

EL PAPEL DEL JUEZ EN EL ÁREA PENAL.  
NUEVAS INVESTIGACIONES EN AUSTRIA E IBEROAMÉRICA

*THE ROLE OF THE JUDGE IN THE CRIMINAL AREA.  
NEW RESEARCH IN AUSTRIA AND IBEROAMERICA*

CHRISTIAN NESCHWARA\*  
*Universidad de Viena*

RESUMEN

El texto informa sobre la proyección en otros continentes de la codificación penal austriaca, a través de la *Strafgesetz* de 1803. Específicamente la posición del juez penal y la figura de las agravantes y atenuantes.

Palabras clave: *codificación penal, Strafgesetz de 1803, juez penal, agravantes, atenuantes.*

ABSTRACT

The text informs about the projection in other continents of the Austrian penal codification, through the *Strafgesetz* of 1803. Specifically the position of the criminal judge and the figure of the aggravating and attenuating ones.

Key words: *penal codification, Strafgesetz de 1803, criminal judge, aggravating, attenuating.*

1.- INTRODUCCIÓN

Pasada la celebración del bicentenario del Código Civil austríaco (en adelante ABGB de 1811) se advierte un vuelco en la investigación. Ahora pasa a primer plano el Código Penal austríaco (en adelante *Strafgesetz* de 1803). El centro de interés es su formación y aplicación y, por tanto, el papel del juez.

---

\* Profesor de la Universidad de Viena. Instituto de Historia Legal y Constitucional, Juridicum. Contacto: christian.neschwara@univie.ac.at

## 2.- EL JUEZ PENAL EN LA *STRAFGESETZ* DE 1803

La Facultad de Derecho de Innsbruck puso en marcha el 2015 un proyecto de investigación sobre aspectos jurídicos del período que se conoce como *Vormärz* (1815-1848). Centrado en la jurisprudencia penal de la Suprema Corte de Justicia, máximo tribunal del Imperio austríaco. A la hora de determinar el papel del tribunal competente en la aplicación de las leyes, su alcance y subsunción, se atiende a las agravantes y atenuantes fijadas legalmente en la *Strafgesetz* de 1803<sup>1</sup>.

Esta investigación es concordante en su contenido con otra casi contemporánea comenzada el año 2014 en la Universidad de Viena (en adelante: *Juridicum*), dedicada a la formación de la parte general de la *Strafgesetz* de 1803, que incluye la formulación y sistematización de las atenuantes y agravantes legales<sup>2</sup>.

La iniciativa de esta investigación sobre las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal en la *Strafgesetz* de 1803 provino del colega Bernardino Bravo Lira, profesor ordinario de Historia del Derecho en la Universidad de Chile. El profesor Bravo Lira, como invitado del *Juridicum*<sup>3</sup>, ha realizado allí, desde hace muchos años, sucesivas estancias de investigación<sup>4</sup>.

## 3.- INICIATIVAS CONVERGENTES EN AUSTRIA E IBEROAMÉRICA

Sus agudos estudios sobre historia de la codificación le llevaron a reconstruir el *iter* del Código Español de 1848 “como una historia en cuatro actos y tres continentes”. No menos sugerente es su caracterización de la *Strafgesetz* de 1803, como “epicentro de la codificación en tres continentes” en razón de su proyección desde el

<sup>1</sup> Dirige el proyecto el profesor Martin P. Schennach (Vorstand des Instituts für Rechtsgeschichte an der Universität Innsbruck), Rechtstatsachen im Vormärz. Strafrechtsjudikatur der Obersten Justizstelle [https://www.oenb.at/jublfonds/jublfonds/projectsearch?id=5851&action=detailview&origin=resultlist 21.07.2016].

<sup>2</sup> [http://homepage.univie.ac.at/christian.neschwara (21.07.2016)]: Forschungsprojekte (Strafgesetz 1803: Gesetzgebungs- und Wirkungsgeschichte - insbesondere zum Allgemeinen Teil / Milderungs- und Erschwerungsgründe)

<sup>3</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, “El Código Penal de Austria (1803) epicentro de la codificación penal en tres continentes”, en: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 21, pp. 199-344. Valparaíso, Chile: Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica Social, 2003. Él mismo, “Les débuts de la codification. Trois grands foyers: Europe centrale, Atlantique et Transatlantique (1750-1804)”, en: *Anuario de Historia del Derecho Español* N° 75, pp. 897-917. Madrid, España: Boletín Oficial del Estado, 2005. Él mismo, “Bicentenario del Código Penal de Austria. Su proyección desde el Danubio a Filipinas”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* N° 26, pp. 115-155. Valparaíso, Chile: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2004. Él mismo, “La 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: *Anuario de Historia del Derecho español* N° 7, pp. 23-58. Madrid, España: Boletín Oficial del Estado, 2004.

