

LA CONTINUIDAD DE LA TRADICION JURIDICA INDIANA EN EL PENSAMIENTO DE CARLOS TEJEDOR. EL CASO DEL DELITO DE COHECHO

Por NATALIA STRINGINI *

Resumen

El tema de la continuidad de la tradición indiana luego de 1810 presenta en el ámbito del derecho penal un interés especial pues a pesar de que este derecho fue objeto de severas críticas por parte de los hombres de siglo XVIII y de varios intentos de reformas, el estudio del derecho penal patrio debe partir de la premisa de la subsistencia del derecho indiano heredado. Siguiendo estas ideas, el trabajo pretende analizar en qué medida se mantuvieron los rasgos distintivos de pensamiento jurídico penal indiano, aún en el marco de un proceso que pretendía lograr la reforma legislativa, en relación a la caracterización que del delito de cohecho hizo Carlos Tejedor en su proyecto de código penal.

PALABRAS CLAVES: Continuidad – tradición indiana – cohecho- Carlos Tejedor.

ABSTRACT

The issue of continuity of tradition after 1810 indiana presented in the criminal law of particular interest because although this right was severely criticized by the men of the eighteenth century and of many reform efforts, the study of criminal law must homeland from the premise of the subsistence of Indian law inherited. Following these ideas, the paper analyzes how far remained the hallmarks of Indian criminal legal thought, even as part of a process aimed to achieve legislative reform in relation to the characterization of bribery made Carlos Tejedor in its draft criminal code.

KEYWORDS: Continuity - Indian tradition – bribery-Carlos Tejedor.

* Auxiliar Docente de Historia del Derecho Argentino de la Universidad de Buenos Aires.
nataliastringini@hotmail.com

Sumario:

I. Planteo del problema. La continuidad de la tradición jurídica penal indiana luego de 1810. II. El delito de cohecho en el derecho indiano. III El cohecho en el proyecto de código penal de Carlos Tejedor. IV. Conclusión.

I. Planteo del Problema. La continuidad de la tradición jurídica penal indiana luego de 1810.

El objetivo de este trabajo concierne a uno de los aspectos de la tradición jurídica indiana, la penal, y consiste en analizar en qué medida se proyectó esta tradición, como manifestación del *ius commune*, para fundamentar y explicar las características del cohecho en el proyecto de código penal que Carlos Tejedor escribió entre 1865 y 1867.

Cuando se habla de tradición indiana se hace referencia no solamente al conjunto de normas jurídicas sino también al

conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y de la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca de cómo el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse¹ [respecto del] derecho de Castilla, como modelo inspirador, y como normativa aplicable: el derecho común, el saber de los juristas, el derecho natural, como orden indisponible; el derecho canónico; el derecho indiano, en sentido estricto; los derechos aborígenes; y hasta los usos de la gente de raza negra.²

Estuvo representada por los textos castellanos basados en el *ius commune*, de tradición romano-canónica, particularmente las Siete Partidas con sus glosas y las recopilaciones de los siglos XVI y XIX, y por el derecho

¹ JOHN MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 5. Citado por JOSÉ MARÍA DIAZ COUSELO, “La tradición indiana y la formación del derecho argentino”, Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004, p. 3.

² DIAZ COUSELO, *La tradición indiana...*, cit., pp. 1-2.

creado expresamente para las indias, tanto en la península como en las colonias, integrado por la Recopilación de las Leyes de Indias, pragmáticas, cédulas, instrucciones, reglamentos y demás normas. También la doctrina de juristas y teólogos europeos y americanos, las costumbres, que tanto variaron en los distintos territorios indios, y los derechos indígenas, en todo lo que no se opusieran a la cosmovisión europea, fueron fuentes de este paradigma jurídico.

El tema de la continuidad de la tradición jurídica india luego de 1810 se encuentra, desde hace unos años, estudiado por los historiadores del derecho. En 1969 Ots Capdequí planteó la necesidad de abandonar la división de la historia jurídica rioplatense en dos épocas separadas por la revolución de mayo: la india y la patria. Cuatro años más tarde, Zorraquin Becú señaló que después de 1810 debía estudiarse por un lado la perduración del antiguo sistema y por el otro el derecho que lo reemplazó. García Gallo afirmó, en el IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indio, que luego de la revolución de mayo solo el antiguo derecho privado se mantuvo en vigor y en XI encuentro del mismo congreso, Tau Anzoátegui destacó que la idea de dar por finalizados los estudios de derecho indio con el desmembramiento de la monarquía española en el siglo XIX necesita ser revisada.³

Actualmente se da un nuevo enfoque a los estudios del derecho indio ampliando su ámbito temporal de estudio e incluyendo, por lo menos, a las décadas que van desde 1810 hasta el inicio del proceso codificador. Tal es así que el XVI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indio se dedicó al estudio de este derecho y su proyección en los derechos patrios de los estados americanos sucesores de la monarquía castellano-india y se consideró como una “saludable avalancha los estudios que nos han conducido a una mejor apreciación de las raíces hispano-indias de muchas de las instituciones que hoy nos rigen”.⁴

³ Las opiniones de estos autores se encuentran indicadas en TAU ANZOATEGUI, VÍCTOR, *Nuevos horizontes en el estudio del derecho indio*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, pp. 107, 109-110.

⁴ Discurso del vicepresidente del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indio, Antonio Dougnac Rodríguez, en la inauguración del XVI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indio celebrado los días 29 de septiembre al 2 de octubre de 2008 en Santiago de Chile. *El derecho de las Indias Occidentales y su pervivencia en los*

Como consecuencia de esta nueva perspectiva propuesta, la historiografía actual coincide en afirmar que el proceso revolucionario que comenzó en el virreinato del Río de la Plata en 1810 no produjo el inmediato abandono de la legislación vigente ni de los criterios y valores jurídicos propios de la tradición jurídica indiana, en la que se encontraba la penal, sino que por el contrario se mantuvieron hasta la segunda mitad del siglo XIX cuando comenzó el proceso codificador para quedar reformulados en los códigos modernos.⁵

Derechos Patrios de América, ALEJANDRO GUZMAN BRITO (ed), Valparaíso, Ediciones Universitarias Valparaíso, 2010, p. 12.

⁵ Díaz Couselo destaca que “Generada la Revolución, se conservó la organización administrativa anterior, pues los problemas derivados de la guerra de la independencia primero y luego las guerras civiles impidieron encarar una reforma profunda [...] También el ordenamiento heredado de la época hispánica siguió en vigor después de 1810, con las modificaciones impuestas por los sucesivos gobiernos. Durante más de media centuria no fue posible reemplazar esos cuerpos legislativos”. JOSÉ MARÍA DIAZ COUSELO, “Función Pública y Ciudadanía en Tiempos de la Revolución”, *El Bicentenario de la Revolución de Mayo*, TULIO ORTIZ (coord.), Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2010, p. 112. Para Zorraquín Becú los cuerpos legales castellano-indianos “siguieron siendo aplicados no obstante su carácter vetusto, su terminología anticuada y las dificultades de su interpretación. Las nuevas disposiciones sancionadas después de 1810 fueron casi siempre leyes breves, simples en sus formas, que solo regulaban aspectos parciales de la vida política y social” y “Los códigos, recopilaciones y ordenanzas de la época hispánica en vigor después de 1810, con las naturales modificaciones impuestas por los gobiernos sucesivos. Durante más de medio siglo no fue posible reemplazar esos vastos conjuntos más o menos sistemáticos, que siguieron siendo aplicados no obstante su carácter vetusto, su terminología anticuada y las dificultades de su interpretación”. RICARDO ZORRAQUIN BECU, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Perrot, 1970, t. II, pp. 411-412. ABELARDO LEVAGGI debe agregarse a los autores indicados con la siguiente opinión “La desaparición del gobierno monárquico, en todas y cada una de las ex provincias del Nuevo Mundo, y la constitución de gobiernos independientes, no fueron obstáculos, pues, para que el derecho castellano-indiano se mantuviera vigente por más o menos tiempo, hasta su absorción por el derecho codificado”. ABELARDO LEVAGGI, *Manual de Historia del Derecho Argentino Castellano-Indiano/Nacional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, t. II, p. 225. También ver ABELARDO LEVAGGI, “Supervivencia del derecho castellano-indiano en el Río de la Plata (Siglo XIX)”, en *Jahrbuch für Geschichte von Staat Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas*, Alemania, n° XXII, 1985, p. 286; BENITO DIAZ, *Juzgados de Paz de Campaña de la Provincia de Buenos Aires (1821-1854)*, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 1952, p. 5; OSVALDO BARRENECHE, *Dentro de la Ley TODO. La justicia criminal de Buenos aires en la etapa formativa del sistema penal moderno en Argentina*, La Plata, Al Margen, 2001, p.78; MELINA YANGILEVICH, “Leyes antiguas para un estado moderno. Prácticas jurídicas en la provincia de Buenos Aires durante el período de la codificación”, *Justicias y Fronteras. Estudios sobre historia de la justicia en el Río de la Plata. Siglos XVI-XIX*, DARÍO BARREIRA (comp.), Murcia, Universidad de Murcia, 2009, p. 222. y CARLOS GARRIGA, “Continuidad y Cambio del Orden Jurídico”, *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, CARLOS GARRIGA (coord.), México, Instituto Mora, 2010, p.74.

