

**Códigos Penales
de los Países de
América Latina**

Primera edición mayo del 2000
ISBN 968-5153-57-4
Impreso en México
Printed in Mexico
DR © Suprema Corte de Justicia de la Nación

PRESENTACIÓN

Hace exactamente cien años fue publicada en México, por Antonio A. de Medina y Ormaechea, la primera colección de los códigos penales de América latina. Aquella primera obra, monumental, incluía también los códigos de varios países de Europa, por cuanto era una colección completa de la legislación penal de los pueblos latinos.

Hoy, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (Programa ILANUD/COMISIÓN EUROPEA), en un esfuerzo conjunto, tienen el agrado de presentar, en disco compacto, la edición actual de los Códigos Penales de todos los Países de América Latina, a saber, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

La edición viene precedida de una riquísima introducción preparada por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, agrupando los códigos por familias, y explicando su genealogía originada en los que denomina cuatro sucesivos “desembarcos” de textos provenientes de Europa, que fueron asimilados, según las circunstancias de cada uno, por los países de la región. El Profesor Zaffaroni continúa su análisis refiriendo los momentos legislativos más recientes, correspondientes a las llamadas ideologías de la seguridad nacional y de la seguridad urbana, para concluir detallando, a partir de los textos vigentes, un listado de las instituciones incompatibles con los derechos humanos que aún subsisten en nuestras legislaciones positivas, señalándonos así el camino por el que deberían transitar las próximas reformas en América Latina.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y el ILANUD desean por medio de esta publicación

36106

contribuir a dicha tarea de reforma, para lograr sistemas de justicia penal más eficientes y también más respetuosos de los derechos fundamentales de víctimas y victimarios.

Ministro Genaro David Góngora Pimentel
Presidente de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación de México

Elías Carranza
Director del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas
para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

Ministro Presidente

Genaro David Góngora Pimentel

Primera Sala

Ministro Presidente José de Jesús Gudiño Pelayo

Ministro Juventino V. Castro y Castro

Ministro Humberto Román Palacios

Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero

Ministro Juan N. Silva Meza

Segunda Sala

Ministro Presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

Ministro José Vicente Aguinaco Alemán

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano

Ministro Mariano Azuela Güitrón

Ministro Juan Díaz Romero

Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la
Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente
ILANUD/COMISIÓN EUROPEA

Elias Carranza
Director General del ILANUD

Javier Rodríguez Oconitrillo
Coordinador de Programa Legislación Penal

Agradecimientos

El Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, así como la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, agradecen profundamente a los siguientes expertos y expertas la recopilación de la versión más actualizada de los Códigos Penales de sus respectivos países.

Argentina	Eugenio Raúl Zaffaroni
Bolivia	Nancy del Rosario Romero Berrios.
Brasil	René Ariel Dotti.
Colombia	Mauricio Martínez Sánchez.
Costa Rica	Henry Issa El Khoury Jacob.
Cuba	Caridad Navarrete Calderón.
Chile	Miguel Cillero Bruñol.
Ecuador	Arturo Donoso Castellón.
El Salvador	Atilio Ramírez Amaya.
Guatemala	Héctor A. De León Velasco.
Haití	Oscar Fernández (PNUD)
Honduras	René Suazo Lagos
México	Suprema Corte de Justicia de la Nación de México
Nicaragua	Sergio Cuarezma Terán.
Panamá	Aura Guerra de Villalaz.
Paraguay	Benigno Rojas Vía.
Perú	Felipe Villavicencio Terreros.
República Dominicana	César Pina Toribio
Uruguay	Adela Reta y Ofelia Grezzi
Venezuela	Elio Gómez Grillo.

Asimismo, nuestro reconocimiento a todas aquellas personas **que** con su labor contribuyeron para hacer posible la presente publicación.

Tabla de Contenido

Los Códigos Penales de Latinoamérica	15
I. Genealogía de la Codificación penal Latinoamericana	21
1.- Formación de las Familias de Códigos	21
2.- El primer desembarco de modelos	32
3.- El segundo desembarco de textos	53
4.- El tercer desembarco de modelos	79
5.- El cuarto desembarco de modelos	91
II.- La agresión a la racionalidad legislativa en materia penal	100
1.- Consideraciones sobre los textos vigentes	100
2.- Consideraciones sobre las perspectivas legislativas	108
NOTAS	111
TABLA DE ABREVIATURAS	133
ÍNDICE TOPONÍMICO	135
MANUAL DEL USUARIO DEL CD	155

**LOS CÓDIGOS PENALES DE
LATINOAMÉRICA
Eugenio Raúl Zaffaroni**

LOS CÓDIGOS PENALES DE LATINOAMÉRICA¹

Agonizaba el siglo XIX cuando una extraña obra vio la luz en México, conteniendo por vez primera los textos reunidos de los códigos penales de América Latina. Se trata de la obra de Antonio A. de Medina y Ormaechea, publicada en México en 1899², aunque su prólogo está fechado en marzo de 1896.

En rigor, es sabido que la adjetivación de “latina” a la parte del continente que nos corresponde, tiene origen peyorativo, orgullosamente asumido luego por nuestros países. No obstante, el autor de aquella recopilación pionera glorificaba en su prólogo la civilización romana y consideraba a toda nuestra región como expresión de latinidad. Esta rendida admiración por Roma y la consiguiente ignorancia de los otros aportes culturales – seguramente considerados despreciables o “salvajes” en su época- justificó que recopilase también los códigos de Francia, Bélgica, España, Portugal, Italia y los “libros terribles” del Digesto, junto a los dieciocho códigos latinoamericanos (Cuba y Panamá no eran independientes) y a los dieciséis códigos de los estados con que contaba la República Mexicana (Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán), o sea, un total de cuarenta códigos.

Puede decirse que las características editoriales y de composición de esta primera recopilación son insólitas: se trata de una obra encuadrada con tapa dura, profusamente colorida y de dimensiones colosales: casi sesenta centímetros de alto por treinta de ancho. Sus páginas se despliegan en tres hacia cada lado, por lo cual su manejo requiere un espacio libre de casi dos metros, lo que hace pensar en enormes mesas de amplísimas bibliotecas privadas en residencias fastuosas y afrancesadas de la oligarquía porfirista. Los códigos se publican en sus respectivos idiomas (castellano, francés, portugués, italiano y latín) y no están por orden, sino encolumnados uno junto al otro según la progresión numérica de los artículos, de modo que en columnas paralelas se transcriben textos que no tienen ninguna relación temática con los

que siguen en orden horizontal. En la primera página desplegable, cada columna está encabezada por la bandera del respectivo país a todo color, pero en las páginas siguientes, es decir, en el resto del libro, es muy fácil confundir los textos. Estas particularidades hacen que la obra sea de difícilísimo manejo, e incluso que requiera una manipulación hartamente metódica para no dañar la encuadernación o las páginas. El texto culmina con un índice alfabético de libros, títulos, capítulos, secciones y párrafos, y los índices de los cuarenta códigos publicados.

Al promediar el siglo XX, en 1946, o sea, cuarenta y siete años después de la publicación mexicana, vio la luz la obra de Jiménez de Asúa y Carsi Zacarés³, en dos volúmenes en papel Biblia, editados en Caracas e impresos en Buenos Aires, donde también está fechado el prólogo. Jiménez de Asúa lleva a cabo un estudio de legislación comparada de cuatrocientas dieciocho páginas, publicado en el primer tomo (se divide en cinco capítulos: historia, orientación de los códigos vigentes, parte general, parte especial y posibilidad y dificultad de unificar los códigos penales en Iberoamérica). Carsi Zacarés tuvo a su cargo el índice analítico alfabético, que ocupa desde la página 917 hasta la 1,270 del segundo tomo. Los códigos de Haití y del Brasil se publican en castellano.

Treinta y dos años transcurrieron desde la segunda publicación conjunta, hasta que en 1978 apareció en Buenos Aires el primer tomo de la recopilación de Levene y Zaffaroni, al que siguieron los dos tomos sucesivos en 1979 y el cuarto en 1980⁴. El prólogo está fechado en 1975 y la demorada tarea de impresión obligó a revisar textos y también índices. La edición contiene una breve noticia histórica y analiza algunas disposiciones generales en cuarenta y cinco páginas. En el cuarto tomo se publican los cinco proyectos más recientes en su momento y el texto del llamado "código penal tipo latinoamericano". También en esta edición los códigos del Brasil y de Haití se publicaron en castellano. Las últimas setenta y siete páginas del cuarto tomo están dedicadas al índice alfabético temático. En pocos años esta publicación quedó desactualizada, pues en la década siguiente al menos cinco de los textos publicados fueron íntegramente reemplazados y otros cinco sustancialmente

Códigos Penales de Latinoamérica

modificados, los proyectos perdieron vigencia y, en general, la configuración y la tendencia de la codificación penal latinoamericana cambió notoriamente⁵.

A partir de 1994, la Universidad de Salamanca comienza la publicación de los códigos penales de la región, en que cada volumen está precedido por una investigación histórica a cargo de diferentes autores, en el marco de una investigación realizada con el apoyo de la Diputación Provincial de Salamanca. La publicación se lleva a cabo en Bogotá y es el más reciente y cuidado ensayo de publicación conjunta⁶.

En rigor, no creemos que el soporte de papel sea totalmente sustituible en la labor del comparatista, pero es claro que la tecnología electrónica permite proveer nuevas recopilaciones que eviten la necesidad de rehacer permanentemente las anteriores con soporte de papel, sin que por ello el comparatista se halle desprotegido frente a los constantes cambios legislativos, introducidos por los inquietos y a veces desconcertados legisladores de nuestra región. Las referencias históricas y detallados estudios legislativos referidos a cada código penal, puede hallarlos el lector en la última recopilación mencionada, esto es, en las cuidadosas presentaciones de la Universidad de Salamanca que preceden cada uno de los códigos publicados en Bogotá. Sería absurdo por nuestra parte, pretender sustituir lo que ha sido llevado a cabo por un equipo internacional de especialistas, sin contar con que la duplicidad de tareas siempre importa una insensatez. Por ello, el principal objetivo de esta recopilación es presentar los códigos penales de América Latina en la forma en que se hallaban vigentes el 31 de diciembre de 1999, para lo cual se ha recurrido a un especialista en cada país⁷.

Normalmente, una obra de esta naturaleza es consultada por quien investiga un tema en particular y, sólo excepcionalmente, por un comparatista, o sea que, lo usual es que sea útil a quien no es un profesional del comparatismo, sino sólo un "amateur" cuyo interés técnico es la investigación de un problema o institución determinada y, las más de las veces, para cumplir con el tradicional capítulo de legislación comparada de

toda monografía estructurada conforme a cánones clásicos. En cualquier caso, es decir, sea que el consultante sea un comparatista, o bien, sea un ocasional interesado en la comparación con motivo de un tema o institución particular, creemos que la mera comparación de textos y soluciones legales en forma de corte transversal, limitándose a mostrar las diferentes soluciones y las coincidencias y disidencias entre textos, es por lo menos una labor simplista que no resulta útil a ninguno de ambos. En principio, una comparación por temas e instituciones, llevada a cabo con seriedad científica, no puede limitarse a la ley, sino que debiera abarcar la vida del texto, con información sobre su aplicación y frecuencia y, además, completada con la interpretación jurisprudencial y doctrinaria de cada país. Es sabido que existen múltiples disposiciones legales que prácticamente no se aplican, tipos penales olvidados en los códigos que jamás han tenido vigencia real, otros que se arrastran de código a código, sin que siquiera el legislador local haya meditado en ellos al sancionarlos, en tanto que hay otros de muy frecuente uso práctico y a cuyo respecto suele debatirse en la doctrina, apelarse para su comprensión a teoría penal extranjera y dividir las opiniones, no sólo dogmáticas sino también jurisprudenciales. La labor del comparatista en este sentido, pretendiendo abarcar todas las disposiciones de todos los códigos de la región, sería ciclópea y sólo realizable en el marco de una investigación con recursos faraónicos. Dado lo inviable de esta tarea, la tentativa de análisis comparativo transversal que puede hacer el presentador de una recopilación de esta naturaleza, siempre arrojará un resultado discutible y defectuoso para el comparatista profesional, en tanto que para el investigador ocasionalmente asomado a estos textos y ansioso de un análisis agotador y profundo de la institución que le preocupa, siempre será insuficiente.

