

LA CODIFICACIÓN PENAL Y EL SURGIMIENTO DEL ESTADO LIBERAL EN ESPAÑA

DIEGO SILVA FORNÉ

Docente en Derecho Penal, en Derechos Humanos y en Metodología de la Investigación Jurídica en la Facultad de Derecho de La Universidad de la República (Montevideo, Uruguay)

Doctorando en Derecho de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO

I. Precisiones previas. II. La legislación penal del Antiguo Régimen: a) Perspectiva general; b) La situación en España; c) El desigual destino de la Ilustración; d) Las influencias más destacadas. III. El significado de la codificación: a) La codificación moderna; b) Iusnaturalismo y positivismo; c) Hacia un nuevo modelo estatal. IV. Antecedentes de la codificación penal: a) Lardizábal y su época; b) La obra de Lardizábal y la codificación penal; c) Iniciativas legislativas. V. El Código Penal de 1822: a) La elaboración; b) La influencia de Bentham; c) El Código y su vigencia; d) Su legado. VI. Resurgimiento del propósito codificador: a) Los cambios políticos y sociales; b) La legislación vigente. VII. El Código Penal de 1848: a) El nuevo Estado burgués y el partido moderado; b) Moral, Derecho y pena retributiva; c) Pellegrino Rossi y Joaquín Francisco Pacheco; d) El nuevo Código penal; e) Valoración. VIII. La reforma de 1850. IX. Algunas consideraciones finales.

I. Precisiones previas

Este trabajo, como su nombre lo indica, pretende aproximarse al proceso de transformación de la legislación penal que se produce en España a partir de la segunda mitad del siglo XVIII y que tiene como fru-

to más destacado la labor codificadora que se emprende en la primera mitad del siglo XIX; tal evolución se encuentra profundamente imbricada con los cambios políticos y sociales que van desde la crisis del Antiguo Régimen al surgimiento de un nuevo modelo de Estado, acorde con los también nuevos sectores sociales dominantes.

En esta síntesis no se abordarán aspectos referentes a la teoría del delito que informaba a los distintos textos que fueron surgiendo, sino que únicamente se hará referencia a los perfiles más destacados de la concepción de la pena que éstos sustentaban; se intentará situar la codificación en el contexto de su época, vinculando el pensamiento penal predominante en ella con los profundos cambios políticos, sociales y económicos que se vivían y se reflejaban en la reforma legislativa.

II. La legislación penal del Antiguo Régimen

Los antecedentes de la codificación penal española pueden buscarse en los aires de renovación que soplaban en Europa mediando el siglo XVIII. En esta época arreciaban en las élites intelectuales europeas las críticas contra la justicia criminal del Antiguo Régimen, sobre todo a partir de los escritos de los pensadores de la Ilustración, que desde una perspectiva humanitarista cuestionaban los excesos e injusticias que se observaban cotidianamente. En este ámbito, surgirá en España un movimiento reformista que, si bien ligado a las estructuras del Estado absoluto, impulsará el dictado de disposiciones de inspiración iluminista; es la época del despotismo ilustrado.

a) *Perspectiva general*

Para tener una referencia al rigor de la legislación antigua, resulta muy expresivo el comentario de Voltaire a la obra de Beccaria, donde el primero pasa revista a las más condenables características del sistema penal de la época¹; la crueldad en la aplicación de las penas puede verse reflejada, por ejemplo, en los relatos acerca de las ejecuciones del caballero De la Barre —de la cual da cuenta, indignado,

¹ VOLTAIRE, *Comentario sobre el libro «De los delitos y de las penas» por un abogado de provincias* (1766), (traducción anónima de la edición francesa publicada en París en 1828, revisada y corregida por J. A. del Val) publicado junto a *De los delitos y de las penas* de BECCARIA, Alianza, Madrid, 1968, pág. 113 y ss.

Voltaire a Beccaria²— y de Robert Damiens (que había atentado contra Luis XV)³, para encontrar toda una parafernalia de tormentos.

Antón Oneca⁴ cita una obra de Muyart de Vouglans en la que este autor francés defiende a ultranza el derecho entonces vigente, criticando las propuestas innovadoras que se van abriendo camino (entre ellas, la obra de Beccaria). En la descripción de la legislación criminal, el citado autor reseña las modalidades de pena de muerte aplicables en la Francia de entonces; éstas eran el descuartizamiento por tiro de caballos, el fuego, la rueda, la horca y la degollación. En cuanto a su aplicación, simples hurtos de ínfima cuantía acarrearaban la horca; la rueda se aplicaba a los salteadores de caminos y a los homicidas (no a las mujeres, que tenían el privilegio de verla sustituida por el fuego, la horca o la degollación). Los crímenes de lesa majestad eran los más graves de todos, siendo objeto de acumulación de suplicios⁵.

La importancia asignada a la intimidación como finalidad de la pena lleva a que se acentúen los rigores más allá de la simple privación de la vida (a través de diversos suplicios realizados en público) y que la ejemplaridad de la pena pretenda continuarse aún después de la muerte (así, la ejecución de aquélla sobre el cadáver)⁶. El rigor de los castigos prácticamente no tenía en consideración la edad (en general, impunidad hasta los siete años y disminución de la pena hasta la pubertad) y cuando se tenía en cuenta, no era más que para los críme-

² Reproducida en DEL VAL, Juan Antonio, *Introducción a De los delitos y de las penas* de BECCARIA, Alianza, Madrid, 1968, nota 6, pág. 178.

³ DEL VAL, *Introducción a De los delitos y de las penas*, pág. 7.

⁴ ANTÓN ONECA, JOSÉ, «Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año XX, n.º 166, Madrid, julio-septiembre 1964, pág. 415.

⁵ Véase por ejemplo el suplicio de los regicidas: «se les quemaba con azufre la mano, atada a ella el arma de que se habían servido; se les arrancaba trozos de carne con tenazas en diversas partes del cuerpo y eran rociadas las heridas con una composición de plomo, aceite, pez, resina, cera y azufre, y, sujetos piernas y brazos con cuerdas unidas al tiro de otros tantos caballos, se hacía marchar a éstos con toda su fuerza para separar los miembros; después se quemaban los restos y echaban al aire las cenizas»; MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, París, 1780, reproducido en ANTÓN ONECA, JOSÉ, *Derecho Penal*, Tomo I, Parte general, Madrid, 1949, pág. 44. Para este último, las características más salientes del Derecho Penal del Antiguo Régimen residían en la finalidad de intimidación general de las penas, la transmisión de la responsabilidad por los crímenes más graves a los parientes del culpable, la aplicación por los jueces no sólo de las penas legales sino de otras extraordinarias o arbitrarias, el carácter desigual de las penas según la condición social del culpable y que los delitos considerados más graves eran los de lesa majestad divina y humana; en pág. 44 y ss.

⁶ FRAILE, Pedro, *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*, Ediciones del Serbal, Barcelona, 1987, pág. 14.

nes ordinarios; tampoco se tenía consideración a este respecto con los dementes⁷.

b) *La situación en España*

Abordando la legislación española antigua, de las *Partidas* surgen idénticas consideraciones sobre los fines de la pena: escarmiento y ejemplo⁸, es decir —en terminología actual— prevención especial negativa y prevención general negativa (intimidación); puede decirse por ello que no difería esencialmente de la legislación extranjera, habiéndose afirmado que era posible hablar de un Derecho Penal común a los estados europeos durante la época moderna⁹. La proporcionalidad no era un criterio válido para determinar la pena, sino que se atendía a otras consideraciones (frecuencia del delito, lugar de comisión, conveniencia política) y en esa dirección, se terminaba aplicando la pena de muerte para cualquier delito¹⁰.

La práctica judicial del siglo XVIII suavizará algunos rigores extremados, influenciada seguramente por las nuevas ideas que comenza-

⁷ MUYART DE VOUGLANS, ob. cit., pág. 27.

⁸ *Partida VII*, tít. XXXI, ley 1: «E dan esta pena los Judgadores a los omes por dos razones: la una es porque resciban escarmiento de los yerros que ficieron. La otra es porque todos lo que oyeren o vieren, tomen exemplo o apercebimiento para guardarse que non yerren por miedo a las penas»; *Nueva Recopilación*, lib. II, tít. II, ley 2 (*Novísima Recopilación*, lib. III, tít. II, ley 2): por las leyes «...la maldad de los hombres sea refrenada y la vida de los buenos sea segura, y por miedo a la pena los malos se excusen de hacer mal»; citado por ANTÓN ONECA en «Los fines de la pena...», pág. 417.

⁹ GARÇON, *Le droit penal*, París, 1922, pág. 59; citado por ANTÓN ONECA en «Los fines de la pena...», pág. 417. En igual sentido, SÁINZ CANTERO, José A., *La ciencia del Derecho Penal y su evolución*, Bosch, Barcelona, 1970, pág. 113.

¹⁰ Así sintetizará TOMÁS Y VALIENTE este punto: «Una misma pena para el que comete hurto doméstico, por pequeño que sea, en Madrid, y para quien roba con violencia en despoblado; una misma pena para el padrino de un desafío entre nobles y para el monedero falso; una misma pena para el sodomita y para el que comete un delito de traición contra el rey; una misma pena para el bandido que tiene aterrorizada a una comarca y para el hombre que tiene trato carnal con un animal. Y esa pena es siempre la de muerte. Por eso, como un último intento de respetar la proporcionalidad y, al mismo tiempo, persiguiendo esa intimidación que tanto importa, se aplica la pena de muerte en diversas formas: la horca para los plebeyos y no para los nobles; la muerte de saeta para los casos de Hermandad; la de hoguera para el que comete acto sexual con animales y para el monedero falso o para el hereje. Así, en ese afán de reprimir con duras penas los delitos más peligrosos o más frecuentes, se desemboca siempre en la más grave pena: la de muerte. Se llega paralelamente a su abuso y a su empleo cruel». En TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 359.

ban a estar en boga. Así Lardizábal destacará que si bien en las normas seguían vigentes penas muy crueles, varias de ellas a fines de siglo ya habían caído en desuso¹¹. Esto se traducía en que los jueces rechazaran muchas penas establecidas por leyes formalmente vigentes, propiciando el arbitrio judicial por acción (introduciendo otros castigos) o por omisión (no sentenciando nunca a penas legalmente establecidas)¹². Tal evolución puede verse en cuanto a las modalidades de ejecución de la pena capital: hacia comienzos del siglo XVIII la horca es el medio de ejecución más usual en España, habiendo caído en desuso la decapitación, siendo excepcional la muerte en la rueda y restando la muerte de saeta (extremadamente cruel) sólo para los casos de Hermandad; la muerte en la hoguera se aplicará en contados casos y la muerte por garrote se generalizará a partir de mediados del siglo XVIII, pasando a sustituir a la horca cuando ésta sea abolida por José Bonaparte en 1809¹³.

Que en el siglo XVIII se hubiere atenuado la extrema crueldad de algunas ejecuciones no significa que el rigor de los castigos no fuera muy acendrado, dado que la pena capital era muy frecuente. Dentro de las disposiciones dictadas en la época, destaca —precisamente por revelar un particular endurecimiento en la punición— una pragmática dictada por Felipe V en 1734 por la cual se imponía la pena capital para todo hurto (calificado o no) realizado por cualquier mayor de 17 años que hubiera robado dentro de la Corte o a cinco leguas de su rastro y distrito; sin embargo, tras quejas de los jueces por la excesiva severidad de la disposición —y ante la evidencia de que ni las víctimas se atrevían a denunciar ni los testigos a declarar la verdad, dada la gravedad de la pena¹⁴— en 1745 se resuelve que el castigo para los hurtos simples quedase al arbitrio del juez¹⁵. En 1764 Carlos III dispone la reimplantación de la pragmática originaria, pero nuevamente es suspendida a instancias del Consejo de Castilla, alegando éste la necesaria proporcionalidad entre las penas y los delitos («Que las penas deben ser proporcionadas a los delitos, según la más, o menos malicia; el mayor o menor daño; la premeditación para cometerlos, y otras circunstancias»)¹⁶; la

11 LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Cap. V, § II, n. 22; separata de la *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1967, pág. 116.

12 TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, pág. 376.

13 TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, pág. 383 y ss.

14 DEL VAL, Juan Antonio, «Beccaria en España», Apéndice a *De los delitos y de las penas*, Alianza, pág. 164.

15 CASABÓ RUIZ, José R., «Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXII, fascículo II, 1969, pág. 316.

16 En CASABÓ RUIZ, «Los orígenes de la codificación penal...», pág. 317.

influencia de las ideas de la Ilustración ya se hacía sentir entre los jurisconsultos próximos al monarca.

Las penas de azotes y de vergüenza pública eran frecuentes. La prisión era empleada cautelarmente (no sólo para presuntos delincuentes, sino también con los testigos) aunque sin embargo estaba prevista como pena para delitos leves y para otros más importantes cometidos sin agravación y por primarios. Las penas de galeras, minas o presidio eran empleadas por los monarcas de acuerdo con sus necesidades militares o políticas, ordenando en tal caso a los jueces la conmutación de las penas corporales por éstas: la pena de galeras —de las más temidas en los siglos XVI y XVII, dado que pocos regresaban de ellas con vida¹⁷— fue suprimida en 1748 por la inutilidad militar de tales navíos (aunque Carlos III la restableció con poco éxito en 1784, fue definitivamente suprimida en 1803) cobrando importancia entonces las penas de reclusión y trabajos, en las minas, arsenales y presidios de África¹⁸. La pena de destierro era considerada como leve y casi nunca se imponía sola; la pena de confiscación se imponía en los delitos más graves, soliendo repercutir en los herederos, igual que las penas infamantes. Ocasionalmente, estos castigos podían mitigarse a través de la clemencia judicial, la conmutación de penas o el indulto real¹⁹.

De esta forma, trasladando del ámbito religioso al terrenal el temor al castigo (eterno en el primer caso), la monarquía absoluta recurre al terror como táctica de gobierno; las penas excesivamente gravosas para cualquier delito llevan al rebuscamiento de los tormentos y las ejecuciones —índice también de la progresiva insensibilidad colectiva ante tales espectáculos, no poco frecuentes—, crueldades destinadas a provocar el miedo colectivo. No faltará sin embargo en algún caso —como ya vimos— el fin utilitario, no obstante lo cual puede afirmarse que la finalidad intimidativa es la ampliamente predominante.

¹⁷ Se refiere a esta pena claramente por primera vez una Real Cédula del 14 de noviembre de 1502, en la cual se conmuta la pena de muerte por el servicio en galeras; de ella destaca RODRÍGUEZ RAMOS además de su naturaleza utilitaria, su carácter especialmente segregatorio, aplicada principalmente al pueblo llano, gitanos y vagabundos. En RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «La pena de galeras en la España moderna», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXI, 1978, págs. 264 y ss.

¹⁸ Una Real Orden del 18 de octubre de 1749 resolvía que a los reos a quienes se aplicaba la pena de galeras fueren destinados a servir en las minas de Almadén y «los de mérito más leve» a los presidios de África; en CASABÓ RUIZ, «Los orígenes de la codificación penal...», pág. 321, nota 42.

¹⁹ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, pág. 386 y ss.

c) *El desigual destino de la Ilustración*

El reformismo ilustrado español de las últimas décadas del siglo XVIII adhería al iusnaturalismo racionalista y a la teoría del pacto social (en sus distintas versiones); estos pensadores van a juzgar críticamente la situación de la Administración de Justicia y las leyes penales españolas, elaborando propuestas de reforma; no creaciones abstractas sino propuestas prácticas para mejorar la realidad desde su propia experiencia jurisdiccional²⁰ (así Jovellanos, Roda, Lardizábal). Como señala Tomás y Valiente, se trataba de reformar desde arriba, legislando; como tecnócratas de la Monarquía, respetan el poder absoluto pero aprovechan su posición para llevar a cabo reformas legislativas²¹.

Sin embargo, a los cambios se opondrían no pocas dificultades; este «pequeño grupo de hombres animosos y sensatos» como los llama Aranguren²² se encontraría acotado por dos fuerzas en la segunda mitad del siglo XVIII: la naciente y radical del liberalismo —a la que más adelante nos referiremos— y la reaccionaria y tradicionalista de la Iglesia (no en vano se ha hablado del catolicismo español como un «Cristianismo de Reconquista, Cruzada y Contrarreforma», espíritu manifiesto a lo largo de todo el siglo XVIII)²³. Y es que el poder temporal de la Iglesia en esa época era enorme, fruto a su vez de un feudalismo tardío fuertemente estamental en que clero y nobleza monopolizaban no sólo el aparato estatal: el 80% de la tierra era propiedad de la Iglesia, la nobleza y el Rey; a su vez, los nobles ejercían en los lugares de señorío funciones judiciales y administrativas, privilegios feudales que permanecerán hasta las Cortes de Cádiz²⁴. Es que en definitiva, a los ilus-

²⁰ CASABÓ RUIZ, «Los orígenes de la codificación penal...», pág. 319.

²¹ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, pág. 104 y ss.

²² ARANGUREN, José Luis, *Moral y Sociedad. La moral española en el siglo XIX*, 6.^a Ed., Taurus, Madrid, 1982, pág. 28.

²³ La reacción a todo lo nuevo es decidida: al combate a los jesuitas (entonces expulsados) siguieron los ilustrados («...con las máximas impías de Rousseau y Voltaire»); la guerra con la Francia revolucionaria en 1793 será vista como una nueva cruzada. En esta ideología eclesíástica del siglo XVIII se fundamentará la actitud de la Iglesia durante el reinado de Fernando VII y durante las guerras carlistas; en ARANGUREN, ob. cit., págs. 28 y ss.

²⁴ En Francia, la aristocracia había tenido que ceder tales atribuciones a funcionarios reales, así como otros poderes feudales; es que en tanto la monarquía española descansaba en el oro proveniente de América, la francesa debió montar una rigurosa Administración para recaudar sus tributos; el contraste entre la mercantilista (confiada a los metales preciosos venidos del exterior) y estática (sin ningún ánimo de aumento de la producción) economía española y el naciente capitalismo de allende los Pirineos (baste pensar en la Fisiocracia) es evidente. En España, la tierra era aún considerada como instrumento de poder y no de riqueza: la ganadería transhumante de la Mesta impedía el cierre de las propiedades; el cultivo irracional y sin voluntad de

trados les faltaba en España un grupo social de apoyo, como el que tenían en otros sitios: en la segunda mitad del siglo XVIII España carecía de una burguesía.

Si quisiera destacarse un rasgo característico de la economía española de la época, habría que referirse al régimen de propiedad de la tierra, eminentemente feudal; ésta se encontraba sujeta al sistema vincular, principalmente a través de los mayorazgos. De acuerdo con este instituto, el titular de la propiedad gozaba de las rentas o frutos que le producía un determinado patrimonio, del cual sin embargo no podía disponer; a su vez, generalmente la vinculación se mantenía por sustitución sucesoria basada en la primogenitura. El mayorazgo pretendía garantizar al individuo y a su linaje contra la ruina derivada de una deficiente administración patrimonial.

La nobleza —como señalábamos— controlaba también gran parte de la administración municipal y disfrutaba de los beneficios provenientes de los señoríos, por los cuales recibía un canon compuesto la mayoría de las veces por cargas inherentes al solar y cargas vasalláticas derivadas del poder jurisdiccional que en esas tierras ejercía²⁵. El conflicto entre propietarios y labradores arrendatarios fue uno de los principales motivos de tensión durante el siglo XVIII.

A su vez, también los bienes de la Iglesia se encontraban tutelados por una serie de prohibiciones y garantías que se remontan a los emperadores cristianos, el *Fuero Juzgo*, las *Partidas* y el *Fuero Real* de 1255, las que ocasionaban que aquéllos se encontraran también fuera del mercado, amortizados.

Nobleza y clero no sólo disfrutaban de privilegios honoríficos, sino que también participaban de numerosos privilegios de otra índole: los nobles no podían ser encarcelados por deudas, no se les podía ejecutar la vivienda ni sus armas y caballerías y no estaban obligados a pagar sus deudas si antes no se les asignaba una partida alimenticia; no estaban sometidos al fuero particular, en caso de ser detenidos por asuntos penales estaban libres del tormento y disfrutaban en igualdad de condiciones de preferencia legal para ocupar empleos, recibir hábitos, encomiendas y dignidades. El cle-

explotación obtenía mínimos beneficios; la concentración de la tierra, retirada de la circulación, en «manos muertas», haría concebir a los ilustrados los primeros planes de desamortización con el fin de desarrollar la producción y así aumentar la prosperidad de la nación. En ARANGUREN, ob. cit., págs. 33 y ss.

²⁵ ARTOLA, Miguel, *Antiguo régimen y revolución liberal*, Ariel, Barcelona, 1979, págs. 99 a 101.

ro disfrutaba también de su fuero especial; tenían igual derecho que los nobles a no ser detenidos por deudas ni sometidos a tormento, tenían la precedencia y derecho a cazar en cualquier día del año. De todas formas, su diferenciación se configuraba con independencia de la situación económica, por lo que constituyen estamentos; así, dentro de cada grupo social podían observarse importantes diferencias económicas²⁶.

En consecuencia, como puede verse, los intereses opuestos al cambio eran poderosos.

d) *Las influencias más destacadas*

Entre las influencias que en materia penal se comenzaban a sentir en la época, destacaban las de Montesquieu y Beccaria; nos referiremos brevemente a las principales ideas de ambos en lo que a este tema concierne, dado que tuvieron no sólo notorio predicamento entre los intelectuales del fin de siglo —entre ellos, destacaría Lardizábal— sino también fundamental importancia para los codificadores de 1822.

Para Montesquieu la libertad es uno de los derechos básicos del ciudadano, consistiendo en que cada individuo tenga la seguridad de no ser víctima del despotismo ni de las falsas acusaciones públicas o privadas que contra él puedan dirigir los otros ciudadanos; y si su inocencia no está protegida por las leyes, tampoco lo estará su libertad²⁷. Autor moderado, reformista, considerará que la severidad de las leyes penales está en proporción con el despotismo de los gobiernos, señalando que sería fácilmente cotejable en Europa que las penas han aumentado o disminuido en función de su proximidad a la libertad política. En un Estado moderado, el legislador se preocupa más de prevenir los delitos que de castigarlos, y las penas que impone son moderadas pero no por ello menos eficaces; así, dirá que está demostrado que los relajamientos de las costumbres de los pueblos proceden de la impunidad de los crímenes y no de la moderación de las penas. Éstas deben estar previstas en la ley, guardar proporción con la gravedad del delito y estar en relación con su naturaleza particular, porque entonces cesa todo arbitrio y la pena no deriva de la voluntad o capricho del legislador; en los Estados moderados, un buen legislador se preocupará menos de castigar los crímenes que de

²⁶ ARTOLA, ob. cit., págs. 111 y 112.

²⁷ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes* (trad. de M. Blázquez y P. de Vega), Alaya, Barcelona, 1993, pág. 137.

prevenirlos, «...y se dedicará más a mejorar las costumbres que a infligir suplicios»²⁸.

Inspirado en Montesquieu, Beccaria tuvo una difusión muy amplia, siendo traducido a varios idiomas y leído en muy diversos lugares²⁹; no sólo sirvió de base a posteriores autores que de su obra recogieron ideas claves, sino que sus consideraciones van a contribuir a la reforma de la legislación penal en varios países³⁰; de él dirá Antón Oneca que fue un gran difusor y condensador del pensamiento ilustrado, supo «...recoger y concretar un ambiente ideológico, convirtiéndose en símbolo de una nueva época»³¹. Tomás y Valiente destaca dos antecedentes que habrían contribuido a la excelente acogida que tuvo la publicación de su obra en 1764: uno, la aparición en 1762 de *El contrato social* de Rousseau, que alcanzó enorme difusión y cuya influencia acusaría *Dei delitti e delle pene*; otro, el proceso penal y ejecución después de sufrir el tormento de Jean Calas en la ciudad de Toulouse (también en 1762)³², en el que Voltaire tomó conocimiento de las irregularidades de la instrucción e intervino luego, logrando la casación de la sentencia y desatando al mismo tiempo una campaña contra el sistema procesal penal vigente³³.

La base de su pensamiento —como no podía ser de otra manera— la encuentra en el contractualismo; a partir de esta doctrina, Beccaria dirá que los hombres viven en sociedad para poder gozar de su libertad; la necesidad obligó a éstos a ceder parte de sus libertades con este fin, y el agregado de todas esas porciones pequeñas de libertad («la porción

²⁸ MONTESQUIEU, ob. cit., pág. 68.

²⁹ En tal sentido, TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, Presentación del *Tratado de los delitos y de las penas* de BECCARIA (edición facsimil de Juan Antonio de LAS CASAS, Madrid, 1774) Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Biblioteca Nacional (Ministerio de Cultura), Madrid, 1993, pág. XI; también del mismo autor, en *Manual de Historia del Derecho Español*, 3a. edición, Tecnos, Madrid, 1981, pág. 494; véase asimismo ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1986, pág. 908.

³⁰ Véase, por ejemplo, el prólogo de Juan Antonio de LAS CASAS a la edición de la obra de BECCARIA por él traducida, citada precedentemente.

³¹ ANTÓN ONECA, «Los fines de la pena...», pág. 419; en igual sentido, DEL VAL, Introducción a *De los delitos y de las penas*, pág. 15. ZAFFARONI destaca su originalidad creativa, ya que BECCARIA habría mostrado en forma sistemática las consecuencias de la aplicación de las ideas filosóficas de su época a la problemática penal, lo que nadie había hecho hasta entonces; ZAFFARONI, E. Raúl, «La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLII, 1989, pág. 523.

³² VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance à l'occasion de la mort de Jean Calas*; citado por DEL VAL en *Introducción a De los delitos y de las penas*, nota 6, pág. 178.

