

EL CÓDIGO PENAL PORTUGUÉS *

(16 de septiembre de 1886)

SUMARIO: 1. El Código Penal portugués y las normas legales reunidas en él. 2. El Derecho penal de las Ordenações; sus principales defectos formales y materiales. 3. Exigencia y necesidad de una reforma fundamental del Derecho penal contenido en las Ordenações. El proyecto de Melo Freire. El proceso logrado por él respecto de la legislación existente; principales aciertos y desventajas. 4. El ordenamiento liberal. Proyecto de José Manuel da Veiga. 5. El Código Penal de 1852. Sus defectos. 6. El proyecto de 1861/1864. Su importancia como valioso adelanto respecto del Derecho penal de la época. Instituciones nuevas y significativas que contiene; la libertad preparatoria y el arresto complementario, entre otras. 7. Fracaso del intento de convertir el proyecto de 1861/1864 en ley. Necesidad urgente de ciertas reformas parciales al Código Penal de 1852. La Ley de 19 de julio de 1867. Eliminación de la pena de muerte y de los trabajos forzados. Introducción del sistema punitivo de celdas con confinamiento solitario continuado. 8. La nueva reforma penal (Nova Reforma Penal) de 1884. Sus principios fundamentales. Algunos de los cambios importantes introducidos por ella. 9. La legislación posterior a la nueva reforma penal con influencia directa sobre el Derecho vigente. 10. El nuevo ordenamiento sobre penitenciarias por Decreto 26.643 de 82 de mayo de 1936. 11. El Derecho penal juvenil. 12. Necesidad de un código penal nuevo.

1. El Código Penal Portugués vigente constituye la nueva publicación oficial del Código Penal de 1852, hecha el 16 de septiembre de 1886. Formalmente, la publicación se basó en la correspondiente autorización concedida por la Ley de 14 de junio de 1884. El texto oficial contiene desde el punto de vista material, las principales reformas introducidas por la reforma penal de 1884 en el Código Penal de 1852, de modo que, por ello, el Código Penal vigente puede considerarse como una reestructuración del antiguo Código Penal de 1852, con amplias y esenciales modificaciones respecto de varios puntos. Con el tiempo, el Código Penal actual, al que se hará referencia en adelante como el de 1886, ha sido objeto de reformas definitivas en varios campos del Derecho penal sustantivo, sobre todo, en el ámbito de la ejecución penal y en el del tratamiento que sigue a la ejecución. Por esta razón se toma como punto

* La traducción al español se hizo de la versión alemana preparada por Sierk Basedau.

de partida del presente análisis el Código Penal de 1852. En primer lugar se procurará brindar, en grandes líneas, una imagen del Derecho vigente anterior al Código, y luego, se expondrán las innovaciones que dicho Código introdujo, por último, se mencionarán las reformas de que ha sido objeto. El Código Penal de 1852 es el primero que se expidió entre nosotros, en materia penal, pese a que desde largo tiempo se había venido sintiendo la urgente necesidad de contar con uno y de que se habían elaborado varios proyectos, como se explicará adelante. No fue sino hasta 1852, sin embargo, que el país logró liberarse de la legislación contenida en las llamadas *Ordenações*, defectuosa por muchas razones, así como de las adiciones y reformas que se le habían hecho a través de las *Leis Extravagantes*, es decir, de la regulación legislativa de materias especiales.

2. Las últimas *Ordenações* las llamadas filipinas, de principios del siglo 16, así como sus dos predecesoras, las alfonsinas y las manuelinas, fueron colecciones de preceptos legales reunidos en numerosos libros; en forma sumamente incompleta, regulaban tanto en lo formal cuanto en lo material, diversas materias jurídicas. En relación con el Derecho penal mencionamos a continuación algunos de los defectos principales de que adolecían:

Las *Ordenações* sólo enumeraban y regulaban delitos especiales, no se consignaban, empero, disposiciones de tipo general aplicables a toda conducta punible. Ello daba origen a un doble defecto: dado que, por una parte, no se formulaban disposiciones generales para los campos fundamentales, sólo de manera titubeante y con gran dificultad e incertidumbre podían derivarse de las reglas correspondientes a los delitos especiales disposiciones de carácter general, y, por otra parte, dado que las disposiciones especiales no estaban agrupadas de modo sistemático, ni los delitos especiales ordenados conforme a grupos afines, se dio lugar a contradicciones en la doctrina penal. Las normas jurídicas contenidas en las *Ordenações* tenían además, serios defectos materiales. En materia de tanta importancia como la penal, no se sancionaba reconociéndola jurídicamente, la protección del individuo contra la arbitrariedad judicial o monárquica, ésta resultaba más bien permitida, ya en forma expresa, ya porque se derivaba en forma indirecta de la flexibilidad de las disposiciones, a menudo difusas e inciertas. Las *Ordenações* y las *Leis Extravagantes* confiaban la determinación¹ y la duración² de la pena o su agravación³ a la facultad discrecional del juez. Más grave aún fue la desmesurada dureza de las penas, su crueldad y su falta de adecuación a la gravedad del

¹ La Ley de 6 de octubre de 1784 prescribía para ciertos casos de violación, en conciencia del juez, la deportación.

