

El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco

JOSE ANTON ONECA

Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Madrid

El centenario del fallecimiento de don Joaquín F. Pacheco es ocasión oportuna para tratar del Código penal de 1848, uno de nuestros cuerpos legales más importantes del siglo XIX, el cual en la fama pública va unido al nombre de aquél. Lo merece, sin duda, por haber preparado el ambiente doctrinal y, sobre todo, por haber comentado con éxito el Código, contribuyendo también a la redacción, aunque no en forma tan decisiva como se ha supuesto.

1. *Del Código de 1822 al de 1848.*—La violenta reacción contra el régimen constitucional de 1820 a 1823 produjo no solamente la anulación del Código de 1822 (véase mi artículo "Historia del Código penal de 1822" en el número anterior de esta revista), sino el abandono por de pronto de los propósitos codificadores enunciados en el Decreto de 1819. Igualmente se renunció al espíritu mitigador propio del despotismo ilustrado, que en España, como en otros países, se había manifestado desde el último tercio del siglo XVIII (1). Más adelante, en los años finales del reinado de Fernando VII, se impone, dentro del absolutismo, una tendencia moderada (2) continuadora, hasta cierto punto, de las manifestaciones atenuadoras de la represión y favorables al legalismo características de la Ilustración. Como signo de tal inclinación puede citarse el Decreto de 1829 ordenando de nuevo la formación de un Código criminal, y también —aunque su humanita-

(1) Un R. D. de 19 de marzo de 1831 (*Decretos del Rey nuestro Señor D. Fernando VII*, t. XVI, 1832, págs. 132, 133) recuerda lo mandado por la pragmática de Felipe V en 1734, que castigaba con la pena de muerte el hurto cometido por mayor de 17 años en la corte y cinco leguas de su rastro y distrito. Una R. O. de 29 de enero de 1828 hacía responsables a las autoridades de los pueblos por los robos cometidos en sus respectivos distritos; medida de responsabilidad objetiva y sabor netamente medieval (*Decretos del Rey*, etc. t. XIII). El Decreto se refiere a robos de valijas de la correspondencia; pero ORTIZ DE ZÚÑIGA (*El libro de Alcaldes y Ayuntamientos*), t. I, Granada, pág. 52) da a la disposición interpretación más amplia, extendiéndola a "todos los robos y excesos", castigo en verdad severo y que la Autoridad de la provincia a quien compete imponerlo en muy contados casos podría aplicarlo con justicia".

(2) En este sentido véanse: MARQUÉS DE LEMA, *Calomarde, discurso leído en la R. Academia de la Historia*, Madrid, 1916; SUÁREZ, *La crisis política del antiguo régimen en España*, Madrid, 1950.

rismo sea mezquino y, desde un punto de vista moderno, grotesco— el Decreto de 28 de abril de 1832, por el cual, con motivo del cumpleaños de la reina, se disponía en todos los dominios reales la abolición de la horca, pena que tenía la consideración de infamante y era ahora sustituida por la de garrote en una de sus tres especies: ordinario, noble y vil. El Decreto de 1829, ordenando la formación de un Código criminal, recuerda al de 1819, no sólo al mencionarlo, sino también por sus argumentos. Pero hay una diferencia de tono: el de 1819 hacía pronunciadas concesiones al pietismo iluminista, mientras el de 1829, cargando el acento sobre “la falta de orden, conexión y unidad de la masa del sistema legal”, contiene una vaga alusión a “los principios de justicia universal” y “a las garantías que se deben a la inocencia y seguridad de las personas”. Y no hay ya la invocación al asesoramiento de las Universidades que había en el primero.

Se encargó de redactar el proyecto a una Comisión formada por tres magistrados de la Cámara de Castilla con el secretario letrado don Pedro Sáinz de Andino. En 7 de mayo de 1830 la Comisión entregó su trabajo al Gobierno, manifestando al mismo tiempo que sería conveniente someterlo a una revisión más detenida. La cual, encomendada a Sáinz de Andino, dio lugar al proyecto de este nombre, no aceptado por la Comisión (3). Después de varias vicisitudes, un proyecto más conciso se presentó a las Cortes de 1834, pero no llegó a discutirse. Tan divergentes son las opiniones sobre el mismo que suscitan la duda de si están influidas por la posición política del crítico o se refieren a versiones distintas (4). En el año 1836 se restableció la vigencia de la Constitución de 1812. En su virtud, era necesario dar cumplimiento a su artículo 258 que ordenaba unos mismos Códigos para toda la Monarquía. Y como bajo la vigencia de la Constitución de 1812 se promulgó el Código de 1822, se pensó restaurar éste, pero con reformas. De ellas se encargó una Comisión que, según parece, excedió su cometido e hizo un proyecto nuevo. A éste se debe referir Pacheco cuando alude al de 1839 ó 1840, que no llegó nunca a publicarse ni a presentarse a las Cortes. Tenía buena fama,

(3) Alusión al Proyecto de Sáinz de Andino hizo ROMERO GIRÓN en *Pacheco y el movimiento de la legislación penal en España en el presente siglo*; conferencia publicada en “La España del siglo XIX”, t. III, pág. 177; GONZÁLEZ MIRANDA (*Historia de la codificación penal en España*, Madrid, 1907) encontró un ejemplar en la Biblioteca del Ministerio de Justicia. Posteriormente, Rafael CASTEJÓN CALDERÓN (*El Proyecto Sáinz Andino de Código criminal de 1830*, en “Revista de Legislación y Jurisprudencia”, 1943) lo ha estudiado en la Universidad de Sevilla, mereciéndole un juicio favorable. Otro ejemplar manuscrito, como los anteriores, se guarda en la Universidad de Santiago.

(4) En la continuación de la *Historia del Derecho*, de SEMPERE, se señalan en él “doctrinas extremadas”, sorprendentes en un “partido que afectaba huir de las reformas”, añadiéndose que “los sistemas de Beccaria y Filangieri rebosan en él por todas partes”. Se le reprocha, pues, su modernismo. En contra, Pacheco lo tacha de retrógrado: “trabajado por el Gobierno absoluto y para el Gobierno absoluto, conoció bien su origen y su objeto; era mejor que lo antiguo, pero nada moderno hemos visto tan incompleto y tan defectuoso”. *El Código penal concordado y comentado*, I, pág. LIX.

al decir de Pacheco, aunque le reprocha su extraordinaria concisión.

Tras la serie de intentos fracasados, se inició, por fin, en 1843 la elaboración del que iba a ser el Código de 1848. De modo que hasta la mitad de la centuria pasada estuvo vigente la Novísima Recopilación con los Fueros y Las Partidas de fuentes supletorias; las últimas preferidas por los tribunales. Todo ello moderado por el arbitrio judicial, sometido a los cambios de presión social y política propios de una época accidentada.

Tal estado, en cuanto al derecho criminal se refiere, es expuesto con sistema y conocimiento de la práctica —que hace el libro particularmente interesante— por García Goyena, para no citar más que la obra mejor de los prácticos tardíos (5). Una apreciación de conjunto —en parte acertada y en parte exagerada— encontramos en un famoso párrafo de Pacheco (6) sobre los absurdos y crueldades, procedentes de hacía seis siglos, que habían llegado hasta el del autor. Saldaña (7) y Amor Neveiro (8) han atacado la siniestra descripción, y Cuello la ha defendido parcialmente con datos y conjeturas sólidamente asentados (9).

Del párrafo de Pacheco ha sublevado el tono, pero en realidad dice menos de lo que parece. En primer término se refiere a las instituciones antiguas para afirmar su vigencia, no obstante su vejez, lo cual es indudable (10). Reconoce el efecto mitigador que en la práctica tenía el arbitrio judicial. “ese singular dogma de nuestras modernas leyes criminales”, sin perjuicio de consignar la aplicación en algunos casos de rigores legales. ¿Era ésto imaginario? Que la pena de muerte se aplicaba al hurto realizado en Madrid, resulta del citado Decreto de 1831. La tortura estaba, en efecto, desterrada por el uso antes de su abolición legal (11) por las Cortes de 1812 y por Fernando VII en 1817; pero de su empleo a fines del siglo XVIII tenemos testimonio (12). Nada de extraño tiene que Pacheco, nacido en 1808, viera, como dice que han visto todos, aplicar (probablemente al

(5) GARCÍA GOYENA, *Código criminal español según las leyes y práctica vigentes, comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, 2 vols., Madrid, 1843.

(6) PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, I, Madrid, 1848, pág. XLVIII.

(7) SALDAÑA, *Adiciones al Tratado de Derecho penal* de Liszt, I, páginas 284 y s.

(8) AMOR NEVEIRO, *Bibliografía de Estudios Penales*, Madrid, 1909, páginas 9 y ss.

(9) CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, 2.ª ed., I, Barcelona, 1929, págs. 106 y 107.

