

El proceso de formación de nuestra legislación penal

M.^a CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular EU de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

Cuando se tiene que escribir sobre los orígenes del Derecho penal contemporáneo, no puede vacilarse en decir que éste responde al contexto ideológico de la Ilustración, diagnóstico especialmente acertado si nos detenemos en el caso de España. Nuestro primer y verdadero Código Penal es el de 1848, un texto ilustrado que viene a modernizar el ordenamiento punitivo del Antiguo Régimen pues, hasta su vigencia, no puede olvidarse que, prácticamente, mantienen su imperio como fuentes supletorias los Fueros y las Partidas, siguiendo el orden jerárquico establecido, siglos antes, en el Ordenamiento de Alcalá.

El presente artículo no tiene por objeto trazar una historia exhaustiva del Derecho penal español codificado. Se trata, únicamente, de situar nuestros orígenes legislativos y el contexto ideológico en que nacen las reformas penales hasta el derecho vigente. El interés del estudio de nuestra realidad penal inmediata ya fue destacado por el Prof. Antón Oneca (1), al señalar que aquella trascendencia es aun mayor «en un pueblo como el nuestro que tiene en vigor un Código datado dentro de la primera mitad del XIX, del cual

(1) ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, II, 1965, p. 263.

se han hecho sucesivas ediciones modificadas, pero que conserva la mayor parte de los preceptos procedentes del de 1848». En definitiva, las «fuentes de donde manan las ideas, instituciones y preceptos hoy vigentes, y que sirven para explicarlos y mejor comprenderlos» (2).

El denominado Antiguo Régimen, en lo que atañe a la justicia penal, se caracteriza por el principio de la intimidación general desproporcionada. En Francia, en los años pre-revolucionarios, los prácticos pueden escribir un cuadro disparatado de ejecución de la pena capital: muerte por horca, decapitación, rueda, o descoyuntamiento por tiro de caballos (3).

El castigo no era personal, patrimonio de la modernidad. Trascendía a los familiares del reo, aplicándose las penas de destierro y confiscación de bienes; pertenecía la sanción a la «naturaleza de las cosas» y su contenido era lógico y suficiente: los padres eran responsables por los hechos de los hijos y aquéllos habrían de recibir el castigo, pues les frenaba en el camino del mal. La prevención general intimidante se extendía por el mundo jurídico (4).

La pena se aplicaba desigualmente según la «condición del culpable», dice la Ley castellana, argumentándose por la interpretación más autorizada de dicho texto: la clase elevada era más sensible al rigor de la pena que el campesino, al tener más que perder, y esta desigualdad es el contexto ambiental de la época.

Por último, el Antiguo Régimen presenta un arbitrio judicial extensísimo, justificado por la ausencia de un *Corpus legalis* unitario y, en consecuencia, de tipos precisos y garantes, atributo de la etapa futura. El Derecho penal se ha ido formando, así, de manera fragmentaria y a medida de las necesidades reales y prácticas del momento, acudiendo al único criterio decisorio de cada juez. Ésta es la lógica del sistema punitivo, tosco, elemental y rigorista.

Todo ello comienza a cambiar con la promulgación de los primeros códigos franceses, típicamente revolucionario el uno, de 1791, y el del Imperio, el otro, de 1810. En ellos se fijan una serie de principios de un Derecho penal que comienza a considerarse

(2) CASABÓ RUIZ, «La aplicación del Código Penal de 1822», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, II, 1979, p. 333.

(3) GARCÍA VALDÉS, *No a la pena de muerte*, Madrid, 1975, pp. 19 y 20.

(4) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, «Concepto del Derecho penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada», 3.^a ed., Buenos Aires, 1964, pp. 708 ss.

moderno: el de la exclusiva proporción y necesidad de las penas, el de legalidad de los delitos y sanciones y el de su progresiva igualdad en la aplicación. El estrecho, cortísimo arbitrio judicial, es la lógica reacción a los excesos anteriores: éste es el instante en el que el juez pasará, así, a ser (en la conocida frase de Rousseau) «la boca que pronuncia las palabras de la Ley».

La doctrina se muestra conforme al designar las características esenciales del Derecho penal de la Ilustración: el liberalismo y su humanitarismo. El primero se concreta en el ya manifestado principio capital de legalidad de los delitos y las sanciones, que pasa, como logro efectivo de los tiempos que se viven, a los primeros Códigos punitivos. El humanitarismo se expresa en la reducción y dulcificación de las sanciones, disminuyendo la aplicación de la pena de muerte y la crueldad de sus formas de ejecución, casi desapareciendo los castigos corporales y, por el contrario, desarrollándose sensiblemente las penas de prisión, reflejo de una nueva sociedad que valora como modelo e ideal de bien personal la libertad.

