

Sobre el Perú

Homenaje a José Agustín de la Puente Candamo



Capítulo 59



Pontificia Universidad Católica del Perú

FACULTAD DE LETRAS Y CIENCIAS HUMANAS

FONDO EDITORIAL 2002

Sobre el Perú: homenaje a José Agustín de la Puente Candamo

Editores:

Margarita Guerra Martinière

Oswaldo Holguín Callo

César Gutiérrez Muñoz

Diseño de carátula: Iván Larco Degregori

Copyright © 2002 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Plaza Francia 1164, Lima

Telefax: 330-7405. Teléfonos: 330-7410, 330-7411

E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Obra completa: ISBN 9972-42-472-3

Tomo I: ISBN 9972-42-479-0

Hecho el Depósito Legal: 1501052002-2418

Primera edición: mayo de 2002

Derechos reservados, prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

El proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre: aproximación histórico-jurídica

José de la Puente Brunke
Pontificia Universidad Católica del Perú

I. Introducción¹

Bien puede decirse que el limeño Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada (1773-1841) fue *un hombre entre dos mundos*, en la medida en que fue testigo del paso de la época virreinal al tiempo republicano, con las consecuencias ideológicas que dicho cambio trajo consigo. Vidaurre vivió en carne propia la transcendencia de esas décadas, en la medida en que se desempeñó como abogado y magistrado en las postrimerías del período virreinal, sirviendo posteriormente a la República en el Poder Judicial y en cargos políticos. En efecto, fue oidor de la Audiencia del Cuzco (1811-1815), y cuando se creó la primera Corte Suprema republicana, la integró como vocal (1825). Si bien por problemas políticos sufrió destierro, pronto volvió al Perú, ocupando diversos cargos, y llegando en 1840 a ser decano del Colegio de Abogados (Tauro del Pino 1987: VI, 2233-2235).

II. El proyecto de Código Penal: sus fundamentos ideológicos

Por su prestigio en el campo jurídico, Vidaurre fue encargado, en tiempos del gobierno de Bolívar, de redactar un proyecto de Código Penal (Hurtado Pozo 1979: 38-39). Si bien sólo quedó en proyecto, Vidaurre

¹ Estando concluido el presente trabajo, salió publicada una importante obra de Carlos Ramos Núñez, que constituye el primer volumen de un ambicioso estudio en torno a la historia del Derecho Civil peruano. En dicho volumen realiza un riguroso estudio sobre la obra jurídica de Manuel Lorenzo de Vidaurre, y presta especial atención a su proyecto de Código Penal. Cf. Ramos Núñez (2000). Dado que el presente artículo constituye tan sólo una aproximación parcial al estudio de su proyecto de Código Penal, remitimos al lector a la recién aparecida obra de Carlos Ramos Núñez para que pueda obtener una visión más completa de la obra jurídica de Vidaurre y de su significación histórica.

se encargó de publicarlo en los Estados Unidos en 1828 (Vidaurre 1828) y constituye un ejemplo de influencia de las ideas ilustradas en el campo del derecho peruano.

En efecto, Vidaurre se formó intelectualmente en el marco de la Ilustración, movimiento que –como sabemos– postulaba que la razón del hombre se debía erigir en el criterio absoluto de conocimiento, y en el fundamento sobre el cual se debía basar la organización de la sociedad. Esas ideas racionalistas son las que explican, en el ámbito político, el paso del Estado absolutista al Estado representativo y constitucional; en el campo social, el paso de la sociedad estamental –basada en el concepto de privilegio– a la sociedad clasista, que tiene como fundamento de estratificación la capacidad económica de los individuos; y en el campo económico, el tránsito de una economía dirigida por el Estado a una *libertad de acción* regida por la ley de la oferta y la demanda.

Igualmente, en el ámbito jurídico –y específicamente en el del derecho penal– las ideas ilustradas supusieron un cambio de concepción en cuanto a los delitos y las penas, cambio que está personificado en la trascendental figura de Cesare Beccaria. En el fundamental tratado que publicó en la segunda mitad del siglo XVIII (Beccaria 1958), señaló ideas muy novedosas que serían de gran importancia para entender la posterior evolución del Derecho penal. Así, apelando a la razón humana como criterio que debía gobernar las sociedades, criticó duramente lo que denominó “crueldad inútil” de las penas que en esos tiempos se imponían, y de las torturas, que formaban parte cotidiana de los sistemas penales existentes (*Ibidem*: 48). En realidad –tal como lo explica Calamandrei– el sistema criminal existente hasta el siglo XVIII estuvo fundamentado en dos ideas: la concepción de la pena como una “retribución del mal con el mal”; y la influencia de la idea religiosa de la “expiación”, porque:

si el suplicio había de servir para purificar al reo de sus culpas y redimirlo, parecía que cuanto más vivo fuese el dolor que se le procurara, tanto más completa y rápida habría de ser su redención.²

Con la influencia ilustrada estas ideas cambiaron, de lo cual es buena prueba la codificación penal francesa de principios del siglo

² Palabras de Calamandrei en el prefacio a la edición de la obra de Beccaria (1958: 64).

