

gar sus Códigos. 1.º El *codex juris Bavarici criminalis* del año 1751, inauguró la serie de las Legislaciones penales especiales de cada Estado, que durante más de un siglo se esforzaron por promover y transformar el Derecho penal hasta que la Confederación del Norte y el nuevo Imperio alemán, lograron edificar un C. p. para Alemania. Binding ha dado á conocer esa obra de la Legislación alemana, tanto en las leyes, como en los proyectos de ley, que de 1751 á 1869 fueron elaborados por los Estados alemanes (Austria inclusive). 2.º Al Código bávaro siguió primeramente la Teresiana, de 31 de Diciembre de 1768. Esos dos Códigos, á pesar de su secesión formal, del Derecho común, conservan su espíritu. Se les atribuye en son de censura un rigor más grande que el de la Carolina y se les considera como un retroceso comparados con el Código de Juan de Schwarzenberg. En cuanto á la Teresiana, esa censura no está completamente justificada. De todas suertes, no es posible hacer responsable á María Teresa de la severidad exagerada de su Código, sobre todo, por el mantenimiento del tormento: los juristas, sus consejeros, lo exigieron de esta Emperatriz, cuyo espíritu era muy superior al suyo. 3.º El C. p. austriaco de José II (la Josefina) de 1787, el Código (Landrech) prusiano común, parte II, Tit. 20 (1577 párrafos) de 1794 y el C. p. austriaco de 1803, llevan el sello de cierto espíritu de civilización. Constituyen y representan la transición de la Legislación del siglo XVIII á la del XIX. 4.º Inaugúrase un nuevo período de la Legislación penal con el célebre C. p. bávaro de 1813, que tuvo por autor principal á Anselmo de Feuerbach, eminente criminalista. Este Código, por su contenido, su economía y su estilo, inicia la Legislación moderna de Alemania. Con él se venía á imponer un límite y un freno á la arbitrariedad del Juez: de ahí sus numerosas cambiantes, tanto en los crímenes como en las penas. Las notas oficiales (3 volúmenes, 1813 y 1814), debían reemplazar á los comentarios de la doctrina. Esas notas fueron redactadas por Gönner, adversario de Feuerbach, jurisconsulto de talento, sin duda, pero que, en cuanto á la firmeza en los principios y á la disciplina filosófica, no estaba á la altura de su rival. Las notas no valen lo que el texto del Código: además, han llenado no pocas veces de confusión al Juez á causa de sus contradicciones con el texto.

El C. p. bávaro de 1813 es la expresión legislativa más notable de la teoría de la coacción psíquica. A pesar de su importancia tan grande, pues formó época, dicho C. p. presenta, sin embargo, graves defectos, entre los cuales figura su redacción demasiado científica. A menudo constituye una verdadera tortura para los encargados de aplicar la Ley, la necesidad de someter los hechos á sus minuciosas distinciones. El Código bávaro de 1813 es más notable, tanto por el impulso que ha dado al movimiento jurídico en Alemania y por su método y su lenguaje muy adecuados por un texto legal, como por sus disposiciones mismas. Cuando Oldenburgo, en 1814, se hubo apropiado casi literalmente ese Código, determinóse una especie de compás de espera en el movimiento de la legislación alemana. Los trabajos preparatorios continuaban, es verdad, para la formación de nuevos proyectos; en Baviera mismo, desde el año 1822, publicó-

se un nuevo proyecto; pero hasta 1838 no vió la luz un nuevo Código; el Código real de Sajonia que había de ejercer un gran influjo sobre la Legislación penal de un gran número de Estados de la Confederación alemana (1). Lo que sobre todo se debe notar en él, desde el punto de vista de lo que actualmente se busca en la reforma de Derecho penal, es la pena de trabajo manual subsidiario en la prisión. Compárese Wächter, pág. 219.

El C. p. sajón de 1838 sirvió de base á los de Weimar (1839), Sajonia-Altenburgo (1841), Sajonia-Meiningen (1844) y Schwarzburgo-Sondershausen (1845); sirvió también de modelo al Código llamado de Turingia, que adoptaron en 1849 un gran número de los Estados del centro de Alemania, no ciertamente sin numerosas aunque ligeras modificaciones, todas de detalle (Weimar, Meiningen, Koburgo—Gotha, Schwarzburgo—Sondershausen, Schwarzburgo-Rudolstadt, Reuss línea mayor, Reuss línea menor, Anhalt-Dessau y Köthen) (2). El reino de Sajonia procedió también por dos veces, en 1855 y 1868, á una revisión del C. p. En 1840 apareció el de Brunswick, que no prescindió, es verdad, de los trabajos legislativos anteriores, pero que, sin embargo, constituía una obra nueva y original (3). Lo más notable que contiene es la disposición del § 4, según la cual las prescripciones de la Ley deben aplicarse á las acciones y á las omisiones «que, ya según la letra, ya según el espíritu, ya según los motivos de cada una de sus prescripciones, deben ser consideradas como indudablemente comprendidas en él». De este modo fue contra el derecho penal actual de Alemania, pero de conformidad con el art. 105 de la Carolina se admitió la analogía en la aplicación del derecho penal. Y tal sería, sin duda, el estado de legislación ideal, si se contara para administrar justicia tan sólo con personas de naturaleza ideal también. Mas ante la imperfección inevitable del Juez, la limitación actual de su poder discrecional, parecemos incomparablemente mejor que la facultad que se le concedía de juzgar por analogía.