Por ello, tanto en la presentación de los textos de la Universidad de Salamanca, como de la presente recopilación que prescinde de la base de papel, creemos preferible que los lectores dispongan de una información previa que les permita comprender la genealogía de lo que tienen ante su vista. Los códigos penales no nacen del vacío ni son inventados en totalidad,

sino que tienen genealogía, es decir, que descienden de otros códigos, de modo que configuran familias de textos, que responden a sus ideologías particulares, sin perjuicio de las combinaciones más o menos eclécticas, por lo general poco recomendables. Cuando se pretenden analizar las regulaciones de instituciones en particular, prescindiendo de las respectivas genealogías, se cae en una exposición ideológicamente descontextualizada, con grave riesgo de perder el hilo conductor de la elaboración total del texto, es decir, las ideas rectoras que determinaron su arquitectura.

Un código, en términos modernos, es un texto legal, es decir, una única ley, que procura abarcar la regulación de toda una rama del saber jurídico. Esta moderna concepción de “código” se vincula al enciclopedismo, que pretendía sintetizar y exponer todo lo concerniente a cada rama del saber humano. Se trata de un texto sistemático, por oposición a los viejos códigos premodernos, que eran textos consolidados, como las “recopilaciones” españolas o las “ordenaciones” portuguesas. La idea de códigos sistemáticos se fue abriendo paso por efecto de necesidades de gobierno. Cuando se incrementó la centralización estatal, fueron cada vez más convenientes los códigos sistemáticos, para permitir que la voluntad del poder central se realizase en forma pareja en todo el territorio.⁸

Tanto la codificación como el enciclopedismo fueron esfuerzos de la modernidad por la racionalidad, exponiendo y agotando sistemáticamente un contenido para hacerlo accesible y no contradictorio. De allí que sea importante la idea rectora de todo código, que es la que preside su sistemática y determina sus conceptos angulares.

Siendo los códigos auténticos productos de la modernidad y, por ende, de la racionalidad republicana, es lógico que la codificación se encuentre hoy en crisis en el mundo, amenazada por una descodificación y desideologización, es decir, por la anarquía legislativa de “leyes especiales” y por la pérdida de líneas maestras orientadoras de la legislación penal. El desprecio por las ideas rectoras o ideologías —en el sano sentido positivo

de la expresión-, no es más que un desprecio por la racionalidad, oculto bajo el disfraz de superación de la “modernidad”. De allí que, cuando se ofrece una recopilación del fruto vigente a la experiencia codificadora latinoamericana, sea bueno comenzar por explicar de dónde proviene, es decir, exponer su genealogía, para luego contrastarla con la situación vigente, o sea, con las pulsiones de los estados policiales que amenazan a los estados de derecho, desbordando los límites liberales –las garantías- al poder punitivo, en múltiples, anárquicas y antojadizas “leyes penales especiales” y disposiciones penales enquistadas en leyes no penales.

Cuando un código está bien elaborado debe responder a una arquitectura que permita al juez y al doctrinario (e incluso al ciudadano) saber en qué lugar hallará cada cosa. De allí que quien compare, por ejemplo el código de Baviera de 1813 y el código austríaco de 1974, tendrá la sensación de pasar de un magnífico palacio de la “belle époque” a un edificio modernísimo y funcional, o quien se detenga en el código de Zanardelli y lea luego el de Rocco, verá que, sin solución de continuidad, pasa de un edificio armónico y barroco que recuerda las galerías de Milán, a otro macizo y cuadrado, caracterizado por el monumentalismo, la frontalidad y la simetría que evoca la fea arquitectura ciclópea del régimen que lo sancionó. También hay códigos inhóspitos y grises, con escaleras y corredores laberínticos, puertas que se abren al vacío y balcones que enfrentan muros; son resultado de la yuxtaposición incoherente de soluciones particulares, obtenidas por corte transversal, sin hilo conductor ideológico. La primera parte de esta breve introducción se dedicará a exponer la genealogía de los códigos penales latinoamericanos, es decir, dónde hallaron inspiración sus arquitectos y qué significaban las ideas rectoras en sus contextos originarios de aparición. La segunda será dedicada, muy escuetamente, a las pulsiones que están procurando destruir esta tendencia racional y republicana con un acelerado proceso de descodificación, desideologización y, en definitiva, de agresión al estado de derecho.

I. GENEALOGÍA DE LA CODIFICACIÓN PENAL LATINOAMERICANA

1. FORMACIÓN DE LAS FAMILIAS DE CÓDIGOS

Por “genealogía” no entendemos la mera “historia”. A diferencia de la historia, la genealogía de las disposiciones penales —especialmente de los tipos— apunta a un dato de realidad: se refiere a los intereses que el legislador histórico cree que colisionan en el conflicto que tipifica y el sentido con que ese legislador quiso decidirlo al someterlo al poder punitivo.⁹ Por supuesto que esto no descarta la posibilidad de que el propio legislador histórico originario ignorase que no lo decidía en el sentido proclamado, pero lo que es claro es que su tipificación y criminalización primaria producía cierto efecto en la opinión de los sectores que le interesaba satisfacer o tranquilizar. Por lo general, las criminalizaciones primarias responden originariamente a una situación que se “desnormaliza” y que demanda una “renormalización”, en todo lo cual juegan tanto intereses como imaginario social y, especialmente, imaginario de los sectores hegemónicos. Puede afirmarse, pues, que la legislación comparada proporciona los materiales para la historia, y ésta, a su vez, la pista para la genealogía.

Es imaginable la forma en que la pista de la genealogía se pierde cuando un texto se importa y, más aún, cuando se recorta, se simplifica y se combina con otros recortes y elementos, sin atender mucho a su compatibilidad. Nadie puede ignorar la importante influencia de códigos europeos harto diferentes en la codificación penal de América Latina y, por consiguiente, preguntarse, qué semejanza pueden tener las sociedades peruana de los años veinte con la suiza del proyecto de Stooss, la argentina de fines del siglo XIX con la bávara de comienzos de ese siglo, la dominicana o la haitiana con la francesa de tiempos bonapartistas, la venezolana con la italiana del código de Zanardelli, la brasileña o la uruguaya con la italiana del código de Rocco, o la paraguaya con la alemana de la República Federal, pero lo cierto es que en todos esos países se introdujeron textos

penales que habían sido concebidos conforme a juegos de intereses e imaginarios públicos y hegemónicos de sociedades con conflictividades completamente diferentes. Son estos contextos originarios los que muy brevemente pretendemos recuperar en estas páginas.

La codificación penal de América Latina presenta un mosaico de elementos ideológicos provenientes de Europa, que algunas veces son casi supervivencias, lo que da la sensación de un conjunto poco ordenado de dinosaurios vivos y computadoras, que resulta de la importación de textos -a veces parciales- de los códigos de modelos continentales europeos. El fenómeno tampoco es totalmente original de esta región, pues en medida diferente fue conocido en Europa en el siglo XIX, donde los primeros códigos y proyectos no sirvieron como grandes modelos¹⁰ y la codificación se consolidó a partir del código de Napoleón, pues los que luego se sancionaron se guiaron metodológicamente por ese modelo, apartándose o siguiendo su plan y sus soluciones, de modo que cada texto que se apartó del modelo bonapartista en forma ideológicamente coherente, devino él mismo un modelo.

La particularidad del fenómeno latinoamericano fue que esos modelos casi siempre se importaron, en ocasiones sin comprender su ideología, casi nunca tomando en cuenta la realidad local y, a veces, combinando soluciones de diferentes modelos en forma poco coherente. Aun menos frecuentes fueron las veces que se aportaron soluciones propias y, cuando se lo hizo, por regla no fueron muy atinadas, quedando algunas en el nivel de las curiosidades. En general, la falta de comprensión de la ideología de los modelos adoptados, proviene de que los mismos fueron casi siempre decididos por técnicos que disputaban espacios dentro de sus corporaciones, particularmente a partir de mediados del siglo pasado, es decir, superada la etapa de los códigos pioneros. A ello debe agregarse que estos técnicos no sólo procuraban prestigio en sus corporaciones, que siempre fueron bastante débiles, sino que protagonizaban un marcado e intenso intercambio de personalidades entre la corporación judicial y la política, por lo cual el protagonismo codificador fue

también una vía de ascenso en la carrera política. El extraordinario éxito continental de los modelos españoles de 1848, 1850 y 1870, por ejemplo, no obedeció a ninguna identificación ideológica con éstos, sino a que esos textos fueron comentados por muchos autores ilustres¹¹ y eso facilitaba su interpretación judicial. Las combinaciones arbitrarias de soluciones fuera de contexto y las curiosidades, suelen ser resultado de las disputas del poder corporativo, de protagonismo político, de eventuales interferencias políticas coyunturales en ámbito legislativo, algunas por mero antojo, como de afanes de notoriedad o de pragmatismo y de urgencia.

La omisión de la consideración de la realidad de cada país es una cuestión mas compleja e interesante. No es ajeno a esa circunstancia el hiato entre realidad política y legislación vigente que protagonizó la región hasta las primeras décadas del siglo XX. Terminadas las guerras civiles del siglo XIX, todos los países de la región se organizaron formalmente como repúblicas, sobre la base de constituciones liberales, generalmente inspiradas en las de los Estados Unidos, pero en realidad, fueron repúblicas oligárquicas, dominadas por las nuevas elites locales. Mientras las constituciones declamaban garantías y sancionaban el principio de soberanía popular, en la realidad política las elecciones eran fraudulentas, el voto calificado o neutralizado y la violencia terrateniente generaba situaciones de servidumbre, en la que permanecía la mayor parte de las poblaciones. En este contexto, poco importaba la sanción de códigos penales que poco o nada tenían que ver con la realidad conflictiva del país.

