

La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo (*)

EUGENIO RAUL ZAFFARONI

Profesor de Derecho penal
Universidad Nacional de Buenos Aires (Argentina)

1. *¿Llegó Beccaria a América Latina?* Se trata de una buena pregunta, que es ineludible en la medida en que se quiera ser fiel al dato histórico. No nos preocupa la parte anecdótica, o sea, saber si el libro de Beccaria llegó a nuestro margen, cuándo y cómo. Esas son curiosidades, sumamente interesantes a veces (1), pero en modo alguno decisivas para saber lo que realmente nos interesa: si la ideología de Beccaria llegó a estas tierras. Tenemos la certeza —que referiremos casi a modo de epílogo— de la llegada de los «Anti-Beccaria», pero existen dudas, por ilógico que parezca, acerca de la llegada de la propia ideología de Beccaria.

La dificultad de esta cuestión comienza en la propia Italia y, en cierta medida, en el resto de Europa. Si se toma a Beccaria

(*) Ponencia presentada al Congreso Internacional Cesare Beccaria y la Política Criminal Moderna, celebrado en Milán (Italia), los días 15 a 17 de diciembre de 1988.

(1) Sobre la traducción de Beccaria al castellano (*Tratado de los delitos y de las penas*, traducido del italiano por don Juan Antonio de las Casas, Madrid, 1774) y correspondencia entre Pietro Giusti, Beccaria y Paolo Frisi, puede verse la edición de Beccaria preparada por Franco Venturi, Einaudi, 1981, pp. 564-569. En la carta que Pietro Giusti le dirige a Beccaria se refiere al traductor como el Abate Juan Antonio de las Casas y reflexiona sobre el apellido del mismo, recordando al famoso Bartolomé de la Casa, Obispo de Chiapas, célebre defensor de los indios en América. En realidad, no puede saberse si ese apellido era una coincidencia u ocultaba el seudónimo de un cierto Abate Juan Alves o Alvarez, mencionado por Alejandro Verri como el verdadero traductor de Beccaria. Se ha afirmado, sin mayor fundamento, que el traductor era en realidad el propio Campomanes, versión que recogen Cantú y Nypels (un análisis detallado de la cuestión y de las primeras ediciones castellanas en LAPLaza, FRANCISCO, *Estudio Preliminar* a la edición bilingüe de Beccaria, Buenos Aires, 1955, p. 152). Los traductores españoles de Beccaria siguieron siendo casi anónimos durante larguísimo tiempo, como sucede con Juan Ribera en 1820 y con el misterioso traductor de 1822, cuya reedición tuvo lugar en 1828, constituyendo la versión castellana más difundida en América. Esto obedecía a que la obra había sido incluida en el *Index*, con las consecuencias que eso aparejaba en la España absolutista, donde las traducciones aparecían al compás de los vientos liberales.

**TRATADO
DE LOS DELITOS
Y
DE LAS PENAS.**

**Por BECCARIA.
NUEVA TRADUCION.**

Con el Comentario de Voltaire, la Respuesta de Beccaria á las Notas y Observaciones de Facchini, las Observaciones de Hautefort, las Cartas relativas á la obra, las Consideraciones de M. Roscher sobre la pena de muerte, las Notas (entre las cuales algunas inéditas) de Diderot, de Morellet, de Brissot de Warville, de Mirabeau, de Servan, de Ruzi, de M. Berenger, etc.

PRECEDIDA DE UNA NOTICIA SOBRE BECCARIA.



« En las cosas difíciles, no hay que esperar sembrar y coger todo á la vez; es menester trabajar para hacer madurar, á fin de poder recoger un día los frutos que se han de sacar.

B, 002.

**MADRID,
EN LA IMPRENTA DE ALBAN.**

Hállase también en casa de ROSA, en París, gran
Patio del Palacio Real.

1822.

como un simple producto del pensamiento francés, carente de cualquier originalidad, es natural afirmar que lo que nosotros recibimos fue el pensamiento del racionalismo penal, pero no realmente el de Beccaria, ya que no existió. Por el contrario, si lo consideramos un autor original, será posible rastrear su llegada.

Adelanto desde ahora la respuesta: creo que Beccaria llegó ideológicamente a América Latina, lo que presupone tomar partido por su originalidad creativa. En cuanto a esta última, creo que los más connotados detractores de su originalidad creativa, sus minimizadores más enconados, casi a renglón seguido se ven en la necesidad de reconocerle su importancia y, contradictoriamente, su originalidad (2). Esta no significa pretender que Beccaria haya sido lo que no fue y, obviamente, no fue ni pretendió ser un filósofo. No obstante, su originalidad indiscutida estriba en haber mostrado en forma sistemática las consecuencias de la aplicación de ideas filosóficas de su momento en el campo del control social punitivo. En ese sentido, Beccaria hizo lo que nadie había hecho, dirigiéndose al público culto de su tiempo. Por ello, fue un creador y, a su respecto, sucede lo mismo que con los restantes creadores que conoció la Humanidad: todos son cuestionados porque tuvieron precursores y antecedentes, a los que sus detractores pretenden asignarles todo el mérito de la creación. El único creador que no puede ser atacado de esta manera es Dios, claro está siempre que se crea en Él. El resto, esto es, los creadores humanos, siempre son un producto de la fuerza de ideas que ya están en el ambiente de su tiempo.

Pero con Beccaria no sólo sucede esto, sino que incluso se pretende que no fue el autor de su obra y que la misma debe ser atribuida a los hermanos Verri, hombres de mayor empuje político, ciertamente. Se ha destacado, con suma razón, que los Verri han sido algo así como los «obstetras» del alumbramiento del libro de Beccaria, pero que el libro, indudablemente, pertenece al marqués milanés (3), por mucho que la autoría de la respuesta

(2) Este es el caso de Ugo Spirito: «Più che essere la creazione geniale di un uomo che apre nuove vie alla scienza, è l'espressione della comune mentalità dominante, di cui il Beccaria è quasi uno strumento, che, come tale, avrebbe potuto essere sostituito più, o meno bene da qualche altro pensatore illuminista dell'epoca» (*Storia del Diritto Penale Italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Torino, 1932, p. 35). No obstante, en el mismo texto se contradice: «E necessario insistere ancora sull'importanza che il lavoro del Beccaria ha come primo vero tentativo di un ordinamento sistematico del diritto penale attorno a un chiaro e preciso pensiero informatore» (p. 42). No sorprende esta minimización que de Beccaria hace Spirito, si tenemos en cuenta la defensa que siempre hizo de un pensamiento sustancialmente hostil al que se insertaba Beccaria (vid., por ejemplo, SPIRITO, *Giovanni Gentile*, Firenze, 1969). También parece asignarle poca importancia FAUSTO COSTA (*Diritto e pena nella Storia del pensiero umano*, Torino, 1928, p. 103), a diferencia de Rodolfo Mondolfo, que en su monografía —una de las más lúcidas filosóficamente— destaca particularmente la figura del marqués lombardo (*Cesare Beccaria y su obra*, Buenos Aires, 1946).

(3) Así, VALERI, NINO, *Pietro Verri*, Milano, 1937, p. 111.

al oscuro Fachinei sea dudosa. El mérito del libro es de Beccaria, sin duda, y su creatividad también.

Bueno es preguntarse cuál es la razón de semejante ensañamiento contra Beccaria en la propia Europa y hasta en la propia Italia. En un sentido creemos que no resulta muy tolerable que un hombre de la Lombardía, sometida en ese momento al dominio extranjero, descalabrada económicamente por ese dominio, insertada en un país que quedó atrasado en el proceso de acumulación originaria de capital industrial, deba ser reconocido como el creador de una ideología revolucionaria en el ámbito del control social punitivo, el artífice ideológico de la transformación del control punitivo del mercantilismo al del industrialismo. Por otra parte, para los enemigos del derecho penal de garantías, es decir, para los posteriores pensadores del control social del industrialismo, Beccaria se torna un personaje molesto, tanto como toda la corriente racionalista, puesto que su objetivo es desembarazarse de los límites reclamados por éstos. Otro orden de factores en la minimización que de la creación de Beccaria se pretende es cierto nacionalismo, que aspira a mostrar a cada uno de los penalistas ilustrados del propio país como superior a Beccaria, al menos en algún aspecto. La postergación italiana del siglo pasado, el penalismo autoritario y los «chauvinismos» son, pues, a nuestro juicio, las claves de esas tentativas minimizantes de la creatividad del marqués.

2. *Particularidades de la llegada de Beccaria a América Latina.* Hemos dicho que es necesario rastrear la llegada de Beccaria a América Latina, a diferencia de lo que sucede con los distintos países europeos. Esto es casi obvio, porque se trata de dos procesos diferentes, original o autónomo uno y derivado y dependiente el otro. Se ha clasificado a los procesos civilizatorios hace años en «procesos de actualización» y de «modernización», entendiéndose por los primeros a los que dan lugar a un progreso tecnológico en forma autónoma, en tanto que los segundos son procesos incorporativos, en los que una civilización con tecnología más avanzada incorpora y somete a otra u otras (4). Conforme a esta clasificación, América Latina, desde hace medio milenio viene sufriendo procesos de «modernización incorporativa»: primero, fue incorporada a la civilización mercantilista, con el colonialismo ibérico, y más tarde, a la civilización industrial, con el neocolonialismo anglosajón (resta ver si consigue un proceso de actualización ahora o si sufrirá una nueva modernización incorporativa con el tecno-colonialismo).

El primer proceso de modernización incorporativa, esto es, el colonialismo ibérico, llegó a su fin ante la incapacidad de las po-

(4) RIBEIRO, DARCY, *O processo civilizatório. Etapas da Evolução Sócio-cultural*, Petrópolis, 1978 (traducción italiana, Feltrinelli, 1973).

tencias colonizadoras para industrializarse. Su estructura de imperios salvacionistas (5) les impidió adaptarse a las necesidades de la producción industrial y, por ende, perdieron la hegemonía europea y consecuentemente mundial. En el siglo XVIII se opacó su estrella y las potencias del centro-norte europeo las desplazaron. Mantenían, en tanto, sus colonias en América, pero por pocas décadas. En la segunda mitad del siglo XVIII, Beccaria construye la ideología con la que se operaría la transformación del control social central, pero era obvio que esa obra pionera en Europa, sólo llegaría a Latinoamérica una vez superada la barrera que le oponía al colonialismo mercantilista todavía vigente aquí y, además, en la forma de un nuevo proceso de modernización, o sea como una transculturación ideológica, y no por efecto de un proceso de actualización.

