal del Imperio del Brasil. 74. El código italiano de 1889. 75. Otros códigos del siglo XIX. - VII. — LOS CÓDIGOS PENALES CONTEMPORÁNEOS: 76. Los códigos penales contemporáneos.

*D'altri diluvi una colomba ascolto.*

GIUSEPPE UNGARETTI

#### I - PANORAMA GENERAL

59. Panorama general. Es harto difícil marcar estrictamente etapas o períodos en la evolución del derecho penal hasta nuestros días. En general, toda tentativa en tal sentido responde a una filosofía determinada de la historia. En ese campo, complejo, resbaladizo, y que nos arrastraría hasta áreas tan generales y problemáticas como el propio "para qué" y "hacia dónde" del género humano, no penetramos aquí. Bástanos con apuntar; a muy grandes trazos, los conceptos que del objeto de nuestra ciencia se han dado en la historia. No es nuestro propósito agotar esta cuestión que, por otra parte, está aún huérfana de un estudio completo.

Un breve panorama de estos conceptos nos mostrará que no siempre la ley penal tuvo el contenido ni la forma que hoy asignamos a la misma. Lo que en otras épocas fue ley y objeto de estudio de la ciencia del derecho penal, hoy no lo es, fenómeno explicable, pues, nuestra ciencia —como todas— ha tenido sucesivos y diferentes horizontes de proyección, que han trazado distintos límites a su dominio. Lo que señalaremos serán las indicaciones más generales sobre estos límites sucesivos.

Si bien no puede hablarse de una continuidad histórica, puede reconocerse en la historia de la ley penal una lucha de la que va surgiendo, arduamente, una concepción del hombre como persona, es decir, como un ser dotado de autonomía ética. Este concepto no surge de una sola vez, ni tampoco en forma progresiva, sino que se gesta en una sucesión de marchas y contramarchas, cuyo origen se pierde en el terreno de la antropología cultural y cuyo desarrollo —y alternativas— continúa hasta nuestros días, no sin dejar de estar amenazado su futuro. Da la impresión de que el hombre se va encontrando, se va reconociendo, en permanente pugna consigo mismo, con otra tendencia que siempre que se alcanza un estadio trata de que allí se detenga el proceso de descubrimiento de la aún hoy muy problemática dimensión del fenómeno humano, y aún que se retrotraiga, lo que frecuentemente se logra. En éste, como en cualquier orden humano, la pretensión de un avance lineal, “es una ilusión que ni siquiera se da en orden al conocimiento, puesto que la pretensión de mostrarlo como una acumulación progresiva es falsa”<sup>1</sup>.

Repetimos que no es nuestro deseo hacer aquí una teoría o filosofía de la historia, por lo que renunciamos a descubrir las leyes de este proceso<sup>2</sup>, pero, bueno es advertirlo y señalar también, que su despliegue, que nos muestra la panorámica histórica de la ley penal, es uno de los más sangrientos de la historia, que muy probablemente haya costado a la humanidad más vidas que todas las guerras juntas y que es susceptible de herir más nuestra sensibilidad actual que la misma guerra, puesto que ésta, al menos dentro de sus cánones tradicionales, no responde a la tremenda frialdad, premeditación y racionalización que caracteriza a las crueldades y aberraciones que se registran en la historia de la legislación penal.

<sup>1</sup> KOESTLER, ARTHUR, *Los sondámbulos*, B. A., 1963, p. 502.

<sup>2</sup> Sobre ellos, por ejemplo, SOROKIN, PITRIM A., *Las filosofías sociales de nuestra época de crisis*, Madrid, 1960.

Todas las sistematizaciones simplificadoras de las etapas de la legislación penal universal se pliegan a teorías de la historia que, pese a su multiplicidad, pueden dividirse en "cíclicas" y "progresivas", siendo las primeras más propias de la antigüedad y las últimas del siglo XVIII. En nuestra ciencia han prevalecido las "filosofías de la historia penal" de carácter progresivo.

Así, por ejemplo, la división de esta "progresión" en venganza privada, venganza pública, humanización y período actual, no deja de indicar un progreso lineal que en la historia no se ha dado. Detrás de estos criterios no falta la huella de los "tres estadios" de Comte (el teológico, el metafísico y el positivo), que bien puede reconocerse en Enrico Ferri<sup>3</sup>. No muy distante de este pensamiento de los tres estadios se hallaba Röder, quien afirmaba que la venganza, la composición y el talión, pertenecen "al primer grado de la cultura de los pueblos, todavía puramente material", en tanto que la intimidación prevalece en la "segunda edad de la Humanidad", comenzando la "tercera edad de la Humanidad" cuando se va tomando consciencia del fin de la pena y se tiende a defender el "orden exterior del derecho", no aplicando cualquier medio que infunda temor, sino sólo los que aparecen justos en razón de cierta proposición<sup>4</sup>. Esta señalización de etapas se encuentra estrechamente vinculada con la que efectuara Vincenzo Lanza, quien sostenía que hay tres tipos de reacciones penales: la primera de tipo impulsivo, la segunda de tipo inteligente y la tercera de tipo ético, que es la que indica el mayor grado de madurez de la humanidad<sup>5</sup>.

Una advertencia es menester formular: no se debe confundir la historia de la legislación penal con la de las ideas penales, puesto que estas últimas, por trascendentes que hayan sido, no siempre se han reflejado en la legislación, ni tampoco, por lo general, fueron receptadas de inmediato cuando ello aconteció. De allí que este segundo aspecto requiera un tratamiento más detenido, en el que se puedan descubrir directrices que conserven vigencia, por mucho que provengan de siglos remotos.

## II - EL DERECHO PENAL ANTIGUO

60. La legislación penal de las culturas lejanas. Dentro de la denominación de "culturas lejanas" englobamos culturas que se hallan distantes entre sí en el tiempo, siendo algunas de ellas contem-

<sup>3</sup> FERRI, *Principii*, 1928, pp. 6 y ss.

<sup>4</sup> RÖDER, *Estudios...*, pp. 166-7.

<sup>5</sup> LANZA, VINCENZO, *L'Umanesimo nel Diritto Penale*, Catania, 1929.

poráneas a la edad media y aún a la moderna europeas. Renunciamos a tratar los estadios prehistóricos, que frecuentemente son considerados falsamente, como regulaciones simples del comportamiento, cuando en realidad suelen tener una gran complejidad normativa que generalmente pasa por alto el observador de nuestra cultura. El estudio de esta problemática —interesante y fecundo— no pertenece a la historia de la legislación penal, sino a la antropología cultural<sup>6-7</sup>.

a) *China*<sup>8</sup>. Toda vez que los orígenes de la legislación penal china —como los de su historia— se pierden en confusión con la leyenda, resulta difícil referirse con certeza a su remota legislación criminal. Estos relatos hacen elevar a veintiseis siglos antes de Cristo a las primeras dinastías, que luego de una época en la que no se habrían requerido leyes penales (la “gran legalidad”) introducen una legislación tremendamente cruel, castigándose como delito más grave la rebelión y estableciéndose varias formas de penas de muerte, amputaciones, castración y marcas a hierro en la frente. No obstante, parece que, según las mismas fuentes, esta legislación penal adolece de empirismo, en tanto que hacen remontar la primera le-

<sup>6</sup> Sobre ello, en castellano, puede verse el importante trabajo de BRONISLAW MALINOWSKI, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Barcelona, 1956.

<sup>7</sup> En este apartado mencionaremos frecuentemente los estudios de LADISLAW THOT publicados con el título de *Historia del Derecho Penal Oriental* en la “Revista de Identificación y Ciencias Penales” de La Plata. Aparte de la bibliografía indicada, THOT cita una nutrida bibliografía tanto en esta obra como en su *Historia de las antiguas instituciones de derecho penal (Arqueología Criminal)*, Buenos Aires, 1927. THOT fue profesor extraordinario de derecho penal en la Universidad Nacional de La Plata. Había nacido en Hungría en 1878 y murió el 8 de mayo de 1935. Fue alumno de Lombroso, magistrado en su país, miembro de diversas academias y viajero infatigable. La reedición de la obra —que aquí seguimos— sería sumamente útil, dado que emplea un enorme material, inaccesible prácticamente, puesto que la mayor parte se halla en las lenguas originales. Cabe destacar a este respecto, que THOT poseía diez y seis lenguas y fue uno de los penalistas más eruditos que profesaron entre nosotros.

<sup>8</sup> V. TJONG, ZONG UK, *Zur Geschichte der Kodifikation des Strafrechts in Ostasien*, en ZStW, 1972, 1088-1119; THOT, LADISLAW, *Estudios históricos de Derecho Penal Oriental, Historia del Derecho Penal Chino*, en “Rev. de Identificación y Ciencias Penales”, La Plata, 1933, Nros. 25-29, pp. 120-180; KOHLER, JOSEF, *Das chinesische Strafrecht*, Würzburg, 1886; ESCARRA, JEAN, *Le Droit Chinois Conception et évolution, institutions législatives et judiciaires, science et enseignement*, Pekin, 1936; VOGEL, *Die historische Grundlagen des chinesischen Strafrechts*, en “Z.f. vergleichende Rechtswissenschaft”, 1923, pp. 106 y ss.; MÜNZEL, FRANK, *Strafrecht in alten China nach den Strafrechtskapiteln in den Mig-Analen*, Wiesbaden, 1968.

gislación sistemática al siglo XXII a.C., con los llamados “emperadores místicos”: Yao, Sun y Yu. A estar a estas fuentes legendarias, Yao introdujo el destierro para los que se libraban de la muerte y los latigazos y golpes de bambú para las faltas comunes. Sun, que organizó el gobierno central estableció un Ministerio penal e indicó que el fin de la pena era el miedo, para que no se cometiesen nuevos delitos. Los que sufrían penas de amputación y castración debían ser cuidados por el Estado. Sun publicó sus leyes penales con el título de “Las cinco penas”: el homicidio con muerte, el hurto y las lesiones con amputación de uno o ambos pies, el estupro con castración, la estafa con amputación de la nariz y los delitos menores con marca a hierro en la frente. Según esta versión legendaria, la dinastía Chang concluyó su período en el siglo XII a.C. con una legislación penal de gran crueldad, en la que se conocían penas tales como abrazar una columna de hierro candente, descuartizamiento, cocinamiento, azotes, bastón, penitencia, muerte en diversas formas, picamiento de los ojos con hierro candente y extensión del castigo a los miembros de la familia<sup>9</sup>. Otra versión limita el origen de la primera codificación al siglo VI a.C. y de la primera codificación que hoy se conoce, aproximadamente al año 400 a.C.<sup>10</sup>, siendo estas fechas las que parecen mucho más ajustadas históricamente.

A estar a los datos que provienen de fuentes legendarias —recogidas por Thot— la dinastía Chou se extendió hasta el siglo III a.C. y fue particularmente fecunda en disposiciones penales. En sus mismos comienzos se recomendaba mesura y meditación antes de aplicar las penas de muerte y mutilaciones. En algún momento limitó las penas al delincuente, aunque luego las volvió a extender a la familia. Llegó a considerar a la necesidad como el único fundamento de la pena, según el emperador Mu-Vang, quien, en las mismas instrucciones destacaba la importancia de los móviles. Más adelante estableció que tres grados de parientes del delincuente serían los que sufrirían la pena y también se ordenó que el encubridor sufriese la pena del encubierto<sup>11</sup>. La dinastía Chou, no obstante, había controlado al Estado preferentemente mediante un control ético-social sólido, pero, a su ocaso sobrevino un período anárquico (403 a 221 a.C.), en que esos métodos ya no fueron eficaces, debién-

<sup>9</sup> Esta versión es dada por THOT, pp. 123-126.

<sup>10</sup> Así, Tjong, op. cit.

<sup>11</sup> Cfr. THOT, 128-129.

dose reemplazar la ética y el ritual por la legalidad como forma de control social, lo que dio lugar a la llamada "escuela de los legistas", opuesta a los principios confucianos, que disolvían al derecho en la ética social. No obstante, los principios confucianos volvieron a imponerse como teoría oficial del Estado en la dinastía Han, a partir del emperador Wu (141-87 a.C.), que encontró amplia recepción en la codificación Tang, en el siglo VIII d.C.<sup>12</sup>. En el siglo anterior se había suprimido la pena a los familiares y se habían establecido cinco clases de penas conforme a la tradición: muerte, deportación, destierro, bastón y azotes. En el año 745 d.C. fue abolida la pena de muerte, aunque a poco fue restablecida. En el siglo X se estableció que en ninguna provincia podía ejecutarse sentencia de muerte que no fuese previamente confirmada en la Capital del Imperio.

En el año 1389 de nuestra era, se sancionó el código penal de la dinastía Ming, que distinguía cinco categorías de infracciones en orden a su gravedad, y mantenía con algunas reformas el sistema de las cinco penas. Este texto fue parcialmente modificado varias veces, hasta que en 1647 se sancionaron "Las leyes y sus suplementos de la dinastía de Ching", que permanecieron prácticamente vigente hasta la república<sup>13</sup>, en 1912, y que mantuvo el sistema de las cinco penas: bambú, bastón, destierro temporal, destierro perpetuo y muerte<sup>14</sup>.

La confederación mongólica, antes de ser anexada a China, había sancionado una legislación denominada *Zachin Bichik*, que abarcaba la penal. De este texto —del siglo XV— se conservan sólo fragmentos. En el año 1640 se promulgó un código penal de 125 artículos, en que tenía una amplia función la composición y, para delitos muy graves, algunas mutilaciones y la entrega como esclavo<sup>15</sup>. En los orígenes de la legislación camboyana anterior a nuestra era, se sancionó una colección de leyes llamadas *Prea-Thommseat* que establecían 21 modalidades de penas de muerte, con

<sup>12</sup> Cfr. TJONG, 1092-1093; sobre el código Tang, MIYAZAWA, KOICHI, *Über einige Vorschriften allgemeinen Charakters des "Kai-Yüan-lü"* (*Chinesisches Tang-StGB des Jahres 737 c.Chr.*), en ZStW, 1965 (77), pp. 359 a 378.

<sup>13</sup> Este código fue traducido al inglés por G. T. Staunton: *Ta Tsing Leu Lee, being the fundamental Laws of the Penal Code of China, London, 1810* (Hay versión castellana de J. DE DIOS VICO Y BRAVO, STAUTON, GEORGES THOMAS, *Ta-Tsing-Leu-Lée o leyes fundamentales del código penal de la China*, Imp. de la Revista de Legislación, Madrid, 1884).

<sup>14</sup> Para un análisis detenido del mismo, THOT, op. cit., pp. 139-164.

<sup>15</sup> Cfr. THOT, *Derecho anamita, mongol y camboyano*, en la Rev. cit., 1930, nº 17, pp. 296 y ss.

otros tantos suplicios crudelísimos<sup>16</sup>. En cuanto a la primitiva legislación azteca, que corresponde al siglo XV después de C., se señala su extrema severidad en la punición de la fornicación<sup>17</sup>.

b) *India*. Las Leyes, Libro o Código de Manú, que son el más elaborado texto penal de la India, provienen de fecha sumamente controvertida por los historiadores, que algunos sitúan en el siglo XIII a.C. y otros en el siglo V a.C. Este código asignaba a la pena una función eminentemente moral, pues purificaba al que la cumplía. Este texto daba adecuada importancia a los motivos y distinguía la culpa del dolo y del caso fortuito.

Toda vez que la facultad de penar era divina, ejerciéndola la autoridad terrena por delegación de Brahma, este texto penal era el puntal de la sociedad hindú fuertemente estratificada del brahmanismo. De allí que su sistema de penas presentase una característica peculiar: la pena pecuniaria aumentaba con la jerarquía de la persona, al par que, por razón de la misma jerarquía, se eximía de algunas penas corporales. Los límites entre el crimen y el pecado se eliminan hasta el punto que el hombre de casta superior, es decir, el brahamán que conociese de memoria el texto sagrado, podía cometer impunemente cualquier hecho<sup>18</sup>.

c) *Japón*. El origen del derecho penal japonés también se señala en la teocracia, añadiéndose que había dos clases de penas de prisión: una para los que podían salir algún día, en el sur, y otra, para los que no recuperarían su libertad, en el norte. Los hombres y las mujeres penados podían casarse entre sí y sus hijos eran vendidos como esclavos cuando cumplían ocho años. Sólo en delitos muy graves la pena afectaba a los parientes.

En el siglo VII d.C. se sancionó un código (el *Taiho ritsu*) que se orientó por la legislación penal china y que, por ende, se plegó a su conocido sistema de las cinco penas. Este texto reconocía un sistema de atenuantes que recuerda al hindú de Manú: eran atenuantes el parentesco con el emperador, la pertenencia a la nobleza, los servicios al Estado, la santidad y la ciencia. La conocida pena

<sup>16</sup> Cfr. THOT, op. cit., 310 y ss.

<sup>17</sup> THOT, op. cit., 284 y ss.

<sup>18</sup> V. THOT, LADISLAO, *Historia del derecho penal hindú*, en Rev. cit., 1937, nros. 55 a 60; THONISSEN, JEAN JOSEF, *Etudes sur l'histoire du Droit criminel des peuples anciens*, Bruxelles, 1869; DARESTE, RODOLPHE, *Etudes d'histoire du Droit*, Paris, 1889, pp. 69 y ss.

del "hara-quiri", en que el propio delincuente debe abrirse el vientre, fue introducida a fines del siglo VII.

En el medioevo japonés, en 1232, se sancionó "La ley de las penas", que contiene 51 artículos, simplificando las tipificaciones, encabezando la tabulación con los delitos contra el Estado, y que se apartaba notoriamente de la tradición china. Los guerreros (*samuray*) eran castigados con confiscación y tenían derecho de venganza. Los otros eran marcados a fuego en la frente<sup>19</sup>.

d) *Corea*. Conociéndose primitivamente las llamadas "Ocho prohibiciones de Kija", de las que se conservan las referentes a homicidio, lesiones y robo, con posterioridad sufrió la influencia de la legislación china<sup>20</sup>.

e) *Siam*. Como origen del derecho penal siamés señalan unos una fuente mística local, en tanto que otros lo derivan del derecho hindú y una tercera opinión lo hace derivar del código de Buda, que reforma las leyes de Manú. Su primitivo derecho penal no era más que la voluntad omnipotente del Rey. En el siglo X después de C. se publicó una ley sobre riñas, lesiones y homicidio, que precisaba, con complicadas reglas, el monto de las multas, que se establecían en función de la jerarquía del ofendido. Se establecía la inimputabilidad del niño menor de siete años y de los locos<sup>21</sup>.

f) *Egipto*. El Estado egipcio fue una organización teocrática y, por ende, las conductas que afectaban la religión o al faraón eran penadas con muerte, que podía ser simple o calificada por tortura, por horca, crucifixión, decapitación, etc., corriendo igual suerte los padres, hijos y hermanos. Se aplicaba, además, pena mutilante, destierro, esclavitud y confiscación de bienes. Se conocía también el trabajo forzado en las minas, la falsificación se penaba con la amputación de las manos, la violación con castración, el perjurio con la muerte, la revelación de secretos con la amputación de la lengua, etc. Más tarde, la pena de muerte se suprimió para la mayor parte de los delitos y se la reemplazó con la amputación de la nariz. Luego se introdujo la pena de relegación<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> V. Tjong, op. cit., 1099-1101; THOT, *Historia del derecho penal japonés*, en Rev. cit., 1932, pp. 187-249.

<sup>20</sup> V. Tjong, p. 1103; THOT, *Derecho siamés y coreano*, en Rev. cit., 350 y ss.; Tjong, *Beziehungen zwischen dem deutschen und korensischen Strafrecht*, en "Fest.f. Welzel", Berlin, 1974, pp. 277-288.

<sup>21</sup> THOT, op. cit., pp. 333-349.

<sup>22</sup> THOT, *Historia del derecho penal egipcio, armenio, afgano y tibetano*, en Rev. cit., 1932, pp. 250 y ss.; THONISSEN, JEAN JOSEPH, op. cit.; DARESTE, R., op. cit., pp. 1 y ss.

g) *Caldea*. Los fragmentos de escritura cuneiforme caldea indican que su derecho penal tenía un neto corte ético-religioso, puesto que las más graves penas eran las de maldición, consistentes en invocaciones a los distintos dioses, que descargaban las peores calamidades sobre el maldito. Uno de los más graves delitos era la negación de los vínculos de sangre. También conocían la multa, pero como pena menor. La eficacia preventiva de la maldición es explicable por la profunda convicción mágico-religiosa<sup>23</sup>.

h) *Asiria*. La mayor fuente de información acerca de esta legislación es la Biblia. Era una legislación cruel, que prodigaba la pena de muerte por crucifixión, por las fieras o por la horca. Solía castigarse con la pena de muerte a los hijos en presencia de los padres. También se ahorcaba a los culpables en masa. El rey Sardanápalo instituyó también como pena el arrasamiento de la casa del delincuente. La Biblia nos relata la historia de Daniel, arrojado al pozo de los leones por no adorar al Rey Darío.

En los siglos XII y XIV a.C. parece que su legislación se caracterizaba por la venganza y el talión. Conocía penas de muerte, corporales y multa. Las penas corporales incluían las mutilaciones<sup>24</sup>.

i) *Babilonia*. La más importante legislación penal fue el célebre código del rey Hammurabi, del siglo XXIII a.C. (entre el 2285 y el 2242 a.C.), que contiene disposiciones civiles y penales. Este texto distinguía entre hombres libres y esclavos y establecía penas para varios delitos. La composición, devolviendo el triple de lo tomado, se admitía para los casos de algunos delitos meramente patrimoniales.

Conforme a la concepción de la época, en que los esclavos y los niños se consideraban cosas, éstos podían ser objeto de hurto. Establecía penas drásticas y de aplicación inmediata: el ladrón que era sorprendido cometiéndolo una efracción de muros, era muerto y emparedado; el que cometía un hurto calamitoso aprovechando un incendio, era echado a las llamas; la que cometía adulterio era arrojada al río con las manos ligadas. Una de las penas era también la expulsión de la ciudad, que se aplicaba a delitos menores. Se consideraba gravísima la ingratitud para con los padres adoptivos. El principio talional campeaba en toda esta legislación: se devolvía lesión por lesión y muerte por muerte. Quien hiciese abor-

<sup>23</sup> Cfr. THOT, *Historia del derecho penal caldeo, asirio, babilónico, sirio y hebreo*, en Rev. cit., 1935, pp. 261-263.

<sup>24</sup> Cfr. THOT, loc. cit., 263-6.

tar a una mujer lesionándola, sufría la muerte de su hija. No obstante, la lesión culposa era penada sólo con los gastos de la curación<sup>25</sup>.

Este código, que se encuentra esculpido en un cilindro negro de dorita de más de dos metros de altura, en cerca de 350 líneas, contenía disposiciones especiales para los casos de ejercicio profesional: la nodriza, en cuyos brazos muriese un niño, si no era autorizada por los padres del niño, no podía amamantar a otro, amputándole las mamilas; el médico que causase la muerte, sufría la amputación de la mano; el veterinario que matase una bestia, debía pagar un cuarto del precio al propietario; el arquitecto que causase ruina con muerte, sufría la pena de muerte, y si causaba la muerte del hijo del propietario, sufría la muerte de su hijo. Sus disposiciones distinguen claramente la culpa del dolo, reconociéndose las eximentes de fuerza mayor y caso fortuito, como también la buena fe, el estado de necesidad y la legítima defensa (la mujer de un prisionero que no tuviese cómo sostenerse en su casa y la abandonaba, era absuelta; al que se le ahuecaba un ojo, podía ahuecar el ojo de su agresor). El marido que sorprendía a la mujer en adulterio tenía derecho a echarla al agua con su amante. La sanción del hurto era siempre la muerte, salvo para los pequeños hurtos campestres. Entre las penas mutilantes, contaba la de la lengua para los que desconocían al padre, de las manos para los que lo agredían, el cegamiento para los que abandonaban la casa paterna o adoptiva, la amputación de las orejas para el esclavo que desconocía al amo<sup>26</sup>.

j) *Siria*. Por la Biblia conocemos algunos datos del derecho penal sirio de la época. Fueron características de esta legislación penal, el talión, distintas clases de penas de muerte y los principios de asilo y de reconciliación, para algunos supuestos. Sabemos que la pena de muerte se ejecutaba por decapitación, crucifixión, estrangulamiento, fuego, despeñamiento, descuartizamiento, etc. También aplicaban penas de mutilación y cegamiento. El asilo se concedía en el palacio real y en los templos; allí debía permanecer el delincuente hasta que hubiese expiado su culpa.

<sup>25</sup> *Idem*, 267-269.

<sup>26</sup> Cfr. GATTI, TANCREDI, *L'elemento subbietivo del reato nella più antica legge criminale conosciuta*, en "Rev. de Identificación y ciencias penales", La Plata, 1930, nº 14, pp. 260-272; BONFANTE, P., *Le leggi di Hammurabi*, Milano, 1903; MANZINI, VINCENZO, *Il diritto penale nella più antica legge conosciuta*, en "Rivista Penale", T. 57, pp. 677 y ss.

Con posterioridad, cuando los romanos se apoderaron de Siria, le dieron una legislación penal que admitía la venganza de la sangre <sup>27</sup>.

k) *Israel*. La característica más saliente del derecho penal hebreo fue el talión, aunque según algunos juristas y teólogos hebreos medievales y posteriores, el mismo habría tenido un puro sentido metafórico, indicador de la proporcionalidad de la pena y de la reparación. Por el contrario, otra corriente de opinión entiende que la ley hebrea sancionaba el "ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre" en forma literal y que así se aplicaba entre los hebreos.

Considerando a los Diez Mandamientos como fuente del derecho, en torno de ellos se fueron construyendo los preceptos jurídico-penales y a ese derecho se conoce como el "derecho penal mosaico", originado en las disposiciones de Moisés.

La pena de muerte conoció diversas formas de aplicación: sierra, fuego, horca, cruz, lapidación, espada, ahogamiento, muerte por rueda, descuartizamiento, fieras, flecha, martillo con espinas, pisoteo de bestias, despeñamiento, etc. También conocían otras penas como prisión, excomunión, privación de sepultura y multa. En algunos casos no graves se permitía la composición, la que requería la completa reparación del daño y un sacrificio religioso.

Reconoció también el asilo, que podía amparar a los autores de homicidio culposo y para el que se señalaban "ciudades de asilo". El culpable debía permanecer allí hasta la muerte del pontífice que reinaba al tiempo de la comisión del hecho.

La legislación penal mosaica, armada en torno de los Mandamientos en forma sistemática, se fue modificando luego, por obra de varias escuelas de derecho dirigidas por los fariseos, quienes difundieron que, junto con la ley escrita, Dios había dado a Moisés, una ley oral que, por haberse perdido, exigía de la sabiduría la deducción de las consecuencias de la ley escrita. Estos juristas tomaron el título de *Rabbi* (señor, comandante) y fueron legisladores de los hebreos. Así, por el año 240 de nuestra era, se forma una voluminosa *Repetición de las leyes (Michna)*, que es una exposición y síntesis de la doctrina jurídica rabítica: con los comentarios, adiciones y anexos a la *Repetición* se formó en el siglo V otra obra, llamada *Estudio (Talmud)*, conocido como "Talmud ba-

<sup>27</sup> Cfr. THOT, *ídem*, 270-2.

bilónico"). Este *Talmud* releva la reincidencia, la legítima defensa, la culpa, la preterintención y el error. Dicho *Talmud* libraba a Dios el castigo del instigador y autorizaba a declarar al homicida "libre como un pájaro", lo que significaba privarlo de la protección para que cualquiera pudiese matarle impunemente (pérdida de la paz). Las penas que establecía eran la muerte, las corporales y las pecuniarias<sup>28</sup>.

En cuanto a las disposiciones del Antiguo Testamento que presentan interés penal, son muchísimas las importantes. En torno de los primeros Mandamientos se elaboran los delitos contra la religión, que comprenden la idolatría y la blasfemia, la hechicería, la falsa profecía, el acceso carnal con mujer durante el periodo menstrual, etc.

"No dejarás con vida a la hechicera" (Éx., 22, 17); "el que ofrezca sacrificio a los dioses, fuera de Yavé, será exterminado" (Éx., 22, 19); "y ese profeta o soñador será condenado a muerte por haber aconsejado la rebelión contra Yavé, vuestro Dios, que os sacó de Egipto" (Deut., 13); "...denuncie irreversiblemente, y sea tu mano la primera que contra él se alce para matarle, siguiendo después las de todo el pueblo; le lapidaréis hasta que muera, por haber buscado apartarse de Yavé, tu Dios..." (Deut. 13); "y no haya en medio de tí quien haga pasar por el fuego a su hijo o a su hija, ni quien se dé a la adivinación ni a la magia, ni a las hechicerías y encantamientos; ni quien consulte a encantadores, ni a espíritus ni a adivinos, ni pregunte a los muertos" (Deut. 18, 10 y 11); "no te acercarás a una mujer durante el tiempo de su impureza para descubrir su desnudez" (Lev. 18, 19).

En cuanto a los Mandamientos de guardar el sábado y la honra a los padres, sus violaciones fueron penadas con muerte. El telión se hacía presente una vez más en el homicidio, violación del quinto Mandamiento.

"Quien maldiga a su padre o a su madre, será castigado con la muerte; caiga su sangre sobre él" (Lev. 20, 9); "el que derramare sangre humana, por mano de hombre será derramada la suya, porque el hombre ha sido hecho a imagen de Dios" (Gén. 9, 6).

<sup>28</sup> THOT, op. cit., pp. 272-296; THONISSEN, JEAN JOSEPH, op. cit.; DU BOYS, ALBERT, *Histoire du Droit Criminel des Peuples anciens depuis la formation des sociétés jusqu'à l'établissement du Christianisme*, París, 1845, pp. 40 y ss.; HOLT-ZENDORFF, FRANZ VON, *Einleitung in das Strafrecht*, en "Handbuch des deutschen Strafrechts", editado por Holtzendorff, Berlín, 1871, pp. 17 y ss.; GOLDSTEIN, MATEO, *Derecho hebreo a través de la Biblia y del Talmud*, Bs. As., 1947; TERÁN LOMAS, ROBERTO A. M., *El adulterio entre los antiguos hebreos*, en LL., 1944 (35-1146); DARESTE, R., *Études...*, cit., pp. 18 y ss.