En cierto sentido, puede afirmarse que, una vez superada la etapa de organización en que los pioneros -conservadores y liberales- creían realmente en la efectividad del derecho, los grupos dominantes fueron mas o menos conscientes de que, cualquiera sea el código que se elija, el aparato de poder no sufriría mayores cambios, porque: a) siempre se controlaba políticamente a los jueces; b) el modelo de policía continuaba siendo centralizado, militarizado, verticalizado, corporativo y dependiente del poder ejecutivo; y c) el proceso penal continuaba siendo inquisitorio.

a) Los poderes judiciales de América Latina están todos organizados corporativamente, o sea, gobernados por sus cúpulas, y su designación -salvo Brasil- es meramente política o bien por cooptación del órgano supremo, a su vez nombrado políticamente, a veces por períodos relativamente breves. En los tiempos de las repúblicas oligárquicas, los jueces se identificaban con las ideologías de las elites y en algunos casos fueron sus custodios; posteriormente, las diferentes coyunturas políticas condicionaron sus actitudes, no siendo posible atribuirles rigurosamente cierta coherencia en la concepción del mundo¹²

b) América Latina copió en buena medida las instituciones de la Constitución de los Estados Unidos, pero luego quiso realizar esas instituciones de la Carta de Virginia mediante una fuerza pública creada a imagen y semejanza de la policía borbónica francesa. Nunca se conoció en la región el "sherif" electo ni la policía comunitaria, sino la policía verticalizada y militarizada, con funciones de seguridad, de investigación, de policía municipal y de cuerpo penitenciario, en ocasiones con una pluralidad de organismos, pero todos dependientes del poder ejecutivo. El sistema federal de algunos países preservó en parte la pluralidad policial, aunque sin que ello fortaleciese las políticas municipales, sino el poder de los ejecutivos locales, que con frecuencia las usaron como ejércitos en las luchas intestinas. Lo cierto es que sin poderes judiciales ni ministerios públicos independientes, tampoco es posible concebir policías de investigación independientes; en la conflictividad urbana creciente, tampoco puede pretenderse una policía de seguridad responsable, cuando se la manipula para controlar socialmente una sociedad compleja, fragmentada y con enorme polarización de riqueza.

c) La estructura procesal latinoamericana proviene del modelo napoleónico, generalmente tomado en forma indirecta, es decir, a través del modelo de código procesal español de la restauración borbónica. En este sentido, la creación Legislativa ha sido muy limitada, moviéndose entre el código de Napoleón y el de Rocco. La afirmación de que los sistemas procesales latinoamericanos son mixtos no alcanza a ocultar su clara filiación

inquisitoria¹³. En la región es corriente que las policías cumplan funciones instructorias y hasta propiamente judiciales (en faltas, peligrosidad, detenciones de seguridad, etc.). En todos los códigos los jueces de instrucción tienen facultades de investigación amplísimas (que suelen delegar en las policías dependientes del ejecutivo y a las que temen) y la defensa es muy limitada en esta etapa. Todo esto sin contar con que, en los diferentes períodos históricos, por diversas razones (prevención del abigeato, de la vagancia, de la seguridad de los caminos, de la criminalidad política, de las bandas armadas, del terrorismo o del narcotráfico) aumentan las facultades judiciales de las policías, las fuerzas armadas adquieren funciones policiales y judiciales (ley marcial o estatutos de seguridad o de excepción) y los procesos penales judiciales agudizan sus caracteres inquisitorios (desde la “reformatio in pejus” a la posibilidad de introducir pruebas de oficio, hasta los actuales jueces y testigos sin rostro, por ejemplo). En rigor, el código penal es reemplazado en buena parte por el código procesal penal, pues a través de la prisión preventiva (y la consiguiente regulación de la excarcelación), con procesos interminables, se ejecuta la pena privativa de la libertad bajo el pretexto de la prisión o detención preventiva. La verdadera pena es la prisión preventiva, la verdadera sentencia es el auto de procesamiento que la dispone, y la sentencia formal es una suerte de recurso de revisión extraordinario, todo como resultado de la distorsión institucional (o inversión del sistema penal) que provoca la omisión de la dimensión temporal del proceso, sin contar con la consagración procesal de la tortura a través de la incomunicación y de la facultad policial de requisar y tomar declaraciones, que constituyen su oportunidad.

Las elites intuyen que importa poco qué código penal se halla vigente, siempre que se conserven las mencionadas estructuras del aparato punitivo. Cuando ello sucede, libran la discusión codificadora a los técnicos, que disputan sus propios espacios corporativos e imaginan efectos sociales que nada tiene que ver con la realidad de poder que creen controlar y programar. Otras veces, los políticos creen realmente en la eficacia milagrosa de los códigos e intervienen activamente en la selección de los modelos, pero la mayoría de sus intervenciones obedece a afanes

ILANUD/SCJN México

de notoriedad clientelista, aunque racionalizados por los pretendidos efectos sociales que terminan por creer.

En cualquier caso, es necesario tener presente que las redacciones de los códigos penales latinoamericanos siempre estuvieron a cargo de minorías más o menos alejadas de los sectores carenciados de la población, casi tanto como de la realidad operativa de un poder punitivo dedicado casi exclusivamente al control social de masas miserables. Salvo la ingenuidad de los primeros legisladores, los códigos penales latinoamericanos no fueron pensados nunca por las elites de las repúblicas oligárquicas del siglo XIX –y ni siquiera por los políticos del siglo XX– como un instrumento de gobierno, al estilo de los códigos absolutos europeos, iniciados con la “*Constitutio Criminalis Carolina*” para Alemania de 1532, ni tampoco como concesiones del absolutismo ilustrado –como la Teresiana, la Josefina, la Instrucción de Catalina de Rusia o el propio código leopoldino toscano–, pero tampoco fueron productos republicanos elaborados a partir de luchas por la obtención de espacios públicos democráticos que debían preservarse mediante garantías. La sanción de los códigos penales en América Latina es más antojadiza, y pudo permitirse el lujo de copiar textos en forma más o menos arbitraria, porque en definitiva, los sectores hegemónicos se preocuparon mucho más de mantener inalteradas las estructuras autoritarias de sus policías y la subordinación política del poder judicial, que de lo que expresaban las palabras de la ley penal.

En este contexto general fueron llegando y se incorporaron los modelos y las ideas, comenzando con un corte aparentemente absoluto entre las legislaciones coloniales y las nacionales posteriores a la emancipación política¹⁴. Decimos que este corte sólo parece ser absoluto, porque es necesario tener en cuenta que hubo una continuidad generalmente muy poco observada: el control social punitivo más extendido y usual, que afectaba a la mayor parte de nuestras poblaciones, no se distinguió tan radicalmente, pues continuaron las leyes coloniales u otras muy similares o peores. Por regla esto se ignora porque se repara en los delitos graves y formalizados y no se presta la atención que

Códigos Penales de Latinoamérica

merecen los pequeños injustos, como vagancia, mendicidad, peligrosidad, etc., es decir, las leyes de leva y otras análogas, por las que se eliminaban los “vagos y malentretenidos”, que continuaban sin mayores cambios. Las leyes de leva (incorporación forzada a los ejércitos o a obras públicas de vagos, prostitutas, alcohólicos y, en general, personas molestas a la policía, es decir, los indeseables) corresponden a sociedades rurales; la industrialización neocolonialista provocaría cambios y el viejo sistema de levas pasaría a ser un sistema contravencional o de peligrosidad social¹⁵.

Producida la emancipación política y frustrados los ideales continentales bolivarianos y sanmartinianos en las ex-colonias españolas, con la balcanización de sus territorios, aunque preservada la unidad de las portuguesas por el imperio, en todas ellas se enfrentaron los intereses de los centros urbanos y, especialmente, de los puertos, con los intereses mediterráneos, vinculados los primeros más íntimamente a la economía mercantilista neo-colonialista liderada por Gran Bretaña y los segundos a la economía colonial extractiva y artesanal. Aunque —como era de esperar, dada la configuración del poder mundial— terminaron triunfando los primeros, las luchas entre los que se dieron en llamar liberales y conservadores, unitarios y federales, colorados y blancos, etc. siguió un curso particular en cada país, frecuentemente signado como lucha religiosa y jalonado por episodios sangrientos y también curiosos, como la extraña aventura de Maximiliano de Habsburgo en México. Esta lucha decae recién en la segunda mitad del siglo XIX y durante la misma se sancionaron los primeros códigos penales del continente.

Estas fueron las condiciones políticas generales del primer desembarco de modelos de códigos penales, por regla general traídos por los liberales, convencidos de la bondad de la codificación, aunque tampoco faltaron conservadores plegados al mismo convencimiento, pero siempre con menor entusiasmo o eco.

Los primeros en llegar fueron: el código de España de 1822 y el código de Napoleón. También en forma más indirecta el proyecto de Mello Freire (1786) para Portugal y con muy

buen suceso el de Livingston para Louisiana (1825). Por una vía completamente independiente, por influencia francesa se introdujo el código de Napoleón en Haití, impuesto al territorio de la República Dominicana durante el dominio haitiano, y mantenido en ese país después de su independencia.

Las ideas que rondaban estos textos, aparte de las de algunos de sus ilustres redactores -Mello Freire y Livingston- eran las de Beccaria, Filangieri, Bentham y Lardizábal, ampliamente difundidos entre los latinoamericanos. De este modo tuvo lugar la primera codificación continental, construida sobre la base de estos modelos¹⁶, casi siempre adoptados íntegramente: el código Napoleón en Haití y la República Dominicana, vigentes hasta hoy¹⁷; el español de 1822 en El Salvador¹⁸, Bolivia¹⁹, Veracruz²⁰, Ecuador²¹, etc.; el de Louisiana en Guatemala y Nicaragua²², etc. Sin embargo, también en tiempos de este primer desembarco hubo una obra codificadora original, cuya mención no podemos omitir, que fue el Código do Império do Brasil de 1830, en el que convergen de alguna manera Bentham, Livingston y Mello Freire. Este interesantísimo período nos obliga a referirnos someramente a sus inspiradores ideológicos y a un breve análisis de las estructuras e ideologías de sus modelos, como también del único texto con factura propia que resultó de la importación.

El segundo desembarco de modelos europeos se produjo ya entrada la segunda mitad del siglo XIX y los que cundieron fueron los códigos españoles de 1848-1850 y 1870, el primer código nacional italiano o Códice Zanardelli.

En menor extensión cabe mencionar al código de Bélgica, casi limitado al código García Moreno del Ecuador²³ y a una parcial influencia sobre el código de Chile²⁴. Igualmente, debe mencionarse el código de Baviera de 1813, que llega tardíamente y limitado a la primera codificación argentina²⁵ y a su influencia (Paraguay y ecos parciales en otros países)²⁶ y el holandés de 1881, cuya elaboración fue bastante paralela a la italiana²⁷ y que está profusamente citado en el proyecto argentino de 1891²⁸

Códigos Penales de Latinoamérica

Los mismos navíos que transportaban estos códigos europeos y que llevaban a las metrópolis de ese continente a los penalistas y políticos latinoamericanos, también transportaron a América los primeros impulsos del positivismo criminológico italiano y francés, pudiendo afirmarse que es el período de fundación de la criminología latinoamericana por vía y obra de médicos alienistas y legistas, siendo los más connotados José Ingenieros²⁹ en la Argentina y Raimundo Nina Rodríguez³⁰ en Brasil. Latinoamérica estaba presta a recibir esa influencia³¹, toda vez que el racismo spenceriano se había convertido en el discurso dominante entre las oligarquías locales³², que de ese modo pasaban a ser la vanguardia iluminada de la civilización, legitimando su fraude electoral e, incluso, pretendiendo llevar a cabo una labor protectora patriarcal respecto de la población reducida a servidumbre³³.