² *Ordenações*, Libro 5, Título 26 (Delitos de herejía y de simonía, Pereira e Sousa, *Classe dos Crimes*, p. 45, 257). Ord., Libro 1, Título 65 (Injurias al príncipe o al gobierno y difamación respecto de ellos). Ord., Libro 5, Título 70 y 138 (Pereira e Sousa, *op. cit.*, p. 45).

³ En caso de homicidio con traición o con alevosía, las *Ordenações* prescriben la agravación de la pena de muerte; Ord., Libro 5, Título 35, parágrafo 4.

hecho. La pena de muerte se imponía con gran prodigalidad, a veces agravada, y a menudo en relación con hechos cuyo contenido criminal hoy parecería reducido; así, el robo de un objeto con valor de más de una pieza de plata se castigaba con la pena capital. La misma pena se imponía a quien cometiese el robo de un objeto de menor valor en una iglesia o convento, igualmente a quien falsificase cera, siempre y cuando el daño pudiese estimarse en una pieza de plata, así también al joyero quien mezclase en sus productos amalgamas u oro de bajo valor, siempre que el beneficio obtenido por la falsificación alcanzara el valor de una pieza de plata. (*Ordenações*, Libro V, Título 60, Título 57, Título 56, § 4). En algunos casos la pena de muerte se agravaba, en parte, mediante el modo de su ejecución, v. gr., mediante quemaduras en el cuerpo en vida del sentenciado, y, en parte, mediante torturas, como en el caso de alta traición o de delitos de lesa majestad. (*Ordenações*, Libro I, Título 74). Para ciertos delitos se establecía la pena de mutilación de la mano (*Ordenações*, Libro V, Título 35, § 6) y, con frecuencia, se fijaban la pena de azotes y la de deportación.

En especial durante el siglo 18 se manifestó en Portugal una reacción contra la crueldad ilimitada de las penas, contra la arbitrariedad en su aplicación, su desigualdad y la falta de su adecuación con la gravedad del delito. El pensamiento humanitario de Beccaria, de sus precursores y de sus seguidores encontró acogida en el mundo de las ideas de Portugal. A ello se refiere Melo Freire en la "Introducción" (*Introdução*) a su Código Penal; este gran jurista portugués criticó acremente el Derecho penal contenido en las *Ordenações*, tal como estaba en vigor en aquella época, es decir, a fines del siglo 18. En sus escritos acerca de este ordenamiento jurídico, Melo Freire censura con violencia, esta legislación, basa su juicio especialmente en puntos de vista sistemáticos: "En primer lugar no se establecen ni características diferenciales ni delimitaciones en relación con un agrupamiento y una clase, de los diversos hechos delictuosos; las teorías generales y las reglas relativas a los delitos, a los delincuentes y a las penas no se tomaron en cuenta en absoluto; pero esto sería lo de menos, más grave aún es la circunstancia de que la legislación sea, en su esencia inconsecuente, injusta y cruel."⁴ En apoyo de su aseveración cita diversas partes de las *Ordenações*, señala la facultad discrecional concedida al juez, peligrosamente amplia, en relación con la penalidad de ciertos delitos, tales como la herejía, que había de ser castigada con penas establecidas por Derecho, pero sin indicar en qué Derecho habían de encontrarse. Al respecto afirma Melo Freire: "Dado que el tribunal puede aplicar sólo el Derecho del reino, y dado que éste aún no define la pena, la ley tiene que ceder la determinación de la pena, bien a la intuición del juez, bien a las disposiciones contenidas en el Derecho romano-canónico; en este contexto, empero, no puede éste brindar ninguna medida

⁴ "Introdução" a su Código Penal, pp. xviii y xix.

de juicio a causa de su indeterminación y de su fundamento totalmente diferente." Tal precepto tiene que ser defectuoso; por estas razones, si calla en renglón tan decisivo, si omite determinar una consecuencia jurídica propia y, en vez de ello, remite a otro Derecho, ello habrá de ser, según opina, "el origen de las atrocidades que se han venido practicando en este campo desde hace muchos siglos".⁵ Melo Freire muestra, además, lo avieso de diversas normas penales que tienen fundamento en ideas religiosas, mejor dicho, en supersticiones a las que había que darse libre curso. De este modo las *Ordenações* parten de la idea de que en el hecho delictuoso intervienen brujos y adivinos que deben ser castigados con la muerte. "Esta representación carece de todo sentido, afirma Melo Freire, el castigo es inhumano." Igual matiz tiene la prescripción del Título 4, conforme a la cual los perros y otros animales sólo pueden ser bendecidos con autorización del rey o de un prelado.