La segunda mitad del siglo XVIII latinoamericano se caracteriza por las rebeliones: la de los caciques de Lima y Huarochiri en Perú; las de los indios mayas en Yucatán en 1765; la de los mineros de San Luis Potosí, en México, en 1767, y las dos famosas guerras, de Túpac Amaru en Perú en 1780 (6) y de los Comuneros de la Nueva Granada en 1781 (7). Durante esas décadas se difundía en la América de habla castellana la filosofía del Iluminismo (8) y la propia compañía de Jesús (9) no había sido ajena a esa difusión, la que se resiente un tanto con su expulsión —en 1767, que provoca una emigración forzada de filosofía americana a Europa (10)—, aunque no por ello se interrumpe. Idénticos fenómenos tenían lugar en la América de lengua portuguesa: la famosa conjuración de Tiradentes en 1789 en Minas Gerais, la de Río de Janeiro en 1794, la de los *Cavaleiros da Luz*, de Bahía, en 1797, todas ellas bajo la influencia de ideas enciclopedistas e iluministas (11).

Esa era, pues, la situación de Latinoamérica en la segunda mitad del siglo XVIII, en tanto que en Europa se entendía, por parte del mismo pensamiento que alimentaba las iniciativas independentistas latinoamericanas, que América era una tierra inferior, desde

(5) RIBEIRO, DARCY, *op. cit.*, p. 130.

(6) VALCÁRCEL, DANIEL, *La rebelión de Túpac Amaru*, México, 1965.

(7) TORRES ALMEYDA, LUIS, *La rebelión de Galán el Comunero*, Bacaramanga, 1961.

(8) Vid. MORENO, RAFAEL, *La filosofía moderna en la Nueva España*, en «Estudios de historia de la filosofía en México», UNAM, México, 1980; CARDIEL REYES, RAÚL, *Los filósofos modernos en la Independencia Iberoamericana*, México, 1980.

(9) Cfr. CARDIEL REYES, *op. cit.*, p. 27.

(10) Vid. LAFAYE, J., *Quetzalcóatl y Guadalupe. La formación de la conciencia nacional en México*, México, 1977, p. 166; GAOS, JOSÉ, *En torno a la filosofía mexicana*, Madrid, 1980, p. 49.

(11) BUARQUE DE HOLANDA, SÉRGIO, *História Geral da Civilização Brasileira sob a direção de...*, 1. *A época colonial*; 2. *Administração, Economia, Sociedade*, São Paulo, 1982, p. 394.

lo geológico a lo animal, pasando eso a lo antropológico (12), o sea, que esas eran las mismas ideas que fundarían la antropología colonialista y que luego provocarían la dialéctica de «civilización y barbarie», a cuyo amparo se consolida el neocolonialismo.

Producida la Independencia, como es natural, con el apoyo y la intervención de Gran Bretaña, se genera un enfrentamiento en casi todos los países, además de una balcanización en la América española (evitada en la portuguesa), que facilita la consolidación del neocolonialismo. La Independencia fue llevada a cabo por los pueblos, pero la hegemonía quedó en manos de los hijos y descendientes de colonizadores. Groseras discriminaciones étnicas perduraron —y subsisten en buena medida— y, entre los miembros de las clases dirigentes es dable distinguir a los que permanecían vinculados a la producción colonial y los que adherían al nuevo orden neocolonialista (las denominaciones en cada país varían, pero en la mayoría fueron conocidos como «conservadores» y «liberales» (en otros «federales» y «unitarios», «blancos y colorados», etc.), antagonismos éstos que a veces tenían connotaciones religiosas (integristas los primeros, más o menos librepensadores los otros, aunque no es la regla). Finalmente triunfó, como era natural, el proyecto «liberal» (así se llamó al neocolonialismo), en tanto que los partidarios de los proyectos «conservadores» (intereses ligados a la economía primaria colonialista) llegaron a acuerdos de conveniencia, fueron eliminados o quedaron reducidos a minorías nostálgicas ultrarreaccionarias. En enfrentamiento más extremado tuvo lugar en México, donde no hesitaron en la contradicción de coronar emperador al hermano de Francisco José II de Austria con el apoyo de Napoleón III.

La consolidación de las estructuras neocolonialistas aparejó el ocaso de la producción esclavócrata, la paulatina abolición de la esclavitud, la ruina de regiones enteras —que antes habían sido los centros económicos por excelencia— y la concentración urbana, el crecimiento de los puertos y la formación de «repúblicas oligárquicas», como el «porfiriato» mexicano, la «República Velha» brasileña, los «patricios» peruano, argentino, etc. En los años de lucha entre los proyectos colonialista y neocolonialista, los que estaban del lado del segundo produjeron la transcultura del control social punitivo, con la sanción de legislaciones penales sobre modelos europeos (13), es de-

(12) Corresponde a un italiano el estudio más documentado sobre las versiones europeas acerca de la inferioridad de América y la polémica que desató: ANTONELLO GERBI, *La disputa del Nuevo Mundo. Historia de una polémica, 1750-1900*, México, 1982 (primera edición italiana, *La disputa del Nuovo Mondo*, 1955).

(13) Los textos que se importaron después de los primeros de 1830 en Bolivia y Brasil (a los que nos referiremos en detalle) y hasta 1880, fueron el belga al Ecuador, el bávaro de 1813 a la Argentina y el Paraguay, el francés a Haití y la República Dominicana y los españoles de 1848-1850 y 1870 al resto de América de habla castellana.

cir, de legislaciones penales importadas de Europa para reemplazar la vieja legislación colonial (14). Este difícil momento de lucha o de muy reciente consolidación de los proyectos llamados «liberales» (neocolonialistas) es, pues, el momento en que llega Beccaria a nuestro margen, con las legislaciones que inspiran nuestros primeros códigos. Como puede verse, la llegada a Latinoamérica no puede compararse bajo ningún punto de vista con su recepción en los países de Europa. No obstante, como veremos luego, no fue un mero instrumento neocolonizador, pese a las banderas que lo desembarcaban. Los procesos civilizatorios tienen aristas insospechadas y, frecuentemente, las incorporaciones encierran elementos disfuncionales a sus propios intereses incorporativos y de sometimiento.

3. *Beccaria en los ilustrados de las potencias colonizadoras de América Latina.* Es indiscutible que la influencia primaria de Beccaria en la intelectualidad latinoamericana se recibió a través de los penalistas de la Ilustración de España y Portugal. Dos fueron los

(14) En la América colonizada por España la fuente más importante de legislación penal era la *Nueva Recopilación* de 1567, ordenada por Felipe II (*Tomo Segundo de las Leyes de Recopilación que contiene los Libros Sexto, Séptimo, Octavo y Nono*, Madrid, 1775, pp. 312-475, que corresponden al Libro Octavo, dedicado a las leyes penales). La legislación especial para las colonias se contenía en la *Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias* de 1680, pero ésta remitía en buena parte a la *Nueva Recopilación*, suplida por el *Fuero Real* (del año 1255) y especialmente por las famosas *Partidas de Alfonso el Sabio* (del año 1263). (Vid. BERNI, *Apuntamientos de las Leyes de Partida al tenor de leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles y práctica moderna, que escribe el Dr. Don Joseph Berni y Catala*, Partida VII, en Valencia, por los herederos de Gerónimo Conejos, 1759, p. 131). En 1805, la *Nueva Recopilación* fue reemplazada por la *Novísima Recopilación*, ya en los albores de la Independencia (*Los Códigos Españoles*, Madrid, 1848), cuya vigencia se discute en algunos países de América Latina. La América de colonización portuguesa no fue sometida a una legislación colonial específica como las *Leyes de Indias* españolas de 1680, o al menos ésta no fue recopilada y ordenada con la misma técnica, aunque, por cierto, se emitían Cartas Regias y otros dispositivos destinados a regular la organización y administración colonial. En lo básico se aplicaba la legislación portuguesa directamente, esto es, las *Ordenações Manuelinas* de 1521, obra impulsada por don Manuel «o Venturoso», y, posteriormente, las *Ordenações Filipinas*, decretadas en 1603 por Felipe II de España, que reinaba como Felipe I de Portugal, y ratificadas en 1643, al restablecerse la monarquía portuguesa. Este texto rigió hasta la vigencia del *Código Criminal do Império* de 1830 (*Ordenações y Leis do Reino de Portugal, recopiladas por mandato del rei D. Felipe o Primeiro. Nona edição, feita sobre a primeira de Coimbra de 1789, confrontada y expurgada pela original de 1603*, Tomo III, Coimbra, na Real Imprensa de Universidade, 1824; su Libro Quinto se reproduce en PIÉRANGELLI, JOSÉ HENRIQUE, *Códigos Penais do Brasil, Evolução histórica*, Bauru, 1980; sobre las manuelinas, el texto en *Ordenações do Senhor Rey D. Manuel*, Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1797, reprod. facs. de la Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, con nota de presentación de Mario Júlio de Almeida Costa). El primer Código portugués fueron las *Ordenações Alfonsinas*, que probablemente fueron aprobadas en 1447, pero no es posible que hayan tenido vigencia directa en Brasil, particularmente porque los primeros tiempos de la colonización no eran propicios para finezas jurídicas. No obstante, debe admitirse su vigencia por vía de soporte de las posteriores *Ordenações* y como fuente subsidiaria (*Ordenações do Senhor Rey D. Alfonso V. Livro I*, Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1792, edic. facs. cit. con nota del mismo autor).

nombres que brillaron en esos países, sin lugar a dudas: *Manuel de Lardizábal y Uribe* en España y *Pascoal José de Mello Freire dos Reis* en Portugal.

a) *Lardizábal* (15) reconoció en su obra la deuda con el Iluminismo de su tiempo. Rechazaba el contractualismo en la versión de Rousseau, afirmando que el hombre nació para vivir en sociedad (16), apelando para ello a la verdad revelada (17), siguiendo la tradición escolástica, que afirma que a esta verdad se llega tanto por la fe como por la razón. No obstante, afirma que a las penas se llega por el contrato, negándola en el estado natural, en que todos los hombres eran iguales, en tanto que la pena supone la superioridad del que la impone: «Cuando los hombres, para evitar las incomodidades y los males que necesariamente trae consigo la vida solitaria, se unieron en sociedad, es evidente que, para que ésta pudiera conservarse, todos y cada uno de ellos renunciaron voluntariamente una parte de su libertad», depositándola en manos de la comunidad o de la cabeza que eligieron, «para poder gozar con más seguridad de la otra parte que se reservaban» (18). A renglón seguido hace referencia a la advertencia bíblica, que recuerda a los gobernantes que el poder de que disponen lo han recibido del Señor. El autor del *Discurso sobre las penas* se volvía contra la consideración del hombre como cosa, al igual que Beccaria (19), oponiéndose a que se confundan las personas con las cosas, las vidas con los bienes. No obstante, con pensamiento aparentemente lógico, elude las consecuencias de su afirmación, mostrando en su real magnitud un Derecho destinado a castigar a los pobres, aunque critique sus excesos: «El que invade los bienes de otro sin perjudicarle en su persona debería ser castigado