No obstante, la Biblia distingue nítidamente los casos de dolo, culpa, riña y caso fortuito (Éx. 21). En torno de los Mandamientos 6º y 9º se hicieron los delitos contra las costumbres, condenándose la seducción y la violación, y haciendo varios distingos, según que la víctima fuese virgen, no desposada, desposada o prometida. El adulterio se castigaba con muerte<sup>29</sup>, al igual que el incesto (Lev. 18, 7 a 18).

“Si un hombre fuese sorprendido yaciendo con una mujer desposada, serán muertos los dos, el hombre que yació con la mujer y la mujer. Así quitarás el mal de en medio de Israel” (Deut. 22, 22); “si una joven virgen se desposó a un hombre y encontrándola en tanto otro en la ciudad yace con ella, los llevaréis a los dos hasta la puerta de la ciudad y los lapidareis hasta matarlos; a la joven por no haber gritado en la ciudad; al hombre por haber deshonorado a la mujer de su prójimo. Pero si fue en el campo donde el hombre encontró a la joven desposada y, haciéndole violencia, yació con ella, será sólo el hombre el que muera” (Deut., 22, 23 a 25). “Si un hombre encuentra a una joven virgen no desposada, la coge y yace con ella y fuesen sorprendidos, el hombre que yació con ella dará al padre de la joven cincuenta siclos de plata y será su mujer, por haberla él deshonorado, y no podrá repudiarla en su vida” (Deut. 22, 28 y 29).

El hurto era penado fundamentalmente con restitución, que a veces se multiplicaba. El que se introducía en heredad ajena podía ser legítimamente rechazado y muerto.

“Si el ladrón fuese sorprendido perforando un muro y fuese herido y muriese, no será delito de sangre, pero si hubiera ya salido el sol, responderá de la sangre; deberá restituir; y si no tiene con qué, será vendido por lo que robó”. Si lo que robó, buey, asno u oveja, se encontraba todavía vivo en sus manos, restituirá el doble. “Si uno daña un campo o una viña, dejando pastar su ganado en el campo o en la viña de otro, restituirá por lo mejor de su campo o lo mejor de su viña” (Éx. 22, 1 a 4). “Si uno roba un buey o una oveja y la mata o la vende, restituirá cinco bueyes por buey y cuatro ovejas por oveja” (Éx. 21, 37).

En torno del 8º Mandamiento se erigen los delitos de falso testimonio y perjurio, que se penan talionalmente, haciendo sufrir la pena que debía haber sufrido la víctima.

“Si surgiese contra uno un testigo malo, acusándolo de un delito, los dos interesados en la causa se presentarán ante Yavé, ante los sacerdotes y los jueces en funciones en ese tiempo; quienes si, después de una escrupulosa investigación, averiguasen que el testigo mintiendo había dado falso testimonio

<sup>29</sup> *Ibidem.*

contra su hermano, le castigarán haciéndole a él lo que él pretendía se hiciese con su hermano; así quitarás el mal de en medio de Israel". "Los otros, al saberlo, tendrán y no cometerán una mala acción en medio de tí; no tendrá tu ojo piedad; vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie", (Deut. 19, 16 a 21).

1) *Persia*. El derecho penal persa tiene dos períodos: uno antiguo, que responde a las ideas zoroástricas, y otro que se inicia en el siglo VII de la era cristiana, en que adopta la religión mahometana. La primera época, bajo la dinastía de los Aqueménidas, se da una legislación penal notablemente cruel. La crueldad de que rodeaban la aplicación de la pena de muerte fue extraordinaria. Una de sus formas más brutales se conoció como "scafismo", que consistía en presionar el tronco del ejecutado dejando que sus miembros, cubiertos de miel, fuesen atacados por las moscas y los vermes excrementicios le royese los intestinos. Otra forma consistía en enterrar vivo al condenado. También se utilizó el fuego, el descuartizamiento y, con mucha frecuencia, la crucifixión. La decapitación —que no tenía carácter infamante— se aplicó a los miembros de la casa real en caso de sublevación. Aplicaban también penas corporales amputativas de nariz, orejas, manos, pies y cegamiento por aceite caliente. También conocieron el destierro, la confiscación de bienes y la infamia. Bajo la dinastía de los Sasanidas, el rey Artajerjes promulgó una importante reforma penal. Artajerjes dividió a los hombres según su alto o bajo origen. A los primeros, las penas corporales no se les ejecutaba en su cuerpo, sino en su ropa.

La idea general del derecho penal persa era que todo delito era un crimen contra el soberano. Los administradores de las provincias eran responsables ante los particulares y ante el soberano por los delitos que se cometían en las provincias. Esto explica su extremada crueldad. El rey Ciro ordenó que todos los casos fuesen juzgados por los tribunales en juicios que se realizaban en las plazas públicas. Una modalidad ejecutiva consistía en dejar insepultos los cadáveres de los condenados.

Según las enseñanzas de Zoroastro, la pena de los delitos consistía en separar al delincuente de la comunidad social.

Introducida la cultura mahometana, en Persia siguieron subsistiendo las viejas instituciones como derecho penal lego, adaptadas a las nuevas circunstancias<sup>30</sup>.

Daresté, R., *Études...*, cit., pp. 101 y ss.

<sup>30</sup> Cfr. ТНОТ, *Derecho penal persa*, en Rev. cit., 1930, nº 18, pp. 418-445;

II) *Aztecas*. La ley penal azteca era sumamente dura, sancionando una ética inflexible. Se habla del código de Netzahuatlcoyotl, que contenía penas severísimas y caracterizadas por la venganza y el talión. Las penas conocidas eran la muerte (que se ejecutaba por lapidación, estrangulamiento y decapitación), esclavitud, destierro, confiscación, destitución de empleo y prisión, que también podía ser domiciliaria. El derecho penal azteca era público. No se permitía ni siquiera la muerte privada de la adúltera sorprendida, pese a que el adulterio se penaba con pena capital, y tampoco se admitía ninguna interferencia en la potestad punitiva del estado. En general, no había una jurisdicción especial para la familia real, aunque en algunos delitos se consideraba la pertenencia a la misma como una atenuación <sup>81</sup>.

m) *Incas*. La organización del Incanato tenía una base teocrática, de modo que los más grandes delitos eran los que afectaban la intangibilidad del Inca. Las relaciones con su mujer se penaban arrasando también al pueblo al que pertenecía el autor. La severidad de su ley penal deriva de su carácter imperialista, es decir, guerrero. Su ley penal distinguía entre nobles y plebeyos, siendo más benigna para los primeros. Dado que los Incas no usaban la escritura, no hubo un código, sino que su legislación penal se transmitía oralmente y en base a sentencias concretas. Se castigaban con pena de muerte el "asesinato, adulterio, violación, incesto, el coito con las vírgenes del sol, la sodomía, el hurto de bienes imperiales, la desertión, la indisciplina militar, ciertos delitos fiscales, las defraudaciones de los recaudadores, la pereza habitual, el aborto, la traición <sup>82</sup>. La pena de muerte se ejecutaba por decapitación, que no era infamante, por la hoguera, la horca, el despeñamiento, el descuartizamiento, la lapidación y el arrastramiento (que era la más infamante). Menos frecuente era el tormento y una pena que consistía en ser librado a los indios "antis" que eran antropófagos. Parece ser que conocieron alguna forma de ordalía. También aplicaban la reducción a servidumbre.

<sup>81</sup> KOHLER, J., *El derecho penal de los aztecas*, trad. de Carlos Rovalo y Fernández, en "Criminalia", 1937, pp. 396 a 423; MACEDO, MIGUEL, *Apuntes para la historia del derecho penal en México*, México, 1931; THOT, LADISLAO, *Sul diritto penale latino-americano*, en "Scritti in on. di E. Ferri", Torino, 1929, pp. 487 a 509 (489 a 492); MORENO H., MOISÉS, *Der finale Handlungsbegriff und das mexikanische Strafrecht*, Diss., Bonn, 1977, pp. 7 y 8.

<sup>82</sup> VILLAVICENCIO, VÍCTOR MODESTO, *El derecho penal de los Incas*, en "Rev. de Derecho Penal", Bs. As., 1946, I, pp. 21-45 (40).

Conocían penas deshonrantes, como el corte de cabello, exposición a la vergüenza, amonestaciones públicas<sup>33</sup>. Las penas pecuniarias no tuvieron gran difusión debido a la organización económica del imperio. Aplicaban sanciones colectivas en caso de rebelión, que frecuentemente consistían en trasladar la población rebelde a territorio que se hallase entre poblaciones leales y en obligarles a llevar indumentarias especiales. Conocimos una población ecuatoriana que proviene de Bolivia, y que aún hoy viste de negro, cumpliendo la pena impuesta por el Inca. Villavicencio concluye en que "es inegable que el derecho penal de los Incas, más que por consideraciones de carácter moral psicológico, estuvo influido por la concepción del estado absolutista, por su carácter teocrático, por su organización de tipo socialista"<sup>34</sup>.

61. **El derecho penal greco-romano como punto de secularización de la legislación penal.** La legislación penal griega en general, se ha perdido, conservándose sólo fragmentos en las obras de autores que tratan de otras materias. Una idea bastante clara del proceso penal ateniense nos la proporciona el juicio de Sócrates, que se conserva principalmente por obra de Platón. Por medio de estos fragmentos de obras filosóficas y literarias, sabemos que en Atenas había desaparecido la crueldad que caracterizaba las penas del mundo antiguo y que, como consecuencia de la concepción griega de la polis, su ley no respondía a la base política teocrática de los estados antiguos. Pese a ello, bueno es advertir que Sócrates fue juzgado y condenado por un delito contra la religión, aunque debe recordarse que se le dio la posibilidad de huir.

Cada polis tenía su propia legislación penal y, respecto de algunas carecemos casi por completo de noticias. Sabemos que la legislación penal de Esparta difería notablemente de la de Atenas, como corresponde a la severidad penal de un estado guerrero e imperialista. De cualquier forma, no obstante que esta ley penal correspondía a una diferente concepción política, ello no implicaba que la misma fuese una idea teocrática del Estado, de la que estaban alejados tanto los espartanos como los atenienses<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Idem, p. 41.

<sup>34</sup> Idem, p. 45; también JIMÉNEZ BRUNO, DANIEL, *La criminología y la ejecución penal en el Perú*, en "Rev. Mex. de Prevención y readapt. social", 1974, 14, pp. 13 y ss.

<sup>35</sup> Sobre el derecho penal griego, THONISSEN, JEAN JOSEPH, op. cit.; DU BOYS, ALBERT, op. cit., pp. 130 y ss.

No podemos ocuparnos aquí de los detalles de la historia penal, pero lo que llevamos dicho del derecho penal oriental nos servirá para comprender lo que sigue. Con Grecia y Roma hacen su entrada la racionalidad de la reacción penal, es decir, que se mundaniza, se seculariza marcadamente la legislación penal. No será un logro definitivo, puesto que, como habremos de ver, hay un complicado juego de marchas y contramarchas, pero, de toda forma, es cuando en la antigüedad se alcanza el mayor grado de secularización. El genio griego no mostró predilección por lo jurídico, aunque sentó las bases por donde circularían las primeras escuelas o tentativas de escuelas jurídicas romanas. Allí ya se puede hablar de una verdadera ciencia jurídico-penal<sup>36</sup> y se puede seguir el curso de la legislación penal durante más de trece siglos, que van desde el VIII a.C., con la monarquía, hasta el VI de la era cristiana, con el Digesto, y aún durante nueve siglos más en el imperio de Oriente. Si bien los romanos no alcanzaron en nuestra ciencia la perfección que dieron al derecho civil, no cabe duda que en lo legislativo su papel ha sido importante<sup>37</sup>, como no puede ser menos un imperio que cubre tan dilatado período de la historia humana y del cual deriva en forma directa nuestra cultura.

De cualquier modo, y dado que la concepción teocrática y la divinización del derecho no desaparecen de golpe —y consiguientemente, no se opera abruptamente su secularización— tampoco desaparecerán algunas de las instituciones penales a las que nos hemos referido de paso y en cuyo sentido es bueno que nos detengamos un instante, porque si bien hoy han desaparecido, una observación atenta de las mismas nos muestra que algunas se han transmutado y que, en la lucha actual por el derecho y por la fundamentación antropológica del mismo, aparecen eventualmente signos de la vuelta de las mismas, o, al menos, de sucedáneos que hacen sus veces. Corresponde formular estas reflexiones al comenzar el tratamiento del derecho penal de culturas que nos están próximas, sin olvidar que las leyes penales de las culturas remotas —a que nos hemos referido— no siguen los criterios teocráticos en igual medida, sino que algunas, como la china, se encuentran mucho más preocupadas de problemas terrenos que otras, aunque sin abandonar el marco teocrático general.

<sup>36</sup> Cfr. THOT, *La ciencia jurídico-penal romana*, en Rev. cit., 1930, p. 252.

<sup>37</sup> Cfr. FLORIÁN, EUGENIO, *Dei reati e delle pene in generale*, Milano, 1910, p. 111.

Ladislao Thot llamaba "arqueología criminal" al "conocimiento y estudio histórico-jurídico de las antiguas instituciones de la administración de justicia criminal", precisando que "el estudio de las antiguas instituciones de la administración de la justicia criminal convence de que tales instituciones (y costumbres judiciales) tenían siempre una *finalidad consciente*, que puede considerarse con todo derecho de origen político-criminal". Agregaba que "del estudio de todas estas instituciones pretéritas se llegaba a la conclusión de que la arqueología criminal es una parte complementaria de la política criminal, especialmente de la por nosotros llamada criminal histórica, cuyo conocimiento es indispensable para una exacta y cabal comprensión de la política criminal propiamente dicha"<sup>38</sup>.

El estado oriental buscó la cohesión social a través de la ética social universal y severa. La ley penal sirvió para fortalecer esa ética. La derivación de la ética y de la ley social de la autoridad divina y la consideración del gobernante terreno como representante de esa autoridad servía aún más para fortalecer los valores de esas sociedades. Era ésta una forma de solidificar una fuerte estructura social y al mismo tiempo una vía para huir de cualquier responsabilidad social, pues el orden dado no provenía de ningún ser humano. La ley se hacía intangible por divina. No sólo el juzgador, la autoridad terrena, estaba exento de responsabilidad por la ley, sino también por el juicio acerca de los hechos, que se hacía derivar de Dios, quien intervenía para dirimir la cuestión fáctica en el proceso, por medio de la "ordalía" o "prueba de Dios"<sup>39</sup>. Si Dios daba la ley aplicable y dirimía la cuestión de hecho en el caso concreto, ninguna responsabilidad por la sentencia incumbía a quien operaba como "juez" en la tierra. Muchos siglos después, los jueces huirán de cualquier responsabilidad por vía de la interpretación exegética del más crudo positivismo jurídico, de una concepción formal del derecho y del sistema procesal conocido como de "prueba tasada"<sup>40</sup>.

La ética social férrea se fortalece cuando se sanciona junto con el delincuente a la familia y al grupo. Cada individuo del grupo social se convierte en un policía de seguridad. La llamada "corrupción de la sangre", es decir, la pena que alcanza a la familia y al grupo, es un medio de control social inmenso. Por vías indirectas

<sup>38</sup> THOT, *Historia de las antiguas instituciones del derecho penal (Arqueología Criminal)*, Buenos Aires, 1927, p. 11. Sobre estas instituciones penales, con importantes datos y bibliografía, CUELLO CALÓN, *La moderna penología*, cit., y HENTIG, HANS VON, *La pena*, cit., en cuanto a ordalías, BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Curiosidades penales*, en JA, 1964, 114-965 y ss.

<sup>39</sup> V. THOT, op. cit., pp. 139 y ss.

<sup>40</sup> V. ZAFFARONI, *Sociología Procesal Penal*, México, 1968.

se tratará de volver a él siempre que una legislación penal pretenda ejercer un control social exagerado (sanciones indirectas, en este sentido, son la pérdida de prestigio social, la pérdida de empleo, la afectación económica a la familia del delincuente, etc.).

La composición, es decir, la cancelación de la pena mediante un pago a la víctima o a sus deudos, es un medio de preservar la capacidad productiva de la población —y también la capacidad guerrera— sin afectar el principio de que la pena alcanza a todos los culpables. Algunas de las más modernas sustituciones de penas privativas de libertad tienen el mismo objeto.

Las sanciones a cosas y a animales<sup>41</sup> tienen por objeto fortalecer la ética social hasta el límite de convencer a la población de que nadie ni nada, ni siquiera las cosas, los animales o los muertos, escapan a la sanción penal, que responde a una ley universal que todo lo gobierna. Este género de sanciones suele reaparecer con la "ley de Lynch" y en general, en cualquier momento de la historia en que desaparece el derecho e irrumpe el caos. Ejemplos contemporáneos a este respecto abundan como para que sea menester citarlos.

Las penas mutilantes que tienen por fin dejar una marca indeleble en el cuerpo de la víctima, como también las marcaciones a fuego, son medios de fortalecer la ética social, similares a las penas que "escarmentan" o "ejemplarizan". Los registros de antecedentes y el "fichaje" de delincuentes y prostitutas contemporáneos, al par que auxiliares de la justicia, suelen cumplir esta función<sup>42</sup>.

Las penas mutilantes incapacitantes son un impedimento físico para reincidir en el delito. Hoy se encuentran fuera del concepto de pena, pero, cuando las penas privativas de libertad no cumplen su función resocializadora de prevención especial, quedan también convertidas en puros impedimentos físicos.

Basten estos ejemplos para dejar en claro que la desaparición de formas tan brutales, que pertenecen a la "arqueología criminal", no implican la desaparición de las motivaciones político-penales a que ellas respondían y que aún subsisten revistiendo otras formas. Es importantísimo el conocimiento de estas instituciones, porque no se trata de eliminarlas, sino de eliminar la tendencia político-penal a que responden, que son las que alejan a cualquier legislación penal de una fundamentación antropológica adecuada.

<sup>41</sup> V. THOT, op. cit., pp. 13 y ss.

<sup>42</sup> Cfr., entre otros, GOFFMAN, ERVING, *Estigma, Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, Rio de Janeiro, 1978.

62. **El derecho penal romano.** La famosa afirmación de Carrara, según la cual los romanos fueron gigantes en derecho civil y pigmeos en derecho penal, ha desatado una larga polémica que oscurece el estudio objetivo del derecho penal romano. Se le ha reivindicado, a veces exageradamente<sup>43</sup> pero lo cierto es que la literatura sobre el tema, particularmente el gran estudio de Mommsen<sup>44</sup>, nos da los elementos para hacer una ponderación adecuada del mismo.

En Roma, como en todos los pueblos primitivos, el derecho penal tuvo un origen sacro. A partir de la ley de las XII Tablas (siglo V a.C), ya el derecho se encuentra laicizado y se establece la distinción entre los *delicta publica* y los *delicta privata*. Los delitos públicos eran perseguidos por los representantes del Estado en el interés del mismo, en tanto que los delitos privados eran perseguidos por los particulares en su propio interés. No obstante, no debe pensarse que en el concepto de *delicta publica* se incorporaban sólo delitos contra el Estado. Los delitos públicos se formaron en torno de dos conceptos básicos: los delitos de *perduellio* y de *parricidium*. Estos delitos son los padres de los grandes grupos de delitos, es decir contra el Estado y delitos contra los particulares. Debe recordarse que el *parricidium* previene de la muerte del *pater*, es decir, del hombre libre (que sólo era el *pater familiae*, jefe de la *gens*). El *perduellio* se componía de diversos crímenes contra el Estado, y el *parricidium* fundamentalmente, del homicidio del hombre libre. A su lado se hallaban las sustracciones de bienes de templos (*sacrilegium*) y de bienes comunes (*peculatus*). El resto de los delitos públicos quedaba librado a las facultades del magistrado (*coercitio*). Este pri-

<sup>43</sup> Sobre ello, RIVAROLA, HORACIO C., *En defensa del derecho penal de los romanos*, en "Rev. de Der. Penal", Bs. As., 1947, 4, 321-331; THOT, op. et loc. cit.; FERRI, ENRICO, *La riabilitazione del diritto penale romano*, en "Studi sulla criminalità ed altri Saggi". Torino, 1926, p. 375.

<sup>44</sup> MOMMSEN, R., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899 (traducción francesa de Duquesne, París, 1906-7; castellana de Pedro Dorado Montero, Madrid, s.f.). Sobre el derecho penal romano en especial: FERRINI, CONTARDO, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, en "Enciclopedia Pessina", I, Milano, 1905, pp. 3 a 428 (con indicación de completísima bibliografía en la p. 428); CAPOBIANCO, *Il diritto penale romano in confronto al diritto penale vigente e alle teorie della scuola positiva*, Firenze, 1894; COSTA, E., *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921; REIN, WILHELM, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*, Leipzig, 1844; ZUMPT, A. W., *Das Criminalrecht der römischen Republik*, T. I (1865), T. II (1869); GEIB, KARL GUSTAV, *Geschichte des römischen Kriminalprozesses bis zum Tode Justinianus*, Leipzig, 1842; DU BOYS, ALBERT, op. cit., pp. 237 y ss.; HOLTENDORFF, FRANZ VON, op. cit., pp. 21 y ss.; HIPFEL, ROBERT VON, op. cit., I, pp. 17-19.

mitivo derecho penal romano se componía, pues, de distintos ámbitos que permanecían en una complementación paralela: crímenes capitales, *coercitio* del magistrado, *delicta privata* y castigo familiar.

El concepto de la paz pública se manejaba respecto del *perduellio*, por lo que solía penárselo con la *capitis sacratio*, que tenía similitud con el derecho penal griego y que era el equivalente de la "pérdida de la paz" de los germanos<sup>46</sup>.

Con posterioridad se pasó al procedimiento *extra ordinem*, que de extraordinario culminó por convertirse en ordinario, y con el que se afirmó definitivamente el carácter público del derecho penal y de la acción penal, lo que tuvo lugar con el advenimiento del imperio, y en función de lo cual, también los delitos privados eran sometidos a penas públicas. Durante la República el pueblo romano había sido simultáneamente legislador y juez, y sólo quedaban como delitos privados, relegados a arreglo entre las partes los más leves. La justicia republicana, primero en mano de los comicios, pasa luego, por delegación, a tribunales penales, que fueron las *Quaestiones*. A las *Quaestiones* se les fue entregando el juzgamiento, primero para casos especiales y luego en forma permanente, aunque su competencia se fue ampliando por delitos, y las sucesivas leyes que se le asignaron se conocen como las leyes *Corneliae* y *Juliae*. Estos tribunales actuaban por delegación del pueblo romano y penaban por exigencias de la "majestad del pueblo romano" y de la "salud de la cosa pública", lo que estaba ya bien distante de las concepciones teocráticas orientales. El derecho penal romano se funda exclusivamente en el interés del Estado. Esta publicitación de delitos constituye un importante progreso, porque nos hallamos con tipos, penas y procesos regulados por ley, no obstante que aún se seguía complementando con la *coercitio* de los magistrados, los *delicta privata* y el castigo familiar.

Sobrevenido el imperio, se afirma la publicidad del derecho penal romano con el procedimiento extraordinario, que era constituido por tribunales que actuaban por delegación del Emperador, el que lo hacía personalmente en casos importantes y cuyo poder jurisdiccional estaba por sobre la ley. Fue así que la legislación criminal se interrumpió y la jurisprudencia se limitó a los *crimina publica* hasta entonces existentes, pero con la posibilidad de apartarse del tipo y de la pena.

<sup>46</sup> Cfr. FERRINI, I, 144.

El imperio fue corrompiendo las instituciones republicanas y la *cognitio extra ordinem* se fue convirtiendo en jurisdicción ordinaria, pues el ámbito de los crímenes *majestatis* fue ampliándose cada vez más. El crimen *majestatis* llegó a límites absurdos, en que se consideraba tal desnudarse ante la estatua de un emperador, vender su estatua consagrada, llevar su esfinge en medalla o moneda a un lupanar, hacer telas o vestidos púrpura (se consideraba signo de conspiración), tener relaciones con princesa imperial, dudar del acierto del emperador en la elección de funcionarios, y cualquier clase de crítica en general.

A partir de aquí habremos de observar el mismo fenómeno en toda legislación penal posterior: en tanto que con la afirmación del carácter público del derecho penal aún nada se dice acerca de la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados, cuando sobreviene un período imperialista, surge una marcada tendencia a publicitar todos estos bienes y a reducir al derecho penal a un instrumento al servicio de los intereses del Estado. Ya no habrá intereses particulares tutelados públicamente, sino que todos serán intereses públicos. En el caso de Roma, puede concluirse en que el derecho penal justiniano es "la expresión del principio de que la conservación del Estado es el fundamento de la punición" <sup>46</sup>.

La característica del derecho penal imperial romano, convertido en un instrumento de apuntalamiento del estado, se ponía de manifiesto incluso en el sentido funcional que se le asignaba a la religión romana. En Roma, no era delito adherir a una nueva religión o adorar una divinidad no reconocida, pero lo era no adorar a las deidades reconocidas. Cabe recordar que los cristianos fueron perseguidos por crimen *majestatis*, por ofender al príncipe, negándole culto a su persona y a la de sus predecesores, no participando en las festividades nacionales y no asociándose a las ceremonias. El magistrado romano no reprochaba al cristiano que adorase a Cristo, sino no hacerlo "junto a los otros dioses" <sup>47</sup>.

El derecho penal romano imperial es el triunfo del Senado sobre los Comicios, del imperio sobre la república. En síntesis, el derecho penal romano nos muestra una lucha que seguirá hasta hoy: el derecho penal republicano y el derecho penal imperialista.

Entre las más importantes fuentes del derecho penal romano, particularmente por la forma en que fue receptada posteriormente, se cuentan los llamados

<sup>46</sup> PESSINA. op. cit., I, 49.

<sup>47</sup> Cfr. FERRINI, op. cit., pp. 344-346.

"*libris terribilis*" del Digesto (Libros XLVII y XLVIII). Dispone el título I del libro XLVII que los herederos o sucesores no están sometidos a la acción criminal, pero que ésta puede ser ejercida por los sucesores de la víctima, distinguiendo nítidamente la acción civil de la criminal. El título II trata de los hurtos; los títulos III y IV plantean cuestiones de carácter civil ajenas al hurto; el título V da acción por hurto contra los capitanes de naves, mesoneros y venteros, por los hurtos cometidos por ellos o por sus dependientes; el título VI faculta a los dueños de esclavos que cometieron hurto para que entreguen el esclavo o su valor; el título VII trata del daño consistente en la corta de árboles furtivamente; el título VIII se ocupa de los bienes arrebatados violentamente; el título IX del incendio, ruina y naufragio; el título X de las injurias y libelos infamantes. El título XI trata de los delitos extraordinarios, penando por tales a los adúlteros, violadores, corruptores, acaparadores, etc. El título XII trata la violación de sepulcro; el título XIII la concusión; el XIV el abigeato; el XV la prevaricación; el XVI el encubrimiento; el XVII los hurtos en baños; el XVIII las fracturas y despojos; el XIX el despojo de herencia; el XX el estelionato; el XXI la alteración de límites de feudos; el XXII los colegios y corporaciones ilícitos y el XXIII las acciones públicas.

Los títulos I, II y III del libro XLVIII tratan cuestiones procesales. El título IV contiene la ley *Juliae*, penando como crímenes *majestatis* los delitos de traición, rebelión, sedición y conspiración para asesinar a dignatarios. Se expresa claramente que "el delito que se dice de majestad es próximo al sacrilegio", incluyéndose entre ellos la destrucción de estatuas imperiales. Se admite como acusador a cualquiera, incluso los infames, los esclavos y las mujeres, cosa que no sucede con los restantes delitos. El título V contiene la ley Julia de adulterio. El VI se ocupa de la violencia pública y el VII de la privada. El VIII de los sicarios y encomendadores; el IX de los parricidios; el X de las falsedades; el XI de las concesiones; el XII de los delitos contra las provisiones públicas; el XIII de los peculados y sacrilegios; el XIV de la pretensión de cargos por entrega o soborno; el XV de los plagarios; el XVI de los calumniadores y tergiversadores; el XVII de las condenaciones de ausentes; el XVIII del tormento; el XIX de las penas; el XX de los bienes de los condenados; el XXI de los bienes de los que antes de la sentencia se procuraron la muerte o corrompieron al acusador; el XXII de los interdictados, relegados o deportados; el XXIII de los que sufrieron condena y el XXIV de los cadáveres de los penados.

Además de los *Libris terribilis*, dentro del mismo Digesto, es dable mencionar el libro III título VI, que trata de los calumniadores; el libro IX título II, que es un comentario a la *Aquilia*, en el que, entre otras cosas, se dice que "la razón natural permite defenderse contra un peligro". El libro XLIII título XVI, trata de la fuerza y de la fuerza armada.

En el *Código* es de mencionar el libro VI título II, que trata de los hurtos y de la corrupción de esclavos.

En las *Novelas*, los más importantes textos penales son: la XII, de las nupcias incestuosas y nefandas; la XIV, de los alcahuetes; la LXXVII, que trata la blasfemia y las prácticas "contra la naturaleza"; la CXXI, contra las impudicias; la CXXII, sobre castraciones; la CXXIII, del rapto; la CL, de las mujeres raptadas que se casan con los raptos; la CLI, de los que no comparecen a juicio.

