

MELO FREIRE Y LA ILUSTRACION CATOLICA Y NACIONAL EN EL MUNDO DE HABLA CASTELLANA Y PORTUGUESA *

BERNARDINO BRAVO LIRA
Universidad de Chile

I

Pascoal José de Melo Freire nació en Ansião, en 1738. Se doctoró en derecho en la Universidad de Coimbra en 1757, esto es, a los 19 años. Ahí mismo inició su carrera docente como *condutário* de varias cátedras. Su postulación a la cátedra de Visperas en 1765 fracasó, a pesar de que rindió excelentes pruebas.

En 1772 comenzó la reforma de los estudios universitarios promovida por el marqués de Pombal, de acuerdo a las ideas expuestas por Verney en su *Verdadeiro método de estudar*¹. Se erigió entonces la cátedra de Derecho Patrio², cuyo primer titular fue José Joaquín Vieira Co-

* El autor agradece a la Fundación Alexander von Humboldt su ayuda para completar la investigación en el Max Planck-Institut f. europäische Rechtsgeschichte de Frankfurt am M.

¹ BARBADINHO, *Verdadeiro Metodo de Estudar para ser util á republica e á Egreja proporcionado ao estilo e necessidade de Portugal*, 4 Vol., Valencia 1746. Hay otra edición en 2 vol., Nápoles 1746, descrita por Braga da Cruz Guilherme, *O direito subsidiario na história do direito portuguez*, Coimbra 1975, pág. 280, nota 106. Una edición moderna, M. Antonio Salgado Junior, 5 vol., Lisboa 1949-52. Trad. castellana por José Maymo y Ribes, 4 vol., Madrid 1760.

² CABRAL DE MONCADA, Luis, *O'seculo XVIII' na legislação de Pombal en Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de*

dinho, y Melo Freire sustituto. En esta calidad le correspondió inaugurar la cátedra en 1774³.

Pero la época más fecunda de su vida es la que sigue al gobierno de Pombal. Melo Freire es una gran figura de la Ilustración postpombalina.

En 1781 pasó a ser titular de la cátedra de Derecho Patrio⁴. Pero la abandonó dos años después a fin de radicarse en Lisboa, a donde fue llamado para formar parte de la Junta del Nuevo Código, instituida por la reina María, después del alejamiento de Pombal, por decreto de 31 de marzo de 1778, con el objeto de revisar y reformar la legislación y preparar un nuevo cuerpo legal⁵. Por decreto de 14 de enero de 1790 se le concedió la jubilación de su cátedra.

En 1785 fue nombrado desembargador o juez de la Casa da Suplicação.

En Lisboa, Melo Freire dio cima a sus principales obras. Dentro de la Junta se encargó de los libros II y V del proyecto de Nuevo Código de Derecho Público de Portugal, dedicados, respectivamente, al derecho público y al derecho penal.

Estos trabajos se publicaron póstumamente⁶. Del *Projecto de Código Criminal* se hicieron dos ediciones, ambas en Lisboa, en 1823⁷, en tanto que el *Projecto de Código*

Coimbra 9, Coimbra 1926, ahora en él mismo, *Estudos de História do Direito*, vol. I, Coimbra 1948, pág. 83 ss.

³ P(AULO) M(EREA), *Notas sobre alguns lentes de Direito Patrio no período 1772-1804* en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 36, Coimbra 1961, pág. 318 ss., esp. pág. 319 ss.

⁴ Id. pág. 320.

⁵ Ibid. A., pág. 43.

⁶ MERA, nota 3, pág. 321.

⁷ MELLO FREIRE, Pascoal José, *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria I, autor... segunda edição castigada dos erros corrector o licenciado Francisco Freire de Melo, sobrinho do autor*,

de *Direito Público* fue publicado por primera vez en Coimbra en 1844⁸.

No obstante, estas obras dieron lugar a una ruidosa polémica con el revisor de ellas, Antonio Ribeiro dos Santos, profesor de cánones. Ribeiro era partidario del restablecimiento de las antiguas libertades portuguesas y de volver a dar significación a las cortes, que habían caído en desuso⁹. En esto, su pensamiento presenta indudable semejanza con el que veinte años después sustentó en España Jovellanos¹⁰.

En 1788 y 1789 vieron la luz pública, sucesivamente, dos obras fundamentales de Melo Freire, llamadas a alcanzar gran significación posterior.

La primera de ellas es la *Historia iuris civilis Lusitani*, impresa en Lisboa en 1788¹¹, que es también el primer libro dedicado a la historia del derecho portugués¹². Asimismo,

Lisboa 1823. Debo el ejemplar de esta obra al Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, de la Universidad Católica de La Plata.

⁸ *Projecto de Código de Direito Publico*, Coimbra 1844, cfr. Serrao, Joel (director), *Diccionario de História de Portugal*, pág. 249 ss., esp. pág. 250.

⁹ RIBEIRO, Antonio, *Notas ao plano do Novo Código de Direito Publico de Portugal do Dor. Pascoal José de Mello... en 1789*, Coimbra 1844.

¹⁰ BRAVO LIRA, Bernardino, *Jovellanos y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa*, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 8, Valparaíso 1984.

¹¹ MELLII FREIRII, Paschalis Josephi, *História iuris civilis Lusitani*, Lisboa 1788. Hay trad. portuguesa, Pinto de Menezes Miguel *História do Direito Civil Portuguez*, en *Boletim do Ministerio de Justiça* 173-175 (Lisboa) 1968.

¹² La primera exposición de conjunto sobre la historia del derecho portugués se debe a Francisco de Almeida e Jordan y se contiene en el Appendix a su traducción portuguesa de la obra de Francisco Bermúdez de Pedraza, titulada *Arte legal para estudar a jurisprudencia*, Lisboa 1737. El apéndice *Da origem do Direito Real de Portugal*, pág. 138 ss. Agradezco al Prof. Nuno Espinosa Gomes da Silva su ayuda para obtener este texto. La obra de

dio lugar a una censura polémica. El diputado de la Real mesa censoria Antonio Pereira de Figueiredo (1725-1797) objetó como subversivas ciertas interpretaciones de Melo Freire, porque no se compadecían con la plenitud del absolutismo. El interpelado respondió con energía¹³, y en definitiva la censura no impidió que la obra fuera señalada oficialmente como texto para la cátedra de Historia de los derechos romano y patrio. En el hecho, los profesores se limitaban de ordinario a la parte relativa al derecho romano, y eran los de la cátedra de Derecho patrio quienes se ocupaban del Derecho portugués¹⁴. Por lo demás, según veremos en seguida, para su cátedra tenían señaladas otras obras de Melo Freire.

Se trata de las *Institutiones iuris civilis Lusitani tum Publici cum Privati*, publicadas en Lisboa en 1789¹⁵. Como su título lo indica, no estamos ante un libro de Institutas de derecho portugués, similar a los que había en otros países europeos. Es el primer libro de Institutas portugués, pero se diferencia de los otros de este género, porque incluye una primera parte dedicada al derecho público. Fue adoptado como texto para la cátedra de Derecho Patrio por aviso regio de 7 de mayo de 1805¹⁶.

A las dos obras anteriores se añade otra que con ellas compone una especie de trilogía. Son las *Institutionum*

Bermúdez de Pedraza es *Arte legal para estudiar la jurisprudencia. Con la Paratitla y exposición a los títulos de los cuatro libros de Instituciones de Justiniano*, Salamanca 1612.

¹³ MELO, Pascoal José de, *Resposta contra a censura do Compendio 'Historia iuris civilis Lusitani' feita por Antonio Pereira de Figueiredo deputado de la extinta Real Mesa censoria* (1809), cfr. A. pág. 46.

¹⁴ MERA, nota 3, pág. 321, nota 9.

¹⁵ MELLII FREIRI, Paschalis Josephi, *Institutiones iuris civilis Lusitani, tum Publici cum Privati*, Lisboa 1789.

¹⁶ MERA, nota 3, pág. 321.

iuris criminalis, cuya primera edición se hizo en Lisboa en 1794¹⁷.

Además de sus trabajos jurídicos, Melo Freire desempeñó un papel destacado en la vida judicial y cultural. Fue miembro de la Real Academia das Ciências de Lisboa, establecida en 1779; formó parte de diversas mesas, comisiones y consejos y, en fin, desde 1793 fue Consejero real. Falleció en 1798¹⁸.

II

En 1788 se publicó la *Historia iuris civilis Lusitani* de Melo Freire. Ella se basa en sus lecciones en Coimbra acerca de esta materia y estaba terminada en 1777, esto es, seis años antes de que Melo Freire se trasladara a Lisboa. Esta historia puede servirnos de introducción al estudio de la obra de Melo Freire, pues permite conocer de cerca los autores que manejaba.

En primer lugar, trata de la región portuguesa antes de la fundación del reino en el siglo xi. Se remonta hasta la época prerromana. Luego se ocupa del reino de Portugal, en períodos que coinciden más o menos con las tres dinastías: la casa de Borgoña, los Avís y los Braganza.

¹⁷ MELLI FREIRE, Paschalis Josephi, *Institutionum iuris criminalis Lusitani liber singularis*, Lisboa 1794. Hay una segunda edición de 1829 y una tercera de Coimbra 1842. Cito según esta última. Debo al profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, de la Universidad Católica de La Plata, el ejemplar de esta obra. Mereza, nota 3, afirma que esta obra se editó póstumamente, pero Espinosa Gomes da Silva, Nuno, *Humanismo e direito em Portugal no século XVI*, Lisboa 1964, pág. 379 ss., menciona una edición de 1794 en Lisboa.

¹⁸ Una biografía de Melo Freire, Almeida Costa, Mario Julio, *Mello Freire* en: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 44, Coimbra 1968, pág. 214 ss.

Termina con un panorama de los juristas portugueses en el capítulo XII, al que sigue un último capítulo acerca de la interpretación de las leyes.

Melo Freire menciona gran número de autores jurídicos portugueses de los siglos XVI, XVII y XVIII. Pero tiene sus preferencias, en particular por la jurisprudencia humanista del siglo XVI, a la que mira como antecesora de la jurisprudencia ilustrada, a la cual él mismo pertenece. En consecuencia, menosprecia el bartolismo y el neobartolismo, y, en general, a los juristas de los siglos XVII y XVIII que preceden a la Ilustración¹⁹. Esto le lleva a lanzar a veces afirmaciones aventuradas, como la que se permite a propósito del cultivo del derecho romano, si bien con la cláusula restrictiva *si diis placet*. Después de exaltar a Antonio Gouveia hasta el punto de llamarle el Cujacio de los portugueses, atribuye la calidad de seguidores suyos a insignes bartolistas como Pedro Barbosa y Francisco de Caldas Pereira, o a juristas más bien contemporáneos de Gouveia, como Manuel da Costa y Aires Pinhel²⁰.

Después de los canonistas, menciona también Melo Freire a los prácticos como Alvaro Valasco, Jorge de Cabedo, Gabriel Pereira de Castro y, en especial, Manuel

¹⁹ GOMES DA SILVA, nota 17, pág. 84 ss.

²⁰ GOUVEIA, Antonio (1505-65), autor de *Variarum Lectionum*, Toulouse 1552, varias ediciones posteriores. Sus *Opera omnia iuridicis* se publicaron en Jena en 1596. Barbosa de Luna, Pedro (1530/35-1606) autor de *Commentari ad Rubricam et leges Codicis de prescriptiones*, Lisboa 1627. Sus *Opera Omnia* se publicaron en Colonia Allobrogorum en 1737. Pereyra e Castro, Francisco de Caldas (1543-97) escribió un *Commentarius analyticus*, Lisboa 1583. Sus *Opera omnia* se publicaron en 7 volúmenes en Lyon el año 1660. Costa Manuel da (1505/15-1563/64), autor de *Commentaria ad legem cum tale*, Coimbra 1548. Pinhel, Aires (1505/15-1580/1600), autor de *Ad constitutiones Cod. de bonis maternis*, Coimbra 1557, de la que se hicieron 17 ediciones hasta 1668.

