

FRANCISCO GARCIA CALDERON Y EL DERECHO PENAL DEL SIGLO XIX (UNA APROXIMACIÓN).

JOSE LUIS FRANCIA ARIAS*

I. PALABRAS PREVIAS

En el año 2012, a iniciativa de un grupo de alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, se tributó un reconocimiento al maestro Luis E. Roy Freyre por su destacada trayectoria jurídico-penal¹. En aquella oportunidad, poco después de escuchar su magnífica conferencia, le pregunté a nuestro homenajeado, cuál consideraba el aspecto más importante de su fructífera labor académica; luego de unos breves segundos, me contestó: *“el legado; lo que uno deja para la posteridad”*.

Su respuesta no nos extrañó, dado que en muchas ocasiones había sostenido que la vida académica de un profesor se mide atendiendo a la entrega, al sacrificio y a esa labor de enseñanza permanente que todo maestro universitario debería transmitir a sus alumnos. Lo dicho, además, daba sentido a su impecable trayectoria profesional, y ayudaba a entender su férrea defensa al Decreto Legislativo N°046 -Ley Antiterrorista puesta en vigencia en el año 1981-, que fue el instrumento legislativo para la lucha antisubversiva y cuya autoría se le atribuía; permitía, a su vez, comprender en su estricta dimensión, las razones de su renuncia a la cátedra de Derecho penal durante la dictadura de Fujimori, en el año 1995, que, como se sabe, este retiro voluntario de la cátedra de Derecho penal, fue su señal de protesta ante la toma de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos por los militares; también explicaba su persistente defensa de los derechos fundamentales de las personas sometidas a proceso penal, y su impecable labor profesional como inagotable abogado defensor –que ha venido realizando hasta hace algunos meses-, de perfil intachable, presente en muchos casos emblemáticos de nuestra justicia penal.

* Profesor de Derecho penal en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Federico Villarreal.

¹ La actividad académica y la conferencia que en aquella oportunidad dictó el maestro: *“Enrico Ferri, un gran penalista”*, han quedado grabada para la posteridad, en <https://www.youtube.com/watch?v=9ghizpZ2h9o>; <https://www.youtube.com/watch?v=Vc2LVMQWDYU>; <https://www.youtube.com/watch?v=AdHWU-9Z2yM>; <https://www.youtube.com/watch?v=TwG71Z6W0Lg>; y, <https://www.youtube.com/watch?v=ZTHG2DrG3eo>.

Este conjunto de actitudes académicas y profesionales, dan cuenta que desde temprano fue construyendo una personalidad imponente, gran conferencista y mejor orador, así como dueño de un señorío reconocido en los tribunales, que le hicieron merecedor de grandes elogios, reconocimientos y del presente justo homenaje.

Los jóvenes penalistas deberían prestar atención al *legado* del maestro Luis E. Roy Freyre, expresado no solamente en su correcto desempeño de la defensa, sino también en la vasta bibliografía publicada a lo largo de los años, y cuya calidad es reconocida por propios y extraños.

Gracias al llamado de invitación del profesor y amigo Luis Lamas Puccio -coordinador de este libro-, recordé ese último encuentro académico, en el que tuve el honor de compartir con el maestro, y decidí poner al día –es un decir-, un encarpetao manuscrito sobre un personaje importante en nuestra cultura jurídica, pero olvidado desde el Derecho penal. Nos referimos al legado del ilustre jurista del siglo XIX, Francisco García Calderón.

II. INTRODUCCIÓN

El más grande jurista del siglo XIX en nuestro país fue, sin duda alguna, Francisco García Calderón (1834 - 1905), cuya monumental obra, *Diccionario de la Legislación Peruana*², fue la más completa obra publicada en su género.

Es reconocida la atención prestada por los juristas para estudiar su obra desde el plano político y jurídico³; otros han centrado su análisis en el personaje, resaltando su calidad de estadista, por su condición de Presidente de nuestro país (entre mayo y noviembre de 1881), cuatro veces Rector de nuestra ilustre Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Senador de la República, Ministro de Estado, tres veces electo Decano del Colegio de Abogados de Lima; inclusive, se han escrito estudios desde el plano filosófico y de la teoría del derecho (Fernández), así como han resaltado su aporte al Derecho civil (Ramos, 2002, p.201 y ss.); sin embargo, hasta hace algunos años (Armaza, 2003, p.31-36), no se había puesto atención a su contribución al

² **Nota del Autor:** las citas textuales que se hacen, corresponden al texto original del *Diccionario* y el *Suplemento*.

³ Basta citar el detallado y documentado trabajo de Bacacorzo (2003). Esta edición es la reproducción de la Segunda Edición, publicado en Paris, en 1879. En el Capítulo *Bibliografía* (p. CCLIII-CCLXXI) se puede advertir una extensa lista de trabajos dedicados a la vida y obra de Francisco García Calderón y Landa.

Derecho penal, a pesar que el *Suplemento*⁴ fue la primera obra publicada con gran contenido acerca de esta disciplina en el siglo XIX⁵.

Esta ausencia de interés en la obra de García Calderón desde la perspectiva del Derecho penal –y extensivamente a todo el pensamiento penal peruano del siglo XIX- ha dificultado la reconstrucción histórica de nuestra materia, pero, adicionalmente, el desconocimiento –¿o el olvido?- ha jugado un papel importante, pues no se reivindican sus aportes al Derecho penal actual, al que también brindó su especial interés⁶.

La abundante información penal que posee el *Diccionario* y el *Suplemento*, imposibilita agotar el análisis de todo su contenido, por lo que centraremos nuestra atención en cuatro voces fundamentales, que consideramos suficientes como para aproximarnos a su pensamiento penal. Hemos elegido los temas *Derecho Penal*, *Código Penal*, *Delito* y *Pena*, sin que ello impida remitirnos al análisis de otros que tengan importancia para el desarrollo de esta tarea.

