

puesto que hasta 1848, de 1304 condenas á muerte, sólo 448 han sido ejecutadas, dispensándose el indulto en 856 casos. Contra la alta traición y la falsificación de documentos de crédito, sólo dos ó tres sentencias de muerte se han ejecutado, no ejecutando ni una sola por este último motivo, desde 1803.

El Código de 1803 ofrece una dulcificación muy importante de las penas señaladas á los delitos menos peligrosos. Es de admirar la claridad y sencillez del texto legal; ciertas definiciones, comparadas con las de las Leyes hasta entonces existentes, se distinguen principalmente por la claridad y precisión de la expresión. Sobre todo, en lo referente á la parte general del Código, no cabe apreciarlo de mejor modo que lo ha hecho Berner en las siguientes palabras: «Las disposiciones legales de la parte general están concebidas dentro de una reserva tan prudente, son tan suaves y tan elásticas, que permitían ser desenvueltas desde el punto de vista doctrinal de un modo fácil y cómodo, cualidad esta última que ha sido bien aprovechada». Precisamente en esto es en lo que el Código austriaco de 1803 se distingue ventajosamente de varios Códigos alemanes posteriores. En cambio, más de una definición de la parte especial ha continuado tan defectuosa y tan poco precisa como en el Código Josefino. La distinción en delitos criminales y civiles del Código de la Galitzia, se suprimió como era natural; varios delitos designados como delitos civiles en esta Ley, han sido clasificados entre las faltas graves de policía. Se han hecho muchas objeciones contra el sistema de las penas, especialmente en lo que se refiere al mantenimiento del castigo corporal, la marca y la exposición pública. Podemos prescindir de estudiar aquí en sus detalles las disposiciones de esta Ley, y en particular el sistema de las penas, porque el C. p. austriaco de 1852, vigente en la actualidad, no es más que una edición revisada del Código de 1803, y porque al examinar el Derecho vigente no podemos pasar en silencio las disposiciones del citado Código de 1803, aun cuando hayan sido modificadas.

Entre las ventajas del Código que estudiamos, no puede menos de mencionarse también el hecho de que haya mantenido los principios generales del Código Josefino. He ahí por qué el Derecho penal austriaco ha conservado esta sólida continuidad y esta autonomía que todavía hoy caracterizan al Derecho vigente. Por la misma razón, el C. p. de 1803 se ofrecía, á pesar de sus disposiciones duras algunas veces, como un fruto maduro de la doctrina penal de esta época. No puede menos de deplorarse que ese Código no haya encontrado, en los ensayos legislativos realizados desde los primeros años del presente siglo en Alemania y en otros países, sobre todo con relación al C. p. bávaro de 1873, la consideración que merecía, gracias á la sencillez y á la claridad de su texto, á la moderación notable, dada la época, en la aplicación de la pena de muerte, y, en fin, al campo más amplio dejado al Juez para calcular la pena y á la limitación, en suma, satisfactoria del dominio penal y de los principios sobre las penas, etc., etc. Pero como Austria en su desenvolvimiento jurídico, en el movimiento de los estudios y en la elaboración científica de su Derecho, hubo de separarse del tronco del Derecho común, ese Derecho quedó en cierto modo

desconocido. Además, cosa natural en aquella época (hasta 1850), toda revisión del Código en relación con los progresos de la ciencia del Derecho penal alemán era al pronto inconcebible. Este hecho y las ventajas innegables del Código, explican cómo éste ha continuado vigente durante varios años sin cambios esenciales, sin que ni siquiera se advirtiesen ciertos defectos fundamentales. Las mejoras realizadas por algunos decretos en los 40 primeros años de nuestro siglo, refiérense sobre todo á la dulcificación de ciertas crueldades de la Ley, en particular á la abolición de la pena de galera (1819) y de la pena de calabozo grave (1833), á la modificación en un sentido más humano de las disposiciones relativas al tratamiento en la prisión; se resolvieron también varias cuestiones dudosas, añadiéndose, por fin, actos criminales omitidos por el C. p., los cuales se clasificaron entre los delitos ó las faltas graves de policía. Pero, á pesar de todo, la base fundamental, en definitiva, del Código ha quedado intacta desde 1803 á 1848, y en su virtud, el C. p. austriaco actual de 1852 (que no es en el fondo más que una edición revisada del Código de 1803) es el más antiguo de los Códigos existentes. Debemos añadir, sin embargo, que la Comisión imperial de asuntos de justicia se ocupaba ya desde 1820 en los trabajos preparatorios de la revisión. El resultado de los trabajos fueron las disposiciones mencionadas, y que vinieron á modificar ó completar la antigua Ley.