(10) Saldaña supone que los azotes habían sido suprimidos por Carlos I y Felipe II. Lo cierto es que estos monarcas, en sus pragmáticas de 1530 a 1566, ordenaron la sustitución de las penas corporales por la de galeras, pero no se hacía conmutación “si los delitos fueren tan graves y cualificados que convenga a la República y a la satisfacción de las partes no diferir la ejecución”. Y la literatura de la época nos ofrece ejemplos bien conocidos de aplicación de los azotes y la vergüenza pública previa al envío a las galeras.

(11) GARCÍA GOYENA, ob. cit., I, pág. 11.

anularse la Constitución de Cádiz, que la había suprimido) la pena de azotes, cuando Lardizabal, unos años antes, se contentaba con limitarla y protestar de que sacaran a las mujeres a la vergüenza pública desnudas de medio cuerpo arriba, con los pechos descubiertos, “lo que ciertamente ofende a la modestia” (13) y, según Gutiérrez, “se impone no raras veces entre nosotros a personas del ínfimo pueblo” (14).

Hasta aquí damos el discutido fragmento como cierto o muy verosímil, pero luego Pacheco, impenitente orador, necesita redondear el párrafo, y ningún final de mayor espectáculo podía ofrecer que las hogueras de la Inquisición. La verdad es que hacía mucho tiempo que no se encendía para quemar, por lo menos vivos, a judaizantes y hechiceros, haciéndose costumbre dar garrote a los reos y quemar después los cadáveres (15). Sin embargo, es cierto que al suprimirse la jurisdicción especial del Tribunal de la Inquisición se restableció la ley de Partida sancionadora de la herejía, y Menéndez Pelayo nos cuenta dos ejecuciones por este delito, empleándose la horca, no el fuego (16).

En resumen, estaban en vigor normas rigurosas, supervivientes de edades más rudas; ordinariamente su vigencia formal se ahogaba en la atmósfera de la Ilustración, respirada por los juzgadores, mas, en ocasiones, cuando se ponían al rojo las exigencias de ejemplaridad, funcionaban de nuevo las enmohecidas y severísimas disposiciones del pasado. Que en tiempo de mayor bonanza, precedente inmediato del año 48, se habían ya desterrado, por lo general, las viejas crueldades lo prueba el mismo texto comentado al referir las más próximas a una década anterior, y la declaración de algún abogado que, más tarde, bajo el legalismo de los Códigos, añoraba el arbitrio judicial (17).

De los sesenta años fracasados en el campo de la codificación penal nos indemnizan los logros en materia penitenciaria. En las Ordenanzas de presidios arsenales de 20 de marzo de 1804 cree ver Salillas las determinantes del sistema progresivo (18). En el Reglamento de 1805 para el presidio de Cádiz, dirigido por el entonces teniente co-

(12) MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, I, Madrid, 1828, páginas 281 y ss.: “Creemos que en la actualidad—dice este autor—pocos jueces y rarísima vez echarán mano del tormento.”

(13) LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, cap. V, § 3, n. 11.

(14) MARCOS GUTIÉRREZ, *Discurso sobre los delitos y las penas* (publicado en el tomo III de la *Práctica criminal de España*, Madrid), 5.ª ed., 1828, página 119.

(15) MONTES, *El crimen de herejía*, Madrid, 1919, pág. 37.

(16) MENÉNDEZ PELAYO, *Historia de los heterodoxos españoles*, t. VI, Madrid, 1948, págs. 143, 4.

(17) GONÁLEZ SERRANO, Prólogo al *Apéndice a los Comentarios al Código de D. Joaquín F. Pacheco*, 5.ª ed., Madrid, 1888, pág. 22.

(18) SALILLAS, *Prioridad de España en las determinantes del sistema progresivo y penetración de las ideas correccionales en nuestro país a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX*, Madrid, 1913.—Id., *Evolución penitenciaria en España*, II, págs. 225 y ss.

ronel Abadía, encuentra el mismo ilustre criminólogo un sistema penitenciario, a imitación del cual se intentó crear otros presidios correccionales y hacer una organización general de los establecimientos existentes por medio del Reglamento de 1807. La misma inspiración, debida, al parecer, a Abadía, anima después la Ordenanza General de los Presidios del Reino, dada el 14 de abril de 1834 y vigente durante tres cuartos de siglo. Ya que no un Código penal, se logró crear un Código penitenciario, del cual dice Cadalso: “es lo más meditado, lo mejor entendido, la 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” (19). Y Salillas: “es un Código penitenciario y verdaderamente admirable. Lo es por su contenido y lo es también por su eficacia en una obra reputada por Spencer (en la *Ética de las prisiones*) como la más grande experiencia penitenciaria del siglo XIX”, aludiendo así al coronel Montesinos (20) y a su actuación en el presidio de Valencia, donde implantó un tratamiento correccional progresivo, anticipo del moderno sentido de la pena. Cuando se trató de generalizarlo a otros establecimientos, el fracaso fue la consecuencia de no ser comunicables a los demás directores de las prisiones las excepcionales aptitudes de Montesinos. Aparte de ello, el Código de 1848, con sus tendencias retributiva, igualitaria y del más riguroso legalismo, llevadas a los preceptos de ejecución de las penas privativas de libertad, ostaculó radicalmente aquel excepcional progreso penitenciario.

2. *Rossi y Pacheco*.—Los penalistas de fines del siglo XVIII y principios del XIX —Beccaria, Filangieri, Romagnosi, Bentham, Feuerbach— justificaban la pena por la necesidad, orientándola preferentemente a la prevención general. En Alemania florece a partir de Kant la teoría absoluta, que ve la esencia de la pena en ser retribución del delito. Pellegrino Rossi, italiano naturalizado en Francia, creó un sistema mixto con claro predominio de la justicia sobre la utilidad.

Rossi combatió el utilitarismo de Beccaria, cuyo libro había sido “arma apta para destruir, no base para edificar (21) La base, para Rossi, es el orden moral preexistente en todas las cosas, eterno, inmutable; esta proposición es una verdad primitiva, escrita en la conciencia del género humano, y que la reflexión desenvuelve. No hay división entre el orden moral y el jurídico (22): la justicia social es la misma justicia divina y moral, “pero realizada con un fin restringido y determinado: la garantía de los elementos constitutivos

(19) CADALSO, *Diccionario de legislación penal, procesal y de prisiones*, III, pág. 163.—Véanse sobre las normas de la Ordenanza y modificaciones posteriores: CASTEJÓN, *Legislación penitenciaria española*, Madrid, 1914.

(20) Sobre Montesinos, véase el número extraordinario a él dedicado por la “Revista de Estudios penitenciarios”, año XVIII, n. 199 (1962).

(21) ROSSI, *Traité de droit pénal*, París, 1829, lib. I, cap. IX.

(22) Por esta afirmación ha merecido las adhesiones de los idealistas italianos el modo de Gentile. Véase: SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, parte primera, Roma, 1925, págs. 130 y ss.

del orden social; es la justicia moral, pero ejercitada concurrentemente con otros medios de garantía, y sólo en cuanto estos medios son por sí solos insuficientes; es la justicia moral, pero confinada a seres imperfectos y falibles" (23).

Pellegrino Rossi fue profesor universitario y político militante en Italia, Ginebra y París. En Francia formó parte del grupo de los doctrinarios, teóricos de la monarquía constitucional. Escribió un Curso de derecho constitucional (24) y un Tratado de derecho penal (25), en el cual relacionó sus ideales políticos con la perfección del derecho punitivo. A la caída de Luis Felipe, era Rossi su embajador en el Vaticano y pasó a servir al Pontífice Pío IX. Jefe de su Gobierno, fue asesinado en Roma (1848) por los exaltados, que encontraban su liberalismo demasiado moderado. Sus cambios de ciudadanía fueron a impulsos de las convulsiones políticas que lo empujaron varias veces al ostracismo; pero hay constancia en su pensamiento político que trató de implantar en diversos países. Por lo cual, este campeón de la unidad italiana, a la que dedicó sus primeros y más fervientes afanes, ha podido ser llamado "gran europeo" en estos tiempos en que se tiende a la unidad de Europa (26).

Pacheco debió sentirse alma gemela a Rossi por su afición al eclecticismo y por su cultivo a la vez del derecho penal y el constitucional. Hombre muy del siglo XIX, fue político, abogado, orador, historiador, periodista, literato y jurista teórico. En la continuación de la *Historia de España* de Lafuente por don Juan Valera, se lee sobre tan representativa figura: "Era Pacheco hábil jurisconsulto y muy diestro orador. Si bien carecía de lirismo poético y de raptos apasionados, y si bien su lenguaje se resentía más de lo justo de la constante lectura de libros franceses, su estilo terso y claro estaba dotado de una apacible fluidez que lo hacía agradabilísimo. Rara vez en sus discursos y escritos hay novedad y hondura de pensamiento, pero los que él tiene o toma de otros autores salen expresados de sus labios o de su pluma con limpia nitidez y con cierto orden que da a cuanto Pacheco decía o escribía muy magistral solemnidad. Por esto, sin duda, le llamaron "el pontífice". Tal vez le llamaron así porque su condición y carácter eran más propios para fundar secta o escuela que para fundar partido". "En cuanto a su significación política, a pesar de ser muy liberal en sus ideas, era tan amante del orden y de la autoridad que todo lo podía ser menos revolucionario" (27).