(15) Nació en Tlaxcala, México, en 1739, trasladándose a España en 1759, donde continuó sus estudios y se graduó en la Universidad de Valladolid. Escribió un discurso preliminar a la edición del Fuero Juzgo de la Real Academia (*Discurso sobre la legislación de los visigodos y formación del Libro o Fuero de los Jueces, y su versión castellana*, en Real Academia Española, «Fuero Juzgo en Latín y Castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la...», Madrid, 1815, pp. 3-44). En 1782 publicó su obra más famosa: *Discurso sobre las penas contraído a las leyes penales de España para facilitar su reforma por Don Manuel de Lardizábal y Uribe, del Consejo de S. M. su Alcalde del Crimen y de Hijosdalgo de la Real Chancillería de Granada* (Madrid, 1782, par Don Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S. M. con las licencias necesarias; se reproduce en la «Revista de Estudios Penitenciarios», núm. 174, Madrid, julio-septiembre de 1966, con estudio preliminar de José Antón Oneca). Murió en Madrid en 1820. Sobre su vida y pensamiento: BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, FRANCISCO, *El primer penalista de la América española*, México, 1957; RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL DE, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fe (Argentina), 1964 (con nutrida bibliografía, p. 101); SALDAÑA, QUINTILIANO, *Adición al «tratado» de F. von Liszt*, Madrid, 1926, 370; SALDAÑA, QUINTILIANO, *Criminalia*, México, 1937, 390; GARRIDO, LUIS, *Criminalia*, México, 1947, 356.

(16) *Discurso*, p. 47.

(17) *Idem*, p. 56.

(18) *Idem*, pp. 55, 78 y 79.

(19) *Idem*, p. 59, y Beccaria, párr. 27 (sobre este aspecto de Beccaria, MONDOLFO, RODOLFO, *op. cit.*, pp. 45-49).

con penas pecuniarias: pero si no tiene bienes, como sucede muchas veces, no debe quedar el delito impune. En todos estos casos y otros semejantes, es necesario imponer otras penas; pero procurando apartarse siempre lo menos posible de la analogía que debe haber entre la pena y el delito: regla que no se ha observado en algunas de nuestras leyes.» El principio de legalidad lo fundaba en razones prácticas, a diferencia de Beccaria. Entre las razones prácticas asignaba un papel importante a la prevención general (20), aunque sin llevar las cosas hasta el límite de la intimidación. En cuanto a la pena, para Lardizábal persigue un fin de utilidad pública que se traduce en la prevención general, en la prevención especial y en el mejoramiento del delincuente (21).

b) *Mello Freire* dejó la docencia en 1792, dedicándose a la elaboración de dos Proyectos de Código, uno de Derecho público y otro de Derecho criminal, concluidos los cuales entró en seria polémica con el revisor de los mismos, el retardatario Antonio Ribeiro dos Santos. Su historia del Derecho portugués fue censurada a causa de no aceptar el poder ilimitado real (22). Su Proyecto de Código Criminal, considerado en el momento en que fuera elaborado, constituye un avance notable frente a la legislación portuguesa. El texto consta de 66 títulos que abarcan el Derecho penal y procesal penal, citando en su introducción, entre otros, a Beccaria, Montesquieu, Servan, Vermeil, Locke, Rousseau, Voltaire, Blackstone, etc., lo que da clara idea de su ideología, bien manifiesta por otra parte, puesto que, refiriéndose a las leyes penales europeas de su tiempo afirma que «en todas vemos decisiones no sólo injustas y crueles, sino incongruencias y contradicciones monstruosas entre las mismas leyes y sus circunstancias, entre los principios de la naturaleza y las mismas instituciones civiles» (23).

En lo doctrinario, su obra más interesante son sus *Institutionis Juris criminali lusitani*, publicadas en Lisboa en 1789 (24), donde define al delito como «una acción ilícita admitida espontáneamente y perjudicial a la República o a los particulares», de lo que deduce

(20) *Discurso*, p. 72.

(21) *Idem*, pp. 65 y 77-79.

(22) Nació en Ansiao en 1738 y murió en Lisboa en 1798. Se doctoró en Coimbra en 1757, a los diecinueve años, siendo catedrático allí en 1781. Desempeñó cargos de Juez de Corte, Consejero Real y Miembro de la Real Academia de Ciencias de Lisboa. Vid. SERRÃO, JOEL, *Dicionario de História de Portugal*, p. 249.

(23) *Código Criminal intentado pela Rainha Maria I. Autor Pascoal José de Mello Freire*, Lisboa, 1823, p. 9.

(24) Tenemos a la vista la edición de 1842: PASCHALIS JOSEPHI MELLII FREIRII, *Institutionum Juris Criminalis Lusitani, Liber Singularis, Coninbricae*, 1842. Hay traducción parcial en *Antologia do pensamento juridico português*, en «Boletim do Ministério da Justiça», núm. 49, julio de 1955, pp. 67-75. Esta obra forma parte de una trilogía con *Institutionis Juris Civilis Lusitani, cum Publici tum Privati*, Lisboa, 1789, y *Institutionis Juris civilis Lusitani*, Lisboa, 1788.

que la acción no es delito, aunque sea ilícita, cuando no fue determinada a lesionar a otro, precisando que el pensamiento no puede ser penado y reclamando una ley que permita disminuir la pena para los delitos tentados. «Se deben distinguir los pecados y los vicios de los hombres de los delitos públicos y particulares.» El principio de reserva lo expresaba como garantía de libertad civil: «Los ciudadanos pueden, libre e impunemente, hacer todo lo que no está prohibido en las leyes de la ciudad. Y aquí está el efecto necesario de la libertad civil. Llámase libertad civil a aquella que compete al hombre en su condición social. Consiste en la facultad, de la que hace uso cualquier hombre, de hacer todo por su propia voluntad, todo, claro está, lo que es permitido por la ley.» Considera que cuando es la ciudad la que comete una injusticia contra el ciudadano, debe ser considerada una ciudad delincuente.

Su pensamiento era contractualista: «El hecho de penar nace de la renuncia de los derechos que competen a los ciudadanos entre sí y en relación a los otros, lo que tendrá por fundamento el pacto social.» Definía a la pena como un «mal físico causado por un mal moral infligido por el que tiene el derecho de obligar». Su criterio sobre las clases de penas y su naturaleza era cercano al de Montesquieu. En cuanto al fin de las penas, Mello Freire seguía cercanamente a Séneca: «En la punición de las injurias se sigue esta triple ley: o para que ermiende a aquél a quien pena, o para que su pena haga mejor a los otros, o para que, sacados los malos, los otros viván más tranquilos; por tanto, es injusta la venganza, enteramente ajena al deber, a la dignidad y a la humanidad del gobernante, pues el simple castigo ni se dirige a la enmienda del delincuente ni a la preservación de los otros.»

Nos hemos referido a los dos ilustrados más cercanos a este margen, por haber surgido en las potencias colonizadoras en el momento de su decadencia como tales, es decir, que tuvieron influencia en la legislación penal latinoamericana debido a que fueron los modelos liberales de una tardía renovación de esas potencias (y, en ambos casos, frustrada y postergada). No obstante, no fueron los únicos receptadores de buena parte del pensamiento de Beccaria que influyeron nuestras leyes penales primeras en el momento de la transculturación neocolonialista. Debe tenerse en cuenta que Latinoamérica buscó modelos legislativos sumamente dispares y, para no referirnos más que al siglo pasado, que es el de la llegada de Beccaria, debemos tener presente que en América central y en el *Código do Império* del Brasil fue importante la influencia de Livingston (25), que en los modelos españoles de 1848-1850 y 1870, que eran una versión español-

(25) *Exposé d'un système de législation criminelle pour l'Etat de la Louisiane et pour les Etats-Unis de l'Amérique*, par Edward Livingston, précédée d'un préface par M. Charles Luchas et d'une notice historique par M. Mignet, Paris, 1872, dos volúmenes.

con apoyo guatemalteco. Todo esto proporciona un panorama político desolador, que se completa con el asesinato del Vicepresidente de Guatemala. Ante tan graves acontecimientos políticos, no es muy factible la sanción salvadoreña de 1826 y, en caso de haber existido, se torna muy problemática su vigencia. Éstos acontecimientos también generan una presunción contraria a la sanción del proyecto de Livingston en Guatemala, al menos antes de 1830. Dicho de otro modo: de haber existido esas sanciones, su vigencia debió de ser efímera, al punto que no han dejado tras de sí huella alguna en la legislación penal latinoamericana.

b) *El Código Penal Santa Cruz*

1. *Su sanción.* «Las leyes claras y positivas son la base de la buena 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.» Tales son las palabras con que el Presidente Andrés Santa-Cruz se dirigía a la Nación boliviana en la proclama con que fundaba el decreto que promulgaba los códigos civil y penal de 1830 y que aparece en diferente papel e impresión, pegada tras la portada de la edición oficial de 1831. «La razón y la experiencia —continuaba— 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 mas bien se ha sabido conciliar la seguridad del inocente con el temor del malvado.»

El propio Presidente da cuenta de la vía por la que ese texto obtuvo sanción: «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 en una junta presidida por el gobierno y compuesta de magistrados respetables que reúnen la experiencia, la probidad y el saber» (32).

El Presidente Santa-Cruz se refería al Congreso Constituyente convocado por Bolívar en 1824. Las alternativas de la sanción en ese cuerpo fueron breves, pero reveladoras del estado de ánimo de la época. En la *sesión del 8 de noviembre de 1826* no hubo acuerdo unánime cuando se trató el dictamen de la comisión que aconsejaba la sanción del Código español de 1822. Dice textualmente el acta de la sesión de esa fecha (33): «En seguida se ocupó la sala del Proyecto

(32) Según la edición oficial, hay otra sanción parlamentaria del 30 de octubre de 1829 (p. 234), firmada por Mariano Guzmán, Manuel María Urcullu, Casimiro Olañeta y Manuel José de Antequera.