Esta nueva postura fue superadora de aquella sostenida por historiadores del derecho como Ricardo Levene para quien hubo un derecho nuevo nacido con la Primera Junta al cual llamó derecho patrio argentino y al que calificó como derecho precodificado, pues interpretó que, desde el punto de vista del derecho, la revolución de mayo fue la ruptura con el pasado y el nacimiento de nuevos valores del derecho público y del derecho privado.⁶

Las críticas a esta interpretación vinieron no solo de la historia del derecho sino de la ciencia histórica. Según Chiaramonte, el error incurrido para sostener esta postura fue tomar como premisa la existencia, para 1810, de una nación argentina o, por lo menos, rioplatense e interpretar al movimiento independentista como derivado de la maduración de una supuesta burguesía capitalista que habría necesitado romper la dominación colonial para dar rienda suelta a su desarrollo lo que permitiría pensar que la nación ya estaba determinada desde el comienzo. Sin embargo, destaca el mencionado autor que tal premisa no es correcta pues luego de 1810 todavía se mantenían diferentes formas de identidad, como la política, representada por la hispanoamericana, la provincial y la rioplatense o argentina, lo que reflejaba la ambigüedad en que se encontraba el sentimiento colectivo inmediatamente después de producida la revolución.⁷

Desde la óptica de los historiadores del derecho, cuando se produjo la revolución de mayo el criterio que se adoptó fue conservar la vigencia del derecho heredado en la medida en que no se opusiera a los nuevos principios invocándose para ello un pasaje de las Partidas (P 7.34.37) que establecía que “en las cosas que se fazen de nuevo, deue ser catado en cierto la pro dellas ante que se parta de las otras que fueron antiguamente tenidas por buenas e por derechas”.⁸ Es decir que el criterio que imperó en la sociedad rioplatense de entonces fue el de moderación y prudencia frente a las instituciones heredadas, pensamiento presente en el acta del 25 de mayo de 1810 cuando los firmantes juraron “conservar la integridad de esta parte de los dominios de América, a nuestro amado Soberano el Sr. D. Fernando VII y

⁶ RICARDO LEVENE, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Guillermo Kraft Ltda, 1948, t. IV, pp. 14 y 20.

⁷ Juan Carlos CHIARAMONTE, “Formas de identidad en el Río de la Plata luego de 1810”, en *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. E. Ravignani*, Buenos Aires, Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. E. Ravignani- Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, nº 1, 1er semestre, tercera serie, 1989, p. 72.

⁸ LEVAGGI, *Manual de Historia...*, cit., p. 210.

sus legítimos sucesores y observar puntualmente las leyes del reino”.⁹ Por ello, explica Garriga, que en el derecho de la época cualquier solución novedosa pasaba por la reformulación de derecho tradicional.¹⁰

Lejos de pensar, entonces, que la revolución de mayo significó un cambio inmediato en la vigencia de las instituciones jurídicas existentes, por el contrario, ella dio comienzo a un proceso de construcción estatal largo y complejo que no alteró sustancialmente la organización jurídica indiana ni la tradición jurídica heredada, sino que sobre su base fueron introduciéndose reformas, algunas de las cuales tuvieron corta duración, que aspiraron a “dar un paso a la reforma de nuestros establecimientos civiles”,¹¹ “formar las instituciones”, a “organizar la justicia, el juri y hacer nuevas leyes civiles, comerciales y criminales, en armonía con las ideas presentes”,¹² es decir lograr una inserción efectiva del nuevo estado con la convicción que “las instituciones liberales [...] son las más propias para hacer felices y prósperos a los pueblos”.¹³

La supervivencia de la tradición jurídica penal indiana coexistió en un marco de críticas al sistema penal vigente. En efecto, desde la revolución de mayo surgieron voces de los sectores intelectuales, forenses y políticos contrarias a la legislación penal,¹⁴ a la utilización de ciertas instituciones de

⁹ Acta del 25 de Mayo de 1810 en que fue nombrada la Junta. AURELIO PRADO Y ROJAS, *Leyes y Decretos promulgados en la provincia de Buenos Aires desde 1810 a 1876*, Buenos Aires, Mercurio, 1877, t. I, p. 28.

¹⁰ GARRIGA, *Continuidad y Cambio...*, cit., p. 67.

¹¹ Reglamento de Instrucción y Administración de Justicia del Gobierno Superior Provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata del 23 de enero de 1812.

¹² Nota de Guret Bellemare al gobernador Manuel Dorrego, del 15 de agosto de 1828, en la que presenta su plan de organización judicial para la provincia de Buenos Aires. GURET BELLEMARE, *Plan General de Organización Judicial para Buenos Aires*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Instituto de Historia del Derecho, 1949, p. 24.

¹³ Mensaje del gobernador de Buenos Aires Juan Gregorio de Las Heras del 18 de mayo de 1825. *Mensajes de los Gobernadores de la Provincia de Buenos Aires 1822-1849*, La Plata, Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires Ricardo Levene, 1976, t.I, p. 40.

¹⁴ En la tesis presentada por Florencio Varela en 1826 en la Universidad de Buenos Aires para acceder al título de doctor en jurisprudencia, titulada “Disertación sobre los delitos y las penas”, este autor criticó a la legislación criminal española porque “permanecía en un atraso vergonzoso o en un completo abandono” provocando “la más cruel arbitrariedades en los juicios”. Florencio VARELA, “Disertación sobre los delitos y las penas”, en *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, Imprenta de La Prensa, n° 4, Sección 1°, 1870 p. 241. Juan Manuel de Rosas expresó en sus mensajes ante la legislatura, en diciembre de 1837 y 1841, que “Grandes reformas requiere nuestra legislación” y que “El gobierno anhela la época en que la legislación patria reciba las mejoras de una reforma saludable”. *Mensajes de los gobernadores...*, cit., pp. 134 y 211.

esta naturaleza como el arbitrio judicial,¹⁵ la pena de muerte,¹⁶ los tormentos y las mutilaciones,¹⁷ reclamando la adecuación del derecho penal al pensamiento racionalista, ilustrado y liberal.

Sin embargo, a pesar de las opiniones en contra de aquellas instituciones penales que no podían tener cabida en el pensamiento moderno, las fuentes existentes hasta la sanción del código penal dan cuenta no solo de la supervivencia de legislación penal indiana sino de algunos criterios y valores de dicha cultura jurídica.¹⁸ Por ello se considera al período que comenzó en

¹⁵ El arbitrio judicial fue objeto de revisión por el juez a cargo del expediente seguido contra Santiago Sotelo y Ceferino Rosas por la muerte de Félix Barbosa, en el año 1823, al interpretar que “En materia criminal no está en la facultad del Juez arbitrar la pena contra él texto expreso de la ley, de cuya disposición no puede separarse sin faltar a su más sagrado deber”. En 1837, Dalmacio Vélez Sarsfield, respondiendo a la expresión de agravios hecha por el Agente Fiscal a la sentencia dictada en la causa de la quiebra de la Casa Lezica, solicitó con ironía que “hablese con la lei en la mano, no se diga que el Juez ha creado un derecho que jamás existió para autorizarse a dar un fallo condenatorio”. LEVENE, *Historia ...*, cit., t. XI, pp. 219 y 457.

¹⁶ Florencio Varela rechazó el uso de la pena de muerte con el deseo de que “hubiera llegado el día de gala para la humanidad, en que todo el mundo viese abolidos los asesinatos legales” y abrogó por la benignidad de las penas alegando que “Una buena legislación nunca debe buscar el medio de prevenir la repetición de los delitos en la excesiva severidad de las penas. Es bueno que el ciudadano tiemble por la certeza de sufrirla, si delinque, y nunca por los horrores que ella le prepara”. VARELA, *Disertación...*, cit., p. 265. Guret Bellemare, aquel ex juez francés que llegó a Buenos Aires en la década de 1820, reclamó, según Alsina, “con talento y solidez la conveniencia de extinguir la pena capital”. RICARDO PICCIRILLI, *Guret Bellemare. Los trabajos de un jurisconsulto francés en Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1942, p. 48.

¹⁷ Juan Bautista Alberdi también fue crítico del derecho heredado: cuestionó la dureza de las penas antiguas indicando que “no depende la eficacia de la pena de su dureza, sino de su inmediación y certeza”. JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, p.127.

¹⁸ En 1813 se presentó Don José Tagle en la causa seguida contra José María Acosta, por injurias graves y malos tratamientos, expresando agravios contra la sentencia del juez ordinario de 1º voto del Valle de Calamuchita reclamando que “ha tenido que ajustar este recurso al sabio tenor de las L.L. 20 y 21, tit. 9, p. 7 y al espíritu de la ley 2, tit. 10, libro 8 de la Nueva Recopilación, aquellas leyes que debieron tenerse a la vista para fallar escarmentando un agravio de hecho ignominoso”. ROBERTO PEÑA, “La aplicación del derecho castellano – indiano por los tribunales judiciales de Córdoba”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja--Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UBA, nº 18, 1967, p.144. Dos años más tarde, en la nota que escribió Manuel Antonio de Castro, el 17 de agosto de 1815, dirigida al Director Supremo de Estado solicitando se investigue la verosimilitud de los rumores que circulaban y afectaban su buen nombre como juez del Tribunal de la Cámara de Apelación, invocó la prescripción de “la ley 18 tit. 9 de la P. 2 encarga a los Jueces que sean sofridos, para non se, quejar, nin se enzañar con las voces de los querellosos”. LEVENE, *Historia ...*, cit., t. XI, p. 179. Guret Bellemare reconoció, en su nota dirigida a Dorrego en 1828, que “Los romanos, tan grandes hace 15 siglos y mas, han

1810 y culminó con la sanción del código penal como una época de transición entre el antiguo régimen y el paradigma legal moderno.¹⁹

