

LA CONFIGURACIÓN DE LOS *DELICTA CARNIS* EN LOS CÓDIGOS DE CHILE (1874) Y PERÚ (1863).

CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LA INFLUENCIA ESPAÑOLA EN LA
 CODIFICACIÓN PENAL HISPANOAMERICANA*

[The Classification of *Delicta Carnis* in the Chilean Criminal Code (1874) and
 the Peruvian Criminal Code (1863).

Contribution to the Study of the Spanish Influence on the Hispanic-American codification of
 Criminal Law]

Aniceto MASFERRER*

Universitat de València, España

RESUMEN

El artículo trata, como reza el propio título, de la configuración de los *delicta carnis* en los Códigos de Chile (1874) y Perú (1863), analizando la influencia española en estos códigos y contribuyendo, de este modo, al estudio de la relación entre tradición e influencias extranjeras (en este caso, de la española) en la Codificación penal hispanoamericana.

PALABRAS CLAVE

Historia del Derecho penal – Delitos contra la honestidad – Tradición – Influencias extranjeras – Derecho comparado – Chile – Perú – España.

ABSTRACT

The article deals, as the title itself says, with the configuration of the *delicta carnis* in the Codes of Chile (1874) and Peru (1863), analyzing the Spanish influence on these codes and contributing, in this way, to the study of the relationship between tradition and foreign influences (in this case, from the Spanish) in the Hispano-American Penal Codification.

KEY WORDS

History of Criminal Law – Crimes against honesty – Tradition – Foreign influences – Comparative Law – Chile – Peru – Spain.

RECIBIDO el 26 de junio de 2021 y ACEPTADO el 4 de marzo de 2022

* aniceto.masferrer@uv.es ORCID: 0000-0002-4193-0541. El presente estudio ha sido llevado a cabo en el marco del Proyecto “Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española: contribución de la jurisprudencia en la evolución de la Parte Especial (1870-1995)” (PID2019-105871GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

INTRODUCCIÓN

A mediados del siglo pasado resultaba unánime el parecer según el cual, el movimiento codificador siguió, tanto en Europa como Hispanoamérica, la estela del modelo francés. Muchos juristas, sobre todo comparativistas, al estudiar la codificación y centrarse en la civil –y, por tanto, en el derecho privado–, sostenían que la mayoría de los códigos decimonónicos eran, en buena medida, una copia –más o menos fiel– del texto napoleónico¹. Este modo de entender el poderoso influjo de la Codificación francesa puede verse incluso a finales del siglo pasado².

No ha sido esta la narración –o el discurso– mayoritario de los historiadores del derecho al estudiar la codificación en general y la penal en particular, desde principios del presente siglo. En 2003 empecé a defender la tesis de que la codificación no sólo dio entrada a influencias extranjeras, sino que recogió una parte importante de la propia tradición. Desde este punto de vista, la codificación moderna no supuso tanto una ruptura (con la propia tradición), sino más bien una reforma, y en algunos aspectos incluso un cierto continuismo³. En ese mismo año, Emilia Iñesta publicó un exhaustivo estudio en el que describía la proyección hispanoamericana del Código español de 1848⁴. Un año más tarde, Bernardino Bravo Lira publicó dos rigurosos estudios en los que mostró la singularidad y relevancia de tres grandes códigos decimonónicos: el austriaco (1803), el brasileño (1830) y –de nuevo, en la línea de Iñesta– el español (1848)⁵. En el lustro siguiente, también Iñesta publicó tres estudios –dos respecto al Código

¹ Al respecto, véase, por ejemplo, el estudio de LIMPENS, Jean, *Territorial Expansion of the Code*, en SCHWARTZ, Bernard (ed.), *The Code Napoleon and the Common-Law World* (New York, 1956 – uso The Lawbook Exchange edition, Union-New Jersey, 1998), pp. 93-109; véase también la recensión de DAINOW, Joseph, a la obra de Schwartz, con el título *The Civil Code and the Common Law (1956-1967)*, en *Northwestern University Law Review* 51 (1957), pp. 719-731; en esta misma línea, pero en el ámbito anglosajón, véase LOBINGER, Charles S., *The Napoleon Centenary's Legal Significance*, en *American Bar Association Journal*, vol. 7, No. 8 (AUGUST, 1921), pp. 383-387.

² Véase, por ejemplo, TETLEY, William, *Mixed jurisdictions: common law v. civil law (codified and uncodified)*, en *Louisiana Law Review*, vol. 60, 4 (1999), pp. 677-738.

³ MASFERRER, Aniceto, *Tradicón y reformismo en la codificación penal española. Hacia el ocaso de un mito. Materiales, apuntes y reflexiones para un nuevo enfoque metodológico e historiográfico del movimiento codificador penal europeo* (Universidad de Jaén, 2003); más recientemente, véase también MASFERRER, Aniceto, *Codification as Nationalization or Denationalization of Law: The Spanish Case in Comparative Perspective*, en *Comparative Legal History* 4/2 (2016), pp. 100-130; véase también PIHLJAMÄKI, Heikki, *Private Law Codification, Modernization and Nationalism: A View from Critical Legal History*, en *Critical Analysis of Law*, 1/2 (2015), pp. 135-152 (disponible en <http://cal.library.utoronto.ca/index.php/cal/article/view/22518>).

⁴ IÑESTA PASTOR, Emilia, *La proyección hispanoamericana del Código Penal español de 1848*, en GONZÁLEZ VALE, Luis E. (ed.), *Estudios. Actas del XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia de Derecho Indiano* (San Juan de Puerto Rico, 2003), II, pp. 493-521.

⁵ BRAVO LIRA, Bernardino, *Fortuna del Código Penal español de 1848. Historia en cuatro actos y tres Continentes: de Mello Freire y Zeiller a Vasconcelos y Seijas Lozano*, en *AHDE.*, 74 (2004), pp. 23-58; ÉL MISMO, *Bicentenario del Código Penal de Austria. Su proyección desde el Danubio a Filipinas*, en *REHJ.*, 26 (2004), pp. 115-155.

Penal chileno (1874) y uno al peruano (1863)—, probando el influjo secundario del Código Penal napoleónico⁶.

En la presente década se ha estudiado el concreto alcance del influjo francés en la codificación penal española y los resultados son bien elocuentes⁷, tanto con respecto al Código Penal de 1822⁸, como al de 1848⁹, base o modelo principal de los demás (1850, 1870, 1928, 1932, 1944 y 1995)¹⁰. Recientemente se publicaron dos obras colectivas, que son sin duda las más recientes y completas sobre la materia¹¹.

En este marco historiográfico, el presente estudio recoge un análisis del concreto alcance del influjo del Código Penal español (1848/50) en dos códigos penales decimonónicos hispanoamericanos, el chileno de 1874 y el peruano de 1863. Se trata de ver en qué medida, supuesto el generalizado influjo español en ambos Códigos, el título relativo a los *Delitos contra la honestidad* fue recogido, en lo formal y en lo sustantivo, en los textos chileno y peruano.

⁶ INESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno de 1874*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 19 (2006), pp. 293-328; LA MISMA, *Antecedentes histórico-jurídicos del Código Penal chileno de 1874*, en DE LA PUENTE BRUNKE, José; GUEVARA GIL, Armando (eds.), *Derecho, Instituciones y Procesos históricos. XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (Lima, Instituto Riva Agüero, Universidad Pontificia de Lima, 2008), III, pp. 203-242; LA MISMA, *La reforma penal del Perú independiente: El Código Penal de 1863*, en TORRES AGUILAR, Manuel (coord.), *Actas XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Córdoba, España, 2005* (Córdoba, Universidad-Diputación, 2008), II, pp. 1071-1098.

⁷ A este respecto, el primer estudio fue el mío, con el título *The Napoleonic Code pénal and the Codification of Criminal Law in Spain*, en ABOUCAYA, Chantal & MARTINAGE, Renée (coords.), *Le Code Pénal. Les Métamorphoses d'un Modèle 1810-2010. Actes du colloque international Lille/Ghent, 16-18 décembre 2010* (Lille, Centre d'Histoire Judiciaire, 2012), pp. 65-98.

⁸ RAMOS VÁZQUEZ, I.; CAÑIZARES-NAVARRO, J., *La influencia francesa en la primera codificación española: el Código Penal francés de 1810 y el Código Penal español de 1822*, en MASFERRER, Aniceto (ed.), *La codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular* (Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2014), pp. 153-212; sobre este código, véase el estudio de TORRES AGUILAR, Manuel, *Génesis parlamentaria del Código Penal de 1822* (Sicania University Press, 2008).

⁹ Conviene subrayar, a este respecto, la importancia del estudio de INESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal de 1848* (Valencia, 2011), en particular, pp. 78-79, 294-303, 902-910, véase también MASFERRER, Aniceto; DEL MAR SÁNCHEZ-GONZÁLEZ, Dolores, *Tradición e influencias extranjeras en el Código penal de 1848. Aproximación a un mito historiográfico*, en MASFERRER, Aniceto (ed.), *La codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular* (Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2014), pp. 213-274; sobre este código, véase su primer estudio a cargo de SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a Dolores del Mar, *Los Códigos Penales de 1848 y 1850* (Madrid, 2003).

¹⁰ Para los códigos penales españoles, véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacob; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis; y RUÍZ DE GORDEZUELA LÓPEZ, Lourdes (eds.), *Códigos penales españoles, 1822, 1848, 1850, 1928, 1932, 1944. Recopilación y concordancias* (Madrid, Akal, 1988).

¹¹ MASFERRER, Aniceto (ed.), *La codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte General* (Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2017); ÉL MISMO (ed.), *The Western Codification of Criminal Law: The Myth of the Predominant French Influence in Europe and America Revisited* (Dordrecht-Heidelberg-London-New York, Springer, Collection History of Law and Justice, 2018).

I. LA INFLUENCIA DEL CÓDIGO 1848/1850
EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO DE 1874

La general influencia española –que no exclusiva– sobre el Código Penal chileno de 1874 (CPCh 1874) es indiscutible. Y lo es porque las fuentes primarias así lo muestran, sin dejar margen a la duda. Así lo recogen, por ejemplo, algunos de los grandes comentaristas del CPCh 1874. Es el caso de Alejandro Fuensalida¹², Santiago Lazo¹³ y Robustiano Vera¹⁴. Y así lo prueban las declaraciones de algún miembro de la Comisión redactora, quien, una vez finalizados sus trabajos y aprobado ya el código, reconoció que, además del código español –junto con otros–, fue notable el influjo de Joaquín Francisco Pacheco¹⁵.

Aunque esta afirmación parece diluir la intensidad del influjo del texto español de 1848 –en su versión de 1850, que fue la empleada como modelo– al incluirse entre muchos otros (austriaco, brasileño, napolitano, bávaro y belga), lo cierto es que el español (1850) y en segundo lugar el belga fueron los más relevantes. Y así lo pudieron constatar quienes estudiaron las concordancias de los artículos del texto chileno con los de los mencionados códigos. Con claridad meridiana, no exento de un tono crítico, lo expresa uno de los principales comentaristas del CPCh 1874¹⁶.

¹² FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias y comentarios del Código Penal chileno* (Lima, Impresa Comercial Calle del Huallaga n. 139, 1883), 3 tomos, pp. x, xiii.

¹³ LAZO, Santiago, *Los códigos chilenos anotados. Orígenes, concordancias y jurisprudencia del Código Penal* (Santiago de Chile, Poblete Cruzat Hnos., 1915), pp. viii-xiii.

¹⁴ VERA, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile, comentado* (Santiago de Chile, Imprenta de P. Cadot & Ca., 1883), pp. 37-52.

¹⁵ *Discurso pronunciado por el profesor de Código Penal de Universidad, Señor Don Alejandro Reyes, el 29 de marzo de 1875, en que inauguró el primer curso público de este ramo*, recogido por VERA, Robustiano, cit. (n. 14), pp. 53-70: “Su trabajo no es la obra de unos pocos que más que inteligencia i más que ciencia, tuvimos la modestia de adoptar los más famosos códigos modernos a las exigencias de nuestra sociedad. En nuestra tarea, nos sirvieron de luminoso guía la antigua legislación española, el Código de Napoleón, el austriaco, el brasileño, el napolitano, el bávaro, el belga y el moderno español. Justo es tributar en este lugar el homenaje de nuestros respetos a la profunda filosofía, al gran acopio de ciencia que se encierran en este último. En él bebimos nuestras inspiraciones; de él sacamos la mayor parte de nuestros artículos, i nuestra insuficiencia fue constantemente ilustrada por la sabiduría de los conocimientos de uno de sus más ilustres autores, don Joaquín Francisco Pacheco”.

¹⁶ FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias y comentarios del Código penal chileno*, cit. (n. 12), x: “Sin negar que los miembros de la comisión redactora merecieron la gratitud nacional por su ilustrado trabajo, creemos que el Código, con hombres especiales en la ciencia penal, pudo ser una obra más perfecta. En el curso de estos estudios se notará que si la comisión hizo esfuerzos para salvar algunos de los defectos que contiene el Código Español de 1850, se cometieron muchos otros con las modificaciones introducidas sin un estudio previo y profundo de dicho Código que como obra científica y artística es, en su clase, la primera de Europa, en nuestro concepto”; en esta obra, Fuensalida hace “notar las modificaciones que la comisión redactora introdujo al adoptar los artículos del Código Español i de otros Códigos i leyes; estudiamos el alcance de estas modificaciones i sus ventajas e inconveniencias; explicamos, con cuanta claridad i concisión nos ha sido posible, cada uno de los artículos concordándolos con los de su origen ó con las leyes españolas de donde han sido tomados, manifestado además sus relaciones con los otros del Código i su aplicación más racional en los casos dudosos [...]” p. xiii.

Pero otra fuente primaria todavía más importante prueba la primacía del influjo español sobre el texto penal chileno: *Actas de las sesiones de Comisión Redactora del Código Penal Chileno* (en adelante, *Actas*)¹⁷. Y el momento clave tuvo lugar en la sesión preparatoria de 8 de marzo de 1870, protagonizada por Alejandro Reyes¹⁸.

La segunda sesión, que no se celebró en el 1º de abril sino el 26, Reyes no cejó en su intento, como reflejan las propias *Actas*¹⁹.

Reyes logró hacer valer su parecer, y en esta misma sesión se decidió empezar por el título preliminar, fijándose “para tema del debate en la próxima sesión los siete primeros artículos del Código español”²⁰.