(33) Transcribimos los textos de las actas con su ortografía original. Agradecemos disponer de ellas a la generosa colaboración del joven jurista boliviano doctor don Luis F. Alipaz Echazu, que nos transcribió y remitió las mismas.

en que la Comisión de legislación creía de necesidad adoptar el Código penal de las Cortes españolas. Se opuso el señor Bozo estrañando que la Comisión hubiese procedido tan lijeramente, y queriendo que el código penal se ecsaminase y sancionase por el Congreso con las reformaciones que fuesen convenientes. De esta misma opinión fueron los señores Salinas e Irigoyen. Sosteniendo el dictamen de la Comisión los señores Ministros del Interoire, San Jinéz, Guzmán y Calvimontes dijeron que est Código era el fruto de la Filosofía y de las luces del siglo tomadas de los mejores criminalistas y conformes a los principios de Ventan, Veccaria y otros autores. Que siendo preciso adoptar un código penal ninguna sería más a propósito que éste, cuyo conocimiento data en la época en que la libertad era el eco uniforme en España, y no del antiguo diseminado en cien volúmenes, y lleno de los horrores consiguientes à los tiempos de oscuridad y barbarie á que debe su origen. Declarada la materia suficientemente discutida se aprobó el proyecto en jeneral. El señor Bozo indicó que se nombrasen cinco abogados del seno del Congreso para ecsaminar el Código penal, y hacer las alteraciones que estén en la naturaleza de las circunstancias del país. Esta indicación fué apoyada, y admuitida, y renovandose las observaciones por una y otra parte se aprobo en votacion y en consecuencia quedaron elegidos nominalmente los senores Dalence, Guzman, Gutiérrez, Martin e Irigoyen á quienes se recomendó la pronta espedicion de este negocio.»

Se volvió sobre el tema poco más de mes y medio más tarde, en la *sesión del 25 de diciembre de 1826*. La mayoría de la Comisión nombrada el 8 de noviembre se pronunció contra la sanción del Código, en tanto que la minoría (Manuel Martín y José María Dalence) postularon la sanción inmediata del mismo. Los diputados de la minoría de la Comisión presentaron el siguiente proyecto: «El Congreso ha resuelto que el Código Penal de las Cortes Espanolas se observe provisoriamente en la República, imprimiéndose para el efecto bajo las limitaciones y advertencias siguientes:

»1.^a) El máximum de duración de las penas consistentes en trabajos es el siguiente: Trabajos perpetuos catorce años; obras públicas doce años; y presidio ocho años.

»2.^a) En los grados intermedios se hará la rebaja de estas penas con proporción a la duración indicada como máximum en el partido antecedente.

»3.^a) Se suprimen los artículos que hablan de indultos particulares, delitos de Relijión y abusos de imprenta.

»5.^a) Los jueces de derecho declararan el grado del delito y aplicaran la pena por la certidumbre que ministre el proceso segun se hace actualmente.

»6.^a) Se harán igualmente las supresiones de los artículos que sean contradictorios a los de la Constitución, y leyes decratadas por

el Congreso, y las variaciones que sean indispensables en el lenguaje por la misma razón.

»7.^a) El Gobierno nombrará tres abogados para que hagan estas modificaciones, y que aprobadas por la Suprema Corte de Justicia, se publiquen para su cumplimiento.

»8.^a) Este código se someterá á la discusión de la próxima Legislatura, y sólo hasta entonces tendrá efecto. Lo que y de orden del Soberano. Dios y Chuquisaca Diciembre 25 de mil ochocientos veintiséis. Firmado: Manuel Martín. José María Dalence.»

En defensa del dictamen de la minoría y de su consiguiente proyecto se sostuvo que, habiendo «una ley de responsabilidades, era cosa monstruosa dejar a los jueces abandonados al acaso en medio del laberinto de las leyes antiguas, cuya historia recorrieron, para probar que habían sido dictadas ya por los Reyes, ya por el Consejo de Castilla, ó por otras Corporaciones que, en diferentes épocas se habían arrogado el derecho de legislar; el paso que el Código en cuestión había sido formado en un tiempo de libertad, y por los hombres más sabios de España, que en sus trabajos habían sido guiados por la Filosofía y merecido la aprobación de los mejores publicistas como Ventan y Benjamín Constant. Citaron dos de las leyes antiguas, la una que prohibía tirar con perdigones á veinte leguas de distancia de la Corte, por haber un muchacho dado un perdigonazo a un Consejero de Castilla. La otra que prohibía los balcones por haberle roto la cabeza á un cobachuelista una maseta de flores.»

Los defensores de la tesis sostenida por la mayoría de la Comisión tampoco fueron parcos en sus argumentaciones:

«Los Señores que defendían el dictamen de la Comisión hicieron á su vez la enumeración de los defectos de que en su opinión, adolecía el Código criminal dado por las Cortes Españolas. Espusieron que aunque éste fuera enteramente perfecto había sido formado para los españoles y no para los bolivianos, siendo notablemente diferentes sus costumbres y habiendo una distancia inmensa entre la ferocidad de aquellos y la dulzura y amabilidad de estos últimos; que insistir en querer aprobar el código en cuestión sería lo mismo que querer ponerle a un pigmeo un vestido muy bien hecho para un gigante. Pero que sin embargo el código era un volumen sin filosofía, atroz y anárquico a la vez, copiado del Código Francés, hecho para sostener la tiranía según la opinión del colegio de abogados de Madrid, y demás sabios que fueron consultados en aquella época, y aun en la del mismo Constant, a quien los señores de la oposición habían citado muy fuera de propósito, pues era él quien había combatido al código con más suceso. Concluyeron con que este podría adaptarse á Bolivia con reformas que la Comisión no se creía capaz de verificar en menos de dos meses; que siendo esto imposible, se debía el asunto para las próximas legislaturas rijiendo entre tanto las leyes antiguas sin mu-

chos inconvenientes, pues que debían entenderse derogadas aquellas que fuesen contrarias a la Constitución.»

En síntesis, puede verse que había una absoluta coincidencia en cuanto a la necesidad de superar la legislación indiana y española, pero en tanto que unos estimaban que debía reemplazársela de inmediato por el Código español de 1822, otros consideraban que éste necesitaba numerosas reformas y preferían que, hasta que las mismas se proyectaran, permaneciese vigente la legislación colonial. En la votación triunfó el criterio de la minoría de la Comisión: «Después de algunas otras observaciones —reza el acta— se dió el asunto por discutido, y procediéndose a votar si se admitía, o no el Código Criminal votado por las Cortes Españolas resultó la afirmativa.» «En seguida se puso en discusión la minuta presentada por los señores Dalence y Martin, la cual fue aprobada en jeneral, después de haber observado algunos señores que el Congreso no puede delegar su facultad lejislativa y habérseles contestado que la Corte Suprema no haría otra cosa que aprobar la redacción hecha por los tres abogados sobre las bases dadas por el Congreso, cosa muy sencilla, pues que para ello no se necesitaba sino de saber de aritmética.»

Dos días más tarde, en la *sesión del 27 de diciembre de 1826*, se procedió a la discusión en detalle del proyecto aprobado en general: «Puesta en discusión, la primera parte, algunos Señores, creyeron que el macsimum de las penas debía entenderse cuando más a diez años de trabajos, para probarlo espusieron que este castigo era peor que la muerte. Los Señores que defendían la minuta contestaron que los catorce años de trabajos estaban puestos en lugar en muchos casos de la pena capital, y eran siempre más soportables que ésta. Que por otra parte los reos con su buena comportación podían amortizar su pena, de suerte que podía llegar el caso de que un delito, el más atroz fuese castigado con un año y medio de prisión. Dado el asunto discutido, la primera parte fue aprobada. En seguida lo leyeron las 2.^a y 3.^a Las partes 4.^a, 5.^a y 6.^a fueron aprobadas sin oposición. Puesta en discusión la 7.^a se observó por una parte que el Congreso no tenía facultad para delegar la soberanía en la Corte Suprema de Justicia, y por otra que esta sin ejercer ninguna autoridad lejislativa, sólo estaba encargada de ecsaminar si la redacción hecha por los abogados era conforme á las bases establecidas por el Soberano Congreso. Dado el asunto por discutido, la parte 7.^a quedó aprobada, igualmente que la octava y última, con una pequeña variación: en cuya virtud quedó redactada en estos términos: Este Código se sometera a la discusión de la prócsima lejislatura, y se observará hasta su resolución.»

Cuatro años demoró el cumplimiento de lo resuelto por el Congreso Constituyente de 1826. El artículo 1 del decreto de promulgación disponía que en el Palacio de Gobierno, en Chuquisaca, el 28 de octubre de 1830. Refrendaban el decreto los Ministros del Interior

y Relaciones Exteriores, Mariano Enrique Calvo; de Hacienda, José María Lara, y de Guerra, Mariano Armaza. La impresión de los códigos se demoró más de lo previsto, por lo que el 22 de marzo del año siguiente, el Presidente dispuso que los mismos entrarían en vigencia el 2 de abril de 1831. El 15 de julio de 1831, la Soberana Asamblea Constituyente de Bolivia ratificaba la vigencia de los códigos que había mandado observar el Presidente «mientras el Poder Legislativo se ocupa de su discusión y sanción», decreto que el Presidente manda ejecutar el 18 de julio de 1831 y que se imprime en la contraportada de la edición oficial, cuya portada dice: «Código Penal Santa-Cruz. Paz de Ayacucho, Imprenta del Colejio de Educandas: Administrada por Manuel V. del Castillo, 1831» (34).

2. *Su modelo.* El Código boliviano de 1830 era fundamentalmente el Código español en 1822, tal como lo expresaba el propio Presidente Santa-Cruz en el decreto promulgatorio. Ese texto ibérico había tenido su origen en el proyecto que elaboró una comisión especial nombrada por las Cortes liberales de España, que dio comienzo a sus trabajos el 9 de noviembre de 1820 y que lo presentó el 21 de abril de 1821. Firmaban el proyecto —como miembros de la comisión— los diputados Francisco Martínez Marina, José María Calatrava, José Manuel de Vadillo, Joaquín Rey, Andrés Crespo Cantolla, Francisco Javier Caro y Lorenzo Rivera (35). Dado que la impresión del proyecto se demoró, se pidió una prórroga para estudiarlo, por lo que la discusión pasó a las Cortes de 1822. En este trámite se perdió la minuta del proyecto de código, que fue hallada luego en la mesa de un oficial de secretaría, lo que dio lugar a una investigación y sanción al funcionario (36). En la sesión del 10 de mayo de 1822, el Presidente comunicó que halló una inscripción en el acta de la sesión del 13 de febrero que daba por aprobado el código por las Cortes, pero manifestaba su extrañeza y perplejidad ante la ausencia del texto de las correcciones, por lo que se decidió nombrar una comisión para que revisase el texto y constataste que se hallaba de acuerdo con lo aprobado por las Cortes. La comisión produjo su informe al 21 de mayo (37). Quien en las diferentes ocasiones tomó la palabra para solicitar las prórrogas y los informes fue el diputado Calatrava, por lo que cabe suponer que tuvo destacada actuación en la redacción del mismo. En los debates se citaron muchos nombres, entre los cuales cabe mencionar los de Bentham, Beccaria y Filangieri, aunque algunas veces se citó también a Lardizabal.