³³ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, pág. 99.

más pequeña que sea posible») forma el derecho de castigar: «todo lo demás es abuso y no justicia, es hecho, no derecho»³⁴. Citando a Montesquieu, advertirá que toda pena —así como todo acto de hombre a hombre— que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránica. Como el legislador representa la sociedad unida por el contrato social, sólo las leyes pueden establecer las penas de los delitos. El objetivo de la pena es la intimidación, la eficacia disuasoria del ejemplo («¿Cuál es el fin político de las penas? El terror de los otros hombres») ³⁵, pero guiada por la utilidad, no a través de la crueldad, separándose así radicalmente de la intimidación general preconizada por los prácticos y la legislación del Antiguo Régimen, basada en la profusión de prácticas aterroizantes. La severidad desmedida debe ser sustituida por la proporción entre los delitos y las penas, la prontitud y la certeza; la atrocidad del castigo hace que el delincuente cometa más delitos para huir de la pena de uno sólo. El daño social producido por cada delito debe servir como criterio de graduación de la pena correspondiente. Véase como se une el humanitarismo con la utilidad en esta frase: «La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión, que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos, amedrentan siempre los ánimos de los hombres»³⁶. Destacará también los modos más adecuados para prevenir los delitos, a saber; la claridad de las leyes, la probidad de los magistrados, la entrega de premios a los ciudadanos virtuosos, y sobre todos ellos, la educación, herramienta contra la ignorancia, fuente de males.

El Derecho Penal del Antiguo Régimen basaba el derecho de castigar del monarca en un derecho divino, vinculando el delito al pecado; con el iluminismo el delito se seculariza, construyéndose a partir de su conminación con una pena y no desde la calificación como pecado del comportamiento: «...la única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación, y por esto han errado los que creyeron que lo era la intención del que los comete (...) La gravedad del pecado depende de la impenetrable malicia del corazón. Ésta no puede sin revelación saberse por unos seres limitados; ¿cómo, pues, se la tomará por norma para castigar los delitos?»³⁷; de esta forma, no sólo lo seculariza sino

³⁴ BECCARIA, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, pág. 29.

³⁵ BECCARIA, ob. cit., pág. 52.

³⁶ BECCARIA, ob. cit., pág. 72. Como señala ASÚA BATARRITA, la mitigación del castigo no sólo se asentaba en razones humanitaristas, sino también en la inutilidad de los excesos (lo que constituye una posición claramente iluminista); en «Política criminal y prisión. Discursos de justificación y tendencias actuales», en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, n.º 2, A Coruña, 1998, pág. 277.

³⁷ BECCARIA, ob. cit., págs. 37 y 38.

que además aparta al delito de las nociones de «honor» o «virtud», vinculadas a la cambiante moral de los tiempos; la «intención» reposa en el fuero íntimo del individuo y deberá responder por ella únicamente ante Dios: «...el *daño hecho a la sociedad* es la verdadera medida de los delitos»³⁸.

Señala Ferrajoli que este principio es el rasgo más característico del pensamiento jurídico liberal, que se remonta a Hobbes, Puffendorf y Thomasius, pasando luego por Montesquieu, Beccaria, Hommel, Bentham, Mill y Carrara; el papel del Estado y de la ley penal no puede traducirse en una intervención coercitiva en la vida moral de los ciudadanos ni en la imposición o promoción de una determinada Moral, sino limitarse únicamente a tutelar su seguridad impidiendo que se dañen unos a otros³⁹.

Concluirá su obra caracterizando la pena adecuada de la siguiente manera: «para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la mas pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes»⁴⁰.

En cuanto a su recepción en España, si bien la versión en italiano circuló en el ambiente intelectual de la época, la mayor difusión la alcanza con la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774; ésta tuvo que sortear diversos obstáculos para su publicación, autorización para la cual fue decisiva la intervención favorable del entonces presidente de la Real Academia de la Historia y Fiscal del Consejo de Castilla, Campomanes⁴¹. También el ambiente judicial se encontraba propicio a las reformas, lo que habría facilitado su publicación y difusión⁴².

³⁸ BECCARIA, ob. cit., pág. 38. Creemos que ése es el significado dado a la «intención» por BECCARIA, consagrando un Derecho Penal secularizado y de acto; por ello, discrepamos con la interpretación de VIRTO LARRUSCAIN, que entiende que la exclusión de la relevancia de la intención en este autor debe verse como la objetivación de la responsabilidad por el hecho antisocial, con independencia de la intención del agente y excluyendo la relevancia del libre albedrío; en VIRTO LARRUSCAIN, M.^a José, *El caso fortuito y la construcción del sistema de culpabilidad en el Código Penal de 1848*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1984, pág. 57.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés), 2.^a ed., Trotta, Madrid, 1997, págs. 222, 223 y 242.

⁴⁰ BECCARIA, ob. cit., pág. 112.

⁴¹ DEL VAL, *Beccaria en España*, pág. 165 y ss.

⁴² SEMPERE y GUARINOS, Juan, *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*, Tomo III, Madrid, 1785-89, pág. 177; citado por DEL VAL en *Beccaria en España*, pág. 165.

En 1777 la Inquisición prohíbe el libro, aunque continúa circulando pese a las incautaciones que ésta realizaba, de tal suerte que puede concluirse en que su influencia fue notoria en el movimiento reformista ilustrado del régimen absolutista, haciendo eclosión en los posteriores períodos constitucionales⁴³.

La prohibición de la obra de Beccaria siguió un interesante proceso que Torío relata detalladamente en su completa investigación sobre el tema⁴⁴. El 3 de febrero de 1777, el Inquisidor General Felipe Beltrán y la Cueva dirige un proyecto al Ministro Roda; en él se catalogaba a *De los delitos y de las penas* como prohibido *in totum*, «por ser obra capciosa, dura, y inductiva a una impunidad quasi absoluta, y que promueve el Tolerantismo, así en materias pertenecientes a la Fé, como en orden a las costumbres, y ofensiva a la Legislación Divina y Humana, particularmente a la Criminal, tanto eclesiástica como civil»; señala Torío que la «impunidad quasi absoluta» de que se queja el Inquisidor debía ser la crítica que Beccaria hace a la pena de muerte (a la que el Santo Oficio consideraba como una de sus prerrogativas esenciales). El 4 de marzo de 1777 el Ministro Roda contesta que «...su objeto y principal fin no es inducir a la absoluta impunidad de los delitos sino a proporcionar las penas correspondientes, por amor a la humanidad»⁴⁵, proponiendo al Inquisidor una fórmula transaccional; ésta será rechazada por Beltrán, dado que considera «...imposible el expurgarlo, porque si bien estan esparcidas en todo el innumerables Propositiones dignas de censura; en lo que principalmente la merece, es en el asunto, que el Autor se ha propuesto. Tanto empeño en querer persuadir que muchas de las Leyes penales, y frecuentes en la legislación son tomadas de los Siglos bárbaros, es en agravio de Legisladores sapientísimos y justos, y es preciso, que induzca a los vasallos al desprecio. Reprovar toda pena de muerte, y propalar que sirben mas para el escarmiento las otras penas, o de esclavitud, o de azotes, o de carcel perpetua, y semejantes, es calumniar la conducta de Dios (...) Este Sistema se dirige a poner a los Soberanos absolutamente dependientes del arbitrio de sus vasallos, e inducir a la rebelion, y a sacudir la obediencia con el especioso pretexto de conserbar aquella porcion de libertad, que se reservaron: por lo que se ve, que el intento del Autor no ha sido moderar el rigor de las Leyes por amor a la hu-

⁴³ DEL VAL, *Beccaria en España*, pág. 176; TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, pág. 495.

⁴⁴ TORÍO, Angel, «Beccaria y la Inquisición española», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXIV, Madrid, 1971, págs. 391 y ss.

⁴⁵ *Archivo General de Simancas*. Gracia y Justicia, legajo 627: *Manuel de Roda al Inquisidor General*, 4 de marzo de 1677; en TORÍO, ob. cit., pág. 405.

manidad, sino introducir la impunidad de los delitos sin amor a la humanidad, que sin el castigo de los delincuentes quedaría expuesta a los mas violentos insultos y desacatos»⁴⁶. Días después Roda acepta la censura, agregando a los argumentos inquisitoriales que podía suceder que «...lectores incautos errasen sobre la torcida inteligencia de sus pasajes»; Torío interpreta la actitud contradictoria de Roda —dado que se contaba entre los ilustrados de la época mejor dispuestos a las reformas— o como el cumplimiento escueto de la voluntad real o en función del deseo de no tener conflictos con el Santo Oficio, ya que la Inquisición había presentado aspectos de la obra cuestionada como ataques a las regalías del soberano. El 20 de junio de 1777 se emite el Edicto prohibitorio⁴⁷.

Este autor no había sido la única víctima de la censura del Tribunal del Santo Oficio: en 1732 habían sido prohibidas las obras de Grocio y en 1742 las de Puffendorf. A su vez, a partir de 1747 el objetivo prioritario de la Inquisición sería evitar el ingreso de libros franceses; así, en 1756 son prohibidas *Les lettres philosophiques* de Voltaire, *L'Esprit des Lois* de Montesquieu y el *Discours sur l'origine et les fondaments de l'inégalité parmi les hommes* de Rousseau⁴⁸. Si bien tales obras llegaban igualmente a las élites intelectuales, es indudable que la censura en España tiene que haber contribuido tanto a la timidez de los planteos renovadores como al retraso de su influencia respecto de las demás potencias occidentales. Acerca de la censura inquisitorial, Campomanes y Floridablanca expresarían que «...el abuso de las prohibiciones de libros ordenadas por el Santo Oficio es una de las fuentes de ignorancia que reina en gran parte de la nación»⁴⁹. El 16 de junio de 1768 un Edicto Real ordenó a la Inquisición que antes de efectuar una prohibición de libros, sometiera dicho proyecto a la aprobación real⁵⁰.

Durante el reinado de Carlos III la influencia de las ideas penales de la Ilustración se va a ver reflejada en algunas pragmáticas, como la de 12 de marzo de 1771 que —intentando reducir la fuga de reos de los

⁴⁶ Archivo General de Simancas. Gracia y Justicia, legajo 627: *El Inquisidor General a Manuel de Roda*, 25 de mayo de 1677; en TORÍO, ob. cit., pág. 407.

⁴⁷ TORÍO, ob. cit., pág. 397.

⁴⁸ DEFOURNEAUX, *Inquisición y censura de los libros en la España del siglo XVIII* (trad. de Tellechea Idígoras), Madrid, 1973, pág. 135; en VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 31. Torío señala que en 1764 se habían prohibido ya la totalidad de las obras de ROUSSEAU; en ob. cit., pág. 394.

⁴⁹ SARRAILH, Jean, *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII* (trad. de A. Alatorre), México-Bs. As., 1957, pág. 294.

⁵⁰ TORÍO, ob. cit., pág. 393.

presidios de África⁵¹— clasifica los delitos entre no calificados y feos o denigrativos; los condenados por los primeros serán enviados a tales presidios, mientras que los otros serán destinados a los arsenales o a trabajos duros, pero estableciendo para ambos un límite máximo de duración de la pena de 10 años «para evitar el total aburrimiento y desesperación»⁵², aunque cabe destacar que se establecía una cláusula de retención para los «más agravados y de cuya salida al tiempo de la sentencia se recele algún grave inconveniente» (medida que también se podrá aplicar en las «Casas de corrección de mujeres del Reino») ⁵³. Antón Oneca sospecha que sea de Lardizábal la autoría de esta Pragmática⁵⁴.

La sustitución de la pena de galeras por la de presidio va a dar lugar a ciertas iniciativas; en 1769 Floridablanca había propuesto la creación de una casa de corrección en el peñón de Vélez de la Gomera, también para evitar las deserciones de los presidios de Africa⁵⁵. Hasta entonces la privación de libertad en establecimientos, tanto para mujeres (las casas de reclusión femeninas o «galeras») como los que se destinaban a vagos y mendigos —como la Casa de Corrección de San Fernando de Jarama, creada en 1766— atendían funciones correccionales, de orden público y no punitivas (aunque tales fueran, en su caso, sus efectos)⁵⁶; si bien estas instituciones manifestaban preocupaciones humanitarias, tan propias de la época, tenían por objeto hacer frente a la problemática de la mendicidad urbana.

En 1787 una Real Cédula trata de poner fin a las arbitrariedades en la ejecución de las penas —a efectos de evitar las conmutaciones resueltas por los encargados de presidios— afirmando la exclusiva autoridad Real para decretar las mismas. Un año después, se va a señalar por Real Pragmática que la cárcel no es lugar de aflicción de los reos, sino únicamente de custodia⁵⁷.

Posteriormente, la Real Ordenanza de Presidios y Arsenales del 20 de marzo de 1804 establecerá un régimen de selección y clasificación

⁵¹ CASABÓ RUIZ, «Los orígenes de la codificación penal...», pág. 320.

⁵² GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Régimen penitenciario de España*, Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 1975, pág. 24.

⁵³ En esta última disposición se ha querido ver un precedente de la sentencia indeterminada; en ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, pág. 551.

⁵⁴ ANTÓN ONECA, «El Derecho penal de la Ilustración...», pág. 14.

⁵⁵ ANTÓN ONECA, «El Derecho penal de la Ilustración...», pág. 14.

⁵⁶ Véase en RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, «La fundación de la Casa de Corrección de San Fernando», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, págs. 205 y ss.

⁵⁷ GARCÍA VALDÉS, *Régimen penitenciario de España*, pág. 24.

de los penados con recompensas y castigos atendiendo al comportamiento de los mismos en el establecimiento⁵⁸; Salillas encuentra en ésta las determinantes del sistema progresivo⁵⁹. El mismo autor ve en el reglamento para el presidio de Cádiz de 1805 —a partir del cual se intentó hacer una organización general de los establecimientos existentes a través de un reglamento general, en 1807⁶⁰— las bases de un sistema penitenciario.

El utilitarismo jugaría un importante papel en el pensamiento de la Ilustración. En este sentido destaca Aranguren que si bien la obra de Adam Smith *La riqueza de las naciones* tuvo una influencia capital en los grandes ilustrados españoles en el plano económico, su *Teoría de los sentimientos morales* también lo hizo; en ella se destaca que los sentimientos por los que se mueve el hombre en el mundo son los de placer, agrado y utilidad, y la moral en última instancia se funda en el egoísmo (empleado no en sentido valorativo), un egoísmo racional o razonable que sabe distinguir las conveniencias duraderas de las apetencias inmediatas (ya Jovellanos hablaba de «...los útiles sentimientos de humanidad y benevolencia»). Y el valor social de este «egoísmo» es explicable si se tiene en cuenta —como nos recuerda Aranguren— que el pensamiento de la Ilustración es optimista, creía en la armonía de los intereses en competencia y en «la mano invisible» que concertaría las conveniencias de todos. De esta forma, la idea de utilidad permea todo el pensamiento ilustrado, destacando en el ámbito económico la defensa de la libertad de comercio y la desamortización de la tierra (acumulada entonces en las «manos muertas» de la nobleza y el clero, y sustraídas a la circulación de la riqueza, al mercado)⁶¹. A su vez, la ética de la Ilustración es una ética de la felicidad, felicidad como bienestar en el mundo, es decir, prosperidad o mejoramiento de la fortuna, y libertad. Libertad en un principio eco-

⁵⁸ GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Introducción a la Penología*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, pág. 102.

⁵⁹ SALILLAS, Rafael, *Evolución penitenciaria en España*, Tomo II, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1919, pág. 229 y ss.

⁶⁰ CARRILLO DE LAS HERAS, M.^a Trinidad, «La pena privativa de libertad en la España del siglo XIX», en *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica* (Carlos García Valdés, director), Edisofer S.L., Madrid, 1997, pág. 179.

⁶¹ ARANGUREN, ob. cit., págs. 9 y ss. Pretendiendo cambiar este esquema, los ilustrados próximos a la Corona promueven reformas en la segunda mitad del siglo XVIII tendientes a favorecer los intereses de los labradores frente a los propietarios, para estimular el desarrollo rural; sin embargo, una política tendiente al incremento de la producción agraria pero sin incluir cambios en la propiedad de la tierra estaba destinada al fracaso, dada la peculiar estructura socio-económica española, a la cual ya nos hemos referido; en ARTOLA, ob. cit., págs. 131 y 135.

nómica (frente a los monopolios, los privilegios, los gremios) y más adelante también política.

El ilustrado también cree en un moralismo pedagógico: el hombre es malo solamente por la ignorancia de sus verdaderos intereses. Por ello, fomentan la difusión de los «saberes útiles» (ciencias, industrias) —a la cual contribuirán, por ejemplo, las Sociedades Económicas de Amigos del País— a diferencia de los saberes «metafísicos y escolásticos» que se enseñaban en las viejas Universidades, bajo influencia eclesiástica⁶².

III. El significado de la codificación

Llegado este punto y antes de abordar el proceso codificador en materia penal en España, es conveniente hacer referencia a la idea de *codificación* y al particular sentido que cobra en la Época Moderna, que luego se desarrolla acabadamente en la Europa post-revolucionaria. Desde la antigüedad clásica se designaban como *codex* a las recopilaciones ordenadas de leyes, cuyo ejemplo paradigmático era el Código de Justiniano: hacia el 528 de nuestra era, el emperador romano se propuso reunir en dos libros únicos —el *Código* y el *Digesto*— las fuentes legislativas y doctrinales vigentes; su *Código* responderá al triple propósito de mejorar el conocimiento del Derecho, remediar la inseguridad jurídica y disminuir la duración de los juicios. Ansiando la permanencia de sus textos, reconoce con pesar —igual que Bentham siglos más tarde— que el deseo de una legislación perfecta e inmutable debe rendirse ante la realidad del mundo, que obliga a tener presente la necesidad de su revisión⁶³.

a) *La codificación moderna*

Estas obras reciben un nuevo impulso en la Época Moderna, con la afirmación de los estados nacionales y la consolidación del absolutismo monárquico; para centralizar el poder a costa de los particularismos feudales, los monarcas buscan reordenar la legislación vigente en sus dominios y tender en lo posible a su unificación.

⁶² ARANGUREN, ob. cit., págs. 12, 13 y 16; VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 30.

⁶³ BENTHAM, Jeremy, «De l'influence des temps et des lieux en matière de législation», en *Oeuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, trad. de E. Dumont, Bruxelles, 1830, t. I, págs. 300 y 301; citado en CARTUYVELS, Yves, «L'idéal de la codification. Etapes et développements avant le 19e. Siècle», en *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n.º 31, Bruxelles, 1993, pág. 90.

A pesar de las similitudes y de haber servido de modelo, las compilaciones cuantitativas de la Antigüedad se distinguen de la labor codificadora de la Epoca Moderna: si bien en las primeras pueden verse funciones latentes (Justiniano, junto a la intención de mejorar el conocimiento de las normas y uniformizar la jurisprudencia, pretendía afirmar la autoridad imperial sobre la creación y evolución del Derecho), en las codificaciones modernas la intención de unificación y centralización política es directa, a partir del siglo XVII. El derecho romano tampoco contaba con un tipo de organización sistemática y geométrica como la que postulan los Códigos modernos: el método romano no es lógico-deductivo sino casuista; por último, el derecho natural para los romanos refiere a un derecho común conforme a la naturaleza de las cosas que se descubre entre las leyes existentes, diverso de la construcción abstracta conforme a la razón de los filósofos del derecho natural⁶⁴.

Se trata entonces de un período histórico en que se desarrollaba un enfrentamiento entre el poder central que detentaba el monarca y las estructuras políticas y sociales provenientes del medioevo; éstas distribuían el poder entre autoridades locales, comunales, feudales, etc., lo que ocasionaba superposición de atribuciones, privilegios regionales, confusión y contradicción entre normas antiguas y modernas (particularmente también, por las dudas que suscitaba la aprobación de disposiciones nuevas sin aclarar expresamente qué normativa quedaba derogada). Los operadores del Derecho también tenían enormes dificultades para aplicar las normas, tanto por su multiplicidad y particularismos como por la imposibilidad de conocer todas las disposiciones sobre un tema; la labor judicial tendrá entonces un amplio margen creativo e interpretativo; doctrina (glosadores y comentaristas) y jurisprudencia se constituían de hecho en fuentes formales del derecho⁶⁵. Al llegar la primera mitad del siglo XVIII, puede reconocerse ya ampliamente en Europa continental esta «crisis de certeza del Derecho», que al particularismo jurídico existente —que a su vez se sustentaba en un cúmulo de opiniones e interpretaciones diversas de textos múltiples y antiguos— se une una jurisprudencia farragosa y confusa y el amplísimo arbitrio judicial que por consiguiente la acompañaba⁶⁶.

⁶⁴ CARTUYVELS, «L'idéal de la codification...», pág. 90.

⁶⁵ Yendo más atrás en el tiempo, basta recordar que las opiniones de los juriscultos constituían derecho en tiempos de Justiniano, por lo que fueron condensadas en el *Digesto* (las *Pandectas*); en DAVID, René, voz *Codification* en *Encyclopaedia Universalis*, tomo 6, Paris, 1989, pág. 39.

⁶⁶ CAVANNA, Adriano, *Storia del Diritto moderno in Europa. 1. Le fonti e il pensiero giuridico*, ristampa inalterata, Giuffrè, Milano, 1982, pág. 281; citado por TOMÁS Y VALIENTE en *Presentación del Tratado de los delitos y de las penas*, pág. XII.

Los Estados absolutos sienten pues la necesidad de adoptar un régimen jurídico diverso que les asegure no sólo uniformización legislativa sino también y principalmente, la progresiva limitación de los poderes locales en beneficio del poder central que representaba el monarca; en ese sentido, el paso del tiempo determinará problemas inconciliables entre las estructuras político-administrativas heredadas de la Edad Media y el nuevo régimen político en desarrollo⁶⁷. Comenzará a tomar cuerpo la concepción moderna de la codificación, que se basará en la instauración de un sistema jurídico más simple —y más cognoscible⁶⁸— y la búsqueda de la unidad legislativa; los nuevos códigos de la Época Moderna, bajo la influencia del iusnaturalismo, ya intentarán constituirse en obras legislativas claras, sencillas y uniformes.

En este momento histórico, los Códigos serán presentados como una manifestación superior de racionalismo, progreso y estabilidad; la codificación significaría claridad y accesibilidad por el ciudadano a las normas que lo regían, lo que redundaría en seguridad jurídica, preocupación de primer orden para la ascendente burguesía⁶⁹. Al mismo tiempo, si bien a la codificación se le atribuía una función de simplificación (el emblemático ideal de lo «cualitativo, sistemático y sintético») mientras también cumplía —como ya hemos comentado— una función política, debe agregársele una dimensión de naturalización (como resultado lógico de un orden natural, sistemático y coherente, fundado en la equidad, que traduciría los postulados del legislador racional)⁷⁰. Respecto a esta última función —latente— puede decirse que la asociación a la noción de «codificación», de lo natural, lo lógico y racional, tiende a reificar su significado, dotándola de una autoridad particular⁷¹; Diderot pondría a su vez, añadir la trascen-

⁶⁷ PIANO MORTARI, Vincenzo, voz *Codice* en *Enciclopedia del Diritto*, vol. VII, Giuffrè, 1960, págs. 228 y ss.; ya hemos señalado que un ejemplo claro de ese proceso podía verse en la monarquía francesa, que como forma de consolidación del poder monárquico —además de buscar satisfacer sus necesidades fiscales— comenzó a limitar las autonomías locales medievales, de carácter administrativo y económico, así como los privilegios feudales; de esta manera se promovía también la formación de un Estado burocrático y centralizado.

⁶⁸ Dando a su vez a la Jurisprudencia un nuevo punto de partida, dejando de lado los arcaísmos y acorde a la nueva realidad social; en DAVID, ob. cit., pág. 40.

⁶⁹ Así TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, pág. 471 y ss.

⁷⁰ En CARTUYVELS, «L'ideal de la codification...», págs. 85 y 105.

⁷¹ De esta manera, CARTUYVELS señala que la creencia en la naturalidad del orden legal presentado bajo el signo de una racionalidad neutra y autónoma, universal y atemporal, busca también oscurecer la historicidad y arbitrariedad que hay en toda construcción jurídica; en CARTUYVELS, Yves, *D'où vient le Code Pénal?*, Debueck Université, Bruxelles, pág. 317.

dencia de lo divino, para mejor asegurar la creencia (que estaría en la base de la obediencia).

b) *Iusnaturalismo y positivismo*

El Derecho natural racionalista, tomando como base el método deductivo, buscará desentrañar los principios básicos del Derecho; en ese marco, el programa codificador se fundamentará en la confianza ilimitada en la razón humana, capaz de deducir todas las reglas generales que permitirán resolver cualquier caso hipotético que se presentase: los postulados básicos del Derecho así obtenidos serán concebidos como principios válidos universalmente⁷². En esta perspectiva, la ley asume un papel preeminente, autosuficiente, dejando a la costumbre —sinónimo de inseguridad jurídica— un mero lugar residual⁷³.

Sin embargo, se produciría un cambio sustantivo a través del cual el pensamiento jurídico iusnaturalista va a ceder paso al iuspositivismo: al carecer de un sistema formalizado de fuentes jurídicas, se confiaba en la búsqueda de la verdad o la justicia para resolver los casos, extrayendo las soluciones del derecho natural, el que se alcanzaba a través de la razón; este proceder hacía que el derecho válido tuviese carácter jurisprudencial y doctrinal. Pero en ese proceso, la búsqueda de la racionalidad y la justicia llevaría a que se concibiese a la legalidad como fuente formal de vigencia de las normas jurídicas en tanto garantía de certeza y libertad frente al poder estatal, y al mismo tiempo, como una técnica de estabilización de los derechos de los ciudadanos. De esta manera, la positivización —codificación— significaría centralización del poder para el monarca pero también seguridad jurídica y garantía de

⁷² CALVO GARCÍA, Manuel, *Teoría del Derecho*, Tecnos, reimpresión de la 1.^a ed., Madrid, 1996, pág. 76. De esa forma, los principios básicos del Derecho serán concebidos como Derecho *natural*, como verdades racionales y secularizadas —la dimensión de «naturalización» a la que acabamos de referirnos— aspecto de primordial importancia en la construcción del pensamiento burgués del Iluminismo.