No es raro que el tercer desembarco de textos europeos transportase las manifestaciones y ecos del positivismo criminológico, ávidamente aguardado en el continente americano. Pese a los esfuerzos de contención del avance positivista³⁴, el derecho penal se degradaba a derecho policial de seguridad, la pena perdía su jerarquía y nada la diferenciaba de la coerción administrativa directa, la inferioridad biológica del infractor se volvía verdad dogmática y, por ende, la superioridad biológica de los jueces sanos legitimaba la hegemonía de las clases superiores en su salud física y, por ende, moral, que la preservaba de las “lacras” sociales de los inferiores. Desde mucho antes del surgimiento del positivismo se había observado en Europa, por obra de policías, la necesidad de controlar a las “clases peligrosas”³⁵. Por ello, el tercer desembarco de modelos corresponde a la recepción de textos en los que, en mayor o menor medida, se incorporaban elementos peligrosistas, desde el Proyecto de Ferri hasta los que combinan penas y medidas (el proyecto de Stooss y el código de Rocco).

Este impulso tiene lugar a partir de la tercera década del siglo XX e impacta a México, Cuba, Colombia, Brasil, Uruguay y Perú. Se trata de un período convulsionado, con manifestaciones políticas muy diferentes, producto de la quiebra del anterior modelo de repúblicas oligárquicas, pero signado por

un disciplinamiento que había perdido la fe en un orden más o menos kantiano -por llamarle de alguna manera- y que con discurso científico consagraba una ideología verticalista o de sociedades corporativizadas, en medio de movimientos populares, reformas, revoluciones, dictaduras de estilo tradicional etc. Se trata de un periodo en el que la doctrina regional fue, en ocasiones, abiertamente positivista, pero también hubo autores que criticaban fuertemente al positivismo en las teorías del delito, aunque concedían un amplio margen a la peligrosidad en la teoría de la pena y de las medidas, cuando no aceptaban abiertamente el estado peligroso sin delito, o bien, no reparaban en que éste se hallaba vigente en función de leyes que concedían funciones judiciales y punitivas a las policías, con pretexto de su pretendida naturaleza administrativa.

El cuarto desembarco tuvo lugar a partir de los años sesenta del siglo XX, con la llegada del proyecto oficial alemán de 1962 y del proyecto alternativo alemán de 1966. A caballo entre el tercer y el cuarto desembarco puede considerarse el llamado “código penal tipo latinoamericano”, cuya preparación comenzó en 1963. En verdad, los modelos del tercer y cuarto desembarco se confunden, salvo en los casos de influencias claras y manifiestas. Sus efectos se han sentido en casi toda América Central, Panamá, Colombia, Bolivia, etc. Puede afirmarse que este proceso corresponde al periodo de seguridad nacional, en que los ideales de democracia estable se hunden ante la proliferación de golpes de Estado y la guerra centroamericana, aunque no sería justo decir que le fue funcional, porque, en verdad, las dictaduras de seguridad nacional no se preocuparon mucho por la elaboración de códigos penales conforme a sus pautas, sino que sancionaron legislaciones aberrantes, fuera de todo contexto constitucional y, además, apelaron a un sistema penal paralelo y subterráneo, que se valió del secuestro, el robo, la tortura, la violación, el homicidio y, por cierto, la desaparición forzada de personas.

Desde que cesaron las dictaduras de seguridad nacional, se puede observar una saludable reacción contra las medidas de seguridad posdelictuales y, en general, contra todo derecho

Códigos Penales de Latinoamérica

penal que no se oriente por la culpabilidad, aunque a veces se lo haga tímidamente. Pueden señalarse los ejemplos de Brasil, Colombia, Uruguay, Perú y Costa Rica, donde tiende a desaparecer o a minimizarse la reincidencia y a reducirse o suprimirse las medidas para habituales y análogas. Es de lamentar en el código paraguayo, la inclusión de una medida de seguridad para habituales, que también responde a la tradición de Stooss, que bajo ese nombre oculta la vieja relegación europea.

2. EL PRIMER DESEMBARCO DE MODELOS.

2.1. Los inspiradores ideológicos.

2.1.1. La llegada de Beccaria.

El libro de Beccaria se tradujo al castellano en 1774 por don Juan Antonio de Las Casas, aunque no se sabe quién era en realidad el traductor. En carta que Pietro Giusti 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 fray Bartolomé de Las Casas. No se sabe si era su verdadero nombre u ocultaba a un tal Abate Juan Alves o Alvarez, mencionado por Alejandro Verri como el verdadero traductor de Beccaria. Sin mayor fundamento se ha afirmado que el verdadero traductor era el propio Campomanes, versión que recogen Cantú y Nypels^{36 37}.

Los traductores españoles de Beccaria siguieron siendo casi anónimos durante muchos años, como sucede con Juan Ribera en 1820 y con el misterioso traductor de 1822, cuya reedición se hizo en 1828, constituyendo la versión castellana más difundida³⁸.

De esta forma, lo cierto fue que Beccaria se difundió entre la ilustración latinoamericana y, prácticamente, no hay obra de la materia que no haga referencia a él, no sólo entre los autores locales -que muy poco elaboraron- sino entre los mismos autores de los modelos adoptados.

Beccaria llegó, pues, en medio de la literatura prohibida de la ilustración. Sus ideas moderadoras, su oposición a la pena de muerte, a la tortura, el objetivo preventivo general de las penas, etc., fueron el clima en que llegaron los modelos y en el que éstos se habían gestado. Su influencia no fue, en general, directamente percibida en la región, sino receptada a través de los códigos que se importaban³⁹. Beccaria está citado en los debates del código español de 1822, en el proyecto portugués de Mello Freire, en los trabajos de Livingston, etc. No es necesario abundar en su influencia sobre toda la primera

codificación penal, por lo cual, no podía estar ausente de una tarea pionera de codificación, aunque ésta tuviese lugar en países sumamente distantes de su origen.

2.1.2. Filangieri.

Muchas veces se ha observado que el nivel técnico jurídico de Beccaria distaba de ser muy destacado⁴⁰. Su obra penal prácticamente se redujo a su famosísimo libro, que debe ser considerado como una obra política más que jurídica⁴¹. A todas luces más jurista fue su contemporáneo napolitano, Gaetano Filangieri y también más universal. Hombre del Iluminismo, su "Scienza della Legislazione" es más abarcativa, siendo su peso sobre los políticos y legisladores mucho mayor, debido a las materias que trataba, vinculadas directamente a sus intereses inmediatos.

Filangieri fue también traducido al castellano en forma muy problemática, pero siempre temprana. Hubo tres traducciones de su obra, parece que las dos primeras trucas⁴², pero de cualquier manera la última -de 1820- adquirió amplia difusión en América. Filangieri ejerció considerable peso sobre los legisladores españoles autores del código de 1822⁴³ y en general en la legislación española del período liberal⁴⁴. Incluso tardíamente se publicó una síntesis castellana de las ideas de este autor⁴⁵.

La concepción de la pena de Filangieri no era muy diferente de la de Beccaria: era para el objeto de la pena impedir que el delincuente cometa nuevos males y también, retraer a los otros de la tentación de cometer nuevos delitos⁴⁶. La diferencia entre ambos finca en la mayor precisión que acerca de las leyes criminales tienen las propuestas de Filangieri. Tanto Beccaria como Filangieri eran hijos de la ilustración y es muy difícil establecer los límites entre esta actitud política y la del liberalismo en los casos concretos. Cabe pensar que ambos se hallan en buena medida enmarcados en el llamado despotismo ilustrado, sus ideas no son en absoluto radicales, su pensamiento se adapta bastante bien a los intereses de quienes querían contener el poder absoluto, pero al mismo tiempo preservar los derechos de una minoría hegemónica que no es todavía la clase media productora.

Veremos que la primera codificación que viene a América es, en general, dura y poco flexible, nada considerada respecto de los grupos sociales carenciados, es decir, asentada sobre la ficción de la igualdad de posibilidades sociales. Este es el marco del despotismo ilustrado o del liberalismo en favor de sectores más privilegiados que las clases medias empresarias y mercantiles. En este sentido la “Scienza” de Filangieri⁴⁷ es una obra típica, propia de la época, pero también ideal para los intereses de las clases criollas de las ciudades y los puertos que coincidían con Gran Bretaña en la necesidad del libre comercio, que arruinaría las industrias artesanales de las regiones mediterráneas de Latinoamérica y provocaría el florecimiento de las capitales y puertos y del comercio británico, hasta entonces realizado únicamente por medio del contrabando.

2.1.3. Lardizábal.

Manuel de Lardizábal y Uribe tuvo en Latinoamérica más influencia por su obra⁴⁸ que a través de su peso en la legislación. Si bien parece haber sido citado algunas veces en el curso del debate del código de 1822, pareciera que lo ha sido más para demostrar conocimiento que por haber sido seriamente tomada en consideración su obra⁴⁹. De cualquier manera es difícil afirmarlo, porque muchas de sus ideas eran comunes con las de otros autores del iluminismo y, frecuentemente están incorporadas al texto legal.

Lo que es indudable era que la obra de Lardizábal se hallaba muy difundida en América. Pese a que había nacido en México (Tlaxcala) y marchó a España a los veinte años, nunca hizo mención a ello, pero puede ser considerado el primer penalista nacido en tierras americanas. Su obra data de 1782⁵⁰ y sus trabajos posteriores, al igual que aquella, revelan una sólida formación jurídica en este autor⁵¹.

El pensamiento de Lardizábal, como el de los autores antes mencionados, se enmarca en la misma actitud política. Se halla lejano de cualquier radicalismo liberal, al punto de que parte de un contractualismo muy matizado, fundado en la naturaleza

humana. Es muy clara la tentativa de insertar el contractualismo en la escolástica. De cualquier forma, su obra representa un avance notable sobre la desordenada legislación española recopilada y su idea de la prevención general - en la cual fundaba también el principio de legalidad- no se alejaba mucho de la idea central de los anteriores.

Las ideas de Lardizábal no solo se difundieron a través de su obra, sino también porque Gutiérrez, en su "Práctica Criminal", publicó un "Discurso" que en cierta forma era síntesis y reproducción de ideas de Lardizábal, como el mismo autor reconoce⁵².

2.1.4. Mello Freire.

Pascoal José de Mello Freire es mucho menos conocido que los anteriores. Fue el penalista ilustrado portugués, aunque sus conocimientos y proyectos abarcaron también otros ámbitos. Su obra jurídica aún no está traducida a lengua romance⁵³ y el más importante de sus trabajos en nuestra materia es el proyecto de Código Criminal que, al igual que lo propuesto por Lardizábal en España, constituye un avance notorio sobre la legislación portuguesa ordenada. Las fuentes de Mello Freire son Beccaria, Montesquieu, Servan, Rousseau, Vermeil, Blackstone, Locke, Voltaire, etc., es decir, todo el pensamiento iluminista. Debe tenerse en cuenta que el proyecto de Mello Freire data de 1786, o sea, que también se trata de una obra pionera muy temprana.

Uno de los autores de los dos proyectos de código criminal que se tomaron en cuenta para la redacción del primer código del Brasil, fue Bernardo Pereira de Vasconcellos⁵⁴, que según los autores nacionales había sido alumno de Mello Freire⁵⁵. Sea como fuere, el trazo de este autor se puede observar en esa primera codificación, especialmente si tenemos en cuenta que el proyecto de Mello Freire ya había sido expurgado y reeditado por el sobrino y secretario del autor⁵⁶.

