

El primer proyecto americano de Código Penal (*)

Manuel de Rivacoba y Rivacoba

AMERICA SE DIO sus primeros códigos penales en los últimos meses de 1830. Al cumplirse el sesquicentenario, uno de los más eminentes penalistas actuales en nuestra lengua, Eugenio Raúl Zaffaroni, escribió sobre ellos un estudio, como suyo, doctísimo, sumamente interesante y muy hermoso (1). Claro es que para que germinara así en el Nuevo Mundo la codificación penal tuvo que haber antes más de un proyecto. En el Brasil, se señalan los de José Clemente Pereira, un portugués (1787-1854), en 1826, y Bernardo Pereira de Vasconcellos (1795-1850), en 1827, que en definitiva sirvió de base de discusión para los trabajos parlamentarios que culminaron en el Código criminal del Imperio. En Colombia, Federico Estrada Vélez recuerda un primer proyecto de 1823, que no fue aprobado (2); y no hay que olvidar la importante labor de Eduard Livingston (1764-1836) para el Estado norteamericano de Luisiana, también en los años veinte del siglo, fecunda luego en diversos países de Iberoamérica. Si no hubo más es lícito pensar que fue por la sugestión que en muchos ejerció (3) el Código español de 1822.

(*) Sobre el tema, puede verse, del autor, un artículo, con el mismo título, en la revista *Temas*, de Corrientes (República Argentina), suplemento semanal del 19 de noviembre de 1983, pág. 1-4.

(1) *Los primeros códigos penales de Iberoamérica*. En Rivacoba y Zaffaroni, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Valparaíso, 1980, págs. 11-45.

(2) *Manual de Derecho penal*, Medellín, 1972, pág. 29.

(3) E incluso el arraigo que directa o indirectamente logró en Bolivia, Colombia, El Salvador y Méjico.

Con todo, existe otro documento de naturaleza semejante, algo anterior, debido a un jurisperito netamente americano y concebido expresamente para que rigiera en América, que su autor presentó en dos países de este continente y se asienta sobre un derecho doctrinal de que los demás carecen: el proyecto de Vidaurre.

Manuel Lorenzo de Vidaurre (1773-1841) interesa principalmente a España no sólo por haber nacido español, sino también por haber desempeñado altos cargos en la justicia y la administración española, y al Perú, por haber llegado al mundo de Lima y por el destacado papel que jugó en los primeros tiempos de su vida independiente, pero debe ser conocido y apreciado asimismo en Chile, por haber intentado dar a este país su primer Código punitivo, ofreciéndole al efecto un proyecto original, y constituye sobre todo una representativa figura americana de su época.

Estudió y se graduó de doctor en ambos Derechos en la Universidad de San Marcos; entró en la magistratura; fue oidor de la Real Audiencia del Cuzco; se le nombró individuo del Consejo de su Majestad el 2 de agosto de 1810; pasa a ser oidor de la Audiencia de Puerto Príncipe, o sea, hoy, Camagüey, en Cuba, el 16 de septiembre de 1820, y estuvo designado para la de La Coruña, en la Península. Producida en 1821 la emancipación peruana, mereció la confianza de Bolívar, quien le nombró el 11 de abril de 1824 presidente fundador de la Corte Superior de Justicia de Trujillo y el 20 de enero de 1825 de la Corte Suprema del país. Luego, fue también en él ministro plenipotenciario, diputado y ministro de su Gobierno. Pero también conoció la persecución y el exilio (4), sin que ni éste decayera su incesante labor de publicista (5). Entre sus numerosas publicaciones, versan sobre nuestra materia *Derecho penal y sus relaciones con la Religión y la Filosofía* (6) y *Proyecto de un Código penal* (7).