1. *Parte General y Parte Especial*

Se iniciaba así la redacción de la Parte General del CPCCh 1874, tomando como modelo principal el texto español de 1850. La Comisión redactora celebró 175 reuniones, desde el 8 de marzo de 1870²¹ hasta el 22 de octubre de 1873²². En ellas, las referencias al modelo español –refiriéndose fundamentalmente al código de 1848 en su versión de 1850– fueron constantes, estando presentes –como de intento quise comprobar– en todas y cada una de las sesiones relativas a la Parte General²³. En la Parte Especial, las referencias al texto español fueron menos frecuentes, pero aun así superan en número a las sesiones en las que ese modelo no se mencionó expresamente, lo cual no significa necesariamente que

¹⁷ *Actas de las sesiones de Comisión Redactora del Código Penal Chileno* (Santiago, Imprenta de la República de Jacinto Núñez, 1873).

¹⁸ *Ibíd.*, p. 3: “El señor Reyes, disconforme con las ideas emitidas por el señor Ministro [Joaquín Blest Gana] sobre la superioridad del Código belga para servir de base para la discusión, opinó porque ella versara sobre el Código español, cuya división más lógica que la del belga era mejor adecuada al objeto. Agregó, entre otras razones, que sería hasta cierto punto más natural la adopción del Código español, por cuanto era una reforma verdadera de nuestra legislación vigente, ventaja de que carecía el Código belga. Suscitose sobre esto una larga discusión en que tomaron parte todos los miembros presentes i que terminó por un acuerdo, señalando el 1º de abril para la siguiente reunión, en que se discutiría la base que debía adoptarse como punto de partida para la formación del Código”.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 4: “[...] persistió en las ideas emitidas en la sesión anterior, manifestando que tanto por nuestras costumbres, más en relación con las del pueblo español que con las del belga, como por ser más completo, debía adoptarse el Código español como punto de partida en los debates, no siendo pequeña razón para esta preferencia también, la de tener un comentador como el señor Pacheco, cuyos estudios se hallaban concordados a la vez con las disposiciones de seis códigos distintos, que servirían inmensamente para ilustrar la materia”.

²⁰ *Ibíd.*, p. 4.

²¹ *Ibíd.*, p. 3.

²² *Ibíd.*, pp. 313-314.

²³ Las sesiones que trataron de la Parte General fueron de la 1ª a la 24ª (del 8 de marzo de 1870 al 20 de marzo de 1871), y las de la Parte Especial, de la 25ª a la 114ª (del 24 de marzo de 1871 al 2 de septiembre de 1872); téngase en cuenta que tras una primera redacción –sesiones 1ª a 114ª (del 8 de marzo de 1870 a 2 de septiembre de 1872)–, hubo una segunda lectura o *Revisación* –sesiones 155ª a 175ª (del 12 de marzo al 22 de octubre de 1873)– de todo el texto penal, incluyendo tanto la Parte General (sesiones 115ª a 145ª, 12 de marzo a 29 de mayo de 1873), como la Especial (sesiones 146ª a 175ª, de 2 de junio a 22 de octubre de 1873).

los textos discutidos no partieran del modelo español y belga²⁴. En cualquier caso, la referencia al código español –junto con el belga– fue la norma y su omisión más bien la excepción²⁵.

²⁴ De hecho –y como regla general–, los diversos títulos se iniciaban con la lectura de los códigos español y belga como punto de partida; así –y a modo de ejemplo, pues se repite de continuo ese modo proceder–, en la sesión 104^a, de 29 de julio de 1872, se dice lo siguiente: “Aprobada el acta de la sesión precedente, se dio lectura a los títulos de los Códigos español y belga, relativos a los daños, i para tener una base fija en la discusión se encargó al señor Renjifo que formara de ambos un proyecto de redacción” (p. 193); lo mismo se hizo, como de costumbre, al iniciar la discusión sobre el articulado relativo a las faltas, en la sesión 106^a, de 5 de agosto de 1872: “Se pasó en seguida a examinar las disposiciones relativos a las faltas, i para simplificar el trabajo, se encargó al señor Renjifo que trajera para la sesión próxima un proyecto, tomando en cuenta para formarlo los Códigos español y belga i las disposiciones patrias que hai vigentes sobre la materia” (p. 106); esto es compatible con que en las sesiones siguientes, al discutir los preceptos formados sobre la base de estos dos Códigos, no se mencionen expresamente en ningún momento, como es el caso: sesión 107^a (9 de agosto de 1872) (pp. 197-198); sesión 108^a (13 de agosto de 1872) (pp. 198-199); sesión 109^a (16 de agosto de 1872) (pp. 199-200); sesión 110^a (19 de agosto de 1872) (pp. 201-201); sesión 111^a (21 de agosto de 1872) (pp. 202-204); sesión 112^a (24 de agosto de 1872) (pp. 204-206); sesión 113^a (29 de agosto de 1872) (pp. 206-207); sesión 114^a (2 de septiembre de 1872) (pp. 208-210).

²⁵ Pese al valor relativo a la no expresa mención del modelo español que se ha demostrado en la nota al pie anterior, he aquí las sesiones de la primera redacción –no de la *Revisación*– que no recogieron referencia expresa alguna al modelo español: sesión 28^a (10 de abril de 1871) (pp. 58-59); sesión 34^a (1 de mayo de 1871) (pp. 68-70); sesión 35^a (5 de mayo de 1871) (pp. 70-72); sesión 36^a (12 de mayo de 1871) (pp. 72-74); sesión 38^a (19 de mayo de 1871) (pp. 75-77); sesión 39^a (22 de mayo de 1871) (pp. 78-80); sesión 40^a (27 de mayo de 1871) (pp. 80-87); sesión 42^a (5 de junio de 1871) (pp. 84-86); sesión 43^a (9 de junio de 1871) (pp. 86-88); sesión 49^a (21 de julio de 1871) (pp. 97-98); sesión 51^a (28 de julio de 1871) (pp. 100-102); sesión 53^a (4 de agosto de 1871) (pp. 102-104); sesión 54^a (11 de agosto de 1871) (pp. 106-108); sesión 58^a (1 de septiembre de 1871) (p. 114); sesión 59^a (4 de septiembre de 1871) (pp. 115-116); sesión 62^a (16 de octubre de 1871) (pp. 121-122); sesión 70^a (6 de abril de 1872) (pp. 137-138); sesión 71^a (10 de abril de 1872) (pp. 138-140); sesión 72^a (17 de abril de 1872) (pp. 140-142); sesión 73^a (20 de abril de 1872) (pp. 142-144, citando excepcionalmente los modelos brasileño y austriaco); sesión 74^a (22 de abril de 1872) (pp. 144-145); sesión 75^a (24 de abril de 1872) (pp. 145-147); sesión 76^a (26 de abril de 1872) (pp. 147-149); sesión 81^a (8 de mayo de 1872) (pp. 155-157); sesión 92^a (7 de junio de 1872) (pp. 172-173); sesión 93^a (12 de junio de 1872) (pp. 174-176); sesión 94^a (14 de junio de 1872) (pp. 176-178); sesión 95^a (17 de junio de 1872) (pp. 178-180); sesión 96^a (19 de junio de 1872) (pp. 180-181); sesión 97^a (21 de junio de 1872) (pp. 181-183); sesión 99^a (1 de julio de 1872) (pp. 184-185); sesión 100^a (5 de julio de 1872) (pp. 185-188); sesión 101^a (12 de julio de 1872) (pp. 188-189); sesión 103^a (25 de julio de 1872) (pp. 190-193); sesión 105^a (2 de agosto de 1872) (pp. 194-195); sesión 107^a (9 de agosto de 1872) (pp. 197-198); sesión 108^a (13 de agosto de 1872) (pp. 198-199); sesión 109^a (16 de agosto de 1872) (pp. 199-200); sesión 110^a (19 de agosto de 1872) (pp. 201-201); sesión 111^a (21 de agosto de 1872) (pp. 202-204); sesión 112^a (24 de agosto de 1872) (pp. 204-206); sesión 113^a (29 de agosto de 1872) (pp. 206-207); sesión 114^a (2 de septiembre de 1872) (pp. 208-210); en otras sesiones, en las que prácticamente se limitaron a leer y a aprobar el acta de la sesión anterior, tampoco aparece mención alguna a los modelos español y belga: sesión 24^a (20 de marzo de 1871) (p. 49); sesión 30^a (17 de abril de 1871) (p. 62); sesión 69^a (3 de abril de 1872) (pp. 136-137); sesión 91^a (5 de junio de 1872) (pp. 171-172).

Con razón y acierto, pues, la historiografía ha destacado la importancia del texto español de 1850 como modelo del CPCh 1874²⁶, además de otros códigos promulgados en Hispanoamérica a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX. Con clarividencia lo sintetiza Bravo Lira en uno de sus trabajos, refiriéndose al influjo español, tanto normativo –con el Código penal del 1848– como doctrinal –con Joaquín Francisco Pacheco–, en la Codificación penal hispanoamericana²⁷.

2. *De los ‘Delitos contra la honestidad’ a los ‘Crímenes i simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública’*

¿En qué medida el título VII del CPCh 1874 (*Crímenes i simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública*) refleja el influjo del título X del CP 1948/50 (*Delitos contra la honestidad*)? De esto me ocuparé a continuación²⁸. Y para ello, voy a distinguir –siguiendo una particular línea metodológica²⁹– entre

²⁶ Véanse, a título de ejemplo –y sin ánimo exhaustivo–, INESTA PASTOR, Emilia, “El Código Penal chileno de 1874”, cit. (n. 6), pp. 293-328, en particular pp. 305-309; NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1960), I; en el capítulo IX relativo al *Desarrollo histórico de la legislación penal chilena* (pp. 100-110), al tratar de los *Antecedentes del Código Penal vigente* (pp. 105-106), tras recoger la objeción de D. Alejandro Reyes a emplear el Código belga de 1867, en vez del español de 1848 (en su versión de 1850), concluye: “En el hecho, la mayoría de las disposiciones del proyecto fueron tomadas del Código español, manteniendo la misma redacción de éste, salvo leves modificaciones” (p. 106); LEVENE, Ricardo (h) & ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Códigos penales latinoamericanos* (Buenos Aires, La Ley, 1978), I; respecto del código chileno, señalan que “[...] una comisión elaboró el segundo [proyecto] sobre la base del español de 1850, que de este modo resultó fuente del Código Penal de 1874” (p. 14).

²⁷ BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989), p. 341: “El *Código Penal* español de 1848, obra principalmente de Manuel Seijas Lozano (1900-1868), fue objeto de unos magistrales comentarios del insigne jurista Juan Francisco Pacheco (1808-1865). El *Código penal concordado y comentado*, publicados en Madrid en 1848-49 y reeditados seis veces hasta 1888, que contribuyeron poderosamente su difusión. Varios estados de América española adoptaron con mayores o menores modificaciones este código penal. Entre ellos se cuentan El Salvador en 1859, 1881 y 1904, Perú en 1863, México en 1871, Venezuela en 1873, Chile en 1874, Nicaragua en 1879 y 1891, Costa Rica en 1880, Guatemala en 1889 y Honduras en 1898. Además, en 1872 se extendió su vigencia en Cuba y Puerto Rico, que, como se sabe, hasta 1898 siguieron formando parte de la monarquía española”; para Bravo Lira, el CP 1848 es “cabeza de códigos”, a la vista de su poderoso influjo; al respecto, véase su estudio *Codificación civil en Iberoamérica y en la Península Ibérica (1827-1917). Derecho nacional y europeización*, en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana* (Buenos Aires, 1992), pp. 79-138.

²⁸ Excluyo aquí de los delitos contra la honestidad el de adulterio porque ya ha sido objeto de estudio; al respecto, MASFERRER, Aniceto, *El delito de adulterio en los Códigos de Chile (1874) y Perú (1862). Contribución al estudio de la influencia española en la Codificación penal hispanoamericana*, en TORRES AGUILAR, M.; PINO ABAD, M., LOSA CONTRERAS, C. (coords.), *Poder, sociedad y Administración de Justicia en la América Hispánica (siglos XVI-XIX)* (Madrid, Dykinson, 2021), I, pp. 477-498.

²⁹ Al respecto, véanse los estudios de MASFERRER, Aniceto, *The Napoleonic Code pénal and the Codification of Criminal Law in Spain*, cit. (n. 7); *Codification as Nationalization or Denationalization of Law: The Spanish Case in Comparative Perspective*, cit. (n. 3); *La Codificación española y sus influencias extranjeras. Una revisión en torno al alcance del influjo francés*, en MASFERRER, Aniceto, ed., *La codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular* (Pamplona, Aranzadi–Thomson Reuters, 2014), pp. 19-43; *The Myth of French Influence*

el influjo formal o estructural y el propiamente sustantivo, y me centraré fundamentalmente en el texto chileno³⁰.

a) influencia formal o estructural

Las *Actas* no recogen, desgraciadamente, información alguna con respecto a la concreta denominación del título VII del CPCh 1874 (*Crímenes i simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública*). Y es una pena porque los redactores se apartaron a este respecto del modelo español, y el resultado final muestra unas diferencias patentes, como pueden constatarse en los siguientes cuadros.

Los delitos contra la honestidad en los CPs de 1848 y 1850 se encuadraron en el Título X ('Delitos contra la honestidad') del Libro II, como puede verse en el siguiente cuadro comparativo y descriptivo de este Título, con sus capítulos y artículos, en ambos Códigos:

Capítulo	CP 1848	CP 1850
I. Adulterio	349-353	358-362
II. Violación	354-355	363-365
III. Estupro y corrupción de menores	356-357	366-367
IV. Rapto	358-360	368-370
V. Disposiciones comunes á los tres capítulos precedentes	361-364	371-374

Como puede observarse, el CP de 1850, que es la versión que sirvió como modelo en la redacción del CPCh 1874, no incorporó modificación formal o sistemática alguna al régimen jurídico del CP 1848. Los redactores del CPCh 1874, apartándose del título español (*Delitos contra la honestidad*), optaron por una rúbrica bien distinta y mucho más genérica de *Crímenes i simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública*. No se emplea la expresión *honestidad*, sino otro bien jurídico, más amplio y conexo a la honestidad, como es el *orden de las familias y la moralidad pública*. La opción de los redactores no fue baladí ni estuvo exenta de consecuencias relevantes con respecto al contenido de ese título. Veamos a continuación el contenido de ese título del CPCh 1874:

over Spanish Codification. *The General Part of the Criminal Codes of 1822 and 1848*, en MASFERRER, Aniceto (ed.), *The Western Codification of Criminal Law: The Myth of its Predominant French Influence Revisited* (Dordrecht-Heidelberg-London-New York, Springer, Collection History of Law and Justice, 2018), pp. 193-242.

