



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas

La Codificación del Derecho Penal en España: El Código de 1870

Presentado por:

Miguel Pedro García Cañibano

Tutelado por:

Mario Bedera Bravo

Valladolid, 19 de Diciembre de 2016

ÍNDICE

LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL EN ESPAÑA: EL CÓDIGO DE 1870.

RESUMEN. Palabras clave.....	2
ABSTRACT. Keywords.....	2
1. INTRODUCCIÓN	3
2. CONTEXTO POLÍTICO Y JURÍDICO DE LOS S. XVIII Y XIX	4
2.1. La sucesión intermitente entre liberalismo y absolutismo	4
2.2. Las Recopilaciones: el antecedente de los Códigos.....	13
2.3. Los cambios ideológicos, políticos y sociales de finales del siglo XVIII: el paso a la codificación.....	16
3. EL MOVIMIENTO CODIFICADOR	18
3.1. Aproximación y relación con el constitucionalismo.....	18
3.2. Los primeros Códigos europeos.....	20
3.3. La primera Constitución y el primer Código penal en España.....	22
3.4. La codificación de otras materias.....	25
4. ESTUDIO DEL CÓDIGO PENAL DE 1870.....	26
4.1. Precedentes: el Código penal de 1848 y la reforma de 1850.....	26
4.2. Formación y características del Código penal de 1870.....	30
4.2.1. Formación.....	30
4.2.2. Características.....	33
5. LA PENA DE MUERTE DESDE EL CÓDIGO DE 1822 AL DE 1870.....	50
6. EL DELITO DE IMPRENTA.....	55
7. RECEPCIÓN Y CRÍTICA DEL CÓDIGO DEL 70.....	58
8. CONCLUSIONES.....	62
BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES.....	63

RESUMEN

El presente trabajo lleva a cabo un análisis detallado de la labor codificadora y su reflejo en el Derecho español. Tras una aproximación general a los siglos XVIII y XIX españoles se tratarán en concreto los cambios jurídicos y técnicos del Código penal de 1870 con respecto a sus antecedentes del 48 y 50. Dentro del Código del 70 hay dos instituciones polémicas que por su influencia merecen unas consideraciones especiales, la pena de muerte y los delitos de imprenta, que contarán con epígrafe propio. Se finalizará con una visión de la crítica penalista y unas conclusiones finales.

Palabras clave

Código, codificación, constitución, derecho, recopilación, absolutismo, liberal, 1848, 1870, reforma, crítica, artículo, delito, pena, muerte, imprenta.

ABSTRACT

The following essay achieves a detailed review of the coding work and its reflection in the Spanish law. After a global approach of the Spanish 18th and 19th centuries, legal and technical changes of the penal Code of 1870 will be specifically discussed in relation to its predecessors of 1848 and 1850. Within the Code of 1870 there are two highly polemical institutions which will have sections on their own due to their influence, the death penalty and the printing felony. The essay concludes with the criminal view and some final conclusions.

Keywords

Code, coding, constitution, law, collection, absolutism, liberal, 1848, 1870, reform, review, crime, penalty, death, printing.

1. INTRODUCCIÓN

La codificación es el movimiento de la técnica jurídica con más influencia en el Derecho actual. La creación de códigos y constituciones se debe al trabajo progresivo de los pensadores, juristas y políticos ilustrados que mostraron los defectos y carencias de las obsoletas recopilaciones de normas propias de la Edad Moderna. Sin embargo, el camino hasta tal logro no fue ni mucho menos sencillo, pues las ideas liberales surgidas de la corriente ilustrada se han ido desarrollando con el tiempo y, sobre todo en España, han encontrado una fuerte oposición por parte de las bases absolutistas derivadas del Antiguo Régimen.

Debido a que la ideología de las constituciones, códigos y, en general, de todo tipo de leyes, está fuertemente influida por el tipo de poder político gobernante en cada momento, resulta conveniente iniciar la exposición conociendo el marco político-social previo al movimiento codificador y qué cambios lo originaron. De ello se deducirán las consecuencias sobre todas las bases institucionales españolas, que en síntesis fueron una continua intermitencia entre gobiernos liberales y absolutistas reaccionarios entre sí.

En este contexto, el tema central del presente trabajo será una aproximación cada vez más detallista del Código penal español de 1870, un texto con vistas a dotar de seguridad y protección a la Constitución liberal de 1869, la Gloriosa, por la que se proclamó por primera vez en España un verdaderamente amplio abanico de derechos individuales de los ciudadanos. Para poder entender dicho Código es necesario partir de su base penal, el Código de 1848, pues aquél es una reforma muy importante de su precedente, y la reforma del 50. Sin embargo, como las modificaciones del 70 son tan importantes en la concepción de la técnica jurídica y con unas novedades en su contenido que perdurarán durante largo tiempo o, al menos, influirán en los textos posteriores, se suele concebir a la reforma penal del 70 como un Código en sí.

Dentro de las modificaciones del CP de 1870, la inclusión de los delitos de imprenta y los cambios sobre la pena de muerte fueron reformas que han sido objeto de un profundo debate entre los penalistas de la época, suponiendo unas transformaciones muy relevantes en el modelo jurídico que poco a poco han ido perfilando el Derecho de hoy en día. La pena de muerte dentro de dicho Código dejó de ser considerada pena única como venía siendo recogida en los textos anteriores, permitiendo un mayor terreno para las penas privativas de libertad. Además, se lograron cambios en las penas accesorias a la pena capital

como el caso de la supresión de la argolla. Por su parte, los delitos de imprenta reflejan la actuación del Estado sobre la libertad de difusión de ideas, un derecho fundamental actualmente previsto en el ordenamiento. Es por ello que para poder explicar dichas figuras de manera correcta y precisa, se presentarán en dos epígrafes separados del resto de contenidos del Código de 1870.

2. CONTEXTO POLÍTICO Y JURÍDICO DE LOS S. XVIII Y XIX

2.1. La sucesión intermitente entre liberalismo y absolutismo

El estudio del marco político español desde finales del siglo XVIII hasta finales del XIX es harto complejo, pues es un periodo de tiempo en el que se sucedieron gobiernos absolutistas, liberales y republicanos en menos de doscientos años. Lógicamente, los Códigos y Constituciones y, en general, el Derecho vigente en cada momento irán en correlación con el pensamiento y poder político gobernante. Etapas absolutistas suponen menores libertades individuales y mayor rigurosidad en las penas, y viceversa. Como el fenómeno codificador se inició por la corriente racionalista de la Ilustración, resulta interesante y, mejor dicho, conveniente, exponer en primer lugar y a grandes rasgos cuál fue el panorama general que vivieron la política y la sociedad españolas durante todo ese tiempo. Por motivos de extensión en el contenido y, especialmente, porque no es la materia principal de este trabajo, se tratará de ser breve pero lo más preciso posible, ya que dicha evolución puede perfectamente ser contenido de largos trabajos.

Las ideas revolucionarias de la Ilustración comienzan a tener efectividad en España a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, pues hasta el reinado de Carlos III (1759-1788) se mantiene el tradicionalismo sin apenas innovaciones, siendo ya a partir de 1760 cuando se produce verdaderamente la ruptura con el modelo vigente y la instauración del pensamiento liberal, difundido por Academias y asociaciones como las “Sociedades Económicas de Amigos del País”¹. En las Universidades no se impartían esas ideas pues se mantenían en el formalismo puramente teórico de los anticuados planes docentes, hecho que supuso como reacción la aparición de las Reales Academias, mucho más próximas a las ciencias prácticas y especulativas, siendo la primera de ellas la Real Academia de Práctica de Leyes y de Derecho Público de Santa Bárbara en 1763.

¹ ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*, Madrid, Solana e Hijos S.A., 2ª ed., 1995, pp. 623-624.

Las convulsiones provocadas por las ideas entrantes desde Francia en las instituciones absolutistas, regidas por la dinastía de Borbón desde la muerte sin descendencia de Carlos II en 1700, trastocan el sistema del Antiguo Régimen, que cronológicamente finaliza con Carlos IV en el inicio de la Guerra de la Independencia de principios del siglo XIX.

Previamente el Estado español, en época de Carlos III, había dado respuesta a los problemas del momento mediante un programa de reformas que en cierto sentido era reformista y acorde con la necesidad de renovación del sistema, aunque manteniendo las líneas del despotismo ilustrado. Sin embargo, Carlos IV fracasó como gobernante al no continuar con dichas reformas debido al temor a sufrir las mismas transformaciones vividas en Francia años antes, de manera que estableció una política fuertemente continuista e inmóvil (ejemplo de ello fue el caso del “cordón sanitario” del Conde de Floridablanca, como se verá más adelante), lo que propició el malestar social y finalmente una revolución de carácter muy violento.

Así pues, la situación político-social de comienzos del siglo XIX no podía ser más inestable. En 1808, durante el reinado de Carlos IV, tuvo lugar una gran crisis política por dos circunstancias. De un lado, la invasión napoleónica de ese año provocó una revuelta nacional contra el enemigo común, con el pueblo a la cabeza. La burguesía, a pesar de acoger con entusiasmo los principios racionales del país vecino, se opuso también a la ocupación del Emperador francés, por lo que en este periodo se vive una curiosa mezcla de entrada de ideas revolucionarias francesas y oposición al ejército invasor. De otro lado, esa crisis quebró todo el aparato del “Ancien Regime” y el poder real que venía impuesto desde siglos antes.

El motín popular de marzo de 1808 contra Manuel Godoy, primer ministro de Carlos IV, causó la abdicación del rey en favor de su hijo Fernando. Sin embargo, ello coincidía con la invasión de Napoleón, lo que originó un problema de legitimidad para acceder al trono. El asunto se solucionó acudiendo ambos a Bayona los primeros días de verano de ese mismo año, tiempo durante el cual Fernando dejó una Junta Suprema de Gobierno para que actuase en España en su nombre. En Bayona, Napoleón presentó un proyecto de ley que pusiera fin al Antiguo Régimen y diera a España un sistema jurídico similar al francés, con la creación de un Senado, un Consejo de Estado y una Asamblea legislativa, controlados por el monarca. El texto quedó formalizado en el Estatuto de Bayona, que a pesar de su dudosa vigencia cuenta con el hito de ser precursor de la

posterior Constitución de Cádiz. Durante la reunión en Bayona, Fernando devolvió los derechos dinásticos a su padre Carlos, y éste los transmitió a Napoleón, el cual a su vez cedió a favor de su hermano José. Este hecho fue visto en España como una maniobra de Napoleón para coaccionar a Fernando a renunciar a su legítimo derecho al trono, lo que movilizó aun más a un pueblo español² negado a reconocer como rey a un extranjero.

El 2 de mayo de 1808 el pueblo se sublevó contra las tropas francesas, estallando la Guerra de la Independencia y sufriendo una represión durísima por parte de las fuerzas militares (fusilamientos). Pronto el levantamiento se extendió contra todo el sistema absolutista y lograr un proceso constituyente. El vacío de poder que había dejado Fernando a su marcha del país y el rechazo del pueblo contra José I (“Pepe Botella”) dio lugar a que Juntas populares tomaran el mando. La Junta Central convocó en 1810 Cortes generales y extraordinarias para reunirse en Cádiz. En verano de ese año tuvieron lugar las primeras elecciones del pueblo para elegir por sufragio censitario indirecto a sus representantes en las Cortes. Éstas se reunieron en septiembre en una auténtica asamblea constituyente y asumieron la representación de la soberanía popular mediante Decreto³. Todo ello generó la creación de la histórica Constitución de Cádiz en 1812, primer texto en España en reconocer la soberanía de la Nación, los derechos individuales del pueblo y el sometimiento del monarca Fernando VII a las Cortes (representantes de la voluntad nacional). La monarquía deja de ser absoluta y pasa al constitucionalismo (“por la gracia de Dios y la Constitución”).