-
- (4) Acusado de participar en una conspiración que debía estallar en diciembre de 1827, fue apresado y deportado en abril de 1828, dirigiéndose primero a los Estados Unidos y luego a diversos países europeos.
 - (5) Cfr. su folleto *Nota del ciudadano M.L. Vidaurre en la que manifiesta al gobierno lo que ha ejecutado en el tiempo de su expatriación; las negociaciones que ha dejado iniciadas en la Europa, y la facilidad con que pueden conseguirse inmensas producciones. Hoy se presenta al soberano congreso*. Lima, imprenta de J. Masías, 1832, 31 págs. Lo encabeza en la 1 una presentación al Soberano Congreso, fechada en Lima el 23 de agosto de 1832.
 - (6) Puerto Príncipe (Camagüey), 1823.
 - (7) Boston, 1828. Un volumen de 232 páginas, comprendidas al final una con el Índice y otra de Fe de erratas, más una hoja en blanco. Véase en la nota 32 la transcripción de la pág. 1.

De las 232 páginas que componen este último volumen, el Código propiamente tal se extiende de la 209 a la 230, ambas inclusive. Mas, antes de analizarlo, recordemos que su autor relata, en cuanto a los orígenes de la obra, que Bolívar nombró una comisión de doce personas, presididas por él, por Vidaurre, para preparar nuevos códigos en reemplazo de las leyes españolas, la cual se reunió una sola vez y prácticamente no hizo nada (1825); entonces Vidaurre se ofreció a trabajar por sí solo en el Código penal y lo concluyó en 1826, y desde Boston lo remitió al Congreso Constitucional del Perú, el 1.º de septiembre de 1828, y al señor Ministro de Estado y de Relaciones Exteriores de Chile, el día siguiente; concurriendo así al certamen convocado ese mismo año por el Gobierno chileno para la formación de un Código criminal (8). Anota también, como antecedentes de su obra, que la comenzó en 1811, siendo oidor del Cuzco; que la mayor parte de lo que tenía escrito se le perdió en la emigración a que se vio obligado en 1814; que, siendo oidor en Cuba, hizo una impresión desordenada e incorrecta en 1820, sin otro objeto que salvar sus apuntes, y que sobre la base de ellos lleva a cabo la edición de 1828, después, sin duda, de haber despachado el proyecto al Perú y a Chile, por cuanto en las primeras páginas transcribe las respectivas notas con que lo envió, como queda indicado, a uno y otro país. Que en ninguno obtuviera acogida favorable (9) no aminora su significado ni sus méritos (10). Aunque menos citado, es claramente anterior y se halla imbuido de mayor erudición jurídica que los restantes trabajos de codificación penal que de aquella década se conocen en América.

Tiene razón Jiménez de Asúa al decir que "lo más importante son los trabajos teóricos que le preceden (páginas 7-207)" (11). Son éstos, según

(8) Efectivamente, el 27 de marzo de 1828 don Francisco Ramón de Vicuña había propuesto al Congreso Constituyente que se nombrase una comisión integrada por don Antonio Pérez, don Gaspar Marín, don Diego Antonio Elizondo, don Juan de Dios Vial del Río y don Carlos Correa de Saa, para que presentara un proyecto de legislación civil y criminal, o que en su defecto, se concediese, previo informe de una comisión competente, un premio de veinte mil pesos al mejor proyecto de Código civil y criminal que se presentara en el plazo de un año, temperamento, este último, que fue el que prevaleció, convocando el Gobierno a un concurso en tal sentido.

(9) En el Perú dice Raúl Peña Cabrera, *Derecho penal peruano*, Parte general, 2a. ed., Lima, 1980, pág. 83, que "no se convirtió en código, debido a razones políticas".

(10) "Este proyecto tiene el mérito de ser el primero elaborado en América Latina, en base al Código francés, como lo reconoció el propio Vidaurre, y principalmente, el primer esfuerzo realizado con la finalidad de hacer un cuerpo de leyes propio de nuestros países en base a ideas europeas, pero sobre la realidad sudamericana. No fue, pues, una simple transcripción". *Ibidem*.