XIX –que Vidaurre conoció– basada en tres principios absolutamente distintos de los anteriormente citados: no se puede imponer penas distintas a las previstas en la ley (principio de legalidad); ante un mismo delito, la pena debe ser la misma para todos; y la pena debe afectar sólo al culpable (Hurtado Pozo 1979: 41).

Las ideas anteriormente expresadas pueden verse reflejadas en el proyecto publicado por Vidaurre en 1828. Así, por ejemplo, ocurre con la mayor importancia que se da a la ley, como condición bajo la cual se puede desarrollar adecuadamente la vida del hombre en sociedad (Beccaria 1958: 97). En definitiva, de lo que se trataba era de que las penas no estuvieran sujetas al mero arbitrio del juez, sino que éste se atuviera a un sistema establecido de normas (*Ibidem*: 40 y 90). De allí surge la importancia de la codificación en general –y de los códigos penales en particular–, fenómeno que es fruto del triunfo de las ideas ilustradas en el ámbito del derecho.

III. Trascendencia del proyecto de Vidaurre

El proyecto de Vidaurre es importante porque propugnó que el sistema penal dejara de ser meramente represivo, y tendiera a la prevención. Obviamente, si lo comparamos con el Código Penal actualmente vigente, significó un avance frente a una situación anterior de gran arbitrariedad en cuanto a la imposición de penas. Como señala Hurtado Pozo, recogiendo palabras del propio Vidaurre, para éste:

“el principal fin de la legislación será evitar los medios de que se cometan los crímenes”, y afirmaba que la mejor política para evitar la comisión de delitos era la prevención (Hurtado Pozo 1979: 39).

En este sentido, las ideas sobre las que se fundamentó el proyecto de Vidaurre se perciben en el Código de 1862, el cual fue el primer código penal del Perú republicano. Sin embargo, analizando la evolución del derecho penal peruano, advertimos que muchas veces la idea de prevención no es la que ha predominado. Pero ello no puede negar el indudable mérito de Vidaurre, al exponer abiertamente ideas que, en su momento, fueron pioneras, en un contexto en el que predominaba la concepción represiva de las normas penales.

No obstante ello, consideramos útil concentrarnos en el análisis de un determinado delito, para –a partir de él– realizar una comparación entre

el proyecto de Vidaurre y el Código Penal actualmente vigente. En esa comparación veremos cómo, a pesar del carácter pionero de la obra de Vidaurre, no ha pasado en vano más de 150 años, con todos los cambios sociales e ideológicos que los siglos XIX y XX han traído consigo.

IV. El delito de bigamia en el proyecto de Vidaurre y en el Código Penal actualmente vigente

En primer lugar, constatamos que el término bigamia no es utilizado en los textos que estamos estudiando. Vidaurre lo incluye en el título 3, dedicado a "Adulterios". Puede suponerse que dicha inclusión está basada en el hecho de que, en principio, la bigamia es una manifestación de conducta adúltera. En cuanto al Código Penal actual, la bigamia aparece penada en el marco de los "delitos contra la familia", y específicamente en el capítulo referido a los "matrimonios ilegales".

Una comparación, por tanto, se desprende de constatar que son distintos los ámbitos en los que la penalización de la bigamia aparece consignada. Los "delitos contra la familia" de nuestro actual ordenamiento no sólo contempla los "matrimonios ilegales"; sino también los "delitos contra el estado civil", los "atentados contra la patria potestad" y las figuras de "omisión de asistencia familiar". En cambio –reiteramos–, en el proyecto de Vidaurre la bigamia se contempla bajo el título –de contenido más amplio, por cierto– de "Adulterios".

Así, puede decirse que ambos textos protegen a la familia. Sin embargo, constituyen también reflejo de sus propios contextos históricos. Además, las penas previstas en el proyecto de Vidaurre trasuntan una mayor carga "simbólica" (sin negar la existencia –mucho menor– de esa carga en nuestro actual Código Penal).

A mayor abundamiento, es pertinente citar las normas del proyecto de Vidaurre. Así, en la ley 18 del aludido título referido a adulterios, se ordena:

El que contrae segundo, tercero o más matrimonios subsistente el primer vínculo, perderá la tercera parte de sus bienes a favor de la mujer engañada, o será destinado por diez años a obrar públicas.³

³ Consideramos que frente a esta norma se plantea un problema de interpretación, ya que la "mujer engañada" es la esposa ilegítima, pero también podría serlo la mujer con la que contrae el matrimonio ilegal, si es que ignora el estado civil de quien está cometiendo el delito.

Por otro lado, como sabemos, nuestro actual Código (artículo 139) reprime al bigamo con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Además, esa pena aumenta si la persona con la cual se ha contraído el matrimonio ilegal ha sido inducida a error por el sujeto activo en cuanto a su estado civil. En este punto, vemos un tratamiento mucho más preciso de la conducta delictiva, ya que en el proyecto de Vidaurre no aparecía –al menos, no de modo claro– tipificado el eventual engaño a la persona con la que se contraía el matrimonio ilegal.