⁷³ Entre los teóricos de la codificación no obstante, podrán advertirse diferencias entre quienes concebían a la razón como única e indivisible, de acuerdo con el modelo matemático —lo que permitía sostener el ideal de un Código aplicable a todas las naciones— y quienes optaban por un modelo racional más relativista, extraído de las ciencias naturales, respetuoso de las experiencias nacionales —hablarán pues de la creación de Códigos conforme a una «razón nacional»—; aquí encuentra CARTUYVELS una cesura en el seno mismo de la Ilustración de la segunda mitad del siglo XVIII, que separa a los partidarios de un universalismo abstracto de quienes reivindican un historicismo político, lo que podría prefigurar el nacimiento de la Escuela Histórica del Derecho. En *D'ou vient le Code Pénal?*, pág. 313.

derechos para la burguesía ascendente⁷⁴: allí deben verse las claves de su éxito. Se producirá así lo que para Ferrajoli se trata de la revolución «político-institucional» probablemente más radical de la historia: el Derecho pasará a tener una nueva fuente de legitimación; ya no será la *veritas* —que el jurisconsulto alcanzaba en sus elaboraciones racionalistas— sino la *auctoritas* del texto positivo⁷⁵. La ley, como norma jurídica general y abstracta, tendría la solución para todos los casos que se pudieran plantear; por ende, se consagra el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico, por el cual los jueces deberán fallar siempre de acuerdo a la letra de la ley⁷⁶.

Si bien pretendía limitarse el amplísimo arbitrio judicial de la época, ello no significaba —salvo en sus versiones extremas— que se excluyera absolutamente la interpretación judicial; en ese sentido se expresa Portalis en 1801: «La misión de la ley es fijar a grandes rasgos las máximas generales del Derecho, establecer principios fecundos en consecuencias, y no descender al detalle de las cuestiones que pueden surgir en cada materia. Es al magistrado y al jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes, a quienes toca dirigir su aplicación»⁷⁷.

De tal suerte, la «paradoja hobbesiana» de que hablara Bobbio será común según Ferrajoli a todo el pensamiento contractualista de la Ilustración: es iusnaturalista en tanto encuentra en el Derecho Natural los fundamentos del Estado y sus principios de justificación, y es iuspositivista en cuanto tales fundamentos —entre los que se destaca el principio de legalidad— sirven para fundamentar y limitar al derecho positivo estatal como el único vigente; de esa forma, el Estado y el Derecho no son concebidos como valores en sí mismos, sino instrumentalmente como garantías de los contenidos y valores emanados del Derecho Natural. Esta fundamentación externa, inmanente al pensa-

⁷⁴ CARTUYVELS, «L'idéal de la codification...», pág. 96. Y haciendo de la ley el modo de expresión primordial —si no exclusivo— del Derecho; en DAVID, ob. cit., pág. 39.

⁷⁵ FERRAJOLI, ob. cit., págs. 869 y 870. O como señala CALVO GARCÍA, del «descubrimiento» del Derecho mediante la *ius dictio* se pasa al *ius positum*, como Derecho «puesto», creado y no hallado o revelado; en ob. cit., pág. 82.

⁷⁶ CALVO GARCÍA, ob. cit., pág. 77. Según Samuel COCCEIUS, autor del Proyecto de Código Penal para Prusia de 1751 encargado por Federico II, la arquitectura racional de un Código debía denotar tal lógica interna que se debería construir un sistema de derecho en el cual sus diferentes partes estuvieran ligadas «como los eslabones de una cadena»; en CARTUYVELS, *L'idéal de la codification*, pág. 100.

⁷⁷ PORTALIS, Jean Etienne Marie, *Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil francés* (trad. de M. de Rivacoba y Rivacoba), Edeval, Valparaíso, 1978, pág. 36.

miento iluminista, consecuente con la construcción de una alternativa racionalista al absolutismo monárquico de origen divino, partió de premisas iusnaturalistas para proponer reformas, sentando las bases del moderno Estado de Derecho, esto es, vinculado a reglas —derecho positivo— y teniendo como fin la tutela de los derechos de los conciudadanos⁷⁸.

c) *Hacia un nuevo modelo estatal*

Los primeros códigos modernos verán la luz en Prusia, Austria y Francia entre fines del s. XVIII y comienzos del s. XIX. Su surgimiento será entonces tanto el fruto de una larga maduración histórica como el producto de una ruptura marcada por la conjunción de un proceso político, económico y social, y un proyecto filosófico, que culminará —ya superado el despotismo ilustrado— con el Código Penal revolucionario francés de 1791 y el modelo de Bentham⁷⁹.

En cuanto a los ya mencionados intereses de la burguesía, debe tenerse presente que el poder de los comerciantes e incipientes industriales estaba basado en el cálculo racional, por lo que demandaban un Derecho claramente cognoscible, que les proporcionase certeza, eliminando la inseguridad jurídica del Derecho casuista de entonces. No puede dejar de vincularse este aspecto al positivismo jurídico y a su tesis de que el Derecho sea enteramente positivo, existiendo normas escritas que regulen a su vez la producción de las demás normas jurídicas; ello se alcanzará con el monopolio estatal de las fuentes de producción jurídica en este proceso que estamos comentando y que culminará con la consagración general del principio de legalidad, en virtud del cual todos los poderes públicos están sometidos a la ley y al mismo tiempo, se reconocen las normas como válidas en tanto que producidas de acuerdo con las formas, en las condiciones y por los poderes legalmente preestablecidos⁸⁰.

⁷⁸ FERRAJOLI, ob. cit., págs. 226 y 227.

⁷⁹ CARTUYVELS, «L'idéal de la codification...», pág. 103. Según TOMÁS Y VALIENTE, a partir de la Ilustración y luego de acuerdo con el pensamiento liberal, un Código ya será «...una ley de contenido homogéneo por razón de la materia, que de forma sistemática y articulada, expresada en un lenguaje preciso, regula todos los problemas de la materia unitariamente acotada»; en *Manual...*, pág. 465.

⁸⁰ FERRAJOLI, ob. cit., págs. 220 y 221.

III. Antecedentes de la codificación penal

En 1776 el Ministro de Justicia Manuel de Roda dirige un oficio real al Consejo de Castilla⁸¹, solicitando información sobre algunos temas penales: se consulta acerca de la posibilidad de conmutar la pena capital, «que se va ya desterrando en algunos pueblos cultos», por otro castigo «de duración para un más *permanente* ejemplo»; la posibilidad de proporcionar las penas a los delitos (sobre todo respecto del hurto); invita a reflexionar sobre el tormento, «que no se ha admitido en muchas naciones bien gobernadas», y por último, consulta sobre la formación de un *Código criminal* en que se compilen todas las leyes penales.

¿Qué sentido habrá que asignarle a esta expresión? Según Antón Oneca el término «Código» era empleado como sinónimo de sistematización de lo ya existente⁸². El encargo se le asignó a Manuel de Lardizábal; éste entregó su trabajo al Consejo, quien lo pasó a la Sala de Alcaldes, y aparentemente la iniciativa se perdió en el «labyrintho burocrático», posiblemente porque el reformismo del Ministro Roda no contase con demasiados adeptos⁸³. Tales trabajos —sin embargo— van a inspirar la elaboración de su *Discurso sobre las penas*, exponiendo metódicamente —según sus palabras— los principios y máximas generales que pudiendo servir para la reforma, fueran adaptables a las costumbres españolas y su gobierno⁸⁴.

a) Lardizábal y su época

Don Manuel de Lardizábal y Uribe reunía la doble condición de práctico —conociendo la legislación criminal de la época en su aplicación cotidiana, a partir de su intervención en la Chancillería de Granada y el Consejo de Castilla— y de hombre del Iluminismo, contempo-

⁸¹ El Consejo de Castilla entonces concentraba gran parte de las competencias de gobierno, legislativas y jurisdiccionales; en ARTOLA, ob. cit., pág. 125.

⁸² ANTÓN ONECA, José, «El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal», Estudio preliminar de la edición del *Discurso sobre las penas* de LARDIZÁBAL publicado como separata de la *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1967, pág. 12. La intención reflejada en el oficio de Roda aparenta dirigirse a una recopilación tradicional, de acuerdo con la práctica habitual de la época, por lo que cabe suscribir su parecer. VIRTO LARRUSCAIN comparte tal opinión, considerando que la utilización de la voz «Código» se refería a recopilaciones que recibían el nombre de *Codex*, y el alcance de este término se asemejaba al del vocablo alemán *Gesetzbuch*, que puede ser traducido también como «libro de leyes»; en ob. cit., pág. 31.

⁸³ ANTÓN ONECA, «El Derecho penal de la Ilustración...», pág. 13.

⁸⁴ LARDIZÁBAL, ob. cit., *Prólogo*, X, pág. 44.

ráneo en el citado Consejo de notorios ilustrados como Floridablanca, Campomanes y Jovellanos⁸⁵.

Su *Discurso sobre las penas* (1782) se inspiró en gran parte en los autores clásicos, pero recibiendo también importantes influencias de los modernos Montesquieu y Beccaria⁸⁶; del primero podrá decirse que era su autor preferido; del segundo, que si bien lo sigue en muchos puntos y pueden encontrarse coincidencias —atribuidas por Antón Oneca a que ambos las más de las veces seguían a Montesquieu— también las diferencias son muchas⁸⁷. Entre ellas se advierte que era menos liberal que Beccaria, al tratar con consideración institutos como el arbitrio judicial⁸⁸, las prerrogativas de la nobleza, el indulto real —que según Beccaria «debería ser excluido en una perfecta legislación, donde las penas fuesen suaves y el método de juzgar arreglado y corriente»⁸⁹, mientras que Lardizábal no lo critica—, etc., posturas adoptadas seguramente en virtud de su carácter de jurisconsulto⁹⁰ y su situación dentro del esquema de la monarquía absoluta, lo que también puede advertirse en algunas críticas que realiza al *Tratado*; en igual sentido, su ambigüedad en cuanto al origen del derecho de castigar —en que a pesar de referirse al contrato social, Dios aparece concediendo la facultad de establecer las penas⁹¹— y su justificación de la pena de muerte, que ha sido

⁸⁵ ANTÓN ONECA, «El Derecho penal de la Ilustración...», pág. 28 y ss.

⁸⁶ Conocía la obra de Beccaria antes de ser traducida al castellano, pues como señala TORÍO, lo menciona en un ejercicio de oposición a la Cátedra de Derecho Natural y de Gentes de los Reales Estudios de San Isidro de Madrid anterior a su primera traducción; en ob. cit., pág. 392.

⁸⁷ ANTÓN ONECA, «El Derecho penal de la Ilustración...», pág. 30. Entiende RIVACOBBA que la directa influencia en LARDIZÁBAL de la obra de un moderado como MONTESQUIEU se trasluce en muchos temas, lo que lo separa de las afirmaciones más radicales de BECCARIA; en RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel, *Lardizabal, un penalista ilustrado*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, 1964, pág. 87.

⁸⁸ Cuya crítica era característica común a todo el pensamiento iluminista, sobre todo a partir de la progresiva afirmación del concepto de la división de poderes en el Estado; en TOMÁS Y VALIENTE, *Manual*, pág. 475.

⁸⁹ BECCARIA, ob. cit., pág. 111.

⁹⁰ Lo que se ve claramente cuando al referirse a la interpretación de la ley, distingue entre su aplicación al caso concreto —consultando en todo caso, «el espíritu de la ley»— y el mero arbitrio judicial; el dejar abierta la puerta a la labor interpretativa del juez marca una notoria diferencia —como señala SÁINZ CANTERO— con el pensamiento dominante en la Europa de la época, contrario a esta función; en *La Ciencia del Derecho Penal...*, pág. 117.

⁹¹ Si la autoridad pública puede existir fuera del pacto y al Derecho Penal se lo ve como una característica esencial de la autoridad, la legitimación de éste no surgiría del contrato social, como sostienen los ilustrados más ortodoxos; en BACIGALUPO, Enrique, *Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho penal español y latinoamericano*, Estudio preliminar a la obra de Günther STRATENWERTH *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Instituto de Criminología de la Universidad

considerada como el punto donde más se separa de Beccaria⁹². Puede decirse que el reformismo propio del despotismo ilustrado en Lardizábal se distingue del pensamiento penal de la burguesía ascendente en Beccaria⁹³; si bien sus obras tienen muchos puntos de contacto (el humanitarismo, el respeto al principio de legalidad⁹⁴, la necesidad y proporcionalidad de las penas, etc.), la diferencia en sus presupuestos ideológicos parece marcar la separación entre una época en declive y los nuevos tiempos que se avecinan. Rivacoba afirmará que el desfase de España respecto de casi todo el resto de Europa hará que cuando Lardizábal escriba su opúsculo, la Enciclopedia y el Iluminismo sean ya cosa del pasado en otros países; esto determinaría que mientras Beccaria conmovía Europa entera, la obra del autor hispanoamericano quedaba como testimonio del pensamiento penal de la Ilustración⁹⁵.

Tal vez en la circunstancia vital de Lardizábal, como en la de otros ilustrados contemporáneos a la Guerra de la Independencia, pueda verse con claridad el quiebre entre lo viejo y lo nuevo, entre la declinación del absolutismo en su forma ilustrada y el ascenso de la burguesía li-

Complutense, Madrid, 1980, pág. 23. De todos modos, téngase presente que el contrato social es un *presupuesto* de la autoridad.

⁹² Así opina TOMÁS Y VALIENTE en *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, pág. 383. TORÍO sugiere que la justificación de la pena de muerte que hace LARDIZÁBAL puede estar directamente relacionada con la censura que la Inquisición había realizado sobre la obra de BECCARIA, en cuya fundamentación —como ya vimos— tuvo lugar privilegiado el tema de la pena de muerte; en este marco vería la luz su *Discurso*, en el cual —excepto para solicitar su no aplicación a los hurtos menores— ningún ilustrado español había impugnado la regia potestad de aplicar la pena capital; en ob. cit., pág. 403. De otro parecer, CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, I, Introducción, 5a. edición, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 87.

⁹³ DEL VAL, *Beccaria en España*, pág. 173. En igual sentido y siguiendo a RIVACOBAS, SAINZ CANTERO en *La Ciencia del Derecho Penal...*, pág. 116.

⁹⁴ En este punto señalan SILVA SÁNCHEZ Y BALDÓ LAVILLA que si bien LARDIZÁBAL acoge la dimensión técnica del principio de legalidad (como exigencia de la seguridad jurídica) no lo hace respecto de su dimensión política (vinculada a la separación de poderes, en sentido democrático); en SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA, «La teoría del delito en la obra de Manuel de Lardizábal», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, tomo II, UNED, Madrid, 1989, pág. 355. No podía ser de otra manera, ya que la circunstancia personal del autor lo ubicaba —según hemos visto— en el marco del despotismo ilustrado de Carlos III, en que el ejercicio del *ius puniendi* estaba ligado a la figura del Monarca. Por otra parte, la estructura del Consejo de Castilla contaba con competencias gubernativas, legislativas y judiciales, lo que explica la ausencia del principio de la separación de poderes en su obra; en CEREZO MIR, ob. cit., pág. 88.

⁹⁵ RIVACOBAS Y RIVACOBAS, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, pág. 98. CEREZO MIR lo coloca en el panorama de la Ilustración española, entre los «cristianos ilustrados», equidistante tanto de los más revolucionarios como de los afines a posturas tradicionalistas; en ob. cit., pág. 87.

beral. En este sentido ha señalado Aranguren que la Ilustración, como forma de vida de transición, promovió con entusiasmo la libertad económica pero retrocedió ante la libertad política, por considerar al pueblo incapaz para ella; este conflicto distinguió al ilustrado del demócrata y del liberal moderado (que compartía la última perspectiva mencionada): el ilustrado apostaba —frente al inmovilismo del Antiguo Régimen y a la revolución del liberalismo— por el camino de las reformas desde arriba, despotismo pero ilustrado y paternalista, es decir, a través de la monarquía tradicional auxiliada por una burguesía ilustrada⁹⁶; en esta situación se encontrarían según Virto Larruscain, tanto Lardizábal como otros integrantes de la generación de magistrados más jóvenes nacidos después de 1740⁹⁷, que apostaron a las reformas ilustradas a partir del reinado de Carlos III y luego se retraen y adoptan una posición crítica ante los sucesos revolucionarios en Francia, como no podía ser de otro modo teniendo en cuenta su peculiar coyuntura⁹⁸. Como la Ilustración fue un fenómeno tardío en España, no tuvo oportunidad de acompañar el cambio ideológico al cambio político y económico que se vivía en Europa; tal vez allí se encuentren las claves de su azarosa construcción del Estado liberal a lo largo del siglo XIX. La Ilustración francesa pudo darse dos modelos que se turnaron en el tiempo: el liberal de Montesquieu y el democrático de Rousseau; en España los ilustrados no pudieron abordar esta evolución, pues los tiempos cambiaron más rápidamente que ellos; por esto, la ideología ilustrada en España, al carecer de un grupo social poderoso que sustentara su ideario, no pudo concretar su proyecto político: conscientes de que los cambios que proponían sólo podrían lograrse reemplazando la sociedad estamental por una sociedad burguesa, quisieron confiar al absolutismo —en su versión de despotismo ilustrado, asesorado por

⁹⁶ ARANGUREN, ob. cit., págs. 17 y ss.

⁹⁷ Entre ellos incluye a Jovellanos, Meléndez Valdés, Sempere y Guarinos, Valentín de Foronda y Acevedo; en ob. cit., pág. 32. Sin embargo, distinta habría sido la opción asumida por FORONDA, según nos informa RIVACOBA Y RIVACOBA en su completa investigación sobre este ilustrado: si bien su círculo de amistades (incluso su hijo) formaron parte de los cuadros de José Bonaparte durante la ocupación —opción que harían varios ilustrados, por confiar en que sería el invasor francés quien haría en España las reformas propuestas por todo el pensamiento del Iluminismo— en 1809 se traslada a Cádiz integrándose al movimiento liberal, lo que le conllevará la cárcel tras el retorno de Fernando VII, «El Deseado»; en RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, «Un discípulo español de Beccaria, desconocido en España», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, UNED, Madrid, 1996, pág. 971.

⁹⁸ Creemos que este es el marco que explica las diferencias entre la Ilustración española y el movimiento que se vivía en Europa occidental; por ello, la relativización que SILVA SÁNCHEZ y BALDÓ LAVILLA le atribuyen —en LARDIZÁBAL— a factores como la fidelidad al monarca y el moralismo cristiano, entendemos que son más una consecuencia que una causa de este fenómeno; véase en ob. cit., pág. 347.

ellos— la formación de tal clase social; pero su influencia llegaba tarde, ya que cuando la burguesía española aún era casi inexistente, la económica y socialmente poderosa burguesía francesa tomaba el poder en forma revolucionaria, provocando en la península la reacción antiilustrada⁹⁹.

b) *Lardizábal, su obra y la labor codificadora*

Dirá Antón Oneca sobre el *Discurso*, que Lardizábal sostiene la concepción utilitaria de la pena (escarmiento y ejemplo) pero manteniendo el elemento ético de la corrección (enmienda)¹⁰⁰; Rivacoba considera que la singular incorporación para su tiempo de la corrección entre los fines de la pena, se debe al influjo de la teoría estoica —particularmente a través de la obra de Séneca— por lo que podría verse en este autor a un precursor de la escuela correccionalista¹⁰¹. En la obra citada, nuestro autor reconoce que el estado de las cárceles produce en quienes allí se encuentran —en situación cautelar o por un delito menor— un efecto corruptor en lugar de reformador; por lo que promueve mejorar su situación, separar a los reos «según sus diversas clases y condiciones», crear algún tipo de trabajo en el ámbito carcelario para combatir la ociosidad, a efectos de evitar que las cárceles sigan siendo «escuelas de iniquidad y seminario de hombres malos y perniciosos á la república»¹⁰². Del mismo modo, abogará por la creación de «casas de corrección» para quienes estuvieran condenados a presidios o arsenales, reclamando la proporcionalidad de las penas al delito cometido, ya que «de esta suerte se conseguirá sin duda la correccion de muchos, que hoy se pierden por defecto de las penas»¹⁰³.

La publicación de su obra surge en España en una coyuntura propicia para la difusión y discusión, dado que hacía ocho años se había publicado la primera traducción española de la obra de Beccaria (diez años después esta última que la publicación original en italiano) y entre 1780 a 1789 se publicaba la *Scienza della legislazione* de Filangieri, que era traducida al castellano entre 1787 y 1789¹⁰⁴.

⁹⁹ ARANGUREN, ob. cit., págs. 19 y 32.

¹⁰⁰ ANTÓN ONECA, «Los fines de la pena...», pág. 422.

¹⁰¹ RIVACOPA Y RIVACOPA, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, pág. 83.

¹⁰² LARDIZÁBAL, ob. cit., Cap. V, § III, n. 29, pág. 126.

¹⁰³ LARDIZÁBAL, ob. cit., Cap. V, § III, n. 13, pág. 120.

¹⁰⁴ ANTÓN ONECA, «El Derecho penal de la Ilustración...», pág. 9. Señala VIRTO LARRUSCAIN que el libro III de la obra de FILANGIERI ve la luz en Italia en 1783, y entre 1780 y 1785 se realizan tres ediciones en Nápoles y Venecia, dos en Florencia, una en Milán y otra en Catania; a su vez, la traducción francesa se inicia en 1783 y la alemana

Su influencia en la labor codificadora penal de 1822, sin embargo, va a ser mínima¹⁰⁵, por varias razones: por una parte, su reformismo se veía como muy tímido frente a las ansias codificadoras del momento; incidían también consideraciones vinculadas a la coyuntura política de entonces (su hermano se había enfrentado a las Cortes de Cádiz de 1812¹⁰⁶ —probablemente él también, acota Antón Oneca— y era visto como un hombre del régimen absolutista, ya que también había servido a Fernando VII después de la restauración de la monarquía absoluta, entre 1814 y 1820)¹⁰⁷; asimismo, había quienes veían en su obra una versión moderada de la de Beccaria y se prefería el original¹⁰⁸.

La ideología revolucionaria tendría fortuna entre la juventud culta española, haciendo que en las Cortes de Cádiz se enfrentasen liberales con absolutistas, con lo que la Ilustración aparecía como superada; los ilustrados de entonces o dejaron de serlo o se aproximaron a José Bonaparte, en quien confiaban como impulsor de sus ansiadas reformas, pasando a ser considerados «afrancesados»¹⁰⁹.

Los diversos estudios que se han ocupado del tema, plantean opiniones divergentes acerca de la naturaleza del encargo hecho por el Consejo de Castilla a Lardizábal.

en 1784, mientras que en 1787 se habría realizado una primera traducción al español incompleta y defectuosa, cuya impresión no se culminó. La influencia de FILANGIERI se hizo notar en España no sólo entre los intelectuales sino también en los prácticos; así, VIZCAÍNO PÉREZ, quien toma varias ideas del italiano aunque sin citarlo y también MARCOS GUTIÉRREZ; en ob. cit., págs. 32 y 68.

¹⁰⁵ RIVACOBA Y RIVACOBA, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, pág. 92; de otra opinión —aunque sin explicitar sus fundamentos— SAINZ CANTERO, en *La Ciencia del Derecho Penal...*, pág. 120, y ZAFFARONI, en ob. cit., pág. 538, siguiendo a BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA en *Lardizábal, el primer penalista de América española*, México, 1957, pág. 180.

¹⁰⁶ Miguel de LARDIZÁBAL Y URIBE había publicado un «Manifiesto», en 1811 en el que rechazaba que la soberanía estuviese a disposición de la nación, luego que esta última la entregara a la monarquía; por consiguiente, consideraba que «monarquía y democracia se destruyen recíprocamente y son inconciliables». Esto provocó una respuesta institucional de las Cortes, creándose por Decreto un tribunal especial para juzgar al autor de aquel «infernial papel»; en HERRERO HERRERO, César, *La justicia penal española en la crisis del poder absoluto*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 384.

¹⁰⁷ CEREZO MIR, ob. cit., pág. 113.

¹⁰⁸ A nuestro juicio, y teniendo presente el panorama político de esas décadas, resulta más verosímil que hayan tenido mayor influencia las fuentes de la obra de LARDIZÁBAL que ésta misma. Por otra parte, a esa fecha habían pasado cuarenta años desde la edición de su obra y posiblemente se habría convertido en un volumen de difícil obtención, como opina VIRTO LARRUSCAIN; en ob. cit., pág. 38.

¹⁰⁹ ARANGUREN, ob. cit., pág. 33; VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 33.

Antón Oneca sostiene que los trabajos que aquél entrega al citado Consejo no eran más que un extracto y sistematización de las leyes penales vigentes en el momento¹¹⁰, y no un proyecto de Código Penal como sostuvo Saldaña¹¹¹; se funda para ello en las expresiones del autor vertidas en el *Discurso*¹¹², el silencio guardado por sus contemporáneos y las expresiones de los legisladores de 1821 aludiendo a los materiales preparados por el entonces desaparecido Consejo de Castilla¹¹³. En igual sentido se han manifestado Jiménez de Asúa¹¹⁴ y Tomás y Valiente¹¹⁵.

Rivacoba distingue entre el extracto de las leyes penales vigentes y el encargo a Lardizábal por el Consejo de Castilla de la preparación de un suplemento para la Nueva Recopilación, trabajos a partir de los cuales el relator de la Chancillería de Granada, Juan de la Reguera, va a elaborar la Novísima Recopilación¹¹⁶. Cardenal Murillo sustenta también esta posición¹¹⁷.

¹¹⁰ ANTÓN ONECA, José, «Historia del Código Penal de 1822», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XVIII, fascículo II, Madrid, 1965, pág. 265.

¹¹¹ SALDAÑA, Quintiliano, *Nueva Criminología*, Madrid, 1936, pág. 82.

¹¹² «Las lecturas de varias de estas obras, que han llegado á mis manos, y el estudio que he tenido que hacer en nuestras leyes criminales, para formar extractos de todas ellas, mandados executar de orden superior, con el fin de reformarlas, me suscitáron el pensamiento de escribir el presente Discurso...»; LARDIZÁBAL, ob. cit., *Prólogo*, X, pág. 44.

¹¹³ «Una indigesta colección de borradores, apuntamientos, piezas incompletas, trozos incoherentes (...) y lo que en su clase no deja de tener algún mérito: un extracto literal y circunstanciado de todas las leyes penales que se han publicado en los principales cuerpos de nuestro derecho, dispuesto por el orden de títulos y leyes de la Recopilación con anotaciones marginales, en que se advierten las correspondencias de otros códigos y sus antologías y concordancias (...) Todo parece que se iba preparando para hacer mejoras en la proyectada edición novísima del Código recopilado; mas el objeto no era introducir las saludables innovaciones y convenientes reformas de que tanto necesitaba, sino sostener y conservar el antiguo y vicioso sistema, las mismas bases, las mismas penas, y tantas leyes y títulos intempestivos en el día...», en *Diario de las discusiones y Actas de las Cortes extraordinarias de 1821. Discusión del Código penal*, t. 1, Imprenta Nacional, 1822, pág. 16 y 17; citado por ANTÓN ONECA en «El Derecho penal de la Ilustración...», pág. 13. Tan duros comentarios seguramente provengan de concebir la tarea codificadora —tal como hemos señalado— como la elaboración de un todo orgánico, armónico y sistematizado, tan alejado de la labor recopiladora característica del Antiguo Régimen.