II. El delito de cohecho en el derecho castellano-indiano.

Al igual que otros delitos existentes en el derecho indiano, el cohecho tomó sus características generales de la legislación romana, especialmente

desaparecido, pero sus códigos son aún los nuestros". BELLEMARE, *Plan de Organización...*, cit., p. 26. El Reglamento Provisorio para el Régimen y Administración de la Provincia de Córdoba, sancionado el 30 de enero de 1821, estableció que "No se entienden por esto derogadas las leyes que permiten la imposición de las penas al arbitrio prudente de los jueces, según la naturaleza y circunstancias de los delitos". ABELARDO LEVAGGI, *Orígenes de la codificación argentina: Los reglamentos de administración de justicia*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1995, p. 168. En 1828, un defensor pedía que se le conmutara la pena de muerte impuesta al reo invocando "la piadosa y por tanto adaptable disposición de la ley 8° tit. 11°, lib. 8 de la Recopilación castellana" que dejaba al arbitrio del juez la moderación de la pena ordinaria. En la causa seguida contra Ciriaco Burgos por robo, en 1829, su defensor se mostró en contra de la utilidad de la pena de muerte impuesta a su defendido e invocó "la piadosa y por tanto adaptable disposición de la ley 8° tit. 11, lib. 8 de la recopilación castellana" que dejaba al arbitrio judicial la moderación de la pena ordinaria. ALEJANDRO AGÜERO, "La justicia penal en tiempos de transición. La república de Córdoba, 1785-1850", GARRIGA, *Historia y Constitución...*, cit., p.294. El diario El Tiempo del 5 de mayo de 1828 reconocía que "La jurisprudencia española, que nos rige aún, ha echado menos siempre un compendio que, reuniendo todos los principios elementales de la ciencia legal, los ofreciese en un punto luminoso de vista, que no estuviese fuera del alcance de una inteligencia común". Edición en DVD publicada por el Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires Ricardo Levene, La Plata. En 1837, al presentar el recurso de súplica contra la sentencia que condenó a los hermanos Reínafé por el homicidio de Facundo Quiroga, su abogado, Marcelo Gamboa, invocó la moderación que debía tener el magistrado diciendo "Con la venia de V.E. trasuntaré las palabras de la ley 2 tit. 10. Partida 2, en que hablando del amor que debe tener el magistrado a sus súbditos, se expresa de esta manera, digna de grabarse en caracteres indelebiles". LEVENE, *Historia ...*, cit., p. 234. Si nos detenemos en ver los libros que se vendían en Buenos Aires entre 1830-1852, a través de su publicación en el diario La Gaceta Mercantil, encontraremos obras de autores modernos como el "Tratado de la legislación civil y penal", "Teoría de las penas" y "Teoría de las penas legales", de Jeremy Bentham pero también textos de la tradición castellano-indiana como "Práctica criminal de España", de José Marcos Gutiérrez, "Práctica criminal con un prontuario alfabético de delitos y penas", de Eugenio de Tapia, una edición de 1803 de la obra "Ilustración del derecho real de España" de Juan Sala. SANDRA DIAZ, "Los libros jurídicos en los avisos de la gaceta Mercantil (1830-1852)", en *Revista de Historia del derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, nº 29, 2001, pp. 250-255.

¹⁹ AGÜERO, La justicia penal..., cit., p. 279; ENRIQUE ALVAREZ CORA, "La génesis de la penalística argentina (1827-1868)", en *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, nº 30, 2002, p. 15 y ABELARDO LEVAGGI, *Historia del derecho penal argentino*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, 1978, p. 100.

de la *Lex Iulia repetundarum* del siglo I a.C recogida por Justiniano en su obra compiladora.

Originariamente el castigo de esta conducta, que comenzó a registrarse en el siglo III a.C., tuvo como finalidad proteger a las poblaciones conquistadas por Roma de los enriquecimientos ilícitos que lograban los magistrados destinados al gobierno de esos territorios quienes, por la distancia con Roma, ejercían su poder de forma ininterrumpida y sin dinámicas de control. Por ello, y como antecedente, se prohibió a los magistrados recibir cualquier tipo de donación que pudiera esconder la compensación de un proceder ilícito, medida llevada a cabo en el año 204 a.C cuando el tribuno de la plebe *Marcus Cincio Alimentus* quitó validez jurídica a las promesas de donaciones entre personas que no fuesen parientes y prohibió las donaciones a los procuradores y en el 195 a.C. cuando la *lex Porcia*, dictada durante el consulado de Marco Porcio Catón, recortó los gastos y regalos que se solían hacerse a los pretores y estableció los muebles que éstos debían tener en sus casas.

El delito consistió en todo comportamiento doloso dirigido a obtener ilícitamente un beneficio económico por parte de quien se encontraba ejerciendo una magistratura en perjuicio de las poblaciones sometidas a Roma.²⁰ Esta configuración del delito se mantuvo inalterable durante un siglo y medio, desde la *lex Calpurnia* del 149 a.C. hasta el último cuarto del siglo I a.C cuando se sancionó la *lex Iulia* ya que fue esta última la que provocó el cambio definitivo en el concepto. Dos textos contenidos en el Digesto nos dan la definición del delito para la época clásica: el primero, un comentario de Marciano al Libro XIV de sus *Institutas*, nos dice que *Lex Iulia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magistratu, potestate, curatione, legatione, uel quo alio officio, munere, ministerio publico cepit, uel quum ex cohorte cuius eroum est*²¹ y el segundo, un comentario de Macer al Libro I de los

²⁰ CARLO VENTURINI, *Studi sul crimen repetundarum nell'età repubblicana*, Milan, Giuffrè, 1979, p. 101.

²¹ D 48.11.1 La ley Julia sobre las concusiones se refiere a aquellas cantidades, que alguno tomó hallándose constituido en magistratura, potestad, administración, legación o en algún otro oficio, cargo o ministerio público, ó cuando forma parte de la comitiva de alguno de éstos. Para la traducción de los pasajes del Digesto se ha utilizado la edición latín - castellano de Idelfonso García del Corral, Barcelona, Lex Nova, 1989, t. III.

Juicios Públicos, que *Lege Iulia repetundarum tenetur, qui, quum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob iudicandum decernendumue acceperit*.²²

De ambas definiciones, vemos pues que el crimen suponía, a partir del siglo I d.C.: a) la obtención de bienes *pecuniam*²³ de forma ilegítima, circunstancia remarcada por la utilización del término *cepit* que significaba tomar por la fuerza,²⁴ por parte de quien se encontraba ejerciendo un cargo público, ya sea *magistratu, potestatem, officio, curatione* y *legatione*,²⁵ sin distinguir si el sujeto perjudicado era un provincial de aquellos territorios sometidos al poder romano y b) la corrupción judicial de quien siendo presidente o integrante de algún tribunal dictaba una sentencia favoreciendo o no a uno de los intereses involucrados según la expresión *ob iudicandum decernendumve acceperit* que se encontraba en la segunda definición.

²⁶

En concordancia con las interpretaciones proporcionadas por los juristas clásicos, el derecho imperial romano contempló dentro de este crimen las siguientes conductas: a) recibir donativos o regalos cuyo valor supere los cien áureos (D 48.11.6), b) recibir dinero por cambiar juez o árbitro o mandarle que juzgue o por no nombrarlo, no cambiarlo o no mandarle que juzgue, por poner a un hombre en prisión pública, o atarlo o dejarlo ir de las prisiones, por condenar o absolver (D 48.11.7pr), c) recibir obra pública que se ha de hacer o trigo que se ha de dar antes de que se hayan aprobado las condiciones que estuvieren prefijadas en la ley (D 48.11.7.2), d) vender o arrendar por un precio mayor o menor (D 48.11.8.1),

²² D 48.11.3 Por la ley Julia sobre las concusiones es responsable el que teniendo alguna potestad hubiere recibido dinero por juzgar o decretar.

²³ El término *pecunia* hacía referencia a “richesse en bétail, argent, fortune, richesse, monnaie”. s.u. *pecunia*. ALFRED ERNOUT – ALFRED MEILLET, *Dictionnaire etymologique de la langue latine. Histoire de mots*, Paris, Librairie C. Klincksieck, 1951.

²⁴ s.u. *capio*.

²⁵ El vocablo *magistratus* se derivaba de *magister*, término que significaba “maitre, chef, appartient d’abord a la langue du droit et de la religion”; *potestas* hacía referencia a “pouvoir, puissance, pouvoir politique”. s.u. *magis- potis*. Agrega Royo Arpón que el vocablo *potis* tenía un primer sentido que refería la señoría o preeminencia de alguien, mientras que *potestas* era una voz que especializaba el poder sobre personas en el ámbito familiar y que se aplicó también a la cualidad de poder de los magistrados sobre la *ciuitas*. JOSÉ MARÍA ROYO ARPÓN, *Palabras con poder*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 49. El término *officium*, definido como “travail, exécution”, se introdujo en el ámbito del derecho público para designar “les obligations d’une charge, les taches du magistrat”. s.u. *officium*.

²⁶ VENTURINI, *Studi sull...*, cit. p. 368.

e) corromper por dinero el cargo público que se les encomendó (D 48.11.9), f) dar sentencia por precio o aplicar una pena por precio o codicia (C. 9.28.4), g) el caso del juez que por cualquier circunstancia no fue probo (C. 9.28.4).