³⁰ Sobre la regulación de los delitos contra la honestidad en la codificación española, véase MASFERRER, Aniceto, *Los delitos contra la honestidad en la codificación penal española (1822-1944)*, en MASFERRER, Aniceto (ed.), *La codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte Especial* (Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2020); del mismo autor, *De la honestidad a la integridad sexual. La formación del Derecho penal sexual español en el marco de la cultura occidental* (Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2020).

§ Párrafos (o párrafos)	CPCCh 1874
§ I. Aborto	342-345
§ II. Abandono de niños y personas desvalidas	346-352
§ III. Crímenes i simples delitos contra el estado civil de las personas	353-357
§ IV. Rapto	358-360
§ V. De la violación	361-362
§ VI. Del estupro, incesto, corrupción de menores y otros actos deshonestos	363-367
§ VII. Disposiciones comunes á los tres capítulos precedentes	368-372
§ VIII. De los ultrajes públicos a las buenas costumbres	373-374
§ IX. Del adulterio	375-381
§ X. Celebración de matrimonios ilegales	382-389

Como puede verse, al ampliarse el bien jurídico protegido al orden familiar y la moralidad pública, sólo seis –de los 10 párrafos (§§)– se ocupan de los delitos contra la honestidad (o *delicta carnis*), expresión y concepto que no es rechazado ni desaparece del código chileno, como refleja la parte final de la rúbrica VI (*actos deshonestos*). Los otros cuatro párrafos tratan de cuestiones familiares ajenas a la honestidad.

¿A qué se debe esa opción preferencial por el bien jurídico del orden familiar y de la moralidad pública frente al de la honestidad del modelo español? Es posible que lleve razón Emilia Iñesta, quien, siguiendo a Zaffaroni, afirma que los redactores optaron por anteponer la lesión de la comunidad –como reflejan el orden familiar y la moralidad pública– frente a la lesión del individuo. Existe, quizá, otro motivo que sería bien plausible y congruente: si la doctrina española era unánime al señalar que la casi totalidad de los delitos contra la honestidad –inclusive los actos contrarios a la moral pública– atentaban con el orden y la paz de las familias, tan importante para sociedad, parece razonable que sea éste –y no el de la honestidad– el principal bien jurídico a proteger.

La propia tradición jurídica reflejaba el importante papel de la familia en el derecho penal medieval y moderno, y en particular en el castigo de los delitos relacionados con la moral sexual³¹. Y esta doctrina seguía estando presente en los inicios del siglo XIX, tanto en España como en toda Europa. Así, por ejemplo, Cayetano Filangieri, uno de los juristas más influyentes del CP 1822, sostenía que a la familia, sociedad intermedia entre la ciudad y el ciudadano, la naturaleza le había dictado las primeras leyes, estableciendo los derechos y las obligaciones recíprocas de los que la forman. En consecuencia, las leyes civiles debían sancionar esas leyes naturales y protegerlas penalmente con los *delitos contra el orden*

³¹ Al respecto, véase MASFERRER, Aniceto, *La distinción entre delito y pecado en la tradición penal bajomedieval y moderna. Una propuesta revisionista de la historiografía española, europea y anglosajona*, en *AHDE.*, 87 (2017), pp. 693-756, en particular, pp. 728-731.

de las familias³². De ahí la importancia de los *delitos contra la continencia*³³. Es muy probable que la tesis de este destacado penalista italiano influyera decisivamente en la configuración de los delitos contra la honestidad del Código Penal de las Dos-Sicilias (1819), plasmada y recogida en el título VII, *De los crímenes que turban el orden de las familias*³⁴. Filangieri entendía que el objetivo de las leyes penales no podía ser “formar las costumbres de un pueblo”, pero sí podían —y debían— “contribuir mucho á conservarlas en su pureza”³⁵.

Pacheco, al tratar de los delitos contra la honestidad³⁶, dejó claro que en un país civilizado las leyes en general, y las penales en particular, no podían desentenderse de la moral y de las costumbres porque estas “son el fundamento de la familia”, que es “la condición de la sociedad”³⁷, “base de la sociedad entera”³⁸. De hecho, para Pacheco el Título X sobre los delitos contra la honestidad comprendía “la totalidad de los delitos contra las costumbres”³⁹. Es razonable pensar que los redactores del CPCh 1874, a la vista de estos importantes precedentes normativos y doctrinales, optaron por apartarse del modelo español.

³² FILANGIERI, Cayetan, *Ciencia de la legislación* (traducción de Juan Rivera, Madrid, Imprenta de D. Fermín Villalpando, 1821), 6 tomos, IV (1822), pp. 146-147.

³³ Al respecto, véase FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*, tomo IV, Cap. XLVII, Título VI (Delitos contra la continencia pública), pp. 234-241.

³⁴ Véase el Código Penal de las Dos-Sicilias, en *Colección de Códigos Penales de los Estados Modernos (Código Penal de las Dos-Sicilias, y Código Criminal del Imperio del Brasil)* (Madrid, Imprenta de D. Jose Mares, 1848), I, título VII, *De los crímenes que turban el orden de las familias*, pp. 151-159; sobre la influencia de este código en el español de 1848 y, por ende, en el chileno y peruano, véanse los trabajos de INESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal de Las Dos Sicilias de 1819 como modelo de la codificación penal del siglo XIX en España y su proyección en Latinoamérica. Un viaje de ida y vuelta*, en MASTROBERTI, F. e MASIELLO, G. (a cura di), *Il Codice per lo Regno delle Due Sicilie. Elaborazioni, applicazione e dimensione europea del modello codicistico borbonico* (Napoli, 2020), pp. 545-584; *The influence of the 1819 criminal code of the Two Sicilies upon the Spanish criminal law codification and the parliament of the nineteenth century*, en ROMANO, A. (ed.) *Culture parlamentari a confronto. Modelli della rappresentanza politica e identità nazionali* (Bologna, 2016), pp. 245-269; *The influence exerted by the 1819 Criminal Code of the Two Sicilies upon nineteenth-century Spanish Criminal Law Codification and its projection in Latin America*, en MASFERRER, Aniceto (ed.) *The Western Codification of Criminal Law. A revision of the myth of its predominant French influence* (New York, 2018), pp. 243-278.

³⁵ FILANGIERI, Cayetan, cit. (n. 32), IV, cap. XLVII, título VI (Delitos contra la continencia pública), p. 234; y añadía: “Para lograr este fin, deben castigar los delitos contra la continencia pública y particular, esto es, contra la policía establecida, en el estado sobre el modo con que es permitido gozar de los placeres que dependen del uso de los sentidos y de la unión de los cuerpos” (pp. 234-241).

³⁶ Sobre los delitos contra la honestidad, PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado*⁶ (Madrid, Imprenta y fundición de Manuel Tello, 1888), III, pp. 103-166.

³⁷ *Ibid.*, III, p. 103.

³⁸ *Ibid.*, III, p. 120: “[...] la sociedad conyugal, base de la sociedad entera”.

³⁹ Para un resumen de todos los ‘delitos contra las costumbres’ recogidos en el Código de 1848, véase PACHECO, Joaquín Francisco, cit. (n. 36), III, p. 152; a este respecto, véase la conclusión final del estudio de INESTA PASTOR, Emilia, *The Spanish parliament and woman’s penal condition during the legislative period of 1847-1849*, en DA CRUZ COELHO, M. H; TAVARES RIBEIRO, M. M. (coords.), *Parliaments: The Law, the practice and the presentations. From the Middle Age to the present day* (Lisbon, 2010), pp. 151-160, en particular p. 160.

En cualquier caso, es una pena que en las *Actas* no se recojan los motivos por los cuales se optó apartarse de la rúbrica del texto español. En efecto, el título VII, relativo a los *Delitos contra el orden de las familias i contra la moralidad pública* fue objeto de discusión, en la primera fase de redacción, desde la sesión 66^a a la 76^a (15 de noviembre de 1871 al 26 de abril de 1872)⁴⁰, y en *Revisación*, en las sesiones 160^a y 161^a, los días 25 y 27 de junio de 1873, respectivamente⁴¹, pero no contiene información alguna con respecto a esta opción del legislador chileno.

Este cambio de rúbrica no significa, sin embargo, que el influjo español no sea perceptible. Como ha hecho notar Emilia Iñesta, “sí se refleja la influencia del modelo español en el contenido de los diferentes tipos delictivos y en la sistemática seguida en la regulación de cada uno de los delitos, que comienza por la figura que tenga señalada una pena mayor, prosiguiendo a continuación en un orden decreciente de gravedad, en lugar de seguir el tipo básico, y a continuación a los especiales, privilegiados y calificados”. El lector puede constatar que, salvo lo relativo al “contenido de los diferentes tipos delictivos”⁴², de lo que me ocuparé más adelante, todo lo demás se refiere a aspectos de índole formal, fácilmente comprobables con una lectura comparada de ambos textos. Veamos un par de ejemplos, relativos al adulterio y al amancebamiento. Así reguló el codificador penal español de 1848 estos dos delitos (adulterio y amancebamiento):

Art. 349 CP 1848 (358 CP 1850): *El adulterio será castigado con la pena de prision menor.*

Cometen adulterio la mujer casada que yace con varon que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque despues se declare nulo el matrimonio.

Art. 350 CP 1848 (359 CP 1850): *No se impondrá pena por delito de adulterio, sino en virtud de querrela del marido agraviado.*

Este no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno ú otro vivieren, y nunca si hubiere consentido el adulterio ó perdonado a cualquiera de ellos.

Art. 351 CP 1848 (360 CP 1850): *El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta á su consorte, volviendo á reunirse con ella.*

En este caso se tendrá tambien por remitida la pena al adúltero.

Art. 352 CP 1848 (361 CP 1850): *La ejecutoria en causa de divorcio por adulterio, surtirá sus efectos plenamente en lo penal cuando fuere absolutoria.*

Si fuere condenatoria, será necesario nuevo juicio para la imposicion de las penas.

Art. 353 CP 1848 (362 CP 1850): *El marido que tuviera manceba dentro de la casa conyugal ó fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prisión correccional.*

La manceba será castigada con el destierro

Lo dispuesto en los artículos 350 y 351 es aplicable al caso de que se trate en el presente.

Por su parte, la Comisión redactora del CPCh 1874 reguló este delito como sigue (pongo en cursiva si el texto es literal al español; en subrayado si tan sólo cambia la literalidad; en texto normal si no existe correspondencia alguna con el texto español):

⁴⁰ *Actas*, cit. (n. 17), pp. 131-149.

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 288-292.

⁴² IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno de 1874*, cit. (n. 6), p. 324.

Art. 375 CPCh 1874: *El adulterio será castigado con la pena de reclusión [no de prisión] menor.*

Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio.

Art. 376 CPCh 1874: *No se impondrá pena por delito de adulterio, sino en virtud de querrela del marido agraviado.*

La querrela deberá precisamente iniciarse contra ambos culpables, si uno i otro vivieren; pero en el caso de haber fallecido alguno de ellos o de fallecer después de iniciado el juicio, podrá el ofendido entablarla o continuarla sobre el sobreviviente.

[Compárese con el texto español: Este no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno ú otro vivieren, y nunca si hubiere consentido el adulterio ó perdonado a cualquiera de ellos]

Art. 377 CPCh 1874: *La acción de adulterio prescribe en un año, que principiará a correr desde el día en que el ofendido tuvo noticia del delito; pero en caso de muerte de uno de los culpables, deberá iniciarse en los cuatro meses siguientes a ésta, siempre que este plazo se halle comprendido dentro del año en que, por regla general, prescribe la acción.*

En ningún caso podrá entablarse acción de adulterio después de cinco años, contados desde que se cometió el delito.

Art. 378 CPCh 1874: *Tampoco podrá entablarse acción de adulterio en caso de divorcio perpetuo, por los actos ejecutados mientras éste subsista.*

Art. 379 CPCh 1874: *El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta á su consorte, volviendo á reunirse con ella, extendiéndose al cómplice los efectos de la suspensión o remisión.*

Art. 380 CPCh 1874: *La ejecutoria en causa de divorcio por adulterio, surtirá sus efectos plenamente en lo penal si [en vez 'cuando'] fuere absolutoria. Si fuere condenatoria, será necesario nuevo juicio para la imposición de las penas.*

Art. 381: *El marido que tuviera manceba dentro de la casa conyugal ó fuera de ella con escándalo, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo [en vez de 'la pena de prisión correccional'] i perderá el derecho acusar a su mujer por los adulterios cometidos durante su amancebamiento.*

La manceba sufrirá [en vez de 'será castigada con'] la pena de destierro en cualquiera de sus grados.

Lo dispuesto en los artículos 376 y 377, 378 i 379 es aplicable al presente [en vez de 'al caso de que se trate en el presente'].

Como puede verse —y al margen de su contenido sustantivo—, el codificador chileno siguió, en buena medida, el estilo del texto español, y resulta patente que se inspiró en él al redactar estos preceptos del código desde una perspectiva estrictamente formal, sin que eso le impidiera apartarse cuando así lo estimara oportuno. A este respecto, la opción por una rúbrica distinta, como es la de *Crímenes i simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública*, a diferencia de la española (*Delitos contra la honestidad*), persiguiendo de este modo la protección de un bien jurídico colectivo y superior, el del orden familiar y la moralidad pública, a diferencia del español (*honestidad*), muestra a las claras la libertad y autonomía del codificador penal chileno.

b) influencia sustantiva. Sus concordancias

Es en el contenido sustantivo de los artículos de ese título donde la influencia del texto penal español se refleja de un modo más claro. Al contrastar el texto chileno de 1874 con el español de 1848/50, transcribiré aquél (no éste), resaltando en cursiva si el texto es literal al español, en subrayado si tan sólo cambia la literalidad pero mantiene el contenido, y en texto normal si apenas existe correspondencia con el texto español.