Cánovas del Castillo, al rememorar los profesores que habían pasado por la tribuna ateneísta, hace el elogio completo, extenso y entusiasta de Pacheco. Dice de su capacidad intelectual: "poseyó el

(23) ROSSI, *Tratado de derecho penal*, trad. esp., Madrid, 1839, lib. I, cap. XII.

(24) ROSSI, *Cours de droit constitutionnel professé à l'Université de Paris*, 4 volúmenes.

(25) *Traité de droit pénal*, París, 1829.

(26) GRAVEN, *Pellegrino Rossi, Grand européen*, Ginebra, 1949.

(27) LAFUENTE, *Historia de España*, t. 23, Barcelona, 1890, pág. 31.

mayor talento de jurisconsulto que haya logrado España en este siglo; igual tal vez a los más célebres de otras veces"; "daba solamente valor a los hechos vivos y eficaces, y éstos eran los que se complacía en iluminar con la prodigiosa lámpara de su razón" (28). Admira también su elocuencia: "nadie en este mundo hubiera merecido más el título de orador"... "no he conocido hombre tan poderoso en la tribuna". "La estructura de sus discursos era perfecta, elegantísimo el estilo, la frase fluida y correcta; sonora sin exceso, clara y simpática su voz. Lo que por raro, entre los oradores espontáneos como él, resplandecía más en su discurso, era, sin embargo, el método" (29). Hoy encontramos en la prosa de Pacheco cierta ganga retórica, inevitable quizá en aquellos tiempos; pero Cánovas lo compara con Alcalá Galiano y Donoso Cortés, prefiriendo a la grandilocuencia de éstos la oratoria de cátedra de Pacheco.

Es ejemplar la gratitud de Cánovas para quien proclama ser "uno de sus principales maestros, cosa que nadie, que me trate de antiguo, ignorará". Pacheco había expuesto las ideas de los doctrinarios franceses en sus *Lecciones de derecho político* (30). Fiel a su liberalismo doctrinario y militante en el partido moderado, combate la Constitución de 1845 y levanta bandera formando el grupo disidente de los puritanos, que los llamaron así por defender la pureza de los principios constitucionales. Cánovas hizo en él sus primeras armas políticas, siendo redactor primero y director luego del órgano periodístico del mismo, y, cuando, en el *Discurso* que estamos citando, comenta las *Lecciones* de Pacheco, se complace en la coincidencia a que llega, aunque por camino en parte distinto, con la teoría de la soberanía formulada por el maestro.

Como penalista, se había manifestado Pacheco en varios artículos publicados en el "Boletín de Jurisprudencia y Legislación" (31). En 1837 había dado unas lecciones en el Ateneo de Madrid, no publicadas, en las que recomendaba el *Traité de droit pénal* de Rossi, muy encarecidamente (Cánovas, *Discurso*, pág. 33). En 1839 se tradujo al castellano por Cayetano Cortés. Y en el curso de 1839 a 1840 dio Pacheco en el Ateneo unas conferencias (32) que causaron sensa-

(28) CÁNOVAS, *Discurso leído el 31 de enero de 1884 en el Ateneo de Madrid, con motivo de la apertura de curso*, págs. 31 y ss.

(29) *Discurso* cit., pág. 33.

(30) *Lecciones de derecho político constitucional pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1844 y 1845*, t. I, Madrid, 1945.

(31) En el tomo III hay una serie de artículos de Pacheco sobre legislación penal y especialmente sobre la pena de muerte, que defiende para contados casos, así como su supresión para los delitos políticos. No tiene reparo en confesar que ha tomado gran parte del artículo de GUIZOT (*Traité de la peine de mort en matière politique*, París, 1822). También trató en el "Boletín" de las pruebas, especialmente del tormento.

(32) PACHECO, *Estudios de derecho penal*, 1.ª edición, Madrid, 1842; 5.ª ed., Madrid, 1887.

ción (33). El éxito debió de ser tanto por la brillantez de la forma como por la novedad de la doctrina para gran parte de los auditores, ya que antes había reinado el utilitarismo de Bentham, frente al cual se erguía ahora una teoría moral.

Rechaza Pacheco en sus Lecciones los sistemas de la convención, de la defensa y de la utilidad, “únicos que ha creado la filosofía” (dice el orador por desconocer la alemana, donde se mantenía la retribución moral de Kant y la jurídica en Hegel), y acepta, como Rossi, el principio de la retribución moderado por la utilidad. “Mal por mal —dice—, es la relación necesaria que no nos es dado romper con las fuerzas de nuestro entendimiento. Mal por mal es la ley cuya realización nos satisface, cuya falta nos deja un vacío, una expectación que no llenamos nunca. Mal por mal es la ley que nos domina, y que domina tan completamente aún el propio interés, como nos lo demuestra el hecho del remordimiento, hecho grave y capital de la conciencia humana, hecho que es la suprema comprobación de la regla moral que dejamos establecida (34). 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 (35)... 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” (36). “No puede este principio legitimar el atropello de lo justo... pero justifica, sí, que no se llegue en muchos casos a ese límite”. Y cita como ejemplos el delito del duelo y los crímenes políticos, respecto de los cuales deben moderarse los castigos por circunstancias que se derivan del estado de la sociedad (37).

Aparte de la razón de penar, trata de los fines de la pena, que, según Pacheco, han estado sometidos a constantes variaciones históricas. Estos fines son: primero, la expiación; segundo, la intimidación; tercero, la imposibilidad de dañar; y, cuarto, la reforma de los criminales; de los cuales los dos primeros son los más graves e importantes, de los que no puede prescindir el legislador (38) (39).

(33) VIDA (Fernando), *La ciencia penal y la escuela positiva italiana*, discurso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1890.

(34) PACHECO, *Estudios*, págs. 64 y 65.

(35) *Idem.*, ob. cit., págs. 242 y ss.

(36) *Ob. cit.*, págs. 243 y 244.

(37) *Ob. cit.*, pág. 243.

(38) *Ob. cit.*, págs. 245 y ss.

(39) Romero Girón califica de “colosal” la figura de Rossi y no menos ilustre la del insigne Pacheco, considerando error tener al español por plagiario del italiano, y llega a sostener que, fuera de algunas relaciones referentes a la corriente general de las ideas, no hay ninguna paridad de opiniones ni de ideas

Las Lecciones de Pacheco combatiendo, como había hecho Rossi en Francia, el utilitarismo y defendiendo en su lugar un fundamento moral, crearon el ambiente de la ciencia penal española en el segundo tercio del siglo, que cristalizó en el Código de 1848; si bien éste, como vamos a ver, conserva importantes huellas del utilitarismo anterior.

3. *Formación del Código.*—Pacheco nos informa del momento político conciliador en que se iniciaron los trabajos preparatorios. Derribada la regencia de Espartero, se constituyó un Gobierno presidido por don Joaquín María López, del que formaron parte moderados y progresistas (40). Este Gobierno nombró una Comisión de Códigos en 19 de agosto de 1843, presidida por don Manuel Cortina, el más famoso abogado de la época, e integrada por 17 eminencias de la política, de la magistratura y la abogacía (41). La reunión de tantos notables, el sueldo de 60.000 reales anuales que les fue asignado (42) y la asistencia del Presidente del Consejo de Ministros —que era a la vez ministro de Gracia y Justicia— en los primeros momentos, demuestra la importancia concedida al nuevo organismo, del cual se esperaba la preparación de los Códigos penal, civil y de

entre Rossi y Pacheco. Uno y otro pertenecen al sistema ecléctico; los dos compen-
 sanean el principio fundamental científico que les sirve de base, con el principio
 de la conveniencia social. Pero entre la doctrina de la justicia absoluta que
 sostiene Rossi, idea grandemente abstracta, vaga y nebulosa, y la doctrina de
 la expiación que sostiene Pacheco, la separación es evidente. En análogo sentido
 se pronuncia Valdés. Véase ROMERO GIRÓN, *Pacheco y el movimiento de
 la legislación penal en España en el presente siglo*, en “La España del siglo
 XIX”, t. III, pág. 181; VALDÉS, *Joaquín Francisco Pacheco*, en “Jurisconsultos
 españoles”, t. I, 1911.—Creo que la palabra expiación empleada por el pena-
 lista ecijano no tiene la significación de castigo purificador, como en los correc-
 cionalistas, sino que se identifica con la justicia absoluta. Comparando las Leccio-
 nes comentadas y el Tratado de Rossi, se advierte cómo en aquéllas son acep-
 tados los pensamientos del segundo, salvo intercalaciones originales sobre algu-
 nos temas, como delitos políticos, duelo, tortura, y las consideraciones críticas
 sobre las leyes penales españolas vigentes en 1840, que son las más interesantes
 para nosotros.