La etapa siguiente supone el inicio de las sucesivas alternancias entre liberalismo y absolutismo. Una vez expulsado José Bonaparte, Fernando volvió a España en calidad de rey, dejando sin sentido la continuación de las Juntas populares. La Constitución gaditana recién promulgada sometía al nuevo rey al poder constituyente, obligando al monarca a jurar la norma suprema. Sin embargo, un grupo de diputados defensores del absolutismo e intervinientes en las Cortes de Cádiz, entre los que destaca el general Francisco de Eguía, aprovecharon la vuelta del rey para presentar el denominado “Manifiesto de los Persas” en el que solicitan la vuelta al régimen y la supresión de la Constitución, petición que Fernando VII veía con muy buenos ojos. De tal manera que traicionando al propio texto constitucional que él mismo había jurado, el rey permitió un golpe de Estado por parte de

² ESCUDERO, José Antonio, Op. Cit., *Curso...*, pp. 809 y 810.

³ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, Editorial Tecnos, 3ª ed., 1981, pp. 437 y 438.

Eguía para acabar con las Cortes y los principios constitucionales, restaurando el Estado absolutista y arrestando a los liberales “afrancesados” que no consiguieron huir del país.

Este golpe no frenó no obstante a los liberales, que trataron de recuperar la senda constitucional con el apoyo del ejército mediante los “pronunciamientos”. Así fue, en enero de 1820 el teniente coronel Riego se sublevó en Cabezas de San Juan proclamando la restauración de la Constitución de 1812. Su éxito obligó a Fernando VII a recuperar el texto liberal y jurarlo, cambiando las tornas de modo que ahora los perseguidos serían los absolutistas. Se inicia el Trienio Liberal, que como su nombre indica sólo duró tres años pues la reacción absolutista no se hizo esperar y, esta vez, involucrando a Europa. La derrota de Napoleón, sobre todo tras la batalla de Waterloo, propició a los monarcas europeos la posibilidad de restaurar su poder real absolutista. Además, la vuelta al constitucionalismo en España se vio como un enorme escollo para Fernando VII y otros monarcas como los emperadores de Austria y Prusia, formando entre ellos una Santa Alianza para poner fin a las revoluciones liberales. En efecto, en el Congreso de Verona de 1822 acuerdan la entrada militar en España de un ejército francés (con voluntarios españoles), los “Cien Mil Hijos de San Luis”, para acabar con las instituciones constitucionales. En 1823 se produjo el sitio a Cádiz, la derrota de la resistencia liberal y el ahorcamiento del general Riego. Fernando VII anuló por decreto los actos del gobierno constitucional e inició una segunda restauración del despotismo absolutista, la “Década Ominosa” (1823-1833). Hubo nuevos intentos de insurrección preparados en mayor parte en el extranjero por liberales exiliados, como el pronunciamiento de Torrijos o la Expedición de los Coloraos de los Caballeros Comuneros desde Gibraltar, pero todos ellos fueron derrotados.

Así como durante el Trienio Liberal se produjo la división entre liberales “moderados”, defensores de una evolución progresiva de las reformas de 1812, y “exaltados”, que buscan acabar con el Antiguo Régimen de forma radical; en el periodo absolutista de la Década Ominosa también hubo una separación entre reformistas y apostólicos. Los primeros eran partidarios de continuar con un absolutismo pero más “suavizado”, mientras que los apostólicos pretendían una restauración total del absolutismo. Estas posturas fueron el germen de la futura escisión entre isabelinos y carlistas. El envejecimiento prematuro de Fernando VII y la muerte de su tercera esposa en 1829 sin dejar sucesión directa hizo que el rey comunicara a sus consejeros la urgencia de casarse de nuevo para asegurar su descendencia (“Es menester que yo me case cuanto

antes” llegó a decir⁴). Contrajo matrimonio con María Cristina de Borbón, la cual quedó embarazada al poco tiempo. Ante la posibilidad de que fuese una niña, el rey hizo pública previamente la Pragmática sanción de 1789, aprobada años atrás por su padre Carlos IV y que abolía la Ley Sálica, la cual había estado en secreto e impedía reinar a las mujeres. Así aseguraba el trono a la que efectivamente fue su hija, Isabel. La importancia de este hecho reside en la gran consternación que supuso para los intereses de Carlos María Isidro, hermano del rey, y los de sus seguidores ultraabsolutistas. Estos carlistas aprovecharon la primera oportunidad cuando el rey cayó muy enfermo para presionar a la reina María Cristina a convencer a su esposo de derogar la Pragmática sanción y restablecer la Ley Sálica (sucesos de La Granja del verano de 1832). Sin embargo, la firma derogatoria de Fernando VII no duró mucho pues el último día de ese año el rey, con la salud inesperadamente recuperada, anuló el decreto argumentando que había sido engañado, permitiendo de nuevo a su hija Isabel gobernar tras su muerte en 1833. Al ser tan solo una niña, su madre asumió el gobierno como Regente María Cristina, en un periodo que desembocó en una guerra civil entre carlistas e isabelinos (Manifiesto de Abrantes de Carlos en defensa de sus derechos dinásticos). Como los partidarios carlistas eran de corte completamente absolutista, la reina regente formó coalición con los liberales, pudiéndose ver de nuevo el choque de ideologías habitual desde finales del siglo anterior.

La guerra finalizó con la victoria del bando liberal de la reina sobre los defensores absolutistas, quedando plasmado en el Convenio de Vergara de 1839. Las consecuencias de este triunfo fueron muy importantes, como en la Iglesia, que fue fruto de la política desamortizadora. Por otro lado, pese a que desde su origen el liberalismo era conducido por los burgueses, en este momento se produce un acercamiento a los militares, encabezados por el general Espartero, que incluso llegó a asumir la regencia tras María Cristina. Sin embargo, Espartero se posicionó con unos liberales más radicales que los que había triunfado sobre los carlistas (liberales moderados), generando un sentimiento de desconfianza entre parte del ejército y la burguesía. La regencia del general tuvo su final

⁴ Juan Francisco Fuentes y Pilar Garí, “Capítulo 10. El partido de las mujeres tras la muerte de Fernando VII”. En *Amazonas de la libertad: Mujeres liberales contra Fernando VII*. [en línea], Madrid, Marcial Pons, Historia, 2015.

<<https://books.google.es/books?id=IFXjCgAAQBAJ&pg=PT304&lpg=PT304&dq=Es+menester+que+me+case+cuanto+antes&source=bl&ots=ZsCfjKjKTN&sig=7TtJ0MI1Vs2uYtjvfHduFseEhSk&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwieuJyG76fPAhWF1RoKHd0MAvMQ6AEIIjAB#v=onepage&q=Es%20menester%20que%20me%20case%20cuanto%20antes&f=false>> [Consulta: 18 septiembre 2016].

con las sublevaciones de Cataluña y Sevilla. El militar Narváez derrotó a las tropas esparteristas en Torrejón de Ardoz en 1843, año en el que Isabel empezó a reinar.

De nuevo no tardó en surgir una respuesta a esta inestabilidad en la política española que originaba el continuo cambio de gobierno. En 1854 se inició el Bienio Progresista con el pronunciamiento de varios militares conservadores primero en Madrid y luego en otras ciudades. En este periodo destaca la elaboración de la Constitución de 1856 (tras la de 1845 durante el régimen de Narváez), que no llegó a promulgarse aunque sirvió como antecedente para la de 1869. Además, a todos los conflictos políticos había que añadir ahora la revolución obrera, que se reprimió con la prohibición de todo tipo de asociación. En 1856, Leopoldo O'Donnell comenzó a dirigir el régimen moderado durante el llamado "Gobierno largo" de este militar, pues de hecho fue el más largo de los que hubo durante el reinado de Isabel II. Partícipe indiscutible del mismo fue la Unión Liberal, partido político fundado por el propio O'Donnell y que efectivamente aportó cierta estabilidad política y progresos en la industria, la agricultura, el comercio, el ferrocarril y también en la imagen de España de cara al exterior, muy oscurecida por los conflictos durante años. A pesar de la notable mejoría y optimismo, los opositores triunfaron haciendo que el propio partido moderado presionara a O'Donnell a dimitir en 1863. La consecuencia fue una sucesión de siete gobiernos en tan solo cinco años.

La inestabilidad generalizada nutrió una espiral conspirativa y el posicionamiento de los partidos políticos a sentidos más extremistas. Juan Prim, militar y miembro del partido progresista, lideró el pronunciamiento militar en Cádiz junto a Serrano y otros líderes militares y, tras triunfar gracias al apoyo de la gran parte de la población, organizó un Gobierno provisional que promulgó por decreto para convocar Cortes constituyentes mediante sufragio universal masculino. La cuestión principal que se discutió entonces en las Cortes fue optar por el continuismo monárquico o si proclamar una república. Isabel II se había exiliado a Francia tras la caída de O'Donnell en 1863, por lo que ya no era una opción para los defensores monárquicos. La nueva Constitución de 1869, fruto de la Revolución Gloriosa y encargada por las Cortes, recogía por primera vez un amplio reconocimiento de los derechos individuales de los españoles (en el Título I: "De los españoles y sus derechos") y un verdadero intento de dar más importancia al poder judicial y construir democráticamente un Estado.

Amadeo de Saboya fue el candidato que finalmente se adoptó en 1870 para reinar, pero al desembarcar en tierras españolas se encontró con un país prácticamente deshecho e

ingobernable. Prim había sido asesinado poco antes de llegar el nuevo rey, y su partido estaba dividiéndose en radicales y conservadores. Los seis gabinetes que se sucedieron durante su reinado fueron incapaces de lograr poner fin a la crisis, agravada por el conflicto secesionista de Cuba. Además, la popularidad del rey, y en general de la monarquía, era bastante escasa, lo que llevó previsiblemente a su renuncia al trono el 11 de febrero de 1873, día en el cual se proclamó pacíficamente la Primera República en la historia de España. Este momento, imborrable y totalmente novedoso, no estuvo exento de problemas pues el nuevo Estado republicano duró apenas más de un año (hasta el 29 de diciembre de 1874) y contó con cuatro presidencias: Figueras, Pi i Margall, Nicolás Salmerón y, finalmente, Castelar.

Las posiciones de cada uno eran tan dispares (el primero sostenía un sistema de coalición, el segundo una república federal, el tercero una radical y unitaria, y el último una conservadora) que el nuevo orden republicano no pudo ni siquiera avanzar, además de contar con escaso apoyo tanto dentro como fuera del país, pues tan solo era defendido por los políticos, la burguesía de izquierdas y algunos autores y sectores obreros, pero sin fuerza popular⁵.

Durante esos años se trató de promulgar una nueva Constitución sobre las bases republicano-federales. El 1 de junio de 1873 se proclamó en las Cortes la República federal, impulsada por Pi i Margall. Castelar dirigió una comisión parlamentaria para redactar un nuevo texto constitucional que nunca llegó a ver la luz y quedó en un mero proyecto. Esto es un reflejo del futuro de la I República, pues los esfuerzos de los presidentes no consiguieron revertir la situación.

En el campo de la codificación, se puso de manifiesto la gran vinculación entre el Derecho constitucional y el Derecho penal con la reforma de 1870. Las Cortes constituyentes elaboraron ese mismo año un nuevo Código Penal en principio con carácter provisional, pero que acabó teniendo una vigencia de cincuenta y ocho años, salvo la breve vigencia del Código Penal de 1928. Con motivo de la importancia de este Código y de tratarse de la materia central en el presente trabajo, su exposición será objeto de estudio detallado más adelante.