(34) El texto consta de 234 páginas, 6 de índice y una fe de erratas.

(35) *Diario de Sesiones de Cortes, Legislatura de 1821*, Madrid, Imprenta de J. A. García, 1873, II, pp. 1155 y ss. (Biblioteca de la Universidad de Salamanca).

(36) *Idem*, 1822, T. II, p. 987, núm. 66, sesión del 25 de abril de 1822.

(37) *Idem*, p. 1465.

Las Cortes lo decretaron el 8 de junio de 1822 y fue sancionado por el Rey el 9 de julio de 1822 (38).

En la presentación de la comisión especial, hecha en 1821, no se mencionan nombres ni bibliografía que indiquen la pista del modelo seguido en la elaboración del proyecto. En gran parte ello puede obedecer a que es hasta cierto punto considerable la influencia francesa y no resultaba grata por entonces la imputación de «afrancesamiento». No obstante, no es una reproducción de la fuente francesa, ni mucho menos, sino que es original en muchos aspectos, siendo su extensión y explicitación mucho mayores que las del texto francés. Siendo así, no resultan del todo claras sus fuentes de inspiración, creyendo por nuestra parte que ellas deben buscarse en el *Code*, en las ideas de Lardizábal y en las de Bentham. Pese a que era la «época de Bentham», como bien dice Antón Oneca (39), la moda no triunfó totalmente, porque el código está hasta cierto punto más cerca de Lardizábal que de Bentham (40), aunque por razones políticas el nombre de Lardizábal haya sido callado en el debate más de lo debido. También se ha opinado que la omisión de mayores referencias a Lardizábal surge en su posición de ilustrado frente a la posición políticamente liberal de las Cortes (41). Blasco y Fernández de Moreda opinaba que «el texto redactado por los legisladores de 1822 recogió mucho del ideario de nuestro autor, cuyo pensamiento anima gran número de los preceptos articulados en el primero de nuestros códigos penales» (42).

En la presentación del proyecto, la comisión criticaba la legislación entonces vigente, es decir, la Novísima Recopilación, cuyo Libro XII contenía las disposiciones referentes a «los delitos y sus penas y de los juicios criminales». Realmente, la sola lectura de ese Libro da idea del atraso en que se hallaba la legislación penal española, dividida en cuarenta y dos títulos, encabezados con las leyes que ordenaban la expulsión de los judíos y la prohibición de entrada al reino (43). De allí que se justifique ampliamente la calificación de leyes crueles, sanguinarias, oscurísimas, incomprensibles, parciales, con-

(38) *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, 164 pp. (Biblioteca de la Universidad de Sevilla).

(39) ANTÓN ONECA, JOSÉ, *Estudio preliminar al «Discurso sobre las penas» de Manuel de Lardizábal*, Madrid, 1967, p. 35.

(40) Vid. la bibliografía sobre este texto indicada por RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal, Parte General*, 7.^a ed., Madrid, 1979, pp. 96-98. Son particularmente interesantes las Cartas de Bentham.

(41) Así, RIVACOBA Y RIVACOBA, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fe, 1964, p. 97, con precisas indicaciones de las veces que Lardizábal fue citado en el debate parlamentario del código.

(42) BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Lardizábal, el primer penalista de América española*, México, 1957, p. 180.

(43) MARTINEZ ALCUBILLA, *Códigos Antiguos de España*, Madrid, 1885, T. II, pp. 1852-1994.

tradictorias, y otras no menos severas que emplea la comisión especial (44). La comisión agregaba que revisó los documentos existentes en el Consejo de Castilla y que halló sólo borradores incompletos de lo que no era más que la preparación de una nueva edición de la Novísima.

En la presentación se fundaban sólo algunos puntos del proyecto, comenzando con la disposición, según la cual la embriaguez no exime ni atenúa, tema en el cual vuelve sobre argumentos aristotélicos. Luego considera la deportación como una pena útil y rechaza la pena de marca, reservada sólo por ella para la pena de trabajos perpetuos. Esta limitada aplicación no fue sancionada, pese a que el artículo 53 del Código establecía la llamada «muerte civil» del condenado a trabajos perpetuos. Tales disposiciones no pasaron al Código boliviano, que reemplazó los trabajos perpetuos por trabajos por catorce años. La comisión fundaba la supresión de todo derecho de asilo en la afirmación de que el mismo no es necesario en una nación civilizada. Propugnaba, por último, la divulgación del proyecto y su disposición para aceptar las observaciones que se le formularsen.

El destino político del Código español de 1822 fue sumamente curioso y accidentado, llegándose incluso a dudar de su efectiva vigencia. Es evidente que el código no fue publicado hasta septiembre de 1822, puesto que la fórmula de comunicación que aparece impresa en la edición oficial, a continuación del tratado de extradición con Marruecos y que lleva la firma de «Felipe Benicio Navarro», está fechada en Madrid, en septiembre de 1822, hallándose en blanco la cifra que correspondería al día y que se llenaría en cada caso (45). Una Real Orden publicada el 27 de septiembre establecía que la vigencia comenzaría el 1 de enero de 1823. El 7 de abril de 1823 se produjo la caída del gobierno constitucional y el consiguiente retorno del absolutismo, protagonizado por ese gran perjurio que fue Fernando VII, quien el 1 de octubre de 1823 anuló todos los actos realizados por el régimen liberal, con lo que la legislación penal española volvió durante otro cuarto de siglo a la Novísima Recopilación.

Fue en tierras americanas donde el Código de 1822 obtuvo vigencia perdurable. Con posterioridad a 1830 y como consecuencia del proceso legislativo que ya estaba en curso en ese año, el texto sufrió modificaciones que no alteraron su estructura, lo que dio lugar al curioso fenómeno de que el Código de 1822 naciera muerto en Espa-

(44) *Diario de las Sesiones de Cortes, Proyecto de Código Penal presentado a las Cortes por la Comisión Especial nombrada al efecto*, 1821, p. 1155, apéndice al núm. 34.

(45) Vid. p. 164.

(46) Vid. BLACKSTONE, W., *Commentaires sur les lois anglaises*, trad. de Chompré, Paris, 1823, T. V, pp. 478 y ss. (Seguramente, fue consultado a través de la edición de Bruselas, de 1776, aunque también pudo serlo en las parciales francesas de 1776 o de 1801.)

ña, pero renaciera en Bolivia, donde vivió por espacio de ciento cuarenta y tres años.

3. *La estructura del Código Penal Santa-Cruz.* La parte general estaba contenida en un *título preliminar*, sin denominación, que se dividía en doce capítulos. El *Capítulo 1.º* estaba dedicado a los «delitos y culpas en general». Daba una definición material de delito, requiriendo voluntad, malicia, acción u omisión, violación de la prohibición y punibilidad (art. 1). La culpa se caracterizaba por la falta de malicia, lo que revela que para este antiguo texto «voluntad» y «dolo» no eran sinónimos. El artículo 3 consagraba el principio de legalidad, igual que el 4 del Código francés. El artículo 5 definía la tentativa, siguiendo el modelo del artículo 23 del Código francés. La conjuración y la proposición eran punibles sólo cuando la ley lo determinase (arts. 4 y 6). La tentativa se penaba con la cuarta parte a la mitad de la pena del delito, además de la pena del delito que se hubiese consumado en su curso en caso de tentativa calificada (art. 8). El artículo 9 consagraba la impunidad del pensamiento y de la mera resolución, lo que empañaba con la posibilidad de someter al sujeto a vigilancia de la autoridad.

El *Capítulo 2.º* trataba «de los delincuentes y culpables y de los que responden de las acciones de otros». El artículo 10 consagraba el principio de igualdad ante la ley, eliminando todos los privilegios, salvo las excepciones derivadas del Derecho internacional. El artículo 11 prescribía la aplicación del código a los delitos cometidos por nacionales en el extranjero, que debiesen ser penados por tribunales bolivianos. El artículo 12 extendía la responsabilidad a los autores, cómplices auxiliares y autores, receptadores y encubridores. Los artículos 13 a 17 estaban dedicados a desarrollar estos conceptos. Los artículos 18, 19 y 20 atenuaban las penas de las mujeres que participasen en los delitos de sus maridos y de los descendientes que lo hiciesen en los de sus ascendientes. El artículo 21 eximía de pena al coaccionado y al que cumplía una orden obligante, y el artículo 22 atenuaba la pena del que hubiese sufrido una coacción que no excluyese totalmente la culpabilidad.

Los artículos 23, 24 y 25 establecían el régimen de los menores: no había responsabilidad penal alguna hasta los siete años; el mayor de esa edad y menor de diecisiete, si hubiese actuado con discernimiento, era penado con pena atenuada y nunca podía ser condenado a muerte (arts. 63 y 64); en caso contrario, era entregado a los mayores responsables de él, salvo que no los hubiere y que la gravedad del caso exigiese su internación en una casa de corrección hasta los veinte años.

El artículo 26 consagraba la ausencia de responsabilidad penal en los casos de delirio, demencia, sueño u privación no provocada del uso de la razón. La embriaguez voluntaria y cualquier otra situación análoga no excusaban ni atenuaban la pena. El artículo 27 se refería

a quienes estaban obligados a responder pecuniariamente por acciones de otros (ascendientes, tutores y curadores, guardadores, amos y jefes de establecimientos, maridos, fiadores, mesoneros y fondistas).

El *Capítulo 3.º* estaba dedicado a «las penas y sus efectos» y al «modo de ejecutarlas». Dividía las penas en corporales, no corporales y pecuniarias. Conocía once penas corporales: muerte, trabajos de catorce años (modificaba en esto al Código español), deportación, destierro o extrañamiento perpetuo, presidio, obras públicas, reclusión en casa de trabajo, «ver ejecutar una sentencia de muerte», prisión en una fortaleza, confinamiento en un pueblo o distrito, destierro perpetuo o temporal de un pueblo o distrito. Las penas no corporales eran trece: infamia, inhabilidad, privación de empleo, suspensión, arresto, sujeción a vigilancia, fianza de buena conducta, retractación, satisfacción, apercibimiento, reprensión, «oír públicamente la sentencia», casa de corrección para mujeres y menores. Las penas pecuniarias eran la multa y la pérdida de efectos (art. 28).