Opinión radicalmente opuesta a las anteriores de Romero y Valdés, era la
 de DORADO MONTERO (*De Criminología y Penología*, Madrid, 1906, pág. 137).
 quien alude a aquellas “Lecciones tan decantadas por los que, a causa de su
 ignorancia, no estaban en disposición de apreciar su escafísimo mérito”; al
 “tono retórico y campanudo” a que “no solamente encerraban poca sustancia,
 sino que la que tenían era prestada”. Dorado juzga desde su tiempo y sistema,
 no reparando que Pacheco había divulgado en nuestro país una teoría clásica,
 al modo que otros penalistas se preocuparon de importar a nuestro suelo las de
 la escuela positiva italiana a fines de siglo; uno de ellos, Dorado, si bien éste
 con más originalidad y menos realismo.

(40) PACHECO, *El Código penal*, II, pág. LX.

(41) En el Decreto aparecen algunos nombres que no figuran en las actas
 de la Comisión, donde se encuentran otros que debieron entrar en sustitución
 de los anteriores. La lista dada por Pacheco concuerda con los participantes en
 los debates: Bravo Murillo, Antón de Luzuriaga, García Goyena, Castro Orozco
 (Francisco), Seijas Lozano, Pérez Hernández, Madoz, García Gallardo, Ruiz
 de la Vega, Peña Aguayo, Vila, Vizmanos, Alvarez (Cirilo), Ortiz de Zúñiga,
 Castro Orozco (José), Claros, Pacheco.

(42) Varios renunciaron al sueldo, quizá a causa de incompatibilidades.

procedimientos. Hubo después en la Comisión alteraciones, influidas algunas por los vaivenes de la política: así, el progresista Cortina fue sustituido por el moderado Bravo Murillo, probablemente al cesar la armonía entre los dos partidos, y el apartamiento de Pacheco es verosímil derivara de su disidencia puritana frente a la Constitución de 1845.

Pacheco dice que en la Comisión hubo un debate digno de ella, “como se comprenderá echando la vista sobre los nombres de los componentes”. “Pero es una desgracia —añade— que semejantes discusiones no se hayan recogido o se hayan recogido mal; culpables fueron los taquígrafos, que las tomaron sin escrupulosidad, y los miembros de la Comisión, que no corrigieron sus opiniones”. Más lamentable, es, a mi juicio, que los comentaristas del Código, que habían tomado parte en aquellos trabajos preparatorios, no nos hayan informado debidamente de ellos, enfrascándose, en cambio, en inútiles excursiones iniciales sobre la historia universal de la penalidad.

Sin embargo, de esas actas imperfectas e incompletas, de alguna alusión imprecisa en los comentaristas y, sobre todo, de los Diarios de Sesiones de las Cortes, se pueden obtener ciertos datos y montar sobre ellos conjeturas, en espera de estudio más detenido. No me permiten hacerlo ahora mis escasas aptitudes de historiador y la urgencia con que redacto este artículo (43).

La Comisión de Códigos —según explicó Seijas en el Congreso (44)— se dividió en Secciones, y cada una de ellas se encargó de un Código; para la formación de éstos cada Sección presentó las bases de su respectivo proyecto a la Comisión general, y en ella se discutieron y aprobaron. Por el presidente Cortina se encargó a don Manuel Seijas Lozano de redactar el penal. Transcribo las manifestaciones de éste, no solamente como reparación del olvido en que se le ha tenido, sino también por reflejarse en ellas las fuentes extranjeras utilizadas y algunas preocupaciones del redactor que resplandecen en el texto del Código. “Yo tuve, dijo Seijas, la desgracia, por un error del señor Cortina, de que se me hubiera encargado de la redacción del Código penal. No porque el tal, como se presenta, sea obra mía, pero al recibir el encargo hice lo que hubiera hecho cualquiera otra persona a quien se hubiera encomendado. Lo primero que hice es estudiar *ad hoc* la legislación penal de todos los países europeos y de otros pueblos en que también se ha adelantado. Este estudio me reveló una verdad, y es que la Europa, puede decirse, no se rige más que por el Código francés...; el Código peor redactado, peor combinado y peor calculado... El Brasil se dio un Código penal que, considerada su parte artística, es una cosa perfecta; considerada su redacción, es el

(43) Testimonio mi agradecimiento al Abogado Fiscal de la Audiencia de Madrid, señor Hernández Guijarro, y al Letrado del Ministerio de Justicia, señor Bueno Arús (ambos Profesores de la Facultad de Derecho) por haberme facilitado el acceso a esos datos.

(44) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Legislatura de 1847 a 1848*, II, pág. 330.

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. También vi que el Código de Nápoles—a pesar de estar redigido aquel país cuando se publicó por un Gobierno absoluto—llevaba muchas ventajas al Código francés en su redacción y en su estructura. Entonces, señores, yo, que no tenía ni debía tener prevención personal en favor o en contra de estas legislaciones, traté de consultar la legislación y la jurisprudencia del país, y presenté a la Comisión los preliminares de un Código puramente español” (45). Corroboran esta confesión otros testimonios: el Ministro Arrazola llama a Seijas y a Bravo Murillo los coautores del Código, y, desde la oposición, Latorna dedica a su contrincante estas palabras: “Quién sabe si dentro de veinte generaciones subsistirá la obra del señor Seijas y sus compañeros y si su nombre se leerá en este Código, como yo me complazco en reconocerlo” (46). Hay, además, la prueba documental de las actas conservadas de la Comisión de Códigos: en la correspondiente a la sesión de 22 de octubre de 1844 se lee: “El señor Seijas, como encargado de la redacción (del proyecto), tomó la palabra para manifestar los principios que le servían de base.” Y son numerosas las intervenciones del mismo, así como las alusiones de contradictores y corroborantes a la ponencia de aquél.

La designación hecha por don Manuel Cortina no era caprichosa. Tenía Seijas larga experiencia como abogado y funcionario judicial; durante la legislatura de 1837 a 1838, en colaboración con el ministro Castro Orozco y otros diputados, se ocupó de la reforma de la legislación de procedimientos, y, al sobrevenir la revolución progresista de 1840, se alejó de la política y, como particular, prosiguió la tarea emprendida, dando a las prensas una *Teoría de las instituciones judiciales con proyectos formulados de Códigos aplicables a España*, cuyo tomo primero (Madrid, 1841) es un *Proyecto de procedimiento en materia criminal*, y el segundo (Madrid, 1842) es una *Teoría del procedimiento en materia criminal*. Nada más lógico debió de parecer a Cortina que encargar la redacción del proyecto de Código penal a quien había mostrado cumplidamente su vocación por esta clase de trabajos (47).

(45) *Diario de Sesiones del Congreso*, cit., p. 305.

(46) *Diario de Sesiones*, cit., pág. 325.

(47) Don Manuel Seijas Lozano nació en Almuñécar en 1800 y murió en Madrid en 1868. Alumno de la Universidad de Granada, fue muy joven decano del Colegio de Abogados de aquella Chancillería. Pronto pasó a la carrera judicial, ocupando el cargo de Fiscal en Albacete y Valencia, y el de Ministro de las recién creadas Audiencias en Sevilla, Granada y Valencia. Como político, desempeñó la cartera de Gobernación en 1847 con el Gobierno presidido por el Duque de Sotomayor; y, bajo la presidencia de Narváez, la recién creada de Comercio, Instrucción y Obras Públicas en 1850; la de Gracia y Justicia en 1856, y la de Ultramar en 1864. Fue breve tiempo presidente del Congreso, y en 1866 fue nombrado presidente del Senado. Fiscal del Tribunal Supremo, emitió notables informes, publicados en *Colección de algunos dicámenes emitidos*

Ciertamente, el anteproyecto de Seijas sufrió modificaciones a través de los debates desarrollados en el seno de la Comisión, en los que intervinieron con más o menos extensión y persistencia los miembros antes mencionados. Algunas de las iniciativas de Seijas, que fueron desechadas, eran saludables, como, por ejemplo, la división del primer libro en tres títulos: infracciones, infractores o culpables y penas; o el empleo de la palabra infracción en sentido genérico, comprensivo del delito y de la falta (de lo cual queda muestra en el artículo 6 del Código actual, pero no en el del 48, donde el término infracción se aplicaba sólo a las faltas).