Mendes de Castro²¹. Entre los comentaristas de las Ordenações señala a Manuel Barbosa en el siglo XVI, a Manuel Alvares Pegas en el XVII y a Manuel Gonçães Silva y Pantaleao Araújo Guerra en el XVIII²².

El capítulo XIII, dedicado a la interpretación, es también muy sugerente, pues deja ver que Melo Freire unía al conocimiento de los juristas portugueses el de los principales iusnaturalistas europeos.

Melo Freire critica la forma en que los jueces de su tiempo usaban de la hermenéutica. Sostiene que las reglas y definiciones del derecho portugués deben conjugarse con los principios de hermenéutica general. Define las diversas especies de interpretación y las estudia a la luz de los juristas portugueses y europeos. Entre estos últimos se cita en diversos pasajes a Grocio, Pufendorf, Tomasio y Heinecio²³.

²¹ VAZ (VALASCO) Alvaro (1526-93), *Decisionum, consultationum ac rerum iudicatarum in regno Lusitaniae, libri duo*, Lisboa 1588-1601. Cabedo Jorge de, *Practicarum observationum sive decisionum Supremi Senatu Regni Lusitaniae*, Lisboa 1602-1604, reeditado 6 veces hasta 1736. Pereira de Castro, Gabriel (editor), *Decisiones Supremi Eminentissimusque Senatus Portugalliae* (de Francisco de Caldas Pereira de Castro), Lisboa 1603, reeditado cinco veces hasta 1745. Mendes de Castro Manuel (1550/60-1620/23), *Practica Lusitana, advocatis, iudicibus utroque foro quotidie versantibus, admodum utilis et necessaria. In quinque libros divisa*, Lisboa 1619, reeditado siete veces hasta 1767.

²² ALVARES PEGAS, Emmanuelis (1635-1696), *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, 14 vol., Lisboa 1669-1703. Goncalvez da Silva, Emmanuelis, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, 3 vol., Lisboa 1731-33. Araújo Netto e Guerra, Pantaleao, *Commentaria ad Ordinationes Portugalliae Regni*, Coimbra 1740.

²³ GROTIUS, Hugo (1583-1645), *De iure Belli ac Pacis libri tres* 1625. Pufendorf Samuel (1632-1694), *De iure Naturae et Gentium libri octo*, Lund 1672. Thomasius, Christian (1655-1728), *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium ex sensu communi deducta*. HEINECKE, Johann Gottlieb (1681-1741) castellanizado Hei-

III

A los tres años de trabajo en la Junta del Nuevo Código pudo presentar Melo Freire su *Projecto de Código Criminal*, destinado a reemplazar y a completar en diversos sentidos la confusa y heterogénea masa de leyes penales contenidas en el libro v de las *Ordenações Filipinas*²⁴.

De ahí que diga, en la introducción, que debe comenzar por hacer una crítica de ella:

“No puedo por eso dispensarme de hablar de los grandes defectos de la actual Ordenação del libro quinto, en que se contiene nuestro Código Criminal. La considero, o bien en la sustancia de la cosa, o bien respecto del orden, o bien en la falta y omisión de las materias que debieron necesariamente tratarse”²⁵.

Su crítica de la legislación penal vigente comprende cuatro aspectos principales.

En primer término, señala la imprecisión y las omisiones que se advierten al tratar de los delitos:

“Los delitos no se distinguen ni se separan entre sí por su orden y clase: las doctrinas y reglas generales sobre los delitos, los delincuentes y las penas, y sobre las pruebas, indicios y presunciones están absolutamente omitidas”²⁶.

necio, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum, Elementa iuris Germanici*, Halle 1736.

²⁴ *Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado do Rei D. Felipe o Primeiro. Nona Edição feita sobre a primeira de Coimbra de 1789, confrontada e expurgada pela original de 1603, Coimbra, 1824.*

²⁵ C., pág. II.

²⁶ *Ibid.*

Luego se refiere al rigor de la antigua legislación penal, tan contrario al espíritu de la Ilustración:

“pero esto es lo menos; lo más es que la misma legislación en su fundamento por la mayor parte es inconsecuente, injusta y cruel”²⁷.

En tercer término, censura el arbitrio judicial y el recurso al derecho romano, que se oponen a la vigencia absoluta del derecho patrio o nacional:

“En el primer título veo que la Ordenação manda castigar a los herejes con las penas determinadas por derecho: no declara qué derecho. Y porque no debe haber otro fuero que el del reino, que no las define, deja su determinación o bien a la ignorancia de los jueces o bien al derecho romano o canónico”²⁸.

Finalmente, señala la falta de esa correspondencia entre el delito y la pena que reclaman con ardor los autores ilustrados:

“las penas no tienen proporción con los delitos y son regularmente crueles e injustas”²⁹.

Pasa enseguida a exponer el plan de su código, en el que distingue tres partes:

“En la primera parte trataré de los crímenes en general, su división, de las personas capaces de delinquir, de los diversos delinquentes y diversidad de las penas”³⁰.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ *C.*, pág. III.

²⁹ *C.*, pág. V.

³⁰ *Ibíd.*

A modo de anexo a esta parte, incluye todo lo relativo a los delitos en particular; agrupados por su objeto y las penas correspondientes:

“Aquí hago entrar como apéndice o accesorio, las diversas especies y órdenes de crímenes, que son religiosos, carnales, públicos, particulares, comunes y privilegiados”³¹.

El contenido de esta primera parte está concebido como la información necesaria al juez para entrar en el conocimiento de las causas criminales. Así, explica:

“Preparados así los jueces con los conocimientos preliminares y las ideas generales de justicia y de equidad sobre los delitos, delincuentes y sus penas, trataré, en la segunda parte, de la naturaleza y fuerza de las pruebas, su diversidad, y de los indicios o presunciones jurídicas”³².

En esta segunda parte pone Melo Freire lo mejor de sí, ya que se encuentra falto de apoyo en la legislación portuguesa o extranjera. Según él mismo dice, se trata de una:

“materia tan importante y absolutamente omitida en nuestras leyes que apenas se trata en las extranjeras, en que nuestros escritores y los extranjeros a cada paso se engañan, proponiendo principios errados, en gravísimo perjuicio de toda la humanidad”³³.

³¹ C., págs. V-VI.

³² C., pág. VI

³³ *Ibíd.*

Subraya:

“A esta parte pertenece la materia particular del juramento judicial y purgatorio, de la acción o acusación, de la defensa, del examen e inquisición, de los testimonios y de confrontación del reo y otras cosas”³⁴.

Para terminar, dice:

“En la Tercera Parte hablaré del orden del proceso criminal, el cual como sea tan conexo y dependiente del orden del proceso civil, por ser uno y otro introducido para averiguación de la verdad, que es lo que sólo se procura saber en uno u otro proceso, sin tocar en las nociones y formalidades judiciarias, comunes y generales a las causas todas y en todos los juicios y litigios (que la Junta de Código confió a manos más diestras que las mías), trataré sólo de las propias del proceso criminal”³⁵.

Tal es el plan del proyecto de Código Criminal de Melo Freire. Como se ha visto, abarca tanto el derecho penal como el procesal penal. Pero en el texto las tres partes referidas no están separadas. Antes bien, consta de 66 títulos seguidos, sin ninguna división en partes o libros. La primera está formada por los títulos I a xxxiv, que comprenden una breve sección general, desde el I hasta el iv, y una detallada sección especial sobre los distintos delitos y sus penas, desde el título v hasta el xxxiv. La segunda parte abarca los títulos xxxv a lxxx y, la tercera, los títulos lxxxi a lxxvi, que corresponden al procedimiento penal.

De su proyecto, dice Melo Freire al terminar la introducción, que es:

³⁴ Ibíd.

³⁵ C., pág. xv.

“más un ensayo o bosquejo para un buen Código criminal, que un Código perfecto en todos sus acápites”³⁶.

El orden en que se trata de los delitos refleja en cierta medida una escala de valores, conforme a la cual está elaborado el texto.

La clave para entenderlo nos la da la clasificación de los delitos de Melo Freire, que desciende desde los delitos religiosos, colocados en un indiscutible primer lugar, a los delitos carnales y de ellos a los delitos públicos, los que, a su vez, son seguidos por los particulares, distinguiendo entre comunes y privilegiados³⁷.

Los delitos relativos a la religión son tratados en primer lugar y con bastante detenimiento. Se distinguen seis: herejía y apostasía, blasfemia, perjurio, impostura y sacrilegio. Por otra parte, se explica por qué y cuándo la herejía es, además de un crimen religioso, un crimen político sujeto a pena.

Entre los delitos públicos se destacan los dos primeros, que se refieren al rey: la alta traición y la lesa majestad. A propósito del primero, se señala expresamente su gravedad. Lo que plantea el problema del por qué estos delitos están precedidos de la usura y de los delitos carnales. De la alta traición se dice:

“El que directa e inmediatamente ofendiere o atacare a la sociedad o a nuestra Real Persona o nuestro real y supremo poder y autoridad es reo del mayor delito que puede cometer el vasallo”³⁸.

³⁶ C., pág. V.

³⁷ C. Introdução, pág. V.

³⁸ C., XIII, pág. 25.

La extensa serie de delitos públicos que sigue se explica bien como complemento y continuación de los delitos contra el rey.

Luego vienen los delitos particulares. Aquí se plantea una dificultad, porque expresamente se dice que el más grave es el homicidio. No obstante lo cual, se trata de él después de muchos otros. A modo de preámbulo, se dice del homicidio:

“El homicidio, el mayor de todos los crímenes particulares, por las circunstancias que en él pueden concurrir, es o simple o calificado”³⁹.

Finalmente, tampoco es claro que en esta parte descriptiva de los delitos, Melo Freire distinga entre delitos comunes y privilegiados, aunque, como se acaba de ver, diferencia netamente el homicidio simple del calificado.

En resumen, para Melo Freire la religión ocupa un indiscutible primer lugar dentro de la sociedad. Por eso los atentados contra ella son los más graves. Luego está, sin duda, el rey, y por eso recalca la gravedad de los atentados contra él. Esto, por lo que se refiere a los delitos públicos. Entre los privados considera y señala como el más grave el atentado contra la vida: el homicidio.

En cuanto a las fuentes del proyecto de Melo Freire no es difícil reconocer que, como era de esperar, se apoyó ampliamente en el libro v de las *Ordenações*. Hay títulos enteros que casi no son otra cosa que leyes de las *Ordenações* puestas en artículos. Tal sucede, por ejemplo, con los títulos xi De los adulterios; xii De los crímenes morales; xv De los que hacen moneda falsa; xxv De los vagos; xxvi De los juegos y teatros; xxxiv De las heridas; xxxv De los hurtos; xxxvii De los daños; xxxviii De los falsarios; xxxiv De los que prevarican en los oficios.

³⁹ C., XXX, pág. 66.

Pero el mismo Melo Freire ha señalado sus otras fuentes. Ellas lo conectan con todo el movimiento ilustrado europeo, empeñado en una reforma del derecho penal.

Entre los autores antiguos prefiere a Antonio Matteus, (1564-1637), de quien dice que "es un buen criminalista y el mayor y más metódico de los antiguos"⁴⁰.

Y sigue:

"De los modernos, hago principalmente uso de Phelippe María Renazzi, Luis Cremani, Fred. de Boehmer, Rodolfo Engau y Blackstone"^{41 42}.

En otra parte reconoce su deuda para con su contemporáneo el marqués de Beccaria (1738-1794) y diversos autores franceses: Linguet (1736-94), Lacroix (1754-94), Philipon (1734-1818), Servan (1739-1807) y Brissot (1754-1793)⁴³.

⁴⁰ C., pág. XIV. MATTEUS, Anton II (1601-1654), profesor en Hardewyck y en Utrecht, autor de *De Criminibus ad LXII et XLIII Digesti comentarius*, Trajecti 1664, reeditado varias veces hasta 1803.

⁴¹ C., pág. XIV.