Rapto

La Comisión no se ocupó mucho del contenido recogido en el párrafo relativo al rapto (§ IV. Rapto). En concreto, su discusión se inició en la sesión 70ª, de 6 de abril de 1872⁴³, en la que quedó aprobado el art. 345. En la siguiente sesión, la 71ª, de 10 de abril de 1872⁴⁴, se terminó con la regulación del rapto (arts. 346 y 347) y se inició el examen del delito de violación del art. 348⁴⁵. En la versión finalmente aprobada, los tres artículos reguladores del rapto fueron 358, 359 y 360 CPCh 1874. Veamos cada uno de estos tres preceptos, empleando los colores comparándolos con el texto español (cursiva, copia literal; subrayado, alteración sobre la base del texto español; texto normal, ajeno al texto español):

Art. 358 CPCh 1874 (art. 358 CPE 1848/ art. 368 CPE 1850)

El rapto de una mujer de buena fama ejecutado contra su voluntad i con miras deshonestas, será penado con presidio menor en su grado máximo a mayor en su grado mínimo [en vez de ‘cadena temporal’]. Cuando no gozare de buena fama, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados.

En todo caso se impondrá la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio si la robada fuere menor de 12 años [en vez de imponer la ‘misma pena’, como hace el texto español]
Art. 359 CPCh 1874 (art. 359 CPE 1848/ art. 369 CPE 1850)

El rapto de una doncella menor de veinte [en vez de veintitres] i mayor de doce años, ejecutado con su anuencia, será castigado con presidio menor [‘prisión menor’] en cualquiera de sus grados.
Art. 360 CPCh 1874 (art. 359 CPE 1848/ art. 369 CPE 1850)

Los reos de delito de rapto que no dieren razón del paradero de la persona robada, o explicaciones satisfactorias sobre su muerte o desaparición, incurrirán en la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados [en vez de ‘cadena perpetua’].

Como puede constatarse, la influencia del texto español queda fuera de toda duda. Los comentaristas se ocuparon de estos preceptos⁴⁶, pero sus aportaciones son más bien escasas, limitándose a recoger unas correspondencias o concordan-

⁴³ *Actas*, cit. (n. 17), pp. 137-138.

⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 138-140.

⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 138-139.

⁴⁶ FUENSALIDA, Alejandro, cit. (n. 12), III, 4º Rapto (arts. 358-360) (pp. 25-31); LAZO, Santiago, cit. (n. 13), 4º Rapto (arts. 358-360) (pp. 554-558) (pp. 283-285); VERA, Robustiano, cit. (n. 14), 4º Rapto (arts. 358-360) (pp. 554-558).

cias que saltan a la vista con la mera lectura de los textos⁴⁷. Lazo también recogió la jurisprudencia suscitada en la aplicación de algunos preceptos, información sin duda valiosa, pero que poco nos aporta con respecto al estudio de la influencia española en la configuración normativa de estos preceptos⁴⁸.

Violación

Como se ha dicho, en la sesión 71^a, de 10 de abril de 1872, la Comisión terminó con la regulación del rapto e inició el examen del delito de violación del art. 348⁴⁹. Tampoco parece que invirtiera mucho tiempo en la redacción de los dos artículos de que se compone el § V. *De la violación*, arts. 361 y 362 CPCh 1874. Más tiempo llevó el tratamiento de esta clase de delito en la fase de *Revisación*, donde se discutió —en la sesión 160^a, 25 de junio de 1873— la conveniencia de la expresión “con miras deshonestas” (que provenía del CP 1848/50), porque el art. 861, a juicio del señor Gandarillas, “no indica si en ellas se comprenden la violación o el estupro que pueden resultar del rapto o si estos delitos deben tener pena aparte cuando concurren con aquel”. Según el señor Altamirano, “al castigar el rapto se castigaban también esos actos indicados por el señor Gandarillas i que son por lo regular una consecuencia de él; de manera que en tal caso se impondría solo una pena, la del rapto, haya o no violación, pues esta fue la mente que se tuvo al acordar estas disposiciones”⁵⁰.

En cualquier caso, así quedaron los dos artículos relativos a la violación, en comparación con el texto español:

Art. 361 CPCh 1874 (art. 354 CPE 1848/ art. 363 CPE 1850)

La violación de una mujer será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio [en vez de ‘cadena temporal’].

Se comete violación yaciendo con la mujer de alguno de los casos siguientes:

1º. *Cuando se usa de fuerza o intimidación.*

2º. *Cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido por cualquier causa.*

⁴⁷ FUENSALIDA, Alejandro, en sus *Concordancias y comentarios del Código penal chileno*, cit. (n. 12), III, señala que los arts. 358 y 359 CPCh 1874 concuerdan con los arts. 368 y 369 CPE 1850 (pp. 24-29), mientras que el art. 360 CPCh 1874 concuerda con el art. 370 CPE 1850 (pp. 29-31); LAZO, Santiago, en *Los Códigos Chilenos Anotados*, cit. (n. 13), señala lo mismo, esto es, que el art. 358 CPCh 1874 concuerda con el art. 368 CPE 1850 (pp. 554-557), y trae su origen en el mismo precepto (p. 283); que el art. 359 CPCh 1874 concuerda con el art. 369 CPE 1850 (pp. 557-558), y trae su origen en el mismo precepto (p. 284); y que el art. 360 CPCh 1874 concuerda con el art. 370 CPE 1850 (p. 558), y trae su origen en el mismo precepto (p. 285); por su parte, VERA, Robustiano, es todavía más escueto y no recogió concordancia alguna en su *Código Penal de la República de Chile, comentado*, cit. (n. 14), p. 558.

⁴⁸ Así, por ejemplo, LAZO, Santiago, en *Los Códigos Chilenos Anotados*, cit. (n. 13), al tratar del art. 358 CPCh 1874, concuerda con el art. 368 CPE 1850 (pp. 554-557), en el apartado relativo a la jurisprudencia, señala: “1. El hecho deshonesto cometido con la raptada está comprendido en el delito de rapto, por lo cual no puede penarse separadamente: Sup. 8 Jun 1876 (Gac. 1876, p. 520, s. 1042). [...] 3. Fallando la violencia, la seducción o el engaño respecto de la mujer mayor de 12 años, elementos constitutivos del rapto, no puede darse por establecido este delito: Ap. Tacna 8 Jun 1911 (Gac. 1911, t.1, p. 777, s. 452)” (p. 284).

⁴⁹ *Actas*, cit. (n. 17), pp. 138-139.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 289.

3°. Cuando sea menor de doce años cumplidos, aun cuando no concorra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

Art. 362 CPCh 1874 (art. 374 CPBe 1867)

Los delitos de que trata este párrafo se consideran consumados desde que hay principio de ejecución.

Como puede observarse, tanto la influencia española del art. 361 es absoluta. También lo es el influjo belga en el art. 362, como recogen los comentaristas al ocuparse de ambos preceptos⁵¹ y recogen sus concordancias⁵². Lazo también recogió algo de jurisprudencia, que no afecta tanto a la posible influencia española en la configuración normativa de estos preceptos, como a la clarificación de algunos elementos del tipo delictivo en su concreta aplicación⁵³. Por su parte, se preguntaba Vera por qué el delito de violación se castiga con mayor gravedad que los delitos de rapto, estupro y adulterio. A su juicio, esto se debía a que “la violación comprende en sí un delito contra la honestidad i un ataque contra la persona”⁵⁴.

Estupro, incesto, corrupción de menores i actos deshonestos

El párrafo (§) VI, titulado *Del estupro, incesto, corrupción de menores y otros actos deshonestos*, consta de cinco artículos, siendo por tanto uno de los §§ más extensos del título VII. En la sesión 71ª, de 10 de abril de 1872, tras concluir la regulación del rapto (arts. 346 y 347) y de la violación del art. 348⁵⁵, la Comisión empezó a discutir el § relativo al “estupro i la corrupción de menores”⁵⁶.

⁵¹ FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias y comentarios del Código penal chileno*, cit. (n. 12), III, 5º) De la violación (arts. 361-362) (pp. 31-35); LAZO, Santiago, *Los Códigos Chilenos Anotados*, cit. (n. 13), 5º) De la violación (arts. 361-362) (pp. 559-561) (pp. 285-286); VERA, Robustiano, cit. (n. 14), *Código Penal de la República de Chile, comentado*, 5º) De la violación (arts. 361-362) (pp. 559-561).

⁵² FUENSALIDA, Alejandro, en sus *Concordancias y comentarios del Código penal chileno*, cit. (n. 12), III, señala que art. 361 CPCh 1874 concuerda con el art. 363 CPE 1850 (pp. 32-34) y el art. 362 CPCh 1874 concuerda con el art. 374 CPBe 1867 (pp. 34-35); LAZO, Santiago, en *Los Códigos Chilenos Anotados*, cit. (n. 13), señala lo mismo, esto es, que el art. 361 CPCh 1874 concuerda con el art. 363 CPE 1850 (pp. 559-561), y trae su origen en el mismo precepto en todo salvo en la pena (p. 286), y el art. 362 CPCh 1874 concuerda con el art. 374 CPBe 1867 (p. 561), y trae su origen en el mismo precepto (p. 286); por su parte, VERA, es todavía más escueto y no recogió concordancia alguna en su *Código Penal de la República de Chile, comentado*, cit. (n. 14), p. 561.

⁵³ Así, por ejemplo, LAZO, Santiago, en *Los Códigos Chilenos Anotados*, cit. (n. 13), p. 286, al ocuparse del art. 361 CPCh 1874, en el apartado relativo a la jurisprudencia, señala: “2. Comete violación el que trata de efectuar acto carnal con una mujer mientras está dormida: Ap. Concepción 30 May 1911 (Gac. 1911, t.1, p. 689, s. 308)” (p. 286).

⁵⁴ VERA, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile, comentado*, cit. (n. 14), p. 559.

⁵⁵ *Actas*, cit. (n. 17), pp. 138-139.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 139: “Discutido el párrafo 4 que castiga ‘el estupro y la corrupción de menores’, se acordó modificar su epígrafe diciendo: ‘Del estupro, incesto, sodomía, de otros delitos deshonestos y de la corrupción de menores’, en atención a que el concubito de parientes dentro del grado prohibido tiene el nombre especial de incesto, y que convenía incluir en este párrafo, por su analogía con las otras materias de qué trata, los abusos deshonestos y la sodomía, no mencionados en el proyecto original. Se suscitó dudas sobre si debía o no pensarse el delito de bestialidad, y el señor Ibáñez manifestó que en su concepto convenía no tomarlo en cuenta en el presente Código, tanto por la rareza de su perpetración, cuanto porque no hay peligro de que se extienda su contagio i llegue a ser una plaga en la sociedad, como sucede con la sodomía.

En esta misma sesión se aprobaron los arts. 346-354, el último relativo a los abusos deshonestos. Veamos a continuación el contenido de estos preceptos y sus influencias:

Art. 363 CPCh 1874 (estupro) (art. 356.3 CPE 1848/ art. 366.3 CPE 1850)

El estupro de una doncella, mayor de doce años i menor de veinte, interviniendo engaño, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados [en vez de ‘prisión correccional’]

Art. 364 CPCh 1874 (incesto) (art. 356.2 CPE 1848/ art. 366.2 CPE 1850)

En igual pena incurrirá el que, conociendo las relaciones que lo ligan, cometiera incesto con una ascendiente o descendiente por consanguinidad legítima o ilegítima o afinidad legítima o con un hermano consanguíneo legítimo o ilegítimo, aunque sea mayor de veinte años.

Art. 365 CPCh 1874 (sodomía) (art. 113.1 CPAs 1803)

El que se hiciese reo del delito de sodomía sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio.

Art. 366 CPCh 1874

El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo mayor de doce años y menor de veinte [en vez de ‘veintitres’], será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Si concurriere alguna de las circunstancias espresadas en el art. 361, se estimará como agravante del delito, aun cuando sea mayor de veinte años [en vez de ‘veintitres’] la persona de quien se abusa.

Art. 367 CPCh 1874 (corrupción de menores) (art. 357 CPE 1848/ art. 367 CPE 1850)

El que, habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere u facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados i multa de ciento a cinco mil pesos [en vez de ‘prisión correccional’]

Como puede observarse, la influencia española de estos artículos es notable, como señalan los comentaristas al ocuparse ellos⁵⁷ y recoger sus concordancias⁵⁸.

Además, si el hecho se verificara produciendo escándalo, esta circunstancia hará que se imponga la pena designada en el lugar correspondiente para el escándalo⁵⁹.

⁵⁷ FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias y comentarios del Código penal chileno*, cit. (n. 12), III, 6º ‘Del estupro, incesto, corrupción de menores i otros actos deshonestos’ (arts. 363-367) (pp. 36-49); LAZO, Santiago, en *Los Códigos Chilenos Anotados*, cit. (n. 13), 6º ‘Del estupro, incesto, corrupción de menores i otros actos deshonestos’ (arts. 363-367) (pp. 561-567) (pp. 286-289); VERA, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile, comentado*, cit. (n. 14), 6º ‘Del estupro, incesto, corrupción de menores i otros actos deshonestos’ (arts. 363-367) (pp. 561-567).

⁵⁸ FUENSALIDA, Alejandro, en sus *Concordancias y comentarios del Código penal chileno*, cit. (n. 12), III, señala que el art. 363 CPCh 1874 (estupro) concuerda con el art. 366 CPE 1850 (pp. 36-38), el art. 364 CPCh 1874 (incesto) concuerda con el art. 366.2 CPE 1850 (pp. 38-40), el art. 365 CPCh 1874 (sodomía) concuerda con el art. 113.1 CP austriaco (pp. 40-42), el art. 366 CPCh 1874 (abusos deshonestos) concuerda con los arts. 365 y 366 CPE 1850 (pp. 42-45), y el art. 367 CPCh 1874 (corrupción de menores) concuerda con el art. 367 CPE 1850 (pp. 46-49); el art. 363 CPCh 1874 (estupro) concuerda con el art. 366 CPE 1850 (pp. 561-563), y trae su origen en el mismo precepto (p. 286); para LAZO, Santiago, *Los códigos chilenos anotados*, cit. (n. 13), el art. 364 CPCh 1874 (incesto) concuerda con el art. 366.2 CPE 1850 (pp. 563-564), y trae su origen en el mismo precepto (p. 287); el art. 365 CPCh 1874 (sodomía) concuerda con

Todos los artículos de este párrafo reflejan una notable influencia del texto penal español de 1850, salvo el art. 365 CPCh 1874, que concuerda con el art. 113.1 CPAu 1803, aunque el comentarista Santiago Lazo no consignó —o no se atrevió a consignar— que fuera éste su origen⁵⁹.