2.1.5 Bentham.

En tanto que los otros autores, de vertiente racionalista,

deducían sus principios, Bentham, de alguna manera, inaugura o anuncia el positivismo, al menos a nivel filosófico⁵⁷. Su tesis es conocida como “utilitarismo” y, en general, distinguida del positivismo, pero con razón se ha dicho que el utilitarismo no pasa de ser un positivismo con cálculo de rentabilidad. La relación de Bentham con los franceses dió lugar a la temprana traducción de sus obras y a la consiguiente divulgación en esa lengua⁵⁸ y también en castellano⁵⁹. La Teoría de las penas y de las recompensas -de 1775- fue la que alcanzó mayor difusión e inspiró a los legisladores. La influencia de Bentham sobre el código de Napoleón es clara. El rechazo de toda consideración apriorística y el sostenimiento de los principios liberales por meras razones prácticas, abría el camino hacia la posterior superación de esas razones prácticas en función de descubrimientos empíricos, que fue lo que en definitiva hizo el positivismo.

La retribución como medida de la pena en función de la necesidad de defensa social también la sostenía, muy claramente, Romagnosi. La insuficiencia de esta medida para detener la famosa “spinta criminale” la pondrá de manifiesto Carlo Cattaneo⁶⁰ y, con ello, la “controspinta penale” dejará de tener su medida en el delito, para pasar a tenerla en la personalidad del delincuente. Este será el curso que completó el positivismo y con ello, la muerte del derecho penal liberal estará decretada, en función de necesidades prácticas policiales. El discurso penal positivista dejará de ser, de este modo, un discurso de contención del poder estatal, para pasar a ser un discurso policial. Pero esta involución no la protagonizará Bentham, sino que su rechazo de la razón en favor de la utilidad, o mejor, la pretensión de que lo racional siempre coincide con lo útil, abrirá el camino hacia ese destino.

En su tiempo, la idea de la retribución y de la exactitud en la cantidad de dolor de la pena, llevó a Bentham a idear una maquina de castigar⁶¹, que luego los franceses desarrollarían técnicamente con la guillotina⁶², es decir, la perfecta máquina de matar con igual cantidad de dolor.

De la retribución como necesidad racional para la prevención general, sustentada por Beccaria y por Filangieri,

Códigos Penales de Latinoamérica

por Lardizábal y por Mello Freire, remontada teóricamente a los niveles más altos de la deducción, aislada de todo empirismo por Kant, se pasa a la retribución como necesidad práctica en Bentham. En tanto que Kant se percataba de que era peligrosísimo para la legitimación del poder punitivo fundar la pena en cualquier consideración empírica (por ello, el más inteligente de los doctrinarios de la pena creaba una teoría de la pena que no admitía la contaminación de ningún dato de realidad), Bentham fundaba la necesidad de la retribución en consideraciones prácticas. Dejaba abierto el camino para el desastre que Kant quería evitar.

El mero repaso de los principales teóricos que influyeron en las ideas del primer desembarco de modelos importados nos muestra claramente que la idea de pena que todos manejaban era retributiva, aunque los fundamentos de tal concepción de la pena fuesen muy diferentes.

2.2. Las ideologías de los textos importados.

2.2.1. El Código Napoleón.

Se sostiene a veces que el código de Napoleón es un texto producido por la Revolución Francesa. Nada hay más inexacto. Los códigos de la revolución⁶³ son técnicamente pobres y se asegura que fueron hechos en pocas horas por Merlin⁶⁴, lo que puede ser verdad o difamación de sus críticos, pero lo cierto es que son pobres y no sirven como modelos. Además, esos códigos, con sus sistemas de penas fijas, pretendían un retribucionismo un tanto limitado. El código de Napoleón, en lugar, es el código de un Imperio verticalista. Con toda razón - desde su punto de vista - uno de los historiadores del siglo pasado glorifica este texto observando que “las legislaciones revolucionarias habían tenido una tendencia a enervar la acción penal. El nuevo código profesa un marcado alejamiento de esa falsa filantropía, e inaugura las represiones severas, necesarias para el restablecimiento del orden social”⁶⁵. “El pensamiento de Napoleón -comenta otro- al salir de una época de subversión social, debe ser el de dar fuerza al poder, energía a las penas”⁶⁶.

El primer proyecto de este código fue discutido en veinticinco sesiones en 1804, presididas personalmente por Napoleón. El segundo proyecto, que se convirtió en ley en el código de 1810, fue discutido en cuarenta y una sesiones, del 4 de octubre de 1808 al 18 de enero de 1810, a algunas de las cuales asistió Napoleón⁶⁷. La exposición de motivos estuvo a cargo de Bouhier, Faure y Treilhard. Con orgullo sus defensores lo señalan como un ejemplo que cundió por casi toda Europa⁶⁸.

En muchos sentidos el texto fue fundacional, en especial en cuanto a su metodología. Tiene el mérito de su considerable técnica para la época, especialmente en cuanto a la formulación de la parte especial, sumamente concisa en comparación con las legislaciones anteriores.

El código Napoleón fue sancionado en siete leyes del 13 al 20 de febrero de 1810 y puesto en vigencia a partir del 1º de enero de 1811. Con este texto se extendió la pena de muerte a mayor número de casos, incluyendo la falsificación de moneda y, en caso de parricidio, iba precedida del corte de la mano, reintroduciéndose las penas detentivas, el ergástulo y la confiscación general de los bienes⁶⁹.

De la general estructura del código y de sus disposiciones en particular queda claro que el código quiere proteger, ante todo, al estado y su voluntad de poder, centrado en la persona del Emperador. Como Dios había sido reemplazado por el estado, los delitos contra éste desplazaban a los delitos contra la religión de otros modelos, encabezando la tabulación de delitos de la parte especial. La antigua 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”⁷⁰ reverdecía en el texto napoleónico y a partir del mismo se difundirá por Europa, pasando incluso a Alemania (Sajonia, 1838; Württemberg, 1839), donde llega a ser modelo del código de Prusia en 1851, que pasará a ser el código imperial, vigente hasta 1975. Cabe observar también que el código de Napoleón tuvo alguna influencia alemana, a través del proyecto de Kleischrod para Baviera, es decir, justamente del proyecto

combatido por Feuerbach y que motivara su célebre polémica con el autor, o sea, un código intimidatorio⁷¹. Quizá una de las razones por las que los autores del código de Napoleón no cayeron en más exageraciones intimidatorias fue la influencia de Bentham. El propio Target, en la presentación del proyecto, afirmaba que la necesidad era lo que hacía legítima la pena⁷², lo que era una idea bastante moderada en comparación con la tendencia imperial romana que el código retomaba.

El texto partía de la tripartición de las infracciones en crímenes, delitos y contravenciones, lo que procedía del texto de 1791. El libro III se ocupaba de los crímenes y de los delitos y de su punición. Como es lógico, dada la idea rectora del texto, el primer título se ocupa de los crímenes y delitos contra la cosa pública y el segundo de los crímenes y delitos contra los particulares.

No creemos que deba minimizarse el plan de un código, porque generalmente es elocuente en cuanto a su tendencia política. Pero, además del plan y su priorización del tratamiento de los delitos contra el estado, el código de Napoleón es elocuente en otras expresiones de autoritarismo verticalista, como cuando llama a los delitos sexuales “delitos contra las costumbres”, lo que indica que, junto a la libertad de la víctima y por sobre de ella, estos delitos se penan porque lesionan las costumbres en cuya conservación está interesado el estado⁷³.

Prins escribió sobre este código: “Los autores del código imperial pertenecían a aquella escuela de criminalistas que, bajo el influjo de Bentham, no encontraban otra justificación a la pena que la necesidad y la utilidad. La teoría de la necesidad de las penas convenía al espíritu despótico de Napoleón I, que imprimía al código penal 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 tentativa 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 la alta policía del Estado. Además, se confundían los casos más diferentes, pudiendo decir Rossi que el legislador 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 circunstancias agravantes inflexible⁷⁴. Como cabe suponer en un texto de orden, dirigido a intimidar, la reincidencia asumía un papel protagónico en las agravantes. Si alguna duda resta sobre el verticalismo autoritario de este código, la disipa el texto de su art. 65: "Ningún crimen ni delito puede ser excusado ni la pena mitigada, sino en el caso y las circunstancias que la ley declare el hecho excusable o permita aplicarle una pena menos rigurosa".

2.2.2. El Código Español de 1822.

Este código, obra penal del liberalismo español de la época, fue elaborado por una comisión especial nombrada por las Cortes, que dio comienzo a sus trabajos el 9 de noviembre de 1820 y lo presentó a éstas el 21 de abril de 1821. Como miembros de la comisión firmaban el proyecto los diputados Francisco Martínez Marina, José María Calatrava, José Manuel de Vadillo, Joaquín Rey, Andrés Crespo Cantolla, Francisco Javier Caro y Lorenzo Rivera⁷⁵. Dada la demora en la impresión del proyecto, la discusión del mismo pasó a las Cortes de 1822. En este trámite se perdió la minuta del proyecto, que fue hallada luego en la mesa de un oficial de secretaría, lo que dio lugar a una investigación y a la sanción del funcionario⁷⁶. En la sesión del 10 de mayo de 1822, el presidente manifestó que halló una inscripción en las actas correspondientes a la sesión del 13 de febrero de ese año 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 cual se decidió nombrar una comisión para que lo revisase y constatare su correspondencia con lo aprobado por las Cortes, la que produjo su informe el 21 de mayo⁷⁷. Quien en las diferentes sesiones tomó la palabra para solicitar las prórrogas y los informes fue el

Códigos Penales de Latinoamérica

diputado Calatrava, por lo que cabe suponer que tuvo destacada actuación en el trámite del mismo. En los debates se citaron muchos nombres de la época, entre los que cabe recordar a Bentham, Beccaria y Filangieri, aunque algunas veces se citó también a Lardizábal.

Las Cortes decretaron el código el 8 de junio de 1822 y el Rey lo sancionó el 9 de julio del mismo año⁷⁸. En la presentación de la comisión especial de 1821 no se hacía mención a bibliografía ni a nombres. En parte puede obedecer a que es hasta cierto punto considerable la influencia francesa y no era políticamente grata la imputación de afrancesamiento. No obstante, no debe creerse que el código es una reproducción de la fuente francesa, sino que es muy original en algunos aspectos y su extensión y explicación son mucho mayores que las de este modelo. Pese a que era la época de Bentham, como dice Antón Oneca⁷⁹, la moda no triunfó totalmente, porque el código parece estar más cerca de Filangieri y de Lardizábal que de Bentham⁸⁰. También se ha opinado que la omisión de mayores referencias a Lardizábal puede obedecer a que se le reconocía una posición de ilustrado que contrastaba con la mayoría liberal de las Cortes⁸¹.

En la presentación del proyecto, la Comisión criticaba la legislación hasta entonces vigente, es decir, la Novísima Recopilación, cuyo libro XII contenía las disposiciones referentes a los delitos y sus penas y a los juicios criminales. La mera lectura superficial de este Libro de la Novísima permite valorar el increíble atraso de la legislación penal española, dividida en cuarenta y dos títulos, encabezados por las leyes que ordenaban la expulsión de los judíos y la prohibición de su entrada al Reino⁸². De allí que se justifiquen ampliamente los calificativos de leyes crueles, sanguinarias, oscurísimas, incomprensibles, parciales, contradictorias, y otras no menos severas que empleaba la comisión especial⁸³. La comisión agregaba que había revisado los documentos existentes en el Consejo de Castilla y que únicamente había hallado borradores incompletos de lo que no era más que la preparación de una nueva edición de la Novísima.