⁴² RENAZZI, Felipe María (1742-1808), autor de *Elementa iuris criminalis*, Roma 1773-75 y de *De ordine seu forma iudiciorum criminalium diatriba*, Bolonia 1776. CREMANI, Luis (1748-1830), autor de *De iuri criminali*, Luca 1779. BÖHNER, Johann Samuel Friedrich v. (1704-1772), autor de *Elementa jurisprudentiae criminalis*, Halle 1732, varias ediciones hasta 1774 y de *Meditationes in constitutionem criminalem carolinam...* 1770. ENGAU, Johann Rudolf (1708-1755), autor de *Elementa iuris criminalis germanico-carolini*, 1738, varias ediciones hasta 1777. BLACKSTONE, William (1723-80), considerado el mayor jurista inglés de su tiempo, autor de *Analysis of the law of England*, Oxford 1754, *Tracts chiefly relating to the antiquities and law of England*, Londres 1762 y de los famosos *Commentaries on the law of England*, Oxford 1765.

⁴³ BECCARIA, César Bonesana marqués de, autor de *Dei delitti e delle pene*, Livorno 1764. LINGUET, Simón, autor de *Necessité*

La obra de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, nos sitúa en pleno auge de la Ilustración. Aparecida en 1764 y traducida de inmediato a varios idiomas, muestra hasta qué punto la crítica de las leyes penales encontraba eco en los medios ilustrados de Europa.

El ambiente estaba preparado. Así, por ejemplo, en España, precisamente, el año de publicación del libro de Beccaria y sin conexión con el mismo, el Consejo de Castilla, por su parte, hizo presente al rey, según refiere Sempere:

“Que las penas deben ser proporcionadas a los delitos, según las más o menos malicias; el mayor o menor daño que explica el Consejo oportunamente para establecer la diferencia con que se debe proceder en el castigo de los que conspiran contra las personas, vida y honor de los hombres, cuya gravedad puede elevarse hasta el último suplicio y de los que sólo roban caudales y más si lo ejecutan sin violencia, rompimiento de cosas, ni en caminos. . .”⁴⁴.

Seis años después Carlos III ordenó al Consejo que estudiara “los medios de hacer una reforma de la jurisprudencia”

d'une reforme dans l'administration de la justice, 1764. PHILIPON DE LA MADELEINE, Louis, autor de *Discours sur la nécessité et les moyens de supprimer les peines capitales*, Besanzón 1770. SERVAN, Joseph-Michel, autor de *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, Grenoble 1767 y de *Réflexions sur quelques points de nos lois*, 1781. BRISSOT DE WARVILLE, Jacques Pierre, autor de *Théorie des Lois criminelles*, 1781, *Moyens d'adoucir les rigueurs des lois pénales en France*, 1781 y de una *Bibliothèque du Législateur*, Berlín 1782 ss., muy usada por Mello Freire.

⁴⁴ SEMPERE y GUARINOS, Juan, *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*, 5 vol., Madrid 1785-89, 3, pág. 168.

dencia criminal”⁴⁵, y por 1776 se comisionó al mexicano, residente en Madrid, Manuel de Lardizábal (1739-1820), “para que formara un extracto de las leyes penales de la Recopilación, añadiendo las concordantes con todos los demás cuerpos legislativos”⁴⁶.

Fruto de los trabajos de Lardizábal fue su *Discurso sobre las penas*, publicado en 1782⁴⁷. Melo Freire conoció y apreció esta obra que cita y transcribe con gran aprecio en sus *Institutionum iuris crimimalis Lusitanis*⁴⁸. Como por otra parte no la menciona en el *Projecto de Código Criminal* terminado en 1786, cabe pensar que entonces todavía no tenía noticia de ella.

Paralelamente, se emprendieron trabajos similares en Europa central bajo el impulso de Leopoldo de Toscana y de su hermano José II de Austria. Por eso no debe extrañar que cuatro días después de la fecha en que Melo Freire presentó su código, se promulgara en Toscana la *Riforma della legislazione criminale toscana del dí 30 novembre 1786*⁴⁹. Como tampoco debe extrañar que al año siguiente se presentara en Madrid el plan del nuevo código penal y se promulgara en Austria la *Allgemeine Gesetz über Ver-*

⁴⁵ *Real resolución* a la consulta del Consejo de Castilla de 25 de septiembre de 1770, cfr. LARDIZÁBAL y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid 1782. Cito según 2ª ed., Madrid 1828, pág. 16.

⁴⁶ SEMPERE, nota 44, 3, pág. 175.

⁴⁷ Ver nota 45.

⁴⁸ Por ejemplo, IC., I, XVII, pág. 14 y 15 o, I, XXIX, pág. 26 ss., esp. pág. 28.

⁴⁹ *Riforma della legislazione criminale toscana del dí 30 novembre 1786*, Florencia 1786, texto en Venturi Franco (editor), BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene. Coe una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita de l'opera e a la sua fortuna nell'Europa del Settecento*, Turín 1970, pág. 258 ss.

*brechen und derselben Bestrafung*⁵⁰, a la que siguió en 1788 la *Kriminalgerichtsordnung*⁵¹.

En la elaboración de su *Proyecto de Código Criminal*, Melo Freire no pudo tener a la vista ninguna obra análoga. Como hemos visto, no las hay anteriores y las que son contemporáneas vieron la luz después de terminada la labor de Melo Freire. Más aún, aunque es raro, porque no podía menos que saber que en España se trabajaba también en una codificación penal, no hay, como dijimos, indicio de que Melo Freire haya utilizado para su *Proyecto* el *Discurso* de Lardizábal, el cual, por lo demás, no es un proyecto de código, sino un estudio destinado a preparar la codificación. Allí expone Lardizábal un criterio para realizarla similar al que adoptó Melo Freire.

Para medir la significación del *Proyecto* de Melo Freire hay que tener en cuenta que es el primer proyecto de Código penal en los países de derecho castellano y portugués y, muy probablemente, el primero en Europa. En efecto, no pueden considerarse como tales ni las instrucciones de 30 de julio de 1767 impartidas por Catalina II de Rusia para la formación de un código penal que Melo Freire conoció⁵², ni la *Constitutio criminalis thesiana* de 31 de diciembre de 1768 promulgada por María Teresa de Austria⁵³. En cuanto a la *Reforma de la legislazione criminale*

⁵⁰ *Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung*, Viena 1787. Ver CONRAD, H., *Zu dem geistigen Grundlagen der Strafrechtsreform Josephs II (1780-1788)*, en *Festschrift H. von Weber*, Bonn 1963, pág. 66 ss.

⁵¹ *Kriminalgerichtsordnung* de 17 junio 1788, CONRAD, H., *Deutsche Rechtsgeschichte*, Karlsruhe 1966, 2, pág. 443.

⁵² Las citas en IC., XV, X. Sobre las instrucciones, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, 4 vol., aparecidos, Buenos Aires 1980, 1, pág. 358.

⁵³ ZAFFARONI, op. cit., nota 52, 1, pág. 359 s.

toscana de 1786⁵⁴ y a la *Allgemeine Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung* de 1787 son, como acabamos de ver, contemporáneas, pero posteriores al *Projecto* de Melo Freire.

El *Projecto* fue reeditado en 1823, esto es, aun después de la aparición de dos códigos tan difundidos, como el francés de 1791⁵⁵ o el bávaro, *Bayerische Strafgesetzbuch* de 1813⁵⁶. Pero ello no obstó para que fuera utilizado por el principal redactor del *Código penal* brasileño de 1830, discípulo de Melo Freire en Coimbra, Bernardo Pereira de Vasconcellos⁵⁷, como lo muestran su propio Proyecto y el código mismo.

Ahora bien, este cuerpo legal fue el principal texto consultado por Manuel de Seijas Lozano (1800-68) y los demás redactores del *Código penal* español de 1848⁵⁸. A

⁵⁴ MELO FREIRE, cita este cuerpo legal bajo el nombre de Cod(ex) criminal(is), Florent(inus), vulgat(us), 30 novembr, 1786, en sus IC, XII, I, pág. 149 y XV, 10, pág. 188.

⁵⁵ *Ibid.*, 1, pág. 364 ss.

⁵⁶ *Ibid.*, 1, pág. 369 ss.

⁵⁷ SOUSA, Octavio Tarquinio de, *Bernardo Pereira de Vasconcellos*, Río de Janeiro 1972. PEREIRA DE VASCONCELLOS, Bernardo, *Projecto do Codigo Criminal Apresentado em sessao de 4 de Maio de 1827*. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Los primeros códigos penales de Iberoamérica*, en RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Siglo y medio de codificación penal e Iberoamérica*, Valparaíso 1980, pág. 13 s., esp. pág. 32 ss. Zaffaroni, nota 52, I, pág. 373 ss.

⁵⁸ ONECA, José Antón, *El código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco*, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales* 18, Madrid 1965, pág. 473 ss. CANDIL JIMÉNEZ, Francisco, *Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del código penal de 1848*, *ibid.*, 28, Madrid 1975, pág. 405. El mismo, *Manuel de Seijas Lozano, Miembro de la Comisión General de Códigos*, *ibid.* 34, Madrid 1981, pág. 413 ss. Para la difusión del código español de 1848, últimamente, BRAVO LIRA, Bernardino, *Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana*, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* N° 8, Valparaíso, 1984.

su vez, este código fue adoptado con mayores o menores variantes por una serie de países de América española, tales como El Salvador en 1859, 1881 y 1909⁵⁹; Perú, en 1863⁶⁰; México, en 1871⁶¹; Venezuela, en 1873⁶²; Chile, en 1874⁶³; Nicaragua, en 1870 y 1891⁶⁴; Costa Rica, en 1880⁶⁵; Guatemala, en 1889⁶⁶; Honduras, en 1898⁶⁷. Además, su vigencia se extendió en 1872 a Cuba, Puerto Rico y Filipinas⁶⁸, que entonces, como es sabido, formaban parte de la monarquía española.

De esta manera, si no el texto mismo del *Proyecto* de Melo Freire, al menos su influencia llegó a casi todos los países de derecho castellano y portugués.

IV

La otra gran labor cumplida por Melo Freire en la Junta del Nuevo Código fue la preparación del *Proyecto de Código de Derecho Público*. Al parecer, trabajó paralelamente en este proyecto y en el de Código criminal. Al menos así lo hacen pensar las citas del primero que encon-

⁵⁹ ZAFFARONI, nota 52, 1, pág. 384.

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ *Ibíd.*, pág. 383.

⁶² *Libro-homenaje. Vigencia del código penal de 1873*, Caracas 1973. Zaffaroni, nota 52, 1, pág. 384.

⁶³ Falta un estudio sobre la codificación del derecho penal en Chile. Valioso material, DOYARCABAL CASSE, Solange, *Historia del código penal chileno*, tesis, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, Santiago 1968. RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel de, *Código Penal de la República de Chile y actas de la comisión redactora*, Valparaíso 1974, esp. pág. IX ss.

⁶⁴ Sigue la versión reformada del código penal español de 1870. Zaffaroni, nota 52, 1, pág. 384.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Real decreto*, 23 mayo 1872. Zaffaroni, nota 52, 1, pág. 384.

tramos en el segundo que, como sabemos, fue presentado en 1786.

Para esa fecha debía estar bastante adelantado el *Projecto de Código de Direito Público*. Su contenido correspondía al Libro II de las *Ordenações Filipinas*, es decir, abrazaba un conjunto de materias que, para abreviar, podemos llamar de derecho político o, tal vez mejor, de derecho público. Ellas comprenden los derechos del monarca, las leyes y los tribunales; los derechos de la Iglesia; las seguridades personales, el dominio de las tierras y el derecho foral, propio de los Concejos (Conselhos); las rentas de la Corona, impuestos y tributos; las funciones públicas y sus precedencias; los derechos y obligaciones de los vasallos y, en fin, el régimen de donaciones y jurisdicciones civiles y eclesiásticas.

Según explica el propio Melo Freire en las palabras preliminares del proyecto, su actitud al abordar el trabajo fue la de seguir las costumbres y leyes de la Nación y no apartarse de ellas, sino cuando ello le pareció absolutamente necesario:

“En la mayor parte sigo las costumbres y las leyes de la Nación, de las que sólo me aparto cuando me parece absolutamente necesario. . .”⁶⁹.