(11) *Tratado de Derecho penal* (publicados, 7 vols.), tomo I, 3a. ed., Buenos Aires, 1964, pág. 1.201.

sus propios epígrafes, dos disertaciones, una en que se trata de la naturaleza de los delitos, de su entidad y de las penas proporcionadas y útiles (páginas 7-39); y, otra, sobre remedios preventivos (páginas 70-207), o sea, "una especie de exposición de motivos" (12) referente a aquéllos en particular. Tal parte teórica es de impresionante erudición. Maneja y cita en ella con notable libertad de criterio a San Agustín, San Ambrosio, Barthelemy, Bayle, Beccaria, Bentham, Blakstone, Boileau, Brissot de Warville, Calmet, Ceballos, Cicerón, Diodoro Sículo, Dión, Ferraris, Filangieri (13), Fontenelle, Fox, Gayot de Pitaval, Grocio, Hechier, Heinecio, Helvetius, San Hilario, Hobbes, Hondorf, Howard, Hume, San Ireneo, San Jerónimo, Lardizábal, Locke, Gregorio López, Malby, Malebranche, Mercier, el abad Milot, Mirabeau, Molina, Montesquieu, Muratori, Necker, Pascal, fray Juan de Paz, Plinio, Plutarco, Pufendorf, Racine, Robinet, Rousseau, Saint-Pierre, Say, Séneca, Spinoza, Mme. de Staël, Suetonio, Tácito, Tertuliano, Thou, Santo Tomás, el cardenal Tomás de Vío (Cayetano), Volney y Voltaire; esto es, sesenta y tres autores, entre los que abundan modernos y aun contemporáneos, más las Escrituras y las actas de Trento, así como la legislación romana, la canónica y la española, y también la glosa. Su pensamiento es eminentemente laico, progresista y humanitario (14). Buena idea de él da el que tenga por fin de la pena resarcir el mal causado y evitar el venidero (15), y que le parezca aristocrático afirmar que, "no siendo la sensibilidad igual en todos los individuos, se debe medir ésta por las calidades del delincuente y del ofendido para imponer la pena" (16). Los medios preventivos que recomienda se encuentran en la misma dirección que los substitutivos penales de Ferri, y hay en ellos bastantes puntos de contacto con éstos.

El proyecto propiamente dicho está compuesto a base de leyes, no

(12) Jiménez de Asúa, *ibídem*.

(13) A quien llama "el más sabio de los italianos" (pág. 112).

(14) Contémplanse allí las ideas avanzadas de la época amenizadas con un lujo de erudición que coloca al autor a la par de los escritores chilenos contemporáneos de él; erudición que hace sumamente interesante la base en que apoya las leyes de su Proyecto", dice Enrique C. Latourette, *Algunos otros antecedentes para la historia de la codificación nacional: proyecto de Código penal para Chile* (en *Revista Forense Chilena*, de Santiago de Chile, año XIII, números 11 y 12, noviembre y diciembre de 1899, págs. 641-670), págs. 645.

(15) *Cfr.* pág. 38. Fiensa también que "las penas deberán ser acompañadas de los signos que hagan mayor impresión en la sociedad" (*ibídem*).

(16) Pág. 39. Sin embargo, antes, en las págs. 28-29, admite la desigualdad de las penas con arreglo a la calidad social del condenado; lo cual, empero, no pasa, en definitiva, a su proyecto.