Las penas que previó el derecho romano fueron de diferente naturaleza y se agravaron con el correr del tiempo. Mientras que la primera ley que se conoce, la *lex Calpurnia* del 149 a.C., imponía la devolución del valor dado o prometido a través de un procedimiento propio del derecho civil, como fue la *actio per sacramentum*, ya en la época de los Gracos la conducta fue considerada como un crimen y sus penas aumentaron. Así la *Tabulae Bembinae* estableció un procedimiento público, alejado del privado anteriormente usado, de carácter acusatorio con una pena equivalente al doble de los bienes extorsionados. Posteriormente, la *lex Servilia Glaucia*, del año 106 a.C., mantuvo el valor del *duplum* de los bienes extorsionados pero agravó las consecuencias accesorias de la condena, como ser la posibilidad que recayera la infamia sobre el condenado. González Romanillo considera posible que esta norma haya previsto también la pena capital.²⁷ Tras la llegada de Cornelio Sila al poder, en el año 82 a.C., se sancionó la *Lex Cornelia* la cual volvió a establecer como pena la devolución del *simplum* del valor de los bienes que se habían adquirido por medios extorsivos, eliminó las consecuencias accesorias de la pena y mantuvo la posibilidad que el proceso terminara con la pena capital. Finalmente la ley de César agravó, aún más, las penas previendo las siguientes: devolución del valor de lo dado en soborno, el destierro a través de la deportación a una isla (D 48.11.7.3), prohibición de prestar públicamente testimonio, de ser juez y de demandar (D 48.11.61), la nota de infamia y posibilidad de accionar contra los herederos del acusado solo después de su muerte (D 48.11.2).

Producido el descubrimiento de la obra de Justiniano en el siglo XII en Bologna y difundido su estudio en las nacientes universidades europeas, el *corpus* romano se transformó en objeto de estudio de la ciencia jurídica bajomedieval que, junto con los aportes del derecho canónico, dieron lugar al derecho común que se aplicaría a Europa occidental.

²⁷ JOSÉ ANTONIO GONZALEZ ROMANILLO, *Aspectos procesales del crimen repetundarum. De los orígenes a Sila*, Madrid, Departamento de Publicaciones de la Universidad Complutense, 2003, p. 238.

El aporte que el derecho romano hizo al *ius commune* se concentró en la utilización que los intelectuales hicieron del concepto y de la casuística elaborados por los juristas clásicos romanos sobre las prescripciones de la *Lex Iulia* que se encontraban contenidas tanto en el Digesto como en el Código. En efecto, los filósofos y juristas europeos a partir del siglo XII recuperaron la obra de Justiniano, a la que consideraron como un derecho superior, y comenzaron a reconstruir semánticamente los pasajes de las Pandectas para luego, ya en una tarea propia de juristas, dedicarse a interpretar y conciliar aquellas novedades que traía el derecho romano con los derechos locales y con la tradición, a colmar las lagunas y a resolver las contradicciones que los textos tenían. Los conceptos, las clasificaciones, las justificaciones y las interpretaciones que los juristas romanos hicieron sobre el cohecho debieron recibirse con admiración y necesidad en el siglo XII en el marco de una cultura jurídica en la cual el derecho no era un sistema de regulación y de pensamiento, no había escuelas de derecho ni textos jurídicos que trataran categorías jurídicas como los delitos,²⁸ ni tampoco contaba con un régimen jurídico destinado a regular a los oficiales públicos.

Los primeros juristas como Bartolo de Sassoferrato con sus *Commentaria in tres libros codicis*, Cino de Pistoia en su obra *Lectura in codicem*, Baldo de Ubaldi en sus *Lectura Digesti veteris* y *Lectura super primo, secundo et tertio libro Codicis*, Azo de Bologna con la *Summa codicis et institutionum* y Accursio con su *Glosa Magna* comentaron las disposiciones contenidas en las diferentes partes de la obra de Justiniano, entre las cuales muy probablemente estaban las de la *lex Iulia*. Los posteriores siguieron invocando los antecedentes romanos para explicar el cohecho: en el siglo XV Gregorio López al redactar la glosa de la ley 25 del título 22 de la Partida 3, que hacía referencia a la pena que debía tener el juzgador que juzgó mal a sabiendas en un pleito de justicia, comentó la facultad que la norma le daba al rey para perdonar la vida del juez y desterrarlo para siempre indicando su antecedente romano “*Et in casu posset etiam facere iudex inferior; ut si iudex calore iracundiae, nimia crudelitate motus, hominen interfecit, ut in l. Lex Iulia 7 fin D. ad Leg. Jul. Repetund, et per Bald in dicta L. 1. Col 5. Ex dilicta defunctor*”.

El aporte dado por el derecho canónico provino de la revolución papal, llevada a cabo en el siglo XI por la cual la Iglesia declaró su

²⁸ HAROLD BERMAN, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 95.

supremacía sobre los príncipes seculares. Tras ella, los canonistas medievales dejaron asentado ante el mundo secular que: a) la iglesia se había transformado en un estado-corporación basado en derecho y con el papa como autoridad con facultades para formular leyes, fijar impuestos, castigar delitos, establecer y suprimir obispados, disponer de beneficios eclesiásticos, administrar todos los bienes de la Iglesia, actuar como juez de apelación de las sentencias de los tribunales eclesiásticos, b) el papa se ayudaría de una serie de oficiales eclesiásticos, que actuaban a nivel regional y local, como arzobispos, obispos, jefes de órdenes religiosas, cancilleres, tesoreros, notarios, escribanos, colegio de cardenales, administradores de la casa de abad, etc., c) la iglesia tenía un derecho propio, integrado por las “Decretales” de Gregorio IX, las “Extravagantes”, el “Decreto” de Graciano, que formaba un sistema de derecho. La iglesia se convirtió en una estructura jerárquica compuesta por una serie de cargos con distintas jerarquías y funciones, a los cuales se los calificó con el término *officium*, proveniente del derecho romano, entendido como aquellas funciones o servicios sagrados correspondientes al cargo que ejercía su titular.²⁹ Además los intelectuales eclesiásticos fijaron otras cuestiones relacionadas con los oficios como los impedimentos que tenían quienes pretendían aspirar a ingresar a la Iglesia a través de cualquiera de sus órdenes o los crímenes por los cuales un clérigo podía ser sancionado con la suspensión del oficio y la privación del beneficio que traía consigo el oficio. De esta manera, tal como sostiene García Marín, el oficio eclesiástico se transformó en un cargo con un régimen jurídico propio que regulaba cuestiones como el otorgamiento, las cualidades, las competencias, la forma en que debía ejercerse y las responsabilidades asumidas, etc.³⁰

Los conceptos provenientes del derecho canónico y del derecho romano sirvieron a los monarcas medievales para consolidar su poder frente a los señores feudales y dar comienzo a la formación de los estados modernos. En esta tarea, se posicionaron como cabezas de una organización jerárquica de oficiales que serían sus auxiliares en el manejo del reino (P 2.9 pr), abandonaron la anterior concepción por la cual el rey se valía de algunos oficiales para desempeñar ciertos servicios personales o comisiones

²⁹ DONALD HEINTSCHEL, *The medieval concept of an ecclesiastical office*, Washington, Catholic University of America, 1956, p. 17.

³⁰ JOSÉ MARÍA GARCÍA MARIN, *El oficio público en la Baja Edad Media*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, p. 28.

por el favor y delegación real sin sujeción a regla objetiva alguna y pasaron a valerse de un conjunto de oficiales con sus oficios institucionalizados bajo un régimen que contemplaba sus requisitos (P 2.9.2, RI 2.2.33), incompatibilidades y prohibiciones (RI 2.2.35-36, 2.16.15, 2.16.64), sus vínculos con el rey a través de juramento (P 2.9.26), funciones (P 2.9.3-5,9-20) y responsabilidades (RI 2.17.21, 2.17.31).

En estos esfuerzos puestos en la construcción del nuevo estado, era función del rey “mantener e guardar las tierras en justicia” (P 2.1.1), “gobernar cono conviene” (RI 2.2.1) para lo cual debía estar al tanto de la forma en que sus súbditos “son gobernados, porque podamos remediar con tiempo las cosas que ovieren menester remedio, mayormente pues que a Dios gracias nuestros súbditos son muchos e repartidos en muchas tierras e provincias de diversas qualidades y condiciones” (OO:RR 2.17.2). Se interpretaba que los oficiales de la administración “representan en lejanas regiones la autoridad de la majestad regia para mantener a los hombres en el cumplimiento de su oficio, deben brillar con especial nobleza de conducta”³¹ y que actuaban “en las partes y lugares donde los Reyes y Príncipes no pueden intervenir, ni regir y gobernar por sí la República”.³²

Por ello, no fue un tema menor el control que debían tener los oficiales y, en consecuencia, los monarcas prestaron gran interés en la forma en que estos cumplían con sus oficios y en las responsabilidades que debían asumir en caso de delitos. Así, el rey asumió oficialmente el control ordinario y periódico de sus oficiales, no solo para disciplinarlos y castigarlos por su negligencia en el ejercicio del oficio, sino también para satisfacer a los particulares agraviados por su conducta, es decir para hacer efectiva la responsabilidad del oficial frente a los destinatarios de su actuación.

Para cumplir con tales objetivos, los monarcas dedicaron numerosas normas que recogían los delitos que podían cometer en el ejercicio de sus funciones e impusieron severos castigos que podían llegar hasta la muerte del oficial (P 2.22.24) e institucionalizaron procedimientos como el juicio de

³¹ DIEGO AVENDAÑO, *Oidores y Oficiales de Hacienda. Thesaurus Indicus vol. I, Tít. IV y V*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2003, p. 153.

³² JUAN SOLORZANO PEREYRA, *Política Indiana*, Madrid, Ediciones Atlas, 1972, t. IV, p. 40.

residencia, la visita y el informe que se llevaron a cabo tanto en la península como en las colonias americanas.