¹¹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Editorial Losada, Buenos Aires, 3a. edición actualizada, 1963, pág. 755.

¹¹⁵ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, pág. 107.

¹¹⁶ RIVACOPA Y RIVACOPA, *Lardizabal, un penalista ilustrado*, pág. 44, nota 75.

¹¹⁷ CARDENAL MURILLO, Alfonso, «Primeros ensayos de codificación y principio de culpabilidad en el Derecho Penal español», en *Cuadernos de política criminal*, n.º 37, Edersa, Madrid, 1989, pág. 7 y ss.

Sáinz Cantero a su vez, sostiene que parte del trabajo realizado para el Consejo consistió en el *Discurso*¹¹⁸, por lo que distingue los emprendimientos pero en un sentido diverso.

Casabó Ruiz ha entendido que se trataba de la elaboración de un verdadero plan de Código Criminal (inspirado en la obra de Filangieri), que queda frustrado con la reacción conservadora a raíz de la Revolución Francesa en 1789¹¹⁹. De ser así, a juicio de Cerezo Mir sorprendería la mediocridad del plan¹²⁰.

c) *Iniciativas legislativas*

La labor codificadora en España va a tener que esperar tiempos más propicios para el cambio; mientras en 1804 en Francia se promulgaba el Código Civil, en España veía la luz la *Novísima Recopilación* en 1805. Mientras tanto, en la América española la legislación aplicable se componía de la *Nueva Recopilación* (de 1567) más la *Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias* (de 1680), siendo legislación subsidiaria las *Partidas* (de 1263) y el *Fuero Real* (de 1255); se discute la vigencia de la *Novísima* en algunos países de hispanoamérica¹²¹.

La Guerra de la Independencia iniciada en 1808 contra el invasor napoleónico provoca sustanciales cambios; el levantamiento patriótico adquiere carácter revolucionario, y a la formación de las Juntas —que reivindicando atribuciones soberanas, proponen transformaciones políticas— sigue la convocatoria a Cortes¹²². En materia penal y penitenciaria, con los nuevos vientos de las Cortes de Cádiz se van a abordar algunas reformas¹²³. Entre ellas se encuentra la abolición del tormen-

¹¹⁸ Conclusión que extrae del mismo pasaje citado por SALDAÑA; en SÁINZ CANTERO, *La Ciencia del Derecho Penal...*, pág. 115.

¹¹⁹ CASABÓ RUIZ, «Los orígenes de la codificación penal...», pág. 329; se afilia a esta posición LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española, 5, Codificación penal*, volumen I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pág. 24 y ss.

¹²⁰ CEREZO MIR, ob. cit., pág. 110. VIRTO LARRUSCAIN duda de la autoría del *Plan*, considerando que su fracaso probablemente haya podido deberse a que sus redactores modificarán la naturaleza del trabajo luego de haber leído alguna de las traducciones francesas o las distintas ediciones italianas de FILANGIERI; en VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 32. Esta hipótesis sería viable si los autores se hubieran basado exclusivamente en la primera traducción española (de 1787, el mismo año del Plan) pero a nuestro juicio es más probable aún que éstos hayan accedido a las ediciones italianas que del tercer tomo (Derecho penal y procesal penal) se sucedieron desde 1783.

¹²¹ ZAFFARONI, ob. cit., pág. 527.

¹²² ARTOLA, ob. cit., págs. 160 y ss.

¹²³ La Guerra de la Independencia fue la primera gran ocasión para la transformación de la estructura política de España. Sin embargo, mientras unos interpretaban

to, los azotes, la horca¹²⁴, la confiscación y la supresión del Tribunal del Santo Oficio (acota Antón Oneca que si bien se declaraba incompatible el Tribunal de la Inquisición con la Constitución, recobraba su vigor la disposición de las Partidas que establecía la facultad de los obispos para conocer en causas de fe y de los jueces seculares para declarar e imponer a los herejes las penas que señalaran las leyes)¹²⁵; se afirmó el principio de la personalidad de las penas y se prohibió la constitución de tribunales especiales¹²⁶.

La Orden del 30 de mayo de 1811 imponía a los ayuntamientos la obligación de correr con los gastos derivados de la alimentación de los reclusos, así como los salarios de empleados y guardias; al no poderse cumplir (por los costos), se deroga el 15 de julio de 1814¹²⁷. En 1813 se había ordenado la destrucción de rollos y picotas (que deberá volverse a instar en 1837).

En cuanto a iniciativas codificadoras, en 1811 se nombra una comisión encargada de reformar la normativa penal, la cual sin embargo no pudo llevar dicha tarea a cabo en virtud del estado de guerra que se vivía en ese momento y la prioridad asignada por las Cortes a la elaboración de la Constitución. Una vez aprobado el texto constitucional, establecerá en su artículo 258: «El Código civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos en toda la monarquía». En cumplimiento de dicha disposición, en 1813 se nombra una nueva comisión —integrada por cinco diputados— para elaborar un Código Criminal; otra distinta es designada en 1814, que incluirá siete miembros de fuera del Congreso; como consecuencia de la reacción absolutista que se produce al retorno de Fernando VII, dicha tarea no se pudo realizar¹²⁸.

la resistencia al invasor francés como manifestación de voluntad democrática, otros la veían como la reacción a todo lo extranjero, incluidas las nuevas ideas que se encadenaban a la dominación napoleónica; en ARANGUREN, ob. cit., págs. 38 y ss.

¹²⁴ Apuntábamos antes que según reseña TOMÁS Y VALIENTE, la horca ya en 1809 había sido abolida por José Bonaparte; seguramente la reiteración de su supresión por las Cortes gaditanas se justifica en el rechazo por éstas de los actos emanados de aquél.

¹²⁵ ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», pág. 265. No olvidemos que el 30 % de las Cortes eran representantes del clero; en ARANGUREN, ob. cit., pág. 47.

¹²⁶ DORADO MONTERO, Pedro, «Balance penal de España en el siglo XIX», en *De Criminología y Penología*, Casa editorial Viuda de Rodríguez Serra, Madrid, 1906, pág. 134.

¹²⁷ GARCÍA VALDÉS, *Introducción...*, pág. 102.

¹²⁸ José María CALATRAVA (quien será destacadísimo partícipe en la elaboración del Código Penal de 1822) termina en prisión por tal motivo; ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», pág. 266.

Con el regreso de «el Deseado», el clero secular y regular, la nobleza señorial y jurisdiccional, los militares procedentes del Antiguo Régimen, los altos funcionarios y los propietarios de oficios, hicieron causa común contra la experiencia gaditana, lo que desembocó en un absolutismo oscurantista que persiguió a las dos élites culturales del país: así, el destierro para los afrancesados y la persecución para los liberales. No sólo se rechazaría la Constitución de 1812 sino también los principios de la Ilustración, particularmente por la Iglesia, que reafirmó su propiedad (contra la amenaza de la desamortización) y su poder terrenal (con el restablecimiento de la Inquisición)¹²⁹.

Merece ser destacado el artículo 297 de la Constitución gaditana, dado que atendía a los fines de la pena; se decía que las cárceles debían disponerse de manera «que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos: así el alcalde tendrá a éstos en buena custodia y separados los que el juez mande tener sin comunicación: pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos». Se ha señalado que desde este texto y a excepción del de 1873, los fines de la pena no han vuelto a manifestarse expresamente en las disposiciones constitucionales hasta la actual Carta Fundamental española de 1978¹³⁰.

En 1819, tras los años más duros del restablecimiento autocrático, surgen tímidos propósitos renovadores que recuerdan las iniciativas dieciochescas. Un Real Decreto de Fernando VII del 2 de diciembre, encarga la formación de un «Código criminal» al Consejo Real¹³¹. Entre las finalidades declaradas para motivar la propuesta se destacan: determinar «de un modo claro y preciso las penas correspondientes para el castigo de los reos y escarmiento de los demás» y remediar la arbitrariedad decisional, «origen de males incalculables»; también considera que algunas disposiciones penales de las Partidas «adolecen de severidad nada compatible con la civilización y las costumbres del día» (por ejemplo, la confiscación absoluta de los bienes, la transmisión de la infamia a los hijos por los delitos del padre, el tormento); se señala asimismo la dispersión, repetición, alteración y falta de concierto y método de la legislación vigente, aconsejando para tal tarea, requerir en consulta a los sabios de las Universidades¹³². Se conjugan aquí el humanitarismo y el propósito racionalizador propios del pen-

¹²⁹ ARANGUREN, ob. cit., pág. 50; VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 35.

¹³⁰ MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, pág. 131.

¹³¹ HERRERO HERRERO, ob. cit., pág. 429.

¹³² ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», pág. 266 y ss. y «El Derecho penal de la Ilustración...», pág. 34.

samiento iluminista que ya habíamos visto al referirnos al despotismo ilustrado.

Este proyecto no llegará a realizarse. Contra el régimen autocrático conspiraban los liberales; varias intentonas se suceden sin éxito para provocar una sublevación, hasta que el 1 de enero de 1820 el pronunciamiento militar encabezado por Riego proclama la Constitución de 1812, lo que inicia una serie de levantamientos que culminarán con la capitulación de Fernando VII en marzo y su aceptación del régimen monárquico constitucional¹³³; se inicia entonces el llamado «Trienio Liberal».

IV. El Código Penal de 1822

El nuevo gobierno proseguirá las reformas que se vieron frustradas en 1814; tras el restablecimiento de la Constitución de 1812 se puso en marcha la desamortización del patrimonio del clero regular y se suprime nuevamente el Tribunal del Santo Oficio.

La filiación de los diputados de las Cortes era liberal, aunque entre ellos podía encontrarse tanto a sectores que eran partidarios de llegar a un acuerdo con el monarca, como quienes pretendían reducir a la Corona a una mera función ejecutiva; las relaciones con Fernando VII fueron conflictivas, ya que éste se opondría a toda iniciativa reformista. En cuanto a la vinculación de la tierra, le ponía fin el decreto de las Cortes de 27 de septiembre de 1820: «Art. 1.— Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juro o foros o de cualquier otra naturaleza, los cuales se restituyen ahora a la clase de absolutamente libres»; la enajenación de los terrenos baldíos y realengos fue actualizada el 29 de junio de 1822. A su vez, se habían puesto a la venta cuantiosas propiedades de la Iglesia, iniciando el proceso desamortizador; propiedad individual, libre disposición para comercir y explotar la tierra, libre contratación del trabajo, libre mercado, reforma de la institución eclesiástica, eran las ideas predominantes. Las reformas de este período fueron efímeras, ante el restablecimiento absolutista de 1823¹³⁴.

¹³³ Durante el reinado de Fernando VII gran parte del Ejército fue asumiendo posturas más liberales, en parte a consecuencia de la incorporación de ex-combatientes de la Guerra de la Independencia (guerrilleros y milicias) y del descontento económico ocasionado por atrasos y quitas en los pagos; así, va a ser a partir de su participación que tendrían lugar todas las conspiraciones contra el régimen absolutista; en ARANGUREN, ob. cit., pág. 51.

¹³⁴ ARTOLA, ob. cit., págs. 218 y ss.

a) *La elaboración*

El 26 de agosto de 1820 las Cortes designan —a los efectos previstos por el ya citado art. 258 de la Constitución de 1812— una comisión encargada de elaborar un Código Criminal; ésta inicia sus trabajos el 9 de noviembre y con gran celeridad presenta un proyecto de Código el 22 de abril del año siguiente. Se solicitó la opinión sobre el proyecto a Universidades, Tribunales, Colegios de Abogados, etc., fijándose un plazo muy breve para recepcionar los dictámenes que elaboraran; los pareceres recabados fueron encontrados, es decir, eran claramente diferenciables las posturas conservadoras de aquellas más liberales o progresistas en la materia.

Entre las primeras, está la opinión de la Audiencia de Navarra, que encuentra prematuros los artículos que se refieren a materias no conocidas hasta el momento en España, reclamando la tipificación del suicidio, la herejía, el sacrilegio, el sortilegio, la bestialidad, la sodomía, el incesto; en modo similar se manifestarían las Universidades de Alcalá, Orihuela y Zaragoza. La Audiencia de Valencia por su parte, cree que se economiza demasiado la pena de muerte¹³⁵. Desde la otra perspectiva, la Universidad de Salamanca encomia la omisión de los delitos que abundaban en la legislación anterior (este informe lleva la firma —entre otros— de Toribio Núñez, a quien ya nos referiremos); la Universidad de Sevilla echa de menos el «plan infalible» de Bentham¹³⁶. El informe de la Universidad de Granada es un tanto ecléctico, ya que recoge inquietudes ilustradas (la utilidad como principio rector, sustituir la crueldad en la aplicación de las penas por la certeza y pronta aplicación de éstas)¹³⁷ junto con concepciones conservadoras (reclama la punición del incestuoso, el suicida y el convencido de bestialidad; defiende a los jueces eclesiásticos)¹³⁸; el Colegio de Abogados de Madrid advertía co-

¹³⁵ ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», pág. 268.

¹³⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXX, fascículo I, Madrid, 1977, pág. 88.

¹³⁷ Señala SÁINZ CANTERO que los medios para la prevención del delito incorporados en este informe parecen tomados de las ideas de José Marcos GUTIÉRREZ; este autor había publicado entre 1804 y 1806 una *Práctica Criminal de España* que aparentemente tuvo gran predicamento en su época entre los prácticos del derecho. De sus obras se destaca su *Discurso sobre los delitos y las penas*, que desarrolla ideas de LARDIZÁBAL pero —según SÁINZ CANTERO— yendo más lejos que él, por lo que la doctrina moderna no le habría hecho justicia; en *La Ciencia del Derecho Penal...*, pág. 121 y ss.

¹³⁸ SÁINZ CANTERO, José A., «El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XX, fascículos I-II, Madrid, 1967, pág. 531 y ss.

mo defecto tomar como modelo el código francés, que consideraba muy severo¹³⁹.

En función de las observaciones obtenidas, la Comisión introduce algunas variaciones, entre las que destaca la supresión del art. 48, que establecía la marca con hierro candente al reo condenado a trabajos perpetuos (lo que suponía la supresión de una de las penas infamantes del Antiguo Régimen). De esta forma, el proyecto se presenta a las Cortes extraordinarias el 1 de noviembre de 1821.

En cuanto a la autoría del Código, resulta de los debates en las Cortes que Calatrava fue el principal autor. José María Calatrava había sido fiscal en Extremadura, héroe en la Guerra de la Independencia contra el invasor francés, diputado en las Cortes de Cádiz —encarcelado por su constitucionalismo al retorno de Fernando VII, como ya vimos— y consejero del Tribunal Supremo en 1820¹⁴⁰. Antón Oneca señala que los debates parlamentarios parecen un diálogo de Calatrava con los otros diputados que intervienen; contesta en nombre de la Comisión a la mayor parte de los oradores, hace un resumen de cada artículo, defendiendo «encarnizadamente» su texto, negándose casi siempre a hacer modificaciones. Quienes más destacaron proponiendo cambios al texto fueron el Conde de Toreno y Martínez de la Rosa¹⁴¹.

Respecto al articulado, se trata de un Código nuevo, no una recopilación al estilo del Antiguo Régimen. Pacheco decía que «hay en él algo del Fuero Juzgo y de las Partidas envuelto con el carácter del Código de Napoleón»¹⁴². La Comisión manifestaba haber desconfiado de la legislación existente y haber recurrido a los Códigos de mayor crédito de la época y los autores más prestigiosos, no obstante lo cual Antón Oneca entiende que las leyes anteriores se tuvieron a la vista e influyeron en numerosos pasajes, combinándolas con el «espíritu del siglo»; por ello, en el Código coexisten ideas del *Ancien Régime* con propuestas de los pensadores de la Ilustración¹⁴³, resultando así «una extraña mezcla, muy significativa de la época, de tradición y progreso, de rigor medieval y aspiración humanitaria»¹⁴⁴.

139 ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», pág. 268.

140 Ídem; en igual sentido, ESCUDERO, ob. cit., pág. 909.

141 ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», pág. 269.

142 PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal, concordado y comentado*, 5a. edición corregida y aumentada, Tomo I, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1881, *Introducción*, pág. LIV.

143 ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», pág. 263 y 270; en sentido similar, CARDENAL MURILLO, ob. cit., pág. 14.

144 ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, pág. 60. CERESO MIR confirma este parecer, al encontrar conceptos propios del Derecho histórico español; en ob. cit., pág. 113.

Calatrava manifestaba que se habían tomado muchas cosas del código francés, pero apunta sin embargo, que no había sido tomado de modelo¹⁴⁵; como fuentes doctrinales cita a Bentham, Filangieri y Bexon¹⁴⁶. Salillas realizó un relevamiento de los autores mencionados en las discusiones parlamentarias, encontrando a Bentham en primer término (especialmente por Calatrava), seguido de Beccaria y Montesquieu; muy escasamente citado aparece Lardizábal¹⁴⁷.

Dado que parece ser la influencia más notoria, hagamos una breve referencia a las ideas de Jeremías Bentham. Para este autor, la legislación tiene por finalidad asegurar «...*le plus grand bien-être du plus grand nombre*», por lo que se constituye en un gran difusor del utilitarismo¹⁴⁸.

b) *La influencia de Bentham*

Entre las principales preocupaciones de este pensador —si no la mayor— se encontraba la codificación, con lo que su obra producirá un sensible impacto en su época, pues como hemos visto antes¹⁴⁹, ésta era uno de los objetivos del naciente estado burgués en la Europa continental. Tal será su empeño en esta tarea que para Baranger no sería descartado referirse a él como «el profeta de una revolución religiosa», ya que su estilo y referencias aluden a la utilidad como a una religión revelada y al Código (como volumen sistemático de todas las ramas de la legislación) como un texto sacro¹⁵⁰. Firme crítico del sistema del *Common Law*, cuestiona que la naturaleza o la equidad puedan servir como fundamentos del Derecho consuetudinario: si la naturaleza es espontáneamente silenciosa, no puede imputarse todo a ese silencio, por

¹⁴⁵ Tal vez la resistencia a aceptar explícitamente al Código Francés como modelo, se deba a la intención de marcar distancia ideológica de quienes habían sido calificados como «afrancesados»; en igual sentido, ZAFFARONI, ob. cit., pág. 538.

¹⁴⁶ *Diario de las discusiones...*, ob. cit., pág. 211. BEXON había sido un divulgador de las ideas de BLACKSTONE a través de su obra *Parallèle du Code Penal D'Angleterre avec les lois pénales françaises*.

¹⁴⁷ A juicio de este autor, por estar «políticamente en entredicho», lo que parece razonable en función de lo que hemos visto anteriormente; en SALILLAS, ob. cit., pág. 260. Véase la referencia a LARDIZÁBAL en nuestro Capítulo IV.

¹⁴⁸ BENTHAM, Jeremy, *Carta al Conde de Toreno del 11 de septiembre de 1821*. No olvidemos sin embargo que BECCARIA ya había dicho que «*La felicidad mayor dividida entre el mayor número* debiera ser el punto a cuyo centro se dirigiesen las acciones de la muchedumbre»; en ob. cit., pág. 26.

¹⁴⁹ Véase capítulo III.

¹⁵⁰ BARANGER, Denis, «Bentham et la Codification», en *Droits (Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques)*, n.º 27, París, 1998, pág. 19.

lo que con tales argumentos en realidad se enmascara el despotismo¹⁵¹. Sin embargo, lo natural no estará fuera de su obra; la utilidad determinará los fines del derecho (el mayor bienestar para el mayor número) y sus medios (el placer y el castigo), con lo que la utilidad misma será el vínculo entre naturaleza y Derecho: el Derecho no es sino la naturaleza considerada desde la perspectiva de la utilidad¹⁵². Sólo la codificación permitirá al Hombre conocer el Derecho; la utilidad entonces no es un fin sino un criterio dirigido a hacer comprensibles a los individuos las normas que les conciernen¹⁵³.

Dando forma acabada al positivismo jurídico iniciado por los iluministas, para Bentham los derechos son el fruto de la Ley y el delito es claramente una creación del legislador¹⁵⁴: con el fin de asegurar las necesidades de tranquilidad de unos individuos frente a comportamientos perjudiciales de otros, el legislador crea una norma elevando a la categoría delictual tales actos; «Delito es todo lo que el legislador ha prohibido, ya sea por buenas o por malas razones»¹⁵⁵. De esta forma, desarrolla uno de los principales postulados del positivismo, el de que el Derecho no reproduce ni tiene la misión de reproducir pautas morales o divinas sino que es el resultado de convenciones legales no predeterminadas ni óptica ni axiológicamente; a su vez, los preceptos morales no se basan en el Derecho sino en la autonomía de la conciencia individual. Con ello culmina el proceso de separación del Derecho de la Moral iniciado por el primigenio pensamiento iusnaturalista con la modernidad —a través de un lento proceso de secularización del Derecho Penal— que florece en la Ilustración y es consagrado por el positivismo jurídico como fundamento del principio de legalidad en el Estado de

¹⁵¹ Criticará asimismo la obra de BLACKSTONE (*Comentarios sobre las leyes de Inglaterra*), señalando que «Su plan es arbitrario, pero es preferible a todos los que lo han precedido»; en BARANGER, ob. cit., pág. 22.

¹⁵² Esto se vislumbra sin duda cuando tenemos en cuenta sus gigantescos y detallados proyectos legislativos (con ese afán de universalidad para integrar en un único sistema todas las leyes y todas las materias en los Códigos, constituyendo su famoso *Pannomion* o cuerpo completo de legislación) así como sus clasificaciones jurídicas, casi taxonómicas.

¹⁵³ Para BENTHAM la codificación era un medio esencial para racionalizar y simplificar el Derecho, garantizando los fines esenciales del ordenamiento jurídico, especialmente la seguridad; sus trabajos constituyen una culminación en este sentido; en GONZÁLEZ PARRA, Ricardo, «Jeremy Bentham. El utilitarismo y su influencia en la reforma del sistema penitenciario», en *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica* (Carlos García Valdés, director), Edisofer S.L., 1997, pág. 136. Los escritos del autor británico han llevado también a referirse a él como el «padre» de la codificación moderna; así, en CARTUYVELS, «L'ideal de la codification...», pág. 85.

¹⁵⁴ Denuncia así la incapacidad de las doctrinas iusnaturalistas para exponer claramente las relaciones del Derecho y la Naturaleza; en BARANGER, ob. cit., pág. 21.

¹⁵⁵ Citado en VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., págs. 58 y 59.

Derecho. En esta forma, el positivismo jurídico puede también deslindar la concepción formal de la validez, de la sustancial de la justicia, alejándose del sustancialismo inherente al iusnaturalismo¹⁵⁶.

En cuanto a su teoría de la pena, introduce la distinción entre prevención general y especial: «La prevención de los delitos se divide en dos clases que son: *prevención particular* que se aplica al delincuente y la *prevención general* que se aplica a todos los individuos de la sociedad sin excepción»; la primera opera a través de la «incapacitación física», la «reforma moral» y la «intimidación» y la segunda —para él, la prioritaria— mediante el «ejemplo»¹⁵⁷.

Así, podrá destacarse en su obra la subordinación de todos los fines de la pena al de la ejemplaridad¹⁵⁸. Véase a tal respecto el siguiente párrafo: «La prevención general es el fin principal de la pena, y también su razón justificativa. Una pena real que no sea aparente, se perderá para el público. El gran arte es aumentar la pena aparente sin aumentar la pena real, lo cual se consigue por la elección misma de las penas, o por las solemnidades impresionantes de que se acompañe la ejecución» (...) «El aparato, la escena, las decoraciones, nunca serán demasiado estudiadas, pues el efecto principal depende de ellas» (...) «La realidad de la pena no es necesaria más que para sostener su apariencia»¹⁵⁹.

En la búsqueda de criterios igualitarios para su determinación, invoca igual que Montesquieu y Beccaria pautas talionales —para que la pena se grave más vivamente en la memoria si se asemeja a la naturaleza del delito— aunque reconoce que así establecida pese a tales ventajas «es una pena demasiado costosa»¹⁶⁰; sin embargo, la pena podría rebasar el provecho delictivo hasta compensar lo que a la misma falta de certeza o de oportunidad en su imposición¹⁶¹.

El fin reformador es también una de sus preocupaciones pero en forma colateral y genérica, subordinado también a la finalidad ejemplar del castigo¹⁶², por lo que puede concluirse sin hesitaciones en que

¹⁵⁶ FERRAJOLI, ob. cit., págs. 215 y 219.

¹⁵⁷ BENTHAM, Jeremy, *Teoría de las penas y de las recompensas* (trad. de D.L.B.), Casa de Masson e hijo, París, 1826, Tomo I, pág. 15; en FERRAJOLI, ob. cit., pág. 301.

¹⁵⁸ ANTÓN ONECA, «Los fines de la pena...», pág. 422.

¹⁵⁹ BENTHAM, Jeremías, *Traité de législation civile et pénale*, parte 3, cap. VI, «Oeuvres», t. I, pág. 161; la traducción es de ANTÓN ONECA en «Los fines de la pena...», pág. 423.

¹⁶⁰ BENTHAM, *Teoría de las penas y de las recompensas*, Tomo I, pág. 45; en FERRAJOLI, ob. cit., pág. 441.

¹⁶¹ SÁNCHEZ OSÉS, José, «Jeremías Bentham y el Derecho penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XX, fascículos I-II, Madrid, 1967, pág. 546.

¹⁶² ANTÓN ONECA, «Los fines de la pena...», pág. 424.

la finalidad principal de la pena para este autor era la prevención general. En ella puede verse entonces su clara concepción utilitarista y secularizada, estrictamente delimitadora de los ámbitos del Derecho y la Moral, concibiendo al castigo como un precio necesario para evitar un mal mayor:

«La prevención general que es el objeto principal de las penas, es también la razón que las justifica (...) La pena, que como vil en sí misma repugna a todos los sentimientos generosos, se eleva a la primera clase de servicios públicos cuando se la mira no como un acto de ira o de venganza contra un criminal o un desgraciado que cede a inclinaciones funestas, sino como un sacrificio indispensable para la seguridad general»¹⁶³.