Así como condenó Melo Freire las penas crueles, igualmente rechazó con energía la tortura como medio para investigar la verdad.⁶

3. La crítica hecha al Derecho, en especial al penal, contenido en las *Ordenações* y en las *Leis Extravagantes*, puso de manifiesto la necesidad urgente de una profunda reforma a tal legislación. El nuevo ordenamiento, mejor dicho, su preparación, fue ordenada por Decreto de 31 de marzo de 1778 en el cual se dispuso la creación de un nuevo código penal o, en cualquier caso, la reestructuración del anterior. Transcurrieron cinco años sin que las personas encargadas de realizar este propósito llevaran al cabo su tarea, en consecuencia, se encargó a José de Melo Freire este quehacer, quien elaboró, primero, un código de Derecho público y una vez terminado, se dedicó a preparar el proyecto de código penal que le llevó cinco años de trabajo.

Desde el punto de vista sistemático este proyecto trata, en una sección general, de los delitos en general, de la capacidad punitiva, y de las penas. Más adelante dispone en varios títulos, los delitos en especial, agrupándolos según su grado de semejanza en relación con la antijuridicidad; para finalizar, siguen los títulos relativos al proceso y a los medios de prueba. En cuanto a su contenido, el proyecto de Melo Freire no toma en cuenta en su orientación, al Derecho de las *Ordenações*, acerca del cual Melo Freire hizo notar que contenía, en el Libro V, destinado especialmente al Derecho penal, muy pocas disposiciones de las cuales hubiera podido servirse; tampoco le sirvió de base ninguno de los Derechos extranjeros, con menos normas aprovechables aún; como guía en su trabajo se allegó "en primera línea, de la noción de la pena en cuanto función natural y civil, de la finalidad de los ordenamientos sociales, de las necesidades impuestas por la seguridad pública; del conocimiento acerca de Estado, esencia, índole y especial idiosincrasia del pueblo portugués y,

⁵ Véanse las citas mencionadas en la nota anterior.

⁶ *Op. cit.*, p. xxix.

sobre todo, de la ley de humanidad, tal como se manifiesta en el ropaje de la justicia y en el de la seguridad pública".⁷ Incuestionablemente, el proyecto estuvo influido por las diversas filosofías jurídicas del siglo XVIII, Melo Freire lo menciona expresamente, que provocaron se recogieron con mayor amplitud las ideas humanitarias en el Derecho penal, haciendo las penas menos crueles y dando más importancia a los derechos de libertad. Acerca de las penas dice: "En ningún caso permito penas crueles... tales como v. gr., las quemaduras en el cuerpo en vida, enterramiento, empalamiento, lapidación y otras que por el horror que me producen, no deseo mencionar; lo mismo respecto de la mutilación de manos, pies, ojos, lenguas, etcétera. La crueldad de una ejecución practicada mediante seleccionadas y amplias torturas ofende la dignidad humana y la fe; carece de utilidad para la sociedad, dado que, para su protección, basta con que al delincuente se le prive de la vida." Con base en razones semejantes, Melo Freire no consignó la tortura como medio para investigar la verdad.

La influencia que el humanismo penal del siglo XVIII ejerció sobre Melo Freire encuentra clara manifestación en la idea directriz que expone en relación con los efectos preventivos que atribuye al Derecho penal. Considera que merecen encomiosa distinción aquellas asociaciones científicas que ofrecen premios para la presentación de proyectos de ley que "de manera menos rígida y a la vez más efectiva, prevenga bien el que alguien se convierta en malhechor, bien que lo reprima". En sus explicaciones elogiosas acerca de esta actitud de elección y ejecución moderadas de las penas, apunta las siguientes palabras significativas que parecen anunciar la existencia de un Derecho penal que se adelanta ampliamente a la teoría y práctica penales: "...la moral política enseña que en última instancia, el delincuente es todavía un ciudadano y constituye un interés propio de la sociedad; requiere se le trate como a miembro enfermo o inconsciente, según el tipo de la enfermedad, la curación, la instrucción o la extirpación".⁸

En cuanto a su contenido, no obstante, el proyecto de Melo Freire no corresponde a la imagen directriz señalada por él; con frecuencia establece la pena de muerte para algunos casos, además, la agrava con notoria crueldad, como en el caso de los delitos de lesa majestad (Título 14, § 12),⁹ mantiene también la facultad discrecional para la elección de la pena en relación con determinados delitos, como en el caso de los delitos cometidos por personas que difamen al soberano (Título 14).