El texto del proyecto no seguía exactamente las 17 bases previamente aprobadas. Si la primera clasificaba las “violaciones de las leyes penales” en crímenes, delitos y faltas, el proyecto abandonaba la voz crimen, quizá para disimular el modelo francés. Según la 10, “para cada violación se designará una pena con su máximo y mínimo, dentro de los que los Tribunales harán la aplicación *discrecional* según las circunstancias del hecho y de los culpables”; y se prescindió de tal discrecionalidad al desarrollar el Código. La mayor parte de las bases se referían a las penas: prohibición de las infamantes (lo cual tampoco fue observado, pues la degradación y la discutida argolla tenían, tal carácter) en la tercera y cuarta; exclusión en la multa de que se tomase por base las utilidades, emolumentos o rentas diarias, lo cual prueba la propuesta, no prosperada, del moderno sistema del día-multa, que ya ofrecía el Código del Brasil. Y resolviendo una debatidísima cuestión, la séptima declaraba: “No se excluirá absolutamente la pena de muerte en los crímenes políticos”; y luego el Código sancionó con el castigo capital más delitos políticos —y con pena única—, de lo que hacía esperar el uso del adverbio “absolutamente”. Las bases 7 y 9 excluían del Código los delitos que pudieran cometer los ministros de la Corona en su calidad de tales, y los consistentes en abusos de la libertad de imprenta. Principio que, al pasar al Código, alcanzó a los militares, a los de imprenta, los de contrabando y los que se cometían en contravención de las leyes sanitarias en tiempo de epidemia (art. 7). Acertadamente se omitieron los de los ministros, pues en éstos la especialidad está, no en las infracciones, sino en la jurisdicción competente, que, según la Constitución, eran las Cortes.

El proyecto, acompañado de un voto particular de don Domingo M. Vila (referente a la pena de muerte para los delitos políticos, en sentido favorable a la supresión, y a los delitos religiosos), se remitió al Gobierno en 24 de diciembre de 1845.

por D. Manuel Seijas Lozano, D. Pedro Gómez de Laserna y D. Antonio Corzo, Madrid, 1863. Sus aficiones a la historia le llevaron a la Academia de este nombre, donde leyó su discurso de ingreso en 1853 sobre el tema: *El régimen municipal de Castilla y su influjo en las instituciones políticas del antiguo reino*, siendo contestado por el Marqués de Pidal. Fue también académico de Ciencias Morales y Políticas, y presidente de la de Jurisprudencia y Legislación. Explicó una cátedra de Filosofía política en el Ateneo de Madrid. Véase: D. Manuel Seijas Lozano por Iñanós Chinchón, en *Biografías de juriconsultos españoles publicadas por la Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1911.

El año 1846 no fue propicio para actividades legisladoras, pues hervían las intrigas cortesanas e internacionales sobre el matrimonio de la joven reina. En 13 de febrero de 1847, siendo Jefe del Gobierno Sotomayor, Seijas ministro de la Gobernación y Bravo Murillo de Gracia y Justicia, se presentó por fin al Senado el proyecto de una Ley de autorizaciones para publicar el Código que se acompañaba. Tampoco fueron propicios los haños en el año 47 al ejercicio parlamentario. La "camarilla", manejada por el banquero Salamanca, valiéndose del predominio en Palacio del general Serrano, dio el poder a Pacheco con Salamanca en la cartera de Hacienda. Parecía que a aquél estaría reservado apadrinar el Código penal; pero no fue así. El jefe de los puritanos no tenía el apoyo de los otros grupos del partido moderado, por lo cual carecía de mayoría. Su consecuencia le impidió aceptar los ofrecidos votos de los progresistas, y Pacheco dimitió, cansado, al parecer, de la tutela política de Salamanca, el 10 de septiembre de 1847. Tras el efímero Gobierno de García Goyena, y ante los vientos revolucionarios que soplaban sobre Europa, Narváez asumió el poder en 4 de octubre de 1847 y, en su turno, se agruparon todas las fracciones del partido moderado. Reunida amplia mayoría, la situación era favorable para legislar; pero, además, el Código era necesario para defender el tan amenazado orden público, mediante la institución de delitos no previstos en el caos jurídico del antiguo régimen, y para limitar el arbitrio judicial, inclinado por entonces a excesiva lenidad.

Lo sometido a la aprobación de las Cortes fue, como acabamos de indicar, un proyecto de Ley por la que: se autorizaba al Gobierno para la publicación del Código penal (art. 1); se comprometía el Gobierno a proponer a las Cortes, dentro de tres años o antes, si lo estimaba conveniente, las reformas o mejoras que debieran hacerse en el Código, acompañando las observaciones que anualmente, por lo menos, deberían hacerle los Tribunales (art. 2); el Gobierno quedaba autorizado para hacer por sí cualquier reforma si fuera urgente, dando cuenta a las Cortes tan pronto como sea posible (art. 3); y el Gobierno adoptaría las disposiciones convenientes para la ejecución de la Ley (art. 4).

Tres sesiones dedicó el Senado a discutir el proyecto, que fue aprobado en 16 de febrero de 1847 con algunas ligeras enmiendas. El debate en la alta Cámara no resultó interesante, perdiéndose los oradores en cuestiones de detalle. Merecen quizá subrayarse el discurso de Armendáriz contra el título de delitos de los funcionarios públicos, acusado de invadir materias que deberían quedar reservadas a la Administración, y los del obispo de Córdoba y el arzobispo de Toledo sobre las cuestiones eclesiásticas afectadas por el Código (48).

Seis fueron las sesiones dedicadas por el Congreso principalmente a este tema (en los días del 10 al 16 de marzo). Intervinieron unos 20 oradores, se pronunciaron atinados discursos, largos algunos, ha-

(48) *Diario de Sesiones del Senado. Legislatura de 1847 a 48*, págs. 194 y ss.

ciendo uso de la palabra repetidamente varios oradores (especialmente, Arrazola y Seijas), y quedan, por lo general, a buena altura como parlamentarios avisados con conocimiento de la vida jurídica, ciertas lecturas y buen sentido. El debate no fue tan insignificante, como pretende o da a entender Vizmanos (49).

Se impugnó la oportunidad de la renovación con nostalgias del viejo régimen, echando de menos los delitos de usura, homosexualismo y porte de armas prohibidas, entre otros: conductas que hoy vuelven a dar lugar a imposición de penas o de medidas de seguridad. Corzo y Alonso (este último el más viejo magistrado que había en la Cámara) rechazaron el sambenito de arbitrariedad, que acostumbraba a ponerse a la Justicia de entonces, e hicieron el elogio del arbitrio judicial prudente, gracias al cual se había conseguido una jurisprudencia consuetudinaria bastante uniforme. Se lamentó la ausencia de informes de Tribunales, Colegios de abogados y Universidades, así como del examen parlamentario, artículo por artículo, como se hizo con el Código de 1822. Y Gómez de Laserna esgrimió argumentos contra las codificaciones en general, no sé si por verdadera convicción, para lucir sus conocimientos de la escuela histórica, o por simple prurito opositorista.

En cuanto a los temas políticos o más relacionados con la política, si se exceptúan las intervenciones de los diputados Borrego y Mayans, quienes, no obstante ser gubernamentales, combaten ciertos aspectos del proyecto del Gobierno, los demás oradores son moderados o progresistas que defienden sus ideas desde sus respectivas posiciones de partido. Se impugnó la pena de muerte para los delitos políticos (asunto ya muy discutido en la Comisión y objeto del voto particular de Vila), alegando Laserna en contra de ella "que todos los partidos cuentan con mártires (50). No concreta más; pero todos al escucharle pensarían en el primer Gobierno de Narváez; en la inflexibilidad de Espartero y el halo romántico con que han pasado a la historia Diego de León y Montes de Oca; en el terror del año 24, etc. El mismo orador dijo horrorizarse al contemplar en la escala de penas ocho de duración superior a los diez años, a que prácticamente habían quedado reducidas las privativas de libertad por la Ordenanza de Presidios del Reino. No sólo, pues, en los delitos políticos, también en cuanto a los comunes se encuentra duro el Código. Contra la argolla se adujo el ejemplo cruel del hijo cómplice que se vio precisado a asistir a la ejecución de su padre. El diputado Borrego, especialista en derecho político, de filiación moderada y criterio independiente, solicita para los delitos religiosos el tratamiento de tolerancia que ofrecía el Vaticano (51). Pero en los aspectos políticos los ataques más duros son contra el punto más débil de la Ley de autorizaciones, a saber, el artículo 3. El magistrado

(49) VIZMANOS Y ALVAREZ, *Comentarios al nuevo Código penal*, Madrid, 1848, I, pág. XLIII.

(50) *Diario*, II, pág. 322.

(51) *Diario*, II, pág. 367.

Mayans, en un discurso de buena dialéctica, hace ver el contraste entre el artículo 1, por el cual se autorizaba al Gobierno a publicar el Código penal, y el tercero, en que se le faculta igualmente para variarlo por sí mismo. Esto le parece a otro diputado —Muñoz Maldonado— de una gravedad inmensa. Sin embargo, es preciso confesar que el Gobierno hizo poco uso de esa facultad, no obstante las circunstancias críticas por las que hubo de pasar en el año 1848.