La influencia de este autor en los legisladores del Trienio Liberal —reflejada en la elaboración del Código Penal— es muy intensa, particularmente por la difusión que alcanzan sus escritos a través de Toribio Núñez, bibliotecario de la Universidad de Salamanca (de quien Saldaña diría: «no es simple traductor, ni aún expositor de Bentham (...) Es el genio de la unidad, el alma organizadora, que se une al cuerpo de doctrina benthamiana, consustancialmente, vitalizándole»)¹⁶⁴, como de Ramón Salas, profesor de dicha universidad y traductor y comentarista de su obra¹⁶⁵ y del Conde de Toreno, con quien el pensador mantenía una frecuente correspondencia. Salillas ha afirmado que era el autor en España «más traducido, más interpretado, más comentado, más

¹⁶³ BENTHAM, *Teoría de las penas y de las recompensas*, Tomo I, págs. 17 y 18; tomado de FERRAJOLI, ob. cit., pág. 299, quien calificará al utilitarismo ilustrado como *ex parte populis*, dado que tiene como referencia la utilidad o bienestar de los gobernados; en pág. 261.

¹⁶⁴ SALDAÑA, Quintiliano, *Adiciones al Tratado de Derecho Penal* de Franz von LISZT, Tomo primero, Hijos de Reus editores, Madrid, 1914, pág. 362 y siguientes; citado asimismo por SÁINZ CANTERO en «El informe de la Universidad de Granada...», pág. 516, nota 25. NÚÑEZ publicó asimismo dos obras sobre Bentham: *Espíritu de Bentham. Sistema de la Ciencia social* (1820) y *Principios de la Ciencia Social o de las Ciencias Morales y Políticas, por el jurisconsulto inglés Jeremías Bentham, ordenados conforme al sistema del autor original y aplicados a la constitución española* (1821). Según SÁINZ CANTERO, contribuyó a la difusión del utilitarismo en España aún con mayor intensidad que Salas; en *La Ciencia del Derecho Penal...*, pág. 127.

¹⁶⁵ La traducción de SALAS a la versión francesa de Bentham realizada por DUMONT —ya citada— tiene gran difusión en la época; SÁINZ CANTERO señala que la Universidad de Salamanca, merced a la actuación de Salas y Núñez, se constituyó en el punto de irradiación de la obra de Bentham en España; en *La Ciencia del Derecho Penal...*, pág. 126. En sentido similar, TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, pág. 103.

citado y más leído»¹⁶⁶. Como índice de la recepción de sus ideas en el Código, véase por ejemplo la impresionante regulación que éste contiene del modo de ejecutar la pena de muerte:

«Art. 38. El reo condenado á muerte sufrirá en todos casos la de garrote, sin tortura alguna ni otra mortificación previa de la persona, sino en los términos prescritos en este capítulo.

Art. 39. La ejecución será siempre pública, entre once y doce de la mañana; y no podrá verificarse nunca en domingo ni día feriado, ni en fiesta nacional, ni en el día de regocijo de todo el pueblo. La pena se ejecutará sobre un cadalso de madera ó de mampostería, pintado de negro, sin adorno ni colgadura alguna en ningún caso, y colocado fuera de la población; pero en sitio inmediato á ella, y proporcionado para muchos espectadores.

Art. 40. El reo será conducido desde la cárcel al suplicio con túnica y gorro negros, atadas las manos, y en una mula, llevada del diestro por el ejecutor de la justicia, siempre que no haya incurrido en pena de infamia. Si se le hubiere impuesto esta pena con la de muerte, llevará descubierta la cabeza, y será conducido en un jumento en los términos espresados. Sin embargo el condenado á muerte por traidor llevará atadas las manos á la espalda, descubierta y sin cabello la cabeza, y una soga de esparto al cuello. El asesino llevará la túnica blanca con soga de esparto al cuello. El parricida llevará igual túnica que el asesino, descubierta y sin cabello la cabeza, atadas las manos á la espalda, y con una cadena de hierro al cuello, llevando un extremo de esta el ejecutor de la justicia, que deberá preceder cabalgado en una mula. Los reos sacerdotes que no hubieren sido previamente degradados llevarán siempre cubierta la corona con un gorro negro.

Art. 41. En todos los casos llevará el reo en el pecho y en la espalda un cartel que con letras grandes anuncie su delito de *traidor, homicida, asesino, reincidente en tal crimen, etc.* Le acompañarán siempre dos sacerdotes, el escribano y alguaciles enlutados, y la escolta correspondiente.

Art. 42. Al salir el reo de la cárcel, al llegar al cadalso, y á cada doscientos á trescientos pasos en el camino, publicará en alta voz el pregonero público el nombre del delincuente, el delito por que se le hubiere condenado, y la pena que se le hubiere impuesto.

¹⁶⁶ SALILLAS, ob. cit., pág. 259; ANTÓN ONECA, «El Derecho penal de la Ilustración...», pág. 35. En materia penitenciaria también fue notoria la influencia de BENTHAM; así, el *Plan para el arreglo de cárceles y presidio correccional en Sevilla* de Manuel María DEL MÁRMOL, que acusa claras influencias del *Panóptico* del filósofo inglés; en RIVACOBA Y RIVACOBA, «Un ilustrado...» cit., pág. 963.

(...)

Art. 46. Ejecutada la sentencia, permanecerá el cadáver expuesto al público en el mismo sitio hasta puesto el sol. Después será entregado á sus parientes ó amigos, si lo pidieren, y si no, será sepultado por disposición de las autoridades, ó podrá ser entregado para alguna operación anatómica que convenga. Exceptúanse de la entrega los cadáveres de los condenados por traición ó parricidio, á los cuales se dará sepultura eclesiástica en el campo y en sitio retirado, fuera de los cementerios públicos, sin permitirse poner señal alguna que denote el sitio de su sepultura.»

Si bien estos rituales han sido considerados como una muestra de las contradicciones existentes en el seno de la Comisión redactora¹⁶⁷, dado que contrastan con el reconocimiento de la dignidad del hombre, tantas veces proclamada por los pensadores de la Ilustración (el diputado Puigblanch afirmaría que tales crueldades —defendidas en forma vehemente por Calatrava— eran contrarias «al espíritu de la Constitución»)¹⁶⁸, encuadran tanto con la vertiente utilitarista a la que nos acabamos de referir, como con el perfil componedor del Código, producto de una época de cambios; téngase presente que en la citada Comisión se manifestaba buscar una posición de equilibrio entre las nuevas ideas y las concepciones tradicionales, lo que refrenda el carácter transaccional a que nos hemos referido.

c) *El Código y su vigencia*

En una consideración general y de acuerdo con lo que hemos visto, puede decirse que más que modelo de texto liberal es un Código de transición; esto se advierte, por ejemplo, al ver la regulación de los delitos contra la religión, lo que trasluce el respeto de los legisladores por la tradición; así, el artículo 227 dirá: «Todo el que conspirare directamente y de hecho á establecer otra religión en las Españas, ó á que la Nación Española deje de profesar la religion católica apostólica romana, es traidor, y sufrirá la pena de muerte».

¹⁶⁷ CUELLO CONTRERAS, «Análisis de un informe anónimo...», pág. 91. En sentido similar, ASÚA BATARRITA en ob. cit., pág. 278.

¹⁶⁸ CUELLO CONTRERAS, «Análisis de un informe anónimo...», pág. 109. El informe anónimo de la Universidad de Sevilla también es crítico a este respecto, señalando por ejemplo que «En un Código donde brillan tantas muestras de humanidad, no debiera fijarse cuarenta y ocho horas de anticipación para notificar la sentencia de muerte».

Más allá del siempre considerable poder de la Iglesia en España que deja traslucir esta disposición, el respeto por la tradición no es privativo de este Código sino que es común a toda la codificación de la época, en mayor o menor grado; téngase en cuenta que aún la codificación napoleónica —modelo para la mayoría de los trabajos de renovación legislativa del orbe— tampoco significó una ruptura completa con el pasado¹⁶⁹. Así, en la elaboración del Código Civil Francés de 1804 se fue atemperando el racionalismo radical de los momentos álgidos de la Revolución, combinándose con conceptos tradicionales (ganando de esa manera también en viabilidad)¹⁷⁰; son muy expresivas a este respecto las palabras de Portalis: «Lo esencial es imprimir a las instituciones nuevas el carácter de permanencia y de estabilidad que pueda garantizarles el derecho de llegar a ser antiguas. Siempre que nos ha sido posible conciliar sus disposiciones o modificar las unas por las otras sin romper la unidad del sistema ni herir el espíritu general (del ordenamiento jurídico), hemos hecho, si se nos permite expresarnos así, una transacción entre el Derecho escrito y el consuetudinario. Es útil conservar todo lo que no es necesario destruir: las leyes deben contemplar los hábitos, cuando éstos no constituyen vicios. Demasiado a menudo se discurre como si el género humano finalizara y comenzara a cada instante, sin ninguna clase de comunicación entre una generación y la que la reemplaza»¹⁷¹.

En cuanto a la teoría de la pena que lo orienta, predomina la preocupación por la prevención general¹⁷² (negativa), la intimidación (claramente, por ejemplo, en la prolija regulación de la ejecución de la pena de muerte que hemos visto), pero no en el sentido de la legislación antigua sino orientada básicamente a la utilidad, siguiendo el modelo de Bentham. Obsérvese que si bien abundan los rituales, se han suprimido los suplicios característicos del Antiguo Régimen, haciéndose especial —y hasta excesivo— hincapié en lo simbólico; allí debe verse la impronta benthamiana.

¹⁶⁹ DAVID expresa con carácter general, que no debe verse en la codificación la obra de un legislador arbitrario y todopoderoso, sino que los autores de los Códigos —si bien orientados al cambio, a la eliminación de multiplicidad de particularismos y soluciones arcaicas— se apoyaron también sobre las enseñanzas provenientes de la tradición; en ob. cit., pág. 40.

¹⁷⁰ Lo que habría hecho de ella si no una obra fulgurante y de riguroso contenido doctrinal, sí sólida y perdurable; en RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, *Prólogo al Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil francés* de Jean Etienne Marie PORTALIS, Edeval, Valparaíso, 1978, págs. 17 y 18.

¹⁷¹ PORTALIS, ob. cit., págs. 53 y 54.

¹⁷² CEREZO MIR, ob. cit., pág. 114; en desmedro de la proporcionalidad de las penas, afirmará certeramente CUELLO CONTRERAS; ob. cit., pág. 110.

En tal sentido, el artículo 106 principiará diciendo: «En todo delito ó culpa para la graduacion espresada en los dos primeros artículos se tendrán por circunstancias agravantes, además de las que espresese la ley en los casos respectivos, las siguientes: Primera: el mayor perjuicio, susto, riesgo, desorden ó escándalo que cause el delito. Segunda: la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos...»; también pueden considerarse muestras de esta orientación los artículos 53 (muerte civil) y 28 y siguientes (pena de declaración de infamia). No obstante ello, pueden encontrarse preceptos vinculados a criterios de prevención especial (por ejemplo, los relativos al arrepentimiento del delincuente y la presentación ante la autoridad, aunque a nuestro entender puedan verse motivados también por consideraciones utilitarias).

Respecto a las penas, se destacan distintos regímenes, a saber: trabajos perpetuos (art. 47 y 48), obras públicas (art. 55), presidio (art. 57), reclusión en casa de trabajo (art. 60) y prisión en fortaleza (art. 71). Como ha destacado García Valdés, la codificación penal significó en este punto el reconocimiento legal del carácter de la prisión como pena sustantiva y no solamente como medida custodial, consideración que se perfilaba ya desde el siglo XVIII¹⁷³. Varios factores contribuyeron a ello: el tiempo como magnitud graduable en relación a la privación de libertad la hace fácilmente aplicable a los carentes de patrimonio —clientela sustantiva del sistema— frente al paulatino decaecimiento de la pena de muerte y los castigos físicos; por otra parte, a la consideración de la utilidad económica de la fuerza de trabajo de los condenados se amalgama la utilidad de la prisión en cuanto a la finalidad disciplinaria de los marginados; a ello debe unirse la ventaja que ofrecía la privación de libertad en cuanto a la métrica de los castigos, noción que cobra creciente fortuna¹⁷⁴.

Pueden observarse también como índices de modernidad la excepcionalidad en el castigo de los delitos culposos, algunas atenuantes y la indemnización a quienes resultaren absueltos luego de haberseles incoado un procedimiento criminal¹⁷⁵.

Las Cortes extraordinarias de 1821 aprobaron el articulado, siendo sometido a las Cortes ordinarias de 1822 la aprobación del conjunto; la copia que había de servir para la sanción real fue extraviada, lo que los «moderados» supusieron como un intento de los «exaltados» para sostener la impunidad de las asonadas, por entonces muy frecuentes y aho-

173 GARCÍA VALDÉS, *Régimen penitenciario de España*, pág. 23.

174 ASÚA BATARRITA, ob. cit., pág. 278 y ss.

175 ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», pág. 277.

ra castigadas en el nuevo Código¹⁷⁶. Fue decretado por las Cortes el 8 de junio de 1822, sancionado por el Rey y mandado promulgar el 9 de julio. Una Real Orden del 28 de septiembre resolvía empezara a observarse en la península e islas adyacentes a partir del 1 de enero de 1823¹⁷⁷. El Tribunal Supremo entendió insuficiente esta *vacatio legis* y consultó al Gobierno, manifestando las dificultades encontradas para ponerlo en práctica. La consulta fue pasada a las Cortes, y la Comisión de Procedimientos propuso la suspensión del Código hasta la aprobación de la ley procesal; este dictamen fue rechazado y volvió a la Comisión¹⁷⁸.

De esta circunstancia, entre otras, deduce Alonso y Alonso que el nuevo Código nunca se aplicó¹⁷⁹. Sin embargo, Antón Oneca no ha encontrado Acuerdo alguno de las Cortes sobre la suspensión de la vigencia del Código, pero teniendo en cuenta que desde principios de 1823 se vivía una guerra civil, que en abril llegan de Francia los cien mil Hijos de San Luis enviados por la Santa Alianza para devolverle a Fernando VII los poderes absolutos¹⁸⁰ y que el 1 de octubre el monarca dispuso la anulación de todos los actos del gobierno constitucional (más el hábito que tiene que haber pervivido entre los miembros de los tribunales, acostumbrados al arbitrio judicial), supone que la aplicación del Código debió ser «breve, imperfecta y desigual». Jiménez de Asúa sostiene que estuvo en vigor un año y tres meses¹⁸¹. Casabó Ruiz ha encontrado pruebas a su juicio indudables de su vigencia, a saber, artículos en la prensa que hacen referencia a sentencias dictadas de acuerdo con disposiciones del Código, leyes de la época, etc., por lo que este autor considera que su entrada en vigor fue efectiva y su aplicación geográfica dependió del desenvolvimiento de la guerra¹⁸². Fiestas Loza afirma la vigencia —aunque breve— del Código, basada en una Cédula de Fernando VII que anulaba algunas actuaciones de los juzgados realizadas conformes a él¹⁸³; en el mismo sentido se manifiesta Álvarez García¹⁸⁴.

¹⁷⁶ ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», pág. 273.

¹⁷⁷ CASABÓ RUIZ, José R., «La aplicación del Código penal de 1822», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXII, fascículo II, Madrid, 1979, pág. 333.

¹⁷⁸ ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», pág. 274.

¹⁷⁹ ALONSO Y ALONSO, José M., «De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, feb. 1946, pág. 10.

¹⁸⁰ BARBERO SANTOS, Marino, *Política y Derecho Penal en España*, Tucarc ediciones, Madrid, 1977, pág. 24.

¹⁸¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 758.

¹⁸² CASABÓ RUIZ, «La aplicación del Código...», pág. 337 y ss.

¹⁸³ Obra a la que no pudimos acceder, citada por ESCUDERO en ob. cit., pág. 910, por CEREZO MIR en ob. cit., pág. 112, y por TOMÁS Y VALIENTE en *Manual...*, pág. 497.

¹⁸⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J., «Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822», en *Cuadernos de política criminal*, n.º 5, Edersa, Madrid, 1978, pág. 229 y ss.

Tras este breve período, volvían a tomar vigencia la *Novísima Recopilación*, y subsidiariamente los Fueros y las *Partidas*¹⁸⁵, haciendo decir a Dorado Montero que si España de hecho vivía en el siglo XIX, legalmente seguía en el siglo X¹⁸⁶. Sin embargo, en América el Código de 1822 sería adoptado por El Salvador en 1826 y por Bolivia en 1830¹⁸⁷.

El Trienio Liberal de 1820 a 1823 tendría varias consecuencias inmediatas: el triunfo del Ejército liberal, de la conspiración como forma de acceder al poder y el funcionamiento de las Sociedades secretas (como la de los Comuneros); la supresión definitiva de la Inquisición; la conciencia generalizada de la necesidad de dotar de una base socioeconómica al nuevo régimen, por lo que la desamortización ya iba a ser un camino impostergable; la voluntad de creación de una «opinión pública» a través de las Sociedades patrióticas¹⁸⁸.

d) *Su legado*

Sobre este Código se emitieron juicios desiguales. Bentham fue —al decir de Antón Oneca— ingrato con sus discípulos, acumulando críticas en sus cartas al Conde de Toreno¹⁸⁹. Aparentemente estaba despechado por no habersele encargado la realización personal del proyecto¹⁹⁰. Desde su peculiar perspectiva, afirmará que «...en igualdad de conocimientos debe ser preferido un extranjero a un nacional para formar el plan de un Código» en razón de su imparcialidad¹⁹¹. Sin embargo, no debe pasarse por alto que desde su punto de vista, la labor codificadora debía ser el resultado de la labor de un solo individuo, un

185 ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», pág. 275.

186 DORADO MONTERO, ob. cit., pág. 135; JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 752.

187 JIMÉNEZ DE ASÚA fue quien informara sobre su sanción en El Salvador, de la que ZAFFARONI no obtiene confirmación; de lo que no hay duda es acerca de la directa vinculación entre el Código Penal Santa Cruz boliviano (que tendría una vigencia de 143 años) y el español de 1822; en ZAFFARONI, ob. cit., págs. 537 y ss.

188 ARANGUREN, ob. cit., pág. 52.

189 *Cartas de Jeremías Bentham al señor Conde de Toreno sobre el proyecto de Código penal presentado a las Cortes*, Madrid, 1846; citadas por ANTÓN ONECA en «Historia del Código Penal de 1822», pág. 276.

190 JIMÉNEZ DE ASÚA cita fragmentos de su correspondencia, donde dice: «Un extranjero de quien muchas veces han hablado las Cortes con aprecio, estaba pronto, no sólo a remitirles sus observaciones, sino a presentarles un nuevo proyecto de Código. No era desconocida su residencia, puesto que han sabido dirigirse a ella el Ministro de Hacienda, el Ministro de Gobernación y todo el Gobierno español»; en ob. cit, pág. 758, nota 1.

191 *Cartas...*, pág. 542 y ss.

«autor» que se identificase con su obra —a diferencia del *Common Law*— tanto por la accesibilidad que lo jurídico tenía que tener para los hombres como por los perjuicios que para él se derivaban del trabajo colectivo¹⁹².

Pacheco dijo de la obra que era un código científico: «La ciencia del Derecho y la buena filosofía inspiran la mayor parte de sus disposiciones. Digno del siglo, mejoraba inmensamente la situación penal de la nación. Pero a veces es demasiado duro: transige demasiado con antiguas preocupaciones españolas, muy vivas aún en aquella edad y casi borradas en la que corremos; es, por último, difuso, y sacrifica la claridad, la sencillez, el mérito legislativo, á pretensiones artísticas y a un vanidoso aparato literario»¹⁹³. Antón Oneca acota que sin embargo, desde la pretendida madurez de mediados de siglo de este autor, el Código de 1822 recogía parcialmente el sentido preventista de la Ilustración, por lo que estará más cerca de los tiempos modernos que la teoría de la pena a la que se adhiere Pacheco¹⁹⁴.

Silvela¹⁹⁵ dirá de él que era seguramente no inferior a sus contemporáneos, y quizás superior en algunos aspectos al de 1870. Salillas lo estimaba como obra colectiva: «lo verdaderamente apreciable es una nota de conjunto, el tono general: España, por medio de sus elegidos, hizo esta codificación, conforme a su capacidad y a su tendencia»¹⁹⁶.

Jiménez de Asúa lo ha considerado un documento interesante, superior a su tiempo¹⁹⁷. Del mismo modo Cerezo Mir, quien señala que aunque técnicamente era defectuoso por su gran extensión, casuismo y la inclusión de preceptos de carácter administrativo y procesal, contaba con importantes aciertos, entre los que se destacan la consagración

¹⁹² Tal vez este alarde de individualismo se vincule con uno de los aspectos más conservadores de la ideología benthamiana: si el Derecho se limita a recoger el orden de la naturaleza, se corre el riesgo de estar naturalizando la estructura social, lo que redundaría en una sociedad estática, donde el *status quo* no es sino el reflejo de las leyes de la Naturaleza (¿anticipa los presupuestos ideológicos del positivismo criminológico?); a su vez, como señala BARANGER, esta concepción presupone una sociedad sin política —y sin políticos— lo que puede constituir un precedente de la contemporánea alianza entre la sociedad liberal y el derecho tecnocrático; en ob. cit., pág. 36.

¹⁹³ PACHECO, ob. cit., *Introducción*, pág. LIV.

¹⁹⁴ ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», pág. 276.

¹⁹⁵ SILVELA, Luis, *Discurso leído ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el acto de su recepción*, Madrid, 1894, pág. 34; citado por ANTÓN ONECA en «Historia del Código Penal de 1822», pág. 276.

¹⁹⁶ SALILLAS, ob. cit., pág. 330.

¹⁹⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 757.

del principio de legalidad de los delitos y las penas y la ya mencionada excepcionalidad del castigo de los delitos culposos¹⁹⁸.

Con el restablecimiento del régimen autocrático se inicia la llamada «década ominosa», iniciándose una violenta reacción contra las reformas y sus autores; la represión —apoyada decididamente por el clero regular— fue tan dura y la actitud de Fernando VII tan intransigente, que de no haberse recibido las críticas de Luis XVIII de Francia y del zar Alejandro de Rusia y hasta el ultimátum del primero para que se concediese una amnistía, aquélla no hubiese cesado. Hasta se había dejado de lado el espíritu mitigador característico del despotismo ilustrado, lo que se puede ver en algunas disposiciones penales: por ejemplo, una Real Orden del 22 de enero de 1824 recuerda lo mandado por la pragmática de Felipe V de 1734¹⁹⁹ (a la que ya hemos hecho referencia); otra Real Orden del 29 de enero de 1828 hacía responsables a las autoridades de los pueblos por los robos cometidos en sus respectivos distritos y otra del 12 de julio de 1830 establecía la pena de muerte para los delitos cometidos por medio de la imprenta²⁰⁰. Como excepción puede destacarse un Real Decreto del 28 de abril de 1832, que con motivo del cumpleaños de la reina dispone nuevamente la abolición de la horca —considerada infamante— siendo sustituida por el garrote (ordinario, noble o vil).

En materia penitenciaria, el 30 de septiembre de 1831 se nombra una comisión de peritos para que redacten una ley acerca de la ejecución de las penas privativas de libertad, en virtud de las pésimas condiciones de los establecimientos de detención²⁰¹.

V. Resurgimiento del propósito codificador

Poco a poco comienzan a verse tímidos signos de apertura: en 1828 se hará una reimpresión del *Discurso* de Lardizábal, que no había vuelto a imprimirse desde 1782²⁰². En 1829 se dicta un Real Decreto ordenando la formación de un Código Criminal; entre los motivos que se invocan se hace hincapié en la falta de orden y unidad del sistema legal y en las garantías que se deben a la inocencia y seguridad de las perso-

198 CEREZO MIR, ob. cit., pág. 113.

199 HERRERO HERRERO, ob. cit., pág. 425.

200 JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 753.

201 GARCÍA VALDÉS, *Régimen penitenciario de España*, pág. 29.

202 Y que podría indicar en otro sentido, un pretendido retorno a las premisas del despotismo ilustrado; así, VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 38, siguiendo a ANTÓN ONECA.

nas; no se solicitó el asesoramiento de las universidades. Se encargó la redacción de este proyecto a una Comisión formada por tres magistrados de la Cámara de Castilla, con Pedro Sainz de Andino como secretario letrado; elevado el proyecto resultante el 7 de mayo de 1830²⁰³, se encomendó a este último su revisión, la que va dar lugar al proyecto individualizado con el nombre del mismo, presentado el 25 de mayo de 1831. Este proyecto no fue aceptado por la Comisión²⁰⁴; a su respecto se manifestarán pareceres disímiles: por una parte, se diría que era extremadamente reformista, inspirado en Beccaria y Filangieri (no debe olvidarse que en 1830 la revolución en Francia llevaría al trono a Luis Felipe, desatando el temor de los absolutistas ante todo lo que implique reformas); Pacheco a su vez, calificaría al proyecto de incompleto y defectuoso, característico del gobierno absoluto que le había dado origen²⁰⁵. Ante esta diversidad de pareceres, Antón Oneca se pregunta si no se referirán a distintas versiones del proyecto²⁰⁶. Es posible, ya que tras las versiones de 1830 y 1831 se nombra una nueva Junta que revisa esta última, celebrando 20 sesiones de trabajo hasta que expide un informe el 26 de marzo de 1832²⁰⁷; el 9 de mayo de 1833 se promulga una nueva Real Orden que manda rever y corregir el primitivo proyecto de 1830, tarea que se culmina el 16 de julio de 1834 en que se presenta otro proyecto más breve a las Cortes —de nuevo abiertas ese mismo año, tras los cambios políticos— pero que no llegó a discutirse²⁰⁸.

a) *Los cambios políticos y sociales*

El nacimiento de la Princesa Isabel y la nueva actitud del Rey Fernando en cuanto a su sucesión —rechazando la ley sálica (adoptada por

²⁰³ Inspirado en el Código de 1822 pero muy inferior técnicamente a éste, se advertiría en él la influencia de FILANGIERI, opina CASABÓ RUIZ en *Estudio preliminar al Proyecto de Código criminal de 1830*, Murcia, 1978, pág. 5, citado por CARDENAL MURILLO en ob. cit., pág. 22.