Se enuncia aquí un criterio codificador que el mismo Melo Freire había empleado en su *Projecto de Código Criminal*. Por lo demás, coincide con el que se propuso en España por real resolución de 1770 para la codificación de las leyes penales. Allí se habla de reunir en un cuerpo las leyes penales y actualizarlas:

“la formación de un Código Criminal, en que se recopilen todas las leyes penales, omitiendo las

⁶⁹ NC, A, pág. 44.

que no están en uso, evitando la perplejidad que las mismas leyes producen por su contradicción o variación de costumbres, según la diferencia de tiempos”⁷⁰.

El *Projecto* comprende dos partes complementarias. En una se ofrece el texto y en la otra, inmediatamente a continuación, se exponen las Provas o comprobaciones. Estas últimas confirman que el código no es sino una nueva versión actualizada del antiguo derecho portugués. Así, por ejemplo, en las Provas al título 1, se remite no sólo a las *Ordenações Filipinas*, sino también a las *Manuelinas* y a las *Afonsinas*:

“No es nuevo este título y con él concuerdan en las Ord(enações) actuales el tit. 26 del Libro 2, y el tit. 15 de las Ord(enações) del señor rey D. Manuel y el título 23 de las Ord(enações) del señor rey D. Alfonso v en el mismo Libro. El origen de este título en estos tres códigos se debe al señor rey D. Duarte, el cual queriendo saber cuáles eran sus derechos, mandó al doctor Ruy Fernandes que los averiguase por las leyes imperiales (derecho romano) y de estas leyes y principalmente del tit. 56, Quae sint Regaliae—del libro dos Feudos fue sacado y formado; y así no es de admirar que sea defectuoso”⁷¹.

Al jurista ilustrado le parecen insuficientes, imprecisos e inadecuados estos términos varias veces centenarios y los intenta remozar ya desde el primer título del *Projecto*:

“Principio en el Tratado de Derecho Público Portugués, por este título general de los derechos reales (regalías), porque como en él se

⁷⁰ SEMPERE, nota 44, 3, pág. 174.

⁷¹ NC, I, A, pág. 78.

deben precisamente declarar los oficios y derechos del Príncipe, era necesario primero tener una idea general de ellos” 72.

Pero aparte de la antigua legislación y doctrina portuguesa, Melo Freire consulta a los iusnaturalistas. A ellos se refiere cuando explica:

“Síguese en este título (1) la opinión de aquellos naturalistas (sic) que dicen que todo lo que no fue asignado a los particulares, pertenece al imperante y se comprende en la ocupación general” 73.

Este título 1 lleva el siguiente encabezamiento:

“Al soberano poder y majestad, que recibimos de Dios, de regir y gobernar nuestros reinos y Estados, son inherentes ciertos Derechos Reales o mayestáticos necesarios para procurar y mantener la felicidad y la seguridad pública de los mismos reinos, Estados y vasallos de ellos, que Dios señor nuestro confió a nuestro cuidado y dirección, de que hemos de dar estricta cuenta” 74.

Aquí se combinan dos elementos diversos: el origen divino del poder y la concepción ilustrada de la felicidad pública como razón de ser del gobierno.

Sobre lo primero hace Melo Freire en las comprobaciones una distinción entre la doctrina de origen divino del poder y la del derecho divino de los reyes. Acepta la primera, pero no encuentra ni necesario ni conveniente entrar en la debatida cuestión de cómo viene el poder de Dios al titular: si por mediación del pueblo, como sostiene la

72 Ibid., pág. 77.

73 Ibid., pág. 78.

74 NC 1, preámbulo, A, pág. 76.

teoría tradicional, o inmediatamente de Dios, como sostienen los partidarios del derecho divino:

“Aquí mismo se halla declarado que el poder del Príncipe viene de Dios; pero no es necesario ni conveniente declarar si viene o no inmediatamente, por ser esto un punto de doctrina, sostenido por una y otra parte con buenas razones; y las leyes no son puestas al entendimiento. Basta decidir que viene de Dios, que es lo mismo que decir que no lo dio el pueblo, en lo que se viene a condenar la opinión de los monarcómanos”⁷⁵.

Esta clara distinción entre el orden jurídico y las doctrinas filosóficas expresada, sobre todo, en la frase “las leyes no son puestas al entendimiento”, es muy reveladora. Melo Freire parte de la afirmación del origen divino del poder, pero reconoce que es una cuestión distinta la del modo como Dios lo comunica al gobernante.

Otra aclaración muy importante es la que toca a la distinción entre rey y tirano, tan fundamental en la doctrina jurídica castellana y portuguesa. Melo Freire se inserta de lleno dentro de esta tradición. A propósito de los bienes y derechos de la Corona explica que en el texto se dijo

“que el uso y administración de todos los derechos y bienes de la Corona era del Príncipe y que podía usar de ellos y disponer como quisiese, acrecentando siempre =según la exigencia de la causa pública= que es la nota que distingue al buen rey del tirano”⁷⁶.

Muy propio del pensamiento político del absolutismo ilustrado es la preocupación por los derechos de los va-

⁷⁵ *Ibid.*, provas, A, págs. 78-79.

⁷⁶ *Ibid.*, pág. 79.

sallos. Melo Freire no se limita a tratar de los del rey. Ya desde el parágrafo 1 del título 1 se habla de los derechos de los vasallos como algo fundamental en el Derecho Público de Portugal:

“I. A nuestros vasallos, como tales y como miembros del cuerpo político del Estado, de que solamente nosotros tenemos la dirección y gobierno, les son igualmente inherentes y competen ciertos y determinados derechos; y unos y otros hacen del objeto del Derecho Público de Portugal” 77.

Aquí están simultáneamente afirmados el absolutismo al decir que al rey únicamente compete la dirección y gobierno del Estado, y la concepción ilustrada de los derechos de los vasallos, al decir que les son igualmente inherentes que al rey su potestad. Esta idea se reafirma al decir que unos y otros derechos, los del rey y los de los vasallos, conforman el Derecho Público de Portugal.

Esta misma concepción reaparece en el título segundo, dedicado a las leyes y a la costumbre. Allí se afirma por una parte el derecho privativo de hacer y publicar leyes y por otra el derecho y aún deber de los vasallos de representar al rey las leyes que sean perjudiciales al pueblo.

Sobre la potestad legislativa se lee en el encabezamiento de este título II:

“Como el gran poder que Dios nos confió a los príncipes, que reinan por su gracia, se dirige al noble fin de procurar y mantener la utilidad pública y particular de sus vasallos, lo cual solamente por medio de las leyes se puede conseguir, es indudable que a los mismos príncipes compete, entre otros, privativamente, el derecho de

77 NC 1, 1, A, pág. 76.

hacerlas y publicarlas, y de prescribir a sus súbditos una cierta norma, según la cual deben regular sus acciones” 78.

En cuanto al derecho y deber de los vasallos de representar —modestamente y sin dejar de cumplirla— la ley perjudicial, dice el párrafo 9:

“Si contra nuestras intenciones hiciéramos alguna ley particular o ley general en perjuicio del pueblo, no sólo permitimos a nuestros fieles vasallos la libertad de representarnos modestamente los inconvenientes que en la práctica se siguen de su observancia, sino que positivamente les mandamos que lo hagan; la cual deberán, entre tanto, guardar enteramente, mientras no fuere por nos revocada” 79.

En concordancia con lo anterior, el *Projecto* mantiene el derecho a impugnar las leyes por los vicios de obrepción y subrepción, contemplado en las *Ordenaçoës*, Libro 2, título 43 y regulado por la ley de 30 de noviembre de 1751 80. Pero lo restringe a las cartas y provisiones expedidas por los tribunales en el real nombre y firmadas por los ministros de ellos. Las cartas y alvarás firmadas por el propio rey no admiten, en cambio, por el respeto debido a él, impugnación o embargo en juicio. Pero sí admiten la modesta representación.

Melo Freire lo fundamenta así:

“Me pareció que se debía hacer diferencia entre las cartas y alvarás pasados inmediatamente y suscritos por su Majestad y los que se expiden

78 NC 2, preámbulo, A, pág. 79.

79 NC 2, 9, A, pág. 81.

80 NC 2, Provas, A, pág. 85.

por los tribunales y firman sus ministros y que pedía el respeto debido a la misma Señora (La Reina Doña María 1) que aquellos no se pudiesen impugnar e embargar en juicio y que sólo debía tener lugar una modesta representación”⁸¹.

Para las demás disposiciones se prescribe en el Proyecto:

“... si las Cartas y Provisiones pasadas en nuestro real nombre, siendo expedidas por nuestros tribunales y firmadas por sus ministros fueren obrepticias o subrepticias, por callarse en ellas una verdad o relatarse alguna falsedad substancial del negocio, que expresada lo haría mudar de circunstancias; el juez o comisario a quien vinieren dirigidas las mismas Cartas la remitirá de oficio, sin entrometerse a juzgar de su justicia o nulidad, al tribunal que las mandó pasar dando razón por qué las remite. Y lo mismo hará el juez cuando las partes perjudicadas obstaren o se opusieren ante él a su cumplimiento”⁸².

Así, pues, los vasallos tienen, además del derecho general de representación contra las leyes perjudiciales, este otro derecho de impugnar la disposición dictada con desconocimiento de los hechos u obrepticia y la dictada con falseamiento de los mismos o subrepticia.

Pero a la situación jurídica de los vasallos se dedica un título completo, el XLV, que abre la segunda parte del código. Como lo dice su epígrafe, allí se trata “De los derechos y obligaciones de los ciudadanos”.

Melo Freire explica que este título ocupa en la segunda parte el mismo lugar que el De los derechos regios en la primera⁸³.

⁸¹ Ibid.

⁸² NC 2, 11, A, págs. 81-82.

⁸³ NC 45, Provas, A, pág. 100.

Comienza por la suma de las obligaciones de todo ciudadano, a la cual llama Melo Freire obligación civil pública:

“como Schrodtt, Darjes y muchos otros (la), entiendo bajo la expresión obligación civil pública. Otros usan y se explican por el término —social—. En substancia todos dicen lo mismo”⁸⁴.

De esta manera, el texto principia por decir:

“La obligación civil pública de todo y cualquier ciudadano o es respecto del imperante o de la sociedad o de los semejantes e iguales”⁸⁵.

Enseguida se enuncian estos deberes. Para con el gobernante:

“1. Al imperante debe principalmente obediencia, reverencia y fidelidad y esta obligación suya es perfecta y no sólo externa sino también interna”.

Para con la sociedad:

“2. A la sociedad debe del mismo modo asistir con sus bienes, servicios y persona, aun con peligro de la propia vida, cuando así fuere necesario para su conservación y defensa o por nos le fuere mandado”.

⁸⁴ Ibíd. SCHRODT, Johann Franz Lothar von (1727-77), autor de *Systema iuris publici universalis*, Praga 1765, *Systema iuris gentium*, Praga 1768 y de unas *Institutiones iuris cononici*, 3 vol. Praga 1769-74. DARJES, Joachim Georg (1714-91), autor de *Institutiones iurisprudencia universalis* 17? y *Observationes iuris naturalis socialis et gentium*, 1751.

⁸⁵ NC 45, preámbulo, A, pág. 98.

Finalmente, para con los demás:

“3. Y con los otros debe vivir del modo que pide la naturaleza y el fin de la sociedad y abstenerse de todos aquellos hechos que puedan perturbar su paz, sosiego y seguridad”⁸⁶.

Entre los derechos consigna el de acceso a todos los cargos y oficios públicos, el de acudir al rey y a la justicia en busca de amparo, el de obtener justa remuneración por sus servicios, el de propiedad y el de libertad de su persona y actos.

Estos últimos derechos se califican como los más sagrados y se promete garantía del rey contra los que los menos caben:

“8. Los derechos de propiedad y libertad de la persona y acciones del ciudadano son entre todos los más sagrados y nos os prometemos guardarlos y defenderlos de toda fuerza u opresión.

9. Por tanto todo propietario podrá libremente usar de sus bienes y derechos y obrar en su casa y en la sociedad si lo quisiere, salvas siempre las leyes públicas del Estado”⁸⁷.