En 1843, el C. p. de Brunswick fue adoptado por el Principado de Lippe-Detmold. Su influjo se dejó también sentir sobre el Código de Hamburgo de 1869. El Hannover publicó también en 1840 un C. p., que estuvo vigente hasta la adopción del C. p. prusiano en 1867. Después de grandes trabajos preparatorios y de largos debates, el Gran Ducado de Hesse tuvo en 1841 su C. p., que llegó á ser la base, en 1849, del de Nassau, en 1856, del de Francfort, y en 1859, del de Hesse-Hamburgo. Baden tenía en un edicto de 1803 una codificación del derecho común sobre la base de la Carolina. Después de los trabajos preparatorios y de debates detenidos y muy violentos, se llegó al C. p. de Baden de 1845. Wurtemberg imitará, en 1839, sobre todo, el C. p. bávaro de 1813. El Código prusiano de 14 de Abril de 1851 fue el que á mediados del siglo XIX

(1) Véase acerca de este punto especialmente: Wächter. *El Derecho penal de Sajonia y Turingia. Manual.* Introducción y parte general, Stuttgart, 1857, pág. 1-27.

(2) V. Wächter, *Derecho penal de Sajonia y Turingia*, pág. 54 y siguientes.

(3) Véase además III.



alcanzó el influjo más decidido sobre la Legislación penal alemana y hasta sobre el mismo derecho común actual del Imperio. Este Código fue el resultado de trabajos personales, así como de deliberaciones y de resoluciones en comisiones que duraron cerca de un cuarto de siglo.

El C. p. prusiano fue concebido bajo el influjo del C. p. francés, especialmente en lo concerniente á la división tripartita de las infracciones y en lo relativo á la tentativa y á la complicidad. En ese Código es donde por primera vez se trata, en un Código alemán (1) del sistema francés de las circunstancias atenuantes, aun cuando no hayan sido admitidas sino con las modificaciones de las leyes francesas de 25 de Junio de 1824 y 28 de Abril de 1832. La ciencia jurídica alemana deplora esta imitación de la Legislación francesa. Tal censura nos parece justa, en lo que se refiere á la división tripartita de las infracciones y á la admisión de las circunstancias atenuantes. Pero no así en lo concerniente á las reglas de la tentativa y de la complicidad; no es justo censurar á los franceses cuando tratan de procurar principalmente con la represión la protección de la sociedad contra la repetición de actos perjudiciales para ella, por parte de los culpables, y cuando piensan que la pena debe ser encaminada á ese fin. Había ahí una derogación poco feliz de tal principio en el C. p. prusiano y una concesión á la idea jurídica alemana, que atiende demasiado al resultado de la infracción cuando precisamente se le rechazaba en los casos más graves, y cuando, por ejemplo, la tentativa de homicidio se penaba sólo con reclusión (Zuchthaus) de 10 á 20 años (C. p. prusiano, § 32. 2). Véase, por el contrario, el C. p. bávaro de 1861, art. 49, el cual asimila, en cuanto á la pena, la tentativa con el hecho mismo, y concede sólo á los magistrados (sin los jurados) el derecho de atenuar dicha pena. El C. p. prusiano sirvió de modelo y de tipo, ya textualmente, ya por sus ideas y su economía, á los de Anhalt-Bernburgo (1852) (que más tarde se adhería, es verdad, al Código de Turingia), de Waldeck y de Pymont (1855), de Oldemburgo (1858), de Lubeck (1861), de Baviera (1861). En 1867, el Código penal prusiano se introdujo en los países anexionados á Prusia en 1866 (Schleswig-Holstein, Hannover, Hessen-Nassau y Franckfort sobre el M.).