Como características generales del derecho penal romano, al cabo de trece siglos de evolución, pueden observarse<sup>48</sup>, entre otras, la especial significación que otorgaba al dolo (*dolus*), caracterizado mediante el *animus* como voluntad realizadora del tipo, excluido por el desconocimiento de cualquiera de sus características, lo que hace por demás dudoso que el *dolus* romano requiriese el conocimiento de la antijuridicidad<sup>49</sup>. La omisión sólo se penaba en determinados casos y la tentativa era aún un concepto desconocido, no penándose en los *delicta privata* y penándose como delitos independientes los actos preparatorios y ejecutivos de delitos públicos<sup>50</sup>. Si bien se equiparaba la pena de todos los concurrentes, se distinguía entre autor, cómplice e instigador. Además de los casos de cumplimiento de órdenes y deberes, se conocieron las causas de justificación, tales como la legítima defensa, el estado de necesidad y, en los delitos privados, el consentimiento.

Hasta entrado el imperio y sólo en ciertos casos, se abrió la posibilidad de una pena única, puesto que a lo largo de casi toda la evolución, la concurrencia se manejó sólo a nivel procesal.

En cuanto a la cuantificación de la pena, ésta no llegó a ser en Roma materia de una consideración racional y, especialmente bajo el imperio fue objeto de un manejo arbitrario por parte de los magistrados, a lo que contribuía la difusión de la "gracia" imperial, que había sido instituto poco frecuente en la república.

El derecho penal romano, en general, evidenció una actitud legislativa que es denunciada con buen criterio también en lo que a nuestras leyes contemporáneas respecta: a medida que aumentaba su represividad y autoritarismo, tendía a "normalizar y generalizar lo que se estimaba excepcional y especial"<sup>51</sup>.

Con todo, no es cuestión de magnificar la importancia del derecho penal romano, porque, con razón, dice Hippel que el "derecho penal imperial, dada su inseguridad, dureza y arbitrariedad, no desarrolló ningún modelo", sino que "el perfeccionamiento lo emprendió el derecho canónico-italiano"<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Sobre estas características generales, HIPPEL, ROBERT VON, *Lehrbuch*, Berlín, 1932, I, 17.

<sup>49</sup> Sobre esto parece haberse leído superficialmente a MOMMSEN, trad. de P. Dorado, I, 94 y ss.

<sup>50</sup> Cfr. MOMMSEN, I, 103.

<sup>51</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, *Libertades cívicas y derecho penal*, Madrid, 1975, p. 349.

<sup>52</sup> HIPPEL, ROBERT VON, *op. cit.*, I, p. 17.

## III - EL DERECHO PENAL MEDIO Y MODERNO

63. **Los germanos.** El predominio germánico se extendió desde el siglo V al XI d.C. A lo largo de esos siglos el derecho penal germano fue evolucionando como resultado de los contactos con los romanos primero, y con el cristianismo después.

El hombre germano se concebía a sí mismo como integrante de una unión: casa, familia, pueblo. El orden imperante en esas uniones era entendido por él como el derecho. De allí que la paz dentro de la unión suprapersonal fuese el derecho y el delito su quebrantamiento. Esta paz que el delito quebrantaba no estaba impuesta por el hombre, sino por los dioses, cuyo culto era necesario para su conservación, y también la paz tenía un significado para el culto, porque lo posibilitaba. La paz era una relación sagrada que consistía en respetar la paz ajena, y la lesión a la paz ajena era un atentado al culto, que imponía al otro la venganza<sup>53</sup>.

De allí que se haya discutido si la pena tenía realmente carácter sagrado entre los germanos<sup>54</sup>.

La pena más grave que conocían los germanos era la pérdida de la paz (*Friedlosigkeit*). Era una consecuencia del principio talional: quien lesionaba la paz, podía perder la paz. Si la paz era el orden y el derecho, la pérdida de la paz era la pérdida de la protección jurídica.

"La pérdida de la paz se refería a la persona y a los bienes; permitía cualquier lesión sobre la persona y sobre las cosas del malhechor y llevaba, en definitiva, a su muerte y a la destrucción o devastación de sus bienes". Si bien la muerte se daba generalmente por mano privada, también podía responder a la mano pública, asumiendo en este último caso el carácter de un sacrificio a la divinidad ofendida<sup>55</sup>. Hay una analogía entre esta institución y la *capitis sacratio* del derecho romano antiguo, que hace opinar que la pérdida de la paz no era exclusiva de los germanos<sup>56</sup>.

La paz, quebrantada por el delincuente, no era propiamente la del grupo o pueblo, sino la de la víctima, que tenía carácter sagrado. De allí que el delito determinase una relación entre el de-

<sup>53</sup> Cfr. SCHMIDT, EBERHARD, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1951, pp. 21-22.

<sup>54</sup> Así lo creía PESSINA, I, 50; otra opinión, HIPPEL, loc. cit.

<sup>55</sup> DEL GIUDICE, PASQUALE, *Diritto penal germanico rispetto all'Italia*, en "Enc. Pessina", 429 y ss. (438-9).

<sup>56</sup> Así, FERRINI, en "Enc. Pessina", I, 144.

lincuente y el lesionado, como que esto diese al derecho penal germano un carácter extremadamente individualista <sup>67</sup>.

De la misma característica sacra de la paz deviene todo el culto que ese derecho penal implicaba, con un ritual en el que intervenía la divinidad en el proceso mismo, mediante las ordalías o "juicios de dios".

Suelen distinguirse períodos del derecho penal germano, señalando una etapa primitiva, anterior a la conquista, y una ulterior etapa posterior a la conquista en que, por efecto de la romanización, el mismo va perdiendo su marcado tinte privatístico e individualista, para irse publicitando paulatinamente. El delito ponía al delincuente en estado de enemistad, es decir, de guerra (*Faida*). El estado de *Faida* contra el infractor y la familia (*Sippe*) exigía por parte del lesionado y de su familia, como un deber de venganza (*Rache* o *Blutrache*). Debe quedar claro que la "venganza de la sangre" no era un derecho, sino un deber.

No obstante, la expiación que tenía lugar por medio de la venganza no consistía en una simple producción de dolor al enemigo o delincuente, sino en la humillación de éste y de su grupo. De allí que esta humillación no sólo se pudiese obtener mediante la brutal producción de dolor, sino también cuando el enemigo o delincuente, o su grupo, se avenían a celebrar un acuerdo de composición que consistía en pagar una multa (*Busse*) al lesionado. De allí que al fortalecerse la autoridad, particularmente con el reinado de los francos, se procurase favorecer estos acuerdos, a fin de evitar las pérdidas causadas por la venganza y, más adelante, se procurase forzar directamente los mismos, esfuerzos en los que coincidió el Estado con la Iglesia. A estos acuerdos se les llamaba "composición" y el sistema compositivo dominaba en el derecho popular del siglo VI, en que la principal pena era la multa —que se pagaba al lesionado— y al margen de la cual se pagaba también un "precio de la paz" a la autoridad.

No obstante, esta visión del derecho penal germano, entendido como composición mediante la cual el afectado comerciaba su derecho a la venganza, con un pequeño anexo destinado a la autoridad, es una visión parcial del mismo, puesto que había otra clase de penas, cuyo carácter era incuestionablemente sacramental, y que se imponía por delitos que afectaban a la comunidad, como la trai-

<sup>67</sup> Cfr. SCHMIDT, EB., op. cit., p. 22.

ción en la guerra y los delitos contra el culto. En estos casos, la muerte de los delinquentes no tenía carácter de pena, sino de sacrificio humano. De ese modo, en forma paralela a la multa (*Busse*), que se imponía por los delitos privados, para los delitos contra la comunidad y el culto, operaba una pena pública de carácter penal, cuya naturaleza era la de sacrificio humano y que el delincuente rendía con su cuerpo y su vida<sup>58</sup>.

Menester es aclarar que el sistema penal no era el mismo para los hombres libres que para los siervos, que se consideraban como cosas. Los siervos, cuando delinquieran dentro de la *Sippe*, eran castigados por el señor, en función del derecho interno ("derecho de la casa", *Hausrecht*) que éste poseía. En caso que delinquierse contra el señor de otra *Sippe*, se desarrollaron penas públicas contra los siervos, como muerte y azotes. Parecería ser que estas penas públicas para los siervos tuvieron gran importancia en el desarrollo posterior del derecho germano, particularmente en la época merovingia, al fortalecerse la pena pública y reducirse el ámbito de la venganza.

Fue de este modo como en la misma época de los germanos se desarrollaron una serie de penas públicas, tales como distintas clases de penas de muerte y corporales, que fueron luego ampliándose a mayor número de delitos, como consecuencia del cambio social que determinó la publicitación del derecho penal. Contribuyó a fortalecer el concepto de pena pública la conversión de los germanos al cristianismo, puesto que ya no podía sostenerse el carácter de sacrificio humano.

Con la influencia del cristianismo se evidenció una tendencia a reducir la pena de muerte, que sufrió contramarchas, y se reconoció también una atenuación del sistema mediante la admisión del derecho de asilo en los templos, que ya hab'a sido admitido en tiempos del imperio romano. No obstante, también se trató de limitar el instituto del asilo, prohibiendo a los sacerdotes asilar condenados y luego, vedándoles que le proporcionasen alimentos al criminal fugitivo.

La "pérdida de la paz" de los germanos parece haber sido un instituto empleado penalmente por los germanos del norte más que

<sup>58</sup> Sobre la pena de muerte entre los germanos: AMIRA, KARL V., *Die germanischen Todesstrafen, Untersuchungen zur Rechts und Religionsgeschichte*, München, 1922; STRÖM, FOLKE, *On the sacral origin of the germanic death penalties*, Stockholm, 1942; FEUCHT, DIETER, *Grube und Pfahl*, Tübingen, 1967; STEGBAUER, RAINER, *Der Dieb dem Galgen*, Diss., Nürnberg, 1964.

por los del oeste, donde parecía tener de preferencia el carácter de una consecuencia procesal.

En cuanto a las características propias del delito entre los germanos, cabe destacar que si bien no ignoraban sus aspectos subjetivos, lo cierto es que había una neta predominancia de los objetivos, particularmente de la responsabilidad por la causación, criterio que se cambia luego por influencia canónica. Algo análogo sucedía, como consecuencia de lo anterior, respecto de la responsabilidad por hechos de terceros: la del tutor por los del pupilo, la del señor por los del siervo. Como consecuencia de ello, no desarrolló tampoco el derecho penal germano una teoría de la tentativa, pese a que penaba eventualmente algunos actos tentados como delitos independientes.

En los casos de participación en delitos penados con multa, la responsabilidad era solidaria y se consideraba más grave el hecho cuanto mayor fuese el número de concurrentes. En el supuesto en que estuviere penado el delito con pena pública, la pena recaía sobre todos los concurrentes por igual. Dada su característica objetivista, tampoco se desarrolló una adecuada distinción de las distintas categorías de concurrentes.

En cuanto a la inimputabilidad, conforme a un edicto longobardo, no debía pagar multa el sujeto carente de razón, pero el lesionado podía matarle sin deber pena por ello. La legítima defensa no se desarrolló mayormente y en gran parte se la negó. No se pagaba multa sólo cuando la defensa evitaba una perturbación mayor de la paz<sup>59</sup>.

64. **El derecho penal canónico.** No es posible referirse en forma unitaria al derecho penal canónico, puesto que, al igual que el romano y el germano, se trata de un derecho que ha evolucionado a lo largo de muchos siglos. Lo cierto es que bajo el imperio romano, la Iglesia ejerció una jurisdicción amplia en materia disciplinaria, pero limitada a cuestiones espirituales sobre laicos y ordenados, en tanto que el derecho penal secular estaba por entero en manos del Estado. Algo parecido pasó luego bajo el dominio merovingio en Francia y recién en el régimen carolingio una serie

<sup>59</sup> Sobre estas características, además de las obras indicadas: WILDA, WILHELM EDUARD, *Das Strafrecht der Germanen*, Halle, 1842; OSENBRÜGGEN, EDUARD, *Studien zur deutschen schweizerischen Rechtsgeschichte*, Basel, 1881; del mismo, *Das Strafrecht der Longobarden*, Schaffhausen, 1863; ROGGE, KARL AUGUST, *Über das Gerichtswesen der Germanen, Ein germanischer Versuch*, Halle, 1820.

de delitos fueron declarados simultáneamente estatales, debiendo apoyar la autoridad del Estado la sentencia canónica. En los siglos X a XII el derecho penal canónico fue ganando terreno a expensas del derecho penal secular, interviniendo también en los tribunales por los crímenes seculares más graves. De este modo alcanzó una competencia penal exclusiva en materia de delitos religiosos, cualquiera fuese la calidad de sus autores, como también una competencia concurrente con los tribunales seculares en los llamados *delicta mixta* <sup>60</sup>.

Una de las cuestiones que se debaten a su respecto es si distinguía adecuadamente entre delito y pecado. Lo cierto es que ambas categorías no estaban del todo claras en él. Muchos siglos después, Katz afirmaba que el derecho canónico abarca a todos los hechos con el sentido de pecado y después distingue entre delitos y pecado en sentido estricto <sup>61</sup>.

Con mucha mayor razón los conceptos de delito y pecado hubieron de estar más confundidos en los siglos anteriores. Es evidente que la confusión entre delito y pecado en el derecho penal canónico tuvo distintos grados de intensidad, pues nos estamos refiriendo a una legislación que evolucionó a lo largo de siglos y en la que era ineludible una primitiva confusión, toda vez que hasta el siglo XII el derecho y la teología estaban confundidos <sup>62</sup>.

El derecho penal canónico cobró singular importancia con la Inquisición, reglada legalmente en 1215, bajo Inocencio III, a lo que cabe agregar que hacia 1300 el proceso inquisitorial fue tomado como un proceso regular por los tribunales laicos italianos. Como todo procedimiento inquisitorial, correspondía a un derecho penal de fondo de carácter tutelar: el derecho penal canónico veía la pena como expiación. De allí que la pena fuese concebida como una penitencia que redimía del pecado y que, por ende, liberaba, en tanto que el pecado esclavizaba. Este carácter penitencial de la pena le llevó a introducir la prisión —mediante la reclusión en celdas monásticas— de donde proviene el nombre de “penitenciaria”, que es usado hasta hoy.

El derecho penal canónico puso un límite a la “venganza de sangre” germana, desarrollando el instituto del asilo que, como

<sup>60</sup> Cfr. HIPPEL, op. cit., I, 17-18.

<sup>61</sup> KATZ, EDWIN, *Ein Grundriss des kanonischen Strafrechts*, Berlín u. Leipzig, 1881.

<sup>62</sup> Cfr. SCHIAPPOLI, DOMÉNICO, *Diritto Penale Canonico*, en “Enc. Pessina”, I, Milano, 1905, p. 669.

vimos, ya conocían otras legislaciones penales de la antigüedad. Se mostró igualmente opuesto a los medios procesales mágicos, como las ordalías, y, particularmente, a la ordalía del combate o lance individual.

La formación de este derecho reconoce varias fuentes que se recopilaron en el siglo XV en el *Corpus Juris Canonici*.

Es interesante recordar que el derecho penal canónico reivindicó todos los aspectos subjetivos del delito, que el derecho penal germánico colocaba en posición secundaria. El sentido espiritual de la pena canónica no podía menos que imponerle este camino, que también nos advierte sobre los peligros que corre todo derecho penal tutelar, siempre tentado de caer en la crueldad.

El derecho penal canónico tendió también a limitar la pena sólo al hombre individual. En principio, descartó la pena a animales. Si bien ordenaba suprimir al animal con que la mujer hubiese cometido bestialismo, observa con razón Schiappoli, que ello sólo obedecía a que la presencia del animal no despertase el recuerdo del torpe hecho, y agrega que las excomuniones a animales eran meras maldiciones<sup>63</sup>.

Más interesante es su evolución en cuanto a las personas jurídicas, cuya responsabilidad admitió en un principio, pese a reconocer que se trataba de una pena trascendente, pero acudiendo al extraño argumento de que Dios compensaría al inocente la pena injustamente sufrida.

"La reacción contra la responsabilidad penal de las corporaciones se debe a Sinibaldo di Fieschi, que luego fue Inocencio IV, autor de la teoría de la ficción en materia de personas jurídicas: la *universitas*, no siendo sino un *nomen juris*, una ficción, no gozando de una existencia real, sino de una puramente ideal, incorporeal, ficticia, no pudiendo ni querer ni actuar por sí, no puede ejecutar realmente ningún acto y especialmente ningún acto ilícito. Antes que él, Johannes Teutonicus († 1220), ocupándose incidentalmente de la cuestión, había admitido que la *universitas* es incapaz de cumplir los actos por sí misma, no actuando sino por medio de representantes y, por ende, *non potest de crimine accusare*, pero se debe a Inocencio IV el mérito de haber sabido elaborar de un modo verdaderamente genial la teoría de la ficción y extraer de sus principios las consecuencias lógicas sobre la responsabilidad penal. Así, fundándose en el frag. 15 parág. 1 D *de dolo* (4,3), escribía: 'im-

<sup>63</sup> SCHIAPPOLI, op. cit., p. 681.

possibile est quod universitas delinquat' y a esta negación científica hacía seguir, como Pontífice, una especial prohibición legislativa, haciendo prohibir por el Concilio de León (1245) *in universitatem vel collegium, proferri excommunicationis sententiam*"<sup>64</sup>.

Con posterioridad, el derecho penal canónico volvió a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por influencia de los canonistas civilistas, pero limitadamente y sin abandonar la teoría de la ficción.

65. **El derecho penal árabe.** El antiguo derecho penal árabe anterior a Mahoma se caracterizaba por elementos que había tomado de otras costumbres penales, particularmente de los judíos, tales como el talión y la venganza de sangre, y conocía penas tales como la mutilación, estrangulamiento, lapidación, etc., como también las ordalías. El Korán viene a suavizar este estado de cosas, introduciendo grandes reformas en la legislación penal<sup>65</sup>.

Mahoma trató de suavizar la antigua ley que obligaba a tomar venganza en caso de homicidio, matando por medio más cruel, limitándola a la misma forma de muerte: "No matéis ningún hombre, que Dios os lo ha prohibido, excepto por una justa causa; mas en cuanto al que ha sido muerto injustamente, hemos dado al heredero la potestad contra el asesino, empero no traspase los límites de la matanza, no mate otro en lugar del asesino o no le mate de otro modo..." (Korán, cap. XVII, 33). Además, deja abierta la posibilidad de evitar el talión y la venganza: "¡Oh creyentes, la pena del talión está escrita para el crimen! Un hombre libre será condenado a muerte por un hombre libre, un esclavo por un esclavo, una mujer por una mujer. Aquel que perdone al matador de su hermano, tendrá derecho a exigir una indemnización razonable que le será pagada con gratitud" (Cap. II, 173). "Esta benignidad es un favor de la misericordia divina. Quien llevare hasta límites de crueldad su venganza, será víctima de los tormentos" (174). Se castigaba la violación del juramento con relativa benignidad (V, 98) y prohibía los juegos de azar (V, 99 y 100).

El Korán distingue el homicidio doloso del culposo: "Si la muerte es involuntaria, el matador está obligado a redimir un esclavo creyente y pagar el precio de la sangre a la familia del muerto,

64 SCHIAPPOLI, op. cit., p. 683.

65 Sobre el derecho penal árabe anterior al Korán, THOT, *Historia del derecho penal árabe*, en "Rev. de Identificación y Ciencias Penales", T. XIV, pp. 197 y ss. (1937).

a menos que ésta se lo condone" (IV, 91). Al igual que el antiguo derecho árabe, el Korán dispone la lapidación para el adulterio y la amputación de la mano para el hurto<sup>66</sup>.

**66. Los prácticos y los glosadores.** El proceso conocido con el nombre de "recepción del derecho romano", que se inicia en el siglo XII, otorga gran autoridad a la obra de los doctrinarios, que fueron los glosadores, post-glosadores y prácticos. Si bien por cierto el pensamiento de los prácticos tuvo ribetes originales, en general, todo el movimiento, edificado sobre los comentarios a los cuerpos romanos, puede calificarse de "positivista", salvando, por supuesto, las distancias. Es verdad que el derecho penal de este extenso período ha tenido importancia en el posterior desarrollo dogmático, como lo indica la frecuencia con que suele volverse la vista hacia él en el último siglo, pero creemos que esa importancia es la que siempre tiene el análisis exegético como primer paso de la construcción dogmática, aunque no podemos dejar de reconocer que ha habido construcciones interesantes.

En este movimiento son especialmente dignos de mención Alberto de Gaudino (hacia el 1300); Cino de Pistoia (1270-1336); Bartolo de Sassoferrato (1314-1357); Baldo de Ubaldis (1327-1406); Angelo Aretino (muerto en 1450); Alciatus (1492-1550); Julio Claro (1525-1575); Próspero Farinaccio (1544-1616); Benedict Carpzov (1595-1666); Diego de Covarrubias y Leyva (1512-1577); Juan Gutiérrez (1530-1618). Ya en el siglo XVIII, entre los últimos "prácticos", merece mencionarse a Bohemer en Alemania y a Mouyart de Vouglant en Francia<sup>67</sup>.

El estudio de los prácticos excede con mucho las pretensiones de una obra general. Su labor ha sido enorme, hasta el punto que, quien se ponga a bucear en ella, siempre hallará nuevos materiales y renovados motivos de admiración, que no empañan las limitaciones de su actitud básica. En el curso del último siglo, la literatura penal sobre los prácticos es enorme. La labor más original tiene

<sup>66</sup> V. DARESTE, R., *Études...*, cit., pp. 59 y ss.

<sup>67</sup> Para una más completa información bibliográfica de los prácticos y de sus principales obras, BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Lardizábal, El primer penalista de América Española*, México, 1957, pp. 38-42; SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlín, 1930; ENGELMAN, WOLDEMAR, *Die Schuldhlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historische-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldhlehren der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, reed. Aalen, 1965.

lugar en el renacimiento, en que los llamados "prácticos" anuncian importantes acontecimientos jurídicos posteriores y alcanzan una notable perfección en la formulación de los conceptos jurídicos<sup>68</sup>

No podemos pasar por alto, sin mencionar, sólo a título de ejemplo, los aportes de uno de estos juristas y, dada su proximidad cultural a nosotros y el magnífico estudio de que ha sido objeto en nuestra lengua<sup>69</sup>, cabe mencionar, ante todo a Diego de Covarrubias y Leyva. No sólo hizo una nítida distinción entre culpa y dolo, apenas superada en nuestro siglo, sino que desarrolló firmemente a este respecto el principio de culpabilidad. Planteó problemas de causalidad, como el homicidio en riña, concausas, muerte del herido por impericia del médico, etc. También se ocupa de la omisión, aunque sin la profundidad de otros temas. Funda la legítima defensa en el derecho natural y se ocupa del caso de defensa por parte del que puede huir, de la defensa de los bienes y del que mata al ladrón que huye, negándole el derecho de defensa. Con motivo del hurto necesario, también desarrolla interesantes ideas acerca del Estado de necesidad. En cuanto al miedo, lo plantea como un problema de culpabilidad, sólo capaz de atenuar la pena. Sus desarrollos sobre el error y la ignorancia pueden parangonarse con otros muy posteriores, correspondientes a estados mucho más avanzados de la ciencia penal. En materia de embriaguez, pena la culpa de embriagarse, pero no la del delito cometido, salvo preordenación. Basta esta tabulación para percatarse de la extraordinaria fineza de estos comentaristas del siglo XVI, que, por teólogos, de exégetas fueron preparadores del camino dogmático de siglos más tarde.

67. La Carolina. Después de los "libros de derecho" más importantes de Alemania —que fueron el "Espejo de Sajonia" y el "Espejo de Suavia", ambos del siglo XII<sup>70</sup>— el acontecimiento más trascendente en la legislación penal fue la *Constitutio Criminalis Bambergensis*, de 1507, que se debe al duque de Schwarzenberg y *Hohenlandsberg*<sup>71</sup>, en base a la cual se elaboró la *Constitutio Cri-*

<sup>68</sup> BERISTAIN, ANTONIO, *Ecumenismo histórico en derecho penal (la penetración en los teólogos renacentistas)*, Madrid, 1966; SCHAFFSTEIN, F., *La ciencia europea del derecho penal en la época del Humanismo*, trad. de J. M. Rodríguez Devesa, Madrid, 1957.

<sup>69</sup> Es de extraordinario valor la obra de PEREDA, JULIÁN, *Covarrubias penalista*, Bilbao, 1959.

<sup>70</sup> ZOBEL, CHRISTOF, *Sachsenspiegel. Auf's neue Ubersehen mit Summaris und neuen Additionen*, Leipzig, 1595; *Sachsenspiegel* (reproducción facsimilar del manuscrito de Heidelberg), Insel Verlag, Frankfurt, 1970; KOSCHORRECK, WALTER, *Die Heidelberger Bilderhandschrift des Sachsenspiegels, Kommentar*, Frankfurt, 1970, Insel Verlag; ECKHARDT, KARL AUGUST-HÜBNER, ALFRED, *Deutschenspiegel mit augsburger Schenspiegel und ausgewählten Artikeln der oberdeutschen Sachsenspiegelübersetzung*, Hannover, 1930.

<sup>71</sup> KOHLER, JOSEF-SCHEEL, WILLY, *Die bambergische Halsgerichtsordnung*, Aalen, 1968 (reproducción de la de 1902).

*minimalis Carolina* o *Peinliche Gerichtsordnung*, sancionada en 1532 y publicada al año siguiente <sup>72</sup>.

Este texto contaba con 219 artículos, de los que la mayoría estaba dedicada al derecho procesal penal. Alrededor de setenta artículos eran de derecho penal de fondo. Contenía disposiciones muy minuciosas acerca del valor de las pruebas y de las torturas. Era un texto intimidatorio y retributivo, que prodigaba la pena de muerte, ejecutada de distinta manera —decapitación y horca— según que el reo fuese noble o villano, y también tenía previsto el suplido de la rueda, reservado sólo a los hombres. Para las mujeres prevenía la muerte por inmersión. Por otro lado, había un enorme despliegue de penas corporales. Pese a estas características, que eran bien propias de la época, la Carolina tiene gran importancia, porque fue el texto que afirmó definitivamente en Alemania la publicidad de la pena. Por otra parte, constituyó prácticamente el derecho penal común alemán hasta la codificación.

En el curso de su vigencia se fue elaborando una doctrina penal en torno de la Carolina y, pese a que sus disposiciones de fondo no eran numerosas, hacia mediados del siglo XVIII Hellfeld dedica la mayor parte de su comentario al derecho de fondo, elaborando una suerte de parte general del mismo, en que hacía una clasificación primaria de los delitos y de las penas. Las penas de muerte simples eran por decapitación y horca, teniendo la última carácter infamatorio. Las penas de muerte calificadas eran la rueda, la insaculación con bestia (saco o *culeus*), el fuego, el descuartizamiento y el empalamiento. Aunque Hellfeld comentaba la Carolina a menos de medio siglo del código de Feuerbach, no dejaba de ilustrar su obra con grabados en los que cuidadosamente se representaban los instrumentos de tortura <sup>73</sup>.

#### IV - LA LEGISLACIÓN PENAL EN ESPAÑA

68. La legislación penal en España. Pese a que nuestra legislación penal opera un considerable corte respecto de la española, la importancia doctrinaria de los autores españoles siguió siendo incuestionable y, debido a ello y a que parcialmente fue legislación vigente en nuestro territorio, cabe que nos dediquemos especialmen-

<sup>72</sup> Hay una trad. italiana de Tolomei en "Rivista Penale", X, p. 5 y XIII, pp. 129 y ss.; en particular, KOHLER, JOSEF, *Die Carolina und ihre Vorgängerinnen*, Aalen, 1968 (reprod. de la ed. de Halle, 1902); el texto que utilizamos es el de Johann Christoph Koch, Marburg, 1824.

<sup>73</sup> HELLFELD, AUGUST, *Elementa Juris Criminalis Germanico-Carolini*, Jenae, 1767, pp. 462-3. Para una historia detallada del derecho penal común alemán y de sus principales fuentes y comentaristas, LISZT, *Lehrbuch*, 1891, pp. 53 a 65.

te a la legislación ibérica. A tal efecto, no nos ocuparemos de historiar en forma completa y detallada esta evolución, sino que nos limitaremos a los principales cuerpos legales que marcan las constantes político-penales de esa evolución legislativa.

Dejando de lado el *Código de Eurico* y el *Breviario de Alarico* (o *Lex Romana Wisigothorum*), el más importante cuerpo del período visigodo es el *Fuero Juzgo*<sup>74</sup>, originariamente llamado *Libro de los Jueces* (*Liber Iudiciorum*). Este texto receipta una serie de instituciones penales arqueológicas, provenientes de los germanos y propias del derecho penal primitivo, tales como las terribles penas corporales, las diferencias entre nobles y plebeyos, la composición, el talión, etc., de las que nos hemos ocupado con ocasión de otras legislaciones y que no presentan en él rasgos peculiares.

Parecería ser que el *Fuero Juzgo* receipta el momento subjetivo del delito en mayor medida que el derecho penal germánico, aunque no tanto como suele pretenderse frecuentemente, puesto que pena la tentativa de homicidio como delito autónomo. No obstante, establece la distinción entre homicidio doloso y culposo, con gran claridad. Reconoce la legítima defensa y la atenuación por necesidad, desconociendo relevancia al error y a la ignorancia *juris*<sup>75</sup>.

El *Fuero Juzgo* mereció severos juicios de Montesquieu —que entre nosotros repitió Peco— y a los que respondió Pacheco<sup>76</sup>. En verdad, las críticas de que puede ser objeto no son mayores ni más graves que las que pueden afectar a las manifestaciones del derecho penal germánico en general.

<sup>74</sup> Sobre la legislación visigoda en general, puede verse a MANUEL DE LARDIZABAL, *Discurso sobre la Legislación de los visigodos y formación del Libro o Fuero de los Jueces, y su versión castellana*, que aparece como prólogo a: Real Academia Española, *Fuero Juzgo en latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la...*, Madrid, 1815, pp. III a XLIV; PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO, *De la monarquía visigoda y de su código*, en *Los códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, 1847, T. I, pp. V a LXXV; OOLMEIRO, MANUEL, *De la Constitución y del Gobierno de los Reinos de León y Castilla*, Madrid y Santiago, 1855; SEMPERE, JUAN, *Historia del Derecho Español*, Barcelona, 1847, pp. 79 y ss.; GARCÍA (h.), JUAN AGUSTÍN, *Introducción al estudio de las Ciencias Sociales Argentinas*, Bs. As., 1907, p. 209.