Además, desde 1872 se estaba viviendo un clima muy sangriento en Cataluña, el Levante y las Provincias Vascongadas con la nueva guerra carlista. Los moderados

⁵ ESCUDERO, José Antonio, Op. Cit., *Curso...*, pp. 809-821.

conservadores se sublevaron buscando reintroducir la autoridad real con el pretendiente Carlos (VII para sus seguidores). No obstante las revueltas fueron derrocadas, pero el gobierno republicano quedó bastante tocado por el conflicto. Además, mientras el ejército contenía a los carlistas se inició en Andalucía y Levante la rebelión cantonal protagonizada por los republicanos “intransigentes” defensores de establecer una República federal sin esperar a una Constitución federal. La represión de la revuelta obligó a la República a adoptar una posición más conservadora frente a la amenaza federalista. Esto tuvo lugar con el golpe de Estado del general Pavía en 1874 en un intento del ejército de asumir una actitud conservadora.

La consecuencia final fue el advenimiento de un año de transición hacia el periodo conocido como Restauración. Este cambio se explicaba por el fracaso de la República y porque, en realidad, ningún evento de los que hubo en aquellos años (ni la Revolución Gloriosa del 68, ni la monarquía democrática de Amadeo de Saboya, ni el propio gobierno republicano) logró cambiar el estrato básico de la vieja España isabelina. En suma, se puede ver el golpe de Pavía como una especie de puente al periodo restaurador⁶. Artífice indiscutible del nuevo paradigma político fue Antonio Cánovas del Castillo, ex ministro de Gobernación, Ultramar y Hacienda durante el final del reinado de Isabel II e historiador consagrado, que advirtió que tras las experiencias pasadas la estabilidad de la Restauración dependería de unos cambios muy importantes: representar la figura real de la monarquía en Alfonso XII y no en su madre Isabel II debido a la pasada abdicación formal de ésta, establecer un nuevo partido liberal conservador pero distinto al partido moderado y la Unión Liberal, y permitir un bipartidismo estable con las corrientes derivadas del progresismo, de la democracia y la República, que pueden funcionar como alternativa siempre y cuando respeten los otros cambios. Pero especialmente el nuevo orden monárquico, de acuerdo con Cánovas, deberá basarse en el poder civil, apartando al ejército de los pronunciamientos típicos de la etapa precedente. La Restauración recibió apoyo y financiación de la alta burguesía, sobre todo la catalana.

La transición constitucionalista de Cánovas del Castillo logró evitar la oposición del Ejército al mantener una ideología conexas, pues se basaba en un Estado monárquico no absolutista (distinto a como sería con Carlos VII) y no extranjero (Amadeo I), pudiéndose compatibilizar con la mentalidad militar por la integridad nacional y con la ideología nobiliaria también presente. Sin embargo habrá un elemento donde ambas posturas,

⁶ TUÑÓN DE LARA, Manuel, *Historia de España. Vol. 8. Revolución burguesa, oligarquía y constitucionalismo (1834-1923)*, Barcelona, Labor S.A, 2ª ed., 1983, pp. 278-304.

canovista y militar, chocarán: la manera de llevar a cabo la Restauración del país. Mientras que el enfoque de la primera fue eminentemente constitucionalista, la postura militar de cambiar el poder político siempre iría apegada a los pronunciamientos, como así demostró el general Martínez Campos en Sagunto al proclamar rey de España a Alfonso al grito de “¡Viva Alfonso XII!”. Hecho al que Cánovas del Castillo se refirió irónicamente si “es serio pretender que todo se haga levantando dos batallones sin disparar un solo tiro”.

Cánovas trabajó para que el rey Alfonso XII fuera eje de una monarquía constitucional y parlamentaria, al mismo tiempo que jefe supremo del ejército (“Rey soldado”). No obstante, esta especie de vuelta al modelo real no suponía ni mucho menos un nuevo absolutismo pues el orden político sería por primera vez civil, además de constitucional. Por tanto no se trataba de derribar todo lo logrado con los periodos revolucionarios. De otro lado, se dedicaron esfuerzos a que las Cortes realizaran una nueva Constitución que recogiera los principios de la Constitución de 1845 (moderada) junto con las libertades de la del 69 (democrática). El nuevo texto constitucional quedaría finalizado en 1876 y tuvo una excepcional vigencia en parte gracias a su capacidad de lograr el consenso entre gran parte del sector político. Rey, Cortes y Gobierno serán los pilares de la monarquía parlamentaria prevista en la Constitución de 1876, que proclama que la soberanía nacional reside en “las Cortes con el Rey”⁷. No obstante, la legislación canovista será restrictiva, pues por ejemplo declaraba ilegal a todo partido o asociación críticos con la institución monárquica y el sistema político. Además establece un Estado confesional católico, aunque se tolera el culto de otras religiones siempre que se respete a la oficial.

La nueva Constitución demuestra un verdadero intento por construir un modelo político constitucional sin romper del todo con el periodo más liberal y revolucionario. Pero la vida en la política sería muy distinta a los procedimientos previstos en la norma suprema, hasta el punto de tratarse de una mera “ficción constitucional”, pues de otro lado estos años estarían marcados también por el caciquismo, la corrupción electoral y la burguesía oligárquica. Cánovas sentía una enorme admiración por el parlamentarismo británico, basado en un bipartidismo que al importarse a España trajo como consecuencia la alternancia entre los dos principales partidos políticos: el Partido Conservador liderado por Cánovas y el Partido Liberal Fusionista de Mateo Sagasta. Entre ambos se alternarían en el poder para crear un muro frente a los radicalismos con la práctica frecuente del fraude

⁷ Artículo 18 de la Constitución de 1876. En: http://www.senado.es/web/wcm/idc/groups/public/@cta_senhis/documents/document/mdaw/mde5/~edisp/senpre_018546.pdf [Consulta: 26 septiembre 2016].

en las elecciones mediante el intercambio de “votos por favores” a través de un cacique, miembro de una élite local o comarcal, que compraba votos a gente de su pueblo. La oligarquía la conforman los dirigentes políticos de ambos partidos, sobre todo aquellos relacionados con terratenientes y la burguesía adinerada.

Siempre bajo la sombra de la falsedad electoral, con el “encasillado” y el “pucherazo” como técnicas propias de la corrupción cacique, lo cierto es que el país vivió un período de estabilidad y así se puede observar en la larga duración de la Constitución. La sucesión de turnos entre los partidos quedó plasmada en el Pacto de El Pardo de 1885, a la muerte de Alfonso XII, por el que Cánovas, junto con Sagasta, aconsejó a la regente María Cristina, de turnarse en el poder para evitar la amenaza de los republicanos y carlistas y así proteger y fortalecer a la monarquía.

A finales del siglo XIX la situación cambiaría drásticamente. La guerra saltó al primer plano de la vida política, primero con la guerra en Melilla en 1893, después con la guerra de la independencia cubana en 1895 que luego se extendería a Filipinas y, por último, la entrada en la contienda de Estados Unidos por el hundimiento del acorazado “Maine”. La derrota de las tropas españolas en 1898 certificó la pérdida de las últimas colonias y una enorme crisis político-social que se reflejó hasta en una pérdida de identidad o de personalidad de España, como así reflejaron los autores de la Generación del 98.

2.2. Las Recopilaciones: el antecedente de los Códigos

La codificación no fue una técnica fruto de la casualidad sino de un pensamiento ilustrado reaccionario al método tradicional de construcción del sistema jurídico durante el dominio del Antiguo Régimen, las recopilaciones. Por ello, es interesante abordar las facetas más características de la etapa recopiladora, en aras de entender mejor porqué razón, con la llegada de la Ilustración, se va abandonando dicha técnica para comenzar a crear Códigos en varias materias jurídicas.

L'État, c'est moi (“El Estado soy yo”), la inmortal frase atribuida a Luis XIV durante su juventud cuando por entonces ya ocupaba el trono de Francia y Navarra con tan solo dieciséis años, es una expresión demoledora que, más allá de si dicho monarca realmente la pronunció o no, sintetiza perfectamente el ámbito político existente en Europa durante los siglos XV, XVI y XVII, pues sentencia en breves palabras la concepción absolutista y

autocrática del Estado. Y es que desde el último periodo del siglo XV se observa un enorme crecimiento del Estado como el máximo aparato que ostenta el poder político. Y dentro de éste destaca sobre el resto de instituciones la figura del monarca, el Rey o Príncipe, cabeza y eje vertebrador del Estado. Por ello, se puede resaltar una equivalencia entre poder real y poder estatal, aunque también actúan los estamentos privilegiados y la recién nacida burocracia, pero todas ellas sometidas bajo el control y mando del poder real.

La concentración y simbolización del poder del Estado en la figura real se ejerce sobre todo por escrito: “el Rey en el despacho”, con sede fija. Esto contrasta con lo que ocurre en el bajo Medievo, donde de forma resumida se puede hablar de rey “ambulante”⁸. Por tanto, en el nuevo periodo el monarca asume un rol burocrático, y la escritura es la forma de tramitación característica.

En estas líneas, el exponencial crecimiento del poder real asociado al Estado supone paralelamente una gran proliferación de Derecho real, constituido por normas escritas y de sentido muy amplio. No eran propiamente normas generales sino más bien mandatos del monarca destinados a autoridades inferiores o subordinados para dirigirles ante una determinada situación, por lo que se trataban de disposiciones de gobierno que no interesaban a más que a quien debiera cumplirlas. Por otro lado seguían existiendo normas generales, pero manteniendo el rango y forma predominantes en los siglos anteriores.

Dicho crecimiento trajo como consecuencia una mayor dificultad para conocer todas las normas que iban surgiendo en cada reino, de modo que en respuesta a ese problema nace el movimiento recopilador con el objetivo de agrupar las normas a través de un criterio cronológico (por orden de fecha) o bien por uno sistemático (por razón de la materia) y así facilitar el conocimiento del Derecho real vigente. Se trataba de una tarea realizada fundamentalmente por juristas debido a la necesidad de una buena formación en materia jurídica, especialmente para la elaboración de recopilaciones sistemáticas, más complejas pero también más útiles, que las cronológicas.

Las recopilaciones son por tanto obras que pretenden agrupar normas y dotar de mayor claridad a la enorme dispersión que sufría el Derecho real de un reino. Además de diferencias en su criterio (pudiendo ser, como se ha dicho, cronológicas o sistemáticas) también difieren en su carácter, pues algunas son privadas, esto es, realizadas por iniciativa propia de los juristas sin el respaldo real, mientras que otras adquirieron carácter oficial al

⁸ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, Op. Cit., *Manual...*, pp. 263-264.

ser propuestas por las Cortes o a encargo del Rey, obteniendo la sanción regia una vez finalizadas. Ejemplos del primer tipo fueron las primeras recopilaciones del Derecho navarro, mientras que recopilaciones oficiales, entre otras muchas, fueron el trascendental “Ordenamiento de Díez de Montalvo” (o al menos ello se desprende del prólogo de su obra al indicar el encargo de los Reyes Católicos, pero se duda de si es cierto o no, como señala María José María e Izquierdo⁹), el “Libro de las Bulas y Pragmáticas” de Juan Ramírez y la “Nueva Recopilación de los Fueros, privilegios, buenos usos y costumbres, leyes y ordenanzas de la Provincia de Guipúzcoa” (ésta de un periodo recopilador más moderno, época de Carlos II).

El movimiento recopilador es sin duda un baluarte en el desarrollo y mejora del Derecho, pues reducía la dispersión de normas permitiendo un mejor conocimiento de las mismas a jueces, oficiales y juristas, además de que algunas de las recopilaciones (privadas u oficiales) gozaron de gran utilidad práctica y notoriedad. Sin embargo, como todo, las labores de recopilación no han estado exentas de problemas, siendo algunos de ellos más acuciados en determinados reinos. Entre ellos, caben destacar:

- La elevada carga de trabajo que implicaba recopilar, y ello se tradujo en numerosos errores por parte de los recopiladores, sobre todo en Castilla debido al enorme aumento de normas de Derecho real en su territorio (obviamente, un reino de gran extensión geográfica y población presentará más complejidad legislativa).
- Las recopilaciones no castellanas, especialmente las navarras, recopilan las normas en su integridad, sin cambiar ni una palabra del texto recopilado, lo que en ocasiones generó excesiva reiteración.
- Por su parte, las castellanas optaron por alterar los textos recopilados a causa de la inabarcable cantidad de disposiciones existentes, de modo que los recopiladores “fundían” varias normas en un único texto. Con ello se lograba brevedad pero se corría el riesgo, y así sucedió a veces, de alterar el sentido del texto recopilado.