Hubo también objeciones técnicas de valor, algunas de las cuales pueden repetirse contra el Código vigente. El diputado Corzo declaró inútil la definición del artículo 1.º, en contradicción con otros preceptos del mismo cuerpo legal. Laborda, con sobrada razón, impugnó la rebaja a nueve años de la capacidad penal, mientras Las Partidas ponían el límite de diez años y medio o doce, según los delitos; y también los intervalos lúcidos del número 1.º del artículo 8 con argumentos que han sido repetidos hasta el Código de 1932. Pero las críticas más trascendentales y en gran parte vigentes, son las de las normas para aplicar las penas. “No hay ninguna legislación peor ni más tiránica —dijo con tanta rudeza como buen sentido Corzo— que la que trata de apurar todos los grados de los delitos para ajustarlos con una exactitud geométrica las respectivas penas, como quiera que no se dan dos casos idénticos... La ley no puede descender a estos detalles.” (*Diario* cit., p. 330.) Y Mayans cree “que los Códigos han de ser muy claros y sencillos, porque se escriben para el pueblo... y francamente... para averiguar qué pena le corresponde por el Código se necesita un grande estudio”. (*Diario* cit., p. 360.) Igualmente vulnerables eran los preceptos, hoy ya desaparecidos, sobre ejecución de las penas carcelarias. En fácil profecía anunció Corzo: “mientras no estén planteados los establecimientos presidiales, todo el trabajo de la Comisión... queda ilusorio”.

En materia de delitos en particular, merecen citarse, por la vigencia que todavía hoy tienen, los argumentos de Fernández Baeza sobre las lesiones: “La base tomada para graduar las penas por la del tiempo que dura su curación, es falible.” “Yo quisiera que en las heridas no hechas con armas se atendiese al punto en que se dio el golpe, a su intensidad y otras circunstancias, y no al tiempo, cuya fijación es incumbencia del cirujano.” (*Diario*, cit., p. 318).

La defensa del proyecto estuvo principalmente a cargo de Seijas por la Comisión parlamentaria, y de Arrazola, por el Gobierno. El primero estuvo hábil y elocuente. Acertaba contra Laserna cuando le reprochaba su conversión a la escuela histórica, impropio de los progresistas, que estaban siempre invocando la ley; pero no logra convencernos al sostener que la Comisión de Códigos había tratado de establecer en el proyecto un “sistema penitenciario completo”, pues —como hemos dicho— aquella obsesión por la exactitud geométrica, característica del pensamiento de Seijas, significó en materia de ejecución de las penas privativas de libertad un verdadero y lamentable retroceso. También era preocupación suya negar la ascendencia del Código

francés, cuando las influencias sobre el español son notorias, ya directas, ya indirectas a través del brasileño y el napolitano, preferidos por Seijas. Arrazola cumple con tesón el propósito del Gobierno: obtener la aprobación parlamentaria abreviando la discusión. Con este fin se niega a todas las enmiendas que, según dijo, podían malograr la publicación del Código, y promete que se tendrán presentes las observaciones de los diputados en su día. Y encontró el lenguaje adecuado a su situación cuando pareciendo envidiar los humanitarismos de la oposición, añadía: “quienes tienen otros deberes que cumplir han de recordar las circunstancias que les rodean. ¿La sociedad tiene o no el derecho de conservar su existencia?”

En la sesión del 16 de marzo se aprobó el último artículo de la Ley de autorizaciones, y con fecha de 19 del mismo mes y la firma del ministro Lorenzo Arrazola se promulgó el Código, cuya vigencia comenzaría el 1 de julio.

La revolución del 24 de febrero, en Francia, había acabado con la monarquía de Luis Felipe y proclamado la República. Las salpicaduras se extendieron por toda Europa y no podían menos de llegar a España. Si bien en nuestro país la mano firme del Gobierno, presidido por Narváez, aunque moderada al principio, dominó los varios brotes de rebeldía. En los días anteriores a la aprobación del Código penal, obtenía de las Cortes autorización para suspender las garantías constitucionales y proporcionarse los recursos necesarios para hacer frente a la situación. El 22 de marzo se suspendieron las sesiones, y Narváez ejerció durante nueve meses la dictadura. Para tales fines, el Código penal, enérgico y mesurado a la vez, donde los delitos políticos eran fuertemente castigados y donde las penas señaladas en la ley habían de imponerse inexorablemente, era un buen instrumento para la defensa del orden público. Así se dio el caso paradójico español: nuestro primer Código penal estable, sustitutivo de la terrible legislación del antiguo régimen, en vez de darse para dulcificar la represión —como, en efecto, se suavizaba en la ley en muchos casos— se dio en buena parte para asegurarla frente a la delincuencia política, cohibiendo el arbitrio judicial, habituado en demasía a la indulgencia, que podía ser peligroso para el Gobierno.

El sentido de mayor severidad se acentúa después en la reforma de 1850, también realizada por el Gobierno de Narváez, cuyos extremos más importantes fueron hacer punibles para todos los delitos la conspiración y la proposición, y dar nueva redacción a lo que desde entonces se ha llamado atentados, creando además los de desacato contra las autoridades (52).

4. *La teoría del Código.*—Afirmó Silvela no ser cierto lo que corría como verdad inconcusa y asunto fuera de toda racional discusión entre los comentaristas: que el Código de 1848 era enteramente ecléctico. Como testigos de mayor excepción citaba la introducción a

(52) PACHECO, en la segunda edición de *El Código penal*, Madrid, 1856, t. I, págs. 101 y ss., censura la reforma.

los comentarios de Vizmanos y Alvarez y el informe dirigido por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid en 1852 (53) (Vizmanos y Alvarez fueron de los miembros de la Comisión de Códigos que más activamente colaboraron en los debates para la preparación del Código). Pero hay todavía otro testigo más próximo a la interpretación auténtica: la Exposición de motivos presentada por el ministro de Justicia y antiguo presidente de la Comisión de Códigos cuando se estaba elaborando el penal. Bravo Murillo declara en esta presentación a las Cortes: "El pensamiento o sistema que reina en el Código es el ecléctico, esto es, el que conciliando los demás sistemas exclusivos y dejándose del rigor de las teorías establece para cada caso el medio de represión que estima más adecuado. Se ha mirado no sólo al mal que materialmente produce el delito, sino también la intención que en perpetrarlo se tenga. Con respecto al delito se ha buscado no sólo que fuese bastante la pena para retraer al hombre de cometerlo, sí que también se ha calculado la pena que debía imponerse en razón a la justicia."

A Silvela no le parece esto completamente exacto, al menos en cuanto al concepto o noción de la pena, la cual reviste, según él, un marcadísimo carácter de expiatoria, algún tanto de defensa de la sociedad y nada de correccional.

El que fue profesor de la Universidad de Madrid pertenecía a la escuela correccionalista, si bien su correccionalismo fuese distinto del de Roeder, y echaba de menos en el Código sus ideas más caras, pero, en definitiva, viene a reconocer los dos principios de la retribución y de la defensa. Por defensa se entendía en aquella época la intimidación general, que si bien puede contenerse en los límites de la retribución, también en ocasiones adquiere una inevitable tendencia a extravasarla. Pero Silvela dirige la prueba a las evidentes manifestaciones del principio retributivo que se encuentran con facilidad: la acumulación de penas en el concurso —que en el Código de 1848 era siempre material—; la existencia de las perpetuas y de las de larga duración; el nombre de aflictivas dado a un término de la clasificación; los preceptos sobre ejecución de las privativas de libertad. Estos últimos, especificadores de las circunstancias relativas a establecimientos, lugares, cadenas, trabajos y ayuda del exterior, están ordenados a hacer más o menos intenso el mal del castigo, mientras la finalidad educadora queda completamente ausente. Lo cual representa un notorio retroceso con relación al Código de 1822 que establecía la rebaja de las penas para los delincuentes que se arrepientan y enmienden, en virtud de un expediente abierto a cada penado, y con relación a la Ordenanza General de los Presidios del Reino, la cual, según su preámbulo, es "un reglamento general que concilia la vindicta pública y la corrección de los penados con las atenciones de humanidad y de economía". Aunque los preceptos de los Códigos de 1848 y de 1870

(53) SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, parte segunda, Madrid, 1903, págs. 252 y ss.

sobre ejecución de penas privativas de libertad tuvieron muy incompleta aplicación (54), en ellos hemos de ver un obstáculo al progreso penitenciario, que en ocasiones se hubo de saltar.

En rigor, todas esas normas, citadas por Silvela como expresión de la idea expiatoria, sirven también a la intimidación general; mientras van dirigidas principalmente a ésta las relativas a la ejecución de la pena de muerte, de la argolla y de la degradación, prescribiendo la "mise en scène" aconsejada por Bentham, propugnador de las penas aparentes. E igual abolengo acusa la dura penalidad de las infracciones políticas, castigadas las más graves con la pena única de muerte (en el mismo año de 1848 en que Francia la suprimía para esta especie de delitos).