La selección realizada y su inmediato desarrollo, nos permitirá aproximarnos, en primer término, al concepto del *Derecho penal* que se tenía en el siglo XIX; asimismo, nos abrirá las puertas para conocer su evolución antes de la puesta en vigor del *Código Penal* de 1863, la forma cómo se gestó y quiénes fueron los que intervinieron en su redacción; luego, nos convoca el análisis del concepto de *Delito* y su contraste con el pensamiento penal comparado de la época; y, por último, el concepto de *Pena*, su fundamento y sus fines, así como el punto de vista de la reacción penal o sistema de penas vigente antes de la promulgación y puesta en vigor el Código Penal de 1863, y los contrastes surgidos durante su vigencia.

Atendiendo a este estado de cosas, intentaremos esbozar algunas líneas del pensamiento de este magnífico jurista, ratificando su nominación ganada como el jurista más importante del Siglo

⁴ (1864). *Que contiene la teoría del derecho penal, los códigos penales y las leyes y decretos y resoluciones de 1862 y 1863.*

⁵ Hay que recordar que la primera obra en materia penal que comenta el Código Penal de 1863 fue el de Silva Santisteban (1863); no obstante, el “curso” de Derecho penal –como él lo denomina- es de contenido breve y exegético que no alcanza la profundidad de análisis –de la época-, que aborda el *Suplemento*.

⁶ Esta omisión puede ser comprensible en un jurista extranjero de la talla del maestro Jiménez de Asua (1987, p.21) –refiriéndose a los penalistas “olvidados”, dijo: “No los he silenciado con designio de censor extremo, que aparta apellidos por juzgarlos de poca significación; los he omitido por ignorancia, que podéis subsanar, si vuestra generosidad es tan superlativa...”; muy al contrario, resulta preocupante la actitud de los nuestros. Sobre este tema, es interesante conocer con Armaza (2003, p.13) que sólo Cornejo (1926) lo menciona en una ocasión.

XIX⁷, y conocer el legado dejado a las nuevas generaciones de juristas, procurando cambiar esa imagen del que fuera olvidado injustamente por largos años⁸.

III. LA GENESIS DEL SUPLEMENTO

A los 26 años de edad, García Calderón (1860) publica el T.I, A-D de la primera edición de su *Diccionario*, consagrándose como el jurista más joven y reputado de la república. Dos años después ve la luz el T.II (García Calderón, 1862), E-Z, completando de esta manera, la totalidad de voces que aparecían en la legislación vigente de la época.

Debido a que hasta esta primera edición no existía un cuerpo orgánico legislativo en materia penal, sostenía que *“para suplir de algun modo la falta del código penal, he puesto en los artículos respectivos la teoría jeneral del derecho sobre los delitos, haciendo al mismo tiempo ligeras indicaciones de las leyes españolas que se ocupan de ellos”*⁹.

La tendencia codificadora iniciada en esta parte de América a comienzos del siglo XIX, también tuvo repercusión en nuestro país, y alcanzó en igual medida al Derecho penal, abandonando así las Recopilaciones que estaban asociados con la monarquía absoluta, mientras que la codificación iba aparejada a los ideales republicanos (Ramos, 2001, p.37). Fue precisamente la puesta en vigor del Código Penal que motivó en García Calderón la tarea de elaborar un texto complementario y actualizado que fuera *“un Suplemento al Diccionario, que no puede correr sin él”* (García Calderón, 1864, p.II), puesto que el nuevo código borró de un plumazo el carácter contemporáneo en materia penal del *Diccionario* (Ramos, 2002, p.305).

Precisamente, la reforma que se produjo en el sistema penal hizo que volcara su interés en comentarlo, bajo el mismo esquema de trabajo que había iniciado, es decir, en forma de Diccionario: *“me decidí á trabajar el Suplemento que sale hoy á la luz pública después de un año de haberme dedicado exclusivamente á su redacción é impresión; y que contiene los códigos*

⁷ Bustamante Belaunde (2003; p.XXXII), ha sostenido que *“don Francisco García Calderón y Landa no solamente es el gran Presidente del Perú en los momentos más trágicos de nuestra historia republicana (1881), sino también el más completo jurista nacional, pues su Diccionario de la Legislación Peruana concitó la admiración de todo el continente americano en sus dos ediciones (Lima, 1860 y Paris, 1879)”*.

⁸ Como *“fue tenaz en condenar el error y proclamar la verdad, importándole poco el juicio adverso o bondadoso de los demás, su acción en todos los campos de la vida nacional, ha sido olvidada, cuando no desconocida. Y sin embargo, qué hermosas lecciones se desprenden de ella. Cómo sobresale su estatura moral y la grandeza de su espíritu, entre tantas falsas personalidades que la ignorancia ha endiosado”*, Delgado (1938, p.92).

⁹ Cfr. Prólogo al T.I, primera edición; p.III.

penales, la teoría filosófica del Derecho Penal con mayor extensión que la que le dí en los tomos anteriores...pero felizmente para mi, al publicarse los códigos penales [también se refiere al de procedimientos] no tenia impedimento para estudiarlos detenidamente y comentarlos”(García Calderón, 1864, p.I).

El producto final -incluidos los dos primeros volúmenes-, fue de incomparable elaboración y mereció diversas reacciones, muchas de ellas de elogio¹⁰, pero también fuertes críticas a las que el propio García Calderón se encargó de rebatir¹¹, pero, como contraparte, pese a la gran acogida entre la comunidad jurídica, provocó también omisiones insalvables¹².

Con todo, su publicación y posterior difusión mereció aprobación generalizada, y para el presente evidencia una obra de obligatoria consulta para conocer los orígenes de nuestro derecho positivo.

IV. EL CONTENIDO

1. DERECHO PENAL

En el primer volumen de la primera edición lo denomina también *Derecho Criminal*, seguramente influenciado por la legislación de mediados del XVIII, pero que ya desde comienzos del siglo XIX se había abandonado (Jescheck y Weigend, 2002, p.11), especialmente a partir de la promulgación del Code Pénal francés de 1810 (Bustos, 1986, p.3); no obstante, mas allá del término y siempre compaginando su definición con la legislación previa a la codificación, proporciona una razón sustancial que pretende explicar la diferencia entre aquellas “*acciones malas que la ley castiga con penas afflictivas o infamantes*”, a las que considera como “*crimen*”, mientras que con la palabra “*delito*” pretende identificar “*hechos menos graves que no se castigan sino con penas menores*” (García Calderón, 1862, p.164).