<sup>4</sup> Últimamente BRAVO LIRA, BERNARDINO „Mittleuropäische und iberamerikanische Kodifikationen. Wien als Mittelpunkt der Rechtskodifikation auf drei Kontinenten“, en: *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs, Band 2014/1*, pp. 14–33. Österreich, Wien: Verlag Der Österreichischen Akademie Der Wissenschaften, 2014.

Danubio a las Filipinas (entonces españolas), a través de los códigos iberoamericanos del siglo XIX.

Es de notar que el profesor Bravo Lira sitúa el punto de partida de esta sorprendente significación de la *Strafgesetz* de 1803 en los trabajos de redacción de la anterior *Strafgesetz* de 1797 iniciados por Karl Anton von Martini en la *Gesetzgebungskommission*, y llevados a término por Franz Zeiller, su discípulo. Como es sabido, ambos eran destacados exponentes de la doctrina del Derecho natural. Además sus obras eran conocidas en el mundo jurídico iberoamericano especialmente a través de la Universidad portuguesa de Coimbra, donde gozaban de gran predicamento. A ello se agrega que al independizarse en 1822 el antiguo Brasil portugués, este se convirtió en un Imperio independiente, y el emperador Pedro I contrajo matrimonio con la archiduquesa Leopoldina de Habsburgo-Lorena, hija del emperador Franz de Austria, el legislador de la *Strafgesetz* de 1803.

#### 4.- DEL ARBITRIO JUDICIS AL ARBITRIO REGULADO

Según Bravo Lira, la *Strafgesetz* de 1803 inició su camino en el mundo jurídico iberoamericano a través del jurista brasileño Bernardo Pereyra de Vasconcelos (1795-1850). En una primera etapa sirvió de modelo a Vasconcelos en la elaboración del *Código penal do Imperio* de 1830, el cual sirvió, a su vez, de modelo al Código penal español de 1848, texto que se difundió en todo el área formada por América española, Portugal y Filipinas.

En concreto, destaca Bravo Lira el efecto decisivo que tuvo en estos países la formulación y regulación del derecho penal que él atribuye a von Zeiller, y que supuso una modificación del papel del juez. Fijó las reglas generales para determinar las penas, y dentro de ellas, un elenco genérico de atenuantes y agravantes, lo cual significó limitar la potestad decisoria del juez. Ello permite a Bravo Lira ver en esta nueva regulación el tránsito del *arbitrio judicis* (dentro del marco del *ius commune*), al arbitrio regulado por la ley (sobre la base del derecho codificado).

Un rápido examen de la formulación y estructura de los códigos brasileños de 1830 y español de 1848 revela su analogía con *Strafgesetz* de 1803. Este código divide la parte general en cinco apartados: I.- De los delitos en general; II.- De la pena de los delitos en general; III.- De las circunstancias más relevantes; IV.- De las circunstancias atenuantes; V.- De la aplicación de las agravantes y atenuantes al determinar la pena<sup>5</sup>.

En cuanto al *Código criminal do Imperio* de 1830, divide la parte general en dos títulos: I.- De los delitos, que comprende cuatro capítulos, de los cuales el segundo trata de los delitos y penas, y el tercero de las circunstancias agravantes y atenuantes; II.- De las penas, que comienza con un capítulo uno sobre dos tipos de penas<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Die amtliche (buch-)Ausgabe wurde 1803 von der (privilegierten) Staatsdruckerei in Wien verlegt; die Veröffentlichung in der (offiziösen) en *Wien von der Staatsdruckerei verlegten Justiz-Gesetzsammlung* [im Folgenden: JGS] erfolgte erst 1817: JGS Nummer 626.

<sup>6</sup> [[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm) (21.07.2016)]; Lei de 16 de Dezembro de 1830 (Manda executar o Código Criminal).

Por lo que toca al *Código penal de España* de 1848 contiene en su primer libro reglas generales sobre delitos: responsabilidad de las personas y las penas, que comprende cuatro títulos. El primero de ellos se refiere a los delitos y las circunstancias que alteran la responsabilidad penal, en cuanto la disminuyen o agravan. El segundo dedicado a las personas que responden por los delitos. El tercero, a las penas<sup>7</sup>.

## 5.- EPICENTRO DE LA CODIFICACIÓN EN TRES CONTINENTES

Es notoria la coincidencia de estos tres códigos en cuanto al sistema y su estructura. Desde el punto de vista de la historia del Derecho austriaco, surge inmediatamente la siguiente interrogante: ¿en qué medida es plausible la atribución que hace el profesor Bravo a Franz Zeiller de la autoría de la parte general de la *Strafgesetz* de 1803? Precisamente este punto es el que dio pie en el *Juridicum* para plantear el proyecto de investigación mencionado al comienzo de estas líneas, sobre formación y aplicación de la parte general y, en concreto, de las atenuantes y agravantes de la *Strafgesetz* de 1803.