Estas debilidades del movimiento se fueron agravando con el paso del tiempo, cuando la organización política del territorio español fue desembocando en la plenitud absolutista y nacieron las primeras voces ilustradas críticas del modelo y configuración del

⁹ MARÍA E IZQUIERDO, María José, “El Ordenamiento de Montalvo y la Nueva Recopilación”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, n° 6, 1999, pp. 435-436.

Derecho que se había ido conformando a lo largo de casi cinco siglos. A esta progresiva crisis del Antiguo Régimen le fue consecuente un “descrédito”¹⁰ de la recopilación como técnica unificadora, ya que la mera acumulación de normas sobre las anteriores existentes sin practicar una política derogatoria producía una inutilidad práctica muy importante, como ocurría en Castilla. Las nuevas normas no derogaban expresamente las anteriores, por lo que éstas se acumulaban durante siglos. Por su parte, la extensa legislación de la monarquía borbónica pone de manifiesto las carencias de la recopilación para dotar de mayor rigor y actualizar el Derecho real vigente, y así lo manifestaron muchos autores racionalistas. Esto motivó que en algunos países europeos, todavía en manos del poder absolutista, se fuera desarrollando un nuevo movimiento que busca acabar con la simple acumulación de textos recopilados para crear nuevas normas más breves, ordenadas y racionales, logrando una mayor unidad y coherencia en las leyes. Es lo que se conoce como “Codificación”, una técnica novedosa basada en el método de la razón que en España durante la segunda mitad del siglo XVIII todavía no consiguió asentarse plenamente, teniendo que esperar más tiempo que otros vecinos europeos para que las ideas ilustradas impregnaran con fuerza el Derecho vigente. El incipiente pensamiento ilustrado español cayó en un fracasado intento por lograr crear auténticos códigos que sustituyeran la obsoleta técnica recopiladora. Fantásticas obras como las de Filangieri, Beccaria y Lardizábal impulsaron un tanto la vía penal para elaborar un Código criminal, pero en general los esfuerzos no fueron suficientes. Ejemplos de ello fueron el caso de Zenón de Somodevilla, marqués de la Ensenada y ministro de Fernando VI, que en 1752 propuso al rey un “Código fernandino”, cuando a pesar del nombre, no era más que una nueva recopilación; y la tardía “Novísima Recopilación” de 1805, reedición oficial de la Recopilación de 1567 con la inclusión de la extensísima legislación surgida durante el siglo XVIII, y que recibió duras críticas al poco tiempo de su publicación.

2.3. Los cambios ideológicos, políticos y sociales de finales del siglo XVIII: el paso a la codificación

Como se ha dicho previamente, los últimos momentos del Antiguo Régimen se caracterizan por una progresiva crisis del modelo absolutista del Estado y la técnica recopiladora. Las ideas iusnaturalistas surgidas en Europa promueven una visión más optimista del hombre, fruto de los espectaculares avances en el campo de las ciencias físico-

¹⁰ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, Op. Cit., *Manual...*, p. 395.

naturales gracias a Descartes o Newton, entre otros. Todo ello parte de la confianza y convicción en unos principios generales, abstractos e inmutables, de los cuales a través del uso de la razón se puede llegar a otros más concretos que pueden ser aplicados a situaciones particulares. Grandes autores como Leibnitz o su discípulo Wolff (al que su coetáneo Kant consideró como “el más grande de todos los filósofos dogmáticos” en el prólogo de la segunda edición de su “Crítica de la razón pura”) fueron impulsores de este criterio. La “razón” se convierte por tanto en el instrumento clave para pasar de unas normas jurídicas que se consideran absolutas e innegables a un modelo de leyes positivas como las del modelo científico; se pretende trasladar las mismas técnicas racionalistas del campo experimental y científico al Derecho, de manera que partiendo de una materia dada (como el Derecho penal) se establecen normas generales a partir de las cuales se deducen otras, conteniendo todas ellas en un Código (el penal).

El nuevo racionalismo obviamente también tuvo un trascendental impacto en el ámbito político. El tipo de Estado configurado durante la época absolutista, basado en la figura real como epicentro del poder político y el longevo sistema señorial donde los estamentos privilegiados concentraban el dominio de la tierra (vinculada a la nobleza por el régimen del mayorazgo o amortizada por la Iglesia), comenzó a ser duramente criticado desde el último periodo del siglo XVIII y principios del XIX. La sociedad del momento, en la que el hombre no gozaba de una igualdad de derechos sino que la condición jurídica de la persona dependía de su posición o estamento social, fue radicalmente cambiada por las ideologías racionalistas e ilustradas, defensoras de un nuevo modelo con una igualdad de derechos entre los hombres. No obstante, es importante resaltar que como las nuevas premisas fueron impulsadas por y para beneficio fundamentalmente de la burguesía (cuyo poder había ido creciendo), se suele identificar dicho cambio como revolución burguesa. En efecto, el creciente poder económico de la burguesía (especialmente francesa) choca con la rigidez de la monarquía y su afán por mantener los privilegios de la Iglesia y la nobleza. Además el campesinado estaba hastiado del durísimo régimen señorial, lo que fue aprovechado por los burgueses para unir fuerzas y propiciar un cambio violento y sangriento contra los estamentos privilegiados, y así acceder al poder político que tanto ansiaban. Comenzaba la Revolución Francesa en 1789¹¹.

Dilapidado el Antiguo Régimen (aunque siguen quedando vestigios absolutistas) y asentada la burguesía en el poder, la extensión del iusnaturalismo fue mucho más rápida

¹¹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, Op. Cit., *Manual...*, pp. 401-403.

gracias a la obra de numerosos filósofos y dogmáticos. El racionalismo abarcó todo tipo de campos, ya fuere con la predicación del liberalismo económico y capitalista (Adam Smith) o político. Poco a poco el movimiento resultante de la revolución fue penetrando en otros países europeos, aunque fue de forma gradual y a distinto ritmo pues el absolutismo todavía regía con potencia en otros estados y veía con gran temor las ideas revolucionarias.

El caso español es uno de aquellos donde el pensamiento liberal sufrió el intento de freno por parte de la monarquía, además de contar con un escaso peso de la burguesía española. Un ejemplo es el citado caso del Conde de Floridablanca, ministro del rey Carlos IV, que estableció el ya citado “cordón sanitario”, esto es, el cierre de las fronteras pirenaicas con el objetivo de evitar la entrada de propaganda revolucionaria procedente de Francia, aunque realmente fracasó en cierto sentido porque entró por otras vías, como los puertos, por lo que dicho ministro fue destituido en 1792. Los ilustrados españoles se esforzaron por proclamar la igualdad y la equiparación de clases, la abolición del régimen señorial propio de la nobleza y la Iglesia para establecer un liberalismo económico donde la propiedad de la tierra se fijara en base a las reglas del mercado y, sobre todo, lograr la creación de una norma suprema que recogiera principios tan básicos como la separación de poderes¹². Paradójicamente, los ideales liberales procedentes de Francia se extendieron por el país mezclados con el espíritu antifrancés iniciado con el levantamiento del 2 de mayo de 1808.

En España el cambio con respecto al modelo del Antiguo Régimen se caracteriza por tener un desarrollo irregular, discontinuo, pues presenta una serie de “picos” o etapas de desarrollo de las ideas liberales e inmediatamente después le siguen periodos de reacción absolutista, y así sucesivamente. Naturalmente, esta situación tendrá su reflejo en los Códigos, de modo que una etapa liberal presentará una apertura al humanismo mientras que la vuelta al absolutismo contará con mayor rigidez y endurecimiento de las penas.

3. EL MOVIMIENTO CODIFICADOR

3.1. Aproximación y relación con el constitucionalismo

¹² VARIOS AUTORES, *Manual básico de Historia del Derecho (Temas y Antología de Textos)*, Madrid, Laxex, 1997, pp. 361 y ss.

Superada la etapa recopiladora y extendiéndose las ideas del pensamiento liberal francés, la configuración del Derecho fue experimentando cambios acordes con la nueva filosofía imperante, cuyos autores se decantaban por una nueva forma de actualizar el Derecho y acabar con las viejas recopilaciones. Nace la codificación en Europa y sobre las principales materias jurídicas. La cuestión preliminar consiste, en breves palabras, en una aproximación a la idea de “codificación” y al término “Código”. Para poder abarcar dicho contenido se hace preciso, sin embargo, hacer algunas consideraciones previas, ya que como se expondrá más adelante el movimiento codificador no es algo exclusivo del derecho español, sino que tiene su existencia en otros países europeos y más tarde pasó a América; de hecho los primeros Códigos fueron elaborados en Prusia, Austria y Francia, por lo que será necesario hacer una breve referencia a la codificación europea, especialmente el *Code civil* francés de 1804 pues tiene una gran influencia sobre los elaborados posteriormente. En el mismo sentido, la codificación también está muy presente en otras materias del Derecho como son la civil, la procesal y la mercantil, de modo que tampoco es única para el derecho penal.

Así pues, en primer lugar resulta obligatorio partir del sentido de “codificación”, que sería todo aquel proceso o labor que lleva a la creación de los Códigos, tarea que no ha sido universal para todas las materias del Derecho sino sólo en aquellas que el pensamiento liberal toma como básicas: la penal, civil, mercantil y procesal (esta última a su vez se ha dividido en dos corrientes: del proceso civil y proceso penal). De entre todas ellas se tomará como principal la codificación penal en este trabajo, pero no se puede ignorar y hacer una mención, aunque sea breve, del resto de materias.

La codificación puede ser asimismo entendida como un proceso global, que abarca tanto la elaboración de Códigos en materia penal, civil, procesal y mercantil, como de la propia Constitución al tratarse ésta de un Código político como así la llamaban los parlamentarios del siglo XIX. De todos modos, tampoco son obras totalmente correlativas, pues aunque lo normal es que un texto constitucional suela venir seguido de nuevos Códigos, manifestando la mayor importancia de la Constitución sobre los Códigos, lo cierto es que tienen una cronología dispar. Por ejemplo, la primera Constitución española, de Cádiz, es de 1812, mientras que el primer Código Penal es de 1822 y el Civil de 1888. Además, los cambios políticos característicos de los siglos XVIII a XX españoles reflejan la tendencia principal a reformar o sustituir la Constitución vigente, lo que, unido al hecho de

que los Códigos regulan de manera mucho más objetivamente la materia tratada, hace que éstos últimos por lo general mantengan una mayor duración en el tiempo.

En cuanto a “Código” (del vocablo latín *codex*), el estudio no puede basarse simplemente en el punto de vista terminológico, como bien señala José Antonio Escudero¹³ al decir que es “cualquier tipo de manuscrito en forma de libro, con hojas cosidas en bloque compacto (...)”, sino en un sentido más jurídico que, siguiendo a dicho autor, es “un libro de leyes”. No obstante, el significado del término no ha sido siempre el mismo, de hecho las posturas son hasta contrarias, puesto que en los primeros momentos del siglo IV se aplicaba a una compilación de leyes como fueron el *Codex Gregoriano* o el de *Justiniano*, pero no era propiamente una ley; mientras que ya en la segunda mitad del s. XVIII se rompe con esa concepción debido al racionalismo jurídico, generalizándose hasta la actualidad un sentido de “Código” acorde al pensamiento liberal de la Ilustración donde, de acuerdo con Tomás y Valiente¹⁴, “es una ley de contenido homogéneo por razón de la materia, que de forma sistemática y articulada, expresada en un lenguaje preciso, regula todos los problemas de la materia unitariamente acotada.” En este contexto, un Código es una ley y no una simple acumulación de leyes, realizado por un único legislador. Además, mientras que una recopilación trata distintos temas y por lo general de forma desordenada y básica, únicamente diferenciando campos muy amplios, el Código es una ley “de contenido homogéneo”, más breve, coherente, ordenado y específico, y por tanto que se ocupa de una misma materia “unitariamente acotada” (el Derecho penal, el Derecho procesal, el civil, y el mercantil) tratando de regular todos los problemas y situaciones que se pueden plantear en dicha materia y en el lenguaje claro y preciso propio del racionalismo (no hay metáforas sino deducciones).