Por Decreto de 3 de febrero de 1789 se ordenó el estudio del proyecto

⁷ *Op. cit.*, p. xxxi.

⁸ *Op. cit.*, p. xvii.

⁹ Quien cometiese este delito era fustigado por las calles con gritos, y después colgado; su cuerpo, cortado en 4 partes y expuesto en las plazas de la ciudad hasta su descomposición; el corazón y el hígado, quemados, y las cenizas arrojadas al mar; su patrimonio confiscado aun cuando hubiera dejado herederos.

de Melo Freire que, sin embargo, no llegó a hacerse y, por ende, no se convirtió en ley, pese a los adelantos que introducía, con respecto al Derecho penal en vigor en su tiempo, en relación con ciertas cuestiones, aun tomando en cuenta las serias imperfecciones de que adolecía en parte.

4. A pesar de varios intentos hechos al respecto, transcurrió largo tiempo sin que se anunciase un nuevo código penal. Entre tanto, diversos países habían reformado ya su Derecho penal; las reformas habían sido impulsadas por las ideas filosóficas del siglo XVIII, en general, y por los pensamientos humanitarios de Beccaria y de sus seguidores, en especial. De tal modo había sucedido en Francia, Austria, Baviera y Prusia. En particular la Ley prusiana había logrado alcanzar en Portugal significación científica, aun cuando no llegó a convertirse en una fuente directa de la legislación. Había sido traducida por Silva Ferrao, quien, en unión de otros científicos hiciera su crítica elogiosa.¹⁰

Las nuevas tendencias dogmáticas, empero, no produjeron de inmediato la publicación de un nuevo código penal; sin embargo, se plasmaron en la legislación accesoria, de este modo, se establecía en la Ley de 5 de marzo de 1790, que la tortura había dejado de tener aplicación, y, se ordenaba en el Decreto de 12, de diciembre de 1801, que la pena de muerte mediante horca debía limitarse sólo a los delitos especialmente atroces.

La introducción del sistema liberal en el año de 1821 hizo sentir con más urgencia, la necesidad de un nuevo código penal. Las sucesivas Constituciones de 1821 y de 1826¹¹ formularon como principios nuevos, la igualdad frente a la ley, la adecuación entre delito y pena, la aplicación de la pena en atención preferente a las circunstancias del reo, la eliminación de las penas crueles, etcétera. Se nombraron dos comisiones, una en 1823 y otra más tarde, en 1835, para la preparación de un nuevo código penal; durante esos años se prometían recompensas para la elaboración del nuevo código penal. Entre tanto, José Manuel da Veiga presentaba un proyecto, cuyo estudio había de llevarse al cabo por una comisión nombrada al propósito con fecha 19 de diciembre de 1836.

Tras un informe aprobatorio se expidió el Decreto de 4 de enero de 1837 en el que se ordenaba que el proyecto, después de su publicación tendría carácter de ley; sin embargo, no se llevó al cabo la publicación oficial, ni tampoco se recogió el proyecto en la *Lei do Bill* de 27 de abril de 1837, razón por la que, a pesar de haber sido estudiado y autorizado no cobró fuerza de ley.

5. Finalmente, el 10 de diciembre de 1845 se nombró una nueva comi-

¹⁰ "Código Penal para os Estados da Prússia com as leis complementares de 14.4.1851, 22.5.1852, 9.3.1853" con una explicación histórica y crítica de Silva Ferrao; Lisboa, 1855.

¹¹ En 1821, Jeremías Bentham presentó ante las Cortes Constitucionales un proyecto de código penal. La Carta Constitucional de 1826 prometía un código penal basado en "los firmes principios de igualdad y de justicia".

sión encargada de elaborar un proyecto de código penal; los trabajos se terminaron el 30 de septiembre de 1852, y el Decreto de 10 de diciembre de 1852 lo convirtió en ley.

De hecho, con amplias y fundamentales reformas —a las que se hará referencia más adelante—, este código todavía está en vigor.

El Código Penal de 1852 se orientó en poca medida, por no decir, en ninguna, en la tradición penal de Portugal, tampoco tuvo en cuenta la cultura, las costumbres ni los usos ni el modo de ser general del país. Los textos que le sirvieron de modelo, que se limitaba a reproducir en muchas de sus partes, fueron los códigos y leyes penales de otros países, así como los libros de autores extranjeros.