En su aspecto político el Código significó una línea media. En cuanto vino a acabar con el régimen de arbitrio judicial antes imperante, aportó la implantación de las garantías penales en la manifestación más rotunda y cerrada entre las legislaciones de la época. Este exceso de limitación a cargo de complicadas reglas, que recibieron el nombre de "aritmética penal", se explica en primer término por la enérgica reacción contra un pasado igualmente excesivo por la amplitud del arbitrio y por la perduración, en contraste con las ideas dominantes en la cultura del siglo. En situación parecida, el Código francés de 1791 estableció penas fijas para cada delito sin dejar margen alguno a los jueces para individualizar la sanción (55); rigidez mitigada en el Código de 1810, que permitía ya a los Tribunales recorrer la extensión de la pena conminada dentro de un máximo y un mínimo: El Código español de 1848, si bien asignaba a cada infracción una cantidad de pena encerrada entre los correspondientes límites máximo y mínimo, al dividirla en tres grados y obligar al Tribunal a aplicar uno de los tres, según las circunstancias, sólo dejaba facultades para moverse dentro de los estrechísimos lindes de cada grado (de duración en torno a dos años o dos meses), salvo el caso de concurrencia de atenuantes y agravantes, determinante de una compensación confiada a la razón del intérprete. También debieron influir en la que podemos llamar doctrina mecanizadora de la función judicial el desprestigio de los funcionarios judiciales en época de amovilidad de todos los empleados, favoritismo en los nombramientos y frecuente cambio de Gobierno (56), y su tendencia en ocasiones a desmedida benevolencia incompatible con la concepción semiautoritaria imperante en el Estado (57).

(54) Castejón ha revelado que la cláusula de retención procedente de la Novísima Recopilación y subsistente en la Ordenanza de 1834, se ha estado aplicando en un recluso hasta 1924, fecha en que dicho penalista gestionó su indulto. Véase CASTEJÓN, *Una sentencia indeterminada cumplida en España hasta 1924*, en "Revista de Legislación y Jurisprudencia", 1932, pág. 730.

(55) SELEILLES, *La individualización de la pena*, trad. esp., 2.ª ed., páginas 93 y ss.

(56) RICO Y AMAT, *Historia política y parlamentaria de España*, t. III, Madrid, 1861, pág. 461.

(57) ROMERO GIRON (Conferencia citada, pág. 183) atribuye la reducción del

Estas dos ideas, retribución e intimidación, armonizan con el régimen político mixto característico de la década moderada. La retribución encaja perfectamente con el liberalismo, en cuanto la pena proporcionada al delito y dosificada en la ley evita los peligros de la arbitrariedad judicial e iguala a todos los responsables de idéntico delito en la misma medida sancionatoria. Y no es necesario explicar que la intimidación general ha sido la función predominante de la pena en los sistemas autoritarios.

5. *Pacheco y el Código de 1848.*—Atribuir a Pacheco la parte principal en la redacción del Código ha sido lugar común en que hemos incurrido los penalistas de este siglo, siguiendo a los de fines del pasado, quienes, por la mayor proximidad, parecían ofrecer garantías de acierto. Veamos las conclusiones de lo anteriormente expuesto en este artículo y el origen del tópico que debemos revisar (57 bis).

El anteproyecto (lo llamaban proyecto, pero, para entendernos mejor, reservaremos este nombre para el aprobado por la Comisión) fue redactado por Seijas y discutido ampliamente por el mismo, Vizmanos, Luzuriaga, Alvarez, García Goyena, Vila, Claros, Pérez Hernández, Gallardo y el presidente Bravo Murillo. Pacheco intervino también en algunas cuestiones: apoyó el plan de Seijas; no se atrevió a votar contra la argolla porque podría haber necesidad de agravar con ella la pena de los cómplices; trató de la responsabilidad civil, del duelo, de las lesiones, etc. Su contribución, registrada en las actas que se conservan, es modesta, comparada con la de otros; pero no olvidemos que formó en la Comisión sólo “por algún tiempo” (58) (su nombramiento es de julio de 1844) y que las discusiones fueron mal tomadas (59), a lo que tenemos que añadir la falta de muchas actas (59 bis). En suma, el proyecto fue obra colectiva, dentro de la cual es difícil —con datos incompletos— calibrar el haber de cada uno; pero la participación más destacada es, evidentemente, la de Seijas.

¿Hubo alguna colaboración posterior al momento de enviar el proyecto al Gobierno en 24 de diciembre de 1845? Sabemos que el Código no se promulgó tal como estaba redactado por la Comisión. “Aquél

arbitrió a la situación del Estado en 1848, uno de cuyos elementos no se aquietaba con el dominio de otro poder.

(57 bis) LÓPEZ REY (*Derecho penal, Parte especial*, Madrid, 1935, pág. 311) encontraba evidenciado, después del examen de las actas de la Comisión de Códigos: Que la intervención de Pacheco fue bastante tardía. 2.º Que fue menos frecuente y eficaz que lo que unánimemente se señala por todos los escritores a partir de Silvela.

(58) PACHECO, *El Código penal*, I, pág. 63.

(59) PACHECO, ob. cit., I, pág. 66.

(59 bis) Por su tardío nombramiento, no pudo asistir a las deliberaciones sobre las bases. En la discusión sobre el proyecto de Seijas, intervino en las sesiones en que se trató del libro primero del Código y, con menos asiduidad, en las dedicadas a los delitos contra los particulares. Su ausencia en el segundo semestre de 1845 parece indicar que había dejado de formar parte de la Comisión o que las múltiples ocupaciones le impedían colaborar en las tareas del organismo codificador.

—nos dicen Castro Orozco y Ortiz de Zúñiga (60)— ha pasado antes de su publicación por tantas y tan diferentes manos que no sólo ha perdido por partes la conexión y unidades debidas, sino que ha quedado diminuto en muchas y contradictorio en otras ocasiones. No se crea que porque tuvimos la honra de ser vocales de la Comisión redactora hemos de dar forzosamente explicación a lo que para nosotros no la tiene por más que se la hayamos buscado... Con el Código ha pasado lo que suele acontecer con las copias que corren de mano en mano. Artículos hay que son completamente nuevos para nosotros, y otros figuran tan desfigurados que difícilmente podemos reconocerlos. En honor a la justicia y a la imparcialidad que debe caracterizarnos, aplaudimos algunas de las reformas introducidas en la última revisión por el Gobierno, mucho más cuando esas fueron nuestras propias convicciones en las conferencias de la Comisión.”

Hubo, pues, alguna colaboración posterior o más bien varias, según el párrafo transcrito. ¿Quiénes pusieron las manos en este documento? Desde el 24 de diciembre de 1845, en que la Comisión envió el proyecto al Gobierno, hasta el 13 de febrero de 1847, fecha de presentación en el Senado, pasó poco más de un año y varios Ministros de Justicia, que pudieron corregirlo por sí mismos, pues para algo eran abogados consumados; encargar la corrección a algún experto, como Pacheco, por ejemplo, o proponer a la deliberación del organismo codificador sus opiniones particulares. Arrazola dijo en los debates en el Congreso que, siendo él Ministro de Gracia y Justicia en el momento de remisión al Gobierno del proyecto por la Comisión, lo examinó artículo por artículo y llamó a la Comisión para conferenciar con ella (61). Arrazola, por su carácter enérgico, era muy capaz de enmendar el trabajo de la Comisión durante el breve tiempo de su administración en el Gobierno Miraflores (19 febrero 1846 a 16 marzo del mismo año) (62), y quizá sea síntoma de ello la identificación mostrada posteriormente en los debates parlamentarios con la obra sometida a la aprobación de las Cámaras. La Comisión, aludida en su discurso, era la misma gran Comisión nombrada el 43, que dio fin a sus trabajos con el año 45. La cual cesó en 31 de julio de 1846 en virtud de un decreto poco galante: el nuevo Ministro, Díez Caneja (del Gabinete Istúriz), le reprochaba poca labor y mucho sueldo. En 11 de septiembre del mismo año constituyó una pequeña Comisión con nombres seleccionados de la anterior (Bravo Murillo, también ahora presidente, Seijas, García Goyena, Antón de Luzuriaga, Pérez

(60) *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil explicación*, Granada, 1848, págs. XIV y XV.

(61) *Diario de Sesiones del Congreso*, II, pág. 312.

(62) Lorenzo Arrazola García (1795-1873) era político experimentado, cuya valía se impuso en varios Gobiernos de nuestro accidentado constitucionalismo. Desempeñó, entre otras, seis veces la cartera de Gracia y Justicia, la presidencia del Gobierno por breve tiempo y la del Tribunal Supremo. Como juriscónsul, su mérito principal estuvo en la publicación de la monumental “Enciclopedia de Derecho y Administración”, iniciada en 1848.