II. La exposición de motivos del proyecto de C. p. para la Confederación alemana del Norte distingue ocho grupos, desde el punto de vista del Derecho penal, en la Confederación, á saber: el Prusiano, el Sajón, el de Hesse, el de Turingia, el de Brunswick, el de Altenburgo, el de Hamburgo y el Derecho penal común alemán. Si se examinan sus relaciones históricas y su contenido, la clasificación se simplifica y puede reducirse á los grupos siguientes: el Prusiano, el Sajón, el de Turingia, el de Brunswick, el de Hesse y el Derecho común. Este último imperaba también con modificaciones en los dos grandes ducados de Macklenburgo, en Schaumburgo, en Lippe y en Brema. Por otra parte, en to-

(1) Antes, la Ley bávara (especial) sobre la protección contra los abusos de la prensa de 17 de Marzo de 1850, había ya admitido las circunstancias atenuantes en el sentido del Derecho francés. Véase también *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* XI, pág. 220 (46).

das esas legislaciones había muchas coincidencias; pero se tropezaba también con divergencias numerosas y, lo que era peor, en los 22 Estados confederados subsistían las 18 legislaciones particulares independientes, sin contar el antiguo Derecho común.

III. Ni el conjunto del Derecho penal, ni cada una de las Leyes, respondían á principios uniformes. Los motivos y las notas del proyecto de C. p. de Brunswick decían muy bien que debía haber principios superiores, y que se debía seguir elaborando un C. p. «con ó sin intención, consciente ó inconscientemente». Después de un análisis de la ciencia de la penalidad que recuerda á Kant, se declara que «el fundamento y el fin de la Legislación en general, y de la Legislación criminal en particular, deben consistir únicamente en el mantenimiento y en el progreso del orden moral». Difícil sería armonizar esta declaración con la disposición del § 31 de ese Código, que se niega á tener en cuenta el error tan admitido, según el cual, determinada falta castigada por la Ley, está permitida por la conciencia y por la religión. También sería difícil justificar, desde el punto de vista del orden moral, la atenuación de la pena con respecto á la tentativa: en este orden de ideas, la gradación de la pena impuesta por las lesiones corporales voluntarias, según el efecto producido, y en particular, según la duración de la enfermedad que causaran, es inexplicable. Sin que lo advirtieran los autores de los Códigos penales alemanes y los que les aplauden, tenían su espíritu más ó menos imbuído, á la vez por las teorías absolutas y las relativas, de tal suerte, que en unas ocasiones imperaba el fin, mientras en otras se atendía sólo á tal ó cual consideración particular. No se puede, sin embargo, desconocer que la filosofía alemana, especialmente la de Hegel, ha tenido su expresión en los Códigos penales. Lo relativo á la «igualdad ante la Ley» que en ellos se observa, no deja de tener su relación con las especulaciones filosóficas acerca del derecho de castigar.

IV. Cuando los Códigos se multiplicaron y la organización judicial de los diferentes Estados pertenecientes antes á la Confederación germánica llegó á ser más independiente, la Jurisprudencia penal perdió cada vez más y más el recuerdo del Derecho común anterior. En los Estados más pequeños no podía pensarse en un desenvolvimiento y en una evolución íntegra y vigorosa. El Derecho, para desarrollarse, necesita de un espacio más amplio: en un suelo demasiado limitado se secan las raíces, el tronco y las ramas del árbol, con el cual puede compararse. La ciencia jurídica alemana ha conservado y acariciado siempre la idea de la unidad de legislación. Ya sobre el fundamento de las antiguas costumbres comunes, ya sobre el de las Legislaciones nuevas, intentaba construir un Derecho penal alemán. Muchas de las elaboraciones del Derecho penal, de un gran valor entonces, y aun ahora de alguno, en ciertas de sus partes, provienen de esos esfuerzos encaminados á crear la unidad legislativa. Sin embargo, esta Jurisprudencia fue tan sólo de una utilidad limitada en el uso inmediato. Para este se empleaban, sobre todo, las recopilaciones de doctrina y de Jurisprudencia, excelentes para los juristas independientes, perjudiciales para



los demás. Una indicación muy exacta y muy completa de las obras alemanas de Derecho criminal desde el fin del siglo último, ha sido hecha por Binding. *Bosquejo del Derecho criminal alemán. I Introducción y parte general*, 4.<sup>a</sup> edición, Leipzig, 1890, págs. 43 á 48. Véase también von Liszt, en su *Curso* (5.<sup>a</sup> edición, 1892), págs. 64 á 66. Una pequeña colección de las concordancias de los Derechos criminales se hizo para el Zollverein alemán, es decir, para esta asociación con carácter económico de los Estados alemanes, en la cual, desde los treinta primeros años del siglo XIX, la política prusiana había depositado con mano pródiga los primeros gérmenes del Imperio alemán. La Ley de unión aduanera, vigente todavía hoy, de la Confederación del Norte, de 1.<sup>o</sup> de Julio de 1869 (Diario Oficial, pág. 355), contiene los principios del Derecho criminal, contenidos ya en los tratados anteriores.