Respecto al art. 363 CPCh 1874, relativo al delito de estupro, al recoger la jurisprudencia suscitada por la aplicación de este precepto —que concuerda y trae origen en el art. 366 CPE 1850⁶⁰—, también Lazo recoge una sentencia que considera el engaño como circunstancia esencial del delito⁶¹.

En relación al art. 364 CPCh 1874, relativo al incesto, el comentarista Vera recogió, como su precedente, una ley de Partidas, explicando que la extensión o alcance del castigo es menor que en el texto alfonsino⁶².

El art. 365 CPCh 1874, relativo al delito de sodomía —y que concuerda con el art. 113.1 CP austriaco—, fue objeto de comentarios por parte de algunos penalistas. Fuensalida, por ejemplo, al mostrar sus reparos con respecto a su penalización, hace gala del conocimiento que tiene de la vigencia de este delito en el entonces existente panorama del Derecho comparado⁶³.

el art. 113.1 CP austriaco (pp. 563-564), aunque no recogió el origen de este precepto; el art. 366 CPCh 1874 (abusos deshonestos) concuerda con los arts. 365 y 366 CPE 1850 (pp. 564-565), aunque Lazo tan sólo mencionó el art. 365 como origen (p. 288); y el art. 367 CPCh 1874 (corrupción de menores) concuerda con el art. 367 CPE 1850 (pp. 565-567), y trae su origen en el mismo precepto en todo salvo en la pena (p. 289); por su parte, véanse los comentarios de VERA, Santiago, en su *Código Penal de la República de Chile, comentado*, cit. (n. 13), sobre el art. 363 CPCh 1874 (estupro), pp. 561-563; art. 364 CPCh 1874 (incesto), pp. 563-564; art. 365 CPCh 1874 (sodomía), pp. 563-564; art. 366 CPCh 1874 (abusos deshonestos), pp. 564-565; y art. 367 CPCh 1874 (corrupción de menores), pp. 565-567.

⁵⁹ LAZO, Santiago, *Los Códigos Chilenos Anotados*, cit. (n. 13), pp. 563-564.

⁶⁰ *Ibíd.*, pp. 286, 561-563.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 287: “1. En el estupro, el engaño es una circunstancia esencial sin el cual el delito no existe: Ap Tacna, 8 Jun 1911 (Gac 1911, t. 1, p. 777, s. 452)”.

⁶² VERA, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile, comentado*, cit. (n. 14), p. 563; al tratar el art. 364 CPCh 1874, relativo al incesto (pp. 563-564), recogió su precedente en Partidas 7, 18, 1 (p. 563).

⁶³ FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias y comentarios del Código Penal chileno*, cit. (n. 12), III, p. 41: “Muchos códigos modernos han borrado estas acciones del catálogo de los crímenes considerando que, por más abominables que sean, no reúne los requisitos necesarios. Éstos gravísimos pecados, en efecto, se verifican privadamente, sin escándalo de terceros, sin violación de un derecho, sin alarma ni daño social punible; y para perseguirlos es menester penetrar en la vida íntima de las personas y descorder el velo que cubre estas miserias humanas, causando escándalo, alarma y un daño verdadero. Por estas causas la bestialidad ha sido borrada aún del Código Penal de esta nación chilena que tanto se distingue por su carácter conservador; y si la sodomía se mantiene como crimen en algunas legislaciones, en otras o no tiene penas o solo se castiga cuando concurren circunstancias especiales que por sí solas son punibles: así los códigos de Francia y de Bélgica no la castigan en ningún caso; los de España y el proyecto del Código Penal Peruano solo cuando se usa de alguno de los medios que constituyen la violación, o si el acto deshonesto recae sobre una persona menor de 12 años, o de 20 interviniendo además de engaño [arts. 365-366 CPE 1850; arts. 454-455 CPE 1870, art. 490 proyecto Peruano]; y el de Italia exige violencia o escándalo [art. 425]. Solamente las leyes de Inglaterra y los códigos de Austria y de Prusia, entre las naciones europeas, castigan la simple sodomía: las primeras

Bien distinto era el parecer –sobre este mismo precepto– de Vera, quien consideraba sumamente conveniente la persecución y castigo de esta clase de conductas para así “librar a la sociedad de esta plaga”⁶⁴.

Respecto al art. 366 CPCh 1874, relativo a los abusos deshonestos –en concordancia con los arts. 365 y 366 CPE 1850–, Vera justificaba su necesidad, habida cuenta de que “no es posible que un código abrace en todos los casos en que se puede cometer un delito”. Esto explica por qué este precepto establece “reglas generales que pueden aplicarse a hechos no previstos y penados expresamente”⁶⁵.

Por otra parte, este artículo tiene reminiscencias en varios códigos españoles. La expresión “*El que abusare deshonestamente*” ya aparecía en el art. 688 CP 1822 (“*El que abuse deshonestamente de una muger no ramera conocida como tal*”). El texto de 1848 amplió el contenido del de 1822, incluyendo no sólo el citado artículo, sino también el que castiga “*El que abusare deshonestamente de persona de uno ú otro sexo*” (art. 355 CP 1848; 363 CP 1850). Este precepto adquirió, con el paso del tiempo, tanta importancia que el CP 1870 optó por reflejarlo en el contenido de la rúbrica (*Violación y abusos deshonestos*).

Sobre el art. 367 CPCh 1874, relativo a la corrupción de menores –cuyo origen y concordancia se encuentran en el art. 367 CPE 1850–, Lazo aportó una interesante sentencia que arroja luz sobre la prueba de su comisión⁶⁶.

con la pena de muerte, el segundo con prisión que no sube un año [art. 111] y el tercero con la misma prisión hasta por cuatro años [Párrafo 143]”.

⁶⁴ VERA, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile, comentado*, cit. (n. 14), p. 564: “Este delito se califica de público y se puede pesquisar de oficio. Es más frecuente donde hay aglomeración de hombres y escasez de mujeres. No es raro por esto encontrarlo en las cárceles o lugares de detención, cuarteles, colegios, etc. Este es un vicio tan perverso que trae una muerte prematura, arruina la inteligencia y degrada en extremo a la persona que se apodera de él, por eso conviene que la pena sea un tanto severa para combatirlo do quiera que se presente y librar a la sociedad de esta plaga maldita por Dios”.

⁶⁵ VERA, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile, comentado*, cit. (n. 14), pp. 564-565: “Como no es posible que un código abrace en todos los casos en que se puede cometer un delito, se necesita establecer reglas generales que pueden aplicarse a hechos no previstos y penados expresamente. Es por esto que este artículo comprende todos los actos que ofendan del pudor o las buenas costumbres y que causen escándalos de trascendencia. Es más bien este artículo complemento del anterior, porque se refiere a actos que llamaremos son los místicos y a los cuales se arrastra a la persona con quien se cometen abiertos de cierta superioridad o respeto que merece el hecho. Por ejemplo, un maestro que obligue a un discípulo a que se preste para actos torpes y escandalosas; un superior en un convento o seminario, un rector de colegio, un guardador de presos, una directora de un colegio superior de un monasterio. Cuando estos actos se ejecutan por fuerza, intimidación o se priva del sentido de la razón a la persona con quien se cometen, aunque sean mayores de edad, tales circunstancias son agravantes del delito, lo que por cierto conviene no olvidar al aplicar el castigo del culpable”.

⁶⁶ LAZO, Santiago, *Los Códigos Chilenos Anotados*, cit. (n. 13), p. 289: “Ap. Valparaiso, 9 Nov 1912, con un voto en contra (Gac. 1912, t. 2, p. 750, s. 1145)”; recogemos aquí sus palabras: “Bastan, para comprobar que un individuo incurre en el delito penado en este artículo, las circunstancias de que tenga un prostíbulo abierto al público y de que haya ejecutado sucesivamente diversos actos para facilitar la prostitución de tres mujeres menores de edad”.

c) disposiciones comunes a los delitos ya regulados (rapto, violación, estupro, sodomía, abusos deshonestos y corrupción de menores)

También el texto penal chileno recurrió a un párrafo —o capítulo en el caso español— para recoger algunos aspectos comunes a los *delicta carnis* ya regulados (§ VI. *Disposiciones comunes a los tres párrafos anteriores*). La diferencia con el modelo español es clara, al no recogerse —en el texto chileno— este párrafo al final del título, excluyéndose por tanto de su alcance las disposiciones de los dos últimos párrafos, es decir, las relativas a los *Ultrajes públicos a las buenas costumbres* y al *adulterio*. No sé a qué respondería ese modo de proceder, cuya explicación o justificación tampoco aparece en las *Actas*.

Sí recogen las *Actas*, en su fase de *Revisación* y, más en concreto, en la sesión 160ª, 25 de junio de 1873, algunas discusiones en torno a algunos de estos preceptos comunes. Así, por ejemplo, respecto al art. 369 CPCh 1874, relativo al modo de iniciarse los procedimientos tras la comisión de algunos delitos, como el rapto, la violación y el estupro, los cuales, a juicio de un miembro de la Comisión, deberían seguir la regla de otros delitos como adulterio o las injurias, esto es, sólo cuando hubiera “denuncia o a instancias de la parte ofendida”. No era este el parecer de otro miembro de la Comisión, al entender que como “el rapto, la violación, y el estupro, son delitos muy graves y que comprometen el sosiego público, [...] no sería prudente dejar su persecución a la sola iniciativa de los ofendidos”. Otro miembro sostenía, por su parte, que “el rapto debería perseguirse de oficio porque ocasiona mayor escándalo i alarma, pero que la violación y el estupro pueden sin inconvenientes quedar dependientes de la denuncia de la perjudicada”⁶⁷.

La disparidad de pareceres entre los miembros de la Comisión era notable y el acuerdo arduo, por lo que tuvo que dejarse este punto para la sesión siguiente, la 161ª, de 27 de junio de 1873, en la que, tras una breve discusión, sí quedó aprobada la versión definitiva del mencionado artículo⁶⁸.

Ante la escasez de información proporcionada por las *Actas*, veamos ahora el contenido de estos cinco artículos y su posible procedencia, merced a una lectura comparada de los preceptos y las aportaciones de los comentaristas del CPCh 1874:

Art. 368 CPCh 1874 (art. 377 CPBe 1867)

Si el rapto, la violación, el estupro, la sodomía, los abusos deshonestos o la corrupción de menores han sido cometidos por autoridad pública, sacerdote, guardador, maestro, criado o encargado por cualquier título de la educación, guarda u curación de la persona ofendida o prostituida, se impondrá al reo la pena señalada al delito en su grado máximo.

Art. 369 CPCh 1874 (art. 361 CPE 1848/ art. 371 CPE 1850/ art. 463 CPE 1870)

No puede procederse por causa de estupro sino a instancia de la agraviada o de sus padres, abuelos o guardadores [en vez de ‘tutores’]

⁶⁷ *Actas*, cit. (n. 17), p. 290.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 291.

Para proceder en las causas de violación y de rapto se necesita, a lo menos, la denuncia hecha a la justicia por la persona interesada, por sus padres, abuelos o guardadores, aunque no formalicen instancia.

Si la persona agraviada, a causa de su edad o estado moral, no pudiera hacer por sí misma la acusación o denuncia, ni tuviere padres, abuelos o guardadores, o teniéndolos se hallaren imposibilitados o complicados en el delito, podrá el ministerio público entablar la acusación.

En todo caso se suspende el procedimiento o se remite la pena casándose el ofensor con la ofendida.

No produce estos efectos la proposición de matrimonio desechada por la ofendida, por la persona que debe prestar su consentimiento para el acto o por el juez en su caso, o cuando no pueda verificarse el matrimonio por impedimento legal.

Art. 370 CPCh 1874 (art. 362 CPE 1848/ art. 372 CPE 1850/ art. 464 CPE 1870)

Los reos de violación, estupro o rapto serán también condenados por vía de indemnización:

1°. A dotar a la ofendida si fuera soltera o viuda.

2°. A dar alimentos congruos a la prole que, según las reglas legales, fuere suya.

(no se recogió el tercer supuesto del modelo español: ‘2° A reconocer la prole, si la calidad de su origen no lo impidiere’)

Art. 371 CPCh 1874 (art. 363 CPE 1848/ art. 373 CPE 1850/ art. 465 CPE 1870)

Los ascendientes, guardadores, maestros i cualesquiera personas que con abuso de autoridad o encargo cooperaren como cómplices a la perpetración de los delitos comprendidos en los tres párrafos precedentes, serán penados como autores.

Los maestros o encargados en cualquier manera de la educación o dirección de la juventud, serán además condenados a inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio.

Art. 372 CPCh 1874 (art. 364 CPE 1848/ art. 374 CPE 1850/ art. 466 CPE 1870)

Los comprendidos en el artículo precedente i cualesquiera otros reos de corrupción de menores en intereses de terceros, serán también condenados a las penas de interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oídos como parientes en los casos que la lei designa, y de sujeción a la vijilancia de la autoridad por el tiempo que el tribunal determine.

Como puede observarse, salvo el art. 368 CPCh 1874, el resto fueron redactados en base al texto penal español de 1850, como señalan los comentaristas al ocuparse ellos⁶⁹ y recoger sus concordancias⁷⁰. Así, pues, la gran mayoría de los

⁶⁹ FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias y comentarios del Código penal chileno*, cit. (n. 12), III, 7°) ‘Disposiciones a los tres párrafos anteriores’ (arts. 368-372) (pp. 50-58); LAZO, Santiago, *Los Códigos Chilenos Anotados*, cit. (n. 13), 7°) ‘Disposiciones a los tres párrafos anteriores’ (arts. 368-372) (pp. 567-573); VERA, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile, comentado*, cit. (n. 14), 7°) ‘Disposiciones a los tres párrafos anteriores’ (arts. 368-372) (pp. 567-573).

⁷⁰ FUENSALIDA, Alejandro, en sus *Concordancias y comentarios del Código penal chileno*, cit. (n. 12), III, señala que el art. 368 CPCh 1874 concuerda con el art. 377 CPB 1867 (pp. 50-52), el art. 369 CPCh 1874 concuerda con el art. 371 CPE 1850 (pp. 52-54), el art. 370 CPCh 1874 concuerda con el art. 372 CPE 1850 (pp. 54-55) y los arts. 371-372 CPCh 1874 concuerdan con los arts. 373-374 CPE 1850 (pp. 55-58); para LAZO, Santiago, *Los Códigos Chilenos Anotados*, cit. (n. 13), el art. 368 CPCh 1874 concuerda con el art. 377 CPB 1867 (pp. 567-568) y trae su origen en

artículos de este párrafo reflejan una notable influencia del texto penal español de 1850, salvo el art. 368 CPCh 1874, que concuerda con el art. 377 CPBe 1867 y hunde sus raíces en este artículo del Código belga, como consigna Santiago Lazo en sus comentarios⁷¹.