Hernández) más alguno nuevo: Jiménez Navarro. Se dividió en dos secciones, dedicadas al Código civil la una y a los procedimientos la otra; de donde se deduce que no era necesario examinar de nuevo el penal, para el cual había antes una tercera sección. Pero, puestos en el terreno de las suposiciones, cabe hacer ésta: los antiguos de la gran Comisión persistentes en la pequeña, que algunas veces habían visto derrotados sus criterios, quizá aprovecharon la ocasión brindada por la nueva para imponer, con la venia del Ministro, la realización de sus opiniones. Se trata de una mera conjetura para explicar las variaciones lamentadas por Castro Orozco. Dato cierto es la exposición de motivos alegada por Bravo Murillo, como Ministro de Gracia y Justicia en el Gabinete de Sotomayor, cuando se presenta el proyecto en el Senado, donde recaba para sí una parte de la elaboración, si bien la califica modestamente de insignificante y la relaciona con su presidencia en la Comisión de Códigos.

Finalmente, no creo que ni Pacheco ni García Goyena tuvieran ocasión de hacer modificaciones cuando, después de presentado el proyecto en el Senado, gobernaron con las Cortes cerradas (63).

Al tiempo de discutirse en el Congreso, Pacheco había perdido la condición de diputado porque, conforme al artículo 25 de la Constitución de 1845, los que hubieran admitido empleos retribuidos del Gobierno estarían sujetos a reelección, y éste era el caso de quien había aceptado el nombramiento de Fiscal del Tribunal Supremo en 5 de febrero de 1847 y la Embajada en Roma el 6 de septiembre del mismo año. No asiste, pues, a las sesiones; ni tampoco se cita su nombre en aquellos debates, referentes a temas tratados en las Lecciones de Derecho penal algunos de ellos. Quizá ésto porque su nombre debía ser tabú en aquellas Cortes, a espaldas de las cuales había gobernado durante algunos meses. La lucha entre Salamanca y Narváez —resultado de una anterior colaboración en jugadas bursátiles (64)— se resolvió con el triunfo del segundo, cuya espada se hacía imprescindible por aquellas fechas. Jefe de Gobierno el espadón de Loja, sus fieles amigos Seijas y Pidal acusaron a Salamanca, ante el Congreso, de hechos delictivos realizados en el desempeño de la cartera de Hacienda. Los tiros iban contra el financiero, pero necesariamente habían de repercutir sobre quien presidió el Gobierno.

También silencian a Pacheco los otros miembros de la Comisión de Códigos que publicaron Comentarios, si bien es cierto que tales libros hacen pocas citas de autores. Contemporáneas fueron la madurez de Pacheco y la juventud de Cánovas, quien, con gratitud de discípulo, pondera las obras del maestro en su citado *Discurso*, deteniéndose en los Comentarios, con cuyo motivo habla del Código del 48, y no menciona la contribución de Pacheco en su redacción; lo cual

(63) Distinta es la opinión de don Federico Castejón, en *Apuntes de historia política y legislativa del Código de 1848* ("Revista de Legislación y Jurisprudencia", 1953).

(64) CONDE DE ROMANONES, *Salamanca, conquistador de riqueza, gran señor*, Madrid, 1962, págs. 66 y ss.

sería inexplicable en panegírico tan entusiasta, si realmente hubiera sido el redactor principal.

Veamos cómo ha surgido la versión de Pacheco redactor principal del Código.

El proceso arranca, a mi modo de ver, de textos de Silvela en su conocido Tratado, que han estudiado dos generaciones de juristas. En su parte segunda, se dice: "... Pacheco, uno de los redactores más influyentes del Código" (65); "El señor Pacheco, que tanta parte tomó en los trabajos para redactarlo, ejerciendo, como era natural, decisiva influencia..." (66). Y al tratar de la pena: "Como en repetidas ocasiones hemos hecho notar, don Joaquín F. Pacheco era de todos los componentes de la Comisión, el más científico, el que profesaba, a no dudar, un sistema penal, que no era otro que el de la justicia absoluta, aunque templado por las exigencias de la práctica. Y, como en él, el principio de la expiación es el predominante, nada de extraño tiene que toda la obra se resienta de ese pensamiento que, sin darse cuenta clara, aceptaban los demás individuos que redactaron el Código" (67). Como se ve, estas palabras aluden al sistema, a los principios, al pensamiento que aceptaban todos sin darse cuenta clara (como el personaje de Molière, que hablaba en prosa sin saberlo), no al desarrollo de esos principios que hicieron los prácticos al redactar los preceptos concretos; labor menospreciada por los profesores decimonónicos, para quienes la filosofía tenía más importancia que el derecho positivo. Por mi parte, admito que los "Estudios de Derecho penal", publicados en 1842, hayan irradiado influencia sobre la Comisión de Códigos nombrada en 1843; pero no se olvide que los componentes de ella eran juriconsultos ilustrados, tributarios de la cultura francesa, en torno a la cual giraba por entonces la española, y varios de ellos habrían leído el *Traité de droit pénal* de Rossi, cuya primera edición estaba fechada en 1829, o, por lo menos, la traducción española de 1839. En la sublimación de Pacheco por el canovista don Luis Silvela, debió influir la inclinación afectiva hacia el maestro reconocido por don Antonio Cánovas del Castillo, quien se inició en la política dentro del partido puritano y derivó de las doctrinas del maestro algunas de sus ideas fundamentales (68).

Romero Girón ya no se contentó con atribuir a Pacheco los principios, sino que encontraba en *El Código penal concordado y comentado*, en vez de unos Comentarios, "la exposición de motivos de todos y cada uno de los artículos del Código" (69). No siempre, creemos, porque a veces la crítica es adversa, pero es preciso reconocer que la impresión general es la apuntada por Romero Girón. Lo cual se explica por la natural adhesión a la obra colectiva en la que ha-

(65) SILVELA, ob. cit., parte 2.ª, Madrid, 1879, pág. 44.

(66) Idem, ob. cit., parte 2.ª, pág. 134.

(67) SILVELA, ob. cit., pág. 515.

(68) Sobre el doctrinarismo de Cánovas, véase: Díez DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, Madrid, 1856, págs. 515 y ss.

(69) ROMERO GIRÓN, en *La España del siglo XIX*, págs. 182, 183.

bía puesto también su colaboración, y el contemplar en ella sus ideas penales fundamentales. También Vizmanos y Alvarez, en sus *Comentarios al nuevo Código penal*, hablan como legisladores.

En definitiva, la exageración ha nacido del enorme prestigio alcanzado después de haberse publicado cinco ediciones de los *Estudios de Derecho penal*, y seis de *El Código penal concordado y comentado*. Si—empleando frases de Cánovas—aquellas Lecciones “dieron cimiento seguro a su grande y merecida reputación”, son “de más mérito y sin duda más originales los Comentarios..., obra magistral de derecho positivo, viva todavía y fecunda”. Estos últimos, aposentados en las bibliotecas de magistrados y abogados, reflejados en la jurisprudencia, hicieron de Pacheco el penalista del siglo, y no se concebía que en algún tiempo no se le prestara el mismo acatamiento. No se comprendía que en la época de preparación del Código, Pacheco (relativamente joven todavía e incluido en una Comisión donde predominaban los consagrados), no obstante sus Lecciones de Derecho penal y algunos artículos sobre la misma materia, brillaba más en sus polígrafas actividades por los aspectos periodístico y literario.

De todos modos, la figura de Pacheco penalista sigue en pie representando una época de la ciencia penal española. Fue una de esas personalidades que, sin ser muy originales, saben adoptar las ideas del momento histórico y, al exponerlas con elocuencia, las propagan eficazmente. El utilitarismo de la Ilustración, dominante en el primer tercio de siglo, tenía ya cumplida su misión: demostrar que los rigores del antiguo régimen no eran necesarios, sino contraproducentes. A las teorías absolutas germánicas no eran propicias las mentes latinas. En cambio, prendió fácilmente el eclecticismo penal de Rossi, que difundió en España principalmente Pacheco, y fue la doctrina del segundo tercio del siglo. Luego han dejado sentir su influencia otras corrientes, pero en cuanto la mayor parte de las normas del Código de 1848, modificadas o incólumes, se mantienen todavía en el vigente, permanece también la actualidad de los comentarios de Pacheco, a los que acuden con frecuencia los juristas de ahora para encontrar la interpretación legal sobre importantes problemas (70).

(70) Con motivo del centenario del Código, se publicaron varios artículos sobre el mismo y Pacheco: JIMÉNEZ DE ASÚA, *D. Joaquín F. Pacheco en el centenario del Código penal*, en “El criminalista”, t. IX, Buenos Aires, 1951. CUELLO CALÓN, *Centenario del Código penal de 1848, Pacheco penalista y legislador*, en “Información Jurídica”, 1948.—TERUEL, *El Código de 1848 en su centenario*, en “Revista de la “Escuela de Estudios penitenciarios”.