<sup>75</sup> Sobre el derecho penal en el *Fuero Juzgo*: PACHECO, *El código penal concordado y comentado*, Madrid, 1888, I, 41; PECO, JOSÉ, *La legislación penal visigótica*, Bs. As., s.f.; DEL ROSAL, I, 160; BERNALDO DE QUIROZ, CONSTANCIO, *Alrededor del delito y de la pena*, Madrid, 1904, p. 109; LALINDE ABADIA, JESÚS, *Iniciación histórica al derecho español*, Barcelona, 1970, p. 564.

<sup>76</sup> PACHECO, *Discurso*, cit., pp. LXXIV y LXXV.

El *Fuero Viejo de Castilla* se destaca entre los llamados "Fueros locales" y se formó en el curso de algunos siglos, siendo su primer legislador, probablemente, Sancho García, Conde de Castilla. La redacción que se le conoce lo es en la forma definitiva que le dio el Rey Don Pedro el año 1356<sup>77</sup>. Las disposiciones penales se hallan principalmente en el *Libro II*, que se divide en cinco títulos.

El título primero del Fuero Viejo de Castilla (*De las muertes, e de los encartados e de las feridas, e denuestos*), parte del principio de que no se debe matar o lesionar a hombre alguno, ni cristiano ni moro, aunque pena al Fijodalgo que matase labrador con pena de muerte para el señor del siervo. En el número VI de este título se tabulan con precisión los precios que deben pagarse por cada herida. El título segundo (*De los que fuerzan las mujeres*), pena con muerte la violación de la mujer del caballero y de la mujer común, precisando en detalle los requisitos de prueba. El título tercero (*De los hurtos que se ficieren en Castilla*) trata sólo la forma en que se reparará el daño cuando la cosa ha sido adquirida por tercero de buena fe. El título cuarto señala los hechos que configuran delitos públicos, que debe investigar la justicia del Rey. El título quinto se refiere a los daños que deben ser pagados en su valor duplicado, estableciendo una minuciosa tasación de cosas.

El *Fuero Real*, que data probablemente del año 1255, fue ordenado por Alfonso IX y sus disposiciones penales se hallan en el *Libro IV*, donde trata "De los que dexan la fe catholica" (título I<sup>o</sup>), "De los judios" (título II<sup>o</sup>); "De los denuestos y deshonoras" (título III<sup>o</sup>); "De las fuerzas y de los daños" (título IV<sup>o</sup>); "De las penas" (título V<sup>o</sup>). En el título quinto se establece que las penas se aplicarán según la condición del autor (libre o siervo), al tiempo de la comisión del hecho. También se prohíbe la aplicación de la pena de muerte a la mujer embarazada y se tasa la reparación para las heridas. El robo se pena con el doble de lo robado; el quebrantamiento de casa o iglesia con la muerte. Establece el principio de intrascendencia de la pena (título V<sup>o</sup>, ley IX): "Todo el mal se debe seguir a aquel que lo face, así que el padre no pene por el fijo ni el fijo por el padre, ni la muger por el marido ni el marido por la muger, ni el hermano por el hermano, ni el yerno por el suegro ni el suegro

<sup>77</sup> Sobre él: JORDÁN DE ASSO, IGNACIO-MANUEL y RODRÍGUEZ, MIGUEL DE, *Discurso preliminar*, en *Los códigos españoles*, cit., I. pp. 221-252; SEMPERE, JUAN, op. cit., pp. 158 y ss.

por el yerno, ni el pariente por el pariente: mas cada uno sufra la pena por lo que ficiere, según fuero manda y el mal se cumpla en aquél que lo ficiere”.

El título VIº trata “de los que cierran los caminos e egidos, e los rios”; el VIIº, “De los adulterios”, pena con la entrega de ambos culpables al marido, pero consagra la igualdad de pena: “Así que no pueda matar al uno e dexar al otro”; el VIIIº del incesto (penado con reclusión perpetua en orden) y relaciones sacrílegas; el IXº del abandono de orden y de la sodomía (penada con castración y muerte); el Xº, “De los que furtan, o roban, o engañan a las mugeres” (pena la violación con muerte); el XIº, “De los que casan con las siervas o con los que fueren siervos”; el XIIº “De los falsarios e de las escrituras falsas”; el XIIIº de los hurtos; el XIVº “De los que venden los hombres libres o los siervos de otros”; el XVº de los que esconden siervos ajenos; el XVIº del ejercicio ilegal de la medicina; el XVIIº de los homicidios (donde distingue el dolo de la culpa y el caso fortuito); el XVIIIº de las exhumaciones y el XIXº de las deserciones. Es ilustrativa la ley primera del título XVIIº: “Todo home que matare a otro a sabiendas, muera por ello, salvo si matare a un enemigo conocido o defendiéndose o si le fallare dormiendo con su muger, do quier que lo fallase, o si lo fallare en su casa yaciendo con su fija, o con su hermana, o si le fallare llevando muger forzada para yacer con ella, o si ha yacido con ella, o si matare ladrón que fallare de noche en su casa, furtando, o foradandola, o si le fallare con el furto fuyendo, o se quisiere ocupar de prisión, o si le fallare forzando lo suyo, e no le quisiere dexar, o si lo matare por ocasión no queriendo matarlo, ni habiendo malquerencia con él de ante, o si lo matare acorriendo a su señor que el vé matar, o quel quiere matar a padre, o fijo, o abuelo, o hermano, o a otro home que deba vengar por linaje, o matar en otra manera que pueda mostrar que mató con derecho”.

El *Ordenamiento de Alcalá*, conocido como “Ordenamiento de Leyes, que don Alfonso XI hixo en las Cortes de Alcalá de Henares el año 1348”<sup>78</sup>. Destacan en él las penas para los funcionarios judiciales que reciben donaciones y de los custodios de presos que los liberasen o descuidasen (título XX), como también las penas severísimas por resistencia a la autoridad. El título XXI trata de los adulterios y fornicaciones; el XXII de los homicidios y el XXIII de la

<sup>78</sup> JORDÁN DE ASSO-DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, *Discurso preliminar*, en op. cit., I, pp. 429-440.

usura. El Ordenamiento extiende la pena de muerte al instigador de homicidio y aún al que mata en pelea, "salvo si lo matare en defendiéndose o oviese por sí alguna razón derecha de aquellas que el derecho pone porque non debe aver pena de muerte".

"*Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio*" datan del año 1263 y se ocupa de nuestra materia la Partida Séptima, que se inspira en el "cuerpo del derecho de Justiniano, por lo que respecta a los delitos comunes, el decreto y decretales por lo que se refiere a moros, judíos y herejes, y las costumbres y fueros antiguos para los rieptos, lides, desafiamientos, treguas- y seguranzas"<sup>79</sup>.

El título primero de la Partida Séptima regula la materia procesal; el título segundo trata de las traiciones; el título tercero regla los "rieptos" entre "fijosdalgos"; el título cuarto las lides; el título quinto "de las cosas que façen los omes porque valen menos"; el sexto "de los enfamados"; el séptimo de las falsedades; el octavo de los homicidios; el noveno de los delitos contra el honor; el décimo "de las fuerças"; el undécimo de los "desafiamientos e de tomar amistad"; el décimosegundo "de las treguas, e de las seguranzas, e de las pazes"; el décimotercero "de los robos"; el décimocuarto "de los furtos"; el décimoquinto del daño; el décimosexto "de los engaños, malos e buenos, e de los baratadores"; el décimoséptimo del adulterio; el décimooctavo del incesto; el décimonoveno de las relaciones sacrílegas y de la seducción; el vigésimo de la violación; el vigésimo primero de la sodomía; el vigésimosegundo del lenocinio; el vigésimo tercero "de los agoreros e de los sorteros, e de los otros adevinos, e de los fechizeros, e de los truhanes"; el vigésimocuarto de los judíos; el vigésimoquinto de los moros; el vigésimosexto de los herejes; el vigésimoséptimo "de los desesperados que matan a sí mismo, o a otros por algo que les dan, e de los bienes dellos"; el vigésimooctavo "de los que denuestran a Dios, e a Santa Maria, e a los otros santos"; el vigésimonoveno "de como deven ser recabdados los presos"; el trigésimo "de los tormentos"; el trigésimoprimer "de las penas"; el trigésimo segundo "de los perdones"; el trigésimotercero "del significamiento de las palabras e de las cosas dubdosas", y el trigésimocuarto "de las reglas del derecho"<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO, *Introducción histórica, en Los Códigos Españoles*, Madrid, 1848, II, p. XXXV.

<sup>80</sup> V. BERNI, *Apuntamientos sobre las Leyes de Partida al tenor de Leyes Recopiladas, Autos acordados, autores españoles, y práctica moderna, que escribe el Doctor Don Joseph Berni, y Catalá, Partida VII*, en Valencia, por los herederos de Gerónimo Conejos, 1759, 131 pp.

Surge claramente de este enunciado el acabado tratamiento que de la materia penal se hace en la partida séptima. Como suele suceder en casos similares, la legislación penal alfonsina tiene apasionados apologistas y también fuertes críticos. Creemos que el juicio más mesurado y certero acerca de la misma lo da Gómez de la Serna: "los siglos medios no eran a propósito para prestarse al desarrollo de doctrinas que repugnaban a su carácter grosero y sanguinario; la obra de don Alfonso debía por lo tanto resentirse de los defectos que su época no podía menos de imprimirle. Pero debe decirse en loor de los que la compusieron, que frecuentemente procuraron desterrar el bárbaro rigor de algunos suplicios, e introducir penas menos repugnantes que las usadas hasta entonces". El mismo autor deplora que no hubiese consecuencia en este propósito y que, en el mismo precepto en que se proscribía la lapidación, la crucifixión y el despeñamiento, se autorizase la quema o el abandono a las bestias (título XXXI, ley 6ª); o bien se ordenase la lapidación del moro que mantuviese relaciones con cristiana (título XXV, ley 10ª); o bien que por una ley se prohibiese penar con la marca en el rostro, cortar la nariz o arrancar los ojos, en tanto que otra condenase a esa pena la blasfemia (título XXVIII, ley 4ª) e incluso autorizase a cortar la lengua.

Gómez de la Serna explica estas ambigüedades afirmando que los autores de las Partidas luchaban "entre su razón que les marcaba una senda más humana, y la fiereza bárbara de la época que les impulsaba a seguir las ideas sanguinarias que dominaban" 81.

Como es sabido, esta obra fue uno de los más altos frutos obtenidos por la política de Alfonso El Sabio, que, constituyó "en sus palacios una verdadera academia, en la que judíos y mahometanos conversaban con los cristianos —frailles, sacerdotes o seglares—". Los hombres que trabajaron en las "Partidas" parecen haber sido Ferrnando Martínez, Jacobo Ruiz y Juan Alfonso 82.

Al no poder cobrar vigencia las Partidas, pasaron los años y se fue creando una confusión legislativa que determinó que los Reyes Católicos encomendaran a Alfonso Díaz de Montalvo la redacción de unas ordenanzas que fueron publicadas en 1485, y que se conocen como las "*Ordenanzas Reales de Castilla*".

Las Ordenanzas tratan la materia penal en el libro octavo, cuyo título I está consagrado a las "pesquizas y acusaciones", el II a la usura, el III a los judíos y moros, el IV a los adivinos y herejes, el V a los excomulgados, el VI a los perjuros y falsarios, el VII a las traiciones y alevosías, el VIII a las blasfemias, el IX a las injurias y denuestos, el X a los tahúres, el XI a las "ligas y monopolios", el XII a los "que van contra la justicia", el XIII a los homicidios, el XIV a los vagabundos y holgazanes, el XV a los adulterios y estu-

81 GÓMEZ DE LA SERNA, op. et loc. cit.

82 Cfr. SOLALINDE, ANTONIO G., en prólogo a *Alfonso El Sabio*, Madrid, 1922, I, p. 26.

pros, el XVI al robo y receptación, el XVII a las remisiones, el XVIII a las fuerzas y daños, y el XIX a las penas. Dada la política de los Reyes Católicos, que termina en España con la convivencia de cristianos, moros y judíos, que contrasta con la tolerancia anterior<sup>83</sup>, se encuentra en esta legislación un particular rigorismo hacia los moros y judíos.

Toda vez que las *Leyes de Toro* —publicadas en 1505— contienen escasísimas disposiciones penales y fueron insuficientes para remediar las deficiencias de la anterior legislación, en 1567 se publicó la *Nueva Recopilación*, que fue ordenada por Felipe II. La materia penal está tratada en el libro octavo de la misma, cuyo título I está dedicado a las “pesquizas y pesquidores”. El título II del mismo libro se ocupa “de los judíos, moros y conversos”, el III “de los herejes, reconciliados, adivinos, hechiceros y agoreros”, el IV “de los blasfemos” (a Dios, a Nuestra Señora i al Rey), el V de los “descomulgados”, el VI “de la usura”, el VII “del juego”, el VIII de “los rieptos y desafíos”, el IX “de las treguas i seguranzas”, el X “de las injurias y denuestos”, el XI “de los ladrones i rufianes i vagabundos i egispicianos”, el XII “del robo y la receptación”, el XIII “de las leyes de la Hermandad, i oficiales della, contra los malhechores delincuentes en despoblado”, el XIV “de las ligas, monopodios y cofradías”, el XV “de los levantamientos i asonadas de gentes con armas máscaras i otras parcialidades”; el XVI “de la remisión de los delinquentes i deudores a sus jueces”, el XVII “de los perjuros y falsarios”, el XVIII “de la traición i alevosía”, el XIX “de los amancebados”, el XX “del adulterio, incesto y estupro”, el XXI “del pecado nefando”, el XXII “de los que matan o hieren o vienen contra las justicias”, el XXIII “del homicidio”, el XXIV “de los condenados a que sirvan en alguna isla, o en galeras, de la orden que se ha de tener en la ejecución destas penas”, el XXV “del perdón” y el XXVI “de la pena sobre los bienes”<sup>84</sup>.

A medida que transcurría el tiempo, los defectos de la Nueva Recopilación fueron haciéndose más notorios, surgiendo una suerte de fuente directa del derecho en que se confundían aspectos judi-

<sup>83</sup> Sobre el derecho penal del medioevo español: ORLANDIS, JOSÉ, *Las consecuencias del delito en el derecho de la alta Edad Media*, Madrid, 1947; LÓPEZ-AMO MARÍN, ÁNGEL, *El derecho penal español de la baja Edad Media*, Madrid, 1956; BERNALDO DE QUIROZ, CONSTANCIO, *La picota. Crímenes y castigos en el país castellano en los tiempos medios*, Madrid, 1907.

<sup>84</sup> V. *Tomo Segundo de las Leyes de Recopilación que contiene los Libros sexto, séptimo, octavo y nono*, Madrid, 1775, pp. 312 a 475.

ciales y administrativos. Su fuente de producción fue el Consejo Real y su fuente de conocimiento sus resoluciones en las consultas formuladas por los consejos locales y coloniales. Dado que el número de tales resoluciones fue creciendo considerablemente, llegó un momento en que se hizo menester ordenarlas, lo que tuvo lugar en los denominados "autos acordados"<sup>85</sup>.

En 1805 se publicó la *Novísima Recopilación*, que recibió muchas disposiciones de la Nueva Recopilación. Se trata de un cuerpo legal que en materia penal era anacrónico para su época y que sin embargo vivió hasta 1848, dada la efímera vida del código penal de 1822.

Valorando en visión general el derecho penal de los siglos XVI a XVIII en España, Tomás y Valiente afirma que "fue un edificio que se mantuvo incólume durante los tres siglos en su base, esto es, en la ley. Cambiaron los tiempos y el pensamiento, pero el legislador, el rey, apenas modificó con ideas y con técnica o política penal nuevas un ordenamiento penal que cada vez más se petrificaba y anquilosaba en su progresivo anacronismo. La misma libertad de acción de jueces y magistrados, tan perniciosa en líneas generales, fue la vía que permitió la entrada, ya a mediados del siglo XVIII, de aires nuevos. Pero sin grandes resultados. El duro y severo bloque de las leyes se resquebrajaba en la práctica por mil grietas abiertas al abuso; los ilustrados quisieron apuntalar con reformas importantes aquella situación, pero los reyes absolutistas no se lo permitieron"<sup>86</sup>.

## V - EL MOVIMIENTO REFORMADOR DEL SIGLO XVIII

69. El movimiento reformador del siglo XVIII. Como consecuencia del pensamiento ilustrado, fueron varios los monarcas que en la segunda mitad del siglo XVIII promovieron o sancionaron reformas penales en sus respectivos países. En la misma Francia, un edicto de *Luis XVI* —del 24 de agosto de 1780— abolió la tortura, aunque con este edicto no se la eliminaba totalmente del procedimiento penal monárquico, porque mantenía la vigencia de

<sup>85</sup> V. Tomo Tercero de *Autos Acordados que contiene Nueve Libros por el Orden de la Recopilación...* hasta 1745, Madrid, 1785; sobre ellos, QUINTILIANO SALDAÑA, en *Tratado de Von Lietz*, T. I, p. 307.

<sup>86</sup> TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII, XVIII)*, Madrid, 1969, p. 407.

la misma para la llamada "cuestión preparatoria", en que la autorizaba para hacer conocer a los cómplices. No obstante, fue el mismo Luis XVI quien suprimió también esta "cuestión" o "interrogatorio preparatorio" por tal medio, por otro edicto de 1788 <sup>87</sup>.

Otra monarquía absoluta como la rusa, intentó seguir un camino análogo, especialmente mediante las "Instrucciones" de *Catalina II*, que no se tradujeron en resultados prácticos inmediatos. Esas "Instrucciones" fueron impartidas por Catalina II el 30 de julio de 1767 a una comisión creada para redactar un código. Su mismo texto receptaba muy claramente el pensamiento de Montesquieu, especialmente en cuanto a que "las leyes deben adaptarse a las condiciones de los pueblos", lo que permitía deducir, en párrafos siguientes, que la condición de los rusos exigía la autocracia imperial <sup>88</sup>. La comisión desapareció definitivamente en 1774. También en Polonia, entre 1788 y 1792, es decir, durante el reinado de Estanislao Augusto y antes del reparto de Polonia en 1793, se intentó proyectar un código penal, pero la empresa no fue concluida <sup>89</sup>.

En otros casos la reforma tuvo mayor profundidad, siendo uno de los más notables efectos la "Ordenanza sobre la reforma de las leyes penales" dictada por *Pedro Leopoldo de Toscana*, el 30 de noviembre de 1786. Esta Ordenanza está claramente marcada por la influencia de las ideas penales del Iluminismo, especialmente de Beccaria, y no sólo suprime la tortura, sino que también reconoce el derecho de defensa. En cuanto al derecho penal de fondo, lo importante es que suprimió la pena de muerte, los delitos de lesa majestad y la confiscación de bienes. Se trata de "una amplia reforma orgánica criminal, en la que, rechazando la tradición del derecho anterior, se ponen los gérmenes de un nuevo derecho" <sup>90</sup>. Puede imaginarse lo que esta reforma significó en su tiempo, teniendo en cuenta que las legislaciones más avanzadas de la época, como la Teresiana de Austria, penaba con la muerte a treinta y dos delitos,

<sup>87</sup> DU BOYS, ALBERT, *Histoire du Droit Criminel de la France*, París, 1874, p. 258; VILLEY, EDMOND, *Précis d'un Cours de Droit Criminel*, París, 1891, p. 25; el antiguo procedimiento de "question" puede verse en detalle en *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance Criminelle*, París, 1779, T. II, pp. 399-403.

<sup>88</sup> Cfr. TARELLO, GIOVANNI, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, p. 270, nota 21; 554-5.

<sup>89</sup> *Idem*, p. 557.

<sup>90</sup> DEL GIÚDICE, PASQUALE, *Storia del diritto italiano*, Frankfurt-Firenze, 1969, II, p. 39.

en tanto que la constitución de Módena de 1771 lo hacía en veintidós casos y la del Piemonte de 1770 en diez y nueve <sup>91</sup>.

Con la reforma leopoldina desapareció no sólo la pena de muerte y la tortura procesal, sino también todas las penas atroces, en tanto que la supresión de la confiscación obedecía a un principio ético que es conveniente tener presente en nuestros tiempos, en que cobra importancia la multa, según el cual se entendía que el Estado no debía incrementar su erario con el magisterio de la punición del delito. La reforma de Pedro Leopoldo fue basada en "el convencimiento racional de que la mitigación de las penas, aunada a una más estricta vigilancia para prevenir los delitos y merced al despacho rápido de los procesos y a la seguridad de la pena en los verdaderos delincuentes, en lugar de acrecentar disminuye el número de delitos y, muy especialmente, el de los más atroces" <sup>92</sup>.

En 1785, el Gran Duque Pedro Leopoldo encomendó la redacción de una ley penal general, que fue elaborada por el consejero Tosi y revisada por Urbani, Caciotti, Ciani, Brichieri y Biondi, siendo promulgada el 30 de noviembre de 1786 con el título de "Reforma de la Legislación Criminal Toscana", habitualmente llamada "código leopoldino" <sup>93</sup>. Se trata de un texto de 119 artículos, que abarca la legislación procesal y penal, sin divisiones sistemáticas. Tampoco consagra expresamente el principio de legalidad, sino que ordena al juez aplicar también las antiguas leyes —que no deroga— siempre que sean compatibles con el "espíritu de la reforma". Su mérito ha sido de contenido y no de forma, pues en este último aspecto se halla muy lejos de lo que es un verdadero código moderno <sup>94</sup>.

En Austria, María Teresa había promulgado la *Constitutio Criminalis Teresiana* el 31 de diciembre de 1768, que si bien había significado la unificación del derecho penal austríaco, lo había hecho bajo el influjo de las teorías de Boehner, es decir, en sentido teocrático y retributivo. La "Theresiana" es un cuerpo tan anacrónico como la Novísima Recopilación española, que nació viejo,

<sup>91</sup> Cfr. PERTILE, ANTONIO, *Storia del Diritto Penale* (volumen V de la *Storia del Diritto Italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*), Bologna, 1966, p. 262.

<sup>92</sup> PESSINA, ENRICO, en "Enc. Pessina", T. II, p. 561; CRIVELLARI, GIULIO, *Il Codice Penale per il Regno d'Italia*, Torino, 1890, I, pp. V y ss.

<sup>93</sup> Cfr. TARELLO, GIOVANNI, op. cit., p. 547.

<sup>94</sup> *Idem*, p. 551.

puesto que aparte de su significado político unificador, en poco alteraba el derecho penal del absolutismo, inspirándose frecuentemente en la Carolina<sup>96</sup>. La *Theresiana* aún condenaba la magia y la brujería —igual que el código bávaro de 1751, conforme al cual en 1775, en Krempten, se juzgó a la última “bruja” en Alemania—. No obstante, muchos años antes, Christian Thomasius ya se había pronunciado en varios escritos contra los juicios por brujería<sup>96</sup>.

Se trataba de una recopilación más que de un código y si bien mostraba cierta tendencia a la unificación de las consecuencias del delito, ésta era sumamente tímida, puesto que conservaba todas las diferencias de pena según el *status* del penado. En la edición oficial de 1768 aparece un apéndice donde detallados grabados muestran los diferentes instrumentos de tortura<sup>97</sup>.

*José II de Austria* emprendió una reforma penal bajo el signo del racionalismo, que comenzó reemplazando la pena de muerte por la de galeras en 1781. El espíritu de su reforma no fincaba tanto en la humanización como en la configuración política de una monarquía racional, en cuya cúspide se hallaba el propio emperador. En este sentido, José II se adelanta en el derecho penal imperial al derecho napoleónico, por lo que la seguridad contra la arbitrariedad judicial no obedecía tanto a la protección del individuo como a la protección del legislador y de su voluntad. De allí que prescribiese el estricto acatamiento de la letra de la ley por parte del juez. Esta política penal se materializó en la *Ley General sobre crímenes y su correspondiente punición*, del 13 de enero de 1787. De cualquier manera, tuvo la gran ventaja de consagrar expresamente el principio de legalidad y de separar el derecho penal de fondo del procesal penal<sup>98</sup>.

Este derecho penal imperialista austríaco se caracterizaba por las penas que aún conservaban una buena dosis de atrocidad, como que, si bien en una forma que pretendía ser racional, se fundaba en un criterio intimidatorio. Conservaba las penas corporales, como

<sup>96</sup> Cfr. SCHMIDT, EB., *Einführung*, cit., pp. 173-174.

<sup>96</sup> DREHER, EDUARD, *Strafrecht seit 1763*, en “Bemühungen um das Recht”, München, 1972, p. 37; sobre la *Theresiana*: MOSS, REINHARD, *Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, Sinn- und Strukturwandel*, Bonn, 1968, pp. 94 y ss.; HOEGEL, HUGO, *Geschichte des österreichischen Strafrechts*, Wien, 1904; KWANTKOWSKI, ERNST v., *Die “Constitutio Criminalis Theresiana”*, Innsbruck, 1903; MAASBURG, FRIEDRICH VON, *Zur Entstehungsgeschichte der Theresianischen Halsgerichtsordnung*, Wien, 1880.

<sup>97</sup> Cfr. TARELLO, GIOVANNI, op. cit., p. 257.

<sup>98</sup> V. TARELLO, GIOVANNI, op. cit., pp. 514 y ss.

los azotes y la marca a fuego, que podía ser en lugar visible u oculto del cuerpo. Dividía las infracciones en crímenes y delitos de policía y reservaba el juzgamiento de los últimos a la policía, ocupándose de pequeños hurtos, obscenidad, delitos culposos, estas, etc. Esta política penal tenía, en el fondo, los mismos defectos originales que su precedente<sup>99</sup>. Fue así que la *Josefina* estaba también condenada a su desaparición y la influencia de la Ilustración se hizo sentir<sup>100</sup> ya en 1790, en que Leopoldo II de Austria suprimió las galeras, la marca a fuego, los azotes y las agravantes para la privación de libertad. En 1793 comienzan los trabajos de una comisión que dio por resultado el "Código Penal para Crímenes y contravenciones graves de policía", sancionado por *Francisco II*, el 3 de diciembre de 1803. Este texto previó la pena de muerte para varios delitos, que ya había sido reimplantada en 1795 para la traición. No obstante, en la mayor parte de los casos, era conmutada. Su texto estaba bastante influido por la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach y mantenía la diferencia entre crímenes y delitos de policía, que abarcaba los culposos. No obstante, ambos estaban firmemente regidos por el *nullum crimen sine lege* y, además, en razón de que concedía al juez una amplia facultad de atenuación, en la práctica se convirtió en un código bastante benigno<sup>101</sup>.

Otra de las reformas importantes basadas en la ideología iluminista fue la protagonizada en Prusia y que comenzó *Federico II*, siguiendo las ideas de *Voltaire* y de *Montesquieu*<sup>102</sup>.

La actividad penal de *Federico el Grande* no se limitó a lo legislativo, sino que se extendió a lo judicial, donde hizo uso de su calidad de máximo juez, organizando esta justicia máxima dentro del gabinete real, en forma orgánica y haciendo que todas las sentencias pasaran por el mismo. *Federico* creía que el origen del

<sup>99</sup> Sobre la *JOSEFINA*, MOOS, op. cit., 163 y ss.; HOECEL, HUGO, op. cit., p. 82; SCHMIDT, EB., *Einführung*, p. 246.

<sup>100</sup> Cfr. DREHER, EDUARD, op. cit., pp. 39-40.

<sup>101</sup> Sobre este texto, MOOS, op. cit., pp. 163 y ss.; SCHMIDT, EB., *Einführung*, 248.

<sup>102</sup> Cfr. SCHMIDT, EB., *Einführung*, p. 237; sobre esta reforma, también: WILLENBÜCHER, FERDINAND, *Die strafrechtsphilosophischen Anschauungen Friedrichs des Grossen, Ein Beitrag zur Geschichte der kriminalpolitischen Aufklärung im 18. Jahrhundert*, Breslau, 1904; KURT MEHRING trata de demostrar que *Montesquieu* y *Voltaire* no ejercieron influencia alguna en la reforma *federiciana*, lo que es sólo una opinión aislada de este autor (MEHRING, KURT, *Inwieweit ist praktischer Einfluss Montesquiens und Voltaires auf die strafrechtliche Tätigkeit Friedrichs des Grossen anzunehmen bezw. Nachzuweisen?*, Diss., Breslau, 1927.

crimen se hallaba en las pasiones y, por ende, hacía de la prevención el principal objetivo de la pena<sup>103</sup>. No obstante, la necesidad de una intimidación preventiva no le llevaba a la crueldad, sino que —al igual que sus aspiradores— entendía que ésta exigía una racional proporción entre el delito y la pena. Como consecuencia de ello limitó considerablemente la pena de muerte. En cuanto a los jóvenes, frecuentemente acentuó el pensamiento de la corrección. En 1756 suprimió la pena de infamia, por considerar que limita las posibilidades de que el hombre a ella condenado se ganase el pan honradamente. Se suprimió la pena de *culeus*<sup>104</sup> y la pena de muerte por robo. Mediante la revisión de las sentencias en el gabinete se fueron eliminando las crueldades. Suprimió en 1765 las penas de prostitutas (*Huren-Strafen*) por las que se penaba el embarazo extra-matrimonial e intentó establecer medidas de cuidado para el niño y la madre misma<sup>105</sup>. Es la primera vez que la ley protegió a las prostitutas, lo que es una consecuencia de que no atendía al hecho en sí mismo, sino especialmente a sus consecuencias. La severa punición de la violación se observa más orientada hacia la protección de la libertad que de la castidad.