Siguiendo los aportes dados por el derecho romano y el derecho canónico, los autores pertenecientes a la tradición castellano-indiana consideraron al cohecho como un delito de los más graves y dignos de la severidad de las leyes. Era sinónimo de “soborno, seducción o corrupción del juez u otra persona para que haga lo que se le pide aunque sea contra justicia”.³³ Solórzano Pereyra (Política Indiana 5.11) lo definió como “la venta que los jueces hacen de la justicia, recibiendo cosa alguna para hacer más o menos contra ella”. Ocurría cuando “se dejan corromper por dinero o presentes, violando las leyes del honor y probidad, cuando les está confiado el cuidar de su observancia”,³⁴ cuando se aceptaba “alguna cosa o dejarse seducir, sobornar o corromper por dar una providencia (si fuere juez o individuo del tribunal el que lo comete) o por acordar según interese al que la da (si fuese corporación u otra clase de autoridad”.³⁵ Entraba en la figura de cohecho

el admitir juez, asesor, escribano, o Ministro de Justicia donativos o regalos de dinero o géneros de poca o mucha entidad, por sí o por sus hijos, mujer, familia u otra cualquier persona; el recibirlos del actual litigante, del que próximamente ha de serlo o del que con mala intención captatoria se conduce; sea antes o después de dada la sentencia, sea ordinario el juez, sea delegado, sea de la suprema jerarquía, sea de la mediana o sea de la ínfima o inferior, sean las dádivas por vía de salarios o emolumentos, sean por vía de condonación de deuda, o comprando más barato o vendiendo más caro el juez.³⁶

³³ JOAQUÍN ESCRICHE, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Paris, Librería de Garnier Hermanos, 1890, p. 458.

³⁴ JOSÉ MARCOS GUTIERREZ, *Práctica criminal de España*, Madrid, Imprenta de D. Fermín Villalpando, 1819, pp. 142 y 145.

³⁵ JOSÉ FEBRERO, *Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, Madrid, Imprenta y Librería de Gaspar Roig, 1852, p. 276.

³⁶ SERVEN VILANOVA Y MAÑES, *Materia Criminal Forense o Tratado Universal Teórico y Práctico de los Delitos y Delincuentes*, Paris, Librería Hispano Francesa de Rosa, 1824, t. III, p. 117.

Seguía siendo, como en Roma, un delito doloso (FR 2.2.2.) que para su comisión “no era necesario que el juez, empleado o ministro hubiese recibido la dádiva o regalo que el litigante ofrecía sino que bastaba que hecha la oferta conviniese en recibirla porque la perfección del convenio es suficiente para demostrar su propósito de faltar al cumplimiento de su deber”.³⁷

Al igual que el derecho romano, la legislación castellano-indiana elaboró una casuística del delito que incluía supuestos como: a) el juez que por las dádivas recibidas ordenaba sentencia injusta (Espéculo 5.13.9; P 3.22.24), b) el juez que daba falsa sentencia (P 7.8.19), c) el juez que por la dádiva recibida sometía a una persona a tormento y esta moría o perdía algún miembro por las heridas (P 7.30.4) d) quien vendía su voto a cambio de dinero (Novísima Recopilación 7.4.7), e) los escribanos que recibían cosa de comer por el pago de sus derechos (Novísima Recopilación 5.24.2) f) el procurador que recibía dádivas para dilatar el pleito (Ordenanzas de Audiencias de Indias de los años 1563 y 1596), g) el corregidor, juez, oidor, alcalde, escribano alguacil, relator del consejo del rey que recibía donaciones, como oro, plata, viandas o cosas para comer o beber, (Ordenamiento de Alcalá 20.1; Novísima Recopilación 4.2.9; Ordenanzas Reales de Castilla 2.4.14, 2.15.30, 2.9.2, 2.15.7 y 2.3.34; Recopilación de Indias 5.2.26, 2.16.68, Ordenanzas de Antonio de Mendoza para México-1548 y Perú 1552; Ordenanzas de Palafox de 1646).

La vinculación del cohecho con el fenómeno de la corrupción en el antiguo régimen ha generado diferentes posiciones. Hay quienes entienden que la corrupción no era un abuso relativamente frecuente sino que formaba parte de un sistema con aceptación, más o menos general, incluyendo a la corona.³⁸ En este sentido Teresa A. de López afirma que los resultados de las visitas a la Audiencia de Caracas revelaron que “la práctica había institucionalizado la compra de la justicia, y con tanto arraigo que eran conocidos públicamente los procedimientos a seguir cuando se requería

³⁷ FEBRERO, *Librería de Jueces...*, cit., p. 277.

³⁸ HORST PIETSCHMANN, “Corrupción en las Indias Españolas: Revisión de un debate en la Historiografía sobre Hispanoamérica colonial”, MANUEL GONZALEZ JIMENEZ, - HORST PIETSCHMANN - FRANCISCO COMIN - JOSEPH PEREZ, *Instituciones y corrupción en la historia*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico-Universidad de Valladolid, 1998, p. 42.

sobornar a un funcionario para lograr un voto favorable”.³⁹ Esta postura toma como premisa algunas fuentes hispanas que destacaron que el cohecho fue conducta bastante frecuente. Entre ellas se destacan Solórzano Pereyra, quien reconoció que si bien la parcialidad y la codicia de los oficiales existía desde los tiempos del emperador Justiniano, en Indias fue “necesario que se estrechase con más aprieto, por ser en ellas mayores las ocasiones de incurrir en este pecado”,⁴⁰ el padre Diego de Avendaño para quien “hay un vicio peculiar en los jueces de Indias: la ambición de oro y plata” y “Los síntomas de avaricia en los altos cargos son más notables en los magistrados”,⁴¹ o Guardiola y Sáenz quien, tiempo después, exigía que los corregidores debían ser “amantes de la verdad y enemigos de la avaricia”.⁴² Por el contrario, para otros, la dádiva que se le daba al oficial no siempre tenía como intención lograr una conducta corrupta de su parte sino que también la entrega de bienes podía convertirse en una exhibición ostentosa, sin expectativas de retribución económica y solo con la intención de provocar un conjunto de relaciones sociales de favor y gratitud recíprocas. La dádiva marcaba *status* social y reputación de quien la daba y mantenía las relaciones de amistad, gratitud y servicio que caracterizaban a los vínculos políticos.⁴³

Más allá de las prácticas y costumbres locales, el discurso jurídico fijó severas penas para los oficiales que recibían dádivas, en algunas épocas se exceptuaron aquellas de poco valor que solo servían para comer o beber, con la intención de evitar sobornos escondidos. Algunas de ellas fueron continuadoras de las que regían en el derecho romano. Quienes merecían mayor pena eran los jueces que, como consecuencia de la dádiva recibida, daban sentencia injusta en pleitos de justicia, es decir aquellos que merecían como pena la muerte o lesión corporal del delincuente. En estos casos, las Partidas ordenaban que el juez debía recibir la misma pena que mando ejecutar en el acusado, salvo que la víctima fuere una persona de “menor guisa”, en cuyo caso, la pena para el juez será el destierro y la confiscación de

³⁹ MARÍA TERESA LOPEZ BOHORQUEZ, *Los ministros de la audiencia de Caracas (1786-1810)*, Caracas, Academia Nacional de la Historia, 1984, p. 107.

⁴⁰ SOLÓRZANO PEREYRA, *Política...*, cit., t. IV, p. 65.

⁴¹ AVENDAÑO, *Oidores y Oficiales...*, cit., p. 159.

⁴² LORENZO GUARDIOLA Y SAENZ, *El corregidor perfecto*, Madrid, Imprenta y Librería de López, 1785, p. 66.

⁴³ ANTONIO HESPANHA, *La gracia del derecho: economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 154-157.

bienes a favor del rey (P 3.22.25). Por oposición, los juicios que no merecían la muerte o la lesión corporal del delincuente, la pena para el oficial establecida por el texto Alfonsino era la pérdida del oficio, la tacha de infamia, la devolución del triple del valor de lo dado o el doble de lo prometidos más la nulidad de la sentencia dictada por el juez cohechador (P 3.22.24). Estas últimas penas también se aplicaron para otros oficiales combinándose de diferente manera: la pérdida del oficio (Fuero Real 2.2.2), la pérdida del juzgado más la declaración de infamia y el pago del doble de lo recibido en soborno (Espéculo 5.13.24; P 3.22.24 y Ord. Alcalá 20.1), confiscación de los bienes del oficial y penas corporales como los azotes, según el Ordenamiento de Toledo del año 1411, o el mismo castigo corporal ordenado por el juez cohechador (P 3.22.25), la expulsión de la Corte, la inhabilitación temporal o perpetua para ejercer algún oficio (Cortes de Plasencia de 1413) y el pago de las costas del juicio (P 7.30.4). Muchas de estas penas iban, en general, acompañadas de una multa (Ordenanzas Reales de Castilla 2.15.30) que, a veces, se entregaba al acusador y a la cámara del rey (Ordenanzas Reales de Castilla 2.4.14).

III. El cohecho en el proyecto de código penal de Carlos Tejedor.

Vencido Rosas en la batalla de Caseros, la nación argentina dio comienzo a dos procesos íntimamente ligados: uno, más inmediato, el constitucional, llevado a cabo en el período 1853-1860, y el otro, más lejano, la codificación, cumplida principalmente en los años 1858, 1871 y 1886 con las sanciones de los códigos de comercio, civil y penal respectivamente.