Este tema de la humanización de las penas no es nuevo. Viene de largo en nuestra historia. Ya desde finales del siglo XVIII se advierte un cierto sentido moderno en la Pragmática Real de Carlos III de 12 de marzo de 1771 (Novísima Recopilación, 12, 38, 25), cuando clasifica los delincuentes en ocasionales o de «ánimo no pervertido», y en habituales, que realizan crímenes «feos y denigrativos que suponen bajeza y vileza de ánimo». Su destino penitenciario se corresponde con aquella clasificación legal: a los primeramente citados se les envía a los Presidios de las plazas de África; a los más peligrosos, a los Arsenales de la Marina de San Fernando (que tomó el nombre del Rey) y Cartagena (5).

En efecto, Salillas (6) ha contado cómo el vapor ya ha hecho innecesarios los servicios de los remeros de galera y de ahí sus nuevos alojamientos carcelarios, prácticamente a extinguir el trabajo forzado en las minas de Almadén, denominada Cárcel Real de Esclavos para que no cupiera duda sobre la dureza del destino penitenciario. Los Presidios africanos, donde faltaban obreros, tenían una doble significación: campamento de tareas y obras, y guarnición militar, y en ellos los reclusos gozaban de mayor libertad, es-

(5) Vid. GARCÍA VALDÉS, *Del presidio a la prisión modular*, 2.^a ed., Madrid, 1998.

(6) SALILLAS, *La vida penal en España*, Madrid, 1888, p. 5.

pecialmente en el mayor de Ceuta, por lo que se elegían los de mejor conducta, pese al problema añadido de «pasarse al moro». Los autores de los delitos más graves marchaban a los Arsenales, donde las faenas eran muy duras y la vigilancia superior con un régimen disciplinario más que severo (7).

A todo ello, aun cuando va cayendo en desuso, puede añadirse la «cláusula de retención» que impedía la salida, descontados ya diez años, de los reos «más agravados» y cuya libertad depende del informe del Arsenal o del Presidio.

En cuanto al resto de las penas, se suprimen las corporales para los vagos obligándoles al servicio militar y los jóvenes delincuentes son enviados a los Hospicios, establecimientos benéficos y orientados a su reforma moral (8). Las mujeres se destinan a las «casas de recogidas» y corrección, herederas de la primitiva galera con un espíritu menos moralista que ésta y más penitenciario (9). Este encierro rellena muchas décadas desde la ambigüedad del primero hasta el carácter plenamente penal del segundo.

Los primeros Proyectos de reforma penal surgen de la pluma del ministro ilustrado D. Manuel de Roda. Conocedor de los nuevos textos penales europeos y, especialmente, el de la Toscana y el bávaro, procura un profundo cambio en nuestro Derecho penal. Leído y culto, Roda tiene buenas ideas y pretende llevarlas a la práctica, necesitando del instrumento legal. Y además intuye que va a preferir los textos penales citados a futuras iniciativas foráneas, como el napoleónico de 1810.

A partir de aquí, y mediante la Orden del citado ministro dirigida en 1776 al Consejo de Castilla (10), se recopila cuanta información cabe acerca de lo que caracterizaba penalmente al Antiguo

(7) Vid. FIGUEROA NAVARRO, *Los orígenes del penitenciarismo español*, Madrid, 2000, pp. 31 ss.

(8) Vid. GARCÍA VALDÉS, *Los presos jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios del XX)*, Madrid, 1991, *passim*.

(9) GARCÍA VALDÉS, «Las casas de corrección de mujeres: un apunte histórico», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp. 589 ss.; MARTÍNEZ GALINDO, *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)*, Madrid, 2002, especialmente pp. 217-348.

(10) Destacada por ANTÓN, quien al referirse al terreno de las realizaciones legislativas, de las Disposiciones del reinado de Carlos III, no duda en calificarla como «ninguna tan expresiva», y añade: «todo ello encaminado a la formación de un Código Criminal en que se compilen todas las leyes penales»; vid. ANTÓN ONECA, *História del Código Penal...*, *op. cit.*, p. 264.

Régimen, en cuanto a castigos y procedimiento penal tendente a su reforma (por ejemplo: abolición del tormento, restricción de la pena de muerte en la capital al tercer hurto, etc.). De aquí surge el «Discurso» de D. Manuel de Lardizábal (1744-1820), también personaje ilustrado, Alcalde del crimen e historiador, con todos los materiales obtenidos (11). Pero lo que redacta Lardizábal no es un texto sistemático. Tal vez no era el momento ni la ocasión. Se trataba de mostrar de lo que se partía para cambiar, no de articular el Derecho ya transformado. En definitiva, «de exponer metódicamente aquellos principios y máximas generales que, pudiendo servir para la reforma, sean al mismo tiempo adaptables a nuestras costumbres y a la constitución de nuestro Gobierno» (12).

Lardizábal no es un mero seguidor de Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, 1764), porque añade a la divulgación del estado de las leyes criminales y la justicia que efectúa éste, su contacto con la realidad del Derecho, frente al tono retórico del italiano, más calma en la exposición y menos patetismo. En palabras de D. José Antón (13), «tratando de injertar las ideas modernas en el tronco de la tradición nacional, el respeto a la cual es lo específico de Lardizábal a diferencia del marqués milanés».