“Sus fuentes, escribe el comentador Levi Maria Jordao, fueron los Códigos de Francia, España, Brasil, Austria y Nápoles, y la legislación belga relativa al duelo.”¹² En otra parte dice:¹³ “Apenas hay un artículo que no se encuentre en alguno de estos códigos y que no haya sido trasladado de modo más o menos afortunado.” Además los creadores del Código Penal se sirvieron para algunos temas de la “*Théorie du Code Penal*” de Chauveau y Faustin Hélie y del pensamiento dogmático de Rossi expuesto en su “*Traité de Droit Pénal*”. Como ejemplo mencionamos que claramente se siente la influencia esencial del *Código Penal* francés en varias de las disposiciones del Código Penal en otras disposiciones, empero, el texto portugués se separa en cierto sentido, de este modelo. La explicación de tal divergencia se encuentra siempre o casi siempre, ya en la obra de Rossi ya, más a menudo, en las acotaciones críticas al Código Penal francés de Chauveau/Hélie. La consecuencia de esta pluralidad y heterogeneidad en las disposiciones legales del Código de 1852 y de las tendencias dogmáticas que lo influyeron, se tradujo, como es natural, una falta de unidad, de conexión interna y de delimitación externa del cuadro de conjunto de sus disposiciones y de la estructura dogmática que de ellas resulta. “Nuestra legislación penal, dice Levi Mario Jordao, adolece de estos defectos fundamentales. Quien lea con atención sus disposiciones podrá percatarse inmediatamente de la falta de unidad, ello, resultado inevitable de los principios tan diversos que sustentan los códigos que le sirvieron de modelo.” También se reduce el valor de esta ley a causa de otros defectos de método y de principio; basta para demostrarlo la observación de que, pese a que según el enunciado del título, un título especial, el séptimo, se destina a las “Faltas contra las disposiciones de policía”, pero allí no se encuentran todas las normas que regulan tales contravenciones, ni están formuladas de modo general, ni en especial, los diversos tipos de faltas, y ni siquiera se las distingue materialmente de los delitos. Otro defecto consiste en que los tipos delictivos se

¹² *Comentario al Código Penal Portugués*, vol. 1, p. xviii.

¹³ *Op. cit.*, vol. 1, p. xx. Acerca de la premura con que fue elaborado el Código Penal de 1852 y de las dificultades con que tuvo que enfrentarse la Comisión, compárese Silva Ferrao, *Teoria do Direito Penal*, vol. 1, p. lxi.

establecen relacionados en contextos que no tienen nada que ver con el bien jurídico dañado; así sucede con el delito consistente en faltas a la moral pública (art. 420) que se coloca en el capítulo relativo a las faltas contra el honor, en tanto que, desde el punto de vista sistemático, su lugar adecuado correspondería al grupo relativo a los ataques a las buenas costumbres, inmediatamente después de los atentados al pudor (art. 390).

6. Estos y otros defectos llevaron a la prensa, al parlamento, a la universidad y a los tribunales a practicar serias críticas respecto del Código de 1852; como consecuencia de ello se realizaron ciertas medidas que habían de servir a la preparación de un nuevo código. Este código había de tener más unidad y había de realizar de modo más preciso los principios directrices, y, por lo que hace a la ordenación y a la estructuración de cada una de las disposiciones, habían de llevarse al cabo con mayor cuidado. Mediante Decreto de 6 de junio de 1953, se nombró una comisión que debía revisar el código de 1852; posteriormente por Decreto de 30 de diciembre de 1857 se designó una segunda. Esta última preparó un proyecto que fue presentado por primera vez en 1861 y revisado en 1864.

Estas dos versiones del proyecto fueron precedidas de un detallada explicación de motivos hecha por el presidente de la comisión, Levi Maria Jordao, quien aclaró los puntos de vista dogmáticos recogidos en él, y su justificación. Levi Maria Jordao, autor efectivo de los dos nuevos proyectos, se había ocupado en forma detallada, en las especialidades que habían de ser objeto de la actividad legislativa; en relación con su proyecto, recogió además, la opinión de algunos de los penalistas más destacados de su tiempo, la de Birkmayer, Calmetz, Carrara, Bonneville de Marsagny, Ortolan, Mittermaier, Bosellini y Röder entre otros. Estas reconocidas autoridades elogiaron grandemente el proyecto.¹⁴ Bonneville de Marsagny escribe a Levi Maria Jordao lo siguiente: "Considero que el proyecto ha sido estructurado adecuadamente conforme a los puntos de vista filosóficos y que es exhaustivo en cuanto a la materia. Constituye un trabajo valioso dentro del Derecho penal. De entre los códigos penales que conozco, es el que corresponde en mayor medida a los nuevos conocimientos de nuestra ciencia."¹⁵ En igual forma se expresaron Mittermaier, y los otros penalistas: "Es mi firme convicción que el proyecto constituye una obra de progreso que honra a los importantes hombres que lo hicieron; es base de una legislación excelente y corresponde a las exigencias de la justicia, de la sociedad y de la humanidad."¹⁶

Dogmáticamente, el proyecto de 1861 en su versión de 1864, se basa en la teoría correccionalista sostenida y propugnada en Alemania por Röder, que siguió Levi Maria Jordao con pocas variantes. "Conforme a esta tendencia, el Estado debe restablecer el orden legal perturbado por el indi-

¹⁴ Véanse los documentos anexos al Proyecto de 1864.