## II. Origen y formación del Código penal (1).

### § 3.<sup>o</sup> Resumen histórico del período que precede á los proyectos.

Desde antes de la época de la constitución de la Confederación alemana del Norte, se habían ya elaborado varios proyectos de un C. p. común. La Constitución del Imperio de 1849 trazaba en el § 59 (64) su programa de fundar la unidad de la Legislación para la nación alemana, redactando Códigos generales, civil, de comercio y cambio, penal y de procedimiento. En su virtud, se propuso por el Ministerio de Justicia un proyecto de C. p. común para toda Alemania. «En él se considera, desde el punto de vista del Derecho criminal, toda la Alemania como un Estado único, borrando dentro de las fronteras toda distinción entre el interior y el exterior» (2). Conforme á los principios adoptados en la Constitución del Imperio (1849), el proyecto prusiano (!) abolía la pena de muerte. Con la rápida caída de esta Constitución en proyecto, resultó sin objeto y se perdió, á excepción de algunos ejemplares. Una proposición de Baviera (á la dieta de Francfort) para examinar la posibilidad y utilidad de una Legislación penal y civil uniforme (1859), no tuvo eco en esta asamblea tan dividida. Aun entre las mismas personas competentes, la necesidad de semejante Legislación se dejaba sentir tan poca cosa, que hasta el proyecto de constitución de la Federación alemana del Norte propuesto al Reichstag constituyente de 1867, no comprendía el Derecho penal entre los objetos de una Legislación federal. Y cuando los diputados Miquel y Lasker presentaron una

(1) Binding, *Manual* I, §§ 9 á 18, págs. 48 á 96; el mismo, *Bosquejo*, 4.<sup>a</sup> edición, § 15, Rubo, Comentario al Código penal del Imperio alemán y á la Ley de 31 de Mayo de 1870, etc. Según las fuentes oficiales. Berlín, 1879, págs. 1 á 84. Rüdorff, *Código penal del Imperio alemán*, con comentario, 4.<sup>a</sup> edición revisada y con referencia, especialmente á la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por M. Stenglein, Berlín, 1892, págs. 6 á 26 y 35 á 38.

(2) Rüdorff, (Stenglein) pág. 8.

moción en ese sentido, el célebre criminalista sajón, el procurador general de Schwarze, declaraba que, en su opinión, era imposible entonces, ni durante largo tiempo, poseer un C. p. común.

¡Felizmente, la idea de la unidad alemana se imponía por encima de todas las opiniones individuales! Karl. von Wächter, entre otros, defendió con elocuencia el programa nacional, cuya justicia le parecía tan clara y evidente como la luz del sol. El Derecho penal fue comprendido en el art. 4.<sup>o</sup>, núm. 13, de la Constitución de la Confederación alemana del Norte, entre los objetos de la legislación federal. A partir de la primavera del año siguiente (18 Abril 1868), el Reichstag de la Confederación del Norte resolvió invitar al Canciller para que preparase las leyes penales y de procedimiento criminal. El Consejo federal se asociaba á esta decisión. Falto de órganos en la Confederación para realizar la preparación de esas leyes, el Canciller pedía al Ministro de Justicia de Prusia que redactara un proyecto.

### § 4.<sup>o</sup> Los proyectos.

El Dr. Friedberg, Consejero íntimo superior de justicia (*Geheimer Oberjustizrat*), más tarde Ministro de Justicia de Prusia, fue el encargado de la preparación del proyecto de ley. Uniéronse á él el Juez de distrito prusiano Rüdorff y el Asesor prusiano Dr. Rubo. Una Memoria de Friedberg dirigida al Consejo federal, de 21 de Noviembre de 1868 desenvolvía el programa que el redactor se había trazado. La tarea era en parte nueva y de un género especial. Había sin duda en los Códigos de los diferentes Estados ricos materiales, de los cuales una parte había sufrido ya las pruebas de la experiencia; por otra parte, era preciso que el Código prusiano fuera el fundamento principal del nuevo Código. Pero el Código prusiano no había sido hecho más que para un Estado único, y el nuevo Código debía servir para una Confederación, y una Confederación compuesta sobre todo de Monarquías. Los dependientes de cada Estado habían entrado por la Constitución federal en relaciones jurídicas políticas con los de los demás, y por consiguiente, con sus autoridades. Esas relaciones debían ser protegidas con sanciones penales. De otro lado, no se podía desconocer que las relaciones de los súbditos de uno de los Estados con las autoridades de su propio Estado eran más estrechas que las que sostenían con las autoridades de los otros Estados. La diferencia entre las sanciones penales tenía que establecerse teniendo en cuenta todo esto.

Además de los materiales legislativos acumulados en el Ministerio de Justicia de Prusia, se pusieron á contribución los elementos procurados por la doctrina y por la jurisprudencia al Derecho penal prusiano, especialmente en los archivos de Goldammer, así como el proyecto de C. p. para la Confederación alemana del Norte, redactado con exposición de motivos por John. El 31 de Junio de 1869, Friedberg remitió su proyecto al Canciller federal. Este pro-