El Código actual ofrece un tratamiento más sistemático en cuanto a la represión de esas situaciones: así, por ejemplo, se contempla una pena para aquella persona no casada que, “a sabiendas, contrae matrimonio con persona casada” (artículo 140). Sin embargo, se trata de una pena menor que la señalada para la persona casada que contrae matrimonio.

Luego de comparar el tenor de las normas, es pertinente constatar que las diferencias que en ambos textos se advierten con respecto al tratamiento penal de la bigamia, reflejan la evolución de la sociedad en los dos últimos siglos. Esa evolución es notoria, por ejemplo, en el hecho de que el adulterio no sea ya en nuestros días una conducta tipificada en el actual Código Penal. Ahora bien: esto no significa que el ordenamiento jurídico despoje de protección a la familia, sino que las normas penales son fruto, en buena medida, de la evolución ideológica producida. De este modo, al acentuarse –desde la época de la Ilustración, en el siglo XVIII, y posteriormente con el liberalismo decimonónico– la importancia de la libertad individual como valor superior, diversas conductas, tipificadas penalmente con anterioridad, dejaron de estarlo después.

Todo esto debe, además, ser puesto en relación con el hecho de que en nuestros días no existe identidad entre moral y Derecho penal. Así, hay conductas que pueden ser consideradas censurables desde criterios estrictamente morales, y que, sin embargo, no están tipificadas como delitos en los códigos. En este sentido, debe enfatizarse la idea de que el Derecho penal no es –en modo alguno– la única forma de control social.

V. La igualdad ante la ley por razón de sexo: un nuevo valor

Así como en los dos siglos que nos preceden se afianzó el valor de la libertad personal como bien jurídico fundamental, igualmente se ha producido una evolución que ha devenido en la consagración de la igualdad ante la ley por razón de sexo. Esta evolución es evidente al analizar el delito de bigamia en los dos textos a los que nos estamos refiriendo. Así, con respecto al mismo delito, la ley 19 del aludido título 3 del proyecto de Vidaurre prescribe lo siguiente: “La mujer que comete este crimen, sufrirá la pena de las adúlteras”.

¿Cuál era la pena señalada para las mujeres adúlteras? Lo indica la ley 3 del título 3: “La adúltera traerá al cuello una cinta negra ancha: si se la quita será puesta en un hospital a servir cuatro años”.

Por tanto, el delito de bigamia, para Vidaurre, suponía penas distintas, de acuerdo con el sexo del sujeto activo. Como sabemos, el Código Penal actual no contempla ninguna diferencia de pena, por razón de sexo, en cuanto al delito de bigamia. Teniendo en cuenta que el respeto por la igualdad es uno de los valores fundamentales del derecho penal moderno, constatamos en el ejemplo del proyecto de Vidaurre –por contraste– una fuerte carga simbólica.

José María Mariluz Urquijo advierte en Vidaurre una contradicción en cuanto a su concepción sobre la mujer:

Sorprende que pese a ser hipersensible a los encantos femeninos y de participar de muchas aspiraciones de una Ilustración propensa a reconocer mayores derechos a la mujer, Vidaurre hace gala de un redical antifeminismo. Considera que ‘por lo regular son las mujeres codiciosas y vivísimas en sus pasiones’. Conocen el modo de ganar los corazones masculinos y tienen la astucia necesaria para hacerse dueñas del albedrío de sus consortes y por consiguiente de su caudal del que se apropian o consumen en alhajas o adornos excesivos.⁴

⁴ Este texto de José María Mariluz Urquijo corresponde a un trabajo suyo titulado Manuel Lorenzo de Vidaurre y las donaciones, que fue presentado como ponencia en el XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, celebrado en San Juan de Puerto Rico entre el 22 y el 25 de mayo de 2000. Agradezco al doctor Mariluz Urquijo por haberme permitido tener acceso a dicho texto antes de su publicación en las Actas del referido Congreso.

En definitiva, dicha contradicción no hace más que confirmarnos –en este caso con respecto al ámbito jurídico– que Vidaurre fue, verdaderamente, *un hombre entre dos mundos*.

Bibliografía

BECCARIA, Cesare

1958 *De los delitos y de las penas*. Edición argentina, prefacio y notas de Piero Calamandrei. Buenos Aires: Jurídicas Europa América.

HURTADO POZO, José

1979 *La ley "importada". Recepción del derecho penal en el Perú*. Lima: CEDYS.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos

2000 *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX. Tomo I: El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

TAURO DEL PINO, Alberto

1987 *Enciclopedia ilustrada del Perú*. 6 vols. Lima: PEISA.

VIDAURRE, Manuel Lorenzo de

1828 *Proyecto de un Código Penal; contiene una explicación prolija de la entidad de los delitos en general, y el de la particular naturaleza de los más conocidos. Se señalan las penas que parecen proporcionadas. Al último se agrega una disertación sobre la reforma del clero*. Boston: Hiram Tupper.