²⁰⁴ CASABÓ RUIZ ve en este proyecto el eslabón entre el Código de 1822 y el de 1848; en *Estudio preliminar al Proyecto de Código criminal de 1831 de Sainz de Andino*, Murcia, 1978, pág. 2 y ss.; citado por CARDENAL MURILLO en ob. cit., pág. 25. Este último opina a diferencia de CASABÓ RUIZ, que en los tres proyectos de este período podría verse un puente entre los códigos de 1822 y 1848, pero el de Sainz de Andino sería el que más acusara ese carácter, en virtud de su mejor técnica legislativa y su similitud al Código de 1822, frente a los otros dos; en ob. cit., pág. 25.

²⁰⁵ PACHECO, ob. cit., *Introducción*, pág. LV.

²⁰⁶ ANTÓN ONECA, José, «El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XVIII, fascículo III, Madrid, 1965, pág. 474.

²⁰⁷ VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 40.

²⁰⁸ ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1848...», pág. 474.

Felipe V en 1713, que ahora hacía sucesor a su hermano Carlos) por lo que cobraban vigencia las *Partidas*, que permitían la sucesión femenina— más la revolución de 1830 en Francia que llevó al trono a Luis Felipe de Orleáns (el «rey burgués») como monarca constitucional, provocaron serios conflictos en España. Los seguidores de Don Carlos (el «carlismo») eran partidarios del absolutismo fernandino; abogaban por la omnipotencia de la Iglesia y repudiaban los progresos técnicos de la civilización industrial; al creciente centralismo oponían el foralismo, su causa era la tradición y la religión²⁰⁹. Los liberales a su vez —particularmente los emigrados— comenzaron a movilizarse para propiciar un cambio.

Con la muerte de Fernando VII se desató la primera guerra carlista, que culminará con la victoria liberal.

Empleamos el término «liberal» por oposición a «absolutista», comprendiendo a todos aquellos que defendían los intereses burgueses («moderados» y «progresistas»); no se utiliza en su sentido actual. Esto hace que el «liberalismo» español no se corresponda exactamente con el de otras latitudes: los liberales españoles de un lado —los moderados, particularmente— van a contar entre sus filas no sólo a la alta burguesía emergente sino también a la nobleza que va adoptando los valores de la burguesía (especialmente a partir de la desvinculación y la desamortización) y a la burocracia surgida de la reforma administrativa del siglo XVIII; del otro lado, el Trienio Liberal había visto el auge de las sociedades secretas, entre las que se destacaría a los Comuneros (el ala «exaltada» del liberalismo), que recibirían la influencia a su vez de la Carbonería italiana, varios de cuyos miembros emigran a España tras la derrota del liberalismo en Italia por la Santa Alianza²¹⁰.

Las actitudes de los distintos sectores sociales frente a la guerra habían sido disímiles: en tanto la Iglesia española en pleno había apoyado la causa de Don Carlos —con el manifiesto aval del papa Gregorio XVI— los militares habían sido el vehículo de acceso de los liberales al poder. En tal sentido señala Aranguren que tanto el partido progresista como el moderado tuvieron siempre un general a su frente, de modo que el siglo XIX es una sucesión de dictaduras militares más o menos

²⁰⁹ VICÉNS VIVES, Jaime, *Cataluña en el siglo XIX*, pág. 47; citado por Aranguren en ob. cit., pág. 72.

²¹⁰ GIL NOVALES, Alberto, «Sobre el pensamiento liberal español», en *La configuración jurídico-política del Estado liberal en España. Actas del Congreso en conmemoración del segundo centenario del nacimiento de D. Alejandro Oliván (1796-1996)*, Universidad de Zaragoza, Huesca, 1997, págs. 286 y 287.

liberales, instauradas casi siempre mediante un pronunciamiento. El 10 de abril de 1834 se promulga el Estatuto Real, transacción que sella la alianza entre la Regente y la burguesía, comprometiendo la lucha contra los carlistas —en defensa de los derechos de su hija Isabel— y creando un régimen oligárquico, propio del liberalismo más moderado, que inicia la desarticulación definitiva del Antiguo Régimen²¹¹. Y en este contexto se pondrá nuevamente en marcha la desamortización de la mano del progresista Mendizábal a partir de 1836; ante los fracasos de anteriores gabinetes moderados, este político había formado gobierno el 14 de septiembre de 1835, iniciando el proceso que proporcionaría una base socioeconómica al régimen constitucional burgués: si bien los reformadores fueron los progresistas, los claros beneficiarios fueron los moderados, a quienes apoyarían la mayoría de quienes se enriquecieron con el gran negocio de la compra de las tierras de la Iglesia²¹². A su vez, mientras la gran nobleza tras la desvinculación transformó sus derechos señoriales en propiedad moderna —pasando a apoyar en gran medida el régimen plutocrático del moderantismo— las grandes masas quedaron al margen de este fabuloso negocio y además notoriamente perjudicadas, sobre todo a partir de la Ley de Desamortización General de 1855 que liquidó los bienes «de propios» y gran parte de los «comunes»²¹³.

De esta manera, se impone un nuevo modelo de propiedad —el liberal— totalmente distinto del imperante en el Antiguo Régimen, con sus amortizaciones y vinculaciones; la propiedad privada asume un carácter absoluto, reacia a los desmembramientos y la colectivización. Aquí jugaría un rele-

²¹¹ VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 43. La defensa del Estatuto Real contó en la prensa madrileña con el periódico *La Abeja*, fundado por Joaquín Francisco PACHECO —a quien nos referiremos más adelante—, órgano de expresión eminentemente moderado; tras la caída del Estatuto en 1836, PACHECO funda un nuevo periódico de similar estilo, titulado *La Ley*; en VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «Primeros intentos de articulación del moderantismo en España (1833-1836)», en *La configuración jurídico-política del Estado liberal en España. Actas del Congreso en conmemoración del segundo centenario del nacimiento de D. Alejandro Oliván (1796-1996)*, Universidad de Zaragoza, Huesca, 1997, pág. 322.

²¹² Son significativas las palabras de OLIVÁN apoyando el nuevo sistema «...convencido de la necesidad de evitar sacudidas a la máquina política (...) como comprador de bienes nacionales que espera entrar en pacífica posesión de su propiedad o de los valores que dio por ella, como amante de los progresos sociales e industriales interesados en el reinado de la paz y el orden, como apasionado del Estatuto Real, única garantía duradera de nuestras libertades». De «Comunicado», en *La Abeja* n.º 245, Madrid, 1834; tomado de VICENTE Y GUERRERO, ob. cit., pág. 323.

²¹³ ARANGUREN, ob. cit., pág. 57. No sólo la alta nobleza y burguesía se beneficiaban con la desamortización; el erario público estaba exhausto ya desde fines del siglo XVIII, problemática incrementada por las continuas guerras. El Estado ve también allí la posibilidad de aliviar en cierta medida sus problemas económicos; en ARTOLA, ob. cit., págs. 149 y ss.

vante papel la codificación en materia civil: siendo la libertad del individuo el principio rector de la vida económica —al eliminar las estructuras preexistentes— se podrá afirmar que la codificación civil dará firme sustento a los conceptos de propiedad y autonomía privada²¹⁴.

El liberalismo había seguido una estrategia que, al tiempo que no cuestionaba la propiedad de la nobleza siempre que se la despojara de la vinculación, negaba el derecho de la Iglesia, el Estado y los municipios a poseer tierras. La redefinición del derecho de propiedad es descrita por Artola de la siguiente manera: «El nuevo derecho de propiedad «sagrado e inviolable» es aquel que combina la personalidad individual del titular y la libertad ilimitada en la capacidad de disponer. Toda situación que no se ajuste a este doble condicionamiento no se justifica y debe por consiguiente desaparecer. Por no ser propiedad particular, lo que implica la carencia de ese impulso productivo que es el interés individual, se negará a la Iglesia, al Estado y a las comunidades municipales el derecho a ser propietario. Desaparecerán así la amortización eclesiástica, las encomiendas de las órdenes militares y los comunes y propios de los pueblos, creando con ello una ingente oferta de tierra. Por no ser propiedad de libre disposición se extinguirán los vínculos y mayorazgos, sólo que en este caso el actual titular en lugar de ser despojado se encontrará favorecido, al adquirir la plena propiedad de unos bienes de los que hasta entonces no era más que usufructuario»²¹⁵.

Ahora sí el nuevo régimen contaría con aquella clase social que le permitiría acabar con el inmovilismo del *Ancien Régime*, con la que habían soñado los ilustrados para instaurar las reformas: se trataba de la alta burguesía; sin embargo, los paradigmas de felicidad intramundana de la Ilustración habían mutado por la riqueza, la propiedad y la buena administración²¹⁶. No puede por ello extrañar que para el moderantismo el valor social supremo pase a ser el Orden, que se traduce en seguridad y protección de la propiedad como funciones esenciales del Estado: y como amparo de esta propiedad territorial totalmente individualizada se creará la Guardia Civil rural²¹⁷.

²¹⁴ GALILEA SALVATIERRA, Pedro Javier, «El papel del Estado y la definición de los derechos de propiedad: las servidumbres (Una aproximación desde el análisis económico del Derecho)», en *La configuración jurídico-política del Estado liberal en España. Actas del Congreso en conmemoración del segundo centenario del nacimiento de D. Alejandro Oliván (1796-1996)*, Universidad de Zaragoza, Huesca, 1997, pág. 272.

²¹⁵ ARTOLA, ob. cit., págs. 175 y 176.

²¹⁶ ARANGUREN, ob. cit., pág. 66.

²¹⁷ Justificando el régimen monárquico burgués que surgía en España, OLIVÁN dirá de ella que «...si no es ya, como en otros tiempos, una religión, es una forma po-

En 1836, tras los sucesos de La Granja del 12 de agosto —que supusieron la capitulación de la Corona y el fin del Estatuto Real— se restablece la vigencia de la Constitución de 1812; pensando en la aplicación del art. 258 se consideró reinstaurar el Código Penal de 1822 pero con reformas, las que se encomendaron a una Comisión creada el 1 de septiembre de ese año; al parecer, ésta se excedió y elaboró un proyecto nuevo, que nunca llegó a tratarse por las Cortes²¹⁸. Mientras tanto, en 1837 se aprobaba una nueva Constitución y en 1839 se suscribía el Convenio de Vergara, poniendo fin a la guerra con los carlistas²¹⁹; sin embargo, el conflicto foral seguirá estando presente a raíz de la consagración de la uniformidad legislativa en el art. 4 de la nueva Carta: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales».

No debemos olvidar que la codificación legislativa del siglo XIX a nivel universal tuvo entre sus principales designios la unidad na-

lítica más acomodada para introducir y mantener el orden en la libertad»; sus fines radican «...en la base común de la *seguridad*, o de la profunda convicción que asiste al hombre de que no será menoscabada la libertad que le conceden las leyes respecto a su persona, a su propiedad, su industria y sus opiniones. Y como la seguridad del individuo depende del *orden público*, o del estado normal procedente de la regular y exacta observancia de las leyes, se sigue que el orden público es más que un interés social, porque es la salvaguardia de todos los intereses legítimos, es condición precisa de la existencia de la sociedad»; tomado de GIL CREMADES, Juan José, «Pedro María Ric, Alejandro Oliván y Joaquín Costa: tres oscenses en la historia del liberalismo español», en *La configuración jurídico-política del Estado liberal en España. Actas del Congreso en conmemoración del segundo centenario del nacimiento de D. Alejandro Oliván (1796-1996)*, Universidad de Zaragoza, Huesca, 1997, pág. 310.

²¹⁸ ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1848...», pág. 474. Este proyecto había sido elevado al Gobierno el 19 de julio de 1839 y sobre él se expidieron dos informes: uno redactado por García Gallardo el 24 de enero de 1840 y otro por el Tribunal Supremo el 14 de septiembre de 1841; el primero recomienda que no se proponga su pasaje a las Cortes hasta tanto no se lo haya revisado detenidamente; el segundo consideró que si bien el proyecto «aporta mejoras comparado con nuestra actual legislación criminal, es, sin embargo, un trabajo diverso del que se encargó a la Comisión que le ha formado» —revisar el Código de 1822— «en el nuevo Proyecto, sin mejorar el de 1822, se le ha mutilado y trastornado casi enteramente» (quien firma este último dictamen no es otro que José María CALATRAVA, a cuya destacada actuación en la elaboración del Código Penal de 1822 ya nos referimos, lo que puede explicar el tono de la crítica); en VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 46. Sin embargo, de este proyecto diría PACHECO que tenía fama de ser muy superior al anterior, aunque se le reprochaba su extraordinaria concisión; en ob. cit., *Introducción*, pág. LV.

²¹⁹ Como destaca ARTOLA, la suerte de los absolutistas estaba sellada desde antes del inicio de las hostilidades, al haberse alejado de los centros de decisión política del reino durante la regencia de María Cristina, lo que implicó la pérdida de toda posibilidad de control del aparato estatal; en ob. cit., pág. 286.

cional mediante un cuerpo de leyes uniforme para todo el territorio del Estado, eliminando los particularismos provenientes del medioevo. Entre los paradigmas liberales también se encontraba la eliminación de toda norma que diferenciara la condición política de los ciudadanos, derivada en el caso de la existencia de fueros territoriales o de regímenes señoriales²²⁰.

b) *La legislación vigente*

En 1843 se inicia la elaboración de un nuevo Código, que va a cuajar en el del año 1848; en virtud de los reiterados intentos fallidos de renovación legislativa, por esas fechas continuaba vigente la legislación criminal del Antiguo Régimen, a saber, la *Novísima Recopilación* complementada con los Fueros y las *Partidas* como fuentes supletorias (estas últimas eran las preferidas por los tribunales, acota Antón Oneca)²²¹, todo ello complementado con un amplio arbitrio judicial. Pacheco haría una dura descripción de este panorama:

«Todos los absurdos, todas las crueldades que distinguían nuestra legislación criminal de hace seis siglos, todos ellos han llegado, en su completa crudeza, hasta el siglo presente. El tormento, solo se ha abolido por las Cortes en 1812, y por el rey Fernando en 1817. La confiscación también se ha abolido únicamente por las mismas. Los azotes, la marca, la mutilación estaban aún vigentes, y todos hemos visto aplicar la primera de estas tres penas: si no se usaban (que lo ignoramos) las otras dos, efecto era de la arbitrariedad judicial, ese otro singular dogma de nuestras modernas leyes criminales. La pena de muerte seguía aplicada á los que robasen en cualquier parte del reino cinco ovejas, ó valor de una peseta en Madrid; y en este punto no solo estaba la aplicación en las leyes, sino que pocos años há se ejecutaban estas con una severidad draconiana. La sodomía y la heregía eran también crímenes mortales; y las hogueras de la Inquisición se han encendido más de una vez para los judaizantes y los hechiceros». Y continúa más adelante: «Cuando llegó un momento en que no solo la conciencia comun se sublevó contra el sistema de sus leyes, sino en que muchas de estas fueron materialmente inaplicables, por los

²²⁰ ARTOLA, ob. cit., pág. 169.

²²¹ ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1848...», pág. 475. Además, como apunta CARDENAL MURILLO, la *Novísima* no incluyó una cláusula derogatoria de la *Nueva Recopilación*, con lo que ésta continuó vigente también como derecho supletorio; en ob. cit., pág. 21.

cambios ocurridos en toda la faz de la sociedad; entónces el legislador tomó el partido más breve y sencillo, y dejando de buscar y de señalar él la pena que correspondiese á cada crimen, autorizó á los tribunales para que prudencial, esto es, arbitrariamente, impusiesen el castigo ó corrección que creyesen más adecuado, ó más merecido, según la índole y la naturaleza del delito que se les presentara. Así, ninguna nueva y más exacta definición del crimen: las mismas ó casi las mismas penas que en los siglos medios; y por complemento, la arbitrariedad, reconocida y ordenada como principio en nuestros tribunales: hé aquí la idea perfecta del derecho penal que nos ha regido hasta los momentos presentes»²²².

Antón Oneca encuentra esta descripción verosímil pero algo exagerada en algunos párrafos; Saldaña había considerado que los azotes habían sido abolidos por Carlos I y Felipe II, siendo sustituidos por las galeras, pero señala Antón Oneca que no fue así —dado que no se hacía conmutación si los delitos eran graves— de lo cual da testimonio Gutiérrez, haciendo constar que esta pena se aplicaba no raras veces a personas «del ínfimo pueblo»²²³. Donde exagera según Antón Oneca es en lo que refiere a la Inquisición, dado que hacía mucho que no se quemaba vivos a judaizantes y hechiceros (se había hecho costumbre «dar garrote a los reos y quemar después los cadáveres») ²²⁴.

En cuanto a la legislación penitenciaria del período, cabe destacar que el 14 de abril de 1834 se aprueba la Ordenanza General de los Presidios del Reino. Dividida en cuatro partes, la primera se refiere al gobierno de los establecimientos y los clasifica en tres clases: depósitos correccionales, presidios peninsulares y presidios de Africa (los castigados con penas más duras eran situados lo más lejos posible de la península)²²⁵; la segunda trata del régimen interno, estableciendo las obligaciones y deberes de empleados y reclusos; la tercera regula el sistema económico-administrativo del presidio y la cuarta establece un reglamento disciplinario muy duro, de tipo militar, fijando castigos y fuertes correcciones (palos, argolla y mordaza). Normas a reseñar son las que establecen la separación de los sentenciados menores de 18 años y los reos de penas infamantes, las que instauran un régimen de comunidad diurno y nocturno y las que señalan la obligación de trabajar, ofreciendo en caso de labores extraordinarias o notorio arrepentimiento, la posibilidad de importantes rebajas en las sanciones privativas de libertad

²²² PACHECO, ob. cit., *Introducción*, pág. XLV.

²²³ GUTIÉRREZ, MARCOS, *Práctica criminal de España*, Tomo I, Madrid, 1828, pág. 281 y ss.; citado por ANTÓN ONECA en «El Código penal de 1848...», pág. 476, nota 12.

²²⁴ ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1848...», pág. 476.

²²⁵ FRAILE, ob. cit., pág. 88.

impuestas (antecedente de la redención de penas por el trabajo, señala García Valdés)²²⁶. Cadalso dirá de este reglamento que era «lo más meditado, lo mejor entendido, lo más práctico, más claro, más previsor y hasta lo más progresivo, dada la época de su publicación, que se ha hecho en el ramo de Prisiones... Constituyó y aún constituye hoy un verdadero código penitenciario»²²⁷; Salillas se manifestaba en igual sentido, afirmando que era un Código penitenciario fundamental, verdaderamente admirable por su contenido²²⁸.

La Ordenanza del 25 de julio de 1842 establecerá dos principios fundamentales en materia de ejecución carcelaria: la clasificación de los penados (el art. 25 separa a los reos en atención a la condena impuesta y su edad) y el fin correccional del encierro (el art. 26 dispone como factores de enmienda y reforma el trabajo en talleres y el silencio), régimen de corrección inspirado en la labor de Montesinos²²⁹; haremos una breve referencia a la experiencia del presidio de Valencia y su director.

Spencer se referirá a la Ordenanza de 1834 como la más grande experiencia penitenciaria del siglo XIX²³⁰, aludiendo a la actuación del coronel Montesinos en el presidio de Valencia, donde éste implantó un tratamiento correccional progresivo. Instalado en 1836 en el ex-Convento de San Agustín, Montesinos establece allí el referido presidio, que se convertirá en modelo para sus contemporáneos²³¹. Como novedoso podía verse que en el presidio, por ejemplo, la sección de los jóvenes estaba completamente separada del resto de la población, encontrándose distribuidos en dos secciones (los «jóvenes presidiarios» y los muchachos «difíciles» cuyos padres los confiaban al coronel para su corrección). En cuanto al trabajo carcelario, se entendió que éste debía servir como medio de reforma y rehabilitación, y no con carácter afflictivo (como por ej., con la utilización del molino de rueda o la bola de hierro, que se aplicaban en los presidios de la época), creándose en consecuencia talleres presidiales. Montesinos rechazaba el sistema celular de incomunicación, propiciando la progresiva suavización en el cumplimiento de la pena; así, en casos de buen comportamiento autorizaba se

226 GARCÍA VALDÉS, *Introducción...*, pág. 103 y ss.

227 CADALSO, Fernando, *Diccionario de legislación penal, procesal y de prisiones*, Tomo III, Imprenta de J. Góngora Álvarez, Madrid, 1907, pág. 162.

228 SALILLAS, ob. cit., pág. 582 y ss.

229 GARCÍA VALDÉS, *Régimen penitenciario de España*, pág. 31.

230 Citado por SALILLAS, ob. cit., pág. 583.

231 MUÑOZ PEREIRA, Javier, «La recepción en Europa de los sistemas penitenciarios norteamericanos», en *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica* (Carlos García Valdés, director), Edisofer S.L., Madrid, 1997, pág. 170.

le quitasen al reo los hierros y le posibilitaba el ingreso a la «brigada de depósito» —dedicada a tareas de limpieza— lo que le permitía al recluso pasar a desempeñar un puesto retribuido; en ocasiones, esto se complementaba con el acortamiento de la condena. Si bien el régimen disciplinario era severo y de corte militar, se eliminaron muchos castigos corporales; el mantenimiento del orden se intentaba conseguir con argumentos utilitarios (por ejemplo, la concesión de la codiciada categoría de «maestro de taller»)²³². En 1846 el director del presidio de Valencia se expresaba de la siguiente manera: «Perfeccionar al hombre es hacerlo más sociable: todo lo que tienda a destruir o entorpecer su sociabilidad impide su mejoramiento, por esto las penas, lejos de atacar deben de favorecer este principio fomentando su acrecentamiento. El objeto de los castigos no es la expiación del crimen sino la enmienda y aviso a los criminales, porque el oficio de justicia no es vengar sino corregir»²³³.

Esta experiencia no pudo generalizarse por estar basada en la personalidad del citado director, por la presión de la industria local contra el trabajo de los talleres (que fueron desmantelados merced a la Real Orden del 7 de septiembre de 1847 —que dispuso el envío de la mayoría de los confinados a obras públicas y trabajos exteriores—, así como también mediante la centralización de los fondos económicos de los presidios) y por la teoría retributiva que inspiraba el sistema de penas del código de 1848 (que restringió las posibilidades de acortamiento de las condenas, conminó la aplicación de los hierros a los presidiarios, y abundó en la imposición de penas perpetuas o de larga duración); Montesinos se jubila en 1854, encontrándose ya su experiencia en declive ante los obstáculos reseñados²³⁴. Señala Barbero Santos que en la labor de Montesinos ha de verse un hecho aislado, ya que Pacheco contemporáneamente al desempeño de éste, manifestaba que los presidios eran al mismo tiempo la necesidad y la vergüenza de la situación penal de España²³⁵.

VI. El Código Penal de 1848

Cuando comienzan en 1843 los trabajos de elaboración del Código Penal que se aprobará en 1848, la estructura social española estará ap-

²³² LLORCA ORTEGA, José, *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del XIX*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 139 y ss.

²³³ Citado por MAPELLI CAFFARENA en ob. cit., pág. 13.

²³⁴ LLORCA ORTEGA, ob. cit., pág. 152 y ss.

²³⁵ BARBERO SANTOS, ob. cit., pág. 27. En igual sentido se manifiesta FRAILE en ob. cit., pág. 151.

ta para dar un sustento seguro a las reformas: la burguesía en expansión —sector social inexistente en la época de la Ilustración— ya domina los resortes del poder, particularmente a través del partido moderado.

a) *El nuevo Estado burgués y el partido moderado*

El moderantismo posee caracteres propios; tiene su auge en un peculiar período histórico en que se barren las estructuras del Antiguo Régimen pero en el cual las antiguas clases dominantes continúan deteniendo el poder social; los aristócratas se convierten en burgueses y junto con la enriquecida alta burguesía, la jerarquía eclesiástica y el ejército, monopolizan el poder²³⁶. El período moderado es también en algún sentido un signo de transición.

Los cuadros del grupo moderado tienen origen diverso; se ha descrito su integración en los siguientes términos: «Realistas y reformistas de 1814 y 1820, constitucionalistas desengañados de las Cortes de Cádiz y el Trienio, intelectuales —en su tiempo enciclopedistas o vinculados al primer romanticismo histórico—, burgueses deseosos de proteger la paz y el orden amenazados por los primeros síntomas del descontento del proletariado. A éstos se suman los maduros estatutistas o jovellanistas en su tiempo»²³⁷.

En cuanto a la construcción del nuevo modelo estatal, se ha destacado que la actitud ética de la época es dispar²³⁸: mientras un sector de la Administración —en el que se había destacado Javier de Burgos— mantenía la postura virtuosa y austera de la Ilustración, la vida pública de la burguesía se verá signada por el escepticismo y el ascenso social ligado al lucro (recordándonos los personajes de *La Comédie Humaine* de Balzac). Es que no debe pasarse por alto que los primeros administrativistas españoles —como Javier de Burgos o Alejandro Oliván— no harán doctrina administrativa sino que —también a través de su protagonismo político— tendrán que construir una Administración para España²³⁹; con el antecedente de Jovellanos, el pensamiento de estos au-

²³⁶ VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 50. En consecuencia, tampoco la doctrina política del partido moderado es sólida; en términos críticos se referirá a éste, GIL NOVALES: «Ejerce el poder pero no tiene ni ideología propia; todo lo más, importa de Francia las ideas esenciales, mientras se deja imantar por el señuelo, imposible, del Antiguo Régimen, por unas tendencias aristocráticas y eclesiásticas cada vez más estériles e indignantes»; en ob. cit., pág. 289.

²³⁷ VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 51.

²³⁸ ARANGUREN, ob. cit., pág. 95.

²³⁹ Como ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA, para Oliván la Administración no es más que una técnica de gobierno; en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Prólogo* a la reedi-

tores será nuevo en su tierra, ya que introducen las realizaciones administrativas de Francia, que en este plano —por su peculiar coyuntura económico-social— había evolucionado notoriamente. Por otra parte, debe tenerse presente que las obras de estos autores alcanzan difusión en un momento de particular penuria económica del Estado español, lo que tiene relación indudable con su recepción; así, la construcción de la Administración española se encuentra en directa e inescindible vinculación con la consolidación del Estado burgués²⁴⁰.