Se regulaba detalladamente la aplicación de la pena de muerte, que se ejecutaba incluso simbólicamente en el cadáver en caso que el reo muriese antes de la ejecución (art. 33). El medio de ejecución era el garrote «sin tortura alguna ni otra mortificación previa de la persona» (art. 38). La ejecución se llevaba a cabo con amplia publicidad (arts. 37 y 39), difiriendo el atuendo del reo según el crimen cometido y el distinto grado de infamia. Los reos de traición y parricidio no recibían sepultura en campo santo. Los reos de trabajos a catorce años trabajaban encadenados (art. 47), los de presidio lo hacían sin cadenas y hasta ocho años (art. 54), los de obras públicas lo hacían en lugares públicos y con cadenas ligeras por un máximo de doce años (arts. 55 y 56), los de reclusión lo hacían en casas cerradas y eran remunerados (arts. 58 y 59).

En los casos en que el reo no podía resarcir el daño era puesto bajo arresto en lugar de trabajo hasta dos años (art. 93).

El *Capítulo 4.º* trataba «del modo de graduar los delitos y de aplicar y dividir las penas», como también «de las circunstancias que los agravan y disminuyen, de las penas que se deben aplicar cuando concurren diferentes y de las exclusiones de todo asilo para los que delinican». El artículo 99 establecía que en cada delito penado con pena divisible se debían distinguir tres grados de gravedad. No obstante, no consagraba el sistema de las penas totalmente fijas, sino que dividía en seis partes el máximo y una vez establecido el grado conforme a las agravantes y atenuantes que tabulaban los artículos 104 y 105, permitía que el juez se apartase un sexto del máximo menos en el grado mayor, uno más en el menor y uno en más o en menos en el medio, «dejándose ese arbitrio al prudente juicio de los jueces, según la mayor o menor gravedad que resulta» (art. 100). Entre las agravantes taxativas tomaba en cuenta «la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos por la mayor frecuencia de los delitos»

(art. 104, inc. 2.º), principio bastante irracional que había enunciado Bentham y que mereció una serie crítica de Carmignani.

Una complicada fórmula reconocía la validez del razonamiento judicial por analogía (art. 107), pero excluía expresamente la integración analógica (art. 108). El artículo 113 desconocía cualquier derecho de asilo dentro del territorio boliviano.

El *Capítulo 5.º* se ocupaba «de las reincidencias y del aumento de penas en estos casos». El artículo 117 contenía una tabla para la agravación de las penas, según se tratase de primera o segunda reincidencia. El *Capítulo 6.º* trataba de la obligación que todos tienen de impedir los delitos y noticiarlos a la autoridad, y de la persecución, entrega o remisión de los delincuentes; el *Capítulo 7.º* se ocupaba «del derecho de acusar los delitos y de los acusados y procesados»; el *Capítulo 8.º* se refería a «los reos ausentes y contumaces».

El *Capítulo 9.º* versaba sobre «la rebaja de pena a los delincuentes que se arrepientan y enmienden y de las rehabilitaciones de los mismos después de cumplir sus condenas». El artículo 142 establecía un embrionario sistema progresivo que llegaba a la rebaja de pena en mérito al arrepentimiento y la enmienda. Para ello, el jefe de cada establecimiento debía llevar un libro en el que anotase «puntualmente la conducta que observe, así por lo relativo a su aplicación al trabajo, como en cuanto a sus costumbres y demás acciones» (art. 146).

El *Capítulo 10.º* trataba «de la prescripción de los delitos y culpas» y el *Capítulo 11.º* «de la indemnización a los inocentes». El *Capítulo 12.º* se ocupaba «de los delitos y delincuentes no comprendidos en este código». A este respecto modificaba el texto español, suprimiendo el artículo 183 de aquél, que reconocía el fuero eclesiástico, y el 184, sobre competencia militar, y modificando el 185 español, que pasa a ser 166 boliviano, pero en el que se suprime la competencia militar sobre cualquiera.

Aunque su técnica no fuese muy depurada —particularmente, por su redacción farragosa— constituye todo un ejemplo para la legislación de su tiempo. Pocas dudas caben, por otra parte, de que, si bien en Pacheco fue decisiva la importancia del Código brasileño de 1830, el texto que le siguió en jerarquía de modelo de decisión política fue este Código español de 1822, dando por resultado el texto español de 1848 reformado en 1850 y en 1870. Sin lugar a vacilaciones, puede afirmarse que la elección que hizo el Congreso Constituyente de Bolivia y que ratificó Santa-Cruz con su oportuna sanción en 1830, fue sumamente acertada, en particular ante la carencia de juristas en condiciones de elaborar un texto original. Escapa a nuestras posibilidades un análisis de las dificultades de comprensión y de las particularidades jurisprudenciales en la aplicación de este texto durante su dilatada vigencia en Bolivia, pero sería un apasionante campo para la sociología del Derecho penal.

c) El «Código Criminal do Império do Brasil»

1. *Su sanción.*—Pocas diferencias mediaban entre la legislación que Brasil había heredado de Portugal y la que Bolivia había heredado de España. La Novísima Recopilación española no hacía más que una depuración del Libro VIII de la Nueva Recopilación (47), en tanto que para Brasil regía el Libro V de las «Ordenações Filipinas», que provenían de la misma época que la Nueva Recopilación, como que las había sancionado en 1603 el mismo Felipe II, a la sazón Rey de Portugal con el nombre de Felipe (48). En 1821, João VI había jurado las «Bases de Constituição Política da Monarquia Portuguesa», pero por Ley de 1823 seguían vigentes las «Ordenações Filipinas».

La Constitución de 1824 disponía la formación de un código criminal, pero recién en 1826 el diputado *José Clemente Pereira* presentó un proyecto a la Cámara (49). Pereira era portugués y fue autor de un proyecto para la abolición de la esclavitud, lo que por aquel momento era considerado una agresión a los intereses nacionales.

En abril de 1827, el Emperador destacó la necesidad de la codificación penal y civil, y, el 4 de mayo del mismo año, el diputado *Bernardo Pereira de Vasconcelos* presentó otro proyecto que contenía tanto la parte penal como la procesal penal. Ideológicamente, Vasconcelos era un ilustrado, o sea, un liberal adaptado a las condiciones esclavistas de la sociedad brasileña de la época. Por consiguiente, si bien rechazaba cualquier intento republicano que afectase esa estructura económica, también le repugnaban las caducas instituciones de las «Ordenações». Además, su ideología cuadraba bien a su condición de egresado de Coimbra, donde había sido alumno de Mello Freire (50), a quien nos referiremos en el número siguiente. Como buen ilustrado, Vasconcelos fue un propulsor de la enseñanza y no deja de ser un kantiano en cuanto a algunos ribetes de su concepción de la pena, pues en los tiempos en que se elaboraba el código también se discutía una ley de imprenta y Vasconcelos ya sostenía que la pena debía adaptarse a la sensibilidad del ofendido (51), lo que se consagraría luego expresamente en el artículo 19 del código.

(47) Vid. *Tomo Segundo de las Leyes de Recopilación que contiene los Libros Sexto, Séptimo y Octavo, i Nono*, Madrid, 1775. En la Imprenta Real de la Gazeta.

(48) *Ordenacoes e Leis do Reino de Portugal recopiladas per mandado del Rei D. Philippe o Primeiro. Nona edicao, feita sobre a primeira de Coimbra de 1789, confrontada e expurgada pela original de 1603, T. III, Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1824.*

(49) Los datos sobre la sanción corresponden a los *Anais do Parlamento Brasileiro, Câmara dos Deputados*, editados en Río de Janeiro, en 1874 los correspondientes a 1826, en 1875 los de 1827, en 1877 los de 1829 y en 1878 los de 1830 (originales en el Archivo Histórico, Río de Janeiro). Los sintetiza muy detalladamente en su investigación sobre este código ZAHIDÉ MACHADO NETO, *Dirêito Penal e estrutura social (Comentario sociológico ao Código Criminal de 1830)*, Sao Paulo, 1977.

(50) Cfr. BASILEU GARCÍA, *Instituicoes de Direito Penal*, I, p. 121.

(51) Por supuesto, Vasconcelos no recibió esta idea directamente de Kant, sino a través de Bentham, para quien constituía su «sexta regla» de medida de penas: «La

La Cámara de Diputados designó una comisión para que estudiase ambos proyectos, pero la misma se limitó a expedirse el 14 de agosto de 1827, aconsejando la impresión de ambos proyectos, aunque también proponía que se tomase en cuenta para el debate el de Vasconcelos. La comisión estaba integrada por José Antônio da Silva Maia, Cândido José de Araújo Vianna, José da Costa Carvalho, M. D. de Almeida e Albuquerque y João Cândido de Deus e Silva. En tanto, Soúto Clemente de Vieira Souto había hecho llegar a la Cámara una traducción del proyecto de Livingston para Louisiana, y, luego de recibido el informe al año siguiente, la Cámara recibió un original del mismo, que remitió a la comisión especial que tenía reunida al efecto de coordinar las observaciones (52).

En junio de 1828 se decidió integrar una comisión bicameral para que estudiase los proyectos de Pereira y Vasconcelos, la que no se expidió hasta el 31 de agosto de 1829, expresando que había seguido el consejo de la comisión de diputados, esto es, adoptar como base de discusión el proyecto de Vasconcelos, pero sin dejar de tomar en consideración las ideas de Pereira. La comisión había estado integrada por Nicolau Pereira de Campos Vergueiros, José Antônio da Silva Maia, Manoel Gaetano de Almeida Albuquerque, José da Costa Carvalho y João Cândido de Deus e Silva. La Cámara resolvió discutir el proyecto de la comisión bicameral, poner a votación si debían continuar la pena de muerte y la de galeras y nombrar una comisión para que recogiera las observaciones formuladas el proyecto y en base a ellas les diese una redacción definitiva. La comisión estuvo integrada esta vez por A. P. Limpo de Abreu, F. de Paula e Souza y Luiz Cavalcanti.

La discusión se inició el 10 de septiembre de 1830 y en el curso de la misma se votó, a propuesta del diputado Régo Barros, la supresión de la pena de muerte para delitos políticos. La Cámara resolvió que debían incluirse las penas de galera y la de muerte para delitos comunes graves. La comisión recogió las restantes observaciones y dio redacción definitiva al proyecto, presentándolo el 19 de octubre de 1830. Tres días después fue aprobado por la Cámara de Diputados, que el 26 de noviembre del mismo año recibió una comunicación de la Cámara de Senadores en la que se la informaba que el proyecto había sido aprobado por el Senado sin observaciones. El Emperador

misma pena no debe ser infligida para el mismo delito a todos los delincuentes sin excepción. Es necesario tener en cuenta las circunstancias que influyen sobre la sensibilidad» (*Théorie des peines et des récompenses, ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, Jurisconsulte anglais, par Et. Dumont, troisième édition, Tome premier, Paris, 1825, p. 31*).