Sobre el art. 369 CPCh 1874, probablemente el más relevante de este párrafo, también Lazo recoge una sentencia que vino a clarificar qué debía entenderse por denuncia por parte de la ofendida en los delitos de violación. Según la doctrina jurisprudencial, “la confesión y declaración prestadas ante la justicia por la ofendida, es suficiente denuncia del delito de violación, para que pueda proceder la justicia”⁷².

d) ultrajes públicos a las buenas costumbres

La sesión 73^a, de 20 de abril de 1872, se ocupó del párrafo 8, *De los ultrajes públicos a las buenas costumbres*.⁷³ Así quedó el contenido de los dos artículos de este párrafo (§ VIII. *De los ultrajes públicos a las buenas costumbres*):

Art. 373 CPCh 1873 (art. 365 CPE 1850; arts. 383-384 CPBe 1867)

Los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de gran [en vez de ‘grave’] escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código, sufrían la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

Art. 374 CPCh 1873 (no hay influencia alguna del legislador español)

El que vendiere, distribuyere o exhibiere canciones, folletos u otros escritos, impresos o no, figuras o estampas contrarios a las buenas costumbres, será condenado a las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de ciento a trescientos pesos.

En las mismas penas incurrirá el autor del manuscrito, de la figura o de la estampa o el que hubiere reproducido por un procedimiento cualquiera que no sea la imprenta.

Como puede observarse, el primer artículo (art. 373 CPCh 1874) fue redactado en base al texto penal español (art. 365 CPE 1850), mientras que el segundo

el mismo precepto (p. 289), el art. 369 CPCh 1874 concuerda con el art. 371 CPE 1850 (pp. 568-570) y trae su origen en el mismo precepto (p. 290), el art. 370 CPCh 1874 concuerda con el art. 372 CPE 1850 (pp. 570-571) y trae su origen en el mismo precepto (p. 292) y los arts. 371-372 CPCh 1874 concuerdan con los arts. 373-374 CPE 1850 (pp. 571-572) (pp. 572-573) y traen su origen en los mismos preceptos (p. 293); por su parte, véanse los comentarios de VERA, Robustiano, en su *Código Penal de la República de Chile, comentado*, cit. (n. 14), sobre el art. 368 CPCh 1874, pp. 567-568; art. 369 CPCh 1874, pp. 568-570; art. 370 CPCh 1874, pp. 570-571, arts. 371-372 CPCh, pp. 571-573.

⁷¹ LAZO, Santiago, *Los Códigos Chilenos Anotados*, cit. (n. 13), pp. 289, 567-568.

⁷² *Ibíd.*, p. 291; al analizar el art. 371 CPE 1850 (pp. 568-570).

⁷³ *Actas*, cit. (n. 17), pp. 142-144.

(art. 374 CPCh 1874) procede del texto belga (arts. 383-384 CPBe 1867), como señalan algunos comentaristas al ocuparse ellos⁷⁴ y muestran sus concordancias⁷⁵.

Al comentar el art. 373 CPCh 1874, recoge Lazo varias sentencias judiciales relativas al delito de bestialidad⁷⁶. Lo mismo hizo al analizar el art. 374 CPCh 1874, que, además hundir sus raíces –según Lazo– en los arts. 383-384 CPBe 1867⁷⁷, fue objeto de una notable doctrina jurisprudencial a fin de cubrir diversos modos de divulgar escritos, figuras o estampas contra las buenas costumbres⁷⁸.

Según el parecer de Vera, el art. 373 CPCh 1874 fue concebido como una regla general que permitiera castigar “a todos ellos cuando en alguna de las disposiciones de este código no estuvieran comprendidos expresamente”, porque resulta imposible “prever todos los delitos que se puedan cometer contra el pudor o las buenas costumbres con hechos de gran escándalo o de trascendencia para la sociedad i en contra de la moral”. Aunque el precepto nada recogía expresamente sobre el delito de bestialidad, podía “caer bajo la represión penal de este artículo y nuestros tribunales así lo han declarado más de una vez en diversas sentencias”. A diferencia del bestialismo –sobre el que abundaban sentencias condenatorias– Vera afirmaba no haber visto una sola sentencia condenatoria por el delito de sodomía, pese a ser una “plaga social”. Esto se debe –consignaba este autor– a “las precauciones que toman los culpables para no ser descubiertos y por lo vergonzoso de este vicio”⁷⁹. Por otra parte, el art. 374 CPCh 1874 también resultaba particularmente necesario –a juicio del mismo jurista– a fin de salvaguardar el “corazón de juventud” y toda la sociedad frente a “libros o folletos obscenos y que, por lo tanto, hieren directamente a la moral, como así mismo las figuras o

⁷⁴ FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias y comentarios del Código penal chileno*, cit. (n. 12), III, 8º) ‘De los ultrajes públicos a las buenas costumbres’ (arts. 373-374) (pp. 58-62); LAZO, Santiago, *Los Códigos Chilenos Anotados*, cit. (n. 13), 8º) ‘De los ultrajes públicos a las buenas costumbres’ (arts. 373-374) (pp. 573-575) (pp. 293-295); VERA, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile, comentado*, cit. (n. 14), 8º) ‘De los ultrajes públicos a las buenas costumbres’ (arts. 373-374) (pp. 573-575).

⁷⁵ FUENSALIDA, Alejandro, en sus *Concordancias y comentarios del Código penal chileno*, cit. (n. 12), III, señala que los arts. 373-374 CPCh 1874 concuerdan con los arts. 364 CPE 1850 y 383-384 CPB 1867 (pp. 58-62); para LAZO, Santiago, *Los Códigos Chilenos Anotados*, cit. (n. 13), los arts. 373-374 CPCh 1874 concuerda con los arts. 364 CPE 1850 y 383 CPB 1867 (pp. 573-574), y traen su origen en los mismos preceptos (p. 293); por su parte, véanse los comentarios de VERA, Robustiano, en su *Código Penal de la República de Chile, comentado* cit. (n. 14), sobre los arts. 373-374 CPCh, pp. 573-574; conviene advertir, sin embargo, que el art. 373 CPCh no procede del art. 364 CPE 1850, sino de la literalidad del art. 365 CPE 1850, un error en el que curiosamente incurrieron todos los comentaristas chilenos que he podido consultar.

⁷⁶ LAZO, Santiago, *Los Códigos Chilenos Anotados*, cit. (n. 13), pp. 293-294: “1. La bestialidad cometida con escándalo es punible conforme a esta disposición: Ap. Serena 2 Dic 1881 (Gac. 1881, p. 1419, s. 2556; Ap. Santiago 7 Ab. 1890 (Gac. 1890, t.1, p. 370, s. 771; Ap. Valparaíso 11 Sep 1894 (Gac. 1894, t.2, p. 589, s. 2334). 2. Una bestialidad sin grave escándalo no está comprendida en la penalidad de este artículo: Sup. 2 Jul 1875, con dos votos en contra que la estiman siempre punible (Gac. 1875, p. 656, s. 1444); Sup. 4 Jun 1890 (Gac. 1890, t.1, p. 1314, s. 2470); Ap. Iquique 8 May 1899 (Gac. 1899, t.1, p. 525, s. 609)”.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 204.

⁷⁸ *Ibíd.*, pp. 294-295.

⁷⁹ VERA, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile, comentado*, cit. (n. 14), pp. 573-574.

estampas contrarias a las buenas costumbres”. Se pretendía de este modo “evitar este perjuicio y cortar el escándalo que esto produce en las familias”⁸⁰.

Tan evidente es la influencia del texto belga (arts. 383-384 CPBe 1867) en la redacción del art. 374 CPCh 1874, como el del texto español (art. 365 CPE 1850, no el 364 –como afirmaron erróneamente varios comentaristas–) al art. 373 CPCh 1874.

Veamos a continuación el tenor literal del art. 365 CPE 1850, que a su vez pasaría –con escasas modificaciones– al art. 456 CPE 1870 (Cap. V: ‘Delitos de escándalo público’):

Incurrirán en la pena de arresto mayor *á prisión correccional* y reprensión pública *los que de cualquier modo ofendieren el pudor ó las buenas costumbres con hechos de grave escándalo ó trascendencia no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código* (art. 365 CPE 1850; art. 456 CPE 1870).

Como podrá observarse a continuación, al comparar el texto en cursiva de ambos artículos, el español y el chileno, es evidente que el legislador chileno lo tomó literalmente del texto español:

Los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de gran [en vez de ‘grave’] escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código, sufrían la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio (art. 373 CPCh 1874).

Y tuvo que tomarlo del Código de 1850, porque el de 1848 no recogía este artículo. En efecto, el CPE 1850 introdujo dos modificaciones –al texto de 1848– de una cierta relevancia, porque serían recogidas por los CPs posteriores. La primera fue la incorporación, en el Cap. II (*Violación*), del art. 365 –no recogido en el CP 1848– para castigar cualquier acto que ofendiere “*el pudor ó las buenas costumbres con hechos de grave escándalo ó trascendencia no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código*”⁸¹. Este precepto pasó al CP 1870⁸², siendo uno de los tres artículos que conformaron el nuevo capítulo ‘Delitos de escándalo público’⁸³. De ahí pasó a todos los demás CPs, hasta el de 1944⁸⁴.

Las dos aportaciones fundamentales del CP 1870 –con respecto al CP 1848/50– fueron dos: 1ª) la introducción de un nuevo capítulo (III. *Delitos de escándalo público*), y 2ª) la modificación de las penas aplicables por la comisión de varios “delitos contra la honestidad”⁸⁵. Respecto a la primera –que ya ha sido mencionada y es la que nos interesa aquí–, conviene resaltar que el nuevo capítulo, con la rúbrica *Delitos de escándalo público*, contenía tres artículos, castigando a quienes cometieren el delito de bigamia (art. 455 CPE 1870), a quienes llevaran a cabo

⁸⁰ *Ibid.*, p. 575.

⁸¹ Art. 365 CPE 1850.

⁸² Art. 456 CPE 1870.

⁸³ Título IX (*Delitos contra la honestidad*), Capítulo III (*Delitos de escándalo público*), arts. 455-457 CPE 1870.

⁸⁴ Art. 617 CPE 1928; art. 433 1º CPE 1932; art. 431 1º CPE 1944.

⁸⁵ Para una visión sucinta pero completa de estas aportaciones, así como las escasas diferencias entre la regulación de los CPs 1848/50 y 1870, véase GONZÁLEZ Y SERRANO, José, *Apéndice á los comentarios del Código penal de D. J.F. Pacheco, ó sea el Nuevo Código, comentadas las adiciones que contiene por José González y Serrano*² (Madrid, Imprenta y fundición de Manuel Tello, 1876), pp. 292-304.

“actos que ofendan el pudor ó las buenas costumbres hechos con escándalo o trascendencia no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código” (art. 456 CPE 1870; tomado del art. 365 CPE 1850), y a quienes “expusieren ó proclamaren, por medio de la imprenta y con escándalo, doctrinas contrarias a la moral pública” (art. 457 CP 1870). Esta contribución del CP 1870 —esto es, la introducción del nuevo capítulo conteniendo estos tipos delictivos— fue relevante porque sería recogida por los sucesivos CPs.

Como ha podido observarse, la intervención de Alejandro Reyes en la primera reunión de la Comisión redactora, solicitando que se redactara el Código Penal chileno en base al modelo español (1850) en vez del belga (1867), fue decisiva en el proceso de redacción del CPCh 1874. Es cierto que el influjo español fue particularmente intenso en la Parte General del código, como prueban tanto las Actas como las concordancias recogidas por algunos comentaristas chilenos, pero conviene subrayar que su influjo en varios títulos y párrafos de la Parte Especial no fue desdeñable, y en algunos el influjo del texto español fue tan intenso como en de la Parte General.

Los párrafos relativos a los *delicta carnis*, recogidos en el título VII sobre los *Crímenes i simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública*, son un buen ejemplo de ello. El legislador penal chileno, apartándose de la rúbrica *Delitos contra la honestidad* del modelo español, optó por recoger el defendido por Filangieri y el Código de las Dos-Sicilias. Pese a ello, no dudó en recoger en buena medida el contenido sustantivo de los preceptos del Código Penal español, sin perjuicio, en algunos casos, de modificarlos o de incorporar otros en base al modelo belga o con arreglo a la propia tradición chilena.

II. LA INFLUENCIA DEL CÓDIGO 1848/1850 EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO 1863

En el Código Penal peruano, los *delicta carnis* fueron recogidos en el Libro II (*De los delitos y de sus penas*), Sección Octava (*De los delitos contra la honestidad*), el cual consta de dos títulos, el I (*Del adulterio*) y el II (*De la violación, estupro, rapto y otros delitos*). Mientras la rúbrica de la Sección denota una clara influencia del texto español, no cabe decir lo mismo con respecto a la simplificación —o concentración— de toda esta clase de delitos en tan solo dos títulos. La influencia española con respecto al contenido sustantivo de los 17 artículos (arts. 264-280) relativos a los delitos contra la honestidad es menor, como se verá a continuación. Al contrastar el texto peruano de 1863 con el español de 1848/50, transcribiré aquél (no éste), resaltando en cursiva si el texto es literal al español, en subrayado si tan sólo cambia la literalidad, pero mantiene el contenido, y en texto normal si apenas existe correspondencia con el texto español.

Título I. Del adulterio

Art. 264 CPPe 1863 (no se percibe influencia del texto español, art. 349 CPE 1848)

La mujer de cometa adulterio será castigada con reclusión en segundo grado.

El co-delincuente sufrirá confinamiento en el mismo grado (el texto peruano es sumamente escueto y no recoge definiciones y apenas describe el tipo delictivo, como puede constatarse al comparar ese precepto con el español)

Art. 265 CPPe 1863 (no se percibe influencia del texto español, art. 353 CPE 1848).

El marido que incurra en adulterio teniendo manceba en la casa conyugal, será castigado con reclusión en segundo grado; y con la misma pena en primer grado, si la tuviese fuera.

La manceba sufrirá en el primer caso, confinamiento en segundo grado; y confinamiento en primer grado, en el segundo caso (el texto peruano es sumamente escueto y no recoge definiciones y apenas describe el tipo delictivo, como puede constatarse al comparar ese precepto con el español).