El libro de Beccaria es una protesta demoledora (14). Su clara visión del ordenamiento vigente, en cuanto a lo anticuado del mismo, contrasta cuando tiene que construir, donde vacila. Al revés que Lardizábal. Una cosa es la oposición a Austria y otra, muy diferente, efectuar con los textos y argumentos que reúne la articulación de un nuevo sistema criminal. Pero su postura de denuncia es impecable (15).

(11) LARDIZÁBAL Y URIBE, «Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma», Madrid, 1782; hay eds. de Salillas, Madrid, 1916; de Antón Oneca, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 174, 1966, pp. 627 ss.; de Serrano Butragueño, Granada, 1997.

(12) Así lo expone el propio LARDIZÁBAL Y URIBE en el Prólogo a su «Discurso sobre las penas...», *op. cit.*, p. X.

(13) ANTÓN ONECA, *Historia del Código...*, *op. cit.*, p. 265.

(14) BECCARIA BONESANA, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, 1774. Hay eds. de Tomás y Valiente, Madrid, 1969, y Madrid, 1993; de Álvarez García, Granada, 1996.

(15) La trascendencia de ambos personajes y sus respectivas obras ha sido magníficamente descrita por GARCÍA VALDÉS en su artículo «Nota acerca del origen de la prisión», en VV.AA., García Valdés (dir.), *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica*, Madrid, 1997, pp. 400 y 401.

El jurista que hay en Lardizábal le hace centrarse en el estudio de instituciones concretas: el aspecto correccional del castigo, donde encuentra antecedentes en las ideas filosóficas de Séneca, u ocuparse, extensamente, de las casas de corrección en el ámbito penitenciario. Se trata, pues, en este caso, de elaborar el Derecho penal del porvenir, no de arramplar con todo, sino retomando, que no justificando, lo vigente digno de transformación.

El encargo que Roda y el Consejo de Castilla dan a Lardizábal, cuyo fruto es el Discurso ya reseñado, no desemboca, al decir de la doctrina, en ningún Proyecto de Código Penal español, si bien su recopilación y sus ideas sí pasan al legislador de Cádiz y a los Comisionados que redactan el Código Penal de 1822 (16). Y de esta fuente surge la toma de postura frente a lo pretérito, la dulcificación de las penas, como la supresión de la de azotes o la sustitución en cuanto a la ejecución de la pena de muerte de la horca por el garrote y, en materia procesal, la supresión del tormento que se extiende a la jurisdicción inquisitorial.

El principal inspirador del Código de 1822 es D. José M.^a de Calatrava, desterrado por Fernando VII. Sus ideas no pueden ser más evidentes. Su «defensa encarnecida del texto adoptado por la Comisión, como si fuera cosa propia», es destacada por D. José Antón (17), quien, como si hubiera sido expectador de aquellos debates, que le parecen un diálogo de Calatrava con los otros diputados, concluye que «gracias a su carácter poseído de sí mismo, tuvo

(16) Vid. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española. Codificación Penal*, 5, 2 vols., Madrid, 1970, pp. 41 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, I, *op. cit.*, pp. 755 ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2.^a ed., anotada y puesta al día por Hernández Guijarro y Beneytez Merino, Madrid, 1986, pp. 74 ss.; DEL ROSAL, *Derecho Penal. Lecciones*, 2.^a ed., Valladolid, 1954, pp. 121 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, 9.^a ed., revisada y puesta al día por Serrano Gómez, Madrid, 1985, (1.^a ed., 1969), pp. 96 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal español*, 4.^a ed., Madrid, 1996, pp. 57 ss.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1996, pp. 93 y 94; LANDECHO/MOLINA, *Derecho penal español. Parte General*, 5.^a ed., Madrid, 1996, p. 102; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, dirigida por Cobo del Rosal, Madrid, 1996, p. 15; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996, pp. 117 y 118; ARTOLA, *La España de Fernando VII*, Madrid, 1999, p. 586.

(17) ANTÓN ONECA, *Historia del Código Penal...*, *op. cit.*, p. 269. Llegando incluso a denominarle como «su principal animador y alma de los debates parlamentarios», *op. cit.*, p. 270. También resalta su decisiva intervención CASABO RUIZ, *La aplicación del Código...*, *op. cit.*, p. 343.

firmeza y constancia, sin las cuales no se hubiera conseguido la aprobación del Código Penal, discutiendo artículo por artículo los 816 integrantes del texto en menos de tres meses». Le acompañan en la tarea legislativa nombres como Martínez Marina y Flórez Estrada, autores moderados y liberales (18); de ahí un Código mezcla del napoleónico y de las nuevas doctrinas de Bentham (19), con muy poco de Lardizábal porque ha firmado la Constitución de Bayona (20). Dicho Código Penal de 1822 se promulga el 9 de julio, «con toda la solemnidad que requería una Ley de esta trascendencia» (21), retrasándose su vigencia hasta el primero de enero del siguiente año. Como razones estimadas por el Gobierno, que se oponían a su entrada en vigor, publicando una Real Orden, fechada el 28 de septiembre de 1822, aplazando su vigencia, se han señalado las siguientes: «De una parte, la necesidad de que jueces y magistrados la estudiasen, y no debe echarse en olvido que la extensión del Código, unido a su novedad, dificultaban extraordinariamente esta tarea; de otra, los impedimentos que entorpecían su circulación, retrasando la llegada de los ejemplares a todos los puntos de la península. Y, por último, la conveniencia de la aplicación simultánea e inmediata de la misma en todo el Reino» (22).