(52) Probablemente, se trataría de la edición francesa de 1825: *Repport sur le Projet d'un Code Pénal, fait a l'Assemblée Générale de l'Etat de la Louisiane, par M. Edouard Livingston, suivi des observations sur le conditions nécessaires à la perfection d'un Code Pénal, par M. Mill, avec une introduction et des notes par M. A. T. Taillandier... A. Paris... 1825*.

lo promulgó «no Palacio do Rio de Janeiro, aos dezeseis dias do mez de Dezembro de mil oitocentos e trinta, nono da independencia e do Imperio». Refrendaba la firma imperial el Vizconde de Alcântara. La promulgación fue registrada el 7 de enero de 1831 y publicada el 8 de enero.

A los pocos años el «Código do Império» fue traducido al francés por Víctor Fouché y al español, alcanzando notorio prestigio en Europa.

2. *Sus modelos.*—Hay dos textos que sirvieron de fuentes fundamentales de inspiración al «Código do Império», aunque cabe insistir en que éste es una obra original, que no sigue al pie de la letra modelo alguno. No obstante, son muy claras las influencias del proyecto de Mello Freire para Portugal, del proyecto de Livingston para Louisiana y, en menor medida, algunas otras.

Se ha exagerado la importancia de Bentham en este texto (53), pero creemos que debe reducirse a sus concretos límites. El «Código Criminal do Império» no pudo sustraerse a la moda de la época, así como no había podido hacerlo el español de 1822, pero dista mucho de estar exclusivamente inspirado en Bentham, en particular por la influencia de Livingston y del antecedente portugués de Mello Freire. Como vimos, aunque Livingston fue al comienzo un cerrado partidario del utilitarismo de Bentham, incluyó después elementos idealistas en su pensamiento, matizándolo, de la misma manera que los legisladores españoles de 1848 buscaron esta matización idealista del pragmatismo que dominaba en el Código francés mediante las ideas de Pellegrino Rossi (54).

3. *La estructura del «Código do Império».*—El código se dividía en *cuatro partes*: «Dos crimes e das penas», «Dos crimes públicos», «Dos crimes particulares» y «Dos crimes policiaís». La *primera parte* se dividía en *dos títulos*: «Dos crimes» y «Das Penas». El *Título I* se desdoblaba en tres capítulos:

El *Capítulo 1.º* trataba «Dos crimes e dos criminos.» El artículo 1 consagraba la sinonimia de «crime» y «delicto» y el principio de legalidad. El artículo 2 definía el crimen como «toda a acção ou omissão voluntária contrária ás leis penais», y concebía la tentativa conforme al comienzo de ejecución francés, «que não teve affeito por circunstancias independentes da vontade do delinquente». Consideraba que también era delito el abuso de poder en perjuicio de particulares sin utilidad pública y las amenazas de delito. El artículo 3 es uno de los más importantes del texto, puesto que exigía expresamente la «má

(53) Así, THOMAZ ALVEZ JUNIOR, *Anotacoes Teoricas e Praticas ao Código Criminal*, Rio de Janeiro, 1886.

(54) Sobre ello, RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Influencia historicista en Pellegrino Rossi*, en «Savigny y la Ciencia del Derecho», Universidad de Chile, Valparaiso, 1979, pp. 817 y ss.

fê, isto é», el «conhecimento o mal e intenção de o praticar»: resulta claro que no hay delito sin dolo y sin conciencia de la antijuridicidad. Esta disposición, cuyo alcance se sigue discutiendo aún hoy en España, proviene en cuanto al requisito de la voluntariedad, del artículo 24 del Proyecto de Livingston, en tanto que el resto es una explicación del primer párrafo del Título I del Proyecto de Mello Freire («Sem dolo e malícia, ou culpa não se póde considerar delicto para o effeito da pena»).

Los artículos 4, 5 y 6 se refieren a la participación, en la que incluye la receptación. Los artículos 7, 8 y 9 se refieren a los delitos de imprenta. Conforme al artículo 10, párrafo 1.º, no eran punibles los menores de catorce años, salvo que tuvieran discernimiento, en cuyo caso podían ser recluidos en casas de corrección hasta los diecisiete años (art. 13). Tampoco eran punibles «os loucos de todo o genero» (párrafo 2.º), los que cometieren el delito «violentados por força ou por medo irresistiveis» (párrafo 3.º) y los casos fortuitos.

El *Capítulo 2.º* trataba «Dos crimes justificaveis.» Aquí incluía el estado de necesidad justificante (art. 14, párrafo 1.º), la defensa propia (párrafo 2.º), la de la familia (párrafo 3.º), la de tercero (párrafo 4.º), la defensa contra órdenes ilegales (párrafo 5.º) y el derecho de corrección a los hijos, esclavos y aprendices (párrafo 6.º).

El *Capítulo 3.º* se ocupaba «Das circunstancias agravantes e atenuantes dos crimes.» Tabulaba las agravantes en diecisiete incisos (art. 16), a los que agregaba cinco más en el artículo 17. Las atenuantes eran diez incisos del artículo 18. El artículo 19 consagraba un principio kantiano talional que había llegado de la mano de Bentham: «Influirá tambien na aggravação ou atenuação do crime a sensibilidade do offendido.»

El *Capítulo 4.º*, «Da satisfação», establece la obligación de resarcir el daño y sustitivamente prisión con trabajo.

El *Título II*, «Das penas», se integra con un solo capítulo, que trata «Da qualidade das penas, e da maneira come se hão de impôr e cumprir.» El artículo 33 establece la legalidad de las penas, el artículo 34 la escala disminuida para la tentativa y el artículo 35 extiende la misma escala a la complicidad. Los artículos 38 y 43 regulaban la pena de muerte, la que se aplicaba por la horca. El reo debía ser ejecutado en traje de calle y el cadáver sería entregado a los deudos para que lo enterrasen sin pompa (art. 39). La pena de galera obligaba al reo a trabajar con grilletes en trabajos públicos (art. 44). La prisión podía ser con trabajo o simple; la prisión con trabajo obligaba a prestarlo dentro de la misma (art. 46), y la simple era una forma de encierro (art. 47). La pena de destierro era a perpetuidad y hacía perder al condenado los derechos de ciudadano brasileño (art. 50). El confinamiento estaba previsto en el artículo 51 y el destierro en el artículo 52. Perdían los derechos políticos durante el tiem-

po de la sentencia los condenados a galeras, prisión con trabajo, prisión simple, confinamiento y destierro (art. 53).

La multa era la innovación más importante del código. Si bien ya Filangieri y Mello Freire habían considerado que era fundamental que la multa se adecuase a la capacidad económica del penado, el «Código Criminal do Império» creó el sistema del día de multa, que indebidamente se conoce ahora como «sistema nórdico», cuando en realidad es el «sistema brasileño». «A pena de multa obrigará os réos ao pagamento de uma quantia pecuniaria, que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada um dia pelo seus bens, empregos ou industria, quando a lei esplecificadamente a não designar de outro modo» (art. 55). El artículo 58 se ocupaba de la suspensión de empleo y el artículo 59 de la pérdida de empleo. El artículo 60 disponía: «Se o réo fôr escravo, e incorrer em pena que não seja a capital ou de galés, será, codemnado na de açoutes, e, depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro pelo tempo e maneira que o juiz designar.» «O numero de açoutes será fixado na sentença, e o escravo não poderá levar por dia mais de cincoenta.»

El artículo 63 establecía el sistema de las penas fijas: se fijaban tres grados de pena (mínimo, máximo y medio), conforme a los tres grados de delito (según hubiese agravantes, atenuantes, concurrencia o falta de ambas). El artículo 65 disponía que las penas «não prescreverão em tempo algum».

La *segunda parte* («Dos crimes publicos») se dividía en *seis títulos*, de la siguiente manera: *Título I*, «Dos crimes contra a existencia politica do Império» (Capítulo 1.º, «Dos crimes contra a Independência, Integridades e Dignidade da Nação»; Capítulo 2.º, «Dos crimes contra a Constituição do Império e fôrma do Governo»; Capítulo 3.º, «Dos crimes contra o chefe do Governo»); *Título II*, «Dos crimes contra o livre exercicio dos poderes políticos dos cidadãos»; *Título III*, «Dos crimes contra o livre gozo e exercicio dos direitos políticos dos cidadãos»; *Título IV*, «Dos crimes contra a segurança interna do Império e publica tranquillidade» (Capítulo 1.º, «Conspiração»; Capítulo 2.º, «Rebelião»; Capítulo 3.º, «Sedição»; Capítulo 4.º, «Insurreição»; Capítulo 5.º, «Resistencia»; Capítulo 6.º, «Tirada ou fuga de presos do poder da Justiça e arrombamento de cadeias»; Capítulo 7.º, «Desobeidencia ás Autoridades»); *Título V*, «Dos crimes contra a boa ordem e administracao publica» (Capítulo 1.º, «Prevaricações, abusos e omissões dos empregados publicos»; Capítulo 2.º, «Falsidade»; Capítulo 3.º, «Perjurio»); *Título VI*, «Dos crimes contre o Thesouro Publico e propriedades publica» (Capítulo 1.º, «Peculado»; Capítulo 2.º, «Moeda falsa»; Capítulo 3.º, «Contrabando»; Capítulo 4.º, «Destruição ou damnificação de construcções, mōnumentos e bens publicos.»)

La *parte tercera* trataba «Dos crimes particulares» y su orden era

bastante original: libertad, seguridad y propiedad. La mera circunstancia de encabezar esta parte con los delitos contra la libertad es una innovación digna de tenerse en cuenta, porque colocaba los delitos de referencia en orden prioritario sobre los mismos delitos contra la vida. Así, el *Título I* de esta parte se refería a «crimes contra a liberdade individual». El *Título II* era el que trataba «Dos crimes contra a segurança individual» (el *Capítulo 1.º*, «Dos crimes contra a segurança da pessoa e da vida», se subdividía en siete secciones: homicidio, infanticidio, aborto, «ferimentos e outras offensas physicas», amenazas, entrada en casa ajena y apertura de cartas; el *Capítulo 2.º*, «Dos crimes contra a segurança da honra» abarcaba tres secciones: estupro, rapto, calumnias e injurias; el *Capítulo 3.º*, «Dos crimes contra a segurança do estado civil», se dividía en cuatro secciones: celebración de matrimonio contra las leyes del Imperio, poligamia, adulterio, parto supuesto «e outros fingimientos»). El *Título III*, «Dos crimes contra a propriedade», abarcaba tres capítulos (*Capítulo 1.º*, «Furto»; *Capítulo 2.º*, «Banca-rotta, estellionato e outros crimes contra a propriedade»; *Capítulo 3.º*, «Damno»). El *Título IV* trataba «Dos crimes contra a pessoa e contra a propriedade.»