Acerca de esta materia comenta Melo Freire:

“El derecho de propiedad es sagrado y a cada uno debe ser lícito hacer lo que quisiere de lo que es suyo, salvas las leyes públicas. Y en esto consiste la libertad civil, sobre la que se ha escrito tanto y en que pecan por mucho los escritores republicanos y por poco los que viven en monarquía”⁸⁸.

⁸⁶ NC 45, 1 a 3, A, pág. 99.

⁸⁷ NC 45, 8 y 9, A, pág. 99.

⁸⁸ NC 45, provas, A, pág. 101.

De los cargos y oficios se dice:

“6. El ciudadano tiene derecho a todos los oficios, cargos y ocupaciones militares o civiles, eclesiásticas o seculares en nuestros reinos y dominios . . .”.

Sobre el recurso a la justicia se dice:

“6. El ciudadano tiene derecho . . . a recurrir en todos los casos de violencia o injusticia a nuestra soberana protección y a la de la Justicia”⁸⁹.

Finalmente, se contempla el derecho de recompensa:

“Y a pedir la justa recompensa y remuneración de sus servicios, de la forma y manera que se declara en el título 48”⁹⁰.

La Iglesia y la jurisdicción eclesiástica ocupan un lugar prominente. El principio fundamental se sienta en el título I, parágrafo 2. Entre las regalías o poderes mayestáticos se consigna allí el derecho:

“ . . . de proteger, auxiliar y defender a la Iglesia y sus santos mandamientos”⁹¹.

A tono con este principio se trata en el título III, párrafos 8 y 9 de la jurisdicción eclesiástica:

“8. Toda la jurisdicción o es eclesiástica o secular y entre esta división no hay medio. La eclesiástica o es meramente espiritual y tiene

⁸⁹ NC 45, 6, A, pág. 99.

⁹⁰ NC 45, 7, A, pág. 99.

⁹¹ NC 1, 2, A, pág. 76.

por objeto dirigir y encaminar a los fieles a la buenaventuranza eterna por medio de la palabra y de la doctrina; o es temporal cuando versa respecto de haciendas y bienes caducos y en este sentido sólo se puede decir eclesiástica en razón de la persona que la ejercita”⁹².

En el párrafo siguiente saca la consecuencia de esta distinción:

“9. La jurisdicción meramente eclesiástica es de orden totalmente sobrenatural y divina e independiente en su existencia del supremo poder de los príncipes, a la cual están ellos mismos sujetos por su felicidad. La temporal toda pende de su arbitrio y concesión”⁹³.

El texto aunque escueto contiene un claro, rotundo y explícito reconocimiento de la potestad eclesiástica como instituida por Dios y por tanto independiente de la suprema potestad de los gobernantes humanos. Incluso, se recuerda que ellos mismos están sometidos a ella en lo que toca a su salvación.

Pero, al mismo tiempo, se restringe la potestad eclesiástica a las cosas espirituales y se afirma de un modo no menos rotundo que toda la que tiene la Iglesia sobre cosas temporales está sujeta al arbitrio y concesión del Príncipe.

Es una lástima que en las comprobaciones, Melo Freire no haya fundamentado este punto. Sin duda, que esta omisión no es casual. Antes bien, debió haber tenidos buenas razones para ello. En todo caso, su planteamiento coincide casi enteramente con el de Campomanes.

⁹² NC 3, 8, A, págs. 88-89.

⁹³ NC 3, 9, A, pág. 89.

Sin insistir como Melo Freire en el carácter sobrenatural y divino de la potestad eclesiástica y en su independencia del poder de los príncipes Campomanes sostenía en el famoso *Juicio Imparcial* de 1768 sobre el Monitorio de Parma:

“Es cosa cierta que sólo a la Iglesia pertenece la explicación de los dogmas de fe, el reglamento del culto, la dirección de las conciencias y, en una palabra, el régimen espiritual”⁹⁴.

Por otra parte, tres años antes en el *Tratado de La Regalía de Amortización* que con toda seguridad Melo Freire manejó, había concluido Campomanes que desde la Iglesia primitiva:

“La facultad de adquirir era un privilegio civil o temporal concedido a las iglesias por mera liberalidad de los emperadores y que en su mano estaba continuarle, moderarle o suprimirle cuando de su ejecución total o parcial resultare daño a la república y al imperio”⁹⁵.

La segunda parte del texto de Melo Freire parece una versión legal de este pasaje de Campomanes.

Pero, sin duda, el testimonio más decisivo de Melo Freire sobre la relación entre el poder temporal y el espiritual es el que se contiene en el título IV, dedicado precisa-

⁹⁴ (CAMPOMANES, Pedro RODRÍGUEZ DE), *Juicio imparcial sobre las letras en forma de Breve que ha publicado la Curia romana...*, Madrid 1768, reimpreso en Biblioteca de Autores Españoles 56, pág. 69 ss. la cita pág. 192. BRAVO LIRA, Bernardino, *Campomanes y la Ilustración Católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa en Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 94, Santiago 1983.

⁹⁵ CAMPOMANES, Pedro RODRÍGUEZ DE, *Tratado de la Regalía de Amortización*, Madrid 1765, pág. 3.

mente a la Religión y a la Iglesia. Comienza con un reconocimiento explícito de la autoridad de la Iglesia en materia de dogma y de creencia:

“Ante todo protestamos que no tenemos autoridad alguna para definir el dogma y creencia y la doctrina; y confesamos que nuestro supremo poder está en esta parte para bien nuestro sujeto a la Iglesia santa, la cual en este punto es infalible, absoluta e independiente; y de todo nuestro corazón adoramos este sobrenatural y divino poder”⁹⁶.

Sobre el alcance de este reconocimiento, afirma Melo Freire en las Provas que:

“En el principio del título, para quitar toda sospecha, se declara que la definición del dogma y doctrina pertenecen a la Iglesia, que en esta parte es absoluta e independiente”⁹⁷.

Pero luego añade que la Iglesia:

“puede considerarse como un cuerpo político por lo que respecta al Estado o como un cuerpo místico en lo que respecta a Jesucristo. En el primer sentido es parte de la república; en el segundo es absoluta y separada de la sociedad y el príncipe sólo puede tener derecho de protección”⁹⁸.

Aquí deja ver la raíz galicana de esta doctrina, pues añade:

⁹⁶ NC 4, pág. 13.

⁹⁷ NC Provas, págs. 186-7.

⁹⁸ NC Provas, págs. 186-87.

“Es notable a este respecto la declaración del clero de Francia, de 19 de marzo de 1682”⁹⁹.

Apoyado en Riegger (1705-75)¹⁰⁰ afirma Melo Freire que el derecho de protección del príncipe es una regalía y, por tanto, no deriva de un privilegio concedido por la Iglesia:

“Es cierto que el príncipe tiene algún derecho *circa sacra* y que este derecho es mayestático y no se deriva, por tanto, de algún privilegio de la Iglesia, sino del fin de la propia sociedad civil, porque es necesario para evitar que se introduzca una novedad perjudicial al Estado con pretexto de Religión”¹⁰¹.

Más aún, también puede ejercerse este derecho de protección en favor de la propia Iglesia:

“El príncipe no sólo puede sino que debe en conciencia ejercer los derechos de protección, cuando la Iglesia lo necesite, pues para eso se los confió Dios.

Y en la calidad de protector ha de mandar observar el dogma que la Iglesia defina y conservar la disciplina recibida e imponer silencio a las disputas literarias sobre los puntos que le pareciere”¹⁰².

En cuanto a la tolerancia de otras religiones en el reino es cuestión del príncipe.

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ RIEGGER, Paul Joseph, autor entre otras obras de una *Introductio in universum ius ecclesiasticum*, impresa en 1758, que dio lugar a las *Institutionum iurisprudentia ecclesiasticae*, 4 vol. Viena 1765-72, reeditadas en 1777 y en 6 vol., en Lovaina 1780.

¹⁰¹ NC Provas, pág. 186.

¹⁰² *Ibíd.*, pág. 187.

“Del arbitrio del príncipe pende tolerar o no religiones diversas en sus Estados y dar la norma de la tolerancia para evitar odios y disputas, de las que se han seguido funestísimas consecuencias. Nadie duda hoy de este poder y éste es el sistema moderno del Imperio Germánico”¹⁰³.

Como se ve, Melo Freire considera plenamente aceptado y válido para su tiempo el principio *cuius regio eius religio*. En consecuencia, establece en su *Projecto*:

“8. Todas las personas de diversa creencia y religión que vivieren y asistieren en nuestros reinos en razón de comercio y por otra cualquiera, no podrán públicamente profesar las ceremonias de su religión ni hacer públicas reuniones a este respecto y mucho menos impedir el libre uso de la Católica Romana o despreciar por hechos o palabras sus ritos, disciplina y culto externo; y haciendo lo contrario serán mandados salir de estos reinos y castigados a nuestro real arbitrio, para lo cual nos darán cuenta los ministros de donde habiten”¹⁰⁴.

Pero estas exigencias no significan, en modo alguno, que se desconozcan los derechos de los disidentes. Antes bien, se manda:

“Y como la religión y el culto externo por naturaleza no admite coacción y está libre de todo humano imperio, mandamos que nuestros vasallos no puedan obligar por modo alguno a los extranjeros y personas de otra creencia que vivieren en nuestros reinos a que abracen y sigan

¹⁰³ *Ibíd.*, pág. 188.

¹⁰⁴ NC 4, 8, pág. 15.

la verdadera religión Católica Romana ni que les tomen sus hijos mayores o menores para hacerlos bautizar, debajo de las penas declaradas en el título de nuestro Código Criminal . . .”¹⁰⁵.

En cuanto al derecho canónico, se manda observarlo en las materias que competen privativamente a la Iglesia. En cambio, las causas temporales o profanas de que se trate en un juicio eclesiástico, deben regirse por el derecho real:

“Y por lo que toca al derecho canónico, mandamos que se observe inviolablemente en las asambleas y consistorios eclesiásticos y en las materias que fueren de competente y privativa inspección de la Iglesia.

Las causas temporales y profanas entre legos o clérigos, sean civiles o criminales que en el juicio eclesiástico se trataren serán precisamente juzgadas, decididas o procesadas por estas nuestra ordenanzas”¹⁰⁶.

En las Provas, Melo Freire explica que el Derecho Canónico sólo rige en materia eclesiástica y meramente espiritual:

“En cuanto al Derecho Canónico es bien claro que ninguna autoridad puede tener en los negocios civiles y forenses, pero sí y tan solamente en los eclesiásticos y meramente espirituales”¹⁰⁷.

Otra cuestión capital tanto en Portugal como en España y en los reinos de ultramar, es la afirmación del derecho nacional frente al romano. Ella había sido resuelta por la

¹⁰⁵ NC 4, 7, pág. 15.

¹⁰⁶ NC 2, 10, A, pág. 83.

¹⁰⁷ NC 2, Provas, A, pág. 86.

ley de la *boa razão*. Al respecto, explica Melo Freire en las comprobaciones, que en el parágrafo 19 del texto:

“se quita toda autoridad al Derecho Romano aun en los casos omitidos y que en España nunca lo tuviese lo prueba el célebre jurisconsulto Gregorio Mayans en la carta que escribió a D. José Berni, que viene en el tomo 3 de sus Cartas morales, militares y literarias. En Portugal se puede defender lo mismo porque la Ordenação sólo lo manda guardar por la *boa razão* en que está fundado. Pero tuviese o no autoridad extrínseca, está fuera de duda en este siglo, en que ya no tiene tantos adoradores, sería mal recibida la ley que de nuevo se la diese o confirmase”¹⁰⁸.

Por último, en diversos pasajes de su *Projecto* emplea Melo Freire el término *constituição*, constitución, y no siempre con el mismo significado. Unas veces lo utiliza para designar una forma particular de legislación, secular o canónica. Así dice, por ejemplo:

“Los escritores de ambos Derechos dividen las leyes en constituciones, mandatos y rescriptos, afirmativas, negativas y permisivas y en leyes civiles positivas, naturales y mixtas”¹⁰⁹.