Por todo esto y atendiendo a otras consideraciones, algún sector doctrinal ha llegado a sostener que el Código Penal de 1822 no lle-

(18) Según LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación...*, *op. cit.*, p. 43, y AN-TÓN ONECA, *Historia del Código...*, *op. cit.*, p. 267, figuraban en la Comisión Redactora «Martínez Marina, Calatrava, Vadillo, Caro, Victórica, Crespo, Rivera, Florez Estrada y Rey»; Sin embargo, los nombres que citan ARTOLA, *La España...*, *op. cit.*, p. 585, y ALONSO Y ALONSO, «De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 11, 1946, p. 4, son los siguientes: «Martínez Marina, Calatrava, Vadillo, Rey, Crespo, Caro y Rivera».

(19) En palabras de CADALSO: «Influjo de las doctrinas jurídicas dominantes a la sazón en Europa y desde luego las del código francés de 1810», en *Instituciones Penitenciarias y similares en España*, Madrid, 1922, p. 121.

(20) Por ello, según SALILLAS, «tal vez entre aquellos legisladores estuviera políticamente en entredicho», en *Evolución penitenciaria en España*, II, Madrid, 1919, p. 260.

(21) ALONSO Y ALONSO, *De la vigencia y aplicación...*, *op. cit.*, p. 10, señalando este autor que dada la sobrecarga de trabajo de la Imprenta Nacional, ésta no logrará «dar a luz en una esmerada edición el Código Penal», hasta «el mes de septiembre de 1822».

(22) ALONSO Y ALONSO, *De la vigencia y aplicación...*, *op. cit.*, p. 10. También son recogidas por CASABÓ RUIZ, *La aplicación del Código...*, *op. cit.*, pp. 333 y 334.

gó a ser puesto en práctica por los Tribunales (23). Sin embargo, otros autores, tras una minuciosa consulta de los textos de la época, llegan a afirmar su efectiva aplicación, no encontrando acuerdo o disposición alguna sobre la suspensión de su vigencia oficial, aunque fuera tan sólo por unos meses (24). Así, y teniendo en cuenta «el hábito de los Tribunales al arbitrio judicial del antiguo régimen y la natural resistencia a aprender y aplicar ley tan complicada y distinta, junto a los azares de la guerra, que mantuvo simultáneamente autoridades de uno u otro partido en los diferentes lugares de España», según Antón Oneca (25) «se puede pensar que la aplicación del Código debió ser, a lo más, breve, imperfecta y desigual».

El absolutismo no quiere reformas progresistas. Abroga toda la nueva legislación y restablece la del Antiguo Régimen, es el momento del retorno a las fuentes supletorias, señaladas por el Ordenamiento de Alcalá, con las que iniciaba el panorama de estas cuestiones. Por eso, los prácticos y los comentaristas pueden escribir, con verdad, que en la confusión, el régimen penal antiguo sigue vigente. En nuestro país lo dijo Pacheco (26): «Después de las Partidas, y desde el siglo XIII hasta el XIX en que vivimos, no se han hecho en España códigos ni civiles ni criminales. Hánse redactado cuadernos de leyes, o llámense Ordenamientos, en algunas cortes, hacia el fin de la edad media; hánse dictado leyes sueltas en gran número, ora en el orden civil, ora en el orden criminal, pretendiendo llenar con sus preceptos los vacíos que en la sociedad se notaban, y satisfaciendo, o procurando satisfacer, cuando eran sentidas, las públicas necesidades; hánse formado, en fin, esas colecciones, mas o menos artísticas y completas, a que se ha llamado Recopilación, y en las cuales se comprende, o se ha debido comprender, todo nuestro reciente Derecho. Pero código no se ha ordenado ninguno. Ningún legislador se ha propuesto íntegra y sintéticamente el problema social. En el año de gracia de 1800, el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas comprendían aún nuestros códigos criminales, salvo en lo que especial y detalladamente estuviese modificado o reformado por especiales disposiciones».

(23) ALONSO Y ALONSO, *De la vigencia y aplicación...*, *op. cit.*, pp. 2 ss.

(24) Vid. DEL ROSAL, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 121; ANTÓN ONECA, *Historia del Código...*, *op. cit.*, pp. 274 ss.; y CASABÓ RUIZ, *La aplicación del Código...*, pp. 337 ss.