de artículos, rasgo de evidente arcaísmo; pero son muy escuetas y de gran claridad, características que responden con fidelidad al espíritu de su tiempo. Empieza por lo que rubrica *Leyes generales del Código criminal*, con ochenta y siete leyes, no pocas de las cuales son de naturaleza procesal; y sigue con lo que denomina *Penas*, dividido en lo que podríamos calificar de dos grandes secciones, la primera, *Delitos públicos o de majestad*, con doce títulos (Delitos de majestad en primer grado, con 16 leyes; Delitos de majestad en 2o. y 3o. grado, con 13; Delitos de los subalternos, con 7; Delitos de los ciudadanos contra la magistratura, con 9; Delitos contra la población, con 5; Delitos contra la policía, con 6; Honor de la República, con 2; Propiedades, con 19; Sustento, con una; Abundancia, con 2; Tranquilidad, con 9, y Religión, con 6), y la última, *Delitos privados*, con cuatro títulos (Homicidios, heridas, contusiones, amenazas, con 34 leyes; Hurtos, con 28; Adulterios, con 23, y Violencias hechas a las mujeres, con 14). Que en esta estructura hay cierto influjo del Código de Napoleón es innegable, mas no tanto como algunas veces se ha sostenido. Sólo señala la pena de muerte para el delito que hoy llamaríamos de traición a la patria (17) y el de revolucionar o concurrir a la revolución de un país extranjero (18), pero antes dispone que "la mujer nunca será sentenciada a muerte, ni el menor de veinte (y) un años" (19). En cambio, parece aceptar la tortura, pues que prevé que "el ejecutor público que atormente más de lo ordenado y preciso, será encerrado en captura por tres meses. Si procedió por dolo, sufra cincuenta azotes" (20). En el empeño por adaptar la pena de multa a la capacidad económica del reo, no la concreta por lo general en cantidades fijas de dinero, sino en la pérdida de una parte de las rentas del condenado durante determinado tiempo, o bien de una parte de sus haberes; innovación, aunque menos perfecta que la del Código imperial del Brasil, de 1830, que le coloca en la misma línea de perfilar el concepto, que no aparecerá sino después, de día de multa. A lo largo de sus disposiciones resplandece una indudable ingenuidad, que en ocasiones le hace un tanto rudimentario y otras se alía con un noble liberalismo, como cuando establece que el ciudadano que escriba elogiando a un opresor, sea para siempre espatriado" (21) o que "no es homicida, y sí digno de premio,

(17) Delitos de majestad en primer grado, ley 1. Concordantemente, en la parte teórica, pág. 26.

(18) Delitos de majestad en primer grado, ley 15.

(19) Leyes generales, ley 13.

(20) Delitos de los subalternos, ley 7.

(21) Honor de la República, ley 1.

el que mata al tirano" (22). Es de notar, además, que, tanto por la redacción de esta eximente, cuanto por su ubicación, en la ley inmediatamente anterior a las relativas a la legítima defensa (23), la concibe como una especie de tal justificante, revelando con ello un criterio muy certero. Castiga la intolerancia religiosa (24) y los abusos graves de los gobernantes (25). También al gobernante que ocasione hambre al pueblo (26) y el monopolio (27). Protege de manera expresa y detallada la población, es decir, los intereses demográficos de la comunidad (28). Prohíbe terminantemente los asilos, indultos y fueros privilegiados (29). Ley muy avanzada no sólo entonces, sino incluso para nuestros días, que se adelanta en varios decenios al artículo 123 del Código español de 1848 y mucho más radical, es la que determina que "el Estado deberá resarcir el daño que sufrió el ofendido si no hay facultades suficientes en el agresor" (30). Lamentablemente, no condice con su orientación liberal admitir la esclavitud, siquiera sea temporal, en el abigeato, a favor del ofendido (31). Aunque con arreglo al tenor de la portada (32) se esperaba encontrar al término del volumen una disertación sobre la necesaria reforma del clero, explica allí (33) que la ha suprimido para utilizarla en una publicación distinta (34). Valorando en conjunto la obra, hay que concluir que

(22) Homicidios, etc., ley 13.

(23) Entendida ésta en lo fundamental al uso francés, sólo para el homicidio.

(24) Religión, ley 5.

(25) Delitos contra la policía, ley 1.

(26) Sustento, ley única.

(27) Abundancia, leyes 1 y 2.