¹⁰ Que viene prolongándose hasta la actualidad; véase el pronunciamiento de diversos juristas de nuestro tiempo en la edición 2003 del Diccionario...

¹¹ En el *Suplemento...* manifestó: “*yo he querido solamente desvanecer el errado concepto que algunas personas se formaran, suponiendo que el Gobierno había dispuesto a favor mío, y sin ninguna compensación, de una parte de las rentas nacionales*”.

¹² Como la relatada por Paz Soldán en su *Bibliografía peruana*: “*esta obra digna de todo elogio ha pasado casi desapercibida y una Corte de reciente creación, al pedir libros al gobierno, pide el Escriche [el autor se refiere a Escriche, Joaquín. Diccionario razonado de legislación civil, pena, comercial y forense. Paris, 1831], y olvida el Diccionario de Legislación patria*”, citado por Ramos (2002, p.324).

Con la puesta en vigor del Código Penal de 1863, y en el *Suplemento*, le asignó la denominación *Derecho Penal*, definiéndola como “*la ciencia que espone los principios según los que la sociedad somete á aquellos que cometen un delito, á un procedimiento de corrección y enmienda que sufren como pena*” (García Calderón, 1864, p.168).

Partiendo de esta conceptualización, a nuestra disciplina la divide en:

a) DERECHO PENAL FILOSOFICO: “*Tiene por objeto las teorías generales sobre las penas, sobre las condiciones necesarias para que haya culpabilidad y puedan ser imputadas las acciones; y en general se ocupa de examinar con la luz de la razon cual es el mejor sistema penal que se puede establecer, atendiendo á la naturaleza del hombre y la sociedad*” (García Calderón, 1864, p.168).

Como es de suponer, bajo este rubro, García Calderón analiza los fundamentos filosóficos del Derecho penal de su época, comprendiendo en su análisis el derecho de penar que tiene el Estado. Siguiendo esta pauta, sostiene que “*el derecho de castigar se funda en la justicia y en la utilidad del castigo; y que la sociedad ejerce este derecho por cuidar de su conservación, y por defenderse ó precaverse de las agresiones futuras que el mismo delincuente ú otros pueden cometer*” (García Calderón, 1864, p.170). A esta toma de posición la denomina “*ecléctica*”, debido a que recusaba la venganza pública, propio de la tesis socialista, pero también se apartaba del individualismo, porque consideraba que el delincuente es siempre un hombre con derechos.

Modernamente, al estudio de la potestad de penar del Estado se le denomina *ius puniendi*, que en puridad, trata de explicar las razones por las que el Estado se erige como el único legitimado para sancionar la comisión de delitos. Como consecuencia de ello, la doctrina se encargó de construir principios fundamentales que limitan este poder, muchos de los cuales forman parte de nuestro actual Título Preliminar del Código Penal y que desde el Iluminismo se han convertido en verdaderos límites infranqueables al poder punitivo estatal.

A partir de esta concepción del saber penal, se advierte la consolidación de los principios fundamentales del Derecho penal que venía desde la época de la ilustración y que el “*liberalismo penal*” del siglo XIX supo edificar, a partir de las nuevas ideas de libertad y de igualdad ante la ley, procurando optimizar las condiciones fundamentales de la vida social, con el menor sacrificio de la libertad (Mantovani, 1988, 10), de allí que estos principios se hayan convertido en la columna vertebral del Derecho penal y Procesal penal.

Así, en el *Suplemento* podemos advertir algunos:

- i) “*el delincuente para merecer pena debe haber procedido con libertad y conocimiento*” (García Calderón, 1864, p.170) (Principio de Culpabilidad). A pesar que en las voces “libertad” o “responsabilidad” no se hace referencia al fundamento de la responsabilidad penal, en verdad lo que se patentiza es que ya desde el Código Penal de Napoleón de 1810, se consagraba como línea rectora del pensamiento clásico, la proscripción de la responsabilidad por el hecho ajeno y la responsabilidad objetiva (Mantovani, p.62), por lo tanto, la exigencia del *nullum crime sine culpa*, aparece coherente con el pensamiento de la época.
- ii) “*la pena debe ser proporcionada á la culpa y proponerse al mismo tiempo al bien de la sociedad y la enmienda del culpable*” (García Calderón, 1864, p.170) (Principio de Proporcionalidad de las Penas). Debía existir una estricta correspondencia entre la gravedad del delito con la pena impuesta; esto obedecía a que en el pensamiento decimonónico era dominante entender que al cometer un delito, el sujeto afectaba un derecho ajeno, y el imponerle una pena por su comportamiento era suficiente para anular cualquier ventaja derivada del delito, por lo que “lo que sobraba de la pena, debía considerarse inútil y, por lo mismo, tiránico” (Mantovani, p.12).
- iii) “*a fin de evitar la arbitrariedad y el influjo de las pasiones, la pena debe preexistir al delito; ó lo que es lo mismo se debe hacer leyes penales que califiquen los delitos, les impongan penas, y designen los funcionarios que hayan de aplicarlas en su oportunidad. Así lo dicta la razón, y así lo exigen los derechos del hombre*” (García Calderón, 1864, p.171) (**Principio de Legalidad**). Desde Feuerbach (1989), impulsor y autor principal del Código Penal bávaro de 1813 se incluyó normativamente el principio de legalidad con todas sus consecuencias (Masferrer, 2007, p.286), y si bien la revolución francesa conquistó este principio, su consolidación y constitucionalización se produjo en el siglo XIX, por eso es que la posición de García Calderón tomaba la doctrina más avanzada de su época. Dentro de las derivaciones de este principio, su concepción también alcanzaba la legalidad en la imposición de las penas.
- iv) Otra repercusión del principio de legalidad que aparece consignada en el *Suplemento*, es que se concebía la necesidad de que las leyes de carácter penal debieran designar a “*los funcionarios que hayan de aplicarlas en su oportunidad*”. En esta línea de razonamiento, se tiene presente el principio del Juez legal o predeterminado por ley y lo que a partir de allí se deriva (debido proceso, **principio de jurisdiccionalidad**, entre otros).