(25) ANTÓN ONECA, *Historia del Código...*, *op. cit.*, p. 275.

(26) PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, tomo I, 2.^a ed., Madrid, 1856, p. XLIV.

Y a esa situación también se refirió Tissot (27): «A pesar de la desmembración del imperio español y de las leyes especiales de cada provincia, encuéntrase además en este país tres monumentos de legislación general: el Forum Judicum (Fuero Juzgo), las Siete Partidas y la Codificación de las leyes (la Recopilación). El primero es del siglo VII, y pertenece a los reyes Chindaswinto, Ervigio y Egica; el segundo es obra de Alfonso el Sabio, en el siglo XIII; y el tercero pertenece a Carlos IV, y comprende la famosa Constitución criminal. Estas tres legislaciones representan sucesivamente la barbarie, el feudalismo y la monarquía absoluta. España no ha podido salir aún de esta última fase de la Civilización; mas cada una de sus revoluciones políticas aporta naturalmente una nueva reforma a las leyes criminales, como ha sucedido en 1814, 1825, 1834 y 1837. Esperamos que la de 1854 no será completamente estéril en este punto».

Por ello, como bien ha señalado el Prof. Antón Oneca (28), «España tuvo que esperar hasta mediados de siglo para conseguir un Código estable que la pusiera, en el sector penal, a la altura de los pueblos cultos».

El Código Penal de 1848 (29), nuestro segundo texto punitivo, es quien verdaderamente sustituye al Antiguo Régimen, cosa fácilmente explicable por la corta vigencia del Código predecesor (30), ya que, «al hundirse el régimen político que lo trajo al mundo, sucumbió, pues, el apenas nacido, volviendo a imperar la situación

(27) TISSOT, *El Derecho Penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo*, trad. por Ortega García, tomo I, Madrid, 1880, p. 305.

(28) ANTÓN ONECA, *Historia del Código...*, *op. cit.*, p. 278.

(29) LASSO GAITE, *Crónica...*, *op. cit.*, pp. 251 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, I, *op. cit.*, pp. 759 ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 74 ss.; DEL ROSAL, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 122 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 99 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 59 ss.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 94; LANDECHO/MOLINA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 102 ss.; MORILLAS CUEVA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 15; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 118 y 119.

(30) Recuérdese el Decreto de Fernando VII declarando «nulos y de ningún valor todos los actos del Gobierno llamado constitucional (de cualquier clase y condición que sean) que ha dominado a mis pueblos desde el 7 de marzo hasta hoy día 1.º de octubre de 1823, declarando, como declaro, que en toda esta época he carecido de libertad, obligado a sancionar las leyes y a expedir las órdenes, decretos y reglamentos, que contra mi voluntad se meditaban y expedían por el mismo Gobierno». *Vid.* ARTOLA, «La España...», *op. cit.*, p. 667.

anterior» (31) y, además, ha estado latente en toda nuestra legislación penal durante más de un siglo. Su huella es de un relumbro único. Ningún texto ha marcado la modernidad como él (32), la transformación que tiene lugar en poco más de veinte años, perdura más de siglo y medio. Incluso nuestro vigente Código penal tiene reflejo y asiento en muchas de sus instituciones, acertadas y orientadas para el futuro, si bien el sistema y orden legal es rupturista con todo pasado.

Regente Espartero, y Ministro y Presidente del Consejo D. Joaquín M.^a López a la caída de aquél, los más destacados políticos y jurisconsultos del momento se agrupan para redactar el Proyecto de nuevo Código Penal (Cirilo Álvarez, Bravo Murillo, García Goyena, Manuel Cortina, Pacheco, Vizmanos, etc.) que se aprueba por las Cortes el 19 de julio de 1848.

El sustrato ideológico del nuevo texto es el utilitarismo filosófico de Bentham, las doctrinas penales de Filangieri y, fundamentalmente, el eclecticismo de Rossi. Pero la influencia de todos ellos hubiera sido nula sin el vehículo transportador que significó Pacheco en sus conferencias del Ateneo.

¿Quiénes son estos autores que han impuesto su impronta en nuestros textos legales? ¿Cuál fue el papel real de Pacheco en la elaboración del Código Penal de 1848?

Gaetano Filangieri es citado con elevada frecuencia en las discusiones para la elaboración del Código Penal. Reformador del Derecho vigente en su país, fue más jurista que Beccaria y, por eso, más sistemático, de lo que adolece el inmortal trabajo del marqués. Su *Ciencia de la Legislación* (33) tuvo éxito con varias traducciones en España.

De Bentham gusta su idea de la prevención general ejemplarizante, su criterio de las penas más aparentes que reales, ejecutadas con gran boato (recuérdese su apología de los autos de fe), cuyas imágenes pasan al nuevo Código Penal, como ahora se verá.