3.2. Los primeros Códigos europeos

Como se ha dicho, los autores ilustrados y racionalistas partían de la existencia de un Derecho natural cuyas leyes eran absolutas e innegables, un positivismo frente al cual ningún poder político puede oponerse. Negar dichos principios es como negar la veracidad de los comportamientos naturales descritos por la física o las matemáticas, de manera que se pretende trasladar esa razón por el Derecho natural al campo jurídico.

¹³ ESCUDERO, José Antonio, Op. Cit., *Curso...*, p. 877.

¹⁴ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, Op. Cit., *Manual...*, p. 465.

Fruto de esa mentalidad ilustrada, promovida especialmente por la incipiente clase burguesa que buscaba cambiar el sistema político del Antiguo Régimen para beneficiar su poderío económico a través de las leyes de libre mercado y el capitalismo, nacerían los primeros códigos europeos. Éstos serán expresión del nuevo modo de entender el Derecho, incluyendo principios generales del Derecho natural e inmutables, a través de los cuales se deducen otros más concretos. La estructura, en definitiva, seguiría el carácter sistemático de filósofos racionalistas como Grocio, Leibniz y Wolff. El objetivo es crear unos cuerpos legislativos capaces de dotar a la sociedad de una plena seguridad jurídica y regular cualquier tipo de problema que se plantee, logrando una unificación del Derecho que supere el caos normativo padecido durante el Antiguo Régimen, formado por excesiva abundancia de normas e interpretaciones confusas. La labor de los jueces se ajustará estrictamente a aplicar el contenido de los Códigos, sin posibilidad de crear nuevo Derecho.

Los primeros Códigos surgieron en el siglo XVIII en algunas regiones del centro de Europa. A mediados de ese siglo se codificaron los Derechos penal, procesal y civil de Baviera, aunque los textos resultantes no reflejarían aún un verdadero ideal ilustrado.

Prusia y Austria iniciaron también el fenómeno, todavía regidas por el absolutismo político. Durante el periodo de Federico II el Grande, monarca influido por la Ilustración, se llevó a cabo en Prusia un proyecto unificador del Derecho privado de las cuatro provincias integrantes. Sin embargo, la obra resultante fracasó al no respetar los principios del Derecho natural y la razón y quedar anclado en el tradicional *ius commune* romano. Se trataba de una recopilación más que un Código. Sin embargo, sirvió para que más adelante se realizara una codificación más madura plasmada en el Código civil prusiano de 1794 (*Allgemeines Landrecht*), vigente hasta 1900. No obstante para algunos autores, como el italiano Giovanni Tarello¹⁵, se trata de una recopilación más, aunque muy cercana a un Código.

Por su parte en Austria, durante el reinado de María Teresa la codificación no logró muchos avances, pues se realizó un Código civil teresiano que no era propiamente concebido como tal sino como una mera recopilación. Caso distinto ocurrió con José II, con el que se progresó en diversos campos del Derecho, especialmente con los Códigos procesales de civil y penal y el Código penal de 1787, prototipo de un código liberal.

¹⁵ Citado por TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, Op. Cit., *Manual...*, p. 477.

Los Códigos de estos países influyeron en las versiones posteriores del resto de países europeos, pero sin duda ninguno llegó al nivel de influencia del *Code civil* francés de 1804, asentado plenamente en el pensamiento burgués y el triunfo del liberalismo. Nada que ver con los Códigos anteriormente citados y todavía sometidos al absolutismo ilustrado.

El Código francés se redactó en poco tiempo, pero eso no impidió a que demostrase una calidad y un equilibrio normativo innegables, recogiendo la filosofía y trabajo de juristas franceses sobresalientes como Domat y Pothier. Aprobado por la Asamblea Nacional, el texto adoptó el nombre de *Code civil des français* e incluso Código de Napoleón, pues el mismo intervino en los debates del proyecto y acabó entendiéndolo como uno de los logros más importantes de su carrera: “Mi verdadera gloria no está en haber ganado cuarenta batallas. Waterloo eclipsará el recuerdo de tantas. Lo que no será borrado (*ce que rien n’effacera*), lo que vivirá eternamente, es mi Código Civil” llegó a decir en la prisión de Santa Helena.

El Código se entendió como un instrumento clave de unificación nacional y su contenido consagra derechos como la propiedad emanada del Derecho natural, como derivación natural de la persona, además de recoger la familia urbana basada en el matrimonio laico. También es importante su elevado número de artículos, 2881, recogidos a lo largo de tres Libros dedicados a los derechos individuales y en especial el derecho de propiedad.

3.3. La primera Constitución y el primer Código penal en España

Cada país europeo tuvo un ritmo distinto en función de la mayor o menor resistencia a la entrada del pensamiento liberal fruto de la Revolución francesa. En España, el movimiento codificador fue tardío pues los primeros intentos como reacción y crítica a las obsoletas recopilaciones medievales siempre acabaron fracasando. En la Europa absolutista empezaba a aflorar un sistema de unificación del Derecho que dota de mayor coherencia al sistema jurídico a través de nuevos textos más breves, claros y específicos. Sin embargo, en España la idea de derogar las antiguas leyes recopiladas y crear un nuevo Derecho no prosperó a lo largo del siglo XVIII; tan solo vagos intentos como el ya citado “Código fernandino” propuesto por Somodevilla a Fernando VI o el proyecto de Lardizábal para un Código criminal podrían considerarse, aunque de acuerdo con autores

de la talla de Tomás y Valiente no son más que recopilaciones nuevas¹⁶. Es más, la Novísima Recopilación se llevó a cabo en 1805, es decir, un año después del *Code civil* francés.

A comienzos del siglo XIX, dentro del periodo de sublevación española contra la invasión napoleónica y los primeros indicios del camino a la Constitución de Cádiz, la Junta Central realizó en 1809 una “consulta al país” preguntando a un grupo de autoridades qué medidas consideraban para mejorar la legislación. Se sucedieron respuestas muy diferentes, unas más ancladas al pensamiento tradicional del Antiguo Régimen y otras de corte más ilustrado, pero lo curioso es que ninguna se refería específicamente a hacer una codificación, sino más bien una recopilación de todas las leyes pero bajo una técnica moderna. La mentalidad de entonces se seguía moviendo en el campo recopilador, se veía la necesidad de reformar las leyes recopiladas pues sufrían de una gran confusión, pero todavía no se contempló una verdadera técnica codificadora al uso ilustrado.

El debate entre los diputados en Cádiz se refería a si era momento de nombrar comisiones para reformar la legislación o en cambio era más adecuado esperar a promulgar primero una Constitución. Ninguno presentó la necesidad de derogar parte de la antigua legislación española ni crear unos Códigos específicos en materia penal, civil, etc. La opción que se imponería unánimemente en las Cortes gaditanas fue la de redactar un primer texto constitucional.

Sorprendentemente, el texto definitivo de la Constitución gaditana proponía tres Códigos en su art. 258: el criminal, el civil y el de comercio¹⁷. Un radical cambio de parecer respecto de la idea meramente recopiladora de los debates constituyentes de meses antes, ya que el nuevo texto correspondía con una plena política codificadora liberal. Por otro lado, no decía nada acerca de un Código procesal, puede que por influencia de la Constitución francesa o del Estatuto de Bayona, que proponían el mismo esquema de Códigos. El artículo 258 se convertiría en un precepto que se repite, aunque no siempre de manera literal, a lo largo de las posteriores Constituciones hasta la de 1931, reflejando la necesidad de codificar el Derecho.

¹⁶ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, Op. Cit., *Manual...*, pp. 465.

¹⁷ Artículo 258 de la Constitución de 1812. En: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf [Consulta: 30 septiembre 2016].

La Constitución de 1812, conocida popularmente como “la Pepa”, se convirtió en el primer texto constituyente español e introdujo principios del liberalismo democrático tan importantes como la soberanía nacional y la separación de poderes¹⁸. Incorporó entre su articulado algunos derechos fundamentales como la propiedad o la libertad personal, pero no presentaba una tabla de derechos propiamente dicha.

A pesar de que en 1812 se asentaron las bases para la codificación de los Derechos penal, civil y mercantil, lo cierto es que hubo que esperar al trienio liberal de 1820-1823 para que se elaboraran comisiones que redactaran los Códigos, pues el retorno de Fernando VII supuso una inesperada vuelta al absolutismo y la disolución de las Cortes gaditanas y sus actos, recuperando la Novísima Recopilación, los Fueros y Partidas como fuentes del Derecho, aunque afortunadamente esta vez completadas y corregidas por los jueces. La fuerte reacción al periodo constitucional supuso un abandono provisional de la labor codificadora y el espíritu ilustrado.

Durante el trienio liberal posterior se volvió a dar vigencia a la Constitución de 1812 y se elaboraron comisiones con una composición sólo de diputados. De esta manera se aceleró el trabajo para nombrar una Comisión encargada de redactar un Código penal, cuyo primer proyecto fue presentado en abril de 1821 y finalmente sancionado el 9 de julio de 1822. La obra era aún continuista del estilo del “Ancien Regime” pero ya recogía aspectos bastante originales como la definición de delito en el artículo 1¹⁹. Presentaba un extenso articulado (816 artículos) en una estructura compuesta de un título preliminar, una parte primera sobre los delitos contra la sociedad y otra sobre los delitos contra los particulares (no se dividía en Libros).

Los preceptos dedicados a las penas de trabajos forzosos y perpetuos y la pena de muerte son especialmente severos. El costumbrismo en las ceremonias que rodean a la pena capital se relata con todo detalle, algo que se mantendrá en los códigos posteriores aunque cada vez alejándose más de las tradiciones supliciales.

Por otro lado, se redactó también una parte de proyecto de Código civil y un proyecto de Código procesal penal complementario al Código penal y respondiendo al artículo 258 del texto constitucional.

¹⁸ Papeles para la Historia del Congreso de los Diputados. En: <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/ConstEsp1812_1978/Const1812> [Consulta: 30 septiembre 2016].

¹⁹ GARCÍA VALDÉS, Carlos, “La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 82, 2012, p. 48.

Sin embargo, en 1823 el nuevo Código penal fue derogado, así como todo el trabajo de las Cortes, con la vuelta al absolutismo y el Derecho tradicional de la Novísima Recopilación y las Partidas. Durante los siguientes veinte años se sucedieron fracasados e insatisfactorios intentos de codificación, hasta la llegada del Código penal de 1848. Este texto, de enorme importancia en la historia codificadora española, es la base del Código al que se dedica en detalle el presente trabajo, por lo que su presentación (además de su reforma en 1850) se incluirá en el estudio de la obra de 1870, para precisamente entender el origen de ésta.