Pero también acude a la expresión “constitución de la monarquía” que le da un significado distinto. Así, por ejemplo, dice en el preámbulo del *Projecto* en el que trata de los privilegios de la nobleza:

“con aquella moderación que pide la constitución particular de la monarquía”¹¹⁰.

¹⁰⁸ NC 2, 19, Provas, A, pág. 84.

¹⁰⁹ NC Provas, pág. 181.

¹¹⁰ NC, preámbulo, pág. VIII.

El texto no permite determinar con exactitud lo que Melo Freire entiende aquí por constitución. Es muy posible que la expresión se refiera a la distinción de estados dentro de la sociedad: noble, eclesiástico y común. Así lo sugiere sobre todo el hecho de que se hable de constitución a propósito de la nobleza. Por lo demás, ésta es una acepción empleada por otros autores de la época, como Campomanes¹¹¹.

Pero Melo Freire conoce también otro significado de la palabra constitución, como veremos en seguida, al ocuparnos de sus *Institutiones iuris civilis*.

V

Las *Institutiones iuris civilis Lusitani, tum publici cum privati*, publicadas en Lisboa en 1789, son la obra más vasta y fundamental de Melo Freire. Según se indica en el título, se trata en ellas del derecho público, además del privado de que se ocupan los libros similares. Derecho civil quiere decir aquí Derecho secular, no derecho privado. Es decir, el adjetivo civil se opone a canónico y abarca todo el derecho patrio o nacional, tanto en lo público como en lo privado.

La obra consta de cuatro libros, en lugar de los tres clásicos de las instituciones. En el primero, se trata del derecho público y en los tres restantes del derecho privado, según el orden de las *Institutas*: de las personas, de las cosas y de las acciones y obligaciones.

¹¹¹ CAMPOMANES, Pedro RODRÍGUEZ DE, *Discurso sobre el fomento de la industria popular*, Madrid 1774, págs. VII y L; *Discurso sobre la educación popular de los artesanos y su fomento*, Madrid 1775, págs. 18 y 33. Ver BRAVO LIRA, Bernardino, *El concepto de constitución de Jovellanos*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 10, Santiago 1984.

Los tres primeros libros son una versión revisada de las lecciones de Melo Freire en Coimbra ¹¹². En cambio, el cuarto y último es de nueva elaboración.

Como corresponde a su título, la obra está concebida como una exposición del derecho portugués, según el orden y método de las Institutas ¹¹³. En esto, es similar a las *Instituciones de derecho civil de Castilla* de Asso y de Manuel, aparecidas en 1771, y al igual que ellas, sirvió de texto para la enseñanza del Derecho Patrio en las universidades ¹¹⁴.

Estas instituciones son la primera obra de este género para el derecho portugués. En ellas se deja de lado el método usado hasta entonces por los comentaristas de las *Ordenações*, quienes acostumbraban seguir el orden de ese cuerpo legal. Melo Freire, en cambio, distribuye la materia según el orden de las Institutas y la expone articulada en libros, títulos y párrafos. Cada párrafo contiene dos partes: un texto donde se presenta con claridad y concisión el derecho portugués, tal como se contiene en las *Ordenações* y en las leyes extravagantes, y una nota o comentario erudito fundado en la doctrina y la praxis portuguesa y en autores extranjeros, entre los que se incluyen los principales representantes de la Ilustración europea.

La fuente primaria son, pues, las *Ordenações* y las leyes extravagantes, pero junto a ellas se presenta de un modo

¹¹² MERA, nota 3, pág. 321.

¹¹³ Sobre los libros de institutas de derecho nacional, aunque no menciona los portugueses, LUC, Klaus, *Institutenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert* en *Ius Commune III*, Francfort a. M. 1870, pág. 64 ss.

¹¹⁴ ASSO Y DEL RÍO, Ignacio Jordán de y de Manuel RODRÍGUEZ Miguel, *Instituciones de derecho civil de Castilla*, Madrid 1775. De ellas se hicieron ocho ediciones sucesivas desde 1771 hasta 1828. Por real cédula de 5 de octubre de 1802, fueron señaladas como texto para el estudio del derecho patrio en las universidades.

muy sistemático y, por tanto, muy distinto de la simple enumeración de autoridades de los antiguos comentaristas, la doctrina portuguesa y extranjera sobre cada punto.

En el primer libro, Melo Freire define el derecho público en los términos siguientes:

“El Derecho Público es aquel que dice relación a toda la sociedad y que determina los derechos de los gobernantes y de los ciudadanos”¹¹⁵.

Añade:

“Este Supremo Derecho pertenece al que gobierna y en él están contenidas todas las cosas necesarias para que la nación pueda y deba estar segura y hacer todo aquello sin lo cual no se puede obtener la seguridad tanto interna como externa de los ciudadanos y la salud del pueblo, que es la ley suprema”¹¹⁶.

Aquí vuelve a emplear Melo Freire el término ciudadano, que utilizó también en el *Projecto do Novo Codigo de Direito Publico*. Por otra parte, en las notas explicativas habla una vez más de constitución:

“Por eso, por el nombre de Derecho Público apareció el Externo que nace de las convenciones entre nuestros reyes y de los hábitos de los pueblos libres. Es Interno que tiene en vista la constitución y el estado civil de nuestra ciudad”¹¹⁷.

El sentido en que se emplea aquí la palabra ciudad se aclara por otro pasaje en que dice:

“Siendo el Derecho Universal por el cual toda la ciudad se rige, Público o Privado...”¹¹⁸.

¹¹⁵ I, 1, 2, A, pág. 48.

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ I, 1, Provas, A, pág. 49.

¹¹⁸ I, 1, 1, A, pág. 48.

La ciudad es, pues, la comunidad política. Así tenemos que al señalarse conjuntamente como objeto del derecho público interno a la constitución y al estado civil de la comunidad, parece establecerse implícitamente una contraposición entre dos estados de la comunidad: el natural sin constitución y el civil, con constitución.

La constitución sería, pues, la condición básica para que exista un verdadero estado civil. Sin ella la sociedad no puede subsistir como tal.

Pero los textos donde Melo Freire deja ver más claramente su concepto de constitución son los de su *Resposta* a las censuras de Antonio Ribeiro dos Santos a su *Projecto de Código de Direito Publico* que, al igual que este último, data de 1789 y sólo se imprimió en 1844.

Allí utiliza varias veces y en diversos sentidos la palabra constitución. Por una parte, designa con este nombre simplemente a una forma de legislación. Así habla, por ejemplo: *Das leis e constituições do Estado*¹¹⁹. Por otra parte, al referirse a la monarquía gótica, dice que “por constituição era electiva”¹²⁰ y en el mismo sentido habla de la “primitiva constituição” de Portugal¹²¹. Esta constitución primitiva puede persistir largamente, aun por siglos, lo que le permite afirmar: “Es claro que el pueblo no tiene en la monarquía parte ni injerencia alguna en el gobierno. Si no le fue dado en la constitución del Estado”¹²². En estos casos estamos ante un concepto histórico de constitución.

¹¹⁹ MELO FREIRE, Pascoal José, *Resposta que deu el desembargador... as censuras que sobre o seu plano do Codigo de Direito Publico de Portugal fez e appresentou na Junta da revisao o Dor. Antonio Ribeiro dos Santos*, en RIBEIRO, Antonio, *Notas ao plano do Novo codigo de Direito Publico...* Coimbra 1844, pág. 88.

¹²⁰ *Ibid.*, pág. 66.

¹²¹ *Ibid.*, págs. 85 y 107.

¹²² *Ibid.*, pág. 86.

Pero hay todavía otro matiz en el pensamiento de Melo Freire. Se trata de su concepción de la constitución como algo que no sólo tiene un origen histórico, sino que es también concreto, actual, vigente. En este sentido habla de "los principios del Derecho Público particular de este reino, según su particular constitución" ¹²³.

Aquí, al igual que en el *Projecto de Código de Direito Público* y en las *Institutiones iuris civilis lusitani*, no se habla de una constitución escrita, como las que tuvieron los Estados Unidos desde 1789 y Francia desde 1791. Ciertamente, Melo Freire conoció la constitución de Pensilvania, puesto que la menciona varias veces en sus *Institutionum iuris criminalis* publicadas, según sabemos, en 1794 ¹²⁴. Pero es muy difícil que la de los Estados Unidos haya llegado a su conocimiento al tiempo de escribir los referidos pasajes de la *Resposta*, que datan, asimismo, de 1789, o de las *Institutiones*, obra que, como se ha dicho, vio la luz ese mismo año, en que en los Estados Unidos se promulgó su constitución. En todo caso, en los escritos de Melo Freire no hay el menor indicio de que él entendiera la constitución como un documento.

Por otra parte, tampoco habla en los pasajes referidos de constitución en relación a los estamentos que componen la sociedad. En consecuencia, el concepto de constitución de Melo Freire no coincide con el de Campomanes. En cambio, todo indica que Melo Freire designa con el nombre de constitución a las instituciones fundamentales de un país. Este significado es, por lo demás, análogo al que le dan otros autores de la época, como William Blackstone (1723-80) en sus *Commentaries of the laws of England*, publicados en Oxford en 1765 ¹²⁵, a quien Melo Freire cita y admira; o como Jean-Louis De Lolme (1740-

¹²³ *Ibid.*, pág. 7.

¹²⁴ IC XV, 10, pág. 188.

¹²⁵ Ver nota 42.

1804) en su obra titulada precisamente *Constitution de l'Angleterre*, aparecida en 1771¹²⁶, o, en fin, como Melchor Gaspar de Jovellanos (1744-1811) en su *Discurso de Incorporación a la Academia de la Historia*, pronunciado en 1780¹²⁷.

También podría pensarse en una influencia de Montesquieu (1689-1755), cuyo *De l'esprit des lois* se publicó en 1748. Pero Montesquieu habla de constitución en general, de modo abstracto, aplicable a pueblos diversos con distintos tipos de gobierno. Melo Freire, en cambio, tiene en mente una constitución concreta e histórica: la de Portugal. Al menos eso es lo que manifiestan, sin lugar a dudas, sus palabras: "la constitución particular de nuestra monarquía"¹²⁸.

En suma, Melo Freire emplea el término constitución —*constituição, constitutio*— en cuatro sentidos diferentes.

El primero y más obvio es el que se refiere a la legislación. Es el de los pasajes donde habla de constitución como una más entre las diversas formas de legislación.

El segundo se refiere a la configuración de la sociedad en su conjunto sobre una base estamental. Aquí le llama constitución precisamente a su articulación a partir de los tres estamentos.

El tercero tiene un contenido histórico. En este caso la constitución designa el conjunto de instituciones fundamentales de origen histórico, propias de un Estado, o, más

¹²⁶ DE LOLME, Jean Louis, *Constitution de l'Angleterre*, Amsterdam 1771.

¹²⁷ JOVELLANOS, Melchor Gaspar de, *Discurso sobre la necesidad de unir al estudio de la legislación el de nuestra historia y antigüedades*, en Biblioteca de Autores Españoles, vol. 46, pág. 288 ss. Sobre su concepto de constitución, BRAVO LIRA, Bernardino, nota 111 y él mismo, *Jovellanos y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 8, Valparaíso 1984.

¹²⁸ NC, preámbulo, A, pág. 45.

exactamente, con sus propias palabras, de una monarquía. Nótese que no se trata de unas instituciones fundamentales teóricas, entendidas al modo de Montesquieu, sino de unas instituciones históricas. En este sentido habla Melo Freire de la constitución de la monarquía gótica o de la primitiva constitución de Portugal.

Finalmente, Melo Freire llama también constitución al conjunto de las instituciones fundamentales, de origen histórico, vigentes en un determinado Estado o monarquía. Es lo que llama constitución particular de la monarquía.

Así, pues, Melo Freire tiene una idea de constitución que podríamos calificar de institucional e histórica. No se trata de un texto escrito. Pero tampoco de una constitución general y abstracta, a la manera de Montesquieu. Se trata de una constitución de origen histórico, vigente, particular y concreta, propia de la monarquía portuguesa, al modo de Blackstone, De Lolme o Jovellanos.