Puede citarse como característico de la tendencia conservadora de la Legislación antes de 1848, el hecho de que referidas las cuestiones sometidas á los Tribunales á los principios establecidos en el Código, y habiéndose prolongado más de 20 años las discusiones (por ejemplo, sobre la relación de Hungría y de Austria desde el punto de vista del Derecho penal, objeto de continuos debates desde 1819), se decidió continuar así. Parece hasta increíble que las decisiones de principio del Tribunal Supremo de Justicia hayan podido quedar ignoradas para la generalidad, siendo así que hoy reputamos precisamente la publicación de esas decisiones como una fuente viva del Derecho penal.

Realmente, la tarea casi esencial y exclusiva de varias generaciones de jurisconsultos austriacos, redujose á la interpretación de la Ley: ahora bien, semejante dirección exegética tenía que separarse de un modo inevitable del camino recto para caer en la interpretación minuciosa y literal de los textos. Los criminalistas alemanes distinguidos (como Henke, Abegg, Rosshirt, etc.), que acusan á la ciencia del Derecho penal en Austria de haber estado como dormida durante cierto tiempo, no dejaban de tener razón. Los méritos y las ventajas de la literatura penal austriaca fueron, no obstante, apreciados en su justo valor por los escritores criminalistas alemanes, pudiendo citarse en particular lo que hace referencia á las relaciones de la teoría y de la práctica, el tacto en la aplicación del C. p. y una gran individualización en lo que toca al desenvolvimiento del derecho de atenuación: el mismo Zacariá hubo de afirmar en 1859 que los trabajos legislativos austriacos, la moderación en la aplicación de las penas demasiado graves de los delitos de Estado y religiosos, etc., etc., no habían sido suficientemente apreciados. Sobre todo, el derecho de atenuación

extraordinaria del Juez, que, aunque mal comprendido por algunos criminalistas, como Köstlin, lo reconocieron y aprobaron de una manera expresa otros, como Mittermaier, sirvió varias veces de modelo en los trabajos legislativos de la Legislación particular alemana desde la primera mitad de nuestro siglo, ya en los proyectos mismos, ya en los debates parlamentarios.

Bibliografía para la historia de la Legislación austriaca: Wahlberg, *Gesammelte kleinere Schriften*, II, pág. 86 y siguientes, 115 y siguientes, 163 y siguientes, III, pág. 1 y siguientes, 18 y siguientes, 115 y siguientes.—von Domin-Petrushevecz, *Neuere österreichische Rechtsgeschichte*, 1869.—von Maasburg, *Zur Entstehungsgeschichte der Theresianischen Halsgerichtsordnung*, etc., 1880.—Du même, *Die Strafe des Schiffziehens in Oesterreich*, 1890.—Bernier, *Die Strafgesetzgebung in Deutschland von 1751 bis zur Gegenwart*, 1867.—C. G. v. Wächter, *Gemeines Recht Deutschlands*, insbesondere *gemeines deutsches Strafrecht*, 1844, y el resumen histórico en la introducción al comentario (citado más arriba) de Herbst, de Hye, Frühwald y en el tratado de Janka.

II. Bases legales del Derecho penal austriaco vigente.

§ 5. La revisión del Código penal de 1803 y el Código penal de 1852.