3.4. La codificación de otras materias

La técnica codificadora no fue un hecho único del Derecho penal sino que también imperó en el resto de campos jurídicos. En el ámbito del comercio, uno de los pensamientos básicos de la Ilustración y de la burguesía era crear y garantizar una economía capitalista basada en el libre mercado, donde los precios fluctuaran sin la intervención imperativa del poder político. Además, la independencia de algunas colonias estaba obligando a los mercados a dejar las vías autocráticas y abrirse a toda la nación, por lo que se veía necesario implementar un Derecho mercantil también nacional. Tras leves gérmenes a finales del siglo XVIII, en España el primer Código se logró en 1829, de buena redacción y recogiendo tanto el comercio terrestre como el especial marítimo, uniformando la legislación. No hubo nuevos Códigos mercantiles salvo la inclusión de leyes especiales respecto del Código del 29, hasta 1885, fecha en la que se promulgó el Código de Comercio que se mantiene vigente en la actualidad con numerosas reformas y adiciones. El texto del 85 pretendía adecuarse a las bases del liberalismo radical y desarrollar el contenido previsto en el Código del 29. En la actualidad se debate redactar un nuevo Código de Comercio que sustituya al de 1885, pues se pretende dotar de mayor modernidad a la legislación mercantil.

Sobre el Derecho civil, a diferencia del prematuro *Code civil* francés la codificación española había fracasado en todos los proyectos propuestos hasta el Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el único Código civil en España (todavía vigente), de técnica precisa y en origen muy conservador de acuerdo con el modelo de familia tradicional burguesa de la época restauradora.

Por su parte, el Derecho procesal siempre ha tenido una vinculación muy estrecha con el constitucional. Desde el primer momento las ideas liberales tenían en mente un poder judicial imparcial e independiente del ejecutivo. Sin embargo, a diferencia del resto de materias jurídicas, las leyes codificadoras del proceso judicial no formaron textos con el nombre de “Códigos” sino de “Leyes”: la Ley de Enjuiciamiento Civil (la primera es de 1855, después la de 1881 y actualmente la de 2000), la Ley de Enjuiciamiento Criminal (1872 en origen y después la vigente de 1882) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (primero la de 1870 y actualmente la de 1985).

Por último, la codificación también tuvo su reflejo en el ámbito militar pero de manera más tardía, pues desde siempre el Derecho penal militar ha sido una legislación especial y muy distante en su relación con el resto de materias. A finales del s. XIX se encuentran el Código penal del Ejército (de 17 de noviembre de 1884) y el Código penal de la Marina de guerra (19 de agosto del 88). De ellos, el Código del Ejército apenas se mantuvo dos años porque en 1890 se sustituyó por el Código de Justicia Militar, que esta vez sí que mantendría una larga vigencia (hasta 1945, fecha en la que se publicó uno nuevo).

4. ESTUDIO DEL CÓDIGO PENAL DE 1870

4.1. Precedentes: el Código de 1848 y la reforma de 1850

Incluso desde el primer Código penal español, el de 1822, se aprecia en la técnica un ápice de avance y modernidad, aunque combinado con el rigor medieval en lo que Antón Oneca denomina “extraña mezcla de tradición y progreso”²⁰. El problema reside en la enorme influencia de los cambios políticos y sociales sobre la labor codificadora y en las leyes punitivas, por lo que las derogaciones y recuperaciones de los continuos nuevos Gobiernos impedían una mejoría constante de la legislación. Ejemplo de ello fue el rechazo a todo el trabajo de las Cortes gaditanas tras la vuelta de Fernando VII, restaurando la legislación anterior, ya obsoleta y sin un humanismo apropiado. Es cierto que hasta el Código de 1848 estuvieron vigentes las fuentes y rigurosas normas del Antiguo Régimen, pero se apreciaba ya entonces una inspiración reformista de los juristas.

²⁰ ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, Madrid, s.n., 1949, p. 60.

El Código penal de 1870 fue concebido originariamente como una reforma del Código de 1848, si bien mucho más profunda e importante que la realizada en 1850, por lo que sumado al hecho de que estaría vigente durante cincuenta y ocho años (pese a su “carácter provisional” inicial), se puede considerar como un código aparte. Su recuperación en la II República se debió a que había sido redactado en un periodo liberal y progresista, y serviría de reacción contra el autoritario CP de 1928 (de Primo de Rivera). Finalmente, fue derogado para siempre debido a la publicación del Código penal republicano de 1932.

El Código de 1848 es por tanto la base de la reforma que aquí ocupa explicar. Y es más, se podrían considerar a los códigos posteriores (al menos hasta el Código de 1995, vigente actualmente) como “reformas de aquel”²¹ puesto que introduce la división del texto en Libros. La obra fue fruto de un Gobierno liberal moderado, con Narváez como presidente, durante la inestabilidad propiciada por el ambiente revolucionario de ese mismo año. Tradicionalmente se consideraba que Francisco Pacheco fue el artífice en la redacción del Código, a causa del testimonio erróneo del penalista Francisco Silvela, cuando en realidad fue Manuel Seijas Lozano el autor, dato conocido gracias a Antón Oneca y Alicia Fiestas. No obstante, no se puede dejar de destacar el gran trabajo de Pacheco en todo el proceso, en los debates de la Comisión y, especialmente, como comentarista en su “El Código penal, comentado y concordado”. El nuevo cuerpo legal fue promulgado el 19 de marzo de 1848 y presentaba indudablemente un gran freno a cualquier intento de cambio en el gobierno al castigar duramente los delitos políticos. El objetivo era proteger el orden público y dotar de estabilidad a la legislación penal frente a cualquier acto delictivo o conspiratorio contra el Gobierno o contra la religión, pero a costa de restringir el arbitrio judicial (habituado a la indulgencia)²². Presenta por tanto una elevada dureza, hasta el punto de imponer la pena máxima frecuentemente, incluso con detalles morbosos en el acto ceremonial de la pena de muerte.

Identificado como “autoritario liberal” (Núñez Barbero, en alusión *apud* ANTÓN ONECA²³), el Código de 1848 introduce por primera vez la estructura compuesta por Libros (tres), a diferencia de la del Código de 1822 (que no habla de Libros sino de Partes). La primera, en un Título Preliminar, sería la General y la segunda, dividida en dos, la Especial), e incluía 494 artículos.

²¹ NUÑEZ BARBERO, Ruperto, *La Reforma penal de 1870*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1969, p. 14.

²² *Ibíd.*, p. 13.

²³ ANTÓN ONECA, José, *Op. Cit.*, *Derecho penal*, p. 62.

- El Libro I: “Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas”.
- Libro II: “De los delitos y las penas”
- Libro III: “De las faltas”

A pesar de estar influido por los Códigos penales francés de 1810, napolitano de 1819 y brasileño de 1830, lo cierto es que contaba con particularidades propias, además de tener una destacable calidad técnica. Entre sus peculiaridades principales, sin duda destaca el principio de una técnica que vería su continuación en el Código del 70, la llamada “aritmética penal”²⁴, esto es, que en el texto se advierte la intención de determinar de una manera casi milimétrica o matemática la pena correspondiente a cada delito, en calidad y cantidad. De ahí que dicha doctrina se conociera como “mecanizadora de la función judicial”²⁵ pues limitaba en gran medida el arbitrio del juez para acabar con los favoritismos y cambios de gobierno habituales de la época. Otro de los elementos característicos del Código fue el conjunto de normas procesales encaminadas a regular el juicio verbal de faltas, del cual hubo gran controversia por parte de los tribunales ya que era competencia de la justicia municipal.

Otras características memorables de la obra son su moderna y gran precisión a la hora de tipificar el aborto (artículos 328 y siguientes) y la violación (354), la distinción entre frustración y tentativa (art. 3), el cooperador necesario (art. 12.3) y la clasificación de las penas en principales (aflictivas, correccionales o leves) y accesorias (artículos 24 y 25)²⁶.

El Código fue recibido con buenas críticas y opiniones por parte de los penalistas y comentaristas del momento (Pacheco, Ortiz de Zúñiga, entre otros), aunque posteriormente se apuntaría a su excesiva rigurosidad (Pacheco dijo que la conspiración y la proposición no deben pensarse²⁷) y su obsesión por la precisión aritmética; “hábale de juris-matemática y no jurisprudencia” se llegó a decir²⁸. Por otro lado, el Real Decreto de 19 de marzo de 1848 publicando el Código penal permitía asimismo al Gobierno a reformarlo de urgencia, comunicándose posteriormente a las Cortes. Se llevaron a cabo unas

²⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Dolores del Mar, *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Madrid, BOE Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 17 y 18.

²⁵ NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, Op. Cit., *La reforma penal...*, p. 14.

²⁶ GARCÍA VALDÉS, Carlos, Op. Cit., “La Codificación penal...”, p. 52.

²⁷ PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado*. Tomo I, Madrid, Edisofer S.L., 2000, p. 115.

²⁸ SALILLAS, Rafael, *La vida penal en España*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1888, p. 78.

primeras modificaciones a través de Reales Decretos desde septiembre del mismo año, pero la más destacable no llegaría hasta más adelante, en 1850, indudablemente de mayor profundidad frente al talante de las anteriores. Tal reforma sería el precedente más inmediato del Código de 1870.

La reforma de 1850 respondió a las convulsiones revolucionarias de dos años antes. Narváez afianzó el carácter autoritario de su Gobierno, “autoritario liberal” según Antón Oneca²⁹, mediante varias modificaciones del Código con el objetivo de endurecer las penas de determinados delitos políticos y penar de forma general los actos preparatorios tales como la conspiración o la proposición para delinquir³⁰ en cualquier hecho punible; al contrario que el artículo 4 del Código de 1848 que sólo tipificaba dicho actos en los delitos de traición, regicidio, rebelión y sedición.³¹ No obstante, en ambos códigos se exime de pena a quien hubiera desistido dando parte a la autoridad (arts. 161 y 162 del CP del 48, y el último apartado del art. 4 del 50).

La mayor severidad se refleja también en la introducción del delito de “desacato” contra la autoridad (realizado contra, según el artículo 192, los cuerpos legisladores, diputados y senadores, ministros de la Corona u otra autoridad en el ejercicio de sus funciones) y la nueva redacción de los hechos que se calificarían de “atentado” (artículo 189). Modifica asimismo un importante aspecto de la alevosía, como agravante, prevista en el Código del 48, en el cual consistía en obrar a traición y sobre seguro; mientras que en la reforma del 50 se cambia la conjunción “y” por “o”, de modo que distingue dos posibilidades nuevas: la traición sin seguridad y la seguridad sin traición. A ello hay que añadir la introducción de nuevos delitos como la tenencia, fabricación y expendición de instrumentos para el robo, o el delito de escándalo público, entre otros.

La reforma fue introducida por el Real Decreto de 30 de junio de 1850, que publicó una edición reformada del Código del 48 declarándola única oficial y legal. A pesar de que se cita aparte del Código precedente y de que no fue una reforma poco extensa (pues modificó más de 90 artículos), las modificaciones de esta reforma en verdad no fueron especialmente trascendentales salvo ese mayor castigo de ciertos delitos políticos y otros cambios en el articulado como en el caso del artículo 7 (la reforma extendió los delitos

²⁹ ANTÓN ONECA, José, “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 18, 1965, p. 476.

³⁰ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, Op. Cit., *Manual...*, p. 500.

³¹ Artículos 143, 173 y 180 del Código penal de 1848. En: https://books.google.es/books/about/C%C3%B3digo_Penal_de_Espa%C3%B1a.html?id=8dGnfB4YlwYC&redir_esc=y [Consulta: 1 octubre 2016].

especiales no sujetos a las disposiciones del Código a todos “los que estuvieren penados por leyes especiales”, y no solo los específicos que fijaba el Código del 48) y el artículo 19 (que refuerza la garantía de legalidad).

La respuesta penalista a la reforma del 50 tuvo diversas opiniones, las negativas centradas en la extrema severidad del texto (por ejemplo, se veía excesivo considerar punibles la conspiración y la proposición para delinquir en cualquier caso), aunque curiosamente y por el contrario, también se criticó la blandura en el castigo de las lesiones o el infanticidio. Diversos Colegios de Abogados y Tribunales mostraron su descontento con las modificaciones, y el propio Pacheco la criticó duramente y dijo que no duraría mucho. A ello hay que sumar el hecho de que al presentar el texto como Código refundido, el Gobierno se evitó tramitar el proceso a las Cortes como debiera haber sido en caso de realizar un texto nuevo incluyendo las modificaciones.