Lo relevante en cuanto a esta posición, es que en la actualidad estos principios rigen para nuestro ordenamiento penal y procesal penal, tal como se pueden advertir en los arts. II¹³ y V¹⁴ del Título Preliminar del Código Penal.

v) *“las leyes jamás deben olvidar que el delincuente es un hombre y como tal merece que se respete su conciencia y su libertad, y que se le trate con la humanidad que requiere su condición”* (García Calderón, 1864, p.170) (Principio de Humanidad de las Penas). Concibe posibilidades de limitar el *ius puniendi* del Estado, manifestando que *“para que se pueda ejercer el derecho de castigar, es necesario que haya delitos, y que estos reúnan las condiciones necesarias para ser penados”* (García Calderón, 1864, p.171). Ello le remite a realizar una diferencia entre Derecho penal y moral. *“La moral castiga los pecados, esto es la infracción de los deberes de conciencia: el Derecho penal castiga los delitos, esto es las violaciones de los deberes exigibles por la sociedad”* (García Calderón, 1864, p.169). La sociedad tiene derecho de castigar; pero su castigo debe respetar los derechos naturales del reo (García Calderón, 1864, p.88).

Hay que destacar que la construcción de estos principios obedecía fundamentalmente a que desde el iluminismo se fue desarrollando la ruptura entre derecho y moral, a lo que Prieto Sanchís denomina “la secularización del Derecho penal” (2007 p.32), cuya característica era la separación de pecado y delito, así como la prohibición del Estado de intervenir en cuestiones de fe, con impedimento de imponer virtudes morales que no interesan a la colectividad, y hacerlo solo cuando haya afectación de bienes jurídicos de interés para la sociedad.

b) DERECHO PENAL POSITIVO: Entiende García Calderón como *“el conjunto de leyes que se pueden establecer, con arreglo a los principios generales suministrados por la filosofía...”*. Es la norma convertida en ley, evidentemente, la positivización del derecho de penar estatal en la época [al que] *se debe añadir el de la legislación positiva en general; esto es de lo que se ha hecho en el mundo en materia de penas y de castigos* (García Calderón, 1864, p.169).

¹³ Artículo II.- Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

¹⁴ Artículo V.- Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley.

Reconoce en el proceso evolutivo, tres momentos o épocas: i) *un sistema de venganza privada* (desde la época romana hasta las primeras leyes dictadas en Europa, caracterizada por la pena de multa, los juicios de Dios, reparaciones pecuniarias); ii) *sistema de venganza social* (del siglo XIV al XVIII, cuyo signo identificativo es la venganza pública, los castigos crueles, la pena de muerte, la confiscación de bienes); y, iii) *momento en que al delincuente se le reconoce sus derechos, pero también el derecho de la sociedad a sancionar al que delinque* (siglo XIX, destacado por la supresión de penas crueles y variación en el procedimiento penal) (García Calderón, 1864, p.171).

c) **DERECHO PENAL POLITICO:** Catalogado como “*el cuerpo de leyes dado para una nación determinada, consultando por una parte los principios de la ciencia, y por otra las necesidades especiales del país á que la ley ha de aplicarse...*, [siendo] *preciso conocer las leyes penales vigentes en el país*” (García Calderón, 1864, p.169).

A la suma de estas tres formas de concebir el problema penal, García Calderón la denomina “*derecho penal*”¹⁵.

2. CODIGO PENAL

Lo define como “*el cuerpo de las leyes en que se clasifican los delitos y se designan las penas que han de imponerse á los delincuentes*” (García Calderón, 1864, p.85).

A partir del contenido podemos distinguir, legislativamente, tres épocas perfectamente identificables.

a) **La primera, que se extiende desde la conquista hasta la independencia, en 1821.** En esta primera época la normatividad vigente estaba conformada por “*a) Las Siete Partidas, cuya autoridad fue acrecentándose a medida que el tiempo transcurría. Adquirió una influencia muy superior a la que le daba la ley escrita; b) La Novísima Recopilación, que en el Perú fue aplicada y observada, no obstante que hubo juristas que negaron que tuviera fuerza obligatoria en el Virreynato, y c) La Recopilación de Indias y sus complementos, código netamente colonial*”

¹⁵ “*Se conoce perfectamente que la ley escrita ó el código penal no es mas que un conjunto de preceptos arreglados á un sistema; y que para juzgar de la bondad de las leyes es preciso conocer ese sistema y examinarlo, sentar las bases del sistema penal que se adopte, y ver si las leyes son buenas ó malas según los principios de la ciencia y las circunstancias especiales del país. Este conjunto de conocimiento forma el derecho penal. Conocer la ley y no su razón, es lo mismo que mover una máquina ignorando el modo como ésta se ha construido. Saber filosofía del derecho y no la ley escrita, es no salir jamás de la teoría á la práctica, é ignorar lo que debe hacerse en un caso determinado*” (García Calderón, 1864, p.169).

(Altmann, 1944, p.205). Como era de esperarse, al estar dispersas y muchas de ellas eran contradictorias, “*servían, aunque con dudas é imperfecciones, para el objeto de castigar los delitos*” (García Calderón, 1864, 85).

b) La segunda, desde la proclama independentista hasta la puesta en vigencia del CP, en 1863. Esta época se caracterizó por el avance de los derechos fundamentales de la personas. A guisa de ejemplo, podemos decir que las Constituciones Políticas de 1823¹⁶ (art.115), 1826 (art.122) y 1828 (art.129, inc.2, 3 y 4) eliminaron las penas de infamia, confiscación, mutilación, y otras que merecían los dictados de crueles y trascendentales; suprimieron el tormento e hicieron varias modificaciones en el sistema penal (García Calderón, 1864, p.85; Hurtado, 1979, p.38). Sin embargo, al no estar codificada la legislación y estar dispersas las normas sustantivas y procesales “*lejos de aclarar el horizonte de las personas encargadas de castigar los delitos, lo nublaron con mas espesas nubes, y aumentaron la confusión que ya se notaba en la legislación española*” (García Calderón, 1864, p.85).