Este régimen plutocrático pronto va a adoptar nuevos referentes ideológicos para justificar sus opciones políticas, marcando distancia del pensamiento revolucionario.

Antonio Alcalá Galiano será uno de sus portavoces más representativos, del cual se hicieron famosas las *Lecciones de Derecho Político* que dictara en el Ateneo de Madrid en 1838²⁴¹. De su pensamiento puede señalarse el rechazo al principio de la soberanía popular, sentando las bases doctrinarias para el gobierno oligárquico; por consiguiente, repudiará la Revolución Francesa («...rotos los vínculos que unen a los hombres en la sociedad, menospreciada la historia, olvidada o execrada la tradición, hecho pedazos por las ideas llamadas filosóficas el freno poderoso y sublime de la religión santa, naciendo de todo ello resistencias furiosas, agresiones no justas, defensas que llegaron a injustas por lo desesperadas y feroces: las clases medias después de haber destronado y pisado a los antes prepotentes, cayeron a su vez vencidas y fueron oprimidas con atroz tiranía por la plebe ignorante y desatada») ²⁴² y coincidirá con las tesis conservadoras del inglés Burke²⁴³; manifestará su escepticismo respecto de los derechos individuales, ya que para este autor aquéllos no pueden ser el fundamento de la Constitución dado que el máximo interés del ciudadano es el derecho a ser gobernado con equilibrio, justicia y eficacia²⁴⁴, por lo que la soberanía

ción de la obra de Alejandro OLIVÁN, *De la Administración Pública con relación a España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pág. 12.

²⁴⁰ BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, «La generación primitiva de administrativistas y la moderna Ciencia de la Administración», en *La configuración jurídico-política del Estado liberal en España. Actas del Congreso en conmemoración del segundo centenario del nacimiento de D. Alejandro Oliván*, Universidad de Zaragoza, Huesca, 1997, págs. 147 y ss.

²⁴¹ TORRES, Fernando, «Alcalá Galiano, conservador», en *Razón Española*, n.º 84, 1997, pág. 37.

²⁴² ALCALÁ GALIANO, Antonio, *Lecciones de Derecho Político*, CEI, Madrid, 1984, pág. 51.

²⁴³ TORRES, ob. cit., pág. 40.

²⁴⁴ TORRES, ob. cit., pág. 41.

nía popular debe subordinarse a estos intereses: «La soberanía que debe estar reconocida en las constituciones es la que está en ejercicio constante rigiendo con poder supremo el Estado»²⁴⁵; evitando discutir el origen del poder —«para no lastimar opiniones o intereses»— en evidente actitud conservadora, esquivo al contractualismo ilustrado; y este Estado debe ser el Juez y Gendarme que garantice la seguridad personal y la propiedad. Como destaca Torres, su paternalismo burgués marginará a las clases populares de todo protagonismo político, alegando la preservación del bien común; aquéllas deberán estar «bajo una ilustrada protección y una generosa tutela estatal» hasta el momento en que puedan alcanzar una cierta madurez intelectual, material y moral²⁴⁶; en consecuencia, el sufragio universal no es una alternativa posible²⁴⁷. En este modelo oligárquico, en el que se exaltaban las virtudes e intereses de la nueva clase media, en el cual el poder político debía basarse en la riqueza y en la inteligencia como su producto²⁴⁸, tras el discurso mesocrático la realidad indicaba que la verdadera clase media continuaba al margen del poder político, dominado por la alta burguesía²⁴⁹.

La Constitución de 1837 tendrá corta vida; texto de transacción entre las distintas tendencias liberales, provocó tanto el rechazo de los moderados como del ala más radical de los progresistas, lo que contribuyó a la inestabilidad política. La nueva Constitución de 1845 se hará a la medida de las aspiraciones del moderantismo, consagrando la participación de la soberanía entre el Rey y las Cortes²⁵⁰. Enmarcado por las concepciones socio-económicas y políticas de los moderados, verá la luz el Código Penal de 1848²⁵¹.

²⁴⁵ ALCALÁ GALIANO, ob. cit., pág. 54.

²⁴⁶ TORRES, ob. cit., pág. 48. Es la concepción de la «soberanía de la inteligencia» que GIL CREMADES destaca también en el pensamiento de OLIVÁN; en ob. cit., pág. 311.

²⁴⁷ Como señala VICENTE Y GUERRERO, para el moderantismo, democracia y anarquía van unidos; veámoslo en palabras de OLIVÁN: «Cuando establecimos que la Constitución española de 1812 es más democrática que la francesa de 1791, quisimos dar a entender que en aquella tiene menos garantías el orden público, menos rigor el elemento monárquico, menos probabilidad el acierto en la formación de las leyes, y por consiguiente, menos obstáculos la anarquía». De «Vicios capitales de la Constitución de 1812», en *La Abeja*, n.º 357, Madrid, 1835; en ob. cit., pág. 332.

²⁴⁸ ALCALÁ GALIANO, ob. cit., pág. 48.

²⁴⁹ VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 50.

²⁵⁰ VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 52; a pesar que provoca el rechazo del ala de los «puritanos», encabezada por Pacheco.

²⁵¹ Que se ubica, por otra parte, en un contexto internacional favorable a reformas de tal signo, como señala Faustin HÉLIE en su *Introduction al Traité de Droit Pénal* de Pellegrino ROSSI, 3.ª ed. (revisada por F. Hélie), T. 1, Librairie de Guillaumin et Cie., Paris, 1863, pág. VI.

b) *Moral, Derecho y pena retributiva*

El cambio de las circunstancias políticas que conlleva la progresiva consolidación del Estado liberal —y su deriva hacia el conservadurismo— provocará en la cultura jurídica un paulatino apartamiento del pensamiento ilustrado, lo que se reflejará en una nueva superposición entre Derecho y Moral, confusión tan funcional al poder establecido; en materia penal esta tendencia conduce al florecimiento del retribucionismo, especialmente a partir de las obras de Kant y Hegel, quienes justifican la pena exclusivamente en el delito cometido²⁵². Para el primero, la pena es una retribución ética, derivada de la infracción del valor moral contenido en la ley penal; para el segundo, se trata de una retribución jurídica justificada en la necesidad de restablecer el orden legal violado a través de la imposición de una pena, aunque como señala Ferrajoli, también en este caso la retribución se basa en el valor moral asociado al orden jurídico lesionado, dado que el Estado es concebido como «espíritu ético»²⁵³.

Para Kant el Derecho Penal «...es el derecho que tiene el soberano, con respecto a aquél que le está sometido, de imponerle una pena por su delito», la pena ha de imponerse al individuo «sólo *porque ha delinquido*» y la ley penal es «un imperativo categórico»; la graduación de la pena debe hacerse de acuerdo con el principio de igualdad y la ley del Talión, ya que sólo ésta «...puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo (...) todos los demás [criterios] fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen en otras consideraciones» (...) «Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos (...) Esta igualdad de las penas, que sólo es posible por la condena a muerte por parte del juez, según la estricta ley del talión, se manifiesta en el hecho de que sólo de este modo la sentencia de muerte se pronuncia sobre todos de forma proporcionada a la *maldad interna* de los criminales»²⁵⁴.

²⁵² CEREZO MIR, ob. cit., pág. 20.

²⁵³ FERRAJOLI, ob. cit., pág. 254.

²⁵⁴ KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres* (trad. de la edición de 1797 por A. Cortina Orts y J. Conill Sancho), Altaya, Barcelona, 1993, págs. 165 y ss.

c) *Pellegrino Rossi y Joaquín Francisco Pacheco*

Es esta teoría absoluta de la pena —recordándonos el kantismo una especie de «luteranismo secularizado», como gráficamente lo describe Aranguren—, la que va a introducirse en España a través de Pellegrino Rossi. Antón Oneca afirma que Rossi sustenta un sistema mixto aunque con claro predominio de la idea de justicia sobre la utilidad²⁵⁵; a nuestro juicio, la utilidad para este autor —como para los demás retribucionistas— es prácticamente tan accesoria como lo era la retribución para los utilitaristas.

Hélie vincula directamente la obra de Kant con la de Rossi; refiriéndose a la noción del Talión en Kant, señala: «...lo que él busca con el castigo no es ni la enmienda del culpable, ni el ejemplo, ni la reparación, es únicamente la expiación del mal por el mal. Esta teoría, de la que señalamos más adelante los aspectos defectuosos, ha provocado en la ciencia del derecho una especie de revolución: ha impreso a los estudios una dirección nueva y ha creado una escuela de penalistas que tiene el derecho de reivindicar, en cierto grado, M. Rossi por sí mismo» y más adelante: «La teoría de Kant, llamada teoría absoluta, porque tiene por base única a la ley moral, ha contado con numerosos seguidores (...) La acción, luego de [la obra de] estos publicistas, no será punible sino cuando su inmoralidad intrínseca reúna la condición de un derecho protegido por la sociedad. Allí se encuentra el germen de la teoría que M. Rossi ha desarrollado». Además de Kant —aunque en su línea o deudores de él— relaciona el pensamiento de Rossi a los trabajos de De Broglie, Cousin y Guizot²⁵⁶.

Rossi afirmará que «prevenir los delitos no es pues la expresión rigurosa del fin de la justicia penal. Su fin directo y esencial es restablecer el orden social atacado ó alterado por un delito en alguno de sus elementos; y esto por medio de los *efectos* reparadores y preventivos que dimanen del inmediato cumplimiento de la ley moral. ¿Se comete un delito? Ha habido violación de un deber, y el orden moral debe ser restablecido. Hay justicia absoluta en castigar»²⁵⁷. El Derecho Penal actúa la justicia absoluta pero sólo contra las violaciones del deber que trastornen de un modo sensible el orden social. De todos modos, Rossi se ubica en la corriente entonces imperante que va a volver a vincular la Moral y el Derecho, lo que —si bien en un planteo medianamente se-

²⁵⁵ ANTÓN ONECA, «Los fines de la pena...», pág. 427.

²⁵⁶ HÉLIE, *Introduction* cit., págs. XLI y XLV; en sentido similar, CEREZO MIR, ob. cit., pág. 90.

²⁵⁷ ROSSI, Pellegrino, *Tratado de Derecho Penal* (traducción de Cayetano Cortés), Tomo I, Madrid, Imprenta de José M.^a Repullés, 1839, pág. 196.

cularizado— equiparará el delito al pecado²⁵⁸, dejando atrás la paciente labor de la Ilustración²⁵⁹. En igual sentido, rechaza también el contractualismo²⁶⁰.

También Rossi combatió el utilitarismo de Beccaria²⁶¹: su base es el orden moral preexistente en todas las cosas, eterno, inmutable. Para este autor no hay división entre el orden moral y el jurídico, la justicia social es la misma justicia divina y moral, pero realizada con un fin restringido y determinado: la garantía de los elementos constitutivos del orden social; es la justicia moral, pero confiada a seres imperfectos y fallibles²⁶². En este sentido, dirá que «La justicia impuesta á las sociedades como un deber, como una ley moral, protege tambien los intereses materiales (...) Emanacion del orden moral, hácia el orden moral propende, y por recordar á los hombres los principios del orden moral, por

²⁵⁸ BACIGALUPO, ob. cit., pág. 26. Y esta referencia ontológica externa —como la llama FERRAJOLI— suficiente para la definición teórico-jurídica del delito y la justificación ético-política de su castigo, no cumple ninguna función de limitación del derecho positivo (y por ende, de la autoridad estatal, como sí lo hacía el pensamiento iluminista), por lo que avala sus contenidos y propicia su extensión a toda desviación moral o natural; en ob. cit., pág. 229.

²⁵⁹ Véase en este sentido en KANT: «...todos los criminales que han cometido el asesinato, o también los que lo han ordenado o han estado implicados en él, han de sufrir también la muerte; así lo quiere la justicia como idea del poder judicial, según leyes universales, *fundamentadas a priori*»; «...como colegislador que decreta la *ley penal*, no puedo ser la misma persona que, como súbdito, es castigada según la ley; porque como tal, es decir, como criminal, no puedo tener un voto en la legislación (*el legislador es santo*)» [los destacados son nuestros] en ob. cit., págs. 170 y 171.

²⁶⁰ En palabras de HÉLIE: «Esta doctrina, que descansa sobre una ficción histórica, ha sido derribada por la filosofía del siglo XIX, y mejor que nadie, M. Rossi ha demostrado su inexactitud. El hombre ha nacido en la sociedad y para la sociedad: está allí, como ha dicho M. de Broglie, su estado de naturaleza (...) Su organización física, sus instintos, sus necesidades, todo revela su sociabilidad natural (...) no es sino en medio de sus semejantes que él puede desarrollar su inteligencia y ejercitar los deberes que la ley moral le impone»; en ob. cit., págs. LXVII y LXVIII.

²⁶¹ Ha tenido fortuna la certera crítica de KANT al utilitarismo: «La *pena judicial (poena forensis)* (...) no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo *porque ha delinquido*; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real»; en ob. cit., pág. 166. Por otra parte, KANT había criticado duramente la oposición de BECCARIA a la pena de muerte: «...el marqués de *Beccaria*, por el sentimentalismo compasivo de un humanitarismo afectado (*compassibilitas*), ha sostenido que toda pena de muerte es *ilegal*, porque no podría estar contenida en el contrato civil originario; pues en ese caso cada uno en el pueblo hubiera tenido que estar de acuerdo en perder su vida si matara a otro (del pueblo); pero este consentimiento es imposible porque nadie puede disponer de su vida. Todo esto es sofistería y rabulismo»; en ob. cit., pág. 171.

²⁶² ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1848...», pág. 478.

darles los medios de elevarse también á la region celeste de donde trae su origen, es por lo que se manifiesta á ellos»²⁶³.

Refiriéndose a la obra de Rossi, Hélie señalará que la ley moral «se revela en el pensamiento del Hombre —por así decir— con la vida (...) Es esa ley que separa lo justo de lo injusto, que aprueba ciertas acciones y repudia otras. Independientemente de todas las cosas, ella obliga, según expresión de M. Cousin, porque es verdadera»²⁶⁴. Aquí Virto Larruscain ubicará un quiebre entre penalistas tributarios de la Ilustración como Filangieri, Romagnosi, Bexon o Carmignani, para los que el Derecho Penal surge del contrato social como defensa del bienestar de todos o como necesidad política, y autores liberales como Rossi o Carrara, para quienes el origen del Derecho Penal se encuentra en el precepto de Dios revelado al hombre por la ley natural, siendo la función penal absoluta en todos sus principios fundamentales²⁶⁵.

La utilidad para Rossi no es un principio supremo sino un motivo: una medida para el ejercicio de la justicia penal derivada de la justicia universal (moral), la que tiene como límite el mantenimiento del orden social²⁶⁶; la primera condición de la ley social es estar en armonía con la ley moral: la pena no puede ser útil sin ser justa²⁶⁷.

La medida de la pena sigue el criterio del Talión («...*le mal rétribue pour le mal, à l'auteur et en proportion de ce mal*»)²⁶⁸ y como el delito consiste en la violación de un deber y la perturbación del orden social, la pena restablece el orden moral y el orden social. La justicia social se basa en la justicia moral, absoluta, y no es sino una emanación de la justicia eterna; su fin —que en todos los casos es el mismo— no puede ser otro que el restablecimiento del orden²⁶⁹. Dirá Rossi:

«El orden en toda cosa no es sino la razón. El orden social es la razón aplicada, coactivamente si hace falta, a la coexistencia y al

263 ROSSI, *Tratado de Derecho Penal*, pág. 192 y ss.

264 HÉLIE, ob. cit., págs. LXV y LXVI.

265 VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 67.

266 ROSSI, *Traité de Droit Pénal*, T. I, pág. 148.

267 HÉLIE, ob. cit., pág. LXX; en igual sentido y con influencias hegelianas, dirá: «¿Cuál es el fin de la justicia moral? El restablecimiento del orden perturbado por un acto inmoral. ¿Cómo opera ese restablecimiento? Por la expiación de la falta. Esa expiación es la retribución en una justa proporción del mal por el mal»; en págs. LXXIII y LXXIV.

268 ROSSI, *Traité de Droit Pénal*, T. II, pág. 233.

269 HÉLIE, ob. cit., págs. LXII y LXIV.

libre desarrollo de las *igualdades humanas* (...) Estas tres ideas, derecho de igualdad o de libertad (los dos nombres bien considerados expresan la misma idea) entre hombre y hombre, justicia que le protege, Estado donde ella se realiza, son tres ideas que en todo tiempo y en todo lugar han sido desarrolladas a través de la razón y han dominado la humanidad desde que ella se ha podido conocer (...) El Estado, es decir la asociación humana y el orden, a los ojos de la razón, tiene la misma legitimidad que la tutela para los menores»²⁷⁰. «La sanción penal es el complemento de la ley. La aplicación efectiva de la pena a los culpables es el cumplimiento de la justicia social. ¿Por qué la ley penal? ¿Por qué querer que se haga justicia? Para conservar y proteger el orden social»²⁷¹.

De esta forma, la pena se autojustifica ya que tiene valor en sí misma, un valor moral correlativo al desvalor moral del delito cometido, y por ende, extrapolable al ordenamiento jurídico que representa el orden social: el atentar contra el orden social representa hacerlo contra el orden moral, con lo que la confusión entre Moral y Derecho es absoluta. Las consecuencias de esta línea de pensamiento son claras, así como su entronque con el conservadurismo²⁷².

Rossi fue profesor universitario y político activo en Italia, Ginebra y París. Además de penalista, era un teórico de la monarquía constitucional, destacando sus publicaciones en ambas materias; fue embajador del rey Luis Felipe en el Vaticano y luego jefe de gobierno del Papa Pío IX²⁷³.

Joaquín Francisco Pacheco compartía varias inquietudes de Rossi, ya que había expuesto las ideas de los doctrinarios franceses en unas lecciones de derecho político constitucional que pronunció en el Ateneo de Madrid durante 1844 y 1845; fue político, abogado, historiador, periodista y literato²⁷⁴. Militante en el partido moderado, combatió sin embargo la Constitución de 1845. En 1837 había dado unas lecciones de Derecho Penal en el Ateneo de Madrid, en las que recomendaba el *Tratado* de Rossi; en el curso de 1839 a 1840 brindó en el mismo sitio

²⁷⁰ Rossi, *Traité de Droit Pénal*, T. I, págs. 208 y 209.

²⁷¹ Rossi, *Traité de Droit Pénal*, T. II, pág. 231.

²⁷² «...el hombre es un ser social, la sociabilidad es también una ley de su naturaleza; la sociedad es para él un deber moral, y el orden es necesario para los fines de la sociedad. El hombre que intenta detener o perturbar el orden social es por consiguiente, esencialmente injusto para con sus semejantes»; Rossi, *Traité de Droit Pénal*, T. I, pág. 214.

²⁷³ ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1848...», pág. 478.

²⁷⁴ ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1848...», pág. 478.

unas conferencias que causaron sensación (editadas como *Estudios de Derecho Penal* en 1842); se iba afirmando en España una teoría moral de la pena, contra el utilitarismo de Bentham que había imperado en el pensamiento liberal anterior y en la obra legislativa de 1822. Desconocía el retribucionismo alemán en forma directa, pero lo toma de Rossi; de este modo, afirmará el principio de la retribución atemperado por la utilidad²⁷⁵:

«El principio fundamental es la justicia absoluta, que nos da el límite hasta donde la penalidad puede llegar. Pero hay otro principio que tiene papel importante, aunque no se coloque en primera línea: es la utilidad pública, la conveniencia, el bien general de la nación. La justicia ha dicho al legislador hasta dónde podía extenderse, señalando el término de sus excursiones; la conveniencia es la regla que habrá de indicarle si debe llegar hasta el máximo posible, o si debe contentarse con una parte de lo que está en su poder (...) Por nada del mundo consentimos que se legitime una pena que no es justa, pretextando que ha sido útil. Pero dentro de aquel círculo el terreno es espacioso y el papel que representa la utilidad, alto, noble y capital. (...) No puede este principio legitimar el atropello de lo justo (...) pero justifica, sí, que no se llegue en muchos casos a ese límite»²⁷⁶.

El fundamento de la facultad de castigar al hombre que ha delinquido se encuentra en el libre albedrío; los fines de la pena, para este autor, han estado sometidos a la variación histórica, y son por su orden: la expiación, la intimidación, la imposibilidad de dañar y la reforma de los criminales, siendo los dos primeros los más importantes, de los cuales no puede prescindir el legislador.

Se ha discutido sobre la figura de Pacheco si fue un autor original o un mero plagiaro de Rossi. Romero Girón²⁷⁷ y Valdés²⁷⁸ van a sostener su originalidad; expresan que si bien ambos autores pertenecen al sistema ecléctico y comparten ideas, cabe distinguir claramente entre la doctrina de la justicia absoluta de Rossi y la doctrina de la expiación de Pacheco. Sin embargo, Antón Oneca entiende que la palabra «expiación» no tiene para Pacheco el sentido de castigo purificador de los correccionalistas, sino que se identifica con la justicia absoluta; advierte

²⁷⁵ ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1848...», pág. 479 y ss.

²⁷⁶ PACHECO, Joaquín Francisco, *Estudios de Derecho Penal*, 1a. edición, Madrid, 1842; citado por ANTÓN ONECA en «El Código penal de 1848...», pág. 479.

²⁷⁷ ROMERO GIRÓN, «Pacheco y el movimiento de la legislación penal en España en el presente siglo», en *La España del siglo XIX*, Tomo III, pág. 181.

²⁷⁸ Citado por ANTÓN ONECA en «El Código penal de 1848...», pág. 481.

además, que salvo intercalaciones de temas puntuales —básicamente españoles— en la obra de este autor se recogen los pensamientos de Rossi²⁷⁹.

Dorado Montero va a ser muy crítico con este autor, cuando a sus *Lecciones* del Ateneo de Madrid las va a calificar como de «escasísimo mérito», que «no solo encerraban poca sustancia, sino que la que tenían era prestada»²⁸⁰ (por supuesto que se refería a la obra de Pellegrino Rossi); no podemos olvidar la particular influencia que sobre Dorado había ejercido el positivismo italiano, por lo que desde tal prisma habrá que evaluar sus afirmaciones.

Antón Oneca considera que las *Lecciones* de Pacheco, más allá de carecer de originalidad, tuvieron un impacto muy grande y crearon el ambiente intelectual en la ciencia penal española del que surgirá el Código de 1848²⁸¹; creemos que allí se encuentra el interés de esta breve reseña.

De lo que no puede dudarse es del significado de las ideas penales de autores como Rossi y Pacheco en el momento histórico que hicieron eclosión²⁸²; como condensa acertadamente Cuello Contreras, la teoría de la pena de estos autores recurre a argumentos metafísicos persiguiendo finalidades defensistas: «Moral y práctica a la vez debe ser la legislación, partiendo de los eternos principios de la justicia, comprobándose con los cálculos de la utilidad común. Moral, satisfaciendo las ideas; práctica, atendiendo a las necesidades materiales. De cualquier otro modo faltaría a la unidad de su destino, y dejaría una parte de la sociedad fuera de su acción, extraña a su benéfica influencia»²⁸³. De esta forma, la idea de justicia se une a la Moral instrumentalizándose para los fines de la defensa social, consolidando en el plano penal la reacción conservadora a las expectativas optimistas de la Ilustración²⁸⁴.

²⁷⁹ ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1848...», pág. 481.

²⁸⁰ DORADO MONTERO, ob. cit., pág. 136 y ss.

²⁸¹ ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1848...», pág. 481.

²⁸² Un práctico como GARCÍA GOYENA en 1843 se planteará si el fundamento y medida de las penas deberá buscarse en la utilidad pública —daño a la sociedad y necesidad de prevenir nuevos delitos— (argumento utilitarium iluminista) o en la moralidad de las propias acciones; este cuestionamiento, ¿estará motivado en la legislación histórica española o posiblemente recibiendo influencias retribucionistas?; en su *Código Criminal según las leyes y prácticas vigentes comentado y comparado con el Penal de 1822, el francés y el inglés*, Madrid, 1843, tomo I, págs. 26 y 27.

²⁸³ PACHECO, Francisco, *Estudios de Derecho Penal*, 3.^a edición, Madrid, 1868, pág. 11.

²⁸⁴ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «Libertad y resocialización. La teoría de la pena de Luis Silvela», en *Estudios penales en memoria del Prof. Agustín Fernández-Albor*, Universidade de Santiago de Compostela, 1989, págs. 219 y 220.

d) *El nuevo Código penal*

El ansiado Código penal verá la luz entonces durante la década moderada; ya habíamos visto que los progresistas habían proporcionado a través de la desamortización la base socioeconómica del nuevo régimen; los moderados, ya suficientemente aprovechados de esa coyuntura, cuando llegan al poder en 1843 suspenden la venta de bienes eclesiásticos, atrayéndose hacia sí a los nuevos propietarios deseosos de justificarse ante la Iglesia, y luego a ésta misma, tras la firma del Concordato de 1851 con el Vaticano; no sólo reafirmaban su predominio en la vida política sino que presentaban a los progresistas como los enemigos del influyente clero. En esta época surgirá también la Constitución de 1845, donde acerca del principio de la soberanía nacional no se hacía más que una vaga referencia y se establecía vigorosamente el voto censitario, consagrando un régimen oligárquico.

El 19 de agosto de 1843 es nombrada una Comisión de Códigos integrada por personalidades notables de la política, la magistratura y la abogacía. Antón Oneca consideraba que se le había encargado a Manuel Seijas Lozano la elaboración de todo el Código Penal²⁸⁵. Sin embargo, de la investigación realizada por Virto Larruscain surge que Seijas elabora el Borrador del Libro I (la Parte General) y una parte del Libro de las Faltas; forma parte asimismo de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación encargada del Código Penal y es el representante de ésta que defiende el Proyecto ante las Cortes²⁸⁶. A su vez, José María Clarós redacta los Libros II («De los delitos públicos y sus penas») y III («De los delitos contra los particulares»), y propone revisiones al Libro I redactado por Seijas, mientras que Claudio Antón de Luzuriaga prepara la redacción de algunos títulos de los Libros II y III y elabora otra parte del Libro de las Faltas; ambos eran miembros de la Sección Especial. También debe señalarse el papel de Juan Bravo Murillo, miembro de la Comisión General desde sus inicios y Presidente de la misma desde el 20 de junio de 1844²⁸⁷.