La codificación era vista como la tarea que los juristas decimonónicos debían hacer para dejar atrás la atrasada legislación española que aún, en algunos casos, se mantenía en uso y para darle al país un derecho moderno basado en las ideas racionalistas, ilustradas y liberales recibidas de Europa. Significaba la afirmación del derecho propio, llamado patrio o nacional, frente al derecho común al que se criticaba y se pretendía dejar. Era sinónimo de progreso para el país.⁴⁴ En este sentido, la ley era un

⁴⁴ Según Juan Bautista Alberdi “El derecho civil sud-americano debe dar facilidades a la industria y al comercio, simplificando las formas y reduciendo los requisitos de la adquisición y transmisión de la propiedad mobiliaria”. JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, El Ateneo, 1913, p. 80.

instrumento que debía utilizarse para lograr el desarrollo económico a través de la recepción de un nuevo concepto de propiedad con amplios poderes de disposición y administración de su titular, el fomento del comercio y de la industria, y la estimulación de la inmigración. También la ley permitiría eliminar las diferencias entre los hombres, reconocería derechos como la igualdad, la libertad, la seguridad, y construiría una eficaz administración de justicia, entre otros. En el ámbito penal la codificación también fue considerada, aún más, como una exigencia del siglo, como el camino que permitiría abandonar, en el plano teórico, aquellas leyes injustas, arbitrarias, confusas y desconocidas para el común de las gentes y, por lo tanto, inaplicables para dar paso a un derecho penal basado en la ley. Se reclamaba un código penal que “sea claro, terminante, de suerte que se halle al alcance de todos los individuos”.⁴⁵

La codificación reunió, simplificó y unificó complejos de normas de diferentes orígenes pero derivadas del *Corpus Iuris*, en parte, porque los juristas a los cuales se les encomendó esta tarea tenían una formación romanista y también porque, para la redacción de los códigos, ellos se valieron del derecho que se encontraba vigente que no era más que el de tradición romano-canónica. Para redactar los códigos, como explica Schipani, no se rechazó el *Corpus Iuris*, sino que se lo asumió reformulado en los conceptos, principios, instituciones y normas del método institucional y axiomático. El resultado de este proceso fue que “los códigos latinoamericanos de la independencia y de la transfusión del derecho romano se sitúan en la línea de continuidad con la obra de Justiniano, y se configuran asumiendo muchos de sus caracteres”⁴⁶ pues sus autores “utilizan ampliamente el Derecho Común, pero para transformarlo, en cierto modo, en derecho legislado, propio o nacional, como tal, vigente no en virtud de la autoridad de los juristas, sino de la potestad de los gobernantes”.⁴⁷

⁴⁵ Palabras de Manuel Quintana publicadas en *El Foro*, Revista de Legislación y Jurisprudencia, Buenos Aires, 1859. LEVAGGI, *Historia...*, cit., p. 183.

⁴⁶ SANDRO SCHIPANI, “Los códigos latinoamericanos de la transfusión del derecho romano y de la independencia hacia los códigos de la mezcla y códigos tipo”, *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, ABELARDO LEVAGGI (coord.), Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1992, pp. 64 y 72.

⁴⁷ BERNARDINO BRAVO LIRA, “Codificación civil en Iberoamérica y en la Península Ibérica (1827-1917). Derecho Nacional y Europeización”, LEVAGGI, *Fuentes ideológicas...*, cit., p. 85.

Los primeros intentos de codificación penal luego de 1853 comenzaron con la designación de Carlos Tejedor para la redacción de un proyecto de código, a través del decreto del 5 de diciembre de 1864.

Carlos Tejedor nació en Buenos Aires el 4 de noviembre de 1817. Estudió en la Universidad de Buenos Aires y se graduó como doctor en jurisprudencia, en 1837, con la tesis “Renuncia de gananciales de la mujer y el marido”. Para ingresar a la Academia de Jurisprudencia “disertó sobre el punto quisbus modis tollitur obligatio que en la Instituta de Justiniano es el Tit. 3° del Libro 3° [...] el que habiendo tocado en suerte el día anterior se le hicieron varias preguntas”.⁴⁸ En su juventud formó parte del “Club de los Cinco”, núcleo de jóvenes intelectuales que conspiraron contra el gobierno de Rosas, frecuentó el Salón Literario e integró la Asociación de Mayo. Luego del fracaso de la conspiración del coronel Ramón Maza para dar muerte a Rosas en 1839, en la cual participó activamente, se vio obligado a exiliarse a Chile donde trabajó como abogado y en la redacción de varios periódicos. Tras la batalla de Caseros volvió a Buenos Aires el 12 de junio de 1852 y comenzó a ejercer diversos cargos públicos. Ese mismo año se desempeñó como diputado en la Legislatura y al siguiente como director de la Biblioteca Nacional. Fue profesor de la Universidad de Buenos Aires en la materia Derecho Mercantil y Criminal entre los años 1856 y 1864 cuando se retiró definitivamente de la enseñanza para abocarse a la redacción del proyecto de código penal. Después de su tarea como codificador fue diputado, se desempeñó en la cartera de relaciones exteriores entre los años 1870 y 1874, fue procurador general de la nación y, en 1878, gobernador de Buenos Aires. Falleció el 3 de enero de 1903.⁴⁹ La enseñanza recibida en la Universidad de Buenos Aires se hizo bajo la influencia del derecho indiano, basado en el estudio de obras como “Instituciones del Derecho real de Castilla e Indias”, del guatemalteco José María Álvarez, en la que se indicaban expresas referencias a la legislación antigua, y también bajo la influencia de pensamiento natural racionalista a través de la utilización de la obra “Principios de Derecho natural y de Gentes” de Fortunato Bartolomé de Felice, autor suizo influenciado por el pensamiento de Bulmarqui y Pufendorf, que Rafael Casagemas utilizó en sus clases de derecho civil y de derecho natural y de gentes. Fue un “hombre notable por su patriotismo y

⁴⁸ AHPBA 7.3.121.9

⁴⁹ VICENTE CUTOLO, *Nuevo diccionario biográfico argentino (1750-1930)*, Tomo VII, Buenos Aires, Elche, pp. 290-293.

talento y la pureza de sus intenciones”,⁵⁰ uno “de los primeros jurisconsultos de Buenos Aires”⁵¹ que representó las “ideas liberales y republicanas”.⁵² Gabriel Ocampo y Vicente López lo recomendaron para ingresar a la Academia de Jurisprudencia diciendo:

ha mucho tiempo que conozco al Dr. Carlos Tejedor y que le he observado siempre una aplicación y contracción ejemplar que le ha proporcionado expedirse con lucimiento en la carrera que ha emprendido. Si a esto se agrega su moralidad jamás desmentida, le juzgo como uno de los jóvenes más dignos de estimación [...] conozco al Dr. Carlos Tejedor hace algún tiempo por un joven de buena opinión y forma por la moralidad de sus costumbres y por su empeñosa aplicación a los estudios.⁵³

Otros, ya en el siglo XX, lo calificaron como “un hombre que había nacido para la labor desinteresada y austera de la ciencia y no para las luchas de la política de aquella época”.⁵⁴

Fue un jurista que vivió bajo el eclecticismo presente a partir de la década de 1830, ideología que le permitió conjugar el respeto por la tradición con las exigencias del progreso.⁵⁵ Los síntomas de esta nueva mentalidad se plasmaron en la profunda convicción que se debía reformar la legislación para organizar a la patria, de formar una cultura nacional adquiriendo una civilización propia y repudiando la herencia que les había dejado España,⁵⁶ pero también se expresaron en las críticas a las teorías abstractas e inaplicables, a la apreciación del valor de la experiencia que los

⁵⁰ DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO, “Los emigrados”, *Obras de D.F. Sarmiento*, Buenos Aires, Imprenta y Litografía Mariano Moreno, 1897, t. XIV, pp. 396-397.

⁵¹ DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO, “Discursos Parlamentarios”, *Obras de...*, cit. t. XX, p. 203

⁵² DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO, “Política-Estado de Buenos Aires”, *Obras de...*, cit., t. XXV, p. 38.

⁵³ Opiniones de Gabriel Ocampo y Vicente López incluídas en el expediente iniciado por Carlos Tejedor para ingresar a la Academia de Jurisprudencia en 1831. AHPBA 7.3.121.19

⁵⁴ AGUSTÍN PESTALARDO, *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta Alsina, 1914, p. 115.

⁵⁵ VÍCTOR TAU ANZOATEGUI, *Las ideas jurídicas en la Argentina (Siglos XIX-XX)*, Buenos Aires, Perrot, 1987 p. 66.

⁵⁶ VÍCTOR TAU ANZOATEGUI, *La Codificación en la Argentina 1810-1870. Mentalidad social e Ideas Jurídicas*, Buenos Aires, Librería Histórica, 2008, p. 182.

ayudaría a conocer el verdadero carácter nacional y el reconocimiento de una conducta preventiva contra las innovaciones precipitadas, en la preferencia por el derecho científico alemán y francés.