¹⁵ *Op. cit.*, Documento núm. 1, p. 187.

¹⁶ Mittermaier expuso detalladamente su opinión acerca del proyecto en un artículo publicado en la revista "Der Gerichtsaal", año 1860, pp. 209-224.

viduo; y dado que, por lo regular, tal perturbación da lugar a un daño, debe asegurarse un orden jurídico eficaz; esto, se logra, según el Derecho civil, a través de la reparación del daño. Independientemente de ello, el delito, empero, origina también una perturbación en la estructura de la organización y una perturbación de su armonía interior, en el contraventor mismo del derecho. Estas consecuencias del hecho delictivo deben compensarse a través de la pena. En particular, la pena tiene por objeto la regeneración moral del delincuente. Según el tipo y modo de aplicación de los medios de regeneración, la pena constituye simultáneamente, una intimidación de modo racional, que, sin lesionar la dignidad personal del hombre, aparta a los demás de la comisión del delito.”¹⁷

En resumen: el objetivo directo de la pena debe ser la regeneración moral del delincuente; simultáneamente debe producir una intimidación basada en consideraciones de tipo racional, misma que a pesar de tender a realizar la prevención general, no lesiona ni dignidad humana del sentenciado ni su regeneración moral.

Partiendo de esta meta decisiva de la pena, el de la regeneración moral del delincuente, el proyecto adoptó, no sólo el sistema de ejecución penal belga de la reclusión individual, sino también otras instituciones de esencial importancia; a saber, si ya se ha logrado una regeneración satisfactoria del preso, no es necesario se continúe la ejecución de la sanción de allí que se le otorgue la libertad preparatoria. Por otra parte, si el preso no ha alcanzado su regeneración una vez cumplida la pena, puede prolongarse su reclusión. Con base en esto se creó el instituto de reclusión complementaria. Además de estas dos medidas, los proyectos introdujeron también los establecimientos de regeneración y las colonias agrícolas para menores; las sociedades de patrocinio y las colonias de refugio. En virtud de que consideraban como meta esencial de la pena la regeneración del sentenciado, hubiera sido un contrasentido conservar la pena de muerte, por lo que se suprimió en la versión revisada del Proyecto de 1864, aunque en el Proyecto de 1861 todavía se encontraba establecida.

7. Desde diversos ángulos los Proyectos de 1861 y de 1864 representaban un gran adelanto para el Derecho penal de aquella época. La regeneración moral del delincuente como fin de la pena —objetivo al que se le concedió gran importancia— se plasmó en una serie de disposiciones tendientes a reincorporar socialmente al sentenciado. Este punto de vista no puede ser considerado, empero, como la única finalidad de la pena, en tanto que, por otra parte, adquiere gran significación cuando la reincorporación se manifiesta como necesaria y posible.

Pese a que en la actualidad ya no pudieran considerarse adecuados todos los medios recogidos por los Proyectos de 1861 y de 1864, el criterio básico que los sustenta sirvió de manera considerable para trazar el camino correcto, de tal modo que preparó las concepciones imperantes ahora

¹⁷ Levi Maria Jordao, *op. cit.*, pp. 26-27.

en teoría y práctica penales acerca de la regeneración moral del delincuente.

Hoy ya no se apoya, por ejemplo, como en el Proyecto de 1861/1864, la concepción de que los reos deban permanecer aislados entre sí en forma total y permanente, sin embargo, los principios que contenía como ya se ha dicho, constituyeron un paso para lograr la reincorporación social del delincuente de la mejor manera posible.

El Proyecto de 1861/1864 representa asimismo, una obra valiosa y de progreso en relación con su época, caso de que hubiera alcanzado fuerza de ley; fue enviada a una comisión parlamentaria y allí quedó olvidada.

Entre tanto se sentía la necesidad de suprimir, cuando menos, los defectos del Código de 1852 que habían sido objeto de los más acres ataques, entre ellos la pena de muerte que imponía para una serie de casos, y los medios a través de los cuales se trataba de lograr la reeducación del delincuente. Al respecto, la comisión encargada del dictamen se expresó de la siguiente manera: "La Comisión opina que todavía no ha llegado el tiempo de eliminar totalmente del código penal, la pena de muerte, la hemos permitido, empero, en los pocos casos en los que, con fundamento razonable, no puede dudarse de que sea justa e imprescindible." ¹⁸

Se impuso no obstante, una fuerte corriente en favor de la eliminación de la pena capital. La Ley de 1º de julio de 1867 (la llamada *Reforma Penal*) la sustituyó por prisión perpetua en celdas, con ello se creyó haber encontrado el camino intermedio para no debilitar el efecto preventivo del sistema penal. También se eliminaron mediante esta ley los trabajos forzados públicos, en virtud de que "no conducen a la regeneración moral ni tienen efectos de prevención". Orientada conforme el Proyecto de 1861/64, la ley creó un nuevo sistema penal, que prescribía aislamiento total y absoluto del preso durante día y noche; éste sólo podía tener contacto con empleados de la prisión, parientes y amigos, así como con miembros de asociaciones u otras personas que podrían contribuir a su regeneración moral.