Con todo, se debe decir que el Código de 1848 y su reforma, o mejor dicho “refundición”, permitieron avances indudables para la Administración de justicia y para el necesitado cambio en la legislación penal. El del 48 sentaría bases fundamentales para los códigos futuros, incluso el actual (de 1995) presenta aportaciones de aquél en relación a la división en Libros, recoger el principio de legalidad penal, o penar la conspiración y la proposición para delinquir.

A pesar de las críticas a la reforma conservadora del 50, el régimen moderado y la proclamación de la Constitución de 1845 trabó cualquier opción de reformar otra vez el Código penal de la época de Narváez, y en concreto de “dulcificar” las penas. Por ello hubo que esperar dos décadas para ver introducida una nueva modificación, esta vez mucho más importante, del cuerpo penal.

4.2. Formación y características del Código penal del 70

4.2.1. Formación

En 1868 comienza la Revolución Gloriosa propiciada por la burguesía, con el pronunciamiento de Prim, Serrano y otros generales y se redacta una nueva Constitución (1869) que plasma un mayor carácter liberal-democrático. Pero también un nuevo liberalismo radical, diferente al doctrinario de la década de los cuarenta. Se reaccionó frente al poco sentido “humanista” del Código del 48 y de sus reformas (salvo algunas

introducciones como la supresión de la pena de argolla que establecía el texto del 48 para el cónyuge y los familiares del penado a muerte y a las mujeres y mayores de sesenta años).

La nueva Constitución sienta las bases de un sexenio democrático, proclamando la división de poderes, la soberanía nacional y un amplio espectro de derechos individuales tales como el sufragio universal (aunque sólo el masculino), la libertad de cultos, de reunión y de asociación, y la propiedad privada. Muchos de esos derechos no tenían en absoluto reflejo en la legislación penal conservadora. Por ello, siguiendo al texto constitucional del 69 vendría un año después, como consecuencia de la necesidad de vincular el Derecho penal al constitucional, la nueva reforma penal de 1870 sobre el Código del 48.

Ya antes de iniciarse el periodo revolucionario se estaba examinando la posibilidad de modificar de nuevo el Código penal, pues numerosos Tribunales y Colegios de Abogados se mostraron muy críticos con la reforma del 50. En especial destacó el informe del Colegio de Madrid³² respondiendo a las cuarenta y seis preguntas de una circular del Ministerio de Gracia y Justicia. El informe se mostraba contrario a aspectos como la acumulación de penas o la excesiva dureza en el castigo del atentado y desacato, y planteaba ciertas propuestas (unas aceptadas, como el delito de abandono de familia; y otras totalmente rechazables, como despenalizar el homicidio o las lesiones del marido sobre la mujer adúltera)³³.

En 1856 Pedro Gómez de la Serna dirigió el trabajo de la reorganizada Comisión de codificación (suprimida años atrás), encargada de analizar todas las observaciones e informes de dichos Tribunales y Colegios, solicitados por el Ministerio ya mencionado. La Comisión alcanzó a redactar parte de un proyecto de Código penal, pero en el 68 los cambios revolucionarios motivaron la redacción de una nueva Constitución y adaptar el orden penal a los nuevos derechos proclamados, por lo que la Comisión no pasó del revisado del Libro I (la parte general; “De las disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas”) y sus miembros presentaron su dimisión (denegada varias veces). De hecho, el estallido liberal radical y el reconocimiento de la

³² Colegio de Abogados de Madrid, *Informe dirigido al Gobierno de S.M. por el ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre la reforma del Código penal, con arreglo á las cuarenta y seis preguntas contenidas en la circular del Ministerio de Gracia y Justicia de 16 de abril de 1951*. [en línea], Madrid, Imprenta á cargo de Antonio Pérez Dubrull, 1852.

<https://books.google.es/books/ucm?vid=UCM5320576890&printsec=frontcover&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false> [Consulta: 2 octubre 2016].

³³ ANTÓN ONECA, José, “El Código penal de 1870”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 23, 1970, p. 233.

libertad de cultos dieron lugar a que la Comisión suspendiera la revisión del Título relativo a los delitos contra la religión. El malogrado trabajo de la Comisión fue publicado, una vez ésta disuelta, en 1872 en un Apéndice a la “Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación suprimida por decreto del Regente del Reino de 1 de octubre de 1869”.

El proyecto pretendía adoptar determinadas propuestas del Colegio de Madrid además de sumar otras propias. Algunas no tenían sentido, como exponer al público el cadáver del sentenciado a muerte si éste había muerto antes de la ejecución; pero otras eran mucho más lógicas, por ejemplo no aplicar la legislación militar para el castigo de delitos del Derecho común a quienes no sean miembros del Ejército³⁴. Sin embargo como se ha visto, el texto no llegó a buen puerto.

Sumado al fracaso del primer proyecto de reforma se había producido también un choque entre el Gobierno y la Comisión de codificación en relación a otras materias de modificación penal. Entre ellas, la adopción de la libertad religiosa y los derechos individuales recogidos en la Constitución, o el “encubrimiento” del cabeza de familia si impedía la entrada de noche de la autoridad en su domicilio para detener a un delincuente. También los delitos de imprenta, de los cuales el primero pretendía que dichos delitos se incluyeran en el Código (eran objeto de ley especial), algo que la Comisión no aceptaba.

Esta importante discordia entre Gobierno y Comisión hizo que ésta acabara dimitiendo (tras varios intentos, pues al principio la petición de dimisión fue rechazada, en gran medida por el respeto hacia personalidades tan reputadas como Gómez de la Serna, como dice Antón Oneca³⁵). Sin embargo, al Gobierno le urgía la introducción de reformas penales acordes con el texto constitucional, por lo que el 30 de mayo de 1870 el entonces Ministro de Gracia y Justicia, Eugenio Montero Ríos, presentó a las Cortes un proyecto de Código penal reformado, antes de que aquéllas se disolvieran. Montero Ríos sostenía la imperiosa necesidad de adoptar cambios y, debido a la urgencia, no daba tiempo a que el contenido fuera discutido debidamente en asamblea parlamentaria. La Comisión de Cortes, presidida por Santiago Diego Madrazo, coincidió en la celeridad que debía darse al tema, sobre todo en añadir determinados hechos punibles garantes de los derechos individuales, y tras un rápido examen aprobó el proyecto de Montero Ríos. Tras la introducción de algunas enmiendas al proyecto, como eliminar la pena de sujeción a la vigilancia de la

³⁴ ANTÓN ONECA, José, Op. Cit., “El Código penal de 1870”, p. 235.

³⁵ *Ibíd.*, p. 234.

autoridad (art. 26 del Código de 1850), la Comisión de Cortes presentó su dictamen en las Cortes el 10 de junio, solicitando la aprobación urgente. Sin embargo, por la escasa revisión parlamentaria que se dio al proyecto y la celeridad del trámite, las Cortes lo aprobaron sólo “provisionalmente”, posponiendo la discusión del dictamen hasta después del verano. Es por ello que hombres como Francisco Silvela denominaran al cuerpo penal del 70 como “Código de verano”. Sorprendentemente tal calificación no respondió a la realidad porque el nuevo texto penal mantuvo su vigencia muchísimo más tiempo del inicialmente previsto, hasta finales de 1932 salvo la interrupción por la breve vigencia del Código de Primo de Rivera de 1928. Incluso se restableció su vigencia más adelante, durante el breve periodo de la II República, aunque asumiendo las modificaciones pertinentes a los nuevos tiempos. Finalmente, en la regencia del general Francisco Serrano, tras los cortos debates y la aprobación de la autorización por las Cortes, se votó y aprobó definitivamente el proyecto, y se publicó la Ley de 17 de junio por la que se publicaría finalmente el Código con fecha de 30 de agosto.

Durante el debate acelerado respecto del dictamen de la Comisión, Silvela cargó duramente contra algunas de las propuestas reformistas, en especial los delitos de imprenta. Sus críticas resultan muy interesantes para exponerlas más detalladamente en el apartado dedicado a esa clase de delitos.

Las intervenciones de los diputados estuvieron marcadas por una actitud indudablemente política, de ahí que las modificaciones introducidas por el Código siguiesen este signo. Y dentro de él, la tendencia era liberal, centrándose los legisladores reformistas en lograr proteger la Constitución del 69 a través del nuevo Código, corregir los defectos del precedente y alcanzar un humanismo acorde con el nuevo pensamiento. A pesar de las discrepancias entre los políticos en las sesiones del debate, lo cierto es que todos tenían conciencia de la necesidad de adoptar de urgencia la reforma para armonizar los preceptos penales a los constitucionales, lo que propició la aprobación casi inmediata del proyecto y aplazar el debate en profundidad a la siguiente legislatura.

4.2.2. Características

El Código de 1870, según Jiménez de Asúa, está “insuperablemente escrito”³⁶. Es más extenso que su antecedente, 626 artículos frente a los 494 del Código del 48, pero no se excede en el articulado, lo que demuestra su calidad técnica y de síntesis, fines básicos de la codificación. Se podría discutir si se trata de un verdadero texto legal nuevo o por el contrario no es más que una reforma más de aquel del año 48, pero lo cierto es que debido a la gran importancia de las modificaciones que introdujo merece la calificación de nuevo Código.

Presenta asimismo una estructura que fija definitivamente el modelo a seguir en los siguientes Códigos españoles. El artículo 1 incluye la definición de delito (no es una novedad pese a todo, porque ya desde el Código de 1822 se introduce), y a partir de él, se sigue una estructura divisible en Parte General (dividida a su vez en seis Títulos del Libro I) y Parte Especial (Libros II y III. El II sigue el clásico esquema de tratar primero los delitos contra el Estado, luego los que afectan a la sociedad y finalmente a las personas. La última parte del Código, el Libro III, regula el régimen de las faltas y sus penas):

- Libro I. Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas.
 - Título I. De los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan ó la agravan.
 - Título II. De las personas responsables de los delitos y faltas.
 - Título III. De las penas.
 - Título IV. De la responsabilidad civil.
 - Título V. De las penas en que incurrir los que quebrantan las sentencias y los que durante una condena delinquen de nuevo.
 - Título VI. De la extinción de la responsabilidad penal.
- Libro II. Delitos y sus penas.
 - Título I. Delitos contra la seguridad exterior del Estado.
 - Título II. Delitos contra la Constitución.
 - Título III. Delitos contra el orden público.
 - Título IV. De las falsedades.
 - Título V. De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos contra la salud pública.
 - Título VI. De los juegos y rifas.
 - Título VII. De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos.
 - Título VIII. Delitos contra las personas.
 - Título IX. Delitos contra la honestidad.
 - Título X. De los delitos contra el honor.
 - Título XI. Delitos contra el estado civil de las personas.
 - Título XII. De los delitos contra la libertad y seguridad.
 - Título XIII. De los delitos contra la propiedad.
 - Título XIV. De la imprudencia temeraria.
 - Título XV. Disposiciones generales.

³⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*. Vol. I, Buenos Aires, Losada, 3ª ed., 1964, p. 722. También en NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, Op. Cit., *La reforma penal...*, p. 68. Vid. asimismo TOMÁS y VALIENTE, Francisco, Op. Cit., *Manual...*, p. 501.

- Libro tercero. De las faltas y sus penas.
 - Título I. De las faltas de imprenta y contra el orden público.
 - Título II. De las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones.
 - Título III. De las faltas contra las personas.
 - Título IV. De las faltas contra la propiedad.
 - Título V. Disposiciones comunes a las faltas.