Seijas dará una explicación del Libro I a las Cortes²⁸⁸, de la que surgen datos acerca de las fuentes consultadas y de sus preocupaciones

²⁸⁵ Éste contaba con experiencia como abogado, magistrado y en su haber la obra *Teoría de las instituciones judiciales con proyectos formulados de Códigos aplicables a España*, en dos tomos (1841 y 1842 respectivamente).

²⁸⁶ VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 256.

²⁸⁷ VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 257.

²⁸⁸ VIRTO LARRUSCAIN concluye en base a la documentación que ha manejado, que seguramente SEIJAS expuso únicamente el primer libro del Anteproyecto ante las Cortes; en ob. cit., pág. 258.

principales: manifiesta que realizó un estudio de la legislación penal de todos los países europeos y de otros que le resultaron adelantados. Del relevamiento de los primeros, entiende que impera el modelo del Código francés, al que califica de «el código peor redactado, peor combinado y peor calculado»; muchos elogios dedica al Código brasileño: «considerada su parte artística, es una cosa perfecta; considerada su redacción, es el colmo de la precisión y claridad, y, considerada la penalidad, su exactitud es gradual, es geométrica (...) Sin embargo, la penalidad era tan tenue que sería imposible que ninguna nación europea pudiera regirse por él»; del Código de Nápoles dirá que lleva muchas ventajas al francés en su redacción y estructura²⁸⁹. A partir de allí manifiesta haber consultado la legislación y la jurisprudencia local y haber presentado a la Comisión «los preliminares de un Código puramente español»²⁹⁰.

La influencia del Código del Imperio del Brasil es explícita en la estructuración inicial del Anteproyecto en cuatro Libros (la segunda parte de aquel Código se titulaba «*Dos crimes públicos*» y la tercera, «*Dos crimes particulares*»); en la sesión del 11 de diciembre de 1845 los Libros II y III del Anteproyecto se refunden en el Libro II titulado «*Delitos y sus penas*»²⁹¹.

A partir de la obra de Silvela fue creencia común el papel decisivo que Pacheco habría desempeñado en la elaboración del Código, opinión que ha sido desvirtuada más contemporáneamente por Antón Oneca. Si bien Pacheco intervino en algunas cuestiones en el seno de la Comisión, su nombramiento fue tardío (de julio de 1844) y su apartamiento de la Comisión, prematuro (aparentemente motivado por su disidencia frente a la Constitución de 1845)²⁹². Antón Oneca estima que poca participación puede haber tenido en la discusión parlamentaria, por cuanto había perdido su condición de diputado y no contaba con el favor de las Cortes, da-

²⁸⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA diría que el Código del Brasil de 1830 era una copia del napolitano, como éste lo era del francés de 1810; en ob. cit., pág. 760. En sentido similar, ESCUDERO, ob. cit., pág. 911.

²⁹⁰ *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Legislatura de 1847 a 1848*, Tomo II, pág. 330; citado por ANTÓN ONECA en «El Código penal de 1848...», pág. 482 y ss.

²⁹¹ VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 258. El Código del Imperio había recibido la influencia decisiva del proyecto de Mello Freire para Portugal y del proyecto de Livingston para Louisiana, siendo traducido al francés y al español pocos años después de su sanción; en ZAFFARONI, ob. cit., pág. 545.

²⁹² PACHECO dirá que «por algún tiempo» formó parte de la comisión; en ob. cit., *Introducción*, pág. LIX.

do que, habiendo presidido el Gobierno durante algunos meses de 1847, lo había hecho con éstas cerradas²⁹³.

Para Antón Oneca es evidente que la publicación de los *Estudios* en 1842 puede haber influido en los miembros de la Comisión de Códigos nombrada en 1843; pero si se tiene en cuenta que gran parte de ellos eran jurisconsultos, formados en torno a la cultura francesa, habrían podido leer directamente la obra de Rossi (la primera edición de su *Traité de Droit Pénal* estaba fechada en 1829 y su primer traducción española es de 1839)²⁹⁴. Aparentemente Silvela se habría visto influido por la opinión ampliamente favorable a Pacheco profesada por Antonio Cánovas del Castillo (que lo consideraba su maestro), político con quien Silvela tenía afinidad. A su vez, las obras de Pacheco habían alcanzado una enorme difusión, con varias ediciones en su haber. Sin embargo sus obras penales, que tendrían un enorme predicamento al momento de verse tales opiniones, no lo tenían tanto en la época de elaboración del Código, donde el autor era más conocido por sus actividades políticas, periodísticas y literarias, a pesar de haber comenzado a difundir el sistema de Rossi.

El texto del Proyecto será elevado al Gobierno el 24 de diciembre de 1845²⁹⁵. Va a ser recién en 1847, ya consolidado el partido moderado en el poder, que se discute en las Cortes. El cambio constitucional producido en 1845 tendrá especial efecto sobre la tramitación del mismo: la vinculación del Senado a la Reina va a implicar que quede asegurada la aprobación del Proyecto por éste, estando a la vez severamente limitada la intervención del Congreso.

Y el procedimiento de aprobación tampoco fue ortodoxo: el Gobierno elevó a las Cortes un proyecto de ley el 13 de febrero de 1847 por el que: a) se autorizaba al Gobierno para la publicación del Código Penal; b) se comprometía el Gobierno a proponer a las Cortes, dentro de tres años o antes, las reformas o mejoras que entendiera debían hacerse a éste, acompañando las observaciones que anualmente deberían hacerle los tribunales; c) el Gobierno quedaba autorizado para hacer por sí cualquier reforma urgente, dando cuenta a las Cortes tan pronto como fuera posible; d) el Gobierno adoptaría las disposiciones convenientes para la ejecución de la Ley.

²⁹³ ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1848...», pág. 493.

²⁹⁴ Nos referimos a la traducción de Cayetano Cortés.

²⁹⁵ El proyecto definitivo puede considerarse redactado y aprobado el 19 de diciembre de 1845, siendo firmado por los miembros de la Comisión el 23 de diciembre; en VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 261.

Las convulsiones políticas hacen que la comisión encargada por el Senado para estudiar el proyecto recién lo informe favorablemente el 31 de enero de 1848. El procedimiento empleado —que impedía la discusión artículo por artículo²⁹⁶— más la integración del Senado por la Corona, son factores determinantes para la rápida y amplia aprobación del Proyecto el 16 de febrero de 1848.

La defensa del proyecto en el Congreso estuvo a cargo de Seijas por la Comisión de Códigos y Arrazola por el Gobierno. Entre los cuestionamientos allí vertidos merece destacar que se echó en falta el asesoramiento de las Universidades, Tribunales y Colegios de Abogados; asimismo, se criticó la aplicación de la pena de muerte para los delitos políticos, la habilitación que contenía el proyecto de ley a favor del Gobierno para modificar el Código, la rebaja a nueve años de la imputabilidad penal (cuando en las Partidas estaba fijada en 10 años y medio ó 12, según los delitos), la exactitud geométrica de la gradación de las penas (a la búsqueda de eliminar todo resabio del criticado arbitrio judicial) y las normas de ejecución carcelaria (respecto de las cuales se sostuvo iban a ser ilusorias, sin solucionar antes el tema de los establecimientos presidiales)²⁹⁷.

El Congreso dedica seis sesiones a la discusión, elevando el proyecto a la Monarca para su sanción el 17 de marzo. El 19 de marzo de 1848 se promulgó el Código, cuya vigencia comenzaría el 1 de julio; surgió en un momento particularmente convulsionado, por cuanto los vientos revolucionarios que soplaban en Europa en 1848 habían llevado a proclamar la república en Francia el 24 de febrero de ese año. Tal circunstancia habría motivado al Gobierno a solicitar a las Cortes autorización para suspender las garantías constitucionales. El 22 de marzo se suspenden las sesiones de las Cortes y se inauguran nueve meses de dictadura. Antón Oneca señala que paradójicamente el Código Penal, que venía a sustituir la terrorífica legislación del Antiguo Régimen, redundó en un aumento de la represión —en particular contra la delincuencia política— sentido que se acentuará con la reforma de 1850²⁹⁸.

²⁹⁶ En 1844 la Comisión General de Codificación había informado al Gobierno que su parecer era que los Códigos «...no pueden ser discutidos en las Cortes ya por su extensión y ya porque peligraría la unidad de pensamiento, de redacción y de orden. Menos puede discutirse en las Cámaras legisladoras uno de los Códigos aisladamente, puesto que todos deben guardar una perfecta unidad, correspondencia y armonía. Y la discusión aislada de las bases generales de los Códigos producirá inmensos, gravísimos inconvenientes»; en VIRTO LARRUSCAIN, ob. cit., pág. 263.

²⁹⁷ ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1848...», pág. 486 y ss.

²⁹⁸ ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1848...», pág. 488; CEREZO MIR, ob. cit., pág. 118.

e) *Valoración*

Se ha afirmado que aunque tienen grandes diferencias, varios preceptos de este Código se habrían inspirado en el de 1822; el nuevo Código se diferenciaría también en que fue compuesto en tiempos de mejor técnica legislativa, era más sistemático y de mejor estilo²⁹⁹.

Cambios relevantes se aprecian en cuanto a la teoría de la pena, lo que se encuentra en correlación con lo que hemos expuesto acerca de la profunda mutación que se produce en el pensamiento penal en el período comentado. Silvela ha criticado la opinión general que encontraba en el Código un perfil enteramente ecléctico; a su entender, la pena tiene en este cuerpo de leyes «un marcadísimo carácter de expiatoria, algún tanto de defensa de la sociedad, y apenas nada de correccional»³⁰⁰. Para este autor, los índices más claros de la finalidad retribucionista son, por ejemplo: la acumulación de penas en el concurso (art. 76), la existencia de penas perpetuas y de larga duración, el nombre de «aflictivas» dado a un término de la clasificación (art. 24), las circunstancias relativas a la ejecución de las penas, ordenadas según la mayor o menor intensidad del mal del castigo (art. 89 y ss.), encontrándose casi completamente ausente la finalidad correccional³⁰¹.

Antón Oneca ve en estas disposiciones un notorio retroceso, dado que el Código de 1822 establecía la rebaja de las penas para los delinquentes que se arrepintieran y enmendasen y que la *Ordenanza General de los Presidios del Reino* proclamaba en su preámbulo que se trataba de un reglamento que conciliaba «la vindicta pública y la corrección de los penados con las atenciones de humanidad y de economía»; por ello, entiende que tanto el Código de 1848 como el de 1870 constituyeron obstáculos para el progreso penitenciario³⁰². Respecto a la finalidad de la pena, este autor considera que tales normas además de a la expiación sirven a la intimidación general, a saber, las reglas relativas a la ejecución de la pena de muerte (arts. 89 a 92), la argolla³⁰³ y la degradación (siguiendo criterios sentados por Bentham). Igual sentido le asigna a la aplicación de la pena de muerte para los delitos políticos (cuando ese mismo año Francia la suprimía para esos delitos). Retribución e inti-

²⁹⁹ ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», pág. 263.

³⁰⁰ SILVELA, LUIS, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, T. II, Madrid, 1879, pág. 315 y ss.

³⁰¹ SILVELA, ob. cit., pág. 316.

³⁰² ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1848...», pág. 489.

³⁰³ Lo que ocasionará la crítica de PACHECO contra esta pena infamante, luego que el propio texto del Código (art. 23) había afirmado que no habría este tipo de penas; en ob. cit., Tomo I, págs. 306, 307, 316 y 328.

midación coincidirían con el carácter mixto del régimen político de la época de surgimiento del Código; la retribución se correspondería con el liberalismo, en cuanto la pena proporcionada al delito evita la arbitrariedad judicial e iguala a todos los responsables de idéntico delito en la misma medida sancionatoria; la prevención general negativa (intimidación) a su vez, ha sido la función predominante de la pena en los regímenes autoritarios³⁰⁴. El utilitarismo del primer tercio del siglo había sido sustituido por el retribucionismo; y la dulcificación del castigo de raigambre ilustrada daba ahora paso al rigor en la ejecución de las penas, inspirado en el ideal de la justicia absoluta³⁰⁵. Véase en este sentido el endurecimiento sustancial del castigo a los sentenciados que hubieren quebrantado sus condenas (art. 124).

Atendiendo a la Administración de Justicia, cabe destacar el fin del régimen del arbitrio judicial, que quedó determinado a partir del establecimiento de complicadas y estrictísimas reglas para individualizar las penas, que vinieron a ser denominadas como «aritmética penal»³⁰⁶. Si bien no se trataba de un sistema como el del Código Penal francés de 1791, que establecía una pena fija para cada delito, se establecía un máximo y un mínimo —tal como el Código francés de 1810— pero determinando estrictamente tales márgenes por un sistema de grados, a los cuales debía ajustarse el Tribunal en virtud de las circunstancias concurrentes³⁰⁷. Ha de haber influido en la aplicación de este sistema el desprestigio en que había caído la función judicial a causa de sus nombramientos irregulares, la amovilidad y básicamente la aplicación benévola de algunos preceptos —tal vez por su rigor draconiano—, suceso mal visto en época de gobiernos de tendencia autoritaria.

Para Jiménez de Asúa el liberalismo clásico está presente en la limitación del arbitrio judicial y la impunidad salvo previsión expresa de la proposición y la conspiración para delinquir, mientras que la influencia del moderantismo se dejará sentir en el duro castigo para los delitos contra la religión del Estado³⁰⁸. Antón Oneca lo calificará como un código autoritario liberal³⁰⁹. Cerezo Mir afirma en forma similar que se

³⁰⁴ ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1848...», pág. 491.

³⁰⁵ Se ha dicho que en este marco no tienen cabida los criterios de política criminal, ya que no hay otro fin legítimo de la pena que la realización de la justicia en base al merecimiento; en ASÚA BATARRITA, ob. cit., pág. 279.

³⁰⁶ Véanse a este respecto, por ejemplo, los artículos 66, 74, 79 y 83.

³⁰⁷ La restricción del arbitrio judicial no debe dejar de relacionarse con el cambio social respecto del cual en el Derecho del emergente Estado burgués se produce lo que CALVO GARCÍA llama una «superlegitimación de la ley», haciendo que el Juez no sea más que la «boca de la ley»; en ob. cit., pág. 77.

³⁰⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 760.

³⁰⁹ ANTÓN ONECA, *Manual*, pág. 62.

trata de un código de inspiración liberal conservadora, advirtiéndose lo primero en el establecimiento del principio de legalidad, la restricción del arbitrio judicial y la impunidad general de los actos preparatorios, y lo segundo, en el duro castigo de los delitos políticos y religiosos³¹⁰. Barbero Santos ve en él uno de los Códigos más perfectos desde el punto de vista técnico, aunque por otra parte, advierte que posee un carácter autoritario indudable³¹¹.

Esta conclusión no puede sorprender, sino que es el fiel reflejo de la política instaurada desde los sectores dominantes en la sociedad de la época; las aspiraciones del moderantismo pasaban por el mantenimiento a toda costa del *status quo* que como rentable resultado había enriquecido a la emergente alta burguesía, que se había hecho con el poder político. La libertad que se valoraba era la libertad para los negocios —estamos en el auge de la especulación, los negocios financieros, la usura— dado que las clases populares no sólo continuaban alejadas de toda participación en los asuntos públicos sino que las políticas de Estado se reducían a consolidar los beneficios de la minoría gobernante. En el marco de este Estado juez y gendarme que amparaba un régimen oligárquico —que no creía en la democracia y desconfiaba del pueblo—, no debe extrañar que la ley represiva fuese dura, ya que se aplicaría básicamente a las clases populares y a los disidentes políticos o religiosos.

VII. La reforma de 1850

El mismo año de promulgación del Código, el Gobierno hizo uso de las facultades que le brindaba la ley en que estaba contenido para introducir modificaciones al texto legal (el 21 de septiembre de 1848). Sin embargo, es en 1850 que se introducirán nuevos cambios de mayor envergadura.

La revolución en Francia de 1848, los sucesos de la *Commune* de París y el marco de la conmoción social a lo largo de Europa en tales fechas, provocaron el terror en los sectores conservadores; y véase aquí como siempre los sucesos franceses (revolucionarios, de corte renovador) tienen como inmediata influencia en España el surgimiento de una virulenta reacción para mantener el orden establecido: en 1789, en 1830 y ahora en 1848. Es así que el general Narváez —otra vez los mi-

³¹⁰ CEREZO MIR, ob. cit., pág. 116.

³¹¹ BARBERO SANTOS, ob. cit., pág. 30 y ss.; en algunos aspectos, de una crueldad ya anacrónica, dirá RIVACOBIA Y RIVACOBIA en «Un discípulo...», cit., pág. 958.

litares protagonistas de los cambios políticos, de acuerdo con el procedimiento del «pronunciamiento», dominante a lo largo del siglo XIX— asume la dictadura; y su signo está claramente delineado en el discurso pronunciado por Donoso Cortés en enero de 1849: con argumentos maniqueos, satanizando la Revolución y el socialismo, justifica el régimen de hecho: «Cuando la legalidad basta para salvar a la sociedad, la legalidad; cuando no basta, la dictadura»; se trata según él de «escoger entre la Dictadura que viene de abajo y la Dictadura que viene de arriba», «entre la dictadura del puñal y la dictadura del sable», comparando a esta última con el milagro³¹².

Se ha dicho que la historia de la codificación penal es un fiel reflejo de los vaivenes políticos vividos en España, ejemplo paradigmático de los cuales resulta esta reforma, de signo autoritario³¹³. Con el pretexto de que el texto original no había incluido la figura del desacato, se procedió a la modificación de urgencia del citado cuerpo legal. Así, se introdujo dicha figura en el art. 192 y se amplió y endureció la figura del atentado (art. 189).

La misma impronta antiliberal puede apreciarse en otras disposiciones; se extendió la punición de la proposición y la conspiración a todos los delitos (art. 4), que como vimos, en el Código de 1848 se reservaba solamente para aquellos casos que la ley lo previera expresamente, igual que en el art. 6 del Código de 1822³¹⁴. A su vez, la modificación del art. 19 suprimió el principio de legalidad de las penas.

Evidentemente, esta reforma fue de signo francamente represivo, en particular, exacerbando el rigor punitivo en torno a las agresiones a la autoridad y priorizando los intereses estatales, lo que ha llevado a Jiménez de Asúa a calificarla como marcadamente reaccionaria³¹⁵.

³¹² En ARANGUREN, ob. cit., pág. 109.

³¹³ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «Directrices político-criminales del Anteproyecto de Código Penal», en *La reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona (Santiago Mir ed.), Bellaterra, 1980, pág. 166; en igual sentido, BARBERO SANTOS, ob. cit., pág. 17.

³¹⁴ Lo que mereció duras críticas de PACHECO en sus comentarios al Código; este autor destaca la finalidad de reprimir más duramente los delitos políticos que persiguió esta reforma (circunstancia que no le debía ser ajena teniendo en cuenta su intensa actividad en ese ámbito); en ob. cit., págs. 108 a 110 y 381.

³¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 762. En sentido similar, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Observaciones sobre la parte especial del Anteproyecto de Código Penal. Delitos contra la vida y libertad y contra el patrimonio y el orden económico», en *La reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona (Santiago Mir ed.), Bellaterra, 1980, pág. 250, y BARBERO SANTOS, ob. cit., pág. 38.

Señala Antón Oneca que la reforma fue más extensa de lo que suele creerse, ya que se modificaron 90 artículos; sin embargo, encuentra en ella algunos rasgos de humanitarismo, como ser que al art. 2 (por el que se estimulaba a los Tribunales a colaborar con el Gobierno para aumentar la materia punible) se le adiciona un agregado en virtud del cual todo Tribunal podría acudir al Gobierno para llamar la atención frente a algún rigor notablemente excesivo de las penas; asimismo, la exclusión de la pena de argolla a los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los condenados a muerte, las mujeres y los mayores de 60 años³¹⁶.

En 1856 el Gobierno nombra una Comisión para estudiar posibles modificaciones al Código y en particular, informes que —solicitados por el Ministerio de Gracia y Justicia— habían producido Audiencias y Colegios de Abogados; entre éstos destacaba el elevado por el Colegio de Abogados de Madrid, publicado en 1852, y que había sido —entre otros puntos— crítico con la reforma de 1850. Esta comisión, pese al largo período de su actuación, no elabora nada significativo (tal vez debido a los vaivenes políticos del momento), salvo un proyecto de parte general de Código Penal que no tuvo andamio; cesa en sus labores en 1869 (tras la revolución de septiembre de 1868) coincidiendo con la aprobación de una nueva Constitución —de corte liberal—, acontecimiento que impulsará a su vez una nueva reforma penal, a efectos de poner de acuerdo el orden punitivo con los principios emanados de la novel Carta fundamental³¹⁷.

VIII. Algunas consideraciones finales

Si quisiera hacerse una panorámica de la evolución de la legislación penal en España entre mediados del siglo XVIII y mediados del siglo XIX, debería destacarse en primer lugar la peculiaridad de la Ilustración hispánica; la resistencia a los cambios que pretendían introducir los ilustrados desde su posición privilegiada en los cuadros del despotismo ilustrado era muy considerable, lo que debe vincularse tanto al singular poder de su Iglesia como a la ausencia de una clase social que se comprometiese con las reformas. La Guerra de la Independencia fue

³¹⁶ ANTÓN ONECA, José, «El Código penal de 1870», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXIII, fascículo II, Madrid, 1970, pág. 231.

³¹⁷ ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1870», pág. 234; TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, pág. 500.

el disparador de los cambios, cuando ya la influencia de las ideas revolucionarias se hacía sentir en el orbe; de ese fecundo movimiento quedó como testimonio la Constitución gaditana, emblemática para el movimiento liberal revolucionario continental.

Cuando se emprende la labor codificadora durante el Trienio Liberal, pudo verificarse que no significó una ruptura con el pasado, sino el resultado de un proceso en el que se iban conjugando lo viejo y lo nuevo; de esta forma, se reconocen en esta etapa conceptos del derecho histórico español junto al bagaje del pensamiento iluminista, reivindicado por el movimiento liberal. La revolución burguesa había hecho suyo este ideario en su camino al poder, como fundamento y modelo de la nueva sociedad que se pretendía alcanzar. En este sentido el Código de 1822 tiene algo de revolucionario, no porque fuera un quiebre con lo anterior, sino porque recoge —incorpora— el pensamiento ilustrado en el momento en que se busca realizar profundos cambios en la sociedad. En él se destaca la especial influencia de la obra de Bentham, autor inclasificable situado entre dos épocas, culminación de la Ilustración en algún sentido, vanguardia del liberalismo en otro.

Y no hay ruptura, ya que si bien la Ilustración aportó humanización y secularización al castigo, no por ello dejaron de sancionarse duramente los delitos contra la religión. La pena del Antiguo Régimen perdió crueldad y dureza merced al pensamiento iluminista, pero su ejemplaridad intimidante fue adoptada por el utilitarismo de los nuevos tiempos como finalidad primordial; las penas corporales —consideradas manifestación de barbarie— ceden su lugar a las nuevas técnicas del encierro.

El quiebre tal vez deba situarse en el Código de 1848. España ya tiene una burguesía que se ha hecho con el poder, y a través del moderantismo edifica un nuevo Estado de acuerdo con sus intereses; se ha consolidado un nuevo concepto de propiedad, que está en la base de los cambios. En ese marco se produce el alejamiento del Iluminismo y la deriva hacia posturas conservadoras, ya que no se trata ahora de reivindicar cambios sino de consolidar conquistas. De ello resulta sintomático en el plano penal la crisis en que entra la separación entre Derecho y Moral, que se había desarrollado desde el siglo XVII, pasando por los ilustrados del siglo XVIII hasta su culminación con el iuspositivismo benthamiano; no puede extrañar entonces el auge que adquiere en este momento histórico el retribucionismo, de la mano del idealismo alemán.

La utilidad dejará el lugar a la justicia absoluta del retribucionismo, primando notoriamente esta última en las llamadas concepciones eclécticas de la pena. Delito y pecado se aproximan, aunque el sustrato

ya no sea lo divino sino lo estatal. Los crímenes de lesa majestad habían sido sustituidos por los crímenes políticos, aunque ya no se buscaba la vindicta pública, sino el aseguramiento del orden, el valor más elevado de la nueva sociedad. La reforma de 1850 no hace sino profundizar este perfil, introduciendo cambios de mero signo represivo tendentes a detener cualquier posible intentona revolucionaria.

El proceso legislativo penal en España durante la primera mitad del siglo XIX revela entonces el pronunciado cambio correlativo al momento político y al nuevo modelo de Estado que surge en Occidente: del pensamiento ilustrado —luego enarbolado por la revolución— que a través del contractualismo pretendía derrumbar las bases del Antiguo Régimen, orientado a la defensa de los derechos de los ciudadanos y a la creación de límites al poder estatal, se pasa al pensamiento liberal conservador que sigue a la progresiva consolidación del Estado burgués, tendente a la defensa del nuevo orden económico y social frente a cualquier posible amenaza, especialmente de las nuevas capas revolucionarias de la sociedad. Por eso no debe llamar la atención que los penalistas influyentes en este período —Rossi, Pacheco, por sólo nombrar algunos— repudien el contractualismo y hablen de la sociedad como «estado natural» del Hombre; el contrato representaba un límite externo al orden estatal que estos autores pretenden reafirmar.

En este proceso ya se había obtenido una aspiración cara al sentir burgués: la sistematización del Derecho a través de la codificación y la casi total supresión del arbitrio judicial, propiciaban la tan ansiada seguridad jurídica, otro pilar en la edificación del nuevo Estado.

Desde esta perspectiva, la codificación penal española aparece diáfana en su coyuntura, y la cesura entre el Código de 1822 y el de 1848 puede ser comprendida cabalmente; por añadidura, la teoría de la pena que subyace en cada uno de estos cuerpos legislativos —utilitarismo, retribucionismo— responde a distintos modelos, no sólo jurídico-penales sino también acerca de la sociedad y el Estado. Es que, indudablemente, unos y otros se encuentran íntimamente vinculados y son inescindibles del conflicto social al que responde su surgimiento.