En la presentación sólo se fundaban algunos puntos del

proyecto comenzando con la disposición según la cual la embriaguez no exime ni atenúa, tema en el que vuelve sobre argumentos aristotélicos. Considera a la deportación como una pena útil y rechaza la pena de marca, que sin embargo reserva para la pena de trabajos perpetuos. De cualquier modo, esta limitada función de la marca no fue sancionada, pese a que el artículo 53 del código establecía la muerte civil para el condenado a trabajos perpetuos. La comisión derogaba todo derecho de asilo, fundándolo en que no es necesario en una nación civilizada.

El destino político del código español de 1822 fue sumamente curioso y accidentado, llegándose incluso a poner en duda su efectiva vigencia en España. Es evidente que el texto 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 el espacio para el día, que se llenaría en cada caso. Una Real Orden del 27 de septiembre establecía que la vigencia comenzaría el 1° de enero de 1823. El 7 de abril de 1823 cayó el gobierno constitucional y Fernando VII volvió con poderes absolutos, en función de los cuales, el 1° de octubre de 1823 anuló todos los actos realizados por el régimen liberal, con lo cual la legislación penal española sufriría otros veinticinco años de atraso, al volver a la Novísima.

El destino de este texto fue ciertamente curioso —como dijimos— porque su vigencia española, de haberla tenido, fue muy breve, en tanto que en América rigió por casi un siglo y medio, desde 1826 en que se lo sancionó en El Salvador, hasta 1973 en que se lo derogó en Bolivia.

Se trata de un texto retributivo y ejemplificador, pero sin la extremada crueldad del código Napoleón. No obstante, en la ordenación de los tipos de la parte especial se seguía el modelo napoleónico, clasificándoles en una primera parte de delitos contra la sociedad y una segunda de delitos contra los particulares, pero no parece ser ésta una copia del sentido imperial del código bonapartista, que no imperaba entre los ideales de sus autores,

sino que parece obedecer a falta de un modelo alternativo de clasificación de los delitos, puesto que el código de Baviera no era conocido en España. El texto contemporáneamente reciente, que pudo haber ejercido mayor influencia sobre el código español de 1822 era el código napolitano de 1819⁸⁴, pero sobre el cual también había pesado en gran medida el modelo bonapartista⁸⁵, aunque conservaba el privilegio de iniciar la parte especial con los delitos contra la religión, siguiendo el criterio clasificatorio del Decálogo.

2.2.3. Los Códigos de Livingston.

En realidad, Edward Livingston elaboró un proyecto que nunca tuvo sanción en los Estados Unidos en el plano federal, pero su obra fue sancionada en Guatemala el 1° de enero de 1837 y también en Nicaragua⁸⁶, de modo que cabe en propiedad referirse al código de Livingston y no al mero proyecto. El proyecto original data de 1825, aunque hubo adelantos que se publicaron también en francés⁸⁷ y por obra de José Barrundia fue conocido en versión castellana traducida por el mencionado autor en Guatemala en 1831⁸⁸.

El código de Livingston es mucho más humanista que los modelos comentados. Es un texto más técnico en cierto sentido, con prolijas descripciones y fórmulas, que a veces nos parecen obvias y otras curiosas, pero que no son sobreabundantes, teniendo en cuenta que su texto se halla entre dos culturas jurídicas diferentes. En principio, llama la atención su extenso discurso contra la pena de muerte y la supresión de la criminalización del suicidio y de la sodomía.

Con el código de Livingston se introduce la obediencia debida como eximente y como atenuante, esto último respecto de las mujeres y los niños. La legítima defensa, al igual que en la legislación napoleónica, se reserva a los delitos contra la vida. Su definición de delitos abarca las acciones y las omisiones, dividiéndolos según su culpabilidad y según su objeto, en crímenes y faltas graves y en públicos y privados respectivamente.

Resulta sumamente interesante su clasificación de los delitos privados, subdivididos en seis grupos: son delitos que afectan a los particulares en el ejercicio de su religión, en su reputación y su honor, en sus personas, en su profesión y oficio, en sus derechos civiles y políticos y en su propiedad. La religión conserva en este texto la preeminencia, pero como delito contra los particulares y en cuanto derecho a su ejercicio.

Las penas, además de las inhabilitaciones, son de multa, prisión simple, prisión en custodia cerrada, prisión con trabajos recios. La prisión suspende el ejercicio de los derechos políticos y civiles, dando lugar al nombramiento de un curador, pero si es por vida, produce su pérdida. La regulación de la multa es cuidadosa, prohibiendo que alcance a más de un cuarto del patrimonio del penado, con lo cual rechaza de plano la pena confiscatoria. Establece la inembargabilidad de los efectos personales y de los instrumentos laborales. Precisa que la multa debe ser adecuada a la propiedad del multado.

Las escalas penales tienen mínimos y máximos, dentro de los cuales se ejerce la prudencia judicial. No contiene agravantes y atenuantes tabulados para todos los delitos, sino que en referencia a cada uno en particular establece las calificaciones.

En general es un texto progresista y no caben dudas que, como modelo liberal es preferible al Código de Napoleón.

2.2.4. Proyecto de Mello Freire.

Debe tenerse en cuenta que en proceso de codificación, en pocos años la técnica avanzó muchísimo. El proyecto de Mello Freire es contemporáneo al código de Pedro Leopoldo de Toscana, es decir, se remonta a 1786, o sea que es muy anterior al código de Napoleón y más aún al español y al de Livingston. Se trata de un texto dividido en sesenta y seis títulos que abarcaba tanto la materia penal como la procesal penal. Cuarenta y cuatro de ellos están referidos a materia penal y los cuatro primeros a las disposiciones generales: de los delitos, de las personas capaces de delinquir, de los agentes y cómplices y de las penas.

Precisa que el fin de la pena es obstar a que el criminal continúe haciendo mal y evitar que los otros lo hagan con el ejemplo de su impunidad, o sea, que la influencia de Filangieri y de Beccaria es clarísima. Sostiene, por consiguiente, la pena de muerte natural, o sea, sin crueldad, que proyecta extender a todo el reino, disponiendo que la muerte del criminal deberá ejecutarse de un solo golpe. La pena de destierro no podría ejecutarse sin autorización real. La prisión se graduaría conforme a la gravedad del hecho, siendo los mejores lugares de prisión los destinados a presos por seguridad y por delitos leves. “Los jueces harán dar los mismos castigos y penas corporales e infamantes a todos los criminales, sin distinción de personas, en aquellos casos en que la ley no la hiciera; en las pecuniarias dejadas a su arbitrio, deben hacer siempre la distinción entre el rico y el pobre”. “La calidad de la persona y su mayor inteligencia y entendimiento, no disculpa, antes agrava el delito; y en consecuencia, no disminuye, antes aumenta la pena”. “Los agentes del delito deben sufrir todos la misma pena, que se agravará a los que de ellos excedieren en malicia”. “Debe el cómplice del delito ser menos castigado que el autor del mismo”. “El que intente cometer algún delito no consumándolo, sólo puede ser penado con la pena ordinaria cuando la ley lo tuviera por perfecto y consumado”. “Es mayor la pena del delito que se comete de propósito e insidiosamente, en plena libertad y por pura malicia, que en riña, por ocasión inesperada, y sin plena libertad, o por alguna causa”. “También agrava la pena la dificultad de cometer el delito y su motivo; por tanto el que delinque por mera ambición o lucro de dinero, es más criminal que el que lo hace por venganza y satisfacción de la injuria ya recibida y éste más que el que delinque en el momento y ocasión de la misma injuria”. “Las circunstancias del lugar y tiempo de delito, de la persona ofendida y el género de ofensa, hacen también disminuir o agravar la ofensa”. “El número y la multitud de los delincuentes no se juzgará bastante causa para la disminución de la pena”. “El error, el engaño, la imprudencia o ignorancia vencibles, el miedo, amenaza, coacción, la necesidad, el imperio al que se puede y debe resistir, el exceso en el modo de la defensa, el amor, la ira bien o mal ordenada, la melancolía más o menos avanzada, la edad y otras semejantes causas excusantes hacen menos agravantes los delitos y sus penas”⁸⁹

Tanto este texto como el de Livingston no admiten fórmulas de unificación de penas para los concursos reales, pero este proyecto, en forma expresa, rechaza el principio de absorción.

2.3. La elaboración local del Código del Imperio del Brasil.

Este código fue el primer texto elaborado en América Latina⁹⁰, es decir, la primera codificación que no fue resultado automático de la adopción íntegra o con retoques de un modelo importado⁹¹.

Fueron dos los proyectos sobre los que se trabajó el código del Imperio, pero entre ambos (el de José Clemente Pereira⁹² y el de Bernardo Pereira de Vasconcellos⁹³), fue el segundo el que primó, lo que se observa incluso a partir de su mismo plan, pese a no ser íntegramente el texto de su pluma. Consideramos que en ambos textos pesa el proyecto de Mello Freire, pese a que los proyectos brasileños tienen factura más técnica, como correspondía a los tiempos y a la innecesariedad de precisar la eliminación de elementos absolutistas que ya estaban excluidos por los principios constitucionales. No debe olvidarse que Mello Freire tuvo que polemizar en Portugal con el revisor de su obra, que le imputaba pretender limitar el poder absoluto del monarca⁹⁴, discusión que no se concebía en el Brasil independiente.

El código imperial se dividía en cuatro partes: de los crímenes y de las penas, de los crímenes públicos, de los crímenes particulares y de los crímenes policiales.

El título primero (de los crímenes y de las penas) se desdoblaba en cuatro capítulos. El capítulo primero trataba de los crímenes y de los criminales. El artículo 1º consagraba la sinonimia de crimen y delito y el principio de legalidad. El artículo 2º definía al crimen como toda acción u omisión voluntaria contraria a las leyes penales, concibiendo también la tentativa conforme al principio de ejecución francés, que no tuviera efecto por circunstancias independientes de la voluntad del delincuente. Consideraba también que era delito el abuso de autoridad en perjuicio de particulares sin utilidad pública y las amenazas de

Códigos Penales de Latinoamérica

delito. El artículo 3° es uno de los más importantes del texto, pues requiere expresamente la mala fe, esto es, el conocimiento del mal y la intención de cometerlo. De esta disposición resulta claro que no hay delito sin dolo y sin conciencia de la antijuridicidad. Esta disposición parece provenir, en cuanto al requisito de voluntariedad, del artículo 24 del proyecto de Livingston, en tanto que el resto pareciera ser una aplicación o explicitación del primer párrafo del título I del proyecto de Mello Freire: “sin dolo y malicia o culpa no se puede considerar delito para el efecto de la pena”.

Los artículos 4, 5 y 6 se refieren a la participación, en la que se incluye la receptación. Los artículos 7, 8 y 9 se refieren a los delitos de imprenta. Conforme al artículo 10° 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. Tampoco eran punibles los locos de todo género, los que cometieran el delito violentados por fuerza o por miedo irresistibles y los casos fortuitos.

El capítulo segundo trataba de los crímenes justificables, incluía entre ellos al estado de necesidad, la defensa propia, la de la familia, la de terceros, la defensa contra órdenes ilegales y el derecho de corrección contra los hijos, esclavos y aprendices. Es conveniente observar que de esta manera se configuraba en este texto un catálogo de eximentes mucho más completo que el de los modelos importados puros, pues en ninguno de los cuatro principales la legítima defensa aparece en la parte general, sino limitada a la parte especial y a los delitos contra la vida. La inclusión en la parte general era originaria del código de Baviera de 1813 y proviene del proyecto de Pereira de Vasconcellos.