Pellegrino Rossi es penalista y político italiano, al servicio de varios países, como Suiza, Francia o el Vaticano. «Ciudadano europeo» lo llamó Graven (34). Pese a haber sido traducido al cas-

(31) ANTÓN ONECA, *Historia del Código...*, op. cit., p. 275.

(32) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Madrid, 1979, p. 19.

(33) FILANGIERI, *Scienza de la Legislazione*, III, Venezia, 1783, moderna ed., Milano, 1817.

(34) GRAVEN, *Pellegrino Rossi, grand européen*, Genève, 1949.

tellano (35), no hubiera sido nadie, en nuestro país, sin Pacheco, la vía de penetración del eclecticismo de Rossi a través de las conferencias, ya mencionadas, pronunciadas en el Ateneo madrileño (36).

El Código de 1848 recoge la ideología de su insigne comentarista (37): D. Joaquín Francisco Pacheco (38); si bien, y aunque se ha dicho de él que fue «el alma de la Comisión» (39), no puede ser propiamente considerado como su autor (40). En cambio sí puede afirmarse, como lo ha hecho Antón Oneca (41), que sus Lecciones «crearon el ambiente de la ciencia penal española en el segundo tercio del siglo, que cristalizó en el Código de 1848»; por ello, como acertadamente ha destacado Téllez (42), «su decisiva influencia no fue fruto de su labor legislativa, como ponente de la Comisión Redactora, sino que se realizó indirectamente a través del amplio calado que sus lecciones, publicadas seis años antes, habían tenido en todo el panorama doctrinal de la época, insuflando un eclecticismo a todos los redactores directos del Código». A su vez, los estudios de Antón (43) y de Candil (44) han significado cómo su contribución a la redacción final del texto fue modesta, sin olvidar que formó parte de la Comisión sólo por algún tiempo, asistiendo de manera irregular a las sesiones y cómo finalmente no puedo in-

(35) ROSSI, *Tratado de Derecho Penal*, trad. por Cayetano Cortés, Madrid, 1839; hay sucesivas eds.

(36) PACHECO, *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, Madrid, I, 1842 y II, 1843.

(37) PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 3 tomos, 2.^a ed., Madrid, 1856.

(38) APARICIO CALVO-RUBIO, «Pacheco, penalista», *Revista de Derecho Judicial*, Separata, Madrid, 1966, pp. 19 ss. y 27 ss.

(39) CADALSO, *Instituciones Penitenciarias...*, op. cit., p. 124.

(40) Sin embargo REVUELTA BENITO, «El Código penal de 1848 y su gran comentarista don Joaquín Francisco Pacheco», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 6, 1945, pp. 31 ss., lo señala como «el más significado miembro de aquella Comisión, quien sin duda alguna, fue el que de manera más relevante y personal tomó parte en la formación del Código Penal».

(41) ANTÓN ONECA, «El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III, 1965, p. 481.

(42) TÉLLEZ AGUILERA, *Estudio preliminar y anotaciones a El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 2000, pp. 34 y 35.

(43) ANTÓN ONECA, *El Código penal de 1848...*, op. cit., pp. 473 ss.

(44) CANDIL JIMÉNEZ, «Observaciones sobre la intervención de Don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III, 1975, pp. 405 ss.

tervenir en la discusión del Proyecto en las Cortes (1847), porque Pacheco desempeñaba nuestra embajada en Roma, siendo D. Manuel Seijas Lozano, jurista y Director de la Academia de la Historia, el principal ponente de dicha obra. Él es el que, fundamentalmente, discute, pelea en la Comisión, argumenta y quien convence. El Proyecto final adapta el Código napoleónico de 1810, significativo de que el ambiente político es bastante semejante, el autoritarismo liberal, es decir: Constitución y Narváez, y lo presenta a las Cortes el Ministro de Justicia Lorenzo Arrazola.

Entre las características esenciales que cabe destacar del nuevo texto, la pena es retribución y, por otro lado, prevención general. La teatralidad en la ejecución de la pena de muerte de Bentham procede y la pena de argolla mantiene un carácter de sanción inequívocamente aflictiva. El arbitrio judicial se recorta de manera extraordinaria en las estrictas reglas para la aplicación de las penas. Y esta propia inflexibilidad del texto ahoga los esfuerzos reformadores de la Ordenanza General de los Presidios del Reino de 1834 que no encuentra su proyección en los preceptos penales. Por ello, se ha calificado (45) de «obstáculo al progreso penitenciario, que en ocasiones se hubo de saltar».

En septiembre de 1868 se destrona a Isabel II, promulgándose, un año después, la nueva Constitución. El Código Penal de 1870 (46) significa la armonización del nuevo contexto político con el punitivo. Así, uno de los principales objetivos perseguidos por los reformadores fue proteger penalmente la Constitución de 1869, tanto en la organización de los poderes políticos de la nación como en el reconocimiento de los derechos individuales (47).