El 31 de diciembre de 1825, Simón Bolívar encarga la preparación de los Códigos Civil y Penal a una Comisión formada por doce miembros, presidida por Manuel Lorenzo de Vidaurre, pero que no tuvo ninguna trascendencia, y ante su inoperancia, fue este jurista que a título personal redactó un Proyecto de Código Penal y que pese a ser presentado ante el Congreso Nacional en 1828, no se convirtió en ley (Vidaurre, 1828; Zavala, 1941, p.7 y ss). Cabe destacar que este trabajo se inspiró en la obra de Cayetano Filangeri, y los primeros borradores los había comenzado a escribir en el año 1811, cuando era Oidor en Cusco. Este esfuerzo legislativo, contenía una primera parte dedicada a la naturaleza de los delitos, de su entidad, de las penas proporcionadas y útiles; y en la segunda disertación, se concentró en los remedios preventivos del delito (Peralta, 2012, p.242; Benites, 1958, p.18).

Luego, durante el Gobierno de Gamarra, por Decreto de 22 de octubre de 1831 se nombró una comisión para trabajar un proyecto de Código Penal. “*Esta medida no produjo el efecto apetecido; y por eso en la Constitución de 1834 se ordenó por la 11ª. Disposición Transitoria que en la apertura de cada sesión anual presentase la Corte Suprema al Congreso el proyecto de*

¹⁶ La decisión de suprimir las penas infamantes y crueles fue asumida desde las Bases de la Constitución de 1822, al Decretar en su Artículo 9.-... inciso 9) La abolición de toda confiscación de bienes; 10) La abolición de todas las penas crueles, y de infamia trascendental.

uno de los Códigos de la legislación. El Código Penal estaba comprendido en este número” (García Calderón, 1864, p.85).

La llegada al poder del General Santa Cruz y la instauración de la Confederación Perú-Boliviana, determinó que se adoptaran entre nosotros los códigos (Civil y Penal) bolivianos. El denominado Código Penal de Santa Cruz comenzó a regir el 13 de octubre de 1836 en el Estado Sur-Peruano, en las capitales de Departamentos y en todas las provincias, el 13 de agosto y el 15 de noviembre de 1836, respectivamente; y el 1 de enero de 1837 en el Estado Nor-Peruano (Benites, p.19); sin embargo, como lo afirma el ilustre jurista arequipeño, no duró más tiempo que el Gobierno de la confederación; y al derogarlo se mandó que los tribunales y juzgados aplicaran la antigua legislación (Decreto de 31 julio de 1838) (García Calderón, 1864, p.86; Hurtado, 1979, p.40-42).

Lo grave es que al ser derogado este Código, pese a los avances que se pudo obtener en el plano jurisdiccional, se regresó a la antigua legislación, y con ella la confusión y el desorden, dado que muchas de estas normas, como lo sostuvo Romero, en el Prólogo al libro de Cornejo (1926, p.XVII) *“ya desde antes se habían modificado por la costumbre y la práctica de los Tribunales, por preceptos incorporados en las constituciones políticas posteriores a nuestra primera Carta Fundamental, y por muchas leyes especiales”*.

Después de que en 1852 se pusiera en vigencia el Código Civil, y conocidas sus ventajas, se hizo más necesario tener un Código Penal que reemplazara del todo a las leyes españolas y a las que se habían dictado en el Perú desde la independencia. Con este fin y por Ley de 26 de setiembre de 1853, se nombró una Comisión compuesta por tres senadores y cinco diputados, que redactasen el Códigos Penal¹⁷ y el de enjuiciamiento en materia penal (García Calderón, 1864, p.86), concluyendo su labor el 15 de diciembre de 1855 con la entrega del documento.

La Convención Nacional, por Resolución Legislativa de 06 de setiembre de 1856 en vista de que la Comisión anterior había redactado solo el Código Penal, mas no el de Enjuiciamientos, nombró una nueva Comisión compuesta de cinco miembros¹⁸, que preparase el Código de Enjuiciamientos y los presentase en la siguiente legislatura (Villavicencio, 1965, p.7).

¹⁷ Quienes aparecen suscribiendo este Proyecto, fueron Jervasio Álvarez, Manuel Toribio Ureta, Santiago Távara, Carlos Pacheco e Ignacio Noboa.

¹⁸ Conformada por Santiago Távara, Ignacio Noboa. José Simeón Tejada y Tomás Lara.

Esta nueva Comisión concluyó su labor y remitió el texto trabajado el 20 de mayo de 1859, suscribiendo la Carta el jurista José Simeón Tejeda en representación del grupo, quien expresamente había manifestado que había tomado como fuente el Código Penal español de 1848 (Iñesta Pastor, p.1075), sin embargo, siguiendo una tradicional costumbre, se creyó necesario una nueva revisión y examen, a raíz de las observaciones hechas por la Corte Suprema, y de las reformas al sistema penal que la Constitución de 1860 había hecho respecto de la de 1856 –por ejemplo, la aplicación de la pena de muerte para el homicidio calificado (art.16)-. Por esta razón nombró una nueva Comisión por Resolución Legislativa de 18 de mayo de 1861¹⁹ (García Calderón, 1864, p.86).