8. A pesar del valor de las disposiciones mencionadas, la reforma de 1867 no trajo consigo la modificación total del Código Penal de 1852, que no sólo fue útil mientras se expediera un nuevo código penal sino que se había hecho urgentemente necesaria. Con el propósito de una reforma total se elaboraron tres proyectos: uno en 1870 (José Luciano de Castro), el segundo en 1871 (Sá Vargas) y el último en 1881 (Julio de Vilhene), sin que ninguno de ellos llegara a convertirse en ley. En marzo de 1884 se presentó ante la cámara de diputados un nuevo proyecto, que fue aprobado; representa la llamada *Nova Reforma Penal* de 14 de junio de 1884. En el artículo 5 de dicha ley se autoriza al gobierno

¹⁸ Véase Silva Ferrao, *Teoría do Direito Penal*, vol. I, p. LXX.

para dar a conocer el código penal con las reformas introducidas por la *Nova Reforma Penal*.

Ello se realizó mediante la publicación llevada al cabo el 16 de septiembre de 1886 y constituye el Código Penal actual de 1886.

La *Nova Reforma Penal* introdujo considerables modificaciones al código penal,¹⁹ algunas de ellas muy importantes. La reforma intentó suavizar la dureza de las penas del Código de 1852, que consideraba como desmesuradas. Al respecto, de la explicación de motivos que presentó el gobierno al parlamento, junto con la propuesta de ley, mencionemos lo siguiente: "Así como la sociedad se indigna ante el delito, se indigna en igual medida contra las disposiciones penales exageradas, porque del mismo modo reacciona contra todo tipo de injusticia, ya sea consecuencia de la violación o de la observancia de la ley." "Nuestro código penal es rígido, incluso, a veces, draconiano, con todo, se expidió en un país cuyas costumbres son suaves, sus inclinaciones indulgentes y su carácter altruista y compasivo. Nuestro código penal establece, además, las penas en evidente adecuación en relación con los distintos delitos; fue elaborado, asimismo, para un pueblo por el cual el sentimiento de igualdad está grabado con tal fuerza que no es raro que la noticia acerca de una falta de equidad lastime su sentimiento tan profundamente como lo haría el anuncio de una gran desgracia." De ello resulta claro que el legislador de 1884 se propusiera como meta, entre otras, el de suavizar las penas del Código de 1852, porque las consideró desmesuradas y quisiera ponerlas, además, en mejor relación con la gravedad del respectivo delito y decidiera, basado en estas consideraciones, suprimir la pena de muerte. Al respecto aclaró que esta pena, en tanto prevista aún por la ley, sólo se establecía para raros casos y que no se ejecutaba desde hacía mucho tiempo.²⁰

La pena de trabajos forzados públicos, también prevista por el Código de 1852, sólo se impuso en forma general, y nunca llegó a ejecutarse. El legislador de 1884 deseó mezclar en su sistema penal los diversos objetivos penales; a saber, la intimidación y la regeneración, en justo equilibrio. En última instancia estos objetivos, según su concepción, tienden también a dar a la pena el carácter de reparación del daño causado dentro del orden moral de la sociedad, el cual siempre puede compensarse y siempre es temporal. Por ello la pena no debe ser ni perpetua ni irrevocable, en consecuencia, el legislador de 1884 eliminó las penas perpetuas que conserva la Ley del 1º de julio de 1867 y, por lo que hace a la prisión perpetua que había introducido en sustitución de la pena de muerte, se aclara en la explicación de motivos oficial del Código de 1884, que se suprimía como medio de intimidación por injusta y desmesurada, y, por-

¹⁹ Véanse los motivos de la *Nova Reforma Penal* en la "Revista de Legislação e de Jurisprudência", año 18, pp. 257-258.

²⁰ Legalmente se suprimió la pena de muerte en 1867. Desde 1846 ya no se había ejecutado (Levi Maria Jordao, *Relatório de Código Penal*, 1864, Documento núm. 4, p. 225).

que, además, estaba en contradicción con las leyes morales del hombre, conforme a las cuales existe la presunción de que las malas inclinaciones pueden modificarse y un carácter degenerado puede ser mejorado.²¹

Además de este nuevo ordenamiento, mediante la reforma de 1884, se introdujeron muchas disposiciones destinadas a aclarar, a precisar, a modificar y a adicionar el Derecho existente hasta entonces, así v. gr., respecto de cuestiones relativas a la participación (autoría, complicidad, encubrimiento), a la responsabilidad, etcétera.