El Código de 1803 se hallaba tan fuertemente implantado que, aun después de los sucesos de 1848, que lo trastornaron todo, su existencia no parecía amenazada, no refiriéndose las principales reclamaciones más que á la reforma del procedimiento. Sin embargo, en esta época tormentosa el mismo Derecho penal sufrió cambios que desde largo tiempo se deseaban. Así, un Decreto imperial de 28 de Mayo de 1848 dispuso la abolición de la exposición pública, de la marca y del castigo público; el Decreto imperial de 17 de Enero de 1850, publicado al mismo tiempo que la Ordenanza de procedimiento criminal (la cual dicho sea entre paréntesis, introducía un procedimiento reformado en el sentido de las reclamaciones presentadas, en el fondo una imitación fiel de la Ordenanza de procedimiento criminal de Turingia), llamada ordinariamente «*Strafmilderungspatent*» (Decreto de atenuación penal), con fuerza de Ley para todos los países de la Corona donde estaba vigente el C. p. de 1803, contenía medidas aún más liberales: en virtud de ella, se abolieron varias disposiciones reconocidamente malas, por ejemplo, no se castigaba en adelante el suicidio y ciertas faltas.

Sólo en 1849 se reconoció oficialmente la necesidad de un nuevo C. p. En un informe de 24 de Agosto de 1850, dirigido al Emperador, el Ministro de Justicia von Schmerling, estimaba necesario elaborar un nuevo C. p. que respondiese á las exigencias científicas, habida cuenta los cambios ocurridos en la situación política, así como el grado actual de civilización de los diferentes pueblos del Imperio, y que era preciso garantizarlos á todos ellos con una nueva Ley penal común. Pero la realización de esta gran obra legislativa, comprensi-

va de tantas cuestiones sociales y políticas de interés para el Estado, debía reservarse á la actividad de los órganos legislativos. La corriente provocada por la Constitución reaccionaria de los años que siguieron, hizo imposible la creación de un nuevo C. p. según las tendencias constitucionales. En 1850, sin embargo, el Consejo de Ministros estimaba necesario emprender una reforma del Derecho penal, é introducir la obra así reformada con fuerza de Ley provisional en los países en los cuales no estaba vigente el Código de 1803. He ahí por qué el Consejo proponía la publicación en todos los países de la Corona donde el Código estaba ya vigente, de una nueva edición oficial de éste con todas las modificaciones introducidas por las disposiciones posteriores, introduciéndola provisionalmente en los demás países de la Corona como nuevo C. p. No se desconocía lo delicado que era entonces promulgar un C. p. de principios del siglo, necesitado en sí mismo de reforma, y que había quedado extraño á los progresos de la ciencia y á las ricas experiencias de más de cincuenta años. Pero, sin embargo, se creía admisible que para los países en los cuales dicho Código no estaba vigente, era harto deseable, aun sin transformaciones esenciales, significando un gran progreso en comparación con el estado lamentable en que dichos países se encontraban. Además, antes que plantear una nueva codificación del Derecho penal en esos países, se estimaba preferible proponer un antiguo Código, cuyos 50 años de experiencia no habían hecho sino confirmar la justicia, la suavidad y la prudencia de sus principios directivos y de sus disposiciones capitales. Se pretendía no realizar en el texto original por de pronto más que las modificaciones que habían sido realizadas por disposiciones legales ulteriores y que se conceptuaban como absolutamente necesarias en virtud de la experiencia y de la práctica. Obedeciendo á este plan, apareció el Proyecto de C. p. revisado de 1850, elaborado por Schmerling, y el cual debía tener fuerza de Ley á partir de 1.º de Marzo de 1851, lo que, sin embargo, no se verificó. Ese proyecto de C. p. revisado, constituía la base de una edición corregida y aumentada del C. p. de 1803, edición publicada el 27 de Mayo de 1852, como «*allgemeines österreichisches Strafgesetz*» en todos los países del Imperio, con excepción de los confines militares. La primitiva idea de una vasta Legislación penal nueva fue de este modo abandonada, lo que mereció la aprobación de los criminalistas austriacos de renombre, como von Hye, Passy, Jul. Glaser, y aun de criminalistas alemanes, como Zachariä y otros, haciendo estos resaltar sobre todo las ventajas de una simple revisión del antiguo Código á cuya práctica se estaba ya habituado, é insistiendo especialmente sobre el hecho de que era preciso restablecer la unidad legislativa en toda la Monarquía.

En el Decreto de promulgación (Decreto imperial de 27 de Mayo de 1852), el Código se designa como una nueva edición del C. p. de 1803, con la interpolación de los cambios verificados por las leyes ulteriores y la adición de varias disposiciones nuevas.

Además, según los principios sentados por el Decreto Imperial de 31 de Di-