El proyecto trabajado fue presentado al Congreso al año siguiente, para este efecto se tomó en consideración los proyectos revisados, y el texto fue aprobado el 23 de setiembre de 1862 sin mayor oposición a su contenido, y finalmente, el 01 de octubre de 1862 se dictó la ley respectiva, consignándose en el artículo 2 que el 01 de enero de 1863 sería la promulgación solmene de los referidos códigos (Penal y de Enjuiciamientos en Materia Penal), y “*al siguiente día principiarán a regir en toda la República*”. La propia Ley (art.3) había ordenado la impresión de los Códigos, sin embargo, tuvo que retrasarse su promulgación debido a que no se logró la impresión en el plazo indicado, obligando al Congreso a dictar una Resolución Legislativa de 5 y 7 de enero de 1863, por el cual se postergaba su promulgación hasta el 01 de marzo de 1863 (García Calderón, 1864, p.86), y siguiendo la norma de 01 octubre de 1862, fue a partir del día siguiente (02 de marzo de 1863) en que finalmente se puso en vigor²⁰.

c) **La tercera, a partir de la puesta en vigor del Código Penal en adelante.** A juicio de García Calderón (1864, p.88), el Código Penal tendría siempre el mérito de haber reemplazado a la antigua legislación, embrollada y confusa; y de haber introducido el nuevo sistema penal, acorde con el progreso del siglo, y con los códigos de todas las naciones cultas. Como parte de sus críticas, advierte algunos “defectos” y “omisiones”:

- i. “*nada dice sobre los delitos de imprenta*” (García Calderón, 1864, p.87). A la puesta en vigor el CP ya existía una Ley de Imprenta desde 1821 que se aplicaba a todos los

¹⁹ La Comisión estaba integrada por Manuel Mercado, José Silva Santisteban y Juan de Lizárraga (Senadores); y por José María Pérez, Epifanio Serpa, Isaac Suero y Evaristo Gómez Sánchez (Diputados).

²⁰ Acerca de las inconsistencias sobre la fecha de puesta en vigencia del CP, se puede consultar Armaza (2001, p.69, nota 36).

atentados contra el honor, la religión y la moral pública, o incurriesen en los delitos de sedición o de traición cometidos a través de medios impresos, y que el juzgamiento de estas infracciones era de competencia de un Jurado. La crítica se centraba al silencio de los dos códigos respecto a estos delitos, pues no se sabía si se mantenía el Jurado o el juzgamiento era de competencia de un tribunal penal común. “*Este silencio de los legisladores ha dado lugar á que el jurado continúe; y de ese modo estamos viendo que al lado de un sistema nuevo de legislación penal, queda una parte del antiguo*” (García Calderón, 1864, p.87), sentenció el jurista arequipeño.

- ii. “*¿no debía haberse dicho algo sobre los reglamentos de policía?*”, se preguntaba García Calderón (1864, p.87), frente a la facultad otorgada a la policía de imponer multas y prisión por ciertas faltas. A juicio del autor, debería ser el Juez de Paz y no el Sub Prefecto, el intendente de policía o los Alcaldes el que imponga estas penas, porque la razón y la justicia así lo aconsejan. Sostenía que esta inconsistencia debió aclararse en el texto punitivo.

3. DELITO

Siguiendo a Ortolan²¹, define el delito como toda acción o inacción exterior que hiere la justicia absoluta, cuya represión importa a la conservación o al bienestar de la sociedad, y que ha sido definida y penada por la ley (García Calderón, 1864, p.157). A partir de este concepto, destaca que debe contar con tres requisitos:

1° Concibe que la acción u omisión sea exterior, porque los pensamientos y propósitos interiores solo pueden ser juzgados por Dios que los ve, y no por el juez y la ley que no pueden ni deben extender su acción a la conciencia. Se adhiere a las formas en que se presenta la conducta humana para cometer delitos, de conformidad con el art.1 del CP de 1863.

La conducta criminalizada en sus formas de acción u omisión, deben ser voluntarias y maliciosas para que constituya delito. A diferencia de Ortolán –que utiliza el concepto de *inacción*–, García Calderón sostiene que si se puede utilizar el término *omisión* como una forma de cometer delitos, porque gramaticalmente se entiende como “*falta de ejecución, de manifestación ó de cumplimiento de una cosa*” (1864, p.158).

²¹ Se refiere a *Elements de droit pénal* Librairie de Plon Freres, Paris, 1855.

Tratando de explicar el aspecto subjetivo del agente, sostiene que *“para hacer á un hombre responsable de una accion ú omisión, es necesario que haya sabido que su procedimiento era malo, y que a pesar de esto no haya obrado de otro modo. Los juristas espresan esto diciendo que una accion es imputable, cuando se ha practicado con libertad y conocimiento. El conocimiento previo del mal constituye la malicia de la accion; y la voluntad y ó libertad con que se obró es la base de la responsabilidad, porque el que pudiendo obrar bien procedió mal, se hace responsable de las consecuencias de su conducta”* (García Calderón, 1864, p.158). Como se puede advertir en este concepto se destaca la remisión a la *conciencia* y *voluntad* del sujeto, que son los componentes del concepto tradicional de dolo.

2º Abrazando las tesis utilitaristas de la época, admite la represión del hecho punible, siempre que contribuya a la conservación o al bienestar social. Sin embargo, debe representar una especial gravedad. Un hecho es delictivo cuando genera *“alarma á la sociedad é inspira temores á todos, y por el bienestar social es necesario reprimirlo”* (García Calderón, 1864, p.158). Esta cualidad especial lo diferencia del incumplimiento de obligaciones contractuales y otras de naturaleza civil que sólo interesa al perjudicado.

Vemos en este planteamiento, el embrión del principio de última ratio, por el cual se entiende que el Derecho penal, sólo interviene ante el quebrantamiento de normas que son indispensables para la convivencia pacífica en la sociedad.

3º La última exigencia finca en la preexistencia de la pena. Es necesario que sobre la acción haya recaído una sanción previamente fijada por la ley. De este modo, las personas involucradas en hechos punibles no podrán argumentar la ignorancia de la ley como excusa, pero lo más trascendente, es que advierte la necesidad de que *“los criminales no esten á merced del legislador, que podria aumentar o disminuir la pena según las circunstancias. Cuando la pena preexiste, no hay temor de parcialidad”* (García Calderón, 1864, p.158). Denota, entonces, una especial preocupación acerca de los posibles abusos que pueda provocar un manejo excesivo del Derecho penal, y advierte que el Principio de Legalidad tiene una especial misión, como instrumento de control ante el poder punitivo estatal.