(28) Título *Delitos contra la población*. Inteligentemente sitúa entre ellos el suicidio (ley 4, inciso segundo y último). Se observa en el título un decidido afán de proteger y fomentar la población.

(29) Leyes generales, leyes 41 y 42. En cuanto a los fueros especiales, la ley 43 exceptúa a los militares "por lo respectivo a disciplina" y a los eclesiásticos "por lo puro espiritual".

(30) Leyes generales, ley 56.

(31) Hurtos, ley 13.

(32) *Proyecto / de un / Código penal; / contiene / una explicación prolija / de la / entidad de los delitos en general, / y de la / particular naturaleza de los más conocidos. / Se señalan las penas que parecen proporcionadas. / Al último se agrega / una disertación / sobre la necesaria reforma del clero. / Obea escrita / por / el ciudadano M.L. Vidaurre, / presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República / del Perú, Ministro Plenipotenciario en el Gran Congreso de Panamá, Ministro de Estado y de Relaciones Interiores y Exteriores, diputado / por la provincia de Lima en el / Congreso Constituyente. / Impresa en Boston, por Hiram Tupper. / Año 1828.*

(33) En la pág. 230.

(34) En efecto, dice en la pág. 230, nota 1a.: "Se ha omitido la disertación sobre la reforma del clero, para comenzar con ella el código eclesiástico".

no faltaba razón de su autor (35) cuando se sentía orgulloso de haberla escrito (36).

Con todo, es muy exacto el juicio de Latorre: "No son, por cierto, ni con mucho las leyes propuestas por el señor Vidaurre las que convenían a Chile, tanto por obedecer todavía a las impresiones de regímenes anticuados y caducos, como por carecer la penalidad en ellas establecida de fundamentos sistemados y científicos" (37). Mucho más a la altura de aquel momento que las leyes de Vidaurre muestra estar la Corte de Apelaciones santiaguina, al evacuar asimismo en 1828 una consulta del Gobierno y proponerle la adopción del Código español de 1822, por ser "el fruto de la filosofía, de la experiencia y de las luces, más análogo a nuestras instituciones, ya incompatibles con la antigua legislación penal; el mejor que se conoce en nuestro idioma (38) y proscrito por el rey de España, que es un mérito más para nosotros" (39) (40).

(35) Quien poseía un altísimo concepto de sí mismo y no pecaba ciertamente de modesto.

(36) Véase *Nota del ciudadano M.L. Vidaurre*, etc., cit., pág. 4. Se refiere también a su *Proyecto* en la 17.

(37) Loc. cit.

(38) En realidad, no existía otro.

(39) Dos veces más se aconsejará en Chile la adopción del Código penal español de 1822 como modelo o base del Código nacional. Una será el 14 de octubre de 1832, en el informe de Gabriel José de Tocornal, disidente en el seno de la Comisión de Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, al tratarse en ella el proyecto aprobado por el Senado en 1831, facultado al Poder ejecutivo para nombrar un comisionado con sueldo y honores de Ministro de la Corte Suprema formara los proyectos de códigos legislativos, y en el consiguiente proyecto de ley que en su substitución presentó. En el informe dice Tocornal que puede servir de base el Código dictado por las Cortes de España "por los principios liberales y que, por lo mismo, se hizo aborrecible para Fernando VII". Y la segunda, en el artículo 10. del Decreto de 18 de diciembre de 1846, por el que se designa una comisión para que en el término de seis meses prepare un proyecto de Código penal y otro de procedimientos criminales.

(40) Además de la bibliografía indicada, son de ver, acerca de Vidaurre y su proyecto, el libro de Jiménez de Asúa, *El Derecho penal en la República del Perú*, Valladolid, 1926, págs. 18 y 28, y el artículo de Carlos Zavala Loaiza, *Sinopsis histórica de la legislación penal en el Perú* (en *Revista de Ciencias Penales*, de Santiago de Chile, segunda época, tomo VI, 1942, págs. 171-194 y 299-325), págs. 174-184.