Dentro de poco se espera la publicación de los resultados de las indagaciones emprendidas<sup>8</sup> -siguiendo la bibliografía del siglo XIX<sup>9</sup>- en el Archivo del Estado austriaco (*Österreichischen Staatsarchiv*) y especialmente en los departamentos del Archivo General de la Administración (*Allgemeines Verwaltungsarchiv*<sup>10</sup>) y del Archivo de la Casa, Corte y Estado (*Haus- Hof- und Staatsarchiv*<sup>11</sup>). Además el autor de este informe prepara una edición de materiales que documentan el propósito de Franz Zeiller de perfeccionar la *Strafgesetz* de 1803<sup>12</sup>.

Esta convergencia entre las investigaciones que se han emprendido en Austria y en Iberoamérica muestra hasta qué punto es necesario intensificar el trabajo conjunto

<sup>7</sup> Código Penal de España, Edición oficial reformada. Madrid, Imprenta Nacional, 1850.

<sup>8</sup> En preparación, una contribución del autor de estas páginas „Zur Gesetzgebungsgeschichte der allgemeinen Bestimmungen des österreichischen Strafgesetzes von 1803“ destinada al Festschrift para el profesor Gernot Kocher con motivo de su 75 cumpleaños, que debe aparecer en 2017, editado por Borut Holcman (Laibach/Slowenien).

<sup>9</sup> Principalmente, Hugo Högel, „Geschichte des österreichischen Strafrechts in Verbindung mit einer Erläuterung seiner grundsätzlichen Bestimmungen“, Erstes Heft Wien 1904.

<sup>10</sup> Akten und Protokolle der Obersten Justizstelle, Hofkommission in Gesetzesachen.

<sup>11</sup> Archivo póstumo de Johann Georg Keeß (Keeß, fue el principal redactor del Código para Galizien en 1796 sobre la base de los trabajos realizados hasta entonces por la Gesetzgebungskommission. Proyecto de Código penal presentado (JGS Nummer 301); sobre la base del Strafgesetzes de 1796 para Galizischen se elaboró en 1797 la versión final de la Strafgesetzes de 1803 bajo la dirección de Franz Zeiller como redactor responsable dentro de la Gesetzgebungskommission. Archivo póstumo de Mathias Wilhelm Haan (Haan quien fue presidente de la Gesetzgebungskommission, que recibió en 1792 el encargo de hacer una nueva versión de la Strafgesetzes; Haan había entregado una primera redacción que más tarde dio origen al Strafgesetz de 1796 de Galizien y posteriormente a la Strafgesetz de 1803).

<sup>12</sup> Cfr. La contribución del autor de estas páginas a la obra „Franz Zeiller und das Strafrecht, sus propósitos de perfeccionar la Strafgesetzes de 1803“, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho* 22, *Estudios en Honor de Bernardino Bravo Lira*, vol. 1, pp. 363-389. Santiago, Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2010.

en el área de la codificación penal y otras, no solo en la forma de publicaciones aisladas en revistas científicas austríacas e iberoamericanas, sino principalmente a través de encuentros científicos, para los que Viena como “epicentro de la codificación en tres continentes” muy bien podría ofrecerse como sede.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BRAVO LIRA, Bernardino, “El Código Penal de Austria (1803) epicentro de la codificación penal en tres continentes”, en: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 21, pp. 199-344. Valparaíso, Chile: Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica Social, 2003.
- BRAVO LIRA, Bernardino, “Bicentenario del Código Penal de Austria. Su proyección desde el Danubio a Filipinas”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* N° 26, pp. 115-155. Valparaíso, Chile: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2004.
- BRAVO LIRA, Bernardino, “La 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: *Anuario de Historia del Derecho español* N° 7, pp. 23-58. Madrid, España: Boletín Oficial del Estado, 2004.
- BRAVO LIRA, Bernardino, “Les débuts de la codification. Trois grands foyers: Europe centrale, Atlantique et Transatlantique (1750-1804)”, en: *Anuario de Historia del Derecho Español* N° 75, pp. 897-917. Madrid, España: Boletín Oficial del Estado, 2005.
- BRAVO LIRA, Bernardino, „Mittleuropäische und iberoamerikanische Kodifikationen. Wien als Mittelpunkt der Rechtskodifikation auf drei Kontinenten“, en: *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs, Band 2014/1*, pp. 14–33. Österreich, Wien: Verlag Der Österreichischen Akademie Der Wissenschaften, 2014.
- NESCHWARA, Christian, „Franz Zeiller und das Strafrecht, sus propósitos de perfeccionar la Strafgesetzes de 1803“, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho* 22, *Estudios en Honor de Bernardino Bravo Lira*, vol. 1, pp. 363-389. Santiago, Chile: Centro de Investigaciones de Historia del Derecho del Departamento de Ciencia del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2010.