Art. 266 CPPe 1863 (no se percibe influencia del texto español, art. 350 CPE 1848)

El cónyuge ofendido es el único que puede acusar por delito de adulterio.

No podrá intentar esta acción penal, si ha abandonado á su consorte, separándose de la vida conyugal.

Art. 267 CPPe 1863 (art. 351 CPE 1848; art. 361 CPE 1850)

El cónyuge ofendido puede en cualquier tiempo remitir la pena á su consorte.

La unión de los cónyuges produce la remisión de la pena.

Art. 268 CPPe 1863 (no se percibe influencia del texto español)

Cuando se siga ante el juez eclesiástico juicio de divorcio por adulterio, si se declara no haber lugar al divorcio, no podrá intentarse la acción penal; y aunque se declare el divorcio, habrá necesidad de nuevo juicio ante la autoridad civil, para la aplicación de la pena.

Título II. De la violación, estupro, rapto y otros delitos

Art. 269 CPPe 1863 (violación) (art. 354 CPE 1848; art. 364 CPE 1850)

El que viole á una mujer empleando fuerza ó violencia, ó privándola del uso de los sentidos con narcóticos ú otros medios, sufrirá penitenciaría en primer grado.

En la misma pena incurrirá el que viole á una virgen impúber, aunque sea con su consentimiento; ó á una mujer casada haciéndole creer que su marido.

Art. 270 CPPe 1863 (estupro) (contenido similar pero notablemente alejado del texto del art. 356 CPE 1848; art. 366 CPE 1850)

El que estupre á una virgen mayor de doce años y menor de veintiuno, empleando solo la seducción, será castigado con reclusión en tercer grado.

Art. 271 CPPe 1863 (estupro) (contenido similar pero notablemente alejado del texto del art. 357 CPE 1848; art. 367 CPE 1850)

Si el estupro fuese cometido por persona que ejerce autoridad, ó por sacerdote, tutor ó maestro, ó por cualquiera persona encargada de la educación ó guarda de la menor, ó por su ascendiente ó hermano, se aumentará la pena en dos grados.

Art. 272 CPPe 1863 (sodomía) (no se percibe influencia del texto español)

Las mismas penas de los anteriores artículos se aplicarán respectivamente al reo de sodomía.

Art. 273 CPPe 1863 (rapto) (contenido similar pero notablemente alejado del texto del art. 358 CPE 1848; art. 368 CPE 1850).

El rapto de una mujer casada, doncella ó viuda honesta, ejecutado con violencia, se castigará con cárcel en quinto grado.

Si recayera en otra clase de mujer, la pena será cárcel en tercer grado.

Art. 274 CPPe 1863 (rapto)

El rapto de una doncella, ejecutado sin violencia de ella ni de las personas en cuya guarda ó potestad se halle, será castigado con reclusión en tercer grado.

Si se ejecutare también sin violencia, con el designio de contraer matrimonio, se impondrá reclusión en primer grado.

Cuando en el rapto hubiere violación ó estupro, se observará lo dispuesto en el artículo 45.

Art. 275 CPPe 1863 (rapto) (art. 360 CPE 1848; art. 370 CPE 1850)

El raptor que no entregare la persona robada ó no diere razón satisfactoria de su paradero, será castigado como homicida.

Art. 276 CPPe 1863 (violación, estupro y rapto) (art. 362 CPE 1848; art. 372 CPE 1850)

Los reos de violación, estupro ó rapto, serán además condenados a dotar a la ofendida si fuera soltera ó viuda, en proporción á sus facultades, y á mantener la prole que resulte (no se recogió el tercer supuesto del modelo español: '2º A reconocer la prole, si la calidad de su origen no lo impidiere').

Art. 277 CPPe 1863 (violación, estupro y rapto) (contenido similar pero notablemente alejado del texto del art. 361 in fine CPE 1848; art. 371 in fine CPE 1850)

En los casos de estupro, violación ó rapto de una mujer soltera, quedará exento de pena el delincuente, si se casara con la ofendida, prestando ella su libre consentimiento, después de restituida á poder de su padre ó guardador, ó á otro lugar seguro. Art. 278 CPPe 1863 (violación, estupro y rapto) (contenido similar pero notablemente alejado del texto del art. 361 CPE 1848; art. 371 CPE 1850)

No se procederá á formar causa por los delitos á que se refiere este título, sino por acusación ó instancia de la interesada, ó de la persona bajo cuyo poder se hubiere hallado cuando se cometió el delito; debiendo el consejo de familia nombrar á la agraviada, en caso necesario, el correspondiente defensor.

Si el delito se cometiere contra una impúber que no tenga padres ni guardador, puede acusar cualquiera del pueblo, y procederse de oficio. Art. 279 CPPe 1863 (corrupción de menores) (art. 357 CPE 1848; art. 367 CPE 1850)

El que habitualmente, ó con abuso de autoridad ó confianza, promoviere ó facilitar la prostitución [o corrupción, añade el texto español] de las personas menores de edad, para satisfacer los deseos de otro, sufrirá cárcel en cuarto grado.

Art. 280 CPPe 1863 (violación, estupro y rapto) (art. 363 CPE 1848; art. 373 CPE 1850)

Los ascendientes y guardadores que contribuyan como cómplices á la violación, estupro ó rapto de sus descendientes ó pupilas, serán castigados como autores.

Los maestros ó encargados de la educación [o dirección de la juventud, reza el texto español] que resultaren cómplices, serán también castigados como autores [en vez de la 'inhabilitación perpetua especial'].

Como habrá podido constatar el lector, de los 17 artículos de la Sección Octava, *De los delitos contra la honestidad*, cuya rúbrica fue sin duda tomada del texto penal español de 1848/50, tan sólo seis artículos guardan una relación con el modelo español, cuatro recogiendo alguna o varias frases literales (arts. 267, 275, 279-280

CPPe 1863), y dos (arts. 269, 276 CPPe 1863)⁸⁶. El resto de artículos no parecen provenir del texto español, pese a regular aspectos recogidos en los CPEs de 1848 y 1850. ¿Pone este hecho en tela de juicio el parecer unánime de la doctrina penalista⁸⁷, según el cual la redacción del CPPe 1863 se hizo adoptando “como modelo del Código penal español de 1848 directamente o a través de su reforma en 1850”?⁸⁸ No se trata de reconstruir aquí el proceso de elaboración del Código penal peruano decimonónico⁸⁹, ni menos de enmendar la plana a quienes han demostrado que el texto español fue el modelo fundamental del texto peruano⁹⁰.

Que el texto español sirvió como modelo para el diseño de la estructura fundamental y la redacción de la Parte General del texto peruano, parece claro⁹¹. Que también ejerció un notable influjo en la elaboración de algunas Secciones de la Parte Especial, también parece indiscutible⁹². No es extraño que así fuera, máxime cuando algunos Proyectos anteriores ya habían sido elaborados en base al texto español. En este sentido, conviene recordar, por ejemplo, que José Simeón Tejada, el Presidente de la Comisión Revisora —nombrada el 6 de septiembre de 1856 a fin de revisar el Proyecto de 1855⁹³—, no tuvo reparo alguno en reconocer,

⁸⁶ Aquí asigno a este Código el año 1863 —y no el de 1862, como también podría hacerse— porque fue el año de su entrada en vigor, pese a que su aprobación fue en 1862 (Congreso de República: 23 de septiembre de 1862; refrendo por el Ejecutivo: 1 de octubre de 1862), siguiendo así quizá la convención más común (al igual que el BGB fue aprobado en 1896 pero inició su vigencia en 1900).

⁸⁷ Véase, por ejemplo, los estudios —ya clásicos— de ÁVILA MARTEL, Alamiro, *Esquema del derecho penal indiano* (Santiago de Chile, 1941); del mismo autor, *Aspectos del derecho penal indiano* (Buenos Aires, 1946); LEVAGGI, Abelardo, *Historia del derecho penal argentino* (Buenos Aires, 1978); PEÑA CARRERA, Alonso Raúl, *Derecho penal peruano. Parte General* (Lima: ECASA, 1944); ZAVALA LOAIZA, Carlos, *Legislación penal en el Perú* (Lima, Librería e imprenta Gil, 1941); BENITES SÁNCHEZ, Santiago, *Derecho penal peruano, Comentarios a la Parte general del Código Penal* (Lima, 1958); de consulta obligada es, a mi juicio, la obra de HURTADO POZO, José, *La ley importada, Recepción del derecho penal en el Perú* (Lima, Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, 1979).

⁸⁸ IÑESTA PASTOR, Emilia, *La reforma penal del Perú independiente: el Código Penal de 1863*, cit. (n. 6), p. 1077; véase también el estudio de ARMAZA GALDÓS, Julio, *Influencia de los códigos penales españoles en la legislación peruana decimonónica*, en ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto & BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In Memoriam* (Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha – Ediciones Universidad de Salamanca, 2001), I, pp. 49-84, en particular las páginas relativas al CPPe 1863 (pp. 69-76).

⁸⁹ IÑESTA PASTOR, Emilia, *La reforma penal del Perú independiente: el Código Penal de 1863*, cit. (n. 6), pp. 1076-1077; ARMAZA GALDÓS, Julio, cit. (n. 88), pp. 69-71.

⁹⁰ IÑESTA PASTOR, Emilia, *La reforma penal del Perú independiente: el Código Penal de 1863*, cit. (n. 6), p. 1077; ARMAZA GALDÓS, Julio, cit. (n. 88), pp. 71 ss.

⁹¹ IÑESTA PASTOR, Emilia, *La reforma penal del Perú independiente: el Código Penal de 1863*, cit. (n. 6), pp. 1077-1081, en particular, pp. 1077-1078; véase también —aunque quizá sea menos contundente respecto al influjo español en la Parte General—, ARMAZA GALDÓS, Julio, cit. (n. 88), pp. 71-74.

⁹² IÑESTA PASTOR, Emilia, *La reforma penal del Perú independiente: el Código Penal de 1863*, cit. (n. 6), pp. 1076-1077.

⁹³ Véase el decreto de su formación, firmado por el libertador y presidente de la República, en CALLE, Juan José, *Código penal y de enjuiciamientos en materia criminal* (Lima, Librería e imprenta Gil, 1914), p. V. (extraído del estudio de IÑESTA PASTOR, Emilia, *La reforma penal del Perú independiente: el Código Penal de 1863*, cit. (n. 6), p. 1076).

en nota escrita en la presentación del texto, que se había utilizado el Código Penal español de 1848 como modelo (“el Código español ha servido de una luminosa guía en este trabajo”)⁹⁴, por entender que contenía “los más saludables principios y las mejores indicaciones de la ciencia”⁹⁵. A este respecto, Iñesta ya mostró el parecer unánime de los penalistas⁹⁶. En efecto, afirmar del código peruano que “se inspiró casi exclusivamente en el español”⁹⁷, que es “fiel trasunto del español de 1848” –y calificándolo como su fuente principal–⁹⁸, sostener que “es en su plan, en su orden y en sus principales disposiciones una copia del código español, que sin duda, se consideró como uno de los más aventajados y más estrictamente adheridos a los principios generales de la ciencia”⁹⁹, o incluso llegar a consignar que “el Código Penal español cuyas disposiciones han sido totalmente trasladadas al nuestro, y que constituye el fondo de la legislación penal de los pueblos latinoamericanos de que tenemos noticia”¹⁰⁰, no parece dejar lugar a la duda. También es cierto e innegable el notable influjo del *El Código penal concordado y comentado*, de Joaquín Francisco Pacheco, entre los penalistas peruanos¹⁰¹, así como de otros países hispanoamericanos.

De la influencia general del modelo español (CPs 1848 y 1850) no debe colegirse su carácter omnicompreensivo, como es el caso. Aunque es cierto que el influjo español es patente en varias Secciones del Libro Segundo (*De los Delitos y*

⁹⁴ Menos clara es la cuestión de si los redactores emplearon más el texto de 1848 o de 1850. A este respecto, señala ARMAZA GALDÓS, en su estudio *Influencia de los códigos penales españoles en la legislación peruana decimonónica*, cit. (n. 88), p. 72, nota al pie n. 39, que en esta nota “se indicó que el trabajo de la Comisión tuvo como base el CP español. Habiéndose suscrito la Nota el 20/5/1859, es de suponer que el proyectista está haciendo referencia al CP ibérico de 1850. Algunas disposiciones del Código peruano del 62, sin embargo, se hallan abiertamente enfeudadas al Código hispano de 1848”; para un estudio comparado de estos dos textos penales españoles, véase LASO, Eustoquio, *Apéndice a los Elementos de Derecho penal de España, formados con arreglo al programa del tercer año de Jurisprudencia* (Librerías de Don Ángel Callejas, Editor, Madrid y Santiago, 1850), 71 pp.; de todas formas, esta cuestión no es muy relevante dado que las diferencias son escasas, fácilmente perceptibles y ya conocidas por los estudiosos.

⁹⁵ ALTMANN SMYTHE, Julio, *Reseña histórica de la evolución del derecho penal con conclusiones sobre la futura política criminal del Perú* (Lima, San Martín & Compañía, 1944), p. 234 (extraído del estudio de IÑESTA PASTOR, Emilia, *La reforma penal del Perú independiente: el Código Penal de 1863*, cit. (n. 89), p. 1076).

⁹⁶ IÑESTA PASTOR, Emilia, *La reforma penal del Perú independiente: el Código Penal de 1863*, cit. (n. 6), p. 1077, a quien seguimos en este párrafo.

⁹⁷ ALTMANN SMYTHE, Julio, cit. (n. 95), p. 235; con tono más moderado, véase PEÑA CABRERA, Alonso Raúl, cit. (n. 87), p. 85 (extraído del estudio de IÑESTA PASTOR, Emilia, *La reforma penal del Perú independiente: el Código Penal de 1863*, cit. (n. 6), p. 1076).

⁹⁸ ZAVALA LOAIZA, Carlos, cit. (n. 87), p. 34 (extraído del estudio de IÑESTA PASTOR, Emilia, *La reforma penal del Perú independiente: el Código Penal de 1863*, cit. (n. 89), p. 1076).

⁹⁹ Tomado de IÑESTA PASTOR, Emilia, *La reforma penal del Perú independiente: el Código Penal de 1863*, cit. (n. 6), quien a su vez lo extrajo de ALTMANN SMYTHE, Julio, cit. (n. 95), p. 236.

¹⁰⁰ VITERBO ARIAS, José, *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863* (Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1898), I, p. 12 (extraído del estudio de IÑESTA PASTOR, Emilia, *La reforma penal del Perú independiente: el Código Penal de 1863*, cit. (n. 6), p. 1076).