Las reformas de Federico el Grande se concretaron en la “Legislación general para los Estados Prusianos”, sancionada por su sucesor, el 5 de febrero de 1794. Fue una legislación cuya redacción se inició en tiempos de Federico, cuyo más destacado forjador fue Karl Gottlieb Suárez, cuya parte penal estuvo a cargo de Ernst Ferdinando Klein (1744-1810), en la que éste se revela como uno de los pioneros del sistema binario de consecuencias penales del delito. En los años siguientes también tuvo lugar una importante reforma penitenciaria, acorde con estos principios y atendiendo a que, al reducirse la pena de muerte, pasó la prisión a desempeñar un papel fundamental en el sistema.

Cabe tener presente que, no obstante la gran importancia de esta reforma, en cierto sentido también Federico II y sus sucesores, al igual que los otros déspotas ilustrados, iban llevando el derecho penal a una racionalización del mismo, pero, en última instancia, la misma tenía por objeto fortalecer el estado absolutista, que hasta

103 Cfr. PETTI, RAFFAELE, *I delitti e le pene nelle Costituzioni di Federico II.* en “Scritti in Onore di E. Fetti”, Torino, 1929, 359-364 (360).

104 Sobre ella, HELLFELD, AUGUST, *Elementa Juris Criminalis Germanici-Carolini*, Jena, 1767, pp. 98-99.

105 Cfr. SCHMIDT, EB., op. cit., p. 239; PETTI, RAFFAELE, op. cit., p. 363.

entonces se había mostrado como irracional a la luz de las nuevas ideas. Dice Petti, refiriéndose a Federico II, pero en términos que pueden extenderse a todas las restantes reformas del despotismo ilustrado, que "mientras las penas disminuyeron de intensidad y gravedad, aumentaron en vez en extensión, no sólo porque Federico quiso que todos sus súbditos estuviesen igualmente sometidos al rigor de las leyes, sino más porque los hechos considerados como penalmente perseguibles se volvieron más numerosos en razón a la función que Federico asignó a las leyes penales de defensa estatal y social. Al primer grupo pertenecen todos los delitos contra el poder regio, contra el orden social, contra la religión, contra el erario, contra la administración de justicia, contra la fe pública y la incolumidad pública; al segundo aquéllos contra las buenas costumbres y el orden de las familias" <sup>106</sup>.

Un importante texto de ese tiempo, que no llegó a convertirse en código, fue el proyecto que por encargo de la reina María I de Portugal, preparó Pascual José de Mello Freire y que elevó a ésta el 26 de noviembre de 1786. Si bien se trataba de un texto en el cual no se innovaba mucho formalmente, puesto que se legislaba en él tanto el derecho penal como el procesal penal, al tiempo que en lo material tampoco suprimía totalmente la pena de muerte, había una notable reducción de la misma, una distribución racional de las materias, representando un avance grande respecto de las *Ordenações* que regían desde los tiempos de Felipe II, cuyo Libro Quinto fue el derecho penal vigente en Portugal hasta bien entrado el siglo XIX <sup>107</sup>. Este proyecto de "Código Criminal" de Mello Freire, que le valió a su autor una ruda polémica <sup>108</sup>, estaba claramente influido por las ideas de la Ilustración. Su autor cita expresamente en la "introducción" a Montesquieu, Beccaria, Locke, Rousseau, Servant, Voltaire, etc. <sup>109</sup>, criticando muy duramente la sangrienta legislación filipina.

El proyecto de Código Criminal para Portugal abarcaba sesenta y seis títulos, estando dedicados los cuatro primeros a lo que sería

<sup>106</sup> PETTI, RAFFAELE, op. cit., p. 361.

<sup>107</sup> Sobre la evolución del derecho penal portugués, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Coimbra, 1971, pp. 101-106.

<sup>108</sup> V. *infra*, § 129.

<sup>109</sup> V. *Código Criminal intentado pela Rainha D. Maria I. Autor Pascoal José de Mello Freire. Segunda edição castigada dos erros. Corrector o Licenciado Francisco Freire de Mello, sobrinho do autor*, Lisboa, 1823.

la parte general de un código penal moderno, del V al XLIV se extendía la parte especial y del XLV al LXVI las disposiciones procesales. En el título I se consignaban los principios de culpabilidad, de reserva legal y de legalidad penal. Inauguraba la modalidad —que aún se conserva en la legislación penal portuguesa— de encabezar la parte especial con los delitos contra la religión. Es interesante apuntar que consagra el sistema de penas fijas, cinco años antes que el código francés de 1791.

En general, todo el movimiento de la Ilustración combatió duramente la tortura y logró erradicarla prácticamente de la legislación procesal. No nos ocuparemos de esta materia, puesto que corresponde al derecho procesal<sup>110</sup>.

El siglo XVIII fue señalado por los textos legales penales de la Ilustración, pero en análoga línea, aunque con diferente sentido político, se desarrolla la legislación penal revolucionaria, representada por los códigos franceses de 1791 y de 1795. El primero de ellos fue el *Code Pénal* del 25 de setiembre - 6 de octubre de 1791. En dicho texto la influencia de las ideas plasmadas en la declaración de 1789 es de toda evidencia: consagra el principio de legalidad para el delito y la pena, adopta el sistema de penas fijas y se decide por el juicio por jurados, institución que toma de Inglaterra. Era un texto que a fuerza de buscar seguridad se extraviaba de su senda, haciendo desaparecer las atenuantes y la gracia, para impedir cualquier posible arbitrariedad. Receptaba ideas de Bentham sobre aislamiento celular, régimen progresivo y permisos al público para visitar las cárceles y controlar la ejecución de las penas. En holocausto a la prevención de arbitrariedad judicial sacrificaba la ponderación del elemento psicológico. Al lado de las penas más graves ponía la exposición pública y la degradación cívica, rodeadas de solemnidades. No obstante, los inmediatos acontecimientos políticos hicieron que la vigencia que este código fuese poco menos que ilusoria.

Estas dos leyes penales de 1791, a las que se dio el nombre de código penal, dividieron las penas en *aflictivas* e *infamantes* y simplemente *infamantes*. "En la primera categoría se pusieron la muerte, los hierros, la reclusión en casa de fuerza, la detención, la deportación; en la segunda categoría se colocaron la degradación

<sup>110</sup> Sobre la tortura, THOT, LABELAO, op. cit., pp. 426 y ss.; RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, MANUEL, DE, prólogo a su traducción de PIETRO VERRI, *Observaciones sobre la tortura*, Buenos Aires, 1977.

cívica y la picota. Las penas de marca y de confinamiento se abolicieron. La ejecución de la pena de muerte se redujo a la simple privación de la vida. Fue abolida la perpetuidad de la pena y la segunda pena en orden de gravedad era la de trabajo forzado por veinticuatro años. Por fin, rechazada la latitud de la pena entre máximo y un mínimo, para refrenar absolutamente la potestad del juez, se determinó para cada delito una pena invariable, absolutamente determinada<sup>111</sup>.

El *Code Pénal* de 1791 fue elaborado por un *Comité de législation criminelle*, que data de 1789, integrado en el seno de la Asamblea Constituyente y cuyos miembros cambiaron, sin que se conozca quiénes fueron los que lo compusieron en definitiva. Lo cierto es que tomaron parte Briois Beaumetz, Freteau, Le Berthon, Tronchet, Thouret, Target, Lally-Tollendal, Le Pelletier de Saint-Fargeau, Dupont, Dichoneau y el duque de la Rochefoucault. El proyecto fue presentado por Le Pelletier de Saint-Fargeau el 2 de mayo de 1791<sup>112</sup>.

La estructura del código de 1791 era la siguiente: *Parte Primera*, De las condenas; Título I, De las penas en general; Título II, De la reincidencia; Título III, De la ejecución de sentencia contra un acusado en rebeldía; Título IV, De los efectos de la condena; Título V, De la influencia de la edad de los condenados sobre la naturaleza y duración de las penas. *Parte Segunda*, De los crímenes y de su punición; Título I, Crímenes y atentados contra la cosa pública; Título II, Crímenes contra los particulares; Título III, De los cómplices de los crímenes<sup>113</sup>.

El 25 de octubre de 1795 se sancionó el segundo código penal, que contenía normas procesales y substanciales, corrigiendo el texto precedente, pero sin cambios de fondo<sup>114</sup>. En tanto, en la realidad se había establecido el terror de los "tribunales revolucionarios", la pena de muerte se prodigó y se suspendió por tiempo indeterminado la ley por la que la Asamblea Nacional había ordenado su supresión, y "mientras antes se había afirmado que el juicio por jurados era la necesaria garantía de libertad y derecho inviolable del acusado, se llegó a afirmar que los enemigos de la patria no tienen derecho a ser juzgados por tribunales populares ni con las garantías del derecho común".

<sup>111</sup> PESSINA, ENRICO, en "Enc. Pessina", II, 569.

<sup>112</sup> Cfr. REMY, HENRI, *Les principes généraux du Code Pénal de 1791* (tesis), Paris, 1910, pp. 17-19.

<sup>113</sup> V. *Code Criminal de la République Française*, editado por Sagnier, París, año VII de la República (1798-1799).

<sup>114</sup> V. VILLEY, EDMOND, op. cit., p. 35.

El rotundo fracaso de la actitud revolucionaria abrió el camino al derecho penal bonapartista, que había sido preparado por la Ilustración.

## VI LOS PRINCIPALES TEXTOS DEL SIGLO XIX

70. El código Napoleón. Es obvio que el siglo XIX fue el gran siglo de la codificación penal, puesto que en él tuvo lugar la codificación de todo el derecho penal del mundo de tradición jurídica continental. No podemos aquí seguir los detalles de este extraordinario movimiento, sino sólo tomar en consideración los textos más importantes, que fueron los que marcaron las grandes líneas político-penales posteriores.

En principio, hallamos dos textos, que señalan claramente dos tendencias opuestas: el *Código Napoleón de 1810* y el *Código de Baviera de 1813*, que representaban la tendencia cesarista y liberal respectivamente.

En tanto que las primeras leyes revolucionarias francesas estaban influidas por las ideas de Beccaria, Filangieri, Voltaire, Rousseau, etc., el Código Napoleón recepta con mayor amplitud el utilitarismo de Bentham, que pone al servicio de su ideal imperialista.

El código Napoleón, sancionado en siete leyes del 13 al 20 de febrero de 1810 y puesto en vigencia el 1º de enero de 1811, fue el tercer código post-revolucionario, introduciendo modificaciones sustanciales respecto de los anteriores, de neto corte utilitario. "La pena de muerte se extendió a mayor número de casos (incluyendo, por ejemplo, también el delito de acuñación de falsa moneda) y, en cuanto respecta al parricidio, la privación de la vida se hizo preceder del corte de la mano, una crueldad que constituía un decidido paso atrás respecto de la revolución. Fueron también reintroducidas las penas detentivas y la confiscación general de los bienes"<sup>115</sup>.

Si bien es cierto que el *Code Napoleón* conserva una serie de principios racionales, provenientes del pensamiento de la época receptado por la Revolución, y que tuvo un efecto benéfico al ex-

<sup>115</sup> CATTANEO, MARIO A., *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966, p. 118: la edición oficial del *Code: Code des délits et des peines servant de supplément au procès-verbal des séances du Corps Législatif. Février 1810. Texte, Paris-Hacquaret, Imprimerie du Corps Législatif, rue Güt-le-Coeur, n° 8, 1810.*

tender estos principios por Europa con las conquistas napoleónicas<sup>116</sup>, no es menos cierto que es el código del Imperio, "el código de Napoleón y no el código de Francia", como decía —quizá un tanto exageradamente— Pellegrino Rossi. Las penas volvieron a ser severas y se reintroduce el ergástolo, pero al mismo tiempo se establece cierta flexibilidad en la pena, lo que resulta mucho más realista que la solución dada por el código de 1791. No obstante, queda claro que el código de 1810 procuraba la protección, ante todo, del Estado, del andamiaje del Imperio, centrado en la persona del Emperador. Dios había sido reemplazado por el Estado y los delitos contra el Estado encabezaban la tabulación legal de infracciones de la "parte especial". En este sentido, la línea política penal del código de 1791 no tenía nada que ver con la de 1810<sup>117</sup>, iniciando este último un retroceso respecto de la legislación humanista, que fue seguido también fuera de las fronteras de Francia. La vieja idea de la legislación penal de Justiniano, que es "la expresión del principio de que la conservación del Estado es el fundamento de la punición"<sup>118</sup>, resucita en el código Napoleón y engarzarán con fundamentos hegelianos en Alemania, donde a partir del código de Sajonia de 1838 y el de Württemberg del año siguiente también se impone, llegando a su máxima expresión con el código de Prusia de 1851, que luego será la base del primer código penal del Imperio Alemán, vigente en la República Federal Alemana hasta 1975, con múltiples reformas.

La influencia de las ideas de Bentham sobre los redactores del código de 1810, evitó que el mismo cayese en las exageraciones en que había caído el penalismo del Imperio Romano. El mismo Target, en la presentación del proyecto afirmaba que "es la necesidad de la pena lo que la hace legítima"<sup>119</sup>, lo que consagra una solución pragmática, que evitó mayores desviaciones. No obstante, la línea político-penal imperialista quedó trazada y de allí que el *Code Pénal* de 1810 sirviese de modelo a otros muchos que se enroilaron en la misma corriente.

<sup>116</sup> Cfr. PESSINA, I, 69.

<sup>117</sup> V. REMY, H., *Les principes généraux du Code Pénal de 1791, 1910*; DONNEDIEU DE VABRES, H., *Traité de Droit Criminel et de Législation Comparée*, París, 1947, 27-28; del mismo, *La politique criminelle des états autoritaires*, París, 1958, pp. 14-19; RADZINOWICZ, LEÓN, *Ideologia e criminalità*, Milano, 1968, pp. 22-3.

<sup>118</sup> PESSINA, I, 49.

<sup>119</sup> Cit. por CHAVEAU-HELIE, I, parág. 12; GARRAUD, I, 125.

La sistemática del *Code* deja muy poco lugar a dudas respecto de la función que el mismo debía llenar. Parte de la tripartición de las infracciones penales —provenientes del código de 1791— y abarca tres libros referidos a los crímenes y delitos, en tanto que reserva el cuarto para las contravenciones. El Libro I se ocupa “de las penas en materia criminal y correccional y de sus efectos”, el Libro II “de las personas punibles, excusables o responsables por crímenes o por delitos” y el III “de los crímenes, de los delitos y de su punición”. Este Libro III se subdivide en dos títulos que, como es lógico pensar dentro de la mencionada corriente, el título primero se ocupa de “crímenes y delitos contra la cosa pública” y el título segundo de “crímenes y delitos contra los particulares”.

El plan de un código no es algo secundario, sino que suele señalar una clara tendencia, que creemos es lo que aquí sucede donde, aparte de llevar a la cabeza de los delitos los que afectan al Estado, tienen expresiones tales como titular a los delitos sexuales “atentados a las costumbres”, lo que indica que junto a la libertad de la víctima —o relegando esta libertad a un plano secundario— se penan esos delitos en razón de afectar las costumbres.

Suelen distinguirse en la Revolución Francesa dos períodos: uno moderado (1789-1791) y otro individualista (1793-1794), entendiéndose que en el primero se pone el acento en la libertad y en el segundo en la igualdad. Según esta habitual interpretación, el Directorio representaría una vuelta a la moderación. Cattaneo critica esta consideración, afirmando que los dos primeros períodos, pese a las tremendas luchas políticas, no están tan contrapuestos y que ambos representan una continuidad, en la que se quisieron hacer realidad los ideales iluministas del *citoyen*, en tanto que ambos se oponen al Directorio, en que se quisieron hacer realidad los ideales del *bourgeois*<sup>120</sup>. No creemos que el planteo de Cattaneo se halle descaminado, porque lo cierto es que la burguesía en ascenso se valió de la ideología liberal y de su filosofía sustentadora para acceder al poder, pero, una vez en él, echó mano del positivismo, para justificar sus embates antiliberales.

Respecto del código Napoleón observa atinadamente Prins: “Los autores del código imperial pertenecían a aquella escuela que, bajo el influjo de Bentham, no encontraba otra justificación a la pena que la utilidad y la necesidad. ‘La necesidad de la pena, decía Target, es lo que la hace legítima’. La teoría de la necesidad de las penas convenía al espíritu despótico de Napoleón I, que imprimía al CP su individualidad e impulsaba a los criminalistas en el camino de la exageración de las penas, haciéndole tomar como objetivo esencial, la intimidación. Los hechos, elevados a la categoría de crímenes y de delitos andaban muy lejos de ser todos punibles en sí mismos: la tenta-

<sup>120</sup> CATTANEO, op. cit., p. 137.

tiva se asimilaba siempre al hecho consumado; la complicidad a la cooperación principal; la pena de muerte se prodigaba con irritante profusión, a veces acompañada de mutilaciones; el código de 1810 conservaba las penas aflictivas e infamantes, la muerte civil, la confiscación general de bienes, la marca y la argolla, la vigilancia de alta policía del Estado. Además, se confundían los casos más diferentes, pudiendo decir Rossi que 'el legislador del código de 1810 castigaba en masa, a ciegas'. Es evidente que el sistema adoptado comprendía, en ciertas categorías estrechas, hechos que nada tenían entre sí de semejantes. Por último, la desproporción entre las penas y las infracciones era muy extraña, y el sistema de las circunstancias agravantes inflexible"<sup>121</sup>.

En cuanto al aspecto técnico, es interesante señalar que el código de 1791 tuvo escasos comentadores, pero entre ellos se destacó Scipion Bexon (1753-1825), quien entre otras obras, publicó una comparación entre la ley penal francesa y la legislación inglesa, siguiendo a Blackstone. Bexon era decidido partidario del sistema del mínimo y máximo de las penas, lo que le llevaba a criticar el sistema de penas fijas del código de 1791, como muchos otros aspectos del mismo. Parece ser que en este sentido las opiniones de Bexon fueron tomadas muy seriamente en cuenta por los legisladores de 1810, aunque bien puede suceder que Bexon registrase lo que era opinión generalizada en su tiempo<sup>122</sup>.

71. El código bávaro de 1813. Si bien en la misma Francia se contraponen los códigos de 1791 y 1810, cabe reconocer que el texto de 1791 no es de muy elevada calidad técnica. El texto que realmente se contrapone, en la legislación penal comparada, al *Code Penal* de Napoleón, pudiendo parangonársele técnicamente —y también superarlo<sup>123</sup>— y señalando la auténtica línea liberal de la codificación penal, es el *código de Baviera del 16 de mayo de 1813*, obra de Feuerbach.

El Rey de Baviera, Maximiliano José, había encargado un proyecto a Gallus Aloys Caspar Kleinschrod (1762-1824), quien lo publicó en 1802, siguiendo la línea del absolutismo, basado en la prevención entendida como acción sobre la personalidad moral del autor e intimidación, lo que daba al juez amplia libertad para individualizar la pena y también gran relevancia a la eticidad demostrada por la subjetividad del autor. La crítica de Feuerbach dio lugar a una seria disputa con Kleinschrod, en la que triunfó Feuerbach, a quien se le encomendó el nuevo proyecto<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> PRINS, ADOLFO, en "La Legislación Penal Comparada", Madrid-Berlín, 1896, I, 391.

<sup>122</sup> Cfr. REMY, HENRI, op. cit., pp. 21-25.

<sup>123</sup> Sobre la superioridad técnica del código de Baviera, MARC ANGEL, *Les Codex Pénaux Européens*, I, XXII.

<sup>124</sup> Cfr. SCHMIDT, EB., *Einführung*, 251.

Este código se caracterizó por su claridad terminológica y precisión conceptual. Aceptaba la división tricotómica de las infracciones y reservaba las infracciones de policía a una ley especial. Cabe aclarar que esto tenía por único objeto no extender el campo del derecho penal, que amenazaba con crecer desmesuradamente, debido a la mayor ingerencia estatal. En once casos conminaba a pena de muerte y distinguía diversas penas privativas de libertad. El juez tenía escaso margen para la individualización de las penas, lo que determinó que en 1816 se dictase una ley que autorizaba al juez a disminuir hasta la mitad la pena del robo. El mismo Feuerbach reconoció las dificultades de una vinculación tan estricta del juez a la ley. El código estuvo vigente en Baviera hasta 1861.

El código de Baviera se caracterizaba por su decidido sentido individualista, por no penar al que se hallaba en invencible error de derecho y no tipificar cualquier conducta que no afectase bienes jurídicos. Su parte especial, a diferencia de la del *Code Napoléon*, estaba encabezada con los delitos contra las personas.

El *Bayertisches Strafgesetzbuch*, sancionado el 16 de mayo de 1813, es de gran importancia para el derecho penal argentino, toda vez que fue la principal fuente de inspiración de nuestra codificación penal. Se compone de 459 artículos, divididos en tres libros: I, Preceptos legales generales sobre crímenes y delitos; II, De los crímenes y su punición; III, De los delitos y su punición.

El Libro I consta de cinco capítulos: I, De las acciones no permitidas y su punición en general (arts. 1 a 36); II, De la consumación del crimen, del dolo antijurídico y del promotor (arts. 37 a 56); III, De la tentativa, de la negligencia y de la participación (arts. 57 a 89); IV, De la medida de la pena y de las causas de atenuación y agravación (arts. 90 a 118); V, De las causas que suprimen la punibilidad (arts. 119 a 141).

El Libro II consta de dos títulos: I, De los crímenes privados; II, De los crímenes públicos o estatales. El título I se subdivide en seis capítulos: I, De los crímenes contra la vida de otro (arts. 142 a 177); II, De los daños y otros maltratamientos a las personas (arts. 178 a 208); III, De las lesiones al patrimonio mediante sustracción, retención, robo y secuestro (arts. 209 a 243); IV, De los daños al patrimonio (arts. 244 a 255); V, De la lesión al derecho de otro por estafa (arts. 256 a 294); VI, De la lesión al derecho ajeno por infidelidad (arts. 295 a 298). El título II se subdivide en siete capítulos: I, De los crímenes contra la existencia y la seguridad del Estado en general, alta traición y traición a la patria (arts. 299 a 308); II, La injuria a la majestad y otros crímenes contra el honor del Estado (arts. 309 a 314); III, Crímenes contra la autoridad (arts. 315 a 331); IV, Crímenes contra la paz del derecho en el Estado (arts. 332 a 336); V, Crímenes contra la confianza y creencias públicas (arts. 337 a 343); VI, Crímenes contra el patrimonio del Estado y otros patrimonios públicos (arts. 349 y 350); VII, De

los crímenes especiales de los funcionarios del Estado y servidores públicos (arts. 351 a 366).

El Libro III, referido a los delitos, consta de dos títulos: I, De los delitos privados; II, De los delitos contra el Estado. El título I se subdivide en cuatro capítulos: I, De los delitos contra la persona (arts. 367 a 378); II, De la afectación del patrimonio por sustracción, retención o daño (arts. 379 a 386); III, De la afectación de derechos ajenos por estafa y usurpación (arts. 387 a 397); IV, De la afectación de derecho ajenos por infidelidad (arts. 398 a 403); el título II se subdivide en seis capítulos: I, De los delitos contra el honor del Estado (arts. 404 a 410); II, De los delitos de resistencia contra la autoridad (arts. 411 a 419); III, De los delitos contra la paz del derecho en el Estado (arts. 420 a 424); IV, Delitos contra la confianza y las creencias públicas (arts. 425 a 431); V, Delitos contra el patrimonio público (arts. 432 a 436); VI, Delitos especiales de los funcionarios del Estado y servidores públicos (arts. 437 a 459).

El propio Feuerbach elaboró en 1824 un nuevo proyecto de código penal para Baviera, pero una disputa con el ministro hizo que lo abandonara cuando estaba casi terminado y hasta casi que destruyese sus originales, que no se conocieron públicamente hasta años recientes<sup>125</sup>. Es curioso consignar que en este trabajo Feuerbach adopta una sistemática que encabeza su parte especial con los delitos contra el Estado. La razón de este cambio no es nada clara, puesto que no altera sus puntos de vista fundamentales. "El cambio puede también ser interpretado como una reacción frente a la alteración de la atmósfera política producida en el tiempo intermedio en Alemania y en Baviera", tal como lo entiende Schubert<sup>126</sup>, lo que es perfectamente razonable. De cualquier forma, este proyecto no ejerció ninguna influencia en la legislación positiva.

72. El proyecto de código para Lousiana. Eduard Livingston fue autor de un proyecto para Lousiana, presentado en 1825<sup>127</sup> y que adaptó a la legislación penal federal de los Estados Unidos presentándolo al Senado en 1828<sup>128</sup> sin que fuera tratado. No obstante no ser sancionado, tuvo la más grande importancia en la legislación comparada, porque fue tomado frecuentemente en cuenta como fuente de inspiración parcial de otros textos. Más

<sup>125</sup> El texto del proyecto y un detenido estudio del mismo, en la magnífica monografía de SCHUBERT, GERNOT, *Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824*, Berlín, 1978.

<sup>126</sup> Ídem, p. 168.

<sup>127</sup> V. LIVINGSTON, *Rapport sur le Projet d'un Code Pénal, fait à l'Assemblée Générale de l'Etat de la Louisiane, par M. Edouard...*, con introducción y notas de M. A. H. Taillandier, París, 1825.

<sup>128</sup> V. *Complete Works of Eduard Livingston on Jurisprudence*, 1873 (dos volúmenes); *Exposé d'un système de législation criminelle pour l'Etat de la Louisiane et pour les États-Unis d'Amerique, par Edward Livingston, précédée d'une préface par M. Charles Lucas et d'un notice historique par M. Mignet*, París, 1872.

adelante nos ocuparemos de las ideas de Livingston<sup>129</sup>, pero aquí destacaremos los rasgos más importantes de sus textos proyectados.

Una de las características más salientes del proyecto de Livingston es que no se limita a un código penal, sino que prepara todo un sistema de legislación en la materia, dividido en cinco partes: un código de crímenes y penas (*Code of Crimes and Punishment*), un código de procedimientos (*Code of Procedure*), un código de pruebas (*Code of Evidence*), un código de reforma y disciplina de prisiones (*Code of Reform and Prison Discipline*) y un libro de definiciones (*Book of Definitions*)<sup>130</sup>. La infraestructura propuesta para la aplicación del proyecto incluía una casa de detención, una penitenciaría, una casa de refugio e industria y una escuela de reforma, todo dirigido por un equipo de inspectores.

El trabajo de Livingston es de suma importancia para el concepto preventivo de la pena. Su código estaba inspirado en ideas pragmáticas, puesto que —como veremos con mayor detalle<sup>131</sup>— receptaba la influencia de Bentham, pero luego la mitigió con ideas jusnaturalistas, de modo que su sistema presenta un particular equilibrio. Se trata de un proyecto pionero en lo que respecta a la abolición de la pena de muerte y a la reforma penitenciaria, como también a la eliminación de todas las penas infamantes o que señalasen al delincuente en forma degradante.

Las características generales de su proyecto son interesantes también en cuanto a las consideraciones que formula respecto de los bienes jurídicos. En efecto, viendo su clasificación de los delitos, bien puede pensarse que sigue inflexiblemente el modelo francés, pero el mismo autor del proyecto explica que la división en “delitos públicos” y “delitos particulares o privados” es “de toda forma necesariamente arbitraria, puesto que no hay delito público que no lesione a algún individuo, y la mayor parte de los ultrajes inferiores a las personas afecta, de alguna manera, a la paz pública”. Simplemente, consigna que el orden de la obra es el que exige esa división<sup>132</sup>, en la que parece aproximarse a Servan<sup>133</sup>. En esa catalogación se eliminan el suicidio y la sodomía<sup>134</sup>.

<sup>129</sup> V. *infra*, § 130.

<sup>130</sup> V. *Complete Works* . . . , cit.

<sup>131</sup> V. *infra*, §§ 130 y 148.

<sup>132</sup> LIVINGSTON, *Rapport*, pp. 40-41.

<sup>133</sup> También a VERMEIL, *Essai sur les réformes a faire dans notre législation criminelle*, París, 1781, pp. 68 y ss.

<sup>134</sup> V. consideraciones en RAPPORT, p. 42.

Son varias las disposiciones del texto de Louisiana en que se nota la influencia del código de Baviera, como las referidas a la presunción del dolo y la de los errores en la ejecución del delito. Cabe destacar la particularidad de que deja librados a las costumbres propias los delitos cometidos entre indígenas y que reserva para un código especial los delitos de los esclavos.

El proyecto de Livingston tuvo gran resonancia en América Central. La Asamblea Ordinaria del Estado de Nicaragua sancionó el 24 de abril de 1837 un código penal que era prácticamente traducción del proyecto que comentamos <sup>135</sup>.

73. **El Código Criminal del Imperio del Brasil.** Uno de los dos primeros códigos penales sancionados en Latinoamérica fue el del Imperio del Brasil, en el año 1830. Clemente Pereira y Bernardo de Vasconcelos presentaron sendos proyectos, y las comisiones legislativas trabajaron sobre ellos, pero inclinándose preferentemente por el de Bernardo de Vasconcelos, que receptaba la influencia del proyecto de Mello Freire, del de Livingston, del código de Baviera y, en menor medida, del código francés.

Se trató de un texto cuya característica es la claridad y precisión, lo que lo acerca al modelo bávaro, aunque era menos extenso en sus previsiones y más rígido en su sistema de penas. Rechazó la tradicional tripartición francesa y la reemplazó por la bipartición, unificando la denominación de "crimen" para todas las infracciones a la ley penal, dentro de las que incluía también los "crímenes de policía" (contravenciones).

En su parte general declaraba expresamente que "no habrá criminal ni delincuente sin mala fe, es decir, sin conocimiento del mal e intención de causarlo" (art. 3º).