Esta ideología fue expresada por Tejedor en las diferentes funciones que ejerció: como Asesor de Gobierno del Estado de Buenos Aires, “no cita casi nunca al derecho romano ni tampoco al Derecho Indiano” pero reconoció que “las leyes españolas que así lo disponen pueden mirarse como reglamentarias del artículo constitucional”,⁵⁷ como docente sus clases fueron un verdadero puente entre dos épocas pues las fuentes legislativas usadas en el “Curso de derecho criminal” fueron la legislación romana, la española, el derecho patrio y los códigos de entonces, principalmente los de Austria y de Prusia.⁵⁸

En su tarea codificadora, Tejedor, en coincidencia con las necesidades de la época, mostró un espíritu reformista. Sostuvo que “Si alguna parte de la legislación que nos rige, ha quedado en desacuerdo con los progresos de la sociedad ha hecho, desde los remotos siglos en que tuvo origen, es sin duda la que se refiere a la materia criminal” y que “En ninguna materia, menos que en ésta, la legislación existente corresponde a la época en que vivimos. Preciso será rehacerlo todo”.⁵⁹ Pero esta posición no significó el abandono del derecho heredado pues para la redacción del proyecto, nuestro autor se dedicó tanto al estudio de la legislación penal moderna, como los códigos de Bolivia, Brasil, Perú, de España, el código de Napoleón, el de Baviera, y de autores enrolados en el pensamiento ilustrado y liberal, Feuerbach, Rossi, Beccaria, Bentham y Filangieri, como a la utilización de textos castellanos, Las Siete Partidas, el Fuero Juzgo, la Novísima Recopilación, y del derecho romano y de juristas vinculados al *ius commune* como Gregorio López y Farinaccio. Bien explica Tau Anzoátegui esta posición:

Nuestro jurista del ochocientos adopta una actitud crítica ante el orden jurídico que ha heredado pero necesita

⁵⁷ ALBERTO DAVID LEIVA, *Dictámenes del Asesor de Gobierno del Estado de Buenos Aires*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1996, p. 25.

⁵⁸ ALBERTO DAVID LEIVA, “La enseñanza penal de Carlos Tejedor”, en *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, n° 28, 1998, p. 201.

⁵⁹ MOISÉS NILVE, “El proyecto Tejedor en la historia del derecho patrio argentino”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho, n°7, 1955-1956, Buenos Aires, p. 30.

servirse de mismo durante un lapso considerable. Se nos presenta, por ésta y otras razones, menos vinculado a la lectura de la ley y a las imposiciones de un orden legal; y con una mente más predispuesta a aprovechar los elementos jurídicos a su alcance, sin hacer una previa discriminación acerca de la exactitud de su vigencia legal. [...] un verdadero eclecticismo jurídico, bajo cuyo reinado se llevó a cabo la codificación nacional.⁶⁰

Detengámonos en las notas escritas por Tejedor a los artículos destinados al cohecho con la idea que ellas reflejan no solo los valores y principios jurídicos de la cultura jurídica dominante en la Argentina de los años 1860 y 1870⁶¹ sino también la interpretación del sentido de la ley que hace el legislador. En ellas vemos que para la descripción del delito, el codificador incluyó definiciones, conceptos y criterios provenientes del derecho romano que pasaron al castellano-indiano. Por ello, como afirma Zaffaroni, la codificación penal argentina presentó un mosaico de elementos en el que “se incorporaron modelos e ideas, comenzando con un corte aparentemente absoluto entre las legislaciones coloniales y las nacionales posteriores de la emancipación política”.⁶²

¿Cuál fue la ideología de las fuentes citadas por Tejedor en las notas relativas al delito de cohecho? Los códigos penales elegidos fueron cuerpos legales que se adhirieron al pensamiento ilustrado y liberal pero mantuvieron resabios del *ius commune* ya sea, tal como se ha indicado anteriormente, por el romanismo de sus autores y porque trabajaron sobre textos basados en este derecho.

Entre los códigos europeos utilizados se encontraba el código penal de Baviera, obra de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, cuya traducción

⁶⁰ VÍCTOR TAU ANZOATEGUI, “En torno a la mentalidad de nuestros juristas del ochocientos”, en *Revista de Historia del derecho*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho, n° 5, 1977, pp. 422-423 y 425.

⁶¹ EZEQUIEL ABASOLO, “Las notas de Dalmacio Vélez Sarsfield como expresiones del “ius commune” en la apoteosis de la codificación, o de cómo un código decimonónico pudo no ser la mejor manifestación de la Cultura del Código”, en *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n° 26, 2004, pp. 425.

⁶² RAÚL EUGENIO ZAFFARONI, *Códigos penales de los países de América Latina*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000, p. 26.

al francés hecha por Vattel en 1852 fue el texto que estuvo en manos de Tejedor. Destaca Duve que “En la Parte Especial [...] solamente se encuentra una recepción limitada de la fuente bávara”.⁶³ El código bávaro fue producto de las ideas liberales y de las críticas de Feuerbach al derecho penal común vigente en Alemania el siglo XIX, basado principalmente en la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532. En este texto, aún cuando se intentó dar importancia a las costumbres locales y a los estatutos del imperio, en algunas cuestiones se continuó con el *ius commune*.⁶⁴ Además fue el material del cual el codificador alemán tuvo que partir para construir la reforma que exigía el código, de tal manera que en el código penal bávaro y en la obra de Feuerbach indirectamente está presente el *ius commune*. No en vano, encontramos en su “Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania” expresiones que destacaron “la relación entre el *crimen repetundarum* con “*crimen male gestae administrationis*” registrado en L. 2 C. Th de L. Jul. Rep” y la definición de la codicia del funcionario como *crimen repetundarum*.⁶⁵ También señaló el código penal español de 1850 (ligera variante del de 1848). De este código se conoce que “el penalista que más influyó en la ciencia penal española del tiempo de la elaboración del Código Penal de 1848 fue, sin duda, Pellegrino Rossi quien defendía un sistema mixto en el que la justicia prevalecía sobre la utilidad”, que “reflejaba los principios de la ideología moderada, presente en el momento de la elaboración y aprobación en el gobierno de Narváez. Respondía en realidad a una defensa cerrada de la oligarquía que no estaba dispuesta a extender sus privilegios a las clases inferiores” y que “En cuanto a las fuentes legislativas utilizadas en la elaboración del código, los modelos en los que se inspiraron los redactores fueron el Código Penal de Austria de 1803, el de Francia de 1810, el de Nápoles de 1819, el Código Penal español de 1822, y el de Brasil de 1830, los tres últimos claramente deudores del francés”.⁶⁶ Pero también se destaca

⁶³ THOMAS DUVE, “¿Del absolutismo ilustrado al liberalismo reformista? La recepción del Código Penal Bávaro de 1813 de Paul J.A. von Feuerbach en Argentina y el debate sobre la reforma del derecho penal hasta 1921”, en *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, n° 29, 1999, p. 131.

⁶⁴ HELLMUNT VON WEBER, “La *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532”. Consultada en www.dykinsonon-line.com.

⁶⁵ PAUL JOHAN ANSELM VON FEUERBACH, *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, p. 305.

⁶⁶ EMILIA IÑESTA PASTOR, “El código penal español de 1848”, en *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos, Valparaíso*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n° 33, 2011, pp. 702-706.

que “Así como el código penal de Brasil es derecho portugués codificado según los moldes de la ciencia penal centroeuropea el código penal español es derecho castellano, de las Partidas, la Nueva Recopilación, fueros y demás” y que “En la otra parte, relativa a los delitos y su tipificación, no había mayores diferencias entre el derecho castellano y el portugués, ni entre los diversos países que se regían por uno y otro”.⁶⁷

Entre los americanos, el código de Brasil, obra de Bernardo Pereira de Vasconcelos, estuvo inspirado en los proyectos de Pascoal José de Mello Freire, para Portugal, y de Eduard Livingston, para Louisiana, y receptaba las enseñanzas de Beccaria, Montesquieu, Servant, Brissot, Rousseau, Voltaire, lo que daba clara idea de la tendencia iluminista. También fueron utilizados los códigos penales de Bolivia y Perú. El primero, sancionado en 1830 a instancia del Gran Mariscal Andrés Santa Cruz, estuvo principalmente inspirado en el código penal español de 1822, de ideología puramente liberal, en autores como Manuel de Lardizábal y Uribe y Bentham y también en el código de Napoleón en lo que refiere a la parte especial de los delitos. Pero este liberalismo que caracterizó al código boliviano no obstó a que, como sostiene Zaffaroni, el orden de los delitos “pasa a primer término la Constitución y con ella el Presidente de la República y la religión del Estado, lo que es una concesión a la sistemática de la Novísima Recopilación. Los títulos V y VI retoman la sistemática napoleónica. El título VII recoge los contenidos de los títulos XXV a XXVII de la Novísima Recopilación”.⁶⁸ El segundo, sancionado en 1863, estuvo inspirado en el Código Penal español de 1848-50 “por haber creído encontrar en sus disposiciones los más saludables principios y las mejores indicaciones de la ciencia, y en razón a que “estado las actuales costumbres de los peruanos vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes del idioma de Castilla no era posible alejar nuestro Proyecto de aquellas acertadas disposiciones”.⁶⁹

Como antecedente nacional, Tejedor hizo uso de la ley 49 de 1863, destinada a tipificar los delitos que serían competencia de la justicia federal,

⁶⁷ BERNARDINO BRAVO LIRA, “Bicentenario del Código Penal de Austria: Su proyección desde el Danubio a Filipinas”, en *Revista de estudios histórico – jurídicos, Valparaíso*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n° 26, 2004, p. 18.

⁶⁸ RAÚL EUGENIO ZAFFARONI, *Siglo y Medio de codificación penal en Iberoamérica*, Valparaíso, Edeal, 1980, p. 30.