Mediante una reforma parcial, como es natural, no pueden eliminarse totalmente la incoherencia entre los principios ni las contradicciones en el texto legal; por otra parte, también resultó imperfecta la publicación del Código Penal, para lo que había sido autorizado el gobierno a fin de que las disposiciones de la *Nova Reforma Penal* fueran incluidas en el texto oficial. Las disposiciones del Código de 1852 que no habían sido derogadas por la *Nova Reforma Penal* y que, en consecuencia, conservaron plena vigencia, no se recodificaron, así por ejemplo, las contenidas en los artículos 79 y 82; por otro lado, la nueva publicación contenía disposiciones que habían sido derogadas por la *Nova Reforma Penal*, como la del artículo 197. Conservó, además, los defectos sistemáticos del Código de 1852, como en el caso del delito de alcoholismo en público a que se refiere el artículo 185 parágrafo 3.

9. Con porterioridad a la *Nova Reforma Penal* se expidieron nuevas leyes que reformaban y mejoraban el derecho existente, a fin de individualizar la pena y de impulsar la regeneración social del delincuente. En este sentido ha de mencionarse la suspensión condicionada de la pena y la libertad condicional, recogidas actualmente en el artículo 120 del Código Penal en la versión del *Decreto Lei* 39.688.

El sistema carcelario, en cambio, fue objeto de una reforma fundamental; en primer lugar se creó un sistema de medidas de seguridad en relación con los delincuentes peligrosos en general, así se brindó la posibilidad de retener al delincuente en confinamiento por periodos de tiempo sucesivamente renovables, en tanto dure su peligrosidad. Tales medidas de seguridad se imponen a delincuentes de difícil regeneración (delincuentes habituales, delincuentes por inclinación y delincuentes indisciplinados), enfermos mentales, alcohólicos y adictos a estupefacientes, vagabundos y a otros semejantes.

10. Esta importante reforma del sistema penitenciario introducida por Decreto 26.643 de 28 de mayo de 1936, junto a las medidas de seguridad que sirven a la protección de la sociedad contra el delincuente a quien no pueden imponerse las sanciones, o bien, cuando no sean éstas suficientes, contiene muchas otras disposiciones fundamentales, como aquellas acerca de la ejecución de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad relacionadas con la privación de libertad. Aquí hay que desta-

²¹ Véase el motivo oficial en *op. cit.*, p. 323.

car aquellas disposiciones sobre el sistema de ejecución penal progresiva; por ello debe entenderse el cumplimiento de la pena que no se dirige mecánicamente al mejoramiento o recaída del delincuente, sino que está determinado por la regeneración social o la corrupción del recluso. Algunas de las disposiciones del Decreto 26.643 fueron recogidas por el Decreto 39.688 de 5 de junio de 1954, el que introdujo por su parte, las reformas al Derecho penal vigente, parcialmente modificadas en el texto oficial del Código Penal.

El objetivo de las penas lo define el Decreto 26.643 de la siguiente manera: La ejecución de la pena de privación de libertad debe realizarse de tal manera que conserve su efecto de intimidación, pese a que, paralelamente, ha de perseguir la reincorporación social del delincuente (artículo 29).

11. El Derecho penal juvenil introdujo nuevas reformas. Se trata de una serie de leyes aplicables a los menores de 16 años, a los que se equiparan, en casos especiales, los menores de 18 años (Decreto 26.643, art. 78). El principio dominante en el Derecho penal juvenil es el de la educación o el de la reeducación de los jóvenes expuestos criminal o moralmente. Para ellos existen tribunales y legislación especiales, y cuando sea necesario su confinamiento, pueden ser enviados a instituciones cerradas.

12. Se ha explicado que los defectos del Código Penal de 1852 tienen su origen en la diversidad de las fuentes, en la multiplicidad y en la falta de sistematización de sus principios fundamentales; las reformas de 1867 y 1884 se orientaron en otras corrientes dogmáticas, mas no por ello eliminaron el mal, sino que, por el contrario, lo acentuaron.

Las reformas subsecuentes agravaron los defectos del Código Penal, razón por la que se hace necesario un nuevo código penal con unidad sistemática, mejor orientado en sus principios fundamentales y más elástico dentro del sistema penal. Hoy se ha encargado la elaboración de un nuevo proyecto a uno de nuestros profesores universitarios más conocidos y prestigiados, el profesor Eduardo Correia.

José BELEZA DOS SANTOS

Traducción de ELSA BIELER