También resalta la diferencia existente entre delitos y faltas, si bien ambas formas de vulnerar normas penales son acciones u omisiones voluntarias y maliciosas, se diferencian en que

el delito supone siempre materia grave, o tiene resultados de importancia; y la falta “*ó recae en materia leve, ó sus resultados son tenues*” (García Calderón, 1864, p.159).

Hasta antes de la vigencia del CP de 1863, los cuasidelitos eran ilícitos que generaban obligaciones pecuniarias, y eran sancionados por el Código Civil de 1852 (art.2190 y 2110) (García Calderón, 1862, p.665). Este criterio fue dejado de lado con la nueva legislación, y se opta por criminalizar las conductas negligentes. Así, “*el cuasidelito se distingue del delito y de la falta, en que no supone malicia, sino imprudencia, descuido ó inadvertencia*” (García Calderón, 1864, p.159; Armaza, 2003, p.35). Su incorporación al texto punitivo significa que estas conductas también merecen una sanción penal, no sólo una reparación de orden civil.

En lo que atañe a las diferencias existentes entre delito consumado y tentativa, manifiesta que el delito es consumado, cuando se practica la acción ú omisión penada por la ley, y al mismo tiempo produce el efecto que se propuso el delincuente. Hay delito frustrado cuando perpetrado el hecho criminal, no produce el mal que se propuso el culpable, por causas independientes de su voluntad. Hay conato ó tentativa, cuando se comienza y no se concluye la ejecución directa del hecho criminal (García Calderón, 1864, p.161; p.391).

En resumen, para García Calderón, se puede advertir cuatro clasificaciones de los delitos:

La primera, -siguiendo la tesis de Montesquieu (Armaza, 2003, p.34) - que los divide en delitos contra la Religión, el Estado y los Individuos, tiene por objeto sistematizar el orden con que las leyes se han de ocupar de los delitos;

La segunda, que distingue delitos iniciados, frustrados y consumados. Esto sirve para la graduación de las penas, porque la justicia exige que haya más severidad en reprimir el delito consumado que el frustrado, y más para éste que para el delito iniciado. Cabe recordar que el art.3 del CP de 1863 preveía la confabulación “*cuando algunas personas se conciertan para cometer el delito, celebrando para tal fin dos o más reuniones*”.

La tercera clasificación es de delitos flagrantes y no flagrantes. Sostiene que pasada la consumación del delito ya no hay flagrancia. Esta clasificación sirve para disponer la detención del reo (García Calderón, 1864, p.162).

Por último, *la cuarta* clasificación tiene por objeto arreglar la jurisdicción, y designar los jueces que han de juzgar los delitos según sus clases. Los delitos leves se juzgan por los jueces de paz:

los graves por los de primera instancia. Los delitos comunes se juzgan por los jueces de primera instancia: los otros por tribunales especiales (García Calderón, 1864, p.162).

5. PENA

Para el ilustre jurista arequipeño, el derecho penal está basado en dos principios fundamentales:

- a) Las penas son necesarias en la sociedad.
- b) La sociedad tiene derecho de imponer penas a los que delinquen.

Sobre la necesidad de la pena y de su imposición fue tratado líneas arriba en el desarrollo del aspecto filosófico del Derecho penal (vid. supra IV, 1, a). No obstante, si interesa resaltar que desde el punto de vista de la *retribución*, dice que la pena “*es el mal que se causa por disposición de la ley al que ha cometido un delito o falta*” (García Calderón, 1864, p.319); añade que también tiene por finalidad “*lograr la enmienda del culpable*”, posición muy ligada a la *prevención especial*, y que cumple adicionalmente la función “*de impedir que los demás hombres imiten el ejemplo del que delinquiró*” (García Calderón, 1864, p.319), contenido identificado con la teoría de la *prevención general*. Como se puede observar, ya desde el siglo XIX en nuestro medio se sostenía teóricamente posiciones vanguardistas en materia penal, pero que no fueron suficientemente difundidas.

Otro aspecto destacable en el pensamiento de García Calderón, es la legalidad de las penas, no sólo en cuanto a su consignación en la norma penal, sino en la forma de su imposición. Por ello, maneja la tesis de que “*para que la pena sea tal es necesario que esté señalada por ley; así es que si la ley no pena un acto, el juez no puede castigarlo. Se requiere también que la pena se imponga judicialmente, en castigo de un delito ó falta*” (García Calderón, 1864, p.320). De esta definición, la primera parte nos remite a la Garantía Penal (*nulla poena sine lege*), derivación del Principio de Legalidad Penal, que lo mantenemos como principio rector de nuestro actual Derecho penal (art.II del Título Preliminar). El segundo extremo se puede identificar con el actual Principio de Jurisdiccionalidad contenido en el art.V del Título Preliminar, que impone la obligación de que la imposición de las penas se haga judicialmente, por órgano competente. Lógicamente, a partir de esta concepción puede derivarse una serie de principios vinculados a la administración de justicia, como el del juez natural o predeterminado por ley, debido proceso, tutela efectiva y otros. No obstante, el punto de partida de todas estas concepciones modernas de

garantías, es el de la legalidad de la pena y el de su ejecución, tal como lo previó nuestro ilustre jurista.

A estas posiciones, también se debe añadir el Principio de Favorabilidad (favor rei) de las sanciones. *“Quiere decir que si la nueva pena es menor que la antigua, debe imponerse la pena nueva; y si por el contrario la antigua pena era mas benigna, se debe aplicar ésta á pesar de la variación. En esto consiste el efecto retroactivo de las leyes penales, y la disposición precedente, además de las razones antes aducidas, se funda en que no es necesario que el castigo sea severo para que la pena produzca sus efectos. Por consiguiente se puede con una pena benigna lograr el mismo objeto que con otra severa, y por lo mismo no se debe atormentar inútilmente al reo que esta enjuiciado durante el cambio de las penas”* (García Calderón, 1864, p.321).