El capítulo tercero se ocupaba de las circunstancias atenuantes y agravantes de los crímenes. Las agravantes se incluían en veintidós incisos y las atenuantes en diez. El artículo 19 consagraba el principio talional, aunque no de origen kantiano, sino por influencia de Bentham: “Influirá también en la agravación o atenuación del crimen la sensibilidad del ofendido”.

El capítulo cuarto trata de la satisfacción, estableciendo la

obligación de resarcir el daño, operando la sustitución en caso de incapacidad, por prisión con trabajo.

El título segundo, de las penas, se compone de un único capítulo que trata de la calidad de las penas y de la manera como se han de cumplir e imponer. El art. 33 establecía la legalidad de las penas, el 34 la escala disminuida para la tentativa y el 35 extendía la misma escala a la complicidad. Los artículos 38 y 43 regulaban la pena de muerte, que se debía ejecutar por la horca. El reo debía ser ejecutado en traje de calle y el cadáver debía ser entregado a los deudos para que lo sepulten sin pompa. Esta última disposición provenía del código Napoleón, pero, a diferencia de éste y del código español de 1822, no prescribía la agravación en la indumentaria del reo y se diferenciaba también del código de Livingston, que si bien no admitía la pena de muerte, no dejaba de establecer que si el condenado a la pena de trabajos recios por vida o perpetua fallecía, su cadáver debía ser entregado a los médicos para sus estudios. La pena de galeras 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 provocaba la pérdida de los derechos de ciudadano brasileño (art. 50). Esta pena era expresamente rechazada por el proyecto de Livingston, con el argumento que terminó imponiéndose en el mundo. El confinamiento estaba previsto en el artículo 51 y el destierro en el artículo 52. Durante el tiempo de la pena perdían los derechos políticos los condenados a galeras, a prisión (simple o con trabajo), a confinamiento y a destierro (art. 53).

La multa era la innovación más importante del código, por su posterior consagración en la legislación comparada. En realidad el código imperial creó el sistema del día de multa, aunque hoy el mismo sea conocido como "sistema nórdico". El art. 55 disponía: "La pena de multa obligará a los reos a pagar una cantidad pecuniaria, que será siempre regulada por lo que los condenados pudieran ganar cada día por sus bienes, empleos o industria, cuando la ley específicamente no la designa de otro

Códigos Penales de Latinoamérica

modo". Si bien Filangieri y Mello Freire habían insistido en que era fundamental que la multa se adecuase a la capacidad económica del penado, y Livingston la limitaba a la cuarta parte de sus bienes y exigía esa adecuación, lo cierto fue que José Clemente Pereira se ocupó muy especialmente del problema en su proyecto, estableciéndola entre la décima parte como mínimo, la sexta parte como grado medio y la tercera parte como grado máximo, de los bienes del penado. Pero el sistema fue inventado por Pereira de Vasconcellos, que en el art. 90 de su proyecto estableció: "La multa será siempre regulada por lo que el reo, con sus bienes e industria, pueda ganar en dos días de trabajo". "Este código expresará la multa de tantos días, meses o años de trabajo". El texto sancionado modificó la redacción, pero adoptó el mismo sistema, sustituyendo dos días por un día, lo que es más lógico.

Cabe observar que el Brasil es esclavista en 1830, al igual que los Estados Unidos. No obstante, en tanto que el proyecto de Livingston preveía un código separado para los esclavos, el código imperial del Brasil era único, disponiendo su artículo 60 que si "el reo fuese esclavo e incurriese en pena que no fuese la capital o de galeras, será entregado a su señor, que se obligará a tenerlo con un hierro por el tiempo y manera que el juez establezca". "El número de azotes será fijado en la sentencia y el esclavo no podrá recibir por día más de cincuenta".

El artículo 63 establecía el sistema de las penas fijas en tres grados, conforme el grado de delito, según hubiese agravantes, atenuantes, concurrencia de ambas o ausencia de todas. El artículo 65 establecía que las penas no prescribían.

La segunda parte se refería a los crímenes públicos, dividida en seis títulos que se ocupaban respectivamente de los crímenes contra la existencia política del imperio, de los crímenes contra el libre ejercicio de los poderes políticos de los ciudadanos, de los crímenes contra el libre gozo y ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, de los crímenes contra la seguridad interna del imperio y la tranquilidad pública, de los crímenes contra el buen orden y la administración pública y de los crímenes contra el tesoro y la propiedad pública.

La parte tercera trataba de los crímenes contra 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, pues colocaba a ésta en el orden prioritario sobre los mismos delitos contra la vida.

La parte cuarta, destinada a los crímenes policiales, se dividía en ocho capítulos: contra la religión, la moral y las buenas costumbres; sociedades secretas; coaliciones ilícitas; vagos y mendigos; uso de arma; fabricación y uso de instrumentos para robar; uso de nombres supuestos y títulos indebidos; uso indebido de la prensa.

El código del imperio fue, sin duda, un texto para una sociedad altamente estratificada⁹⁵, como lo pone de manifiesto en sus límites extremos, el tratamiento dado a los esclavos, para lo cual no requería acudir a un “código negro”, como lo hacía Livingston. Las penas de muerte y de galeras parecen haberse mantenido casi exclusivamente en razón de la existencia de la esclavitud, como en forma indirecta lo dejaba entrever la comisión bicameral, atribuyéndolo al “estado actual de nuestra población, en que la educación primaria no puede ser general”. Cabe aclarar que durante muchos años la pena de muerte fue abolida *de facto*, debido a un penosísimo error judicial que decidió al emperador Pedro II a conmutar todas las que se impusieron durante su reinado⁹⁶.

Es harto curioso que el “Código Criminal do Império” no hiciese ninguna referencia especial a la obediencia debida, considerando era materia expresamente considerada en sus principales modelos, como Mello Freire⁹⁷ y Livingston⁹⁸. No pertenecía a la tradición francesa, donde no la menciona Mouyart de Vouglans⁹⁹ y no la recoge el código revolucionario de 1791 ni el de Napoleón, sino que llegaba por vía de la tradición inglesa, particularmente por el detallado tratamiento que de la misma hacía Blackstone¹⁰⁰, de donde con seguridad nacen las menciones especiales de Mello Freire, de Feuerbach en el art. 122 del código de Baviera 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 del Imperio guarda un enigmático silencio a su respecto. Se nos ocurre que este silencio obedece a la existencia de la esclavitud en el Brasil. Los antecedentes ingleses mencionados por Blackstone liberaban de responsabilidad al esclavo que actuaba por mandato de su amo, extendiendo la impunidad aún en caso de complicidad y coautoría. Livingston andaba por un camino semejante. Probablemente el legislador imperial entendió que esto era un peligro para su clase en la sociedad brasileña de comienzos del siglo XIX.

Al no tipificar numerosas conductas que no afectaban bienes jurídicos, el código del Imperio revela una sana tendencia liberal, pero no puede olvidarse que se trataba de un código sancionado para una sociedad esclavista y estratificada. Algunos de sus aspectos son igualmente criticables desde el punto de vista liberal, como la tipificación contravencional de las conductas que afectaban a la religión del Estado por atentar contra sus verdades. De cualquier manera, debe ser mencionado especialmente y recordado muy particularmente porque fue traducido al francés¹⁰¹ y al castellano, ejerciendo una notable influencia sobre la codificación penal española de 1848 y siguientes, por lo cual puede afirmarse que este texto partió del Brasil a Europa y volvió en factura española para revertirse en casi todos los países del continente, con excepción de Haití, Dominicana, Ecuador, Bolivia y Argentina.

De este modo se cierra un período fundacional de la codificación penal latinoamericana, con las ideas y los modelos que acabamos de mencionar y con el producto vernáculo brasileño. Fue un período de ilustrados, en que los líderes mismos creían en el poder de los códigos. El código de Livingston fue un símbolo liberal en América Central¹⁰² y lo fue en Bolivia el código español de 1822, como lo prueba la famosa proclama de Mariscal Santa Cruz, las preocupaciones de Bolívar y de San Martín y, en general, de todos los hombres de la etapa emancipadora. Difícil fue la política posterior de nuestros pueblos. Los ideales de unión se destruyeron, los primeros impulsos liberales se vieron sometidos a los intereses de las oligarquías que emergían en nuestros países y nuestros propios libertadores

ILANUD/SCJN México

fueron apartados del mando, traicionados, cuando no asesinados, como Sucre. Los primeros intentos codificadores respondieron a ideales más o menos puros, que hoy pueden considerarse ingenuos, pero que conservan vigencia en cuanto a su valor moral.

3. EL SEGUNDO DESEMBARCO DE TEXTOS.

3.1. Las Ideologías de los Modelos.

3. 1. 1. Los Códigos Españoles de 1848- 1850 y 1870.

No es nuestro propósito agotar aquí un análisis de los textos referidos y ni siquiera detenernos mayormente en ellos, por considerarlo innecesario, dado que la literatura histórica y penal al respecto es inmensa y se halla muy disponible, por tratarse en último análisis de la legislación penal cuya estructura fundamental siguió rigiendo en España hasta 1995.

El Código Penal Español de 1848 es un texto de factura muy diferente al de 1822. Puede decirse que es mucho más técnico y sobrio. Aunque se ha sostenido que está influido por el modelo bonapartista, creemos que esto obedece a que ese modelo pesó en todos los códigos posteriores, por las razones que señalamos, pero que es a nuestro juicio mucho más clara la influencia de dos textos que justamente se caracterizan por la sobriedad que es propia de ese código: nos referimos al Código Imperial del Brasil y al Código de las Dos Sicilias¹⁰³.

Se ha debatido la influencia de Pacheco en este texto y se afirma que fue en realidad poco lo que intervino en la comisión redactora¹⁰⁴, pero incluso quienes participan de esa opinión, deben reconocer que su peso ideológico es considerable, como cabeza visible del llamado eclecticismo francés, si cabe de esa manera llamar a la corriente representada por Pellegrino Rossi¹⁰⁵. Lo cierto es que no se trata de un texto en que predomine el pragmatismo de Bentham, sino que es de factura retributiva, flexibilizando hasta cierto punto las reglas rígidas del código imperial, pero conservando su idea central a este respecto. Justo es reconocer en Pacheco, además, a su comentador de más alto nivel¹⁰⁶. En 1850 este texto sufrió algunas reformas de ninguna importancia estructural, que dieron lugar a una edición reformada¹⁰⁷.

Desde la perspectiva comparatista, no puede considerarse que el código de 1848/50 sea un texto con penas flexibles, pues sólo se diferencia del código imperial brasileño en que otorga un

pequeño margen de individualización judicial. Conforme a las atenuantes y agravantes, se establece el grado de la pena, que puede ser mínimo, medio o máximo, lo que en las penas de cadena, reclusión, relegación y extrañamiento, que en total tienen un mínimo y un máximo entre doce y veinte años respectivamente, en grado mínimo su flexibilidad está entre doce y catorce años, en su grado medio entre quince y diecisiete años y en su grado máximo entre dieciocho y veinte años. Este mismo sistema se extiende a todas las penas previstas. Puede afirmarse, en consecuencia, que se trata de un código con penas rígidas.

El texto mantiene la pena de muerte, conservando algunos elementos del código de 1822, tales como el atuendo amarillo y las manchas encarnadas para los parricidas y los regicidas (art. 91), aunque dispone la entrega del cadáver a los parientes y su entierro sin pompa, como el código del Brasil y el napoleónico. El carácter retributivo de este código se evidencia en toda su estructura de penas, establecida en el título tercero de su libro primero.