Por otra parte aquí, al igual que en el *Projecto do Código do Direito Publico*, Melo Freire presta gran atención a lo que él denomina aquí "Poder Legislativo".

En las notas explicativas recalca que ni en las *Ordenações Filipinas*, ni en las *Manuelinas*, ni en las *Afonsinas*, se habla de este derecho regio. Se lo omite, junto con otros, a pesar de ser "el primero y principal" de los derechos de la majestad.

Melo Freire, en cambio, afirma que:

"el poder de dar leyes es tenido, y con razón, como el primer derecho de la realeza y nunca puede estar ausente de aquel que tiene el supremo poder en la república"¹²⁹.

Aquí aflora el contraste entre el pensamiento político ilustrado y las instituciones portuguesas. Por eso es tanto

¹²⁹ I, 1, 3, A, pág. 51.

más de notar que Melo Freire no aduzca autores portugueses o extranjeros en apoyo de su doctrina. Antes bien, se fundamenta en la tradición jurídica portuguesa, argumentación que anticipa la que hará Jovellanos veinte años después, en 1808, sobre la constitución española en su *Defensa de la Junta Central* ¹³⁰.

Dice Melo Freire:

“En verdad, los reyes de Portugal usaron estas cosas desde el comienzo del propio reino, los cuales tenían, por lo menos, el poder de hacer leyes que promulgaban, o por sola determinación suya o por aprobación de todo el pueblo, esto es, en cortes generales del reino” ¹³¹.

En nota explicativa, precisa Melo Freire el deber del príncipe de oír a sus vasallos en materia de legislación:

“Con todo, el príncipe puede, más aún, debe oír a los súbditos, sobre todo cuando se trate de introducir novedades, sin que por eso parezca perder algo de su suprema Majestad” ¹³².

Pero inmediatamente precisa que la soberanía reside únicamente en el rey:

“En la monarquía pura, estando el rey ocupado, ni la más mínima partícula de la soberanía residía en las cortes o en el pueblo: ésta es, por consiguiente, la naturaleza de la Majestad y en esto hacen uso los reyes de Portugal, con todo

¹³⁰ JOVELLANOS, Melchor Gaspar de, *Memoria en defensa de la Junta Central*, en Biblioteca de Autores Españoles, vol. 46, pág. 503 ss. Ver nota 127.

¹³¹ I, 1, 4, A, pág. 52.

¹³² *Ibíd.*

derecho, desde el comienzo del reino. Y consta que los mismos disponían a su arbitrio por sí solos de los negocios público y privados, de la guerra, de la paz, del régimen del reino, de la sucesión, de la administración, de la tutela de los príncipes y no por sufragio del pueblo”¹³³.

Esta argumentación histórica, basada en la práctica de los reyes de Portugal, recuerda el análisis de la constitución de Inglaterra por De Lolme.

Para terminar esta materia, Melo Freire advierte:

“Hay muchos escritos acerca de este asunto que favorecen más de lo que es justo la libertad de los pueblos y que de ninguna manera se debe tolerar en la monarquía. Con todo, es diferente el poder del pueblo durante el interreino. . .”¹³⁴.

Los libros II, III y IV de las *Institutiones* tratan del derecho privado. En ellos se apoya Melo Freire en las *Ordenações* y la legislación extravagante. Las notas explicativas comparan a menudo la solución de derecho portugués con las del derecho canónico y romano. Además, dan entrada a la doctrina tanto portuguesa como extranjera y, en muchos casos, también a los autores iusnaturalistas europeos.

Las *Institutiones* señalan toda una época del derecho portugués. Se usaron hasta mediados del siglo XIX para la enseñanza del derecho patrio y, al igual que las de Asso y de Manuel en España y América española, sirvieron de modelo a las posteriores. Cuando en 1805 se erigió una segunda cátedra de derecho patrio, se las señaló como texto para la antigua y la nueva. Tuvieron múltiples edi-

¹³³ Ibid.

¹³⁴ I, 1, 4, nota explicativa, A, pág. 54.

ciones ¹³⁵, y sólo vinieron a ser sustituidas en 1853 por las *Instituições de Direito Civil Portuguez* de Manuel Antonio Coelho de Rocha (1793-1850), aparecidas en 1844 ¹³⁶.

Del favor de que gozó la obra de Melo Freire son un testimonio las llamadas *Notas a Melo* de Manuel Almeida e Souza (de Lobão) (1744-1817), aparecidas en Lisboa en 1816 ¹³⁷, y las ediciones brasileñas de las *Institutiones* debidas a Lourenço Trigo: *Instituições de direito civil brasileiro, extrahído das Instituições de direito civil lusitano de Paschoal de Mello Freire*, 2 vol., impresas en Pernambuco y Recife en 1851, en Recife en 1857 y por cuarta vez en Río de Janeiro en 1871-72 ¹³⁸.

VI

Las *Institutiones iuris criminalis Lusitani* son poco posteriores al *Projecto de Codigo de Direito Criminalis*, pero difieren mucho de él. Contrariamente a lo que cabría esperar, ésta obra basada en el derecho vigente, es decir, el derecho portugués no codificado, es más sistemática y, en no pocos aspectos, también más clara que el *Projecto de Codigo*. Siguen el orden y método de las *Institutiones*

¹³⁵ La primera en Lisboa 1789-93, la segunda en 1794-95, la tercera en 1797-1800 y varias otras hasta la última de 1853. Hay una traducción portuguesa: *Boletim do Ministerio de Justiça* 161 a 171, Lisboa 1966.

¹³⁶ COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Lisboa 1844.

¹³⁷ ALMEIDA E SOUZA (DE LOBAO) Manuel, *Notas de uso práctico e criticas, addições, illustrações e remissoes (a imitação de Muler a Struvio) sobre todos os do Livro Primeiro das Instituições de Direito Civil Lusitano do doutor Paschoal de Mello Freire*, Lisboa 1816.

¹³⁸ DA SILVA, Innocencio Francisco, *Diccionario bibliographico portuguez, Estudos de . . . applicaveis a Portugal e ao Brasil*, 22 vol., 2ª ed., Lisboa 1923, 6 pág. 350 ss., 7 pág. 130 y 17 pág. 142.

iuris civilis Lusitani y, como ellas, son de una gran claridad y concisión, a pesar de que el autor emplea y cita un número de autores portugueses y del resto de Europa quizás más impresionante que en aquellas *Institutiones*.

Toda la obra constituye un solo libro, dividido en 23 títulos y éstos en párrafos. Al igual que en las *Institutiones iuris civilis*, cada párrafo comprende una concisa y clara exposición del derecho portugués, basada en las *Ordenações* y las leyes extravagantes, y una explicación complementaria fundada en la doctrina portuguesa y extranjera.

El plan de las *Institutiones iuris criminalis* es simple. Comprende tres partes de desigual extensión. El título I está dedicado a lo que puede llamarse parte general: delitos, delincuentes y penas. Los títulos II a XI forman una segunda parte especial, en la que se trata de los delitos en particular. Finalmente, los restantes títulos, XII a XXIII, componen una tercera parte procesal que tiene por objeto el procedimiento y la extinción de la responsabilidad penal.

Los delitos están ordenados según un esquema mucho más claro y consecuente que el del *Projecto de Código Criminal*. También cabe distinguir tres partes. En primer término, están los más graves: los relativos a la religión y al rey. Después vienen dos títulos intermedios, entre los que Melo Freire califica de públicos y los demás, uno relativo a la violencia pública y privada, y otro relativo a la falsedad y a la estafa. Finalmente, los cinco títulos restantes tratan de delitos contra las personas privadas: pecuniarios, como el hurto y el daño; personales, como la injuria y el homicidio y, por último, contra las buenas costumbres.

Llama la atención el lugar que aquí asigna a estos delitos, a los cuales en el *Projecto de Código* se los había colocado inmediatamente después de los relativos a la religión.

Vale la pena examinar lo que Melo Freire dice de los delitos públicos.

Comienza por fundamentar el lugar preferente que en el derecho portugués tienen los delitos contra la religión y contra el rey. Señala en ambos un elemento común: lesionan a la majestad de Dios o del príncipe. Sobre esta base le es fácil demostrar que la lesión de la divina majestad es más grave que la lesión de la humana.

Es muy sugerente su análisis del carácter público de los delitos eclesiásticos. Comienza por afirmar que debe tratarse de ellos en primer lugar, antes que de los demás:

“Entre los delitos públicos, que lesionan la república o la seguridad y que por eso pueden ser acusados por cualquier (persona) privada, se incluyen con máxima razón los eclesiásticos o religiosos, de los cuales debe tratarse antes que de los demás”¹³⁹.

Luego precisa que están sujetos a una doble sanción: eclesiástica y estatal:

“Estos delitos deben ser reprimidos con penas religiosas y civiles, toda vez que son no menos perniciosos para la Iglesia que para la república, que es casi inconcebible sin alguna religión verdadera o falsa”¹⁴⁰.

Este punto es capital. No puede haber sociedad sin religión. Por eso rechaza con decisión la opinión de Bayle, según la cual la sociedad podría subsistir aun sin religión, sin sufrir ningún daño por el ateísmo:

“La necesidad de la religión en la sociedad fue reconocida por todos los legisladores de los hombres. Así, pues, es falsa la doctrina de Pedro

¹³⁹ IC 2, 1.

¹⁴⁰ *Ibíd.*

Bayle, quien se ha convertido fácilmente en la principal cabeza de los más recientes librepensadores, el cual alegó en muchos lugares que no se seguirá a la sociedad ningún daño del ateísmo y que ella puede subsistir aunque en ella no se profese ninguna religión. Lo cual es falso. No puede imaginarse paradoja más impía y peligrosa que ésta. Lo mismo debe decirse de las doctrinas de los llamados deístas y naturalistas, pues se oponen directamente a la constitución y perduración de la sociedad. De este tema trató cuidadosamente, entre otros Pufendorf, autor a quien no rechazan los mismos librepensadores”¹⁴¹.

Luego explica Melo Freire lo propio del delito eclesiástico. Si bien todo delito por el hecho de ir contra Dios se sujeta a la potestad eclesiástica en el fuero de la conciencia, aquí se habla sólo de los que de modo especial ofenden a Dios o a la religión oficial de la sociedad:

“En general, se da el nombre de delitos eclesiásticos a cualquiera que se cometa contra Dios, sea que se opongan a la religión oficial del Estado, sea que también violen las buenas costumbres, las leyes divinas o naturales y, por supuesto, las humanas (positivas). En este sentido todos los delitos pueden llamarse eclesiásticos y están sujetos en el fuero de la conciencia a la potestad de la Iglesia, penitencias, censuras y penas canónicas.

“En el sentido propio se da este nombre de delitos eclesiásticos (sólo) a los que específicamente ofenden a Dios o a la religión dominante en la sociedad, como son en la Religión Cristia-

¹⁴¹ IC 2, 8.

na, total o parcialmente: deserciones, blasfemia, perjurio y sacrilegio”¹⁴².

En cuanto a la gravedad de las penas, Melo Freire hace un parangón entre la lesa majestad humana y la divina. Recuerda que la comparación entre ambos crímenes tiene un fundamento en las *Ordenações Afonsinas*, Libro 2, título 54, De los bienes que pertenecen al rey por caso de herejía o traición:

“La severidad de estas penas debe colegirse de la severidad de las leyes civiles en el crimen de lesa majestad humana, de suerte que el crimen de herejía, que lesiona la divina Majestad, ha de someterse, sin duda, a las mismas penas y aún debería ser castigado con mayores, si eso fuera naturalmente posible”¹⁴³.

Pero esto último no es posible, porque no cabe hallar en este mundo una pena proporcionada para el que delinque contra Dios. Tal es el límite del parangón entre la lesa majestad divina y la humana:

“Por otra parte, la comparación con el crimen de lesa majestad humana parece poco apropiada, no sólo porque las leyes posteriores están más en lo justo al ser más severas con los que cometen el crimen de majestad, sino también porque la verdadera religión, es decir, la cristiana, ha de perseverar hasta el fin del mundo, a pesar de la oposición de los príncipes de este siglo, y no podrán prevalecer contra ella las puertas del infierno. Por eso, aunque el que ofende a Dios delinca infinitamente más que el

¹⁴² IC 2, 2.