Recibía una clara inspiración de Feuerbach, aunque en cuanto al sistema de penas fijas receptaba las ideas del proyecto de Mello Freire de 1786 y del código francés de 1791, con lo que da la sensación de una clara filiación idealista, puesto que era claro su sentido kantiano talional, que se ponía de manifiesto en la particular disposición del art. 19, que disponía: "Influirá también en la agravación o atenuación del crimen la sensibilidad del ofendido". Las penas graduables tenían un máximo, un medio y un mínimo y

<sup>135</sup> V. su texto en ANTONIO A. DE MEDINA Y ORMAECHEA, *La Legislación Penal de los Pueblos Latinos*, México, 1896.

había escalas fijas de reducción para la tentativa y la participación. Todo ello se acompañaba con un enlistado cerrado de agravantes y atenuantes en la parte general, correspondiendo el máximo a las primeras y el mínimo a las segundas, y restando el medio para la ausencia o compensación de ambas y también para los casos de duda.

Era muy razonable la sistematización de la parte general en cuanto distinguía nítidamente la inculpabilidad de la ausencia de injusto. Su art. 10º establecía: "No se juzgarán criminales: 1º) Los menores de catorce años; 2º) Los locos de todo género, salvo que tuvieran intervalos lúcidos y en ellos cometiesen el crimen: 3º) Los que cometieren crímenes violentados por fuerza o medios irresistibles; 4º) Los que cometiesen crímenes casualmente en el ejercicio o práctica de cualquier acto lícito hecho con la atención ordinaria". Los artículos 12 y 13, por su parte, establecían medidas de internación para los locos y los menores, y el art. 11 preceptuaba claramente que, pese a no ser penados, "sus bienes estarán sujetos a la satisfacción del mal causado". Esta distinción se completaba con la disposición del art. 14, que bajo el título de "crímenes justificables" consideraba a los cometidos en estado de necesidad justificante, en legítima defensa (propia, de la propia familia, de los derechos o de terceros) o en ejercicio del derecho de corrección doméstica.

Una de las instituciones más interesantes y visionarias de este texto es la previsión de la multa con el sistema del "día-multa", lo que seguramente es claro resultado de la general orientación talional kantiana que revela el texto. Su art. 55 disponía a este respecto: "La pena de multa obligará a los reos al pago de una suma pecuniaria regulada siempre por lo que los condenados pudiesen obtener por día de sus bienes, empleos o industrias, cuando la ley no establezca específicamente de otro modo". Este sistema sería retomado muchos años después por la legislación nórdica, aunque sin mencionar este antecedente legislativo.

En la parte especial se notaba la influencia de la sistematización del proyecto de Livingston y del código francés, especialmente en cuanto a los "crímenes públicos", pese a que la denominación misma provenía claramente del primero. En cuanto a los "crímenes particulares" hay una originalidad del texto que comentamos, consistente en encabezar su exposición con los delitos contra la libertad, colocada así en jerarquía superior a la vida misma. La

última parte del código estaba dedicada a las contravenciones (crímenes policiales).

Las mayores originalidades del texto son, pues, el rechazo de la clasificación tripartita francesa, el criterio talional kantiano, el sistema de penas fijas extremado y la consiguiente reducción de las facultades individualizadoras del juez penal, y la distinción clara en cuanto a causas que excluyen el injusto y causas que excluyen la culpabilidad. Este texto, por su claridad, ejerció gran influencia en la legislación penal posterior, especialmente en el código español de 1848, y le señaló a toda la legislación penal posterior de Brasil algunas pautas que aún conserva: la legislación federal sobre contravenciones y la denominación de "crimen" para todas las infracciones penales restantes, a las que las otras legislaciones llaman "delitos". Su calidad es muy superior a la del primer código republicano<sup>186</sup> y fue traducido al castellano y al francés. Por otra parte, se dice que Haus y Mittermier estudiaron la lengua portuguesa con el exclusivo objeto de adentrarse en su comprensión<sup>187</sup>.

El plan expositivo de este código era el siguiente: PARTE PRIMERA. DE LOS CRÍMENES Y DE LAS PENAS. Título I. *De los crímenes*. Cap. I., De los crímenes y de los criminales; Cap. II, De los crímenes justificables; Cap. III, De las circunstancias agravantes y atenuantes de los crímenes; Cap. IV, De la reparación. Título II: *De las penas*. Cap. I, De la calidad de las penas y de la manera como se han de imponer y cumplir; Cap. II, Disposiciones generales. PARTE SEGUNDA: DE LOS CRÍMENES PÚBLICOS. Título I, *Crímenes contra la existencia política del Imperio*. Cap. I, De los crímenes contra la independencia, integridad y dignidad de la Nación; Cap. II, De los crímenes contra la Constitución del Imperio y la forma de su Gobierno; Cap. III, De los crímenes contra el Jefe del Gobierno. Título II: *De los crímenes contra el libre ejercicio de los poderes públicos*. Título III. *De los crímenes contra el libre goce y ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos*. Título IV: *De los crímenes contra la seguridad interna del Imperio y la tranquilidad pública*. Cap. I, Conspiración; Cap. II, Rebelión; Cap. III, Sedición; Cap. IV, Insurrección; Cap. V, Resistencia; Cap. VI, Fuga de presos de poder

<sup>186</sup> V. DO NASCIMENTO SILVA, JOSINO, *Código Criminal do Imperio do Brasil*, Rio de Janeiro, 1863; THOT, LADISLAO, *Estudio histórico, jurídico e comparativo do Código Criminal de 1830*, en "Arquivo Judiciário", Rio de Janeiro, XV, pp. 39 y ss.; DA COSTA E SILVA, A. J., *Código Penal*, São Paulo, 1938, II, pp. 436 y ss.; GARCÍA, BASILEU, *Instituições de Direito Penal*, S. Paulo, 1977, I, 120; FRACOSO, Lioes, p. 65; SALGADO MARTINS, 77; BRUNO, ANÍBAL, I, 77.

<sup>187</sup> Cfr. LYRA, ROBERTO, *Direito Penal, Parte Geral*, Rio de Janeiro, 1936, p. 399. Un estudio de sociología jurídica con importante material histórico sobre este código, en MACHADO NETO, ZAHIDÉ, *Direito Penal e estrutura social (comentário sociológico ao Código Criminal de 1830)*, São Paulo, 1977.

de la Justicia y quebrantamiento de cadenas; Cap. VII, Desobediencia a las autoridades. Título V: *De los crímenes contra el buen orden y administración pública*. Cap. I, Prevaricaciones, abusos y omisiones de los empleados públicos; Cap. II, Falsedad; Cap. III, Perjuicio; Título VI: *De los crímenes contra el Tesoro Público y la propiedad pública*. Cap. I, Peculado; Cap. II, Moneda falsa; Cap. III, Contrabando; Cap. IV, Destrucción o daño de construcciones, monumentos y bienes públicos. PARTE TERCERA: DE LOS CRÍMENES PARTICULARES. Título I, *De los crímenes contra la libertad individual*; Título II, *De los crímenes contra la seguridad individual*. Cap. I, De los crímenes contra la seguridad de las personas y de la vida; Cap. II, De los crímenes contra la seguridad de la honra; Cap. III, De los crímenes contra la seguridad del estado civil y doméstico; Título III, *De los crímenes contra la propiedad*. Cap. I, Hurto; Cap. II, Bancarrota, estelionato y otros crímenes contra la propiedad; Cap. III, Daño; Título IV: *De los crímenes contra la persona y la propiedad*. PARTE CUARTA: DE LOS CRÍMENES POLICIALES. Cap. I, Ofensas a la religión, a la moral y a las buenas costumbres; Cap. II, Sociedades secretas; Cap. III, Reuniones ilícitas; Cap. IV, Vagos y mendigos; Cap. V, Uso de armas prohibidas; Cap. VI, Fabricación y uso de instrumentos para robar; Cap. VII, Uso de nombres supuestos o títulos indebidos; Cap. VIII, Uso indebido de la imprenta.

74. **El Código italiano de 1889.** Producida la unificación política de Italia, quedaron vigentes los antiguos códigos locales, aunque se fue extendiendo a todo el territorio la vigencia del código de Cerdeña de 1859, con excepción de Toscana, que se regía por su código de 1853, y con la salvedad de que las provincias meridionales habían adoptado el código sardo con algunas modificaciones, introducidas por el decreto del 17 de febrero de 1861.

En Italia habían estado vigentes el código francés en los reinos que estuvieron bajo tal dominación, el austriaco en Lombardía y Venecia durante igual circunstancia. Terminada la dominación francesa, algunos reinos volvieron a las antiguas leyes y otros se dieron sus propios códigos, tratando de mejorar el francés. Así, el Reino de las Dos Sicilias lo hizo en 1819 y el Ducado de Parma en 1820. En los Estados Pontificios se sancionó en 1832 el "Reglamento sobre los delitos y las penas". Cerdeña sancionó un código penal en 1839 y Toscana lo hizo en 1853. En 1855 el Ducado de Módena se dio un nuevo código penal. En 1859 se sancionó un nuevo código penal para los Estados del Rey de Cerdeña, que por extensión se fue adoptando en toda Italia, en tal forma que, hasta 1889, los únicos códigos penales vigentes eran el de Cerdeña de 1859 y de Toscana de 1853<sup>138</sup>.

Pese a que los autores del racionalismo penal trabajaron un derecho penal ideal, extraído de la razón, lo cierto es que sus referencias se hacían a estos códigos. Debemos tener en cuenta que el código de Toscana reco-

<sup>138</sup> Cfr. PESSINA, ENRICO, *Elementos*, Madrid, 1913, pp. 138-142; CRIVELLARI, GIULIO, op. cit., I, pp. III a XXXVII.

nocía importantes elementos tomados de las legislaciones alemanas. Cabe consignar que Toscana había abolido la pena de muerte en 1860.

Desde 1860 se hicieron tentativas para dar a Italia un código penal único. El 18 de mayo de ese año, se presentó un proyecto en el Parlamento Subalpino para extender el código Sardo a toda Italia, pero no prosperó porque ello implicaba extender la pena de muerte a Toscana. En 1862 lo repite Miglietti con igual suerte. En 1864 se proyectó lo mismo, dejando la salvedad de que en Toscana no se aplicaría la pena de muerte. En 1865 y 1866 se formaron comisiones para elaborar un proyecto. En 1869 se nombró una segunda comisión. En 1874 se presentó el proyecto Vigliani, en 1876 el proyecto Mancini, en 1883 el proyecto Zanardelli, en el mismo año el proyecto Savelli, en 1886 el proyecto Tajini, y un nuevo proyecto Zanardelli presentado el 22 de noviembre de 1887, al volver éste al Ministerio de Gracia y Justicia, que fue promulgado por el Rey el 30 de junio de 1889 y entró en vigencia el 1º de enero de 1890<sup>139</sup>.

El código Zanardelli, dados los largos años transcurridos desde los códigos que antes mencionamos, fue un texto muy elaborado y de gran importancia técnica. Presenta para nosotros interés, especialmente, porque fue tomado en consideración repetidas veces por nuestro proyecto de 1891, fuente más inmediata de nuestro texto vigente. Era un texto bastante racional, que se movía en el marco de una confesa concepción jusnaturalista, altamente respetuosa de la dignidad humana.

En la *Relazione* queda clara la función de la ley penal y sus posibilidades y límites, con palabras que los legisladores posteriores parecen ignorar frecuentemente: "Quedaría por cierto desilusionado —decía— el legislador que estimase poder reformar las costumbres y erradicar la delincuencia con el solo magisterio de las penas; pero, por el otro lado, andaría grandemente errado aquél que por la persistencia e incluso por el aumento de la criminalidad, máxime con una legislación no todavía informada de los nuevos órdenes y de las nuevas necesidades, fuese inducido a argumentar que la ley penal no posee alguna virtud reformadora. Aún circunscripta a aquella eficacia puramente relativa que caracteriza el efecto de todas las funciones sociales y políticas, la ley penal está llamada a rendir un precioso servicio de tutela, que bien podrá contrastar con eventos ordinarios y extraordinarios, con calamidades sociales y perfidias de malvados, pero que no cesará nunca de ejercer su

<sup>139</sup> V. PAOLI, *Storia scientifica di un decennio di preparazione del codice penale italiano*, Firenze, 1886; con gran detalle, CRIVELLARI, op. cit., T. I.

saludable influencia en la educación civil de un pueblo en provecho de la seguridad pública y privada."

"Pero para que ella cumpla el altísimo servicio, es menester que no exceda ciertos límites determinados por la naturaleza humana, por el ambiente en que vive y por la función del Estado; y que por otra parte no ostente, ni los ciudadanos le demanden, poderes imaginarios y aberrantes." 140

El *Codice Zanardelli* distinguía entre delitos y contravenciones, dedicando a los delitos los dos primeros libros y a las contravenciones el tercero. Rechazaba así la clasificación tripartita. Abolía la pena de muerte y el trabajo forzado y establecía como pena más importante la prisión con trabajo. Fue uno de los mejores códigos europeos y, a nuestro juicio, el mejor de su tiempo, pese a los ataques de quienes pretendían que era demasiado benigno y de los positivistas, particularmente de Lombroso. En su largo proceso de elaboración participaron los más eminentes penalistas de Italia y supo recoger lo mejor de la tradición doctrinaria.

75. **Otros códigos del siglo XIX.** En España, la monarquía absoluta se manejaba con la Recopilación y su sistema de autos acordados, que no fue modificado en lo penal en el primer período constitucional (1810-1814). En el segundo período constitucional (1820-1823) se sancionó el *código de 1822*, que seguía el modelo francés, aunque con influencias de Lardizabal, Beccaria y Bentham, pese a lo cual, éste último lo criticó duramente<sup>141</sup>. Si bien había en él muchos atisbos liberales y sus autores destacaban con toda justicia la crueldad y arbitrariedad de la legislación recopilada, no dejaba de ser un código cruel, que prodigaba la pena de muerte para más de treinta supuestos.

De toda forma, el código de 1822 representaba un considerable adelanto en comparación con el régimen penal que surgía de la Recopilación. Su sanción fue obra de las Cortes liberales, sobre la base de un proyecto presentado por una comisión de diputados nombrada al efecto y que elevó los resultados de su trabajo el 21 de abril de 1821. Dicha comisión estaba integrada por Francisco Martínez Marina, José María Calatrava, José Manuel de Vadillo, Joaquín Rey, Andrés Crespo Cambolla, Francisco Javier Caro y Lo-

<sup>140</sup> *Relazione e Progetto lasciato in corso di studio dal M. Zanardelli, con le modificazioni proposte dal M. Savelli, riportate di fronte al testo*, en "Allegati al P. di Codice Penale del Regno d'Italia", Roma, 1883, p. 10.

<sup>141</sup> Cfr. QUINTILIANO SALDAÑA en LISZT, *Tratado*, I, p. 442.

renzo Rivera, siendo revisado por otra comisión de diputados, sancionado por las Cortes el 8 de junio de 1822 y promulgado el 9 de julio del mismo año<sup>142</sup>.

El código de 1822 tuvo vida efímera, debido a conocidas circunstancias políticas. Pese a que nunca se pasó por alto la necesidad de un código penal —que cada día era más urgente— todos los intentos fracasaron y recién en 1848 se sancionó un nuevo texto, que sigue las líneas estructurales del código brasileño de 1830 y en cuya elaboración fue importantísima la parte activa que le cupo a Joaquín Francisco Pacheco, cuyos comentarios fueron prácticamente la exposición de motivos para uso y conocimiento público del texto. El *código de 1848* fue reformado en 1850 y más profundamente en 1870, aunque a veces suele mencionarse al producto de esta última reforma como si fuese un nuevo código<sup>143</sup>.

El código español de 1822, que casi no tuvo vigencia en España, sirvió de modelo a los primeros códigos de la América española independiente (Bolivia, Veracruz). El de 1848 y sus reformas fue seguido por los países de lengua castellana de casi todo el continente, excepto Ecuador y Argentina. De esta manera la estructura del código imperial del Brasil volvió a hispanoamérica re-exportada de España. En nuestra legislación penal no tuvo influencia directa, salvo en los delitos federales y en la frustrada tentativa de Villegas, Ugarriza y García<sup>144</sup>. No obstante, su sistema general de penas rigió largos años y aún perdura parcialmente en el Código de Justicia Militar.

Portugal sancionó su primer código penal el 10 de diciembre de 1852, reconociendo como fuentes al *Code* francés de 1810 y en menor medida al español de 1848 y al brasileño de 1830, como también al austríaco de 1803 y al napolitano de 1819. El 19 de julio de 1867 fue abolida la pena de muerte. En 1884 se modificó el código de 1852 y en 1886 se lo sometió a una reforma más

142 V. *Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura de 1821*, Madrid, Imprenta de J. A. García, Campomanes núm. 6, 1873, T. II, apéndice al número 54, pp. 1155 y ss.; *idem*, 1822, T. II, número 66, p. 987; p. 1465. Quien siempre tomó la palabra en nombre de la comisión fue el diputado Calatrava. La edición oficial: *Código Penal Español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822*, Madrid, en la Imprenta Nacional, año de 1822.

143 Sobre este texto, NÚÑEZ BARBERO, RUPERTO, *La reforma penal de 1870*. Salamanca, 1969.

144 V. *infra*, § 80.

profunda, que suele conocerse como código penal sancionado el 16 de setiembre de 1886<sup>145</sup>. Conserva la particularidad (proveniente de las *Ordenações* y del proyecto de Mello Freire) de encabezar la parte especial con los "delitos contra la religión del Reino".

En *Alemania*, después del código de Baviera de 1813, Oldenburg lo adoptó en 1814. Sajonia sancionó un código en 1838, que sirvió de base a otros varios. Un texto original fue el de Braunschweig de 1840, que, siguiendo a la Carolina, consagraba la analogía en su art. 4º: "Los preceptos de este código son aplicables a las acciones u omisiones que, conforme a las palabras, al sentido o al fundamento de las disposiciones particulares del mismo deben ser consideradas como indudablemente contenidas en él"<sup>146</sup>. Bajo la influencia del código francés, Prusia sancionó un código en 1851, que sirvió de modelo a otros varios. Este texto fue tomado como base por Friedberg para elaborar el proyecto de código penal de la Confederación del Norte, promulgado el 31 de mayo de 1870 y que casi de inmediato se convirtió en código penal del Imperio Alemán<sup>147</sup>.

*Bélgica*, después de cincuenta y seis años de vigencia del código francés, sancionó su propio código el 15 de octubre de 1867, que implicaba una reacción contra aquél, en la medida en que receptó la crítica violenta de Rossi al *Code Napoléon*<sup>148</sup>.

El Ducado de *Luxemburgo* siguió la legislación penal belga con ligera variante en el código penal del 28 de mayo de 1879, en tanto que el Principado de *Mónaco* hizo lo propio con la francesa en su código del 17 de diciembre de 1874.

*Suiza* sancionó el 4 de febrero de 1853 un código penal federal, es decir, para delitos federales, que no admitía la pena de muerte, habiendo quedado los restantes delitos librados a la legislación cantonal: Argovia (códigos de 1803 y 1857); San-Gall (códigos de 1807, 1819, 1857 y 1886); Basilea-ciudad (1821, 1835, 1846 y 1872); Basilea-campiña (1821 y 1873); Lucerna (1827, 1836 y 1860); Schaffhouse (1834 y 1859); Zurich (1835 y 1870);

145 Sobre la evolución del derecho penal portugués, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal, com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS*, Coimbra, 1971, pp. 106 y ss.

146 STENGLER, M., *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher*, München, 1858, T. I.

147 V. la traducción castellana de LUIS ZULUETA, *Código Penal del Imperio Alemán*, Madrid, 1913.

148 V. NYFFELS, J. S. G., *Législation Criminelle de la Belgique ou Commentaire et Complément du Code Pénal Belge*, Bruselas, 1872.

Turgovia (1841); Grisonas (1829 y 1851); Soleura (1859 y 1874); Appenzell (1859); Unterwalden Alto (1864); Berna (1866); Glaris (1867); Schwyz (1869 y 1881); Zug (1876); Vaud (1844; Valais (1858); Friburgo (1849 y 1874); Ginebra (1874); Neuchatel (1855 y 1891); Tesino (1816 y 1873).

*San Marino* sancionó un código penal en 1865, preparado por por Zuppeta, profesor de Nápoles. *Grecia* sancionó en 1834 un código penal elaborado sobre el modelo bávaro de 1813 y sus proyectos de reforma. *Rumania* sancionó en 1864 un código tomado de los modelos francés y prusiano. *Servia* siguió en su código penal de 1860 el modelo prusiano.

*Holanda* sancionó su primer código penal en 1809, de corta vigencia, pues a partir de 1811 rigió el código francés, hasta la sanción del código del 3 de marzo de 1881, que fue una obra bastante original e importante, que rechazaba la división tripartita y optaba por la bipartita, al igual que el italiano de Zanardelli<sup>149</sup>. Moddermann, que formó parte de la comisión que redactó el proyecto, fue quien llevó adelante la reforma en el Parlamento en su condición de Ministro de Justicia y pronunció un brillante discurso oponiéndose a la reimplantación de la pena de muerte<sup>150</sup>.

*Dinamarca* sancionó su primer código el 10 de febrero de 1866, *Suecia* el 16 de febrero de 1864 y *Noruega* en 1842, habiendo seguido estos dos últimos también modelos alemanes.

El Imperio Ruso tuvo una codificación penal en 1832 y otra en 1845, que luego dio lugar a una edición ordenada en 1885. El Gran Ducado de *Finlandia* sancionó su código en 1889, pero, por objeciones del gobierno ruso entró en vigencia en 1894. El Imperio Otomano sancionó un código penal en 1858<sup>151</sup>.

El proceso de codificación en Latinoamérica se inicia en 1830, con los códigos de *Bolivia* y de *Brasil*, del último de los cuales nos hemos ocupado por separado. El código de Bolivia de 1830, co-

<sup>149</sup> El movimiento codificador holandés fue seguido con interés en Italia. V. BRUSA, EMILIO, *L'ultimo progetto di codice penale olandese*, Zanichelli, Bologna, 1878.

<sup>150</sup> Cfr. BRUSA, EMILIO, *Codice Penale Olandese, 3 Marzo 1881*, Firenze, 1882, p. 3.

<sup>151</sup> Para la información relativa a la legislación europea hasta fines del siglo pasado: LISZT, FRANZ VON, *La legislación penal comparada publicada por acuerdo de la Unión Internacional de Derecho Penal con el concurso de eminentes penalistas*, por el Dr. ... T. I, trad. de Adolfo Posada, Madrid-Berlín, 1896.

nocido como "Código Santa Cruz" tenía por base el código español de 1822 y fue reemplazado por otro estructurado sobre igual modelo el 6 de noviembre de 1834<sup>152</sup>.

Suelen sostener los autores bolivianos que el código "Santa Cruz" fue el primer código penal de la América independiente<sup>153</sup>, en tanto que los autores brasileños suelen sostener que el primer código latinoamericano fue el del Imperio del Brasil<sup>154</sup>. En realidad, no puede decirse que cualquiera de ambos haya sido "el primero" cronológicamente hablando, porque fueron efectivamente contemporáneos y demuestran una idéntica preocupación. El *Código Imperial del Brasil* fue "dado en el Palacio de Rio de Janeiro, a los diez y seis días del mes de diciembre de 1830, noveno de la Independencia y del Imperio". La "Carta de lei" por la que se manda ejecutar el código fue registrada por la Secretaría de Estado de los Negocios de Justicia" el 7 de enero de 1831 y fue publicada en esa Secretaría de Estado al día siguiente, esto es, el 8 de enero de 1831<sup>155</sup>.

El "*Código Santa Cruz*", fue sancionado por Decreto del Capitán General Andrés Santa Cruz el 28 de octubre de 1830 y debía regir desde el 1º de enero de 1831, pero por decreto del 22 de marzo de 1831 su vigencia se postergó hasta el 2 de abril de 1831, "atendiendo a que no ha podido concluirse oportunamente la impresión de los códigos, según lo dispuesto en el anterior decreto"<sup>156</sup>. Como es dable observar, sería injusto calificar a uno u otro de "primero", pues ambos lo han sido. El "*Código Santa Cruz*" está precedido de una proclama, que son los considerandos del decreto sancionatorio, que contiene valiosísimos conceptos, que consideramos necesario transcribir, para hacer justicia al espíritu que presidía esa tarea codificadora: "El Gran Mariscal Andrés Santa Cruz, Presidente de la República Boliviana. A la Nación, Bolivianos: largo tiempo la necesidad y la opinión exigían una reforma de nuestros Códigos, para que pudiesen conformarse al espíritu del siglo, que es el de la libertad y la filosofía. Este cambio ha podido hacerse para Bolivia. / El Congreso General Constituyente había sancionado el Código penal, que dictaron las cortes españolas, señalando algunas modificaciones que creyó necesarias, y remitió a la consideración de la Corte Suprema; después de este examen ha sido revisado todavía por una junta presidida por el Gobierno y compuesta de Magistrados respetables, que reúnen la experiencia, la probidad y el saber. / Las leyes claras y positivas son la base de la buena

152 V. MEDRANO OSSIO, JOSÉ, *Derecho Penal Aplicado*, Potosí, 1960, p. 28.

153 Por ejemplo, CAJÍAS K., HUÁSCAR - MIGUEL, BENJAMÍN, *Apuntes de Derecho Penal Boliviano*, La Paz, 1966, p. 41.

154 Por ejemplo, FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, p. 66.

155 DO NASCIMENTO SILVA, JOSINO, *Código Criminal do Imperio do Brasil augmentado com as leis, decretos, avisos e portarias que desde a sua publicação até hoje se tem expedido, explicando, revogando ou alterando algumas de suas disposições com o calculo das penas em todos os grdos por...*, Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1863, pp. 354-355.

156 *Código Penal Santa-Cruz*, Paz de Ayacucho, Imprenta del Colejio de Educandas: Administrada por Manuel V. del Castillo, 1831, p. VI (es IV, numerada VI por error de impresión).

administración de justicia, y la buena administración de justicia es la sola capaz de asegurar los derechos del ciudadano, e inspirarle esa tranquilidad en que consiste la libertad, y el goce de cuanto es más caro para el hombre constituido en sociedad. / La razón y la experiencia han demostrado, que la moral pública no se funda en el rigor de las penas, ni en el vano espectáculo de los suplicios: y en el Código Penal de Bolivia se ve que más bien se han querido prevenir los delitos, que castigarlos; pero también se ha sabido conciliar la seguridad del inocente con el temor del malvado" 167.

El Presidente Santa Cruz determinaba, en el mismo decreto, que el código sería puesto a la consideración del primer Congreso. La Soberana Asamblea Constituyente de Bolivia decretó el 15 de julio de 1831: que mientras "el Poder Legislativo se ocupa de su discusión y sanción", los códigos "Santa Cruz" seguirían rigiendo, decreto que el Presidente hizo ejecutar el 18 de julio de 1831 168.

Establecida la República, *Brasil* sancionó su primer código republicano el 11 de octubre de 1890 169, por cierto que de menor calidad que su precedente imperial. *Haití* había adoptado el código penal francés el 11 de agosto de 1835 160.

En *México* se dio su primer código penal el Estado de Veracruz en 1834 161, que seguía al código español de 1822. El primer código penal federal fue sancionado en 1871 y se conoce como "código Juárez" o "código Martínez de Castro" 162, que tomó como base el código español de 1870. Siguiendo de cerca este modelo fueron dándose sus propios códigos los Estados 163.

*Paraguay* adoptó el código Tejedor el 18 de julio de 1880. *Chile*, tomando como base el código español de 1870, sancionó su código el 12 de noviembre de 1874 164. *La República Dominicana*

167 Ídem, 2ª y 3ª hoja de la edición oficial.

168 Reverso de la portada de la edición oficial, cit.

169 V. BENTO DE FARIA, ANTONIO, *Anotações theorico-praticas ao Codigo Penal do Brasil*, Rio de Janeiro, 1904.

160 V. su texto en ANTONIO A. DE MEDINA Y ORMAECHEA, *La legislación penal de los Pueblos Latinos*, México, 1899.

161 Su texto y comentario de OLGA ISLAS en DPC, nº 1, febrero de 1965.

162 V. PORTE PETIT, CELESTINO, *Evolución legislativa penal en México*, México, 1965; LOZANO, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Comparado o el Código Penal del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*, México, 1874. Las actas de la comisión presidida por Martínez de Castro, en reproducción facsimilar, en "Derecho Penal Contemporáneo", nº 36, enero-febrero de 1970.

163 Los códigos de los Estados mexicanos en el siglo pasado pueden verse —al igual que todos los códigos en lengua latina de la época— en la curiosa recopilación de ANTONIO A. DE MEDINA Y ORMAECHEA, *La legislación penal de los pueblos latinos*, México, 1899.

164 V. *Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la Comisión Redactora*, con estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Valparaíso, 1974.

sancionó en código francés en una traducción imperfecta, el 3 de junio de 1867, que fue reemplazada por otra traducción en 1884. *Nicaragua* sancionó su primer código el 27 de abril de 1837 y el 29 de marzo de 1879 lo reemplazó por otro que seguía el modelo del español de 1870. *El Salvador* sancionó en 1826 el código español de 1822, reemplazándolo por otro en 1859 conforme al modelo español de 1848, y un tercer texto en 1881, conforme al español de 1870. *Honduras* sancionó el suyo el 27 de agosto de 1880, siguiendo al código español de 1870. En *Perú*, Santa Cruz mandó observar en 1836 el código penal que regía Bolivia, que seguía al español de 1822. En 1863 se dio un código penal, siguiendo el modelo español de 1848. *Venezuela* también tomó como base el código español de 1848 en el sancionado el 19 de abril de 1863, que no estuvo en vigencia más de tres meses, sancionándose otro el 20 de febrero de 1873<sup>165</sup>, siguiendo al español de 1870, y otros el 14 de mayo de 1897, que seguía el modelo de Zanardelli<sup>166</sup>. *Uruguay*, siguiendo el modelo del proyecto de Zanardelli, sancionó su código el 18 de enero de 1889. En *Cuba*, por Decreto Real del 23 de mayo de 1872, regía el código español de 1870, con leves modificaciones. En *Colombia*, en 1858 "adoptó el Estado soberano de Cundinamarca el código de 1837 promulgado para la Nueva Granada; y con ligeros cambios en su contenido fue adoptado también por los Estados soberanos en que se descompuso el territorio nacional"<sup>167</sup>. Seguía el modelo de los códigos francés y español de 1822. Fue reemplazado por otro texto muy similar el 19 de octubre de 1890.