El Código Penal de 1870 es la historia de una paradoja. El más corto en su elaboración, llamado por ello «Código de verano», y el de más larga vigencia en nuestro país, pues no debe olvidarse que,

(45) ANTÓN ONECA, *El Código Penal de 1848...*, *op. cit.*, p. 490.

(46) LASSO GAITE, *Crónica...*, *op. cit.*, pp. 417 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, I, *op. cit.*, pp. 762 ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 76 ss.; DEL ROSAL, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 123 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 104 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 61 ss.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO, *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 94 y 95; LANDECHO/MOLINA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 104; MORILLAS CUEVA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 16; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 119 y 120.

(47) ANTÓN ONECA, «El Código Penal de 1870», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, II, 1970, pp. 229 ss.

aunque derogado en 1928, es restablecido por la Segunda República (48).

Y ese criterio de adaptación del nuevo espíritu constitucional al marco penal se manifiesta en la Parte Especial, por ejemplo, en la modificación de los delitos contra la religión, al proclamarse la libertad de cultos, cesando la hiperprotección de la católica, o en el nuevo Título sobre los delitos contra la propia Constitución; y en la General, en el suavizamiento de las penas, suprimiéndose la de argolla o limitándose a los 30 años la de prisión.

Si el nombre de Pacheco se une al texto del 48, el de D. Alejandro Groizard tiene que figurar vinculado indisolublemente con el nuevo Código Penal, en el que interviene, primero, y comenta, después (49).

Por lo que hace a la reforma penitenciaria, de igual manera que puede decirse que el correccionalismo poco influye en los aspectos sustantivos (50), hay que afirmar que sí se nota su impronta en el penitenciarismo.

Röeder, discípulo de Krause, deja una doctrina, el correccionalismo, sin apenas seguidores en Alemania, con muy escasos en Italia (Pessina es el autor de mayor relevancia), y con muchos en España, donde la lejanas ideas de enmienda y corrección de Séneca se barnizan con el nuevo tono ideológico de Röder.

Desde el punto de vista legislativo, el sistema penitenciario opta por los modelos denominados celular o pensilvánico y auburniano, que tuvieron difusión, especialmente el primero, en la Europa del siglo XIX, importados de Norteamérica. El filadélfico se acoge, pues evita la corrupción debida al contacto de unos delinquentes con otros y en España tal sistema unicelular se refleja, por

(48) En este sentido, recientemente, RODRÍGUEZ MOURULLO, en su Discurso de recepción como Académico de la Real de Jurisprudencia y Legislación, manifiesta que «como paradójicamente ha sucedido en nuestro país con otras leyes que nacieron con carácter provisional, fue el de más prolongada vigencia», *vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2002, p. 12.

(49) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, 7 tomos., 3.ª ed., Madrid, 1923.

(50) Así, y aunque las penas se dividen, fundamentalmente, en aflictivas y correccionales, CADALSO, *Instituciones Penitenciarias...*, *op. cit.*, p. 128, igualando los términos y los dispares contenidos, ha manifestado que «no tienen tales penas de correccionales más que el nombre, impuesto por la influencia de los correccionistas, principalmente por Röeder».

ejemplo, en el Reglamento de la Cárcel de Madrid de 23 de febrero de 1894. Por contra, el auburniano se prefiere en los Proyectos arquitectónicos de Aranguren (51) y en la penitenciaría de Alcalá de Henares. La prueba del sistema progresivo de cumplimiento de las penas privativas de libertad tiene lugar por Real Decreto de 23 de diciembre de 1889, para la colonia penal de Ceuta (52).

El nuevo siglo significa para nuestra legislación penal la refundición de la dirección humanitaria de las penas, que proviene de la Escuela clásica, y el centrar la atención en el delincuente, que es la dirección positivista.

Ejemplo significativo de lo primero puede ser el dejarse de ejecutar públicamente la pena de muerte (Ley Pulido, 1900) (53), o el afianzamiento del mencionado sistema progresivo de cumplimiento de la pena de prisión por Reales Decretos de 3 de junio de 1901 y 5 de mayo de 1913.

En materia de individualización de penas la Ley de libertad condicional, de 23 de julio de 1914, y su Reglamento, de 28 de octubre, permiten acceder a los condenados que hayan descontado las tres cuartas partes de la condena por buena conducta, a la libertad.

El siguiente Código Penal español es el de 1928 (54), que aunque parte, lógicamente, de los anteriores, presenta alguna originalidad como la específicamente relativa a las medidas de seguridad.

La doctrina de Carl Stooss en el Anteproyecto de Código Penal federal suizo, de 1896, parece haber tenido una influencia cierta en este aspecto. La distinción entre penas y medidas se impone, tesis dualista, distinguiendo entre los delincuentes habituales, semiimputables, ebrios, etc. En el texto español tales medidas figuran

(51) ARANGUREN, *Apuntes sobre la reforma del sistema penitenciario de España*, Madrid, 1871, pp. 17 ss.

(52) Vid. FIGUEROA NAVARRO, *Los orígenes...*, op. cit., pp. 99 ss.