Finalmente, debemos destacar su oposición a la ejecución de las penas en público, tal como se acostumbraba en el derecho antiguo, con la finalidad de transmitir temor en la población que se hacía presente en la plaza pública a observar esta forma de cumplimiento de la condena. *“El tiempo y la civilización han ido desterrando estas formas; y si por una parte es forzoso convenir en que la ejecución debe ir rodeada de cierto aparato para que impresione á los que la ven; por la otra no se debe olvidar que el reo es un hombre, y que como tal tiene derecho á que no se le presente de modo que escite a la risa ó al escarnio de los demás; porque esto no es necesario para la pena, y ocasiona un sufrimiento moral que va como sobreañadido á la pena, y que aumenta innecesariamente el castigo”* (García Calderón, 1864, p.325).

Como se puede observar, el título del más importante jurista del derecho patrio durante el siglo XIX, le es largamente bien ganada. En este trabajo, sólo nos hemos aproximado al pensamiento penal de García Calderón, y no hemos desarrollado la totalidad de su contenido, pero hemos puesto especial relevancia a sus aportes al Derecho penal, pero escasamente analizados.

Creemos que esta breve propuesta busca demostrar que el Derecho penal en el pensamiento de Francisco García Calderón tuvo especial trascendencia en el siglo XIX. La importancia capital de toda su obra –destacada hace ya mucho tiempo por Basadre (1964, p.1339)²²-, sirvió para que juristas, magistrados, abogados y estudiantes de derecho lo utilizaran como libro de consulta al resolver casos concretos y beber de su contenido en aras de una recta administración de justicia.

²² El Diccionario es “la obra cumbre de la mente nacional durante el siglo XIX”.

La forma de presentación de la obra de García Calderón –en diccionario- sirvió para llegar, inclusive, a los no iniciados en derecho penal; su claridad en la exposición, a su vez, permitía conocer la legislación y el plano filosófico que fundaba el derecho positivo o legislado de entonces.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- 1. ARMAZA GALDOS, Julio (2001).** *Influencia de los códigos penales españoles en la legislación peruana decimonónica.* En: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Volumen I. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla la Mancha – Ediciones Universidad de Salamanca.
- 2. ARMAZA GALDOS, Julio (2003).** *Aproximación al estudio de la ciencia jurídico-penal peruana decimonónica.* En Rev. Peruana de doctrina y jurisprudencia penales, No.4. Lima, 2003.
- 3. BACACORZO, Gustavo (2003).** *Estudio biográfico e histórico-jurídico.* En: GARCIA CALDERON, Francisco. *Diccionario de la Legislación peruana, T.I. A-E.* Lima: Editorial jurídica Grijley.
- 4. BASADRE, Jorge (1964).** *Historia de la República del Perú. Vo.III, 5ª. Edición.* Lima: Editorial Paruamérica.
- 5. BENITES SANCHEZ, Santiago (1958).** *Derecho penal peruano. T.I.* Lima: Talleres del Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía.
- 6. CORNEJO, Ángel Gustavo (1926).** *Comentarios al nuevo código penal.* Lima: Librería Francesa Científica y Casa Editorial E. Rosay.
- 7. DELGADO, Luis Humberto (1938).** *Comentarios históricos. Cuaderno Tercero. El cautiverio de Francisco García Calderón.* Lima: American Express Ltd.
- 8. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** Francisco García Calderón y Landa. Apuntes sobre el “Diccionario de la Legislación Peruana”, disponible en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/garcia_calderon__l_anda.pdf (consultado el 10 de agosto de 2018).

9. **FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von (1989).** *Tratado de derecho penal*; traducción castellana de la 14ª edición alemana, por Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemmeier. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.
10. **GARCIA CALDERON, Francisco (1860).** *Diccionario de la legislación peruana, Tomo I, A-D.* Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.
11. **GARCIA CALDERON, Francisco (1862).** *Diccionario de la legislación peruana, Tomo II, A-D.* Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.
12. **GARCIA CALDERON, Francisco (1864).** *Suplemento. Que contiene la teoría del derecho penal, los códigos penales, y las leyes, decretos y resoluciones de 1862 y 1863.* Lima: Imprenta de Eusebio Aranda.
13. **GARCIA CALDERON, Francisco (2003).** *Diccionario de la legislación peruana, T.I-II.* Lima: Editorial jurídica Grijley.
14. **HURTADO POZO, José (1979).** *La ley 'importada'. Recepción del derecho penal en el Perú.* Lima: CEDYS.
15. **IÑESTA PASTOR, Emilia (2005).** *La reforma penal del Perú independiente: el Código Penal de 1863.* En: Actas del XV congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Córdoba.
16. **JIMÉNEZ DE ASUA, Luis (1987).** *Derecho penal en la República del Perú.* Lima: Ediciones Jurídicas.
17. **PERALTA RUIZ, Víctor (2012).** *Manuel Lorenzo de Vidaurre y la utopía jurídica ilustrada en el Perú independiente (1824-1833).* En: Genevieve Verdo, Federica Morelli, Elodie Richard (ed.). *Entre Nápoles y América. Ilustración y cultura jurídica en el mundo hispánico (Siglos XVIII y XIX).* Lima: La carreta editores E.U., 233-250.
18. **RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2001).** *Historia del Derecho civil peruano. Siglos XIX y XX. T. II.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
19. **RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2002).** *Historia del Derecho civil peruano. Siglos XIX y XX. T. III.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

20. **RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2003).** *Historia del Derecho civil peruano. Siglos XIX y XX. T. I.* Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
21. **SILVA SANTISTEBAN, José (1863).** *Curso de derecho penal.* Lima: Tipografía del autor.
22. **VIDAURRE, Manuel Lorenzo de (1828).** *Proyecto de un Código Penal.* Boston: Hidam Tupper ed.
23. **VILLAVICENCIO, Víctor Modesto (1965).** *Derecho procesal penal, de conformidad con el código de procedimientos penales del Perú.* Lima: Impr. H. C. Rozas.
24. **ZAVALA LOAYZA, Carlos (1941).** *Sinopsis histórica de la legislación penal en el Perú.* Lima: Librería e imprenta Gil.