*Ecuador* sancionó en 1872 un código que seguía fielmente el modelo del código belga y que se conoce como "código García Moreno"<sup>168</sup>. *Costa Rica* sancionó el 27 de abril de 1880 un código siguiendo al español de 1870. *Guatemala* sancionó el 15 de febrero de 1889 un código también sobre el modelo español.

<sup>165</sup> V. *Libro-homenaje, Vigencia del Código Penal de 1873*, Publicaciones del Instituto de Cs. Penales y Crim., Fac. de Derecho, Univ. Central de Venezuela, Caracas, 1973.

<sup>166</sup> Cfr. CHROSSONE, TULLIO, *Manual de Derecho Penal Venezolano*, Caracas, 1972, p. 26.

<sup>167</sup> GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE E., *El nuevo código penal colombiano*, 1936, p. 12. También, CANCINO, ANTONIO V., *Evolución histórica del derecho penal colombiano*, en "Derecho Penal y Criminología", Univ. del Externado de Colombia, Bogotá, agosto de 1978.

<sup>168</sup> *Código Penal y código de Enjuiciamiento en materia criminal de la República del Ecuador*, New York, 1872.

## VI - LOS CÓDIGOS PENALES CONTEMPORÁNEOS

76. **Los códigos penales contemporáneos.** En nuestros días, la codificación penal se ha tornado sumamente técnica y se han multiplicado los proyectos, en tanto que las reformas legislativas totales se suceden frecuentemente con gran rapidez. No nos resta aquí otro recurso que intentar una visión panorámica muy sintética de la misma, limitándonos a su mera señalización.

Uno de los textos que mayor importancia tiene para nosotros, es el código penal suizo. Desde las postrimerías del siglo pasado, Karl Stooss encaró la unificación de la legislación penal de Suiza, que se hallaba escindida en una legislación federal y una legislación local o cantonal. Más de cuarenta años llevó esta tarea, que culminó en la sanción del código único, que entró en vigencia el 1º de enero de 1942. La tarea de Stooss había comenzado con una labor comparatista en 1890<sup>169</sup> e introdujo durante su elaboración las medidas de seguridad, como recurso preventivo diferenciado de la pena. Los sucesivos proyectos que se fueron elaborando en ese dilatado período fueron tomados en cuenta por numerosas legislaciones, entre las que se cuenta nuestro propio código penal de 1921. El mismo código rige actualmente en Suiza con modificaciones, producto de revisiones parciales<sup>170</sup>.

En Italia, el código de 1930 —del que nos ocuparemos más adelante— reemplazó al código Zanardelli, implicando una fractura en la tradición jurídica italiana, poco compatible con la Constitución republicana vigente. No obstante esta incompatibilidad —que es casi imposible de negar, pese a los esfuerzos doctrinarios— el texto se mantiene, aunque con considerables reformas.

El 14 de setiembre de 1944, por decreto legislativo número 288 se canceló la pena de muerte, se retornó a las atenuantes genéricas, se suprimieron los delitos que se referían a las instituciones propias del régimen fascista y se introdujeron algunas modificaciones más en la parte especial. El 2 de enero de 1945 se nombró una comisión que presidió Giovanni Porzio y que trabajó largamente en la revisión total del código. El 19 de febrero de 1949 se designó de su seno un comité ejecutivo para la redacción definitiva, integrado por Gabireli, Lattanzi, Petrocelli y Vannini. Este comité elaboró un proyecto, cuya primera preocupación fue "eliminar toda supervivencia de las

169 STOOSS, KARL, *Die Schweizerische Strafgesetzbücher*, 1890.

170 V. HANS SCHULTZ, en *Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung*, Berlin, 1979, pp. 12-38.

orientaciones del pasado régimen político, conformando al código en todas sus partes a los principios democráticos y al espíritu de la nueva "Constitución". En eso se fundan, entre otras, "la notable atenuación de la medida en varias penas, con la desaparición de ese espíritu de excesivo rigor que informa algunos puntos del código vigente, basado en una injusta sobrevaloración del Estado frente al individuo". "La eliminación en la mayor medida posible, del criterio de responsabilidad objetiva, también el inspirado en un mal entendido rigor en la valoración de los intereses del Estado; la modificación de las normas sobre extradición, con el retorno a la prohibición de extradición por delito político" 171. No obstante, el proyecto mantuvo el sistema de las penas y medidas, entendiéndolo que "responde del modo mejor a la doble necesidad de la represión y de la prevención, al doble criterio de la satisfacción de la conciencia social ofendida por el delito y de la defensa contra el peligro criminal" 172. La parte general se presentó en 1949 y la especial en 1950, pero no fue tratado.

En 1956 se nombró una nueva comisión, que el mismo año preparó un proyecto con el mismo fin que el proyecto anterior. Mantenía la distinción entre penas y medidas, pero parece que con algunas reservas: "Se ha mantenido firme la distinción entre penas y medidas de seguridad, sea porque una reforma profunda en esta materia aparecería en contraste con el específico y limitado mandato de revisión asignado a la comisión, sea porque se ha sostenido que, por vía de principio, corresponde al Estado, en el ejercicio de las funciones de prevención, incidir sobre las causas del delito con oportunos medios establecidos por las leyes y aplicables a los sujetos socialmente peligrosos" 173. Este proyecto no fue presentado a las Cámaras.

Los trabajos de reformas continuaron y en 1968 se presentó otro proyecto orgánico de reformas. Se mantiene la diferencia entre penas y medidas, pero también se trata el tema con cautela. "El problema de las relaciones entre penas y medidas de seguridad, presenta no pocas dificultades, también por sus reflejos prácticos". Este proyecto de 1968 se conoce como "proyecto Gonella", siendo presentado por éste como Ministro de Justicia 174.

En 1971 se insitió en la reforma 175, que se materializó parcialmente en los años siguientes, pero sin alterar la sistemática y sentido general del texto 176.

Respecto del código de 1930 dice Bettiol con razón que el "código Rocco se revela hoy más que nunca como el fruto de una idea del Estado y de las relaciones entre el Estado y el individuo, fuertemente inspirada en la filosofía neo-hegeliana de Giovanni Gentile". En "estos últimos años, agrega, muchas

171 Ministero di Grazia e Giustizia, *Progetto Preliminare del Codice Penale*, Roma, 1949, I, 10.

172 *Idem*, p. 11.

173 Ministero di Grazia e Giustizia, *Progetto Preliminare di modificazioni al codice penale*, Roma, 1956, p. 9.

174 GONELLA, GUIDO, *Riforme dei codici e nuovi ordinamenti giuridici*, Milano, 1968, p. 163.

175 VASALLI, GIULIANO, *La riforma del codice penale italiano del 1930*, en "Giustizia Penale", 1972, 513 y ss.

176 La exposición conforme a la reforma en Nuvolone, op. cit.

normas del código Rocco cayeron obviamente por obra de la Corte Constitucional, de la que forman parte también dos ilustres penalistas como Biagio Petrocelli y Paolo Rossi. Pero esto no es suficiente. No basta abrogar normas en contraste con la Constitución. Es necesario crear otras o, mejor dicho, proceder a una reforma orgánica<sup>177</sup>.

En Grecia una larga gestación, que comenzó en 1911 y que dio por resultado un proyecto publicado en 1924, después de muchas alternativas, se materializó en un proyecto definitivo en 1948, que fue sancionado el 17 de agosto de 1950<sup>178</sup>.

Austria sancionó un nuevo código penal el 23 de enero de 1974, que está vigente desde el 1º de enero de 1975<sup>179</sup>, tratándose de un texto muy moderno y técnico<sup>180</sup>.

La reforma penal austriaca se inició en la segunda República en el año 1954, al formarse una Gran Comisión de Derecho Penal. Esta Comisión produjo un texto que fue proyecto en 1960 y en 1962, que en 1968 fue tratado por la Comisión del Parlamento, pero no fue considerado por éste. En 1971 se sancionó una pequeña reforma penal. En 1972 comenzó nuevamente a tratar la reforma la Comisión del Parlamento, donde había representantes de los tres partidos austriacos y celebró cuarenta y tres reuniones, produciendo sus conclusiones en 1974, con la disidencia del Partido Popular (Democracia Cristiana) en cuanto a lo referente al aborto y con general acuerdo en cuanto al resto, las que fueron aprobadas por el Parlamento y el Consejo de Estado, sancionando el Código en ese año, que entró en vigencia el 1º de enero de 1975. Se trata de un código muy racional y técnico, caracterizado, entre otras cosas, por la amplitud de apreciación que otorga al juez penal, por la ordenación de su parte especial comenzando con los delitos contra las personas y, en general, por su precisión y sobriedad<sup>181</sup>.

Alemania Federal, después de una larga gestación, sancionó un nuevo texto que está vigente desde el primero de enero de

177 BETTIOL, GIUSEPPE, *Aspectos e problemas da atual ciência penalística italiana*, en "M. P.", Paraná, Curitiba, año 6, nº 7, 1977, p. 12.

178 V. *Code Pénal Grec*, trad. de P. GROTIS, en: Comité de Législation Etrangère et de Droit International, *Les Codes Pénaux Européens*, Centre Français de Droit Comparé (Marc Ancel-Ivonne Marx), París, 1957, II, 713 y ss.; *Das Griechische Strafgesetzbuch vom 17. August 1950*, trad. de D. KARANIKAS, Berlín, 1953.

179 V. EGMONT FOREGGER - EUGEN SERINI, *Strafgesetzbuch*, Wien, 1977.

180 Sobre la reforma penal en Austria, BRODA, CHRISTIAN, *Die österreichische Strafrechtsreform - Zwischenbilanz*, pp. 9 a 21, prólogo a Werner Olscher, *Recht und Strafe*, Wien, 1976; MANFRED BURGSTALLER, en "Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung", Berlín, 1979, pp. 39-65.

181 V. *Strafrecht konkret*, con prólogo del Ministro de Justicia, Christian Broda, Wien, 1975; *Regierungsvorlage*, Wien, 16-11-71, 479 pp.; *Bericht des Justizausschusses*, 96 pp.; ZAFFARONI, *El nuevo código penal austriaco*, trad. y notas en prensa.

1975 y que es uno de los más acabados modelos contemporáneos<sup>182</sup>. A lo largo de nuestra exposición nos ocuparemos reiteradamente de este texto.

El texto alemán vigente es resultado de una larga elaboración legislativa. Dejando de lado los anteriores proyectos alemanes (1909, 1911, 1913, 1919, 1922, 1925, 1927, 1930 y 1936), en 1954 se constituyó la "Gran Comisión de Derecho Penal", convocada por el Ministerio de Justicia, que recopiló materiales, deliberando hasta producir el proyecto que presentó en 1959. Los trabajos de la Gran Comisión, sus materiales, dictámenes y deliberaciones, suman unos veinte tomos. Este proyecto fue revisado por una comisión integrada por los equivalentes a Ministros de Justicia de los Estados federados y, finalmente, en 1962 fue remitido al Parlamento Federal<sup>183</sup>. En 1966 se publicó el llamado "proyecto alternativo", que había sido elaborado por un grupo de penalistas que disientían con el proyecto de 1962 —fuertemente aferrado a la pena privativa de libertad— y que propugnaba una mayor diversificación de recursos penales. El "proyecto alternativo" fue presentado al Parlamento por el Partido Liberal<sup>184</sup>.

Después de largas discusiones político-penales<sup>185</sup> la Comisión Especial del Parlamento Federal fue elaborando sucesivos proyectos de leyes modificatorias que se fueron aprobando hasta configurar la actual redacción de la parte general. Estas leyes tomaron, en líneas generales, la parte referida al delito del proyecto de 1962, en tanto que se orientaron preferentemente por el proyecto alternativo para las consecuencias penales, si bien moderaron algunos extremos de ambas.

En *San Marino* también hay un nuevo código penal, del 24 de marzo de 1974, que rige desde el 1º de enero de 1975.

<sup>182</sup> En castellano puede verse: JESCHEK, *Reforma del derecho penal en Alemania, Parte General*, trad. de CONRADO FINZI, Bs. As., 1976; la traducción del código alemán vigente, ZAFFARONI-RIEGGER, en "Rev. Arg. de Ciencias Penales", Bs. As., 1977, nº 4; una historia de la reforma en COUSIÑO MACIVER, LUIS, p. 73. Sobre el nuevo texto, particularmente, los comentarios de RUDOLPHI y otros; ROXIN y otros, *Einführung in das neue Strafrecht*, München, 1975.

<sup>183</sup> *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962*, Deutscher Bundesrat 4. Wahlperiode Drucksache IV/650.

<sup>184</sup> *Parte General del Proyecto Alternativo del Código Penal Alemán*, en pp. 49 y ss., de "Parte General de la Reforma Penal de la República Federal Alemana", trad. y presentación de E. R. ZAFFARONI, México, 1975.

<sup>185</sup> La bibliografía referida a esta disputa se halla indicada en el cit. trabajo de JESCHEK; también en castellano, LEVENE (h.), RICARDO, *La reforma penal alemana*, en LL, 14-X-1971; BERISTAIN, ANTONIO, *La reforma del código alemán*, Madrid, 1969; JESCHECK, *La reforma del derecho penal alemán, fundamentos, métodos, resultados*, trad. de RODRÍGUEZ DEVEVA, Madrid, 1972; del mismo, *Orígenes, métodos y resultados de la reforma del derecho penal alemán*, trad. de ISABEL GARCÍA DE LA TORRE, en "Anuario de D. Penal", Madrid, 1976.

*Dinamarca* se dio un código en abril de 1930, que entró en vigencia el 1º de enero de 1933 y que, con numerosas modificaciones, se mantiene en vigencia<sup>186</sup>.

*Islandia* sancionó su vigente código el 12 de febrero de 1940<sup>187</sup>. *Noruega* sancionó su código en 1902 y entró en vigencia el 1º de enero de 1905<sup>188</sup>. *Suecia* lo sancionó en 1962 y entró en vigencia el 1º de enero de 1965. Se trata de un código que fue preparado por dos comisiones, una de las cuales se ocupó de los delitos y otra de las penas y medidas, materia en la que ha sido innovador<sup>189</sup>.

En *España* el código de 1870 se mantiene vigente hasta 1928, en que fue reemplazado por el que se impusiera bajo el régimen de Primo de Rivera y que se reformó por la República Española en 1932. Al término de la guerra civil se preparó otra reforma que se materializó en el llamado "texto refundido" de 1944, que se mantiene vigente con algunas reformas que integran los "textos revisados" de 1963 y 1973<sup>190</sup>. En estos momentos se trata en las Cortes un proyecto de código penal que no se ha publicado oficialmente.

En *Francia* rige el código penal de 1810 con más de cien modificaciones<sup>191</sup>. Las reformas más importantes de los últimos decenios fueron las del sistema de penas por ley del 4 de junio de 1960 y la introducción de la *tutelle pénale* por ley del 17 de julio

186 V. *Code Pénal Danois*, trad. de RICHEUME-LAMBERT, en *Les Codes Pénaux Européens*, cit., I, 327 y ss.; *The Danish Criminal Code*, Copenhagen, 1958; *Das Dänische Strafgesetzbuch*, trad. de F. MARCUS, Berlín, 1964.

187 *Allgemeines Isländisches Strafgesetz*, int. de T. EYJÓLFSSON, Berlín, 1961; *Code Pénal Islandais*, trad. de MICHEL LAMBERT, en *Les Codes Pénaux Européens*, cit., II, 821 y ss.

188 *Code Pénal Norvégien*, trad. de H. BOISSIN y M. LAMBERT, en *Les Codes Pénaux Européens*, cit., III, 1281 y ss.; *The Norwegian Penal Code*, trad. de H. SCHJOLDAGER y F. BACKER, South Hackensack, 1961; *Allgemeines Bürgerliches Strafgesetz für das Königreich Norwegen vom 22. Mai 1902*, trad. de E. H. ROSENFELD y A. URBYE, Berlín, 1904.

189 *Code Pénal Suédois*, trad. de M. LAMBERT, Estocolmo, 1965; *The Penal Code of Sweden*, trad. de T. SELLIN, Estocolmo, 1965. La traducción de Lambert se reproduce en MARC ANCEL-IVONNE MARX, *Les Codes Pénaux Européens*, T. IV, pp. 1831 y ss. En la actualidad se estudia una reforma tendiente a resolver el problema que plantea la indeterminación de las llamadas "medidas de seguridad" (V. HANS THORNSTEDT, en "Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung", Berlín, 1979, pp. 66-85.

190 V. RODRÍGUEZ DEVESA, pp. 98 a 128 y bibliog. allí indicada.

191 V. la edición "Daloz" del *Code Pénal*, que se publica anualmente.

de 1970. En 1978 se publicó el anteproyecto de una nueva parte general<sup>192</sup>.

En *Finlandia* rige el código del 19 de diciembre de 1889, que se va renovando por medio de leyes parciales<sup>193</sup>. En 1969 se modificó la parte de delitos contra la vida y la salud, en 1970 la de delitos contra la religión, en 1971 la de delitos contra la moralidad, etc.

En *Gibraltar* está vigente la "ordenanza criminal" (*Criminal Offences Ordinance*) del 1º de setiembre de 1960, con modificaciones posteriores.

En *Liechtenstein* está aún vigente el código austríaco de 1852, adoptado por ese principado el 7 de noviembre de 1859, aunque con numerosas modificaciones<sup>194</sup>. En *Luxemburgo* rige el modelo belga sancionado el 16 de junio de 1879, también con buen número de reformas<sup>195</sup>. En *Mónaco*, el código del 17 de diciembre de 1874<sup>196</sup> fue reelaborado y se estableció el nuevo texto por ley del 28 de setiembre de 1967, vigente desde el 1º de enero de 1968<sup>197</sup>, sufriendo una pequeña reforma el 6 de julio de 1970.

En *Holanda* rige el código del 3 de marzo de 1881 con más de cien modificaciones<sup>198</sup>, las más importantes de las cuales se refieren a la protección de la seguridad aérea, de los secretos, del ámbito personal, de la igualdad racial, de la piedad con los animales, etc.

<sup>192</sup> *Commission de Revision du Code Pénal, Avant-Projet définitif de Code Pénal, Livre I, Dispositions Generales*, Ministère de la Justice, Avril 1978.

<sup>193</sup> No conocemos traducciones actualizadas del texto legal finés. Del texto original: *Code Pénal Finlandais*, trad. de C. BOURTHOMIEUX, en *Les Codes Pénaux Européens*, cit., II, 533 y ss.; *Code Pénal de Finlande*, trad. del sueco de L. BEAUCHT, NANCY, 1890; *Das finnische Strafgesetzbuch vom 19. Dezember 1889*, trad. de B. HONKASALO, Berlín, 1954; *Das Strafgesetz für Grossfürstentum Finnland vom 19. Dezember 1889*, Berlín, 1891.

<sup>194</sup> V. *Code Pénal du Liechtenstein*, trad. de IVONNE MARX con la colab. de MONIQUE ROBICHON, en *Les Codes Pénaux Européens*, III, 1025 y ss.

<sup>195</sup> V. *Code Pénal Luxembourgeois*, en *Les Codes Pénaux Européens*, cit., III, 1117 y ss.

<sup>196</sup> V. *Code Pénal Monegasque*, en *Les Codes Pénaux Européens*, cit., III, pp. 1203 y ss.

<sup>197</sup> V. FRANÇOIS, N. P., *Nouveau Code Pénal Monegasque*, en "Revue de Science Criminelle et de droit Pénal comparé". 23 (1968), pp. 275-300.

<sup>198</sup> V. *Code Pénal Néerlandais*, trad. de LAMBERT, en *Les Codes Pénaux Européens*, cit., pp. 1371 y ss., T. III; *Das Niederländische Strafgesetzbuch vom 3. März 1881*, trad. de K. TOEBELMANN, Berlín, 1959.

El *código penal turco* vigente data del 1º de marzo de 1926, modificado en 1937 y 1971<sup>199</sup>.

En *Malta*, el código penal es del 13 de enero de 1854, siguiendo el modelo napolitano, promulgado originalmente en italiano por el gobierno británico. Su nombre era *Codigo di Leggi Criminali* y abarca leyes de fondo y procesales. Su actual nombre oficial es *Criminal Code (Codice Criminale)* y fue nuevamente sancionado como capítulo 12 de las *Laws of Malta*.

La *Ciudad del Vaticano*, por ley del 7 de junio de 1929 (*Legge sulle fonti del diritto*) adoptó el *Codice Zanardelli* con ligeras modificaciones<sup>200</sup>. El referido texto sufrió algunas reformas por ley de 1969<sup>201</sup>.

*Chipre* sigue la tradición inglesa. El derecho penal estatutario configura el Capítulo 154 de las *Statutes Laws of Chipre -Criminal Code-* y data del 1º de enero de 1929, con posteriores modificaciones.

*Andorra* es el único país de Europa que tiene un derecho penal totalmente consuetudinario, aunque se nota la influencia del código español<sup>202</sup>.

En *Portugal* rige aún el código de 1886 con modificaciones, entre las que reviste particular importancia la introducida en 1954. Desde 1977 se halla en el Parlamento un proyecto de la parte general<sup>203</sup>.

El *derecho inglés vigente* presenta una serie de dificultades, cual es la ausencia de una parte general o de principios legales generales, como también la sucesión de leyes parciales, que dan

199 V. *The Turkish Criminal Code*, con introd. de N. GÜRELLI, South Hackensack, 1965; *Le Code Pénal Turc*, trad. de J. A. RIZZO, Constantinopla, 1927; *Das Türkische Strafgesetzbuch vom 1. März 1926*, trad. e introd. de N. SENSOY y O. TOLUN, Berlín, 1955; trad. francesa de KUTBI AEKAN en MARC ANCEL-IVONNE MARX, op. cit., IV, 2109 y ss.

200 V. *Codice delle Leggi Ecclesiastiche*, dirigido por V. del Giudice, Milano, 1952-1956.

201 *Legge che modifica la legislazione penale e la legislaciones processuale penale*.

202 OBIOLS TABERNER, C., *La justicia penal en Andorra*, en "Rev. de Est. Penitenciarios", 1 (1945), nº 8, pp. 4 y ss.; VIDAL Y GUITART, J. M., *Instituciones políticas y sociales de Andorra*, Madrid, 1949; BÉLINGUIER, B., *La condition juridique des Vallées d'Andorre*, París, 1970; una importante recopilación de costumbres del país, BRUTAIS, J. A., *La coutume d'Andorre*, Andorra la Vella, 1965.

203 *Proposta de Lei nº 11711, Revisão do Código Penal (Parte Geral)*, en "Diário da Assembleia da República", suplemento ao número 136, 38 de julho de 1977.

lugar a dudas respecto de la vigencia total o parcial de las leyes anteriores. Las más importantes leyes del *Statute Law* de Inglaterra y el país de Gales son las siguientes: ley de homicidio, de 1957; ley de asesinatos, con la abolición de la pena de muerte, de 1965; ley de delitos contra la persona de 1861; ley de suicidio, de 1961; ley de infanticidio, de 1938; ley de aborto, de 1967; ley de genocidio, de 1969; ley de salud mental de 1959; ley de niños y jóvenes, de 1933; ley de delitos sexuales, de 1956; ley de indecencia con niños, de 1960; ley de delitos sexuales de 1967; ley de ofensas públicas de 1959; leyes de traición, de 1351, 1795, 1814, 1848 y 1842; ley de delitos monetarios de 1936; leyes de perjurio de 1797 y 1812; ley de policía de 1964; leyes de orden público de 1936 y 1963; leyes de secretos oficiales de 1911, 1920 y 1939; ley de reuniones sediciosas de 1817; ley de reuniones públicas de 1908; ley de teatros, de 1968; leyes de libelos criminales de 1819 y 1843; ley de difamación de 1952; ley de robo de 1968; ley de correo oficial de 1953; ley de falsificación de 1913; ley de daño criminal de 1971; ley de substancias explosivas, de 1883; ley de armas de fuego de 1968; ley de regulación ferroviaria de 1842; ley de iluminación eléctrica, de 1882; ley de fuga de prisioneros de guerra de 1812; ley de prisión de 1952; ley de justicia criminal de 1961; ley de justicia criminal de 1948 <sup>204</sup>.

De la misma forma se compone el derecho penal vigente en Irlanda del Norte, básicamente configurado, en su parte escrita o *Statute Law* por leyes aisladas <sup>205</sup>. En Escocia rigen las leyes inglesas, salvo unas pocas excepciones en materia penal en que existen estatutos propios: ley de bancarrotas de 1913, ley de niños y jóvenes de 1937, ley de ocultación de nacimiento de 1809; ley de derecho penal de 1829; leyes de policía de 1952 y 1957 y ley de salud mental de 1960 <sup>206</sup>.

En la República de Irlanda rigen ampliamente aún las leyes inglesas en cuanto a su *Statute Law*, conservando vigente enteramente, por lo demás, el sistema del *common Law*. Hay unas pocas leyes penales sancionadas por el Parlamento Irlandés: ley de reformas del derecho penal de 1935; leyes de infracciones contra

<sup>204</sup> La mayoría de las leyes se encuentran en el T. VIII de los *Halsbury's Statutes of England* (London, 1968) o bajo el nombre respectivo en los restantes.

<sup>205</sup> Se hallan en *Index to the Statutes in force affecting Northern England*, Belfast, 1971.

<sup>206</sup> V. GORDON, G. H., *The Criminal Law of Scotland*, Edimburgo, 1967.

el Estado de 1939 y 1940; ley de traición de 1939; ley de infanticidio de 1949; ley de secretos oficiales de 1963<sup>207</sup>.

En la parte socialista de Europa ha habido en los últimos años una renovación total del derecho penal. La *República Democrática Alemana* ha sancionado su propio código penal el 12 de enero de 1968, que está vigente desde el 1º de julio de ese año<sup>208</sup>. *Albania* tiene un código penal desde el 23 de mayo de 1952, que cobró su forma actual por decreto del Presidium del 16 de marzo de 1959<sup>209</sup>. *Bulgaria* reemplazó su anterior código<sup>210</sup> por uno sancionado el 16 de marzo de 1968<sup>211</sup>. *Checoslovaquia* reemplazó también su texto el 29 de noviembre de 1961, introduciendo después algunas reformas parciales<sup>212</sup>. *Hungría* sancionó su vigente código penal el 22 de diciembre de 1961, que tiene vigencia desde el 1º de julio de 1962<sup>213</sup>. *Rumania* hizo lo mismo el 21 de junio de 1968<sup>214</sup>. *Yugoslavia*, que había sancionado su código el 2 de marzo de 1951, lo reformó en 1959 y 1969<sup>215</sup>. *Polonia* —con un

207 V., por ejemplo, O'SIOCHIAIN, P. A., *The criminal Law of Ireland (Out-lined)*, Dublin, 1952.

208 V. *Código Penal de la República Democrática Alemana, parte general*, trad. de ERNST-JÜRGEN RIEGGER y E. RAÚL ZAFFARONI, en "Boletín del Instituto de Derecho Penal Comparado de la Univ. Cat. de La Plata", 1972.

209 *Kodi Penal i Republikës Popullore të Shqipërisë*, Tirana, 1959 (hay trad. rusa; no conocemos traducción a otra lengua). Sobre la legislación penal anterior a la Segunda Guerra. *La reforma penal en Albania*, en "Rev. de Derecho Penal", Bs. As., 1930, 1, 107-8.

210 V. *Code Pénal Bulgare*, en *Les Codes Pénaux Européens*, I, 271 y ss.

211 V. NENOV, *La réforme du Code Pénal Bulgare*, en "Revue de Science Criminelle", 1970; *Das Bulgarische Strafgesetzbuch*, trad. de T. LYON y A. LIPOWSCHEK, Berlín, 1973.

212 V. versión francesa de KAFKA en "Bulletin de Droit Tchécoslovaque", 1962, nº 1-2; la misma en MARC ANCEL-IVONNE MARX, op cit., IV, pp. 2013 y ss.; trad. inglesa en "Bulletin of Czechoslovak Law", 1962, nº 1-2; *Das Tschechoslowakische Strafgesetzbuch vom 29. November 1961*, trad. de E. SCHMIED, Berlín, 1964.

213 V. *Loi V de l'an 1961 portant le Code Pénal de la République Populaire Hongrois*, en "Revue de Droit Hongrois", T. II, 1962, pp. 33 y ss.; *Criminal Code of the Hungarian People's Republic*, Budapest, 1962; *Der Strafkodex der Ungarischen Volksrepublik*, trad. de L. MEZÖFY, Berlín, 1964; *Strafgesetzbuch der Ungarischen Volksrepublik*, Budapest, 1963.

214 *Codul penal al Republicii Socialiste Romania*, Bucarest, 1968 (hay trad. alemana); trad. francesa de NICOLAE COMSA en MARC ANCEL-IVONNE MARX, IV, 1633 y ss.

215 *Code Pénal*, Belgrado, 1964; *Criminal Code*, Belgrado, 1964; *Das Jugoslawische Strafgesetzbuch vom 2. März 1951 i.d.F. vom 30. Juni 1959*, trad. de A. MUNDA, Berlín, 1961; trad. de VASILJEVIK y MARCOVIC, en MARC ANCEL-IVONNE MARX, op. cit., IV, pp. 2032 y ss.

texto técnicamente muy ponderable— materializó la reforma por ley del 19 de abril de 1969, vigente desde el 19 de enero de 1970<sup>216</sup>. De la *Unión Soviética* nos ocuparemos en particular más adelante<sup>217</sup>.

En Latinoamérica hay un permanente movimiento de reformas penales, muchas veces frustradas y de calidad bastante despareja. *Bolivia* ha sancionado su nuevo código penal el 23 de agosto de 1972, en vigencia desde el 2 de abril de 1973<sup>218</sup>, reemplazando de este modo al código penal con más larga vigencia en lengua castellana.