¹⁴³ IC 2, 9.

que ofende al rey, no ha de darse muerte al hombre por las ofensas a Dios, ni son suficientes para castigarlo condignamente todas las más graves penas temporales”¹⁴⁴.

En suma, para Melo Freire no puede haber sociedad sin religión y el peor crimen que cabe cometer es el que atenta contra Dios y contra la religión. Pero este delito es de tan inmensa gravedad que no hay penas temporales con qué castigarlo en forma proporcionada.

VII

Una de las cosas que más llama la atención en Melo Freire es su manejo de los autores jurídicos antiguos y recientes. Así nos lo dejan ver sobre todo sus *Institutiones*, que por su carácter didáctico se prestan más para ir acompañadas de un aparato erudito que los *Projectos*. Pero en estos últimos subyace también una fundamentación doctrinal análoga. Por eso, una ojeada a los autores citados en las *Institutiones iuris criminalis* es suficientemente ilustrativa.

Allí encontramos juristas portugueses y extranjeros, antiguos y recientes, estos últimos en gran número y de diversos países, lo que testimonia los lazos de Melo Freire con la Ilustración europea.

La *Historia iuris Lusitani* nos ha dejado ver el amplio conocimiento que Melo Freire tiene de los juristas portugueses. Aquí se ocupa también de los prácticos, como Manuel Mendes y Manuel Lopes Ferreira. De Mendes hace una cumplida alabanza:

¹⁴⁴ Ibid.

“Sobresale entre todos y es principalmente digno de elogio nuestro Mendes, que en P. I y II explicó breve y claramente la práctica criminal y la redujo a un cierto orden, pues los demás tratan sin ningún orden cierto las cuestiones que se suscitan en el foro y las deciden, como es usual, por el número de los doctores y no por la autoridad de las leyes”¹⁴⁵.

De Lopes, en cambio, dice:

“La Práctica criminal de Manuel Lopes Ferreira es excelente, toda vez que contiene muchas cosas cuyo conocimiento es útil y necesario a los que actúan en los tribunales; pero por su extensión parece ser más bien carga que ayuda para los que estudian derecho penal, a quienes más bien es recomendable, al menos por su brevedad y método, el breve opúsculo titulado *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*”¹⁴⁶.

Entre los juristas extranjeros figuran, como es de suponer, los españoles, desde Antonio Gómez (1509-1577), autor de las *Variae resolutiones iuris communis et regii*, Salamanca 1552, hasta Lardizábal y su *Discurso sobre las penas*, publicado en Madrid en 1782. Los otros extranjeros abarcan todo el resto de Europa. Principalmente son centro-europeos, italianos y franceses y, en su mayoría, ilustrados.

Es cierto que Melo Freire se sirve también de autores anteriores a la Ilustración, entre los que sobresale Anton Matteus, hijo (1564-1637), cuya obra *De Criminibus*, aparecida en 1664 y reeditada numerosas veces hasta 1803, cita continuamente. Asimismo, utiliza *De iure naturae et*

¹⁴⁵ IC XV, ver nota 21.

¹⁴⁶ IC XV-XVI. LOPES FERREIRA, Manoel, *Practica criminal*, Lisboa 1730-33, varias ediciones posteriores, 1745, 1757, 1761.

gentium Lund 1672 y *De Officio hominis et civis iuxta legem naturalem* 1673 de Samuel Pufendorf (1632-94), el *Usus modernus Pandectarum* 1690-1712 de Samuel Stryk (1640-1710) y la *Disertatio inauguralis de tortura ex Foris Christianorum proscribenda*, Halle 1705, de Christian Thomasius (1655-1728).

Pero Melo Freire recurre principalmente a autores ilustrados. Ante todo se apoya en los *Elementa iurisprudentia criminalis* de Johann Samuel Friedrich von Böhmer (1704-72), publicados en Halle en 1732, que abrieron la serie de libros de derecho penal expuesto según el nuevo método del derecho natural y que había servido de base a la *Constitutio criminalis Theresiana* de 1768. De él y de Heinecio dice que procura seguir su método en cuanto sus fuerzas se lo consienten:

“Aquí hemos adaptado un método breve, claro y preciso en cuanto lo han consentido nuestras fuerzas y a ejemplo del esclarecido Heinecio en su *Iuris Civilis Praelectionibus* y de Böhmer en sus *Elementa Jurisprudentia Criminalis* hemos puesto toda diligencia para que se perciban ante todo breve y claramente los principios, reglas y axiomas y luego las consecuencias y la relación de las doctrinas”¹⁴⁷.

La obra de Heinecio (1681-1741) a que se refiere son sus *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, publicados en Amsterdam en 1725, que tienen particular relieve como modelo para los libros de Instituciones de derecho patrio o nacional¹⁴⁸. Pero Melo Freire emplea además sus *Elementa iuris Germanici*, publicados en Halle en 1735-37.

¹⁴⁷ IC XVI.

¹⁴⁸ LUIG, nota 113.

Entre los iusnaturalistas utiliza también el *Ius Naturae et gentium* en ocho volúmenes de Christian Wolff (1679-1745), aparecido en Leipzig en 1740-48, y las obras del catedrático de Derecho Natural de Viena Karl Anton Freiherr von Martini (1726-1800), *De lege naturali positiones*, Viena 1767, y *Excercitationes de Iure naturali*, Viena 1770.

Muy estrecha es la relación de Melo Freire con la Ilustración italiana. Aparte de Beccaria, se sirve a menudo de Felipe María Renazzi (1742-1808), autor de *Elementa iuris criminalis*, publicado en Roma en 1772, y cita a Antonio Genovesi (1713-1769), Caetano Filangeri (1752-1788), autor de *La Scienza della legislazione*, Nápoles 1780-85, Luigi Cremani (1748-1830), autor de *De iure criminali*, Luca 1779, y a Paulo Rizzi.

Los autores franceses consultados por Melo Freire son numerosos y en algunos casos importantes. Entre ellos están Jean Domat (1628-96), D'Aguesseau (1668-1751), Lamoignon (1617-77), Montesquieu (1689-1755), especialmente con *De l'Esprit des lois*, Ginebra 1748, y el ginebrino Jean-Jacques Rousseau (1712-78). Pero, además, hay una serie de otros juristas, como Gabriel Bonnot de Mably (1709-85), Louis-Philipon de la Madeleine (1734-1818), Joseph-Michel Servan (1737-1807), Joseph-Elzear Bernardi (1751-1824), Claude-Emmanuel Pastoret (1758-1840) y tres que dentro de poco murieron guillotinado durante la revolución francesa: Simón Henri Linguet (1736-94), Jean-François Lacroix (1754-94) y Jacques-Pierre Brissot (1754-93), autor de una *Théorie des lois criminelles*, aparecida en 1781, y de la *Bibliothèque du Législateur*, Berlín 1782, a través de la cual conoció Melo Freire a diversos autores.

VIII

Melo Freire es el primer jurista portugués de la época de la Ilustración. Conoció como nadie la legislación y la literatura jurídica portuguesa. Su actitud ante ellas es eminentemente crítica. Censura los defectos y vacíos de las antiguas leyes, especialmente en materia penal, hasta el punto de calificar estas leyes de injustas y crueles. Igualmente, reprocha a los antiguos juristas sus errores y falta de método. Por otra parte, está perfectamente al cabo de lo que se escribe y publica en el resto de la Europa ilustrada de su tiempo. Ningún autor u obra de nota le es desconocido.

Sin embargo, Melo Freire no desprecia el derecho patrio. Tampoco se limita a afirmarlo frente al derecho romano. Su gran ambición es contribuir a la renovación de este derecho patrio según los ideales de la Ilustración. No en vano inauguró él en 1774 la cátedra de Derecho Patrio y compuso sobre la base de sus lecciones el primer libro de Instituciones de derecho portugués, que comprende cuatro volúmenes y que fue utilizado como texto por espacio de varias décadas. Asimismo, escribió la primera Historia del derecho portugués, que también sirvió de texto durante varios decenios.

Melo Freire no concibe la renovación del derecho patrio como una mera asimilación de las luces venidas del extranjero. Antes bien, trabaja siempre sobre la base del derecho portugués, especialmente de las antiguas *Ordenações* y de las novísimas leyes extravagantes, provenientes en su mayor parte de la época de Pombal. Más aún, según él mismo declara, sólo se resuelve a apartarse del derecho patrio cuando encuentra absolutamente necesario hacerlo.

A falta del derecho nacional, se niega a admitir sin crítica la doctrina de los autores y el propio derecho romano. Como buen ilustrado juzga que lo racional es aco-

gerlos en forma condicionada, sólo por la razón que les asiste y no por su antigüedad o renombre.

El propio Melo Freire acertó a sintetizar esta actitud crítica en un pasaje de su *Projecto de Codigo de Direito Publico*:

“En la mayor parte sigo las costumbres y las leyes de la nación, de las que sólo me aparto cuando me parece absolutamente necesario, acordándome de lo que a este respecto dicen los políticos. A falta de ellos, poco peso me hace la autoridad extrínseca de los escritores y del mismo derecho romano, pues considero y atiendo más a su razón intrínseca”¹⁴⁹.

Por eso, Melo se cuenta entre los juristas eruditos que cultivan el derecho nacional o patrio en el siglo XVIII. Su figura recuerda en cierto sentido a las de Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel Rodríguez, autores de las primeras Instituciones de derecho castellano, que tuvieron tanta o mayor difusión dentro del área del derecho castellano que las de Melo dentro del área del derecho portugués.

Pero Melo Freire es, además, uno de los iniciadores de la codificación en Europa. Su *Projecto de Codigo Criminal* es el primero dentro del mundo de habla castellana y portuguesa y probablemente también el primero dentro de Europa.

En lo que toca a la religión, Melo Freire no teme enfrentarse con las corrientes deístas o naturalistas de la Ilustración y con su primer gran pontífice, Pierre Bayle. Frente a ellos afirma enérgicamente la necesidad de la religión para la constitución y perduración de la sociedad. En consecuencia, estima que los delitos más graves son precisamente los que atentan contra Dios y la religión.

¹⁴⁹ NC A, pág. 44.

Lo anterior no obsta para que Melo Freire permanezca dentro de la corriente regalista, tan fuerte en España, Portugal e Hispanoamérica durante el siglo XVIII. Reconoce sin ambages que la jurisdicción eclesiástica es de institución divina y, por tanto, que es independiente de la suprema potestad de los príncipes. Incluso recuerda que ellos mismos le están sometidos en lo que toca a la salvación. Pero, al mismo tiempo, restringe esta jurisdicción eclesiástica al plano puramente espiritual y sostiene que la jurisdicción temporal de la Iglesia depende del arbitrio y concesión de los príncipes.

La crítica en Melo Freire se detiene, pues, ante lo sagrado y, en materias profanas, ante lo nacional. En este sentido Melo Freire es un genuino representante de la Ilustración Católica y Nacional en sus momentos de apogeo dentro del mundo de habla castellana y portuguesa.

ABREVIATURAS

- A Almeida Langhans F. P. de, *Antología del pensamiento jurídico portugués. Pascoal José de Melo Freire dos Reis (1738-1798)*, en *Boletim do Ministério de Justiça* 49 (Lisboa) 1955, pág. 31 ss., ahora en el mismo, *Estudos de Direito*, Coimbra 1957. Cito según el *Boletim*.
- C. Mello Freire, Pascoal José, *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria I, autor...*, segunda edição, castigada dos erros, corrector o licenciado Francisco Freire de Melo, sobrinho do autor, Lisboa 1823.

- I. Mellii Freirii, Paschalis Josephi, *Institutiones iuris civilis Lusitani, tum publici cum privati*, 4 vol., Lisboa 1789.
- IC. Mellii Freirii, Paschalis Josephi, *Institutionum iuris criminalis lusitani, liber singularis*, Lisboa 1794. Cito según la 3ª edición, Coimbra 1842.
- NC. Mello Freire, Pascoal José *Novo Codigo do Direito Publico de Portugal*, Coimbra 1844.