¹⁰¹ LEVENE, Ricardo & ZAFFARONI, Eugenio Raúl, cit. (n. 26) p. 17 (extraído del estudio de IÑESTA PASTOR, Emilia, *La reforma penal del Perú independiente: el Código Penal de 1863*, cit. (n. 6), p. 1076).

sus penas)¹⁰², no es el caso de la Sección Octava, como cabía suponer del estudio de Iñesta, quien, probablemente siguiendo la estela de la doctrina penalista, optó por no mencionarlo en su estudio, dada la escasa influencia española de esta parte del código peruano.

Como ya se ha visto y afirmado, no es que esa Sección Octava no presente influencia alguna del modelo español: hay seis artículos —de los diecisiete— cuyo influjo —en cuatro artículos, incluso literal— resulta patente e innegable. Sin embargo, no puede afirmarse que esta Sección fuera redactada en base al modelo español, lo cual abre el gran interrogante de cuál fue su fuente primordial, cuestión a la que no podemos dar, por el momento, una respuesta firme con las fuentes de que disponemos en el momento presente.

CONCLUSIONES

El estudio de los *delicta carnis* en el CPCh 1874 ha demostrado que Alejandro Reyes tenía razón cuando solicitó, en la primera reunión de la Comisión redactora, que se redactara el Código Penal chileno en base al modelo español (1850) en vez del belga (1867). El influjo español fue particularmente intenso en la Parte General del código, pero también en varios títulos y párrafos de la Parte Especial. En concreto, los párrafos relativos a los *delicta carnis*, recogidos en el título VII sobre los *Crímenes i simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública*, son un buen ejemplo de ello. El legislador penal chileno, apartándose de la rúbrica *Delitos contra la honestidad* del modelo español, optó por recoger la doctrina de Filangieri al respecto, plasmada en el Código de las Dos-Sicilias. Sin embargo, esta opción no le impidió recoger en buena medida el contenido sustantivo de los preceptos del Código Penal español, sin perjuicio, en algunos casos, de modificarlos o de incorporar otros en base al modelo belga o con arreglo a la propia tradición chilena.

El influjo del texto español en la Sección Octava del CPPe 1863 estuvo presente, aunque no fuera el más relevante. Pese a ello, en seis artículos —de los diecisiete— la influencia española —en cuatro artículos, incluso literal— resulta patente e innegable. No puede afirmarse, pues, que esta Sección fuera redactada en base al modelo español, lo cual abre el gran interrogante de cuál fue su fuente primordial, cuestión sobre la que no podemos dar, por el momento —con las fuentes de que disponemos por el momento—, una respuesta firme. Sin embargo, sí cabe extraer una lección sobre el derecho histórico comparado: las generalizaciones pueden resultar útiles como punto de partida, pero requieren ser completadas con estudios posteriores que, analizando con mayor profundidad y rigor un objeto más delimitado y preciso, permita confirmar, matizar o desmentir el lugar común, la idea general o el tópico. Esto ha sido lo que se ha buscado en este estudio, aunque quede pendiente mostrar cuál fue la fuente principal de la Sección Octava del Libro Segundo del CPPe 1863.

¹⁰² IÑESTA PASTOR, Emilia, *La reforma penal del Perú independiente: el Código Penal de 1863*, cit. (n. 6), pp. 1081-1084.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

- Actas de las sesiones de Comisión Redactora del Código Penal Chileno* (Santiago, Imprenta de la República de Jacinto Núñez, 1873).
- ARMAZA GALDÓS, Julio, *Influencia de los códigos penales españoles en la legislación peruana decimonónica*, en ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto & BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In Memoriam* (Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha – Ediciones Universidad de Salamanca, 2001), I, pp. 49-84.
- ÁVILA MARTEL, Alamiro, *Esquema del derecho penal indiano* (Santiago de Chile, 1941); del mismo autor, *Aspectos del derecho penal indiano* (Buenos Aires, 1946).
- BENITES SÁNCHEZ, Santiago, *Derecho penal peruano, Comentarios a la Parte general del Código Penal* (Lima, 1958).
- BRAVO LIRA, Bernardino, *Bicentenario del Código Penal de Austria. Su proyección desde el Danubio a Filipinas*, en REHJ., 26 (2004), pp. 115-155.
- *Codificación civil en Iberoamérica y en la Península Ibérica (1827-1917). Derecho nacional y europeización*, en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana* (Buenos Aires, 1992), pp. 79-138.
- *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989).
- *Fortuna del Código Penal español de 1848. Historia en cuatro actos y tres Continentes: de Mello Freire y Zeiller a Vasconcelos y Seijas Lozano*, en AHDE., 74 (2004), pp. 23-58.
- CALLE, Juan José, *Código penal y de enjuiciamientos en materia criminal* (Lima, Librería e imprenta Gil, 1914).
- Código Penal de las Dos-Sicilias, en *Colección de Códigos Penales de los Estados Modernos (Código Penal de las Dos-Sicilias, y Código Criminal del Imperio del Brasil)* (Madrid, Imprenta de D. Jose Mares, 1848).
- DAINOW, Joseph, recension a la obra de Schwartz titulada *The Civil Code and the Common Law (1956-1967)*, en *Northwestern University Law Review*, 51 (1957), pp. 719-731.
- FILANGIERI, Cayetano, *Ciencia de la legislación* (traducción de Juan Rivera, Madrid, Imprenta de D. Fermín Villalpando, 1821), 6 tomos, IV (1822).
- FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias y comentarios del Código Penal chileno* (Lima, Impresa Comercial Calle del Huallaga n. 139, 1883).
- GONZÁLEZ Y SERRANO, José, *Apéndice á los comentarios del Código penal de D. J.F. Pacheco, ó sea el Nuevo Código, comentadas las adiciones que contiene por José González y Serrano* (Madrid, Imprenta y fundición de Manuel Tello, 1876), pp. 292-304.
- HURTADO POZO, José, *La ley importada, Recepción del derecho penal en el Perú* (Lima, Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, 1979).
- INESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno de 1874*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 19 (2006), pp. 293-328.
- *Antecedentes histórico-jurídicos del Código Penal chileno de 1874*, en DE LA PUENTE BRUNKE, José; GUEVARA GIL, Armando (eds.), *Derecho, Instituciones y Procesos históricos. XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (Lima, Instituto Riva Agüero, Universidad Pontificia de Lima, 2008), III, pp. 203-242.
- *El Código Penal de 1848* (Valencia, 2011).
- *El Código Penal de Las Dos Sicilias de 1819 como modelo de la codificación penal del siglo XIX en España y su proyección en Latinoamérica. Un viaje de ida y vuelta*, en MASTROBERTI, F.

- e MASIELLO, G. (a cura di), *Il Codice per lo Regno delle Due Sicilie. Elaborazioni, applicazione e dimensione europea del modelo codicístico borbónico* (Napoli, 2020), pp. 545-584.
- *La proyección hispanoamericana del Código Penal español de 1848*, en GONZÁLEZ VALE, Luis E. (ed.), *Estudios. Actas del XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia de Derecho Indiano* (San Juan de Puerto Rico, 2003), II, pp. 493-521.
- *La reforma penal del Perú independiente: El Código Penal de 1863*, en TORRES AGUILAR, Manuel (coord.), *Actas XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Córdoba, España, 2005* (Córdoba, Universidad-Diputación, 2008), II, pp. 1071-1098.
- *The influence exerted by the 1819 Criminal Code of the Two Sicilies upon nineteenth-century Spanish Criminal Law Codification and its projection in Latin America*, en MASFERRER, Aniceto (ed.) *The Western Codification of Criminal Law. A revision of the myth of its predominant French influence* (New York, 2018), pp. 243-278.
- *The influence of the 1819 criminal code of the Two Sicilies upon the Spanish criminal law codification and the parliament of the nineteenth century*, en ROMANO, A. (ed.) *Culture parlamentari a confronto. Modelli della rappresentanza politica e identità nazionali* (Bologna, 2016), pp. 245-269.
- *The Spanish parliament and woman's penal condition during the legislative period of 1847-1849*, en DA CRUZ COELHO, M. H; TAVARES RIBEIRO, M. M. (coords.), *Parliaments: The Law, the practice and the presentations. From the Middle Age to the present day* (Lisbon, 2010), pp. 151-160, en particular p. 160.
- LASO, Eustoquio, *Apéndice a los Elementos de Derecho penal de España, formados con arreglo al programa del tercer año de Jurisprudencia* (Librerías de Don Ángel Callejas, Editor, Madrid y Santiago, 1850).
- LAZO, Santiago, *Los códigos chilenos anotados. Orígenes, concordancias y jurisprudencia del Código Penal* (Santiago de Chile, Poblete Cruzat Hnos., 1915).
- LEVAGGI, Abelardo, *Historia del derecho penal argentino* (Buenos Aires, 1978).
- LEVENE, Ricardo (h) & ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Códigos penales latinoamericanos* (Buenos Aires, La Ley, 1978).
- LIMPENS, Jean, *Territorial Expansion of the Code*, en SCHWARTZ, Bernard (ed.), *The Code Napoleon and the Common-Law World* (New York, 1956 – uso The Lawbook Exchange edition, Union-New Jersey, 1998), pp. 93-109;
- LOBINGER, Charles S., *The Napoleon Centenary's Legal Significance*, en *American Bar Association Journal*, 7/8 (August, 1921), pp. 383-387.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacob; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis; y RUÍZ DE GORDEZUELA LÓPEZ, Lourdes (eds.), *Códigos penales españoles, 1822, 1848, 1850, 1928, 1932, 1944. Recopilación y concordancias* (Madrid, Akal, 1988).
- MASFERRER, Aniceto (ed.), *La codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte General* (Pamplona, Aranzadi–Thomson Reuters, 2017).
- (ed.), *The Western Codification of Criminal Law: The Myth of the Predominant French Influence in Europe and America Revisited* (Dordrecht-Heidelberg-London-New York, Springer, Collection History of Law and Justice), 2018.
- *Codification as Nationalization or Denationalization of Law: The Spanish Case in Comparative Perspective*, en *Comparative Legal History*, 4/2 (2016), pp. 100-130.
- *De la honestidad a la integridad sexual. La formación del Derecho penal sexual español en el marco de la cultura occidental* (Pamplona, Aranzadi–Thomson Reuters, 2020).
- *El delito de adulterio en los Códigos de Chile (1874) y Perú (1862). Contribución al estudio*

- de la influencia española en la Codificación penal hispanoamericana*, en TORRES AGUILAR, M.; PINO ABAD, M., LOSA CONTRERAS, C. (coords.), *Poder, sociedad y Administración de Justicia en la América Hispánica (siglos XVI-XIX)* (Madrid, Dykinson, 2021), I, pp. 477-498.
- *La Codificación española y sus influencias extranjeras. Una revisión en torno al alcance del influjo francés*, en MASFERRER, Aniceto (ed.), *La codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular* (Pamplona, Aranzadi–Thomson Reuters, 2014), pp. 19-43.
- *La distinción entre delito y pecado en la tradición penal bajomedieval y moderna. Una propuesta revisionista de la historiografía española, europea y anglosajona*, en AHDE., 87 (2017), pp. 693-756, en particular, pp. 728-731.
- *Los delitos contra la honestidad en la codificación penal española (1822-1944)*, en MASFERRER, Aniceto (ed.), *La codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte Especial* (Pamplona, Aranzadi–Thomson Reuters, 2020).
- *The Myth of French Influence over Spanish Codification. The General Part of the Criminal Codes of 1822 and 1848*, en MASFERRER, Aniceto (ed.), *The Western Codification of Criminal Law: The Myth of its Predominant French Influence Revisited* (Dordrecht-Heidelberg-London-New York, Springer, Collection History of Law and Justice, 2018), pp. 193-242.
- *The Napoleonic Code pénal and the Codification of Criminal Law in Spain*, en ABOUCAYA, Chantal & MARTINAGE, Renée (coords.), *Le Code Pénal. Les Métamorphoses d'un Modèle 1810-2010. Actes du colloque international Lille/Ghent, 16-18 décembre 2010* (Lille, Centre d'Histoire Judiciaire, 2012), pp. 65-98.
- *Tradición y reformismo en la codificación penal española. Hacia el ocaso de un mito. Materiales, apuntes y reflexiones para un nuevo enfoque metodológico e historiográfico del movimiento codificador penal europeo* (Universidad de Jaén, 2003).
- MASFERRER, Aniceto; DEL MAR SÁNCHEZ-GONZÁLEZ, Dolores, *Tradición e influencias extranjeras en el Código penal de 1848. Aproximación a un mito historiográfico*, en MASFERRER, Aniceto (ed.), *La codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular* (Pamplona, Aranzadi–Thomson Reuters, 2014), pp. 213-274.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1960).
- PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado*⁶ (Madrid, Imprenta y fundición de Manuel Tello, 1888).
- PEÑA CABRERA, Alonso Raúl, *Derecho penal peruano. Parte General*² (Lima, ECASA, 1944).
- PIHLAJAMÄKI, Heikki, *Private Law Codification, Modernization and Nationalism: A View from Critical Legal History*, en *Critical Analysis of Law*, 1/2 (2015), pp. 135-152 (disponible en <http://cal.library.utoronto.ca/index.php/cal/article/view/22518>).
- RAMOS VÁZQUEZ, I.; CAÑIZARES-NAVARRO, J., *La influencia francesa en la primera codificación española: el Código Penal francés de 1810 y el Código Penal español de 1822*, en MASFERRER, Aniceto (ed.), *La codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular* (Pamplona, Aranzadi–Thomson Reuters, 2014), pp. 153-212.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a Dolores del Mar, *Los Códigos Penales de 1848 y 1850* (Madrid, 2003).

- TETLEY, William, *Mixed jurisdictions: common law v. civil law (codified and uncoded)*, en *Louisiana Law Review*, 60/4 (1999), pp. 677-738.
- TORRES AGUILAR, Manuel, *Génesis parlamentaria del Código Penal de 1822* (Sicania University Press, 2008).
- VERA, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile, comentado* (Santiago de Chile, Imprenta de P. Cadot & Ca., 1883).
- VITERBO ARIAS, José, *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863* (Lima, Imprenta Torres Aguirre, 1898).
- ZAVALA LOAIZA, Carlos, *Legislación penal en el Perú* (Lima, Librería e imprenta Gil, 1941).