⁶⁹ JOSÉ HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal*, Lima, Eddili, 1987, p. 74.

entre los cuales se encontraba el cohecho. Integró una trilogía de leyes que en la Argentina de la época se necesitaban con suma urgencia para que pudiera ponerse en funcionamiento a la propia Corte Suprema de Justicia.⁷⁰ En las sesiones llevadas a cabo en la Cámara de Senadores para discutir el proyecto de ley que había sido elaborado por la Corte, se destacan dos comentarios de los legisladores Alsina y Navarro, ambos del día 30 de junio de 1863, que, si bien no son referidos al cohecho sino a otros delitos, muy probablemente pueden dar cuenta de la supervivencia del *ius commune*. El primer comentario, perteneciente a Alsina, sostuvo que “la legislación penal francesa, de la cual me parece que los autores de este proyecto, han tomado mucho hay algo de penalidad a los ministro de culto”. El segundo, de Navarro, dicho al tratar el delito de traición, para la definición de enemigo al tratar el delito de traición invocó el antecedente romano: “enemigos, según lo define el Digesto, son aquellos a quienes el pueblo romano declaraba la guerra, o aquellos que habían declarado la guerra al pueblo romano”.⁷¹

El derecho romano, a través de la *lex Iulia repetundarum*, y el derecho castellano, por medio de las Siete Partidas, las Recopilaciones y el Fuero Juzgo, fueron utilizados expresamente en las notas de los cinco artículos utilizados para tipificar al cohecho. Según el primer artículo, el sujeto del delito era todo empleado en el orden administrativo o judicial, agente o encargado en cualquier ramo de la administración pública.⁷² “La calidad de funcionario o de agente de una administración pública es la primera base del crimen”, dice Tejedor en su nota, y lo explicó en base a dos antecedentes: la “*Lex Julia repetundarum pertinet ad eas pecunias quos in magistratu, potestate, uel quo alio officio cepit*” y la opinión de Adolphe Chauveau quien en la obra utilizada por nuestro codificador declaró expresamente lo siguiente: “La corruption est un crime spécial qui ne peut être commis que par des agents revêtus de

⁷⁰ El Ministro de Justicia declaró ante la Cámara de Senadores, el día 27 de junio de 1863, que “el país espera con impaciencia el ejercicio de la justicia federal, que como se ha dicho, es un poder moderador que conserva a los demás poderes e los límites de sus respectivas atribuciones, y será una garantía más de estabilidad para el provenir de la República”. Cámara de Diputados de la Nación, Secretaría Parlamentaria. Consultada a través de la página www.bcn.gov.ar

⁷¹ Cámara de Diputados de la Nación, Secretaría Parlamentaria. Ley 49. Delitos cuyo juzgamiento compete a los Tribunales Nacionales. Consultada a través de la página www.bcn.gov.ar

⁷² Para las menciones y transcripciones de los artículos del proyecto y de las notas de Tejedor se ha utilizado: CARLOS TEJEDOR, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por el Encargo del Gobierno Nacional por el Doctor Don Carlos Tejedor*, Buenos Aires, Imprenta del Comercio del Plata, 1867.

cette quilité; *lex Julia repretundarum pertinet ad eas pecunias quas qui in magistratu, potestate, uel quo alio officio cepit*".⁷³

Inmediatamente Tejedor describió la conducta tipo: recibir dinero o cualquier otra dádiva o aceptar una promesa directa o indirecta para hacer o dejar de hacer alguna cosa. En su nota enseño que "La mayor parte de las legislaciones modernas han colocado en la misma línea las promesas y dones, de conformidad con la ley romana, *qui accepit uel promissionem suscepit*" que podía provenir del sujeto involucrado o de terceras personas. Esta diferencia, que poca importancia tenía en la tipificación del delito, "no ofrecía dudas en el derecho Romano. El crimen era el mismo sea que se cometiese, *per se siue per interpositam personam (L. 2 C. ad leg. Jul. Repetundarum)*". Esta circunstancia pasó al derecho español, también invocado en la nota: "En el antiguo derecho español es espresa la ley 9 tit. 1 lib. II Novis "Siempre que se provase, dice, que por malicia, ú omisión, ó condescendencia permitan que reciban los regalos sus mujeres, hijos y demás familiares y domésticos".⁷⁴

El último elemento del tipo penal era el hacer o dejar de hacer algo por parte del funcionario sobornado que era de su competencia por sus funciones. Dice expresamente la nota

Es decir un acto cometido en el ejercicio de sus funciones, un acto que haga parte de las atribuciones legales del funcionario, en una palabra, un acto de su competencia, *ex officio suo*, según la espresión de la ley Romana [...] Por lo demás poco importa que después de recibir los dones ó promesas deje de ejecutarse el acto. *Si igitur accepit*, decía la ley Romana, *ut negotium faceret, siue fecit siue non fecit, tebetur qui accepit ut me faceret, et si fecit tenetur (l. 3 l.D. de calumniat)*.⁷⁵

Merecía en el proyecto de código un artículo aparte en el que se preveían lo siguientes casos: a) el caso del juez que por precio dictaba

⁷³ ADOLPHE CHAUVEAU – FAUSTIN HELIE, *Théorie du Code Penal*, Paris, Cosse Marchal Cia, 1863, t. II, p. 600.

⁷⁴ TEJEDOR, *Proyecto de...*, cit., pp. 492-493.

⁷⁵ TEJEDOR, *Proyecto de...*, cit., p.493.

sentencia, aunque sea justa, b) si la sentencia injusta del juez había sido dictada en un juicio civil o en un juicio penal sin imposición de pena corporal y c) si la sentencia injusta imponía una pena corporal. En el primer supuesto la pena prevista era pérdida del empleo e inhabilitación por cinco años para obtener otro cargo más una multa igual al triple del valor de la dádiva o promesa, en el segundo se le sumaba un año de prisión al funcionario condenado y en el tercer caso el juez sufría la misma pena impuesta luego del cohecho salvo la de muerte. Para explicar esto, Tejedor acudió a los antecedentes romanos y castellanos:

En materia civil, la pena de la corrupción no era más que una multa doble o triple del valor de las cosas prometidas o recibidas, y la pérdida del empleo: en materia criminal, la pena era la confiscación de bienes y el destierro. Esta distinción pasó al derecho español. Según las Partidas en las causas civiles podían hacerse tres hipótesis. Que la injusticia se cometa por amor o desamor, por necesidad o por paga o promesa. En el primer caso la pena es otro tanto, daños, espensas e infamia. En el segundo daños solamente jurando no dio juicio maliciosamente. En el tercero tres tanto de lo que le dieron o prometieron, daños, espensas, nulidad de juicio e infamia, perdiendo el sobornador lo que le dio (L. 24 tit. 22 p. 3 y 52 tit. 14 p. 5. En el F. Juzgo véase la ley 19 tit. 1 lib. 2). En las causas criminales por el contrario, la ley no distinguía, ya sea que el juez sentenciase injustamente a sabiendas o por error, debía ser condenado a la misma pena que él hubiese impuesto, conmutable, si era la de muerte, en destierro con infamia y confiscación.⁷⁶

En cuanto al último supuesto que preveía la aplicación de la misma pena que impuso el juez sobornado, dice Tejedor que “trae su origen del derecho romano [...] El juez era considerado culpable de homicidio, pero por una exención que justificaba la gravedad de la pena de muerte, era menester

⁷⁶ TEJEDOR, *Proyecto de...*, cit., pp. 495-496.

para que esta pudiera aplicarse al juez que se ejecutare la condenación [...] La misma regla se ha reproducido en las legislaciones modernas”.⁷⁷

El proyecto preveía las penas para el que daba o prometía la dádiva las cuales se asemejaban a las que merecía el empleado corrompido a menos que el soborno fuese hecho a favor de reo por su cónyuge, ascendiente, hermanos o afines en los mismos grados, en cuyo caso solamente se le imponía al sobornante una multa del mismo valor que el de la dádiva o promesa. Referente a este artículo Tejedor se apartó del derecho romano para centrarse en el castellano en textos como las Siete Partidas (P 7.7.1, P. 3,22.26) y la Novísima Recopilación (11.1.8).

Finalmente Tejedor se detiene en la invocación de autores de la talla de Próspero Farinacci, (1554-1618) y de Gregorio López, (1496-1560) ambos asociados al *mos italicus* o bartolistas. Bajo su influencia el estudio del derecho llegó a ser menos académico y más orientado hacia los problemas jurídicos cotidianos. Buscaban encontrar en los textos jurídicos reglas que pudieran ser apropiadas para la sociedad de su época. En este sentido se encuentran dentro de la literatura jurídica las colecciones destinadas a reunir las respuestas de los juristas a algún problema que se planteaba, tal es el caso de los *Consilia sive responsa* de Farinaccio, como los comentarios del derecho real que estudiaba el derecho territorial desde la perspectiva del derecho común, dentro de los cuales estaban los de Gregorio López.

Otro autor más moderno del cual Tejedor extrajo párrafos de su obra fue Adolphe Chauveau (1802-1868), penalista francés, profesor de derecho de la Universidad de Toulouse y juez de la Corte de Apelación que se vinculó a la escuela clásica del derecho penal.

IV Conclusión.

El análisis de las notas escritas por Carlos Tejedor para explicar al cohecho en su Proyecto de Código Penal revela la supervivencia de la tradición indiana la cual se manifestó no solo en la utilización de los antecedentes normativos romanos y castellanos sino también en la

⁷⁷ TEJEDOR, *Proyecto de...*, cit., p. 497.

invocación de la doctrina de juristas vinculados en mayor o en menor medida al *ius commune*.

La explicación de tal fenómeno se debió, al igual que el resto del fenómeno codificador, a la formación romanista del codificador pero también al pensamiento ecléctico de la generación de intelectuales a los cuales se les confió la redacción de los códigos argentinos que les impidió desechar los antecedentes de derecho heredado para rescatar aquellas cuestiones que podían mantenerse en el nuevo derecho penal que pretendían construir.