En *Uruguay* rige el código penal sancionado el 4 de diciembre de 1933, cuyo proyecto fue de José Irureta Goyena<sup>219</sup>. *Paraguay* reemplazó el código Tejedor el 22 de febrero de 1910, sancionando un proyecto que en 1905 había presentado Teodosio González<sup>220</sup>, el que fue reformado en 1914 y posteriormente<sup>221</sup>. *Brasil* sancionó su vigente código el 7 de diciembre de 1940, cuyo proyecto fue precedido por una extensa Exposición firmada por Francisco Campos, en la que se da cuenta de que el mismo es resultado de una reelaboración que del proyecto del Alcántara Machado había hecho una comisión integrada por Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queirós y Roberto Lyra. Este texto sufrió varias modificaciones posteriores<sup>222</sup> en tanto que en 1965 presentó un

<sup>216</sup> *Code Pénal de la République Populaire de Pologne*, trad. de K. PO-KLEWSKI-KOZIELL, con introd. de J. BAFIA, Varsovia, 1970; *Der Polnische Strafgesetzbuch (Kodex Karny)*, trad. e introd. de G. GEILKE, Berlín, 1970.

<sup>217</sup> V. *infra*, § 191.

<sup>218</sup> BALDIVIESO GUZMÁN, RENÉ, *El nuevo código penal. A manera de prólogo*, Cochabamba, 1973, pp. I a XIII; LEVENE-ZAFFARONI, *Códigos Penales Latinoamericanos*, Bs. As., 1978, T. I. Este código fue precedido por varios proyectos: José Medrano Ossio (1939), Julio Salmón (1935), Manuel López-Rey y Arrojo (1943); el que sirvió de base al texto de 1972 fue preparado por una comisión integrada por Manuel Durán P., Hugo César Cadima M., Manuel José Justiniano y Raúl Calvimontes N. del P. (*Bases y anteproyecto de Código Penal Boliviano*, La Paz, 1964).

<sup>219</sup> Sobre su autor, RAFAEL FONTECILLA R., *José Irureta Goyena*, en *Rev. Penal y Penit.*, XII, 1947, p. 137 y ss.

<sup>220</sup> GONZÁLEZ, TEODOSIO, *Derecho penal tratado bajo el doble aspecto científico y legislativo*, Asunción, 1928 (el codificador comenta allí su texto).

<sup>221</sup> V. *Código Penal Paraguayo y Leyes Complementarias*, anotado por OSCAR PACIELLO, Asunción, 1975.

<sup>222</sup> V. *Código Penal, Organização dos Textos, Notas Remisivas e Índices* por JUÁREZ DE OLIVEIRA E MARCUS CLAUDIO ACQUAVIVA, Sao Paulo, 1977.

anteproyecto Nelson Hungria<sup>223</sup>. En un trámite algo apresurado y poco calculado<sup>224</sup> se modificó ese anteproyecto y se le sancionó por ley del 21 de octubre de 1969, pero se prorrogó su puesta en vigencia y se modificó posteriormente su texto, quedando primero con "vigencia suspendida" *sine die*, y siendo finalmente derogado, al tiempo que se introdujeron algunas reformas liberalizadoras en el código de 1940, que rige en esa forma hasta el presente<sup>225</sup>. Chile mantiene la vigencia de su código penal de 1874, pese a que ha habido varios proyectos de reforma integral<sup>226</sup>.

Sobre la base de un proyecto de Víctor M. Maúrtua, presentado en 1916 y reelaborado en 1922, el Perú sancionó su vigente código el 10 de enero de 1924<sup>227</sup>. Ecuador sancionó su código penal vigente el 22 de marzo de 1938<sup>228</sup>, siendo los autores de la reforma Andrés S. Córdoba y Aurelio Aguilar Vázquez. Se le han introducido pocas reformas posteriores y ha habido varios proyectos de reformas integrales<sup>229</sup>. Después de varias tentativas fallidas, la más importante de las cuales fue la de una misión ita-

<sup>223</sup> *Anteproyecto del Código Penal Brasileño elaborado por Nelson Hungria y publicado por disposición del Señor Ministro de Justicia y Negocios Interiores, para recibir sugerencias*, trad. de E. R. ZAFFARONI, Nos. 1-2 del "Boletín del Instituto de Derecho Penal Comparado", Fac. de Derecho, Univ. Cat. de La Plata, noviembre de 1970.

<sup>224</sup> Sobre las peculiaridades del mismo, FRAGOSO, CLÁUDIO HELENO, *Lígoes*, Sao Paulo, 1976, pp. 299 y ss.; su texto en LEVENE (h.), RICARDO-ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Códigos Penales Latinoamericanos*, Bs. As., 1978, I, pp. 354 y ss.; también: *Código Penal, Decreto-lei Nº 1.004 de 21/10/69 com as alterações da lei Nº 6.016, de 31/12/73*, Departamento de Imprensa Nacional, 1974; PÉRICLES LUIS MEDEIROS PRADE, *Novo Código Penal*, São Paulo, 1973.

<sup>225</sup> Sobre la reforma de 1977, PAULO JOSÉ DA COSTA JR., *A nova lei penal*, São Paulo, 1977.

<sup>226</sup> Eduardo Erazo y Rafael Fontecilla (1929); Pedro Ortiz y von Bohlen (1929); Pedro Silva y Gustavo Labatut (1937); tenemos noticias de que se estaba preparando un nuevo proyecto en el área del Ministerio de Justicia chileno, a través de información periodística general.

<sup>227</sup> V. *La reforma del Código Penal. Proyecto presentado a la H. Cámara de Diputados por el Diputado ponente Dr. Víctor M. Maúrtua*, Lima, 1918; *Código Penal para la República del Perú*, Edición oficial, Lima, 1924; texto vigente en LEVENE-ZAFFARONI, op. cit., III, 275 y ss.

<sup>228</sup> Ha habido sucesivos textos ordenados, con la pésima costumbre de alterar la numeración del articulado. V. LEVENE-ZAFFARONI, op. cit., II, 265 y ss.

<sup>229</sup> CABEZAS BORJA, REINALDO, *Proyectos de Código Penal y Código de Procedimientos penales para la República del Ecuador*, Quito, 1948; ZAFFARONI, *Anteproyecto de Código Penal para la República del Ecuador*, México, 1970; RENGEL, JORGE HUGO, *Anteproyecto de Código Penal Ecuatoriano*, Quito, 1974 (este último de corte peligrósista y autoritario, v. el texto en LEVENE-ZAFFARONI, T. IV).

liana presidida por Antonio Córdoba<sup>230</sup>, Colombia sancionó su vigente código penal el 24 de abril de 1936, sobre un proyecto elaborado por una comisión que integraron Rafael Escallón, Carlos Lozano, Parmedio Cárdenas y Carlos V. Rey<sup>231</sup>, el que fue objeto de varias reformas. Se elaboró un proyecto de reforma integral en el Ministerio de Justicia en 1973, que luego fue reemplazado por otro en 1976, actualmente en estudio<sup>232</sup>. Venezuela sancionó una serie de textos sucesivos a partir de 1897, que cambiaron el sentido de la legislación de 1873, —inspirada en fuente española— para seguir las huellas del *Codice Zanardelli*, línea en la que también se mantiene el vigente texto que —con modificaciones— fue sancionado en 1926. Se sucedieron luego varios proyectos, pero ninguno llegó a reemplazar al texto de 1926<sup>233</sup>. Actualmente se halla un proyecto en estudio en el Congreso de la República<sup>234</sup>. El código penal de Panamá, es del 17 de noviembre de 1922, sin que hayan tenido éxito los intentos de reemplazarle<sup>235</sup>.

Costa Rica encabezó la reforma penal en Centroamérica, cambiando su código penal de 1941 por otro nuevo en 1971<sup>236</sup>. Casi de inmediato se produjo el cambio legislativo en otros tres países

<sup>230</sup> Hubo un proyecto en 1922, otro en 1925 de corte positivista; en tendencia opuesta al positivismo, no tan mala como se pretende, el proyecto elaborado por la "Misión Italiana": *Misión penal de Colombia, Proyecto de ley sobre código penal*, Bogotá, Imp. Nacional, 1927.

<sup>231</sup> *Proyecto de Código Penal*, Bogotá, Imp. Nacional, 1935.

<sup>232</sup> V. *Proyecto y Anteproyecto de Código Penal Colombiano*, editado por Guillermo Díaz Sanmiguel, Bogotá, 1977; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Nuevo esquema del delito en el Proyecto de Código Penal*; del mismo y NODIER AGUDELO BETANCUR, *Sugerencias para la reforma de la parte general del Código Penal*; FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Proyecto de Código Penal. Ponencia para primer debate*, todos en "Nuevo Foro Penal", enero-febrero de 1979; ALFONSO GÓMEZ, *Proyecto de nuevo Código Penal para Colombia*, en "Doctrina Penal", Bs. As., 1977.

<sup>233</sup> La reforma más importante tuvo lugar en 1964, en que se publicó un nuevo "texto íntegro". En 1938 hubo un proyecto de parte general de Tulio Chiossone; en 1944 uno de José Rafael Mendoza; en 1967 otro de Jiménez de Asúa y José Agustín Méndez (*Anteproyecto de Código Penal de 1967 y Exposición de Motivos*, Publicaciones de la Sec. del Senado de la República, Caracas, 1967).

<sup>234</sup> V. JOSÉ MIGUEL TAMAYO-JOSÉ SOSA CHACÍN, *Proposiciones para reformar el Código Penal Venezolano, Informes presentados al Congreso de la República*, 2 volúmenes, Caracas, 1977. El texto del proyecto también en LEVENE-ZAFFARONI, op. cit., T. IV.

<sup>235</sup> Hubo un proyecto en 1945 (González López, Morales y Tapia).

<sup>236</sup> V. el texto en LEVENE-ZAFFARONI, op. cit., T. I.

centroamericanos: *Guatemala, El Salvador y Nicaragua*<sup>237</sup>, que sancionan nuevos códigos penales, aunque es de lamentar que en general no hayan abandonado moldes bien clásicos. *Cuba* mantiene en vigencia el Código de Defensa Social del 11 de abril de 1936, cuya mayor parte corresponde a José Agustín Martínez<sup>238</sup>. *Haití* mantiene el Código Penal Francés, adoptado en 1835, al igual que la *República Dominicana*, que mantiene la traducción del mismo texto. En *Puerto Rico* se sancionó un código penal en 1902, que se mantuvo vigente hasta su reemplazo por el código actual, de 1974<sup>239</sup>.

*México* sancionó el 30 de setiembre de 1929 un código penal proyectado por José Almaráz y Luis Chico Goerne, de neto corte positivista, pero, además, de una técnica inusitada (constaba de más de mil artículos). El fracaso de este código dio lugar a que se integrase una comisión que elaboró el proyecto promulgado el 13 de agosto de 1931 y que aún rige con modificaciones<sup>240</sup>.

Cabe destacar que en Latinoamérica se vienen reuniendo numerosos profesores de derecho penal de distintos países, desde 1963, para elaborar un proyecto de código penal "tipo"<sup>241</sup>.

En *Surinam* se aplica con variables el derecho holandés<sup>242</sup> y en *Guyana* hay un texto revisado de 1973<sup>243</sup>.

<sup>237</sup> V. en LEVENE-ZAFFARONI, op. cit., el código guatemalteco, T. II, p. 350; el salvadoreño en T. III, p. 458, el nicaragüense en T. III, p. 11.

<sup>238</sup> V. el texto original en ARMANDO M. RAGGI Y AGEO, *Derecho Penal Cubano, El Código de Defensa Social*, La Habana, 1938. El texto vigente en LEVENE-ZAFFARONI, T. I; un proyecto en curso, publicado parcialmente en 1977, de corte netamente autoritario y peligrosista, en T. IV.

<sup>239</sup> Sobre los proyectos, V. Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Cámara de Representantes, *P. de la C. 27, 31 de enero de 1969*; LÓPEZ-REY Y ARROJO, MANUEL, *Estudio Penal y criminológico del proyecto oficial del código penal de 1967 para Puerto Rico*, San Juan, 1969; MIRÓ CARDONA, JOSÉ, *Borrador para un proyecto de código penal puertorriqueño*, sobretiro de la "Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico", 1972; el texto del código en LEVENE-ZAFFARONI, op. cit., T. III.

<sup>240</sup> Sobre este proceso, PORTE PETIT, *Evolución legislativa penal en México*, cit. En 1964 se redactó un proyecto "tipo": Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, *Memoria 1958-1964, Código Penal Tipo*, México, 1965. El texto fue proyectado por una comisión presidida por Fernando Román Lugo e integrada por Celestino Porte Petit, Luis Fernández Doblado, Olga Islas de González Mariscal, Luis Porte Petit Moreno y el asesoramiento de Luis Garrido (se reproduce en LEVENE-ZAFFARONI, op. cit., T. III).

<sup>241</sup> V. *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, publicado bajo la dirección de Francisco Grisolia, tres volúmenes, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1973.

<sup>242</sup> V. WYNHOLT, M. R., *Strafrecht in Suriname*, Deventer, 1965.

<sup>243</sup> *Criminal Law Act*, 1973.

En los *Estados Unidos*, la reforma de tradición inglesa se sumó a las dificultades propias de un sistema federal, provocando una anarquía legislativa en materia penal, para cuya superación el *American Law Institute* propuso un *Model Penal Code*<sup>244</sup>. En cuanto a la legislación federal, siguiendo el ejemplo del siglo pasado de Livingston, los pioneros del código "tipo" también ensayaron un proyecto de "Código Criminal Federal", que fue preparado por una comisión presidida por Louis B. Schwartz y organizada por ley 89-801. Schwartz comienza sus consideraciones en ese proyecto, destacando "el caos de la legislación existente", que no puede ser considerada un código a pesar de haber recibido su forma actual recién en 1948, pues considera que se trata sólo de una recopilación de estatutos, algunos de los cuales se remontan al siglo XIV<sup>245</sup>. En varios estados rigen nuevos códigos penales, entre los que cabe mencionar Illinois (1961), Minnesota (1963), Nuevo México (1963), Connecticut (1969), Nueva York (1965), Kansas (1969), Florida (1974), California (1967).

En *Canadá*, el código penal es de 1954 y está en vigencia desde el 1º de enero de 1955<sup>246</sup>. *Groenlandia*, por su parte, pese a integrarse en el Reino de Dinamarca, se rige por una ley penal particular, inspirada en el proyecto de Enrico Ferri, sancionada el 5 de marzo de 1944<sup>247</sup>.

En el lejano *Oriente*, *Japón* —que había sancionado su primer código penal en 1880 sobre modelo napoleónico—, sancionó el código vigente en 1907, sobre modelo alemán de 1871. En 1974 se ha presentado un nuevo proyecto a este respecto<sup>248</sup>.

<sup>244</sup> The American Law Institute, *Model Penal Code, Proposed Official Draft, submitted by the Council to the Members for Discussion at the Thirty-ninth Annual Meeting on May 23, 24, 25 and 26, 1962, May 4, 1962*, Filadelfia, 1962, (Herbert Wechsler y Louis B. Schwartz fueron los "reporters").

<sup>245</sup> The National Commission on Reform of Federal Criminal Laws, *Study Draft of a New Federal Criminal Code (Title 18 United States Code)*, 1970, XXVI.

<sup>246</sup> V. O'CONNOR, AUSTIN, *An Analysis of and a guide to the new criminal Code of Canada*, Toronto, 1955; *Code Criminel*, Montréal, 1973.

<sup>247</sup> *Loi criminelle pour le Groenland*, trad. de RICHAUME-LAMBERT, en *Les Codes Pénaux Européens*, cit., I, 393 y ss. V. nota introductoria, en p. 391 y también MARCUS, ZStW, 67 (1955), pp. 323 y ss.

<sup>248</sup> En 1953 se somete el texto penal a una reforma: SAITO, KINSAKU, *Das abgeänderte Japanische Strafgesetzbuch vom 10. August 1953*, Berlín, 1954; HIRANO, *Kritik des Reformentwurfs in Japan*, en ZStW, 1973, pp. 504 y ss.; TJONG, ZONG UK, *Acerca de la historia de la codificación penal en el Extremo Oriente*, en "Revista de Ciencias Jurídicas", Valparaíso, dic. 1975, pp. 151 y ss.

Corea se rige por el código penal de 1953, que muestra una clara influencia alemana y suiza, en tanto que *China Nacionalista* tiene un código penal sancionado en 1935<sup>249</sup>. *Afganistán* se rige por un código sancionado en 1924/1925<sup>250</sup>. El *código penal hindú* data de 1860, habiendo sido redactado por una comisión que presidía el célebre Macaulay y que se inspiró principalmente en Livingston y en el código francés<sup>251</sup>. *Irak* mantiene el código sancionado por las autoridades británicas en 1918<sup>252</sup>. *Irán* sancionó su código en 1926<sup>253</sup>. En *Israel* sigue vigente la ordenanza criminal impuesta por las autoridades británicas en 1937<sup>254</sup>. *Cambodia* se rige por un código de junio de 1934<sup>255</sup>. En *Santa Lucía* está vigente un texto adoptado en 1889<sup>256</sup>, con posteriores modificaciones. En *Tailandia* rige el código penal del 13 de noviembre de 1956 con reformas posteriores<sup>257</sup>. *Pakistán* tiene el código de la India con algunas modificaciones<sup>258</sup>. *El Líbano* se rige por un código penal de 1943<sup>259</sup>. *Mongolia* y *Vietnam* —como en general las democracias populares asiáticas— tienen empíricos sistemas pena-

<sup>249</sup> V. RYU, *Das Koreanische Strafgesetzbuch*, 1968; del mismo, *The Korean Criminal Code*; TJONG, op. cit.; del mismo, *Traditionelles und modernes Strafrecht in Korea*, en ZStW, 1976, 785 y ss.; para Corea del Norte: *Criminal Legislation in the People's Democratic Republic of Korea*, Washington, 1959; hay una traducción japonesa del código penal de Corea del Norte, Kioto, 1962.

<sup>250</sup> V. BECK, SEBASTIÁN, *Das Afganische StGB vom Jahre 1924 mit dem Zusatz vom Jahre 1925. Aus d. Persischen übers. u. mit einer allg. Einleitung in die Afganische Strafgesetzgebung versehen*, Berlín, 1928; hay una ley sobre delitos de los funcionarios y delitos contra intereses públicos de 1962.

<sup>251</sup> Macaulay and other Law Commissioners, *A Penal Code Prepared by the Indian Law Commissioners*, 1837. Thomas Babington Macaulay (1800-1859) fue además un famoso historiador inglés y político destacado (V. LÓPEZ, DANIEL, Introducción a: MACAULAY, *Reforma parlamentaria*, Bs. As. 1945). Citas de los trabajos de Macaulay y de su código son comunes incluso en libros estadounidenses (por ej., PAULSEN-KADISH, *Criminal Law and its Process, Cases and Materials*, Boston-Toronto, 1962).

<sup>252</sup> *The Baghdad Penal Code*, Bagdad, 1918.

<sup>253</sup> DAFTARY, ABKAR KAHN, *Geschichte und System des iranischen Strafrechts nebs eine Übersetzung der iranischen Strafgesetzbuches*, Bonn, 1935. Hay un texto ordenado de 1971.

<sup>254</sup> Hay una edición oficial del 7 de febrero de 1974.

<sup>255</sup> Hay una edición francesa: Royaume de Cambodge, Ministère de la Justice, *Code Pénal et Lois pénales*, Phnom-Pehn, 1956.

<sup>256</sup> V. *The Criminal Code of Saint Lucia*, St. Lucia, 1959.

<sup>257</sup> *The Criminal Code, Amendment Act*, Bangkok, 1956-1969; *The Penal Code of Thailand and its amendment*, trad. de Luang Dulya Sathya Patived, Bangkok, 1960.

<sup>258</sup> V. *Das Indische (Pakistanische) StGB*, trad. de Georg Dahm, Berlín, 1954.

<sup>259</sup> V. FOUAD AMMON, *Code Penal*, Beirut, 1956.

les<sup>260</sup>. En *Hong-Kong* rige el derecho inglés, con las peculiaridades propias del medio<sup>261</sup>. *Siria* posee un código penal que data de 1949<sup>262</sup>. El código de *Jordania* es de 1951 y el de *Kuwait* de 1960<sup>263</sup>. La *Federación Malaya* retiene la legislación colonial inglesa con reformas de 1957 y 1960<sup>264</sup>. En *Ceylán* se aplica la misma legislación con particularidades<sup>265</sup>.

En *Australia*, la base de su legislación penal es el derecho inglés, con parciales modificaciones<sup>266</sup>. En *Nueva Zelandia* rige una nueva ley penal desde 1961<sup>267</sup>. En *Nueva Caledonia* se aplica el código francés por decreto de 1877. En *Filipinas* regía el código español de 1870 con reformas<sup>268</sup>, que fue reemplazado en 1930 por un nuevo texto<sup>269</sup>.

En *Africa*, *Argelia* tiene un código sancionado en 1966<sup>270</sup>; *Botswana* del 10 de junio de 1964; *Camerún* del 12 de noviembre de 1965<sup>271</sup>; *Chad*, de 1963<sup>272</sup>; *Egipto* de 1937<sup>273</sup>; *Etiopía* tiene un código de 1957<sup>274</sup>; *Gabón* tiene un código del 31 de marzo de 1963; *Ghana* de 1960; *Guinea* de 1965; *Kenia* mantiene

260 V. *Criminal Legislation in the Democratic Republic of Vietnam*, Washington, 1958; *Criminal Code of the Mongolian People's Republic*, Washington, 1961-1962; en ruso hay un trabajo sobre legislación penal de China, Corea, Vietnam y Mongolia (Moscú, 1967).

261 ADDISON, FRANK, *A Digest of Hong-Kong Criminal Case Law, 1905/1967*, Hong Kong, 1968.

262 V. *Code Pénal, Decret Législatif N° 148, du 22 juin 1949, mis à jour Jer. janvier 1956*, Damasco, 1956.

263 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, 262.

264 SHERIDAN, *Malaya and Singapore. The Borneo Territories. The development of their Law and Contributions*, London, 1961.

265 V. WYETUNGE, E. P., *A completed Digest of Case Law on the Ceylon Penal Code, 1820-1955*, Colombo, 1955.

266 V. la bibliografía indicada *supra*, cap. II.

267 V. la bibliografía indicada *supra*, cap. II.

268 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, 264.

269 V. bibliog. indicada *supra*, cap. II.

270 *Ordonnance n° 66-165 du 8 juin 1966 portant Code Pénal, Alger, 1966*.

271 El código es del 12 de noviembre de 1965 y hay una edición bilingüe (francés-inglés) en Yaoundé, 1969.

272 République du Tchad, *Code Pénal, 1963*; hay otra edición, Présidence de la République, 1966.

273 CHERON-BADAWI, *Nouveau Code Pénal égyptien annoté*, El Cairo, 1938.

274 *Penal Code of Empire of Ethiopia of 1957*, Addis Abeba, 1957; *Le Code Pénal de l'Empire d'Ethiopie du 23 juillet 1957 présenté avec une introd. de Jean Graven*, París, 1959; GRAVEN, PHILIPPE, *An Introduction to Ethiopian Penal Law*, Addis Abeba, 1965; LOWENSTEIN, STEVEN, *Materials for the Study of the Penal Law of Ethiopia*, Addis Abeba, 1965. Ignoramos si después del cambio de régimen este texto se mantiene vigente.

la legislación colonial inglesa <sup>276</sup>; *Liberia* tiene un código de 1956 <sup>276</sup>; *Libia* tiene un texto de 1953 <sup>277</sup>; el texto oficial del código de *Malavia* fue publicado en 1970 <sup>278</sup>; el de Madagascar o República-*Malgache* en 1962 <sup>279</sup>; el de *Mali* en 1961 <sup>280</sup>; *Marruecos* se rige por un código penal de 1962 <sup>281</sup>; *Mauritania* sancionó su código en 1972 <sup>282</sup>; en *Nigeria del Norte* rige un código sancionado en 1959 <sup>283</sup> y en el resto del país el *Criminal Code* de 1916 <sup>284</sup>; el código de *Senegal* es del 21 de julio de 1965 <sup>285</sup>; *Sambia* publicó su *Penal Code* en 1965 <sup>286</sup>; *Somalia* adoptó el código italiano con modificaciones en 1963 <sup>287</sup>; *Sudán* tiene un código de 1925 <sup>288</sup>; *Tanzania* mantiene la tradición legislativa inglesa <sup>289</sup>; *Tunez* tiene un código de 1913/1914 <sup>290</sup>; *Uganda* tiene una edición revisada de su texto de 1951 <sup>291</sup>; la *Unión Sudafricana* aplica consuetudinariamente el derecho holandés y el *Common Law* inglés <sup>292</sup>.

<sup>276</sup> V. *Digest and Guide to the Criminal Law of Kenya*, Nairobi, 1954.

<sup>276</sup> V. KONVITZ, MILTON R., *Liberian Code of Laws of 1956. Adopted by the Legislature of the Republic of Liberia, March 22, 1956, prep. under the dir. of...* Ithaca, N. Y., 1956-1958.

<sup>277</sup> V. *Strafgesetzbuch von Libyen*, Tripoli, 1956.

<sup>278</sup> Está publicado oficialmente como capítulo 7.01 de las *Laws of Malawi*, 1970.

<sup>279</sup> *Code Pénal, Journal Officiel de la République Malgache n° 240, du 7 Septembre 1962*, Tananarive, 1965 (pp. 1765 a 1806).

<sup>280</sup> *République du Mali, Ministère de la Justice, Code Pénal (Loi du 3 aout 1961)*, Kouluba, 1961.

<sup>281</sup> Es del 26 a noviembre de 1962 (*Code Pénal*, Rabat, 1963).

<sup>282</sup> *Journal Officiel de la République Islamique de Mauritanie, año XIV. n° 331.*

<sup>283</sup> *Criminal Code*, London, 1959; *Collected Laws, Penal Code Law*, Kaduna, 1959; *Penal Code*, en "The Laws of Northern Nigeria in force on the 1st day of October, 1963", 1965.

<sup>284</sup> BRET. LIONEL-MAC LEAN, IAN, *The Criminal Law and Procedure of Lagos, Eastern Nigeria and Western Nigeria*, London, 1974.

<sup>285</sup> *Loi n° 65-60 du 21 juillet 1965 portant Code Pénal (Journal Officiel de la République du Senegal)*.

<sup>286</sup> *Republic of Zambia, Penal Code, Chapter 6, of the Laws*, Lusaka, 1965.

<sup>287</sup> V. ANGELONI, RENATO, *Codice Penale Somalo Commentato ed Annotato in base ai lavori preparatori - The Somali Penal Code with Comments and Annotations based on Preliminary Studies*, Milano, 1967.

<sup>288</sup> V. GLEDHILL, ALAN, *The Penal Codes of Northern Nigeria and the Sudan*, London, 1963.

<sup>289</sup> SLATTERY, BRIAN, *A Handbook on sentencing, with particular reference to Tanzania*, 1972.

<sup>290</sup> V. GUIRAUD, A., *Code Pénal Tunisien*, París, 1932; ES-SNOUSSI, M. T., *Code Pénal, Mis à jour et ann. au 31-7-64 avec prof. de Mahmoud El-Annabi*, Túnez, 1964.

<sup>291</sup> Law Development Center, *A Handbook for Magistrates*, Kampala, 1972.

<sup>292</sup> V. bibliografía indicada en Cap. II.

En general, el derecho africano ha receptado la tradición legislativa francesa<sup>293</sup> o la inglesa<sup>294</sup>. Hay algunos problemas, tales como el de las creencias sobrenaturales y el de la justicia tribal, que se agudizan en África<sup>295</sup>.

Es de destacar que el *derecho penal islámico* ha ejercido una influencia muy marcada en las legislaciones y en los últimos tiempos arrecia como manifestación de intolerancia política y religiosa. La "Sharia" (o ley penal islámica)<sup>296</sup> que había sido derogada en el período colonial, fue restablecida en el último tiempo en varios países. Dicha ley —aparte de prodigar la pena de muerte por lapidación, decapitación y horca— establece el corte de la mano derecha del ladrón (o de la izquierda, si es zurdo). De los países árabes que han restablecido la "Sharia" (Qatar, Yemen del Sur, Omán, Libia, Pakistán, Arabia Saudita), algunos también restablecieron la amputación talional, pero con la particularidad de practicarla con anestesia y por un cirujano (Pakistán, por ej.), aunque en otros —como Libia— se la rechaza por "tener necesidad de brazos" para el trabajo. Se afirma que Egipto está también dispuesto a restablecer la ley islámica, modificando su legislación penal e incluyendo el delito de apostasía, penado con la muerte, para los que abandonan la religión mahometana<sup>297</sup>.

<sup>293</sup> V. autores varios, *Aspects significatifs de la politique criminelle de pays de l'Afrique noir francophone*, en "Archives de Politique Criminelle", 1975, 1.

<sup>294</sup> Sobre "Criminal Law in Common Law Countries of Africa" se realizó un seminario de verano en el "Max Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht", en Freiburg i. Br., en 1972, preparado por Barbara Huber y dirigido por Hans Heinrich Jescheck y Alan Milner, con la participación de L. A. Chataikah, Manfred Hinz, Rüdiger Schott, Gerd Spittler.

<sup>295</sup> V. MILNER, ALAN, *Hexenwesen, Ehestand und Plitsche, Einige Kulturprobleme im afrikanischen Strafrecht*, en ZStW, 1972, 254.

<sup>296</sup> V. BERCHER, LEÓN, *Les délits et les peines de droit commun prévus par Le Coran*. Túnez, 1926; ARÉVALO, RAFAEL, *Derecho Penal Islámico*, Tanger, 1939.

<sup>297</sup> V. información de agencia "ANSA", diario "La Nación" de Buenos Aires, noviembre 10 de 1977.