La *parte cuarta*, destinada a los «crimes policiaes», se dividía en *ocho capítulos*: 1.º, «Offensa da religão, da moral e da bons costumes»; 2.º, «Sociedades secretas»; 3.º, «Ajuntamentos illicitos»; 4.º, «vedios e mendigos»; 5.º, «Uso de armas defesas»; 6.º, «Fabrico e uso de instrumentos para roubar»; 7.º, «Uso de nomes supostos e titulos indevidos»; 8.º, «Uso indevido da imprensa.»

4. *Valoración general*.—El «Código Criminal do Império» fue un texto para una sociedad altamente estratificada, como lo destaca suficientemente la investigación de Zahidé Machado Neto a la que hemos hecho referencia y como claramente lo pone de manifiesto el tratamiento diferenciado que daba a los esclavos, para lo cual no necesitaba —como Livingston— recurrir a la elaboración de un código penal independiente. Las penas de muerte y de galeras parecen haberse mantenido casi exclusivamente debido a la existencia de la esclavitud, como en forma indirecta lo dejaba entrever la comisión bicameral, cuando lo atribuía al «estado atual da nossa população; em que a educação primaria nao pode ser geral». Cabe aclarar que durante muchos años la pena de muerte fue abolida *de facto*, debido a un penosísimo error judicial que decidió al sabio Emperador Pedro II a conmutar todas las que se impusieron durante el resto de su gobierno (55).

Es curioso que el «Código do Império» no hiciese ninguna referencia a la obediencia debida, considerando que la misma era materia

(55) Fue un hecho que tuvo lugar en Macaé, donde por la masacre de una familia fue condenado Manuel de Mota Coqueiro, quien luego se comprobó que era inocente (BASILEU GARCIA, B., *Instituicoes, cit.*, I, p. 121 y nota 84).

expresamente considerada en sus principales modelos (Título II, párrafos 14, 15 y 16 del Proyecto de Mello Freire y arts. 31, 32 y 33 del Proyecto de Livingston). En efecto, la obediencia debida no se menciona en la tradición francesa, no haciendo referencia a ella Mouyart de Vouglans (56) ni el Código revolucionario de 1791, como tampoco el Código Napoleón. Su origen se halla en la tradición inglesa, particularmente por el tratamiento pormenorizado que le da Blackstone (57), de donde seguramente surgen la mención especial que hace Mello Freire, la de Feuerbach en el artículo 122 del Código de Baviera de 1813 y la de los artículos 19 y 21 del Código español de 1822. Livingston es quien mayor atención le dedica, no obstante lo cual el «Código do Império» guarda un enigmático silencio a su respecto, que se nos ocurre que obedece a la circunstancia de existir la esclavitud en Brasil. Apoya nuestra tesis la circunstancia de que los antecedentes ingleses mencionados por Blackstone liberaban de responsabilidad al esclavo que actuaba por mandato de su amo, extendiendo la impunidad aun al caso de participación y autoría. En una sociedad esclavista de comienzos del siglo XIX, ese principio hubiese sido altamente peligroso, por lo que es dable pensar que el código prefirió guardar prudente silencio.

De cualquier manera, el «Código Criminal do Império», al igual que el español de 1822, al no tipificar una serie de conductas que no afectaban bienes jurídicos ajenos, revela una sana y progresista demarcación entre moral y Derecho, que es digna de destacarse. No puede decirse lo mismo de la libertad religiosa, que resultaba seriamente comprometida ante la tipificación contravencional de las conductas que afectaban la religión del Estado por atentar contra sus verdades. Esa disposición y las referidas a la esclavitud son, quizá, los aspectos más negativos del código imperial, pero justo es reconocer que no son más que consecuencias naturales de las circunstancias políticas de los primeros años de la independencia del Brasil.

5. *Beccaria y «Anti-Beccaria» en América Latina.*—Esta historia sirve para mostrarnos cómo llegó Beccaria hasta nuestro margen latinoamericano, esto es, en forma mediata y en momentos políticos de franca lucha. Pero lo que queda fuera de toda duda es que llegó. Hasta tal punto ello es cierto que, cuando se consolidaron las minorías funcionales al neocolonialismo, presurosamente trajeron las ideologías de los «Anti-Beccaria». Esta es otra historia, que, a manera de corolario, sirve para cerrar la primera y para superar cualquier discusión anecdótica.

Cuando en nuestra América se establecieron las repúblicas oligár-

(56) MUYARD DE VOUGLANS, PIERRE FRANÇOIS, *Institutes au Droit Criminel ou Principes Généraux sur ces matières, suivant le Droit Civil, Canonique et la Jurisprudence du Royaume, avec un Traité particulier des crimes*, Paris, 1757, T. I, p. 9.

(57) BLACKSTONE, W., *Commentaires...*, T. V, pp. 232-234.

quicas, la ideología de Beccaria en el Derecho penal ya no era funcional a las mismas. El poder consolidado ya no quiso saber de límites y, de alguna manera, necesitaba justificar su supremacía, incluso con argumentos racistas. El positivismo en versión spenceriana llega a México al amparo de la dictadura de Porfirio Díaz (58). En directa versión de la criminología lombrosiana llega al Brasil y a la Argentina, donde prenden las posiciones racistas de los fundadores de ambas criminologías (59). La transculturación legislativa penal liberal molestaba a las minorías del neocolonialismo, que la habían programado en el momento de sus luchas con los restos de la economía primaria colonialista. Beccaria era un personaje molesto para nuestras oligarquías y sus minorías intelectuales, que se vuelven positivistas, como corresponde a su racismo. Beccaria y el Derecho penal liberal devienen expresión de una «metafísica superada por la ciencia», alimentada esta última por Gobineau o por Spencer (60). El mestizaje provocaba «desequilibrio moral», como lo había señalado Morel (61).

Pero, ya que de Italia hablamos, sigamos adelante: en Italia, atrasada en el proceso de industrialización, no hallaba ubicación en su sistema productivo una considerable masa de población campesina que amenazaba concentrarse en sus ciudades y que ponía en peligro la estabilidad de la Casa di Savoia, lo cual no convenía a los intereses británicos. El plan británico de transformación neocolonialista del sur del Brasil, del Uruguay y de la Argentina promovió un transporte masivo de población italiana al sur latinoamericano, lo que constituyó una verdadera población transportada entre 1880 y 1914 (62). Con esa población llegó el sindicalismo, el anarquismo, los reclamos obreros, el socialismo y, claro está, las leyes represivas (63) y la idea racista del «inmigrante degenerado» que cala en la psiquiatría y en la criminología (64).

(58) Vid. ZEA, LEOPOLDO, *El positivismo en México: nacimiento, apogeo y decadencia*, México, 1984.

(59) En cuanto al fundador de la criminología argentina, José Ingenieros, puede verse su artículo *Las razas inferiores*, en «Crónicas de viaje», Bs. As., 1957, p. 115; por lo que hace al fundador de la criminología brasileña, NINA RODRIGUES, RAIMUNDO, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, Salvador, Bahia, 1957.

(60) Cabe recordar que el propio Gobineau, si bien muy a su pesar, fue embajador en el Brasil, donde prácticamente se consideraba sólo digno de hablar con el Emperador, que era el único «ario».

(61) Además de Nina Rodrigues en Brasil, en la Argentina puede verse en la misma línea a OCTAVIO BUNGE, CARLOS, *Nuestra América, ensayo de psicología social*, Bs. As., 1903.

(62) Vid. DEVOTO-GIANFAUSTO ROSOLI, FERNANDO, *La inmigración italiana en la Argentina*, Bs. As., 1985.

(63) Para un panorama de la legislación represiva en la Argentina, a comienzos de siglo: PAVÓN, CIRILO, *La defensa social. Medios preventivos y represivos*, Bs. As., 1913; HERRERA, JULIO, *Anarquismo y defensa social*, Bs. As., 1917; DURA, FRANCISCO, *Naturalización y expulsión de extranjeros*, Bs. As., 1911.

(64) Sobre ello, VEZZETTI, HUGO, *La locura en la Argentina*, Bs. As., 1983.

El racismo cobró una nueva versión: racismo contra el italiano «degenerado», socialista y anarquista. Nuestras minorías intelectuales funcionales a las oligarquías vernáculas quisieron traer a Lombroso en persona, que se excusó por su edad y achaques, pero llegó Ferri que, adelantado su no sorprendente conversión en años posteriores, entró en polémica con los socialistas argentinos, al sostener que el socialismo no tenía sentido en nuestro margen latinoamericano (65), mostrando su elocuencia elegante junto a la oligarquía de Buenos Aires, en las fastuosas celebraciones del centenario de nuestra emancipación. Pero ya corría el año de 1910 y en el otro extremo de América Latina los festejos del mismo centenario se frustraban porque los mexicanos pusieron fin a su República oligárquica. Emiliano Zapata, con su grito de «Tierra y Libertad» anunciaba el ocaso de las minorías «sanas» tutelando a las mayorías «degeneradas». Las luchas siguieron, por supuesto, y cuando ya no sirvió el positivismo, también trajeron de Italia el neoidealismo penal de cuño gentiliano y del Código de Rocco se introdujo en Brasil en 1940, en Uruguay en 1938 y bastardeó el Código ecuatoriano en 1938, no sin infiltrarse abiertamente en el «código tipo» de los años sesenta.

Pero los que formamos parte de las mayorías «degeneradas» y tratamos de frenar el Leviathan oligárquico de las minorías que buscan la represión ilimitada para la contención de las mayorías, volvemos siempre la vista hacia la única tabla de salvación ideológica, que es la tradición limitadora y garantista que viene de Beccaria. Nunca el marqués lombardo sospechó esta función de su pensamiento, que atraviesa toda la historia del neocolonialismo en América Latina y cobra un singular significado en los albores de la actual tentativa de tecnocolonialismo que sufrimos. No importa cómo Beccaria llegó hasta nosotros, lo cierto es que ha llegado, y pese a que muchos se pierdan en lo anecdótico y hasta quieran negarlo, la presencia de los «Anti-Beccaria» nos demuestran que no sólo llegó, sino que permanece más vigente que nunca y que, en definitiva, eso es lo que interesa a la historia, para quienes no la denigramos a una inútil colección de curiosidades.

(65) Sobre la visita de Ferri a Buenos Aires, sus conferencias: *Le conferenze di Enrico Ferri nella Repubblica Argentina raccolte e annotate da Folco Testena con una conclusione polemica del raccoglitore e una presentazione del dottor Antonio Dellepiane*, Buenos Aires, 1911.