(53) Vid. PUYOL MONTERO, *La publicidad en la ejecución de la pena de muerte. Las ejecuciones públicas en España en el siglo XIX*, Madrid, 2001, pp. 182-190.

(54) LASSO GAITE, *Crónica...*, op. cit., pp. 657 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, I, op. cit., pp. 773 ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal...*, op. cit., pp. 79 ss.; DEL ROSAL, *Derecho penal...*, op. cit., pp. 124 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal...*, op. cit., pp. 108 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, op. cit., pp. 62 ss.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO, *Lecciones...*, op. cit., p. 95; LANDECHO/MOLINA, *Derecho penal...*, op. cit., p. 105; MORILLAS CUEVA, *Curso...*, op. cit., p. 16; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, op. cit., p. 120.

como complemento de la pena con el instituto de la sentencia indeterminada.

La Comisión General de Codificación trabaja en el nuevo Código penal. Los nombres de García Goyena, Cuello Calón y Quintiliano Saldaña son determinantes, especialmente el último. Saldaña acaba de traducir y anotar a Liszt, conoce su sistema de la nueva teoría jurídica del delito y de la pena, que intenta reflejar en la Parte General. No debe olvidarse, tampoco, que el ya citado Stooss era discípulo, también, de Von Liszt. Por ello, es fácil encontrar rastros de prevención especial en el texto legislativo.

El Código Penal de Primo de Rivera tiene una corta vigencia, por cuanto la Segunda República restablece, como ya se ha dicho, el de 1870, hasta la presentación del Código que patrocina la República.

Y el paralelismo histórico del Código Penal de 1932 (55) con el de 1870 salta a la vista en lo que se refiere a la adaptación de la ley punitiva al nuevo periodo constitucional (56).

Los nombres y las ideas no pueden ser las de 1928. Como miembros de la Comisión Jurídica Asesora figuran, entre otros, destacados penalistas como los Profesores Jiménez de Asúa, Antón Oneca, Rodríguez Muñoz o Ruiz Funes. Por eso, la orientación del nuevo texto es político-criminal y humanitario. En cuanto a lo primero porque ha tenido en cuenta, para corregirlas, las críticas doctrinales efectuadas al viejo texto, como por ejemplo la ampliación del estado de necesidad, o añade planteamientos innovadores en materia de enfermedad mental, incorporando a la precisa redacción de la eximente al Dr. Sanchís Banús. En cuanto a las sanciones criminales, se suprime la pena de muerte, y se reafirma el sistema penitenciario progresivo.

El período del Derecho penal autoritario y, después, democrático cierra esta breve exposición histórica en España.

(55) LASSO GAITE, *Crónica...*, *op. cit.*, pp. 749 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, I, *op. cit.*, pp. 780 ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 80 ss.; DEL ROSAL, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 125 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 111 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 63 ss.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 95; LANDECHO/MOLINA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 105; MORILLAS CUEVA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 16; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 120 y 121.

(56) QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2.^a ed., Navarra, 2000, pp. 234 y 235.

Asentado el régimen franquista en el Código Penal del año 1944 (57), con instituciones precedentes de la legislación de postguerra: delitos políticos, redención de penas por el trabajo, aun respetando logros del pasado: principio de legalidad o condena y libertad condicionales, el de 1973 (58) responde a un momento político de continuismo imposible. Sus reformas lo van transformando en un texto moderno en el que prima la prevención especial, el elemento de culpabilidad subjetivo, la progresiva supresión del castigo por el resultado y la tendencia humanitaria de las penas.

El Código Penal de 1995 (59), vigente, ahonda en el olvido de los anteriores y los perfecciona técnicamente: varía el número tradicional de sus Libros, modifica radicalmente el sistema de la Parte Especial, se atiene al criterio de los bienes jurídicos protegidos más que al de la moral, presente en textos anteriores; aparecen importantes sustitutivos penales y, en la Parte Especial, sobre todo, destaca la toma de postura acerca de la relativa disponibilidad de la propia vida, en la eutanasia atenuada, las indicaciones en el aborto o el advenimiento de una nueva delincuencia no convencional que se trae de la legislación administrativa a la penal.

Pero el Derecho vigente es presente, no historia.

(57) LASSO GAITE, *Crónica...*, *op. cit.*, pp. 798 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, I, *op. cit.*, pp. 808 ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 82 ss.; DEL ROSAL, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 128 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 113 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 64 ss.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 96; LANDECHO/MOLINA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 105; MORILLAS CUEVA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 17; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 121.

(58) LASSO GAITE, *Crónica...*, *op. cit.*, pp. 1973 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 123 ss.; LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 67 ss.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO, *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 96 y 97; LANDECHO/MOLINA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 106; MORILLAS CUEVA, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 17 y 18; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 122.

(59) LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 68 ss.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/SERRANO, *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 100 ss.; LANDECHO/MOLINA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 108 y 109; MORILLAS CUEVA, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 19 ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 126 ss.