El libro primero se ocupa de las disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables y las penas. El título primero trata de los delitos y de las faltas y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan. El catálogo de eximentes es muy completo, pudiéndose afirmar que perfecciona el de su modelo brasileño, mejora considerablemente la fórmula de la legítima defensa y reintroduce la obediencia debida, mejora el estado de necesidad, contempla el caso fortuito, el miedo insuperable, el cumplimiento de un deber, el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad, oficio o cargo, etc. La comparación de este elenco de eximentes con el rudimentario del código francés de 1810, muestra claramente que, al menos en este aspecto, su influencia en el código español no pudo ser notable. Los capítulos III y IV de este título abarcan las circunstancias que agravan y atenúan la responsabilidad criminal. Entre estas últimas, introduce en el artículo 9º el sistema de las eximentes incompletas, considerando como atenuantes a las eximentes cuando “no concurran todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos

Códigos Penales de Latinoamérica

casos”. En el título segundo de esta primera parte se ocupa de las personas responsables de los delitos y faltas, incluyendo a los encubridores y considerando autores a los instigadores. El capítulo segundo se ocupa de la responsabilidad civil. En el título tercero trata de las penas, en la forma que hemos manifestado. El elenco mencionado en su art. 24 comprende más de treinta penas diferentes, clasificadas en aflictivas, correccionales y leves, multa y caución como comunes a las tres categorías, todas ellas como penas principales y seis penas accesorias. El complicado sistema de cuantificación obliga a una tabla demostrativa¹⁰⁸, originalidad que se continuará en los sucesivos códigos españoles. A diferencia del texto brasileño, las penas se prescriben, pero al igual que en el mismo, en caso de concurso real, se ejecutan todas las penas.

El libro segundo se ocupa de los delitos y sus penas en particular. El orden de los bienes jurídicos recuerda al del código siciliano: título I, delitos contra la religión; título II, delitos contra la seguridad exterior del Estado; título III, delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público; título IV, de las falsedades; título V, delitos contra la salud pública; título VI, de la vagancia y mendicidad; título VII, de los juegos y rifas; título VIII, de los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos; título IX, delitos contra las personas; título X, delitos contra la honestidad; título XI, delitos contra el honor; título XII, delitos contra el estado civil de las personas; título XIII, delitos contra la libertad y seguridad; título XIV, delitos contra la propiedad; título XV, imprudencia temeraria.

El libro tercero está dedicado a las faltas. Es dable observar que adopta una clasificación formalmente bipartita de las infracciones penales: delitos y faltas. No obstante, declara que hay delitos más graves y delitos menos graves, estableciendo penas para cada uno de ellos. De este modo, queda a medio camino entre el código imperial y el francés, con la diferencia, respecto del imperial, de que éste generalizaba la expresión “crime”, precisando que era sinónimo de “delito”, en tanto que el español generaliza la palabra “delito”.

Hemos señalado la poca influencia estructural que el código de Napoleón ha tenido sobre el código español, como también el marcado peso del modelo imperial del Brasil, particularmente en la tabulación de eximentes, agravantes y atenuantes y en el sistema de penas relativamente fijas. En tanto que en el código imperial, una pena de seis a dieciocho años se imponía en seis años si había atenuantes, en dieciocho si había agravantes y en su término medio, esto es, en doce años, si no había ninguna de ambas circunstancias, en el texto español se relativiza en la forma que vimos. Aquí es donde ejerce su influencia el modelo siciliano.

El código para el Reino de las Dos Sicilias¹⁰⁹ también era un texto sobrio, de cuatrocientos setenta artículos (el código de 1848/50 tiene quinientos seis artículos y el brasileño imperial trescientos trece), pero técnicamente mucho menos perfecto que el español en cuanto a fórmulas de agravación y atenuación, que no las contenía en la parte general, y en cuanto a formulación de eximentes, que eran muy pobres y conservaba la legítima defensa en la parte especial. En mayor medida creemos que ha influido el orden y los tipos de su parte especial y, en la general, la pluralidad enorme de penas y sus grados y el paso de las penas mayores a las menores en caso de atenuante (y el proceso inverso en caso de agravante). Es clara la consideración de la multa y la caución como penas comunes. No obstante, el código siciliano conservaba la clasificación tripartita, denominando a toda infracción penal “reato” y clasificándola según su gravedad en “misfatto”, “delito” y “contravvenzione”, penándolas con penas criminales, correccionales y de policía. Por ende, en este aspecto estructural, el código siciliano no se apartaba del modelo bonapartista. La simplificación bipartita, por ende, es de cuño claramente brasileño, al igual que la consideración de la legítima defensa en la parte general. Digamos, por ende, que creemos que el aporte napolitano se reduce a la pluralización de las penas, a su relativa flexibilización y al orden y tipos de la parte especial. En este último sentido, puede mencionarse la particularidad de encabezar la parte especial—como se dijo— con los delitos contra la religión, a diferencia del texto brasileño y del código de 1822, que lo hacían con los delitos contra el estado, o sea que, el código siciliano se mantenía en un estadio de clasificación de los delitos

Códigos Penales de Latinoamérica

prenapoleónico, es decir, el de las recopilaciones y ordenaciones. También proviene del código siciliano la declaración del art. 23 español: “la ley no reconoce pena alguna infamante”, coincidente con la rotunda declaración del artículo 1º siciliano (“nessuna pena é infamante”).

El código español sufrió una reforma en 1870, que no alteró su estructura y que fue sancionada con carácter provisional¹¹⁰, aunque fue el texto de más larga vigencia. En cuanto a las penas, desaparecieron la de argolla y la sujeción a vigilancia de la autoridad, pero mantuvo la pena de muerte, aunque sin los detalles que provenían de 1822. Las penas perpetuas se hicieron indultables a los treinta años. Era obvio que el interés de la reforma descansaba fundamentalmente en los delitos contra el Estado, de modo que allí se introdujeron las mayores modificaciones. Este texto se difundió ampliamente por América latina y especialmente cundieron sus comentarios¹¹¹, lo que le dio gran prestigio y lo hizo un texto preferido por los prácticos continentales, pues esos comentarios facilitaron su entendimiento y aplicación. Esta es, a nuestro juicio y como ya lo hemos manifestado, la clave de su extraordinario éxito como modelo regional.

De cualquier manera, el código español de 1870 seguía siendo el código de un reino marcado por una clara tendencia a la defensa del orden, por medio de penas talionales bastante duras y poco flexibles.

3.1.2. El Código Belga.

El código de Bélgica data de 1867 y se encuentra aún vigente, con reformas introducidas en diferentes épocas¹¹². Los belgas no lograron acordar con los holandeses un código penal para ambos reinos cuando estaban unidos, debido a la tradición francesa de Bélgica. En 1848, ya como reino separado, se designó una comisión oficial para la redacción de un proyecto, la que encomendó a Haus la redacción del anteproyecto que, después de largo trámite, se convirtió en ley el 17 de mayo de 1867¹¹³. El propio Haus, profesor en Gante, se ocupa de criticar al código de Napoleón, lo que arroja cierta luz sobre el sentido del texto

belga o, al menos, sobre la intención de uno de sus principales artífices: “El código penal de 1810 tiene por base la utilidad y la intimidación. Todas las disposiciones de este código están marcadas por el sello de una excesiva severidad. Los hechos incriminados por el legislador de 1810 están lejos de ser todos actos que merecen serlo. La tentativa de crimen está asimilada al crimen mismo; los cómplices de una infracción son indistintamente penados con la misma pena que los autores. La teoría de la reincidencia es tan simple como rigurosa. Los casos más diferentes se confunden; acciones separadas por una gran distancia en cuanto a su grado de criminalidad, con acciones que no se asemejan más que por el nombre y que son diferentes por su naturaleza, se castigan de la misma forma. Los términos que el legislador ha elegido en la definición de los crímenes políticos, son de tal elasticidad que pueden recibir toda la extensión que se les quiera dar. Si echamos un vistazo sobre el catálogo de las penalidades, encontramos la pena de muerte, prodigada de una manera repulsiva y acompañada, en el crimen de parricidio, de mutilaciones bárbaras e inútiles; penas afflictivas perpetuas, aplicadas con no menor profusión; la muerte civil; la confiscación de bienes; el sometimiento a la vigilancia de la alta policía del Estado; la infamia agregada no a la naturaleza del crimen, sino al género de la pena”¹¹⁴.

Estas observaciones acerca del texto bonapartista nos ponen sobre la pista de un código elaborado siguiendo en general las líneas estructurales del código francés, pero limando toda la severidad que se le critica. En efecto: tanto la tentativa como la complicidad se penan con una pena de grado inferior a la del delito consumado y a la del autor, respectivamente. La agravación por reincidencia deja de ser automática, pasando a ser simplemente facultativa. Se introduce un sistema de atenuantes muy amplio, que permite disminuir con cierta amplitud las penas, lo que puede funcionar incluso para reincidentes. Este sistema permite, a diferencia del francés, que el juez pueda atenuar más o menos discrecionalmente las penas. El concurso real de delito permite acumular las penas hasta el doble del máximo y el de crímenes hasta cinco años más de la pena más grave, siendo la más grave la de mayor duración. A diferencia del código español

Códigos Penales de Latinoamérica

de 1848/50 y del brasileño imperial, el sistema de eximentes es muy incompleto, asemejándose al francés.

Sigue en cuanto a la clasificación de las infracciones el criterio tripartito francés. En cuanto a la clasificación de los delitos en orden a los bienes jurídicos, opta por nueve grupos, esto es, delitos contra la seguridad del Estado, los derechos constitucionales, la fe pública, el orden público afectado por funcionarios, por particulares, la seguridad pública, el orden doméstico, la moral pública y las lesiones a las personas y a la propiedad. Como es dable observar, si bien existen algunas diferencias con el modelo napoleónico, en general no se aparta mucho del mismo en cuanto a su estructura.

En general, puede decirse que el texto belga tiene una notoria influencia de la ideología de Rossi, cuya obra también fue editada en Bélgica¹⁵. Prins afirma que los discípulos de Rossi triunfaron sobre los de Bentham. Pese a que el código de 1867 conservaba la pena de muerte, ésta prácticamente siempre se indultaba, de modo que la pena más grave eran los trabajos forzados perpetuos. Se ha dicho de este código que constituye un modelo casi caricaturesco de la doctrina penal clásica, fundado sobre una concepción estrictamente moral-jurídica de la responsabilidad y sobre una dosimetría penal sumamente complicada¹⁶. No creemos que ello sea totalmente justo; por un lado, es claro que es un código clásico, en el sentido de su retribucionismo que, sin embargo, está considerablemente atenuado respecto del modelo francés; por otro lado, es un modelo mucho más garantista que el francés en cuanto a las definiciones de los delitos. Su sistema de penas es complicado, como en todos los códigos de su tiempo, pero mucho más sencillo que el español e incluso que el siciliano. Es curioso, como lo son muchas de las elecciones de modelos en América Latina, que haya sido adoptado por una dictadura de pretensiones teocráticas o integristas, como fue la de García Moreno en el Ecuador¹⁷. Los positivistas -como Prins- le criticaban su "benignidad". "Sin embargo -escribe- no ha tenido presente todo lo necesario la naturaleza rebelde de ciertos delincuentes, al dejarse llevar demasiado lejos en el camino de la indulgencia respecto de ellos"¹⁸.