Con motivo de dar una mayor claridad a la exposición del contenido del Código, parece oportuno seguir la coherente y sensata distinción de reformas que señala Ruperto Núñez Barbero en su “Reforma penal de 1870”³⁷ pues parte de dos clases de modificaciones penales: unas políticas y otras técnicas o científicas. Las primeras, como identifica el autor, “eran consecuencia necesaria de los cambios que en la Constitución y demás leyes fundamentales habían tenido lugar”, y las segundas (de las que también hablan Antón Oneca³⁸ y Carlos García Valdés³⁹), que en sus propias palabras eran “hijas del progreso de las ideas en materia penal inspiradas en los adelantos científicos realizados hasta el momento”. La separación que introduce Núñez Barbero permite analizar las diferentes modificaciones siguiendo una estructura que agrupa reformas sobre diferentes aspectos pero con un origen común, el ámbito político o el científico, facilitando así el análisis del cuerpo legal en su conjunto. De esta manera, se comenzará con las reformas de carácter político.

La Constitución recogía un catálogo de derechos hasta entonces inédito: libertad personal, libertad de circulación, de reunión y asociación (éste por primera vez), propiedad, etcétera; y todos con unas notorias garantías constitucionales, y unas limitaciones acordes al orden público. Con el citado objetivo de servir de escudo para el texto constitucional y aquellos derechos, el Código penal de 1870 incorpora los delitos contra la Constitución en el Título II del Libro II pero, como señala Antón Oneca⁴⁰, paradójicamente no sigue el orden de la Constitución del 69, pues mientras que ésta aboga por tratar primero “De los españoles y sus derechos”, el Código mantiene la estructura del 48 de empezar con los delitos de lesa majestad, seguidos de los delitos contra las Cortes, el Consejo de Ministros y la forma de gobierno; y es ya en su Capítulo II cuando trata los delitos contra los derechos individuales constitucionales. Más allá de ello, estas reformas son las que Núñez Barbero

³⁷ NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, Op. Cit., *La Reforma penal...*, Capítulos III y IV, p. 35-56.

³⁸ ANTÓN ONECA, José, Op. Cit., “El Código penal de 1870”, p. 243.

³⁹ GARCÍA VALDÉS, Carlos, Op. Cit., “La Codificación penal...”, p. 55.

⁴⁰ ANTÓN ONECA, José, Op. Cit., “El Código penal de 1870”, p. 237.

tacha de “políticas”⁴¹, y lógicamente de marcado signo liberal (radical). Dentro de ellas, las que más consideración merecen se enumeran a continuación:

- Reforma de los hechos delictivos contra la Religión Católica.
- La inclusión en el Código de los delitos de imprenta (será objeto de análisis concreto al igual que la pena de muerte).
- Novedades relativas a los delitos contra las Cortes.
- Nuevos delitos en garantía de los derechos individuales de la Constitución, como el derecho de asociación, o el mencionado delito de imprenta.
- Modificación de los actos preparatorios de conspiración y proposición para delinquir.

La Constitución de 1869 proclama por primera vez la libertad religiosa en su artículo 21 al garantizar el ejercicio de cualquier otro culto distinto a la religión católica, sin más limitaciones que “las reglas universales de la moral y del derecho”⁴². Se trata de un derecho fundamental, fruto de los debates parlamentarios del proyecto constituyente, que debía tener reflejo también en la legislación penal. En la reforma del 50 se tipificaban los hechos bajo la denominación de “Delitos contra la religión” en el Título I del Libro II. Esto ya no podría continuar y por ello se sustituyó por una nueva Sección (la tercera) dentro del Capítulo de los derechos individuales (el II), en el Título II (relativo a los “Delitos contra la Constitución”) del Libro II⁴³. Además, el tercer apartado del artículo 21 hace que la religión católica no goce de ningún privilegio respecto del resto de religiones, de hecho la Sección 3ª habla de libre ejercicio de cultos, en general, sin mencionar uno en concreto.

En el Código de 1870 la tolerancia religiosa está prevista en los artículos 236 y siguientes, que vacían de sentido penar actos como los previstos en los arts. 128 y 129 del Código reformado del 50, relativos a la tentativa de abolir o variar la religión católica del Estado y la celebración pública de un culto diferente. Desaparece para siempre el delito de apostasía pública, hasta el momento penado en el art. 136 con la pena de extrañamiento perpetuo. La blasfemia también dejó de ser delito pero pasó al ámbito de las faltas en el Libro III. Además, los hechos punibles previstos en el último artículo (138) de los “delitos

⁴¹ NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, Op. Cit., *La Reforma penal...*, pp. 36 y ss.

⁴² Artículo 21 de la Constitución de 1869.

<http://www.congreso.es/docu/constituciones/1869/1869_cd.pdf> [Consulta: 5 octubre 2016].

⁴³ Vid. el Código penal reformado de 1870, p. 68.

<http://sirio.ua.es/libros/BDerecho/codigo_penal/ima0072.htm> [Consulta: 5 octubre 2016].

contra la religión” (ese Título I del Libro II) de la reforma del 50, sobre la exhumación, mutilación o profanación de cadáveres humanos, se trasladan a la categoría de “contra la salud pública” en el art. 355 (Título V del mismo Libro: “De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos contra la salud pública”), categoría en la que se mantienen hasta la actualidad (Capítulo III del Título XVII del Libro II del Código penal vigente de 1995).

La otra cara de la moneda respecto a la proclamación de la libertad de cultos es la resaltable intención del legislador de frenar todo atentado contra un culto o de persecución de autoridades religiosas que en los primeros momentos de la Revolución Gloriosa habían intentado proliferar.

En segundo lugar, merece destacar la introducción de nuevos delitos contra las Cortes y contra los derechos individuales. Los denominados “delitos contra la seguridad interior del Estado” ya eran conocidos por el Código del 48 y la reforma de 1850, que añadían a dicha rúbrica la protección de un bien jurídico específico: el “orden público”, pero es en el CP de 1870 cuando se decide separar dos conceptos en títulos distintos: “delitos contra la Constitución” (un título novedoso, por la necesaria vinculación del texto penal a la norma suprema) y “delitos contra el orden público” (previsto ya en el Código anterior). Los primeros, como ya se ha visto, se encuentran ubicados en el Título II del Libro II, y los segundos (que incluyen la sedición y la rebelión) en el Título siguiente, el III.

Los delitos contra la Constitución se deben interpretar como aquellos dirigidos contra los órganos, instituciones y principios fundamentales de la base organizativa y política del Estado. Por ello, los hechos calificados como “contra las Cortes” previstos en la Sección Segunda del Capítulo I (dentro del citado Título II del Libro II) forman parte de este conjunto. Éstos ya estaban tipificados en el Código de 1822 y durísimamente penados (la pena al castigado como “traidor” por conspirar o impedir la celebración y funciones de las Cortes era la muerte) aunque desde entonces el legislador se olvidó bastante de ellos hasta el Código del 70, donde aparecen recogidos junto a los delitos contra el Consejo de Ministros (arts. 165 y ss.). Tras ellos, se recogen los delitos contra la forma de Gobierno.

Antes que dichos delitos el Capítulo I regula los cometidos contra el Rey (lesa majestad; que es el origen de lo que hoy en día son los delitos contra el Jefe del Estado). Desde un punto de vista estrictamente organizativo, se ha discutido el orden de contenido de este tipo de delitos. Núñez Barbero y Antón Oneca sostienen que una lógica rigurosa

obligaría a establecer primero aquellos contra la forma de Gobierno (y no los últimos como viene en el Código), sucedidos de los cometidos contra los poderes e instituciones públicos, pues “la forma de Gobierno puede subsistir aunque sufran perturbación los restantes organismos políticos del Estado”⁴⁴. Además, pese a que el Código se concibe como medio protector de la Constitución, su Título “Delitos contra la Constitución” tampoco sigue el orden de ésta pues no recoge primero los delitos contra los derechos individuales sino contra los órganos políticos y la forma de Gobierno (mientras que la Constitución empieza por tratar “De los españoles y sus derechos”).

Los delitos contra la forma de Gobierno (Sección Tercera, arts. 181 y ss.) son, según el artículo 181, los actos o hechos dirigidos directamente a conseguir por la fuerza, o fuera de las vías legales, cualquiera de los objetos previstos en los apartados de dicho precepto. No son lo mismo que los delitos “contra el orden público” pues éstos requieren que a la rebelión o a la sedición se sume “el alzamiento público y en abierta hostilidad al Gobierno”. No obstante, comparten la misma pena para el autor directo, la reclusión temporal en su grado máximo a muerte (se observa en los arts. 184.1º y 244 del Código de 1870).

Por otra parte, el Código debe dar respuesta al extenso abanico de derechos individuales que la Constitución de 1869 reconocía a todos los españoles. Unas reformas realizadas en 1944 favorecieron la rúbrica que presenta el Capítulo II del Título II del CP del 70: “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes”⁴⁵. Como dice Alejandro Groizard y Gómez de la Serna en su comentario al texto, el Código garantiza los derechos individuales “fulminando penas contra los que no los respeten y violen, (...) sólo pueden ser restringidos aquellos derechos primarios en cuanto menoscaben los derechos de la Nación o los atributos esenciales del poder público”. Prosigue el autor, comentando el citado Capítulo II, diciendo que “los derechos constitucionales pueden dar ocasión a dos clases de violaciones. Pueden los particulares no usar, sino abusar de sus derechos extendiéndolos a casos que no alcanzan u obrando en daño o menoscabo de los atributos esenciales del poder público, pero pueden

⁴⁴ NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, Op. Cit., *La reforma penal...*, p. 42. También en ANTÓN ONECA, José, Op. Cit., “El Código penal de 1870”, p. 237.

⁴⁵ NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, Op. Cit., *La reforma penal...*, pp. 44-46.

los funcionarios no usar, sino abusar también de las atribuciones que les están conferidas y perturbar y embarazar el libre ejercicio de los derechos garantizados por la Constitución.”⁴⁶

La clasificación que señala Groizard la establece el Código penal en el Capítulo II al separar entre delitos cometidos por los particulares (Sección Primera, arts. 189 y siguientes) o cometidos por los funcionarios públicos (Sección Segunda, arts. 204 y ss.); ambos seguidos de la reseña “con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución”. Se puede afirmar que esta distinción ha influido en Códigos del siglo XX. El Código de 1944⁴⁷ de hecho contiene la misma distinción en la misma ubicación (Secciones Primera y Segunda del Capítulo II, Título II, Libro II) tan solo variando las palabras “individuales” y “Constitución” por “persona” y “leyes”. Por su parte, el actual de 1995 establece una clasificación más detallada por ejemplo en los delitos de los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, ya que introduce varias Secciones en el Capítulo V (Título XXI del Libro II) en función del bien jurídico protegido⁴⁸.

Volviendo al texto penal del 70, en la Sección Primera se pueden distinguir a su vez varios derechos individuales garantizados por la legislación penal: el de reunión (arts. 189 a 197), asociación (arts. 198 a 202) y libre emisión de ideas a través de la imprenta (ya sea general o en las periódicas. Art. 203). Entre ellos especial atención al novedoso derecho de asociación previsto en la Constitución, que en el artículo 17 reconoce que ningún español podrá ser privado “del derecho de asociación para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública”. Aunque matiza en el art. 19 que si los miembros delinquesen o comprometiesen la seguridad del Estado por medios proporcionados por la asociación, la misma podrá ser disuelta. Sin embargo, Antón Oneca señala que el Código no protege íntegramente este derecho como lo hace la Constitución, pues aunque declara ilícitas las asociaciones que sean contrarias a la moral o que tengan objeto de delinquir y establece sanciones o cumplimiento de obligaciones por esas conductas, no dice nada

⁴⁶ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 comentado y concordado*. Vol. III, Madrid, Establecimiento Tipográfico de los Hijos de J.A. García, 2ª ed., 1911, pp. 397 y 398.

⁴⁷ Vid. el Código de 1944, Secciones Primera y Segunda del Capítulo II, Título II, Libro II. <<http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/1944.htm#CP>> [Consulta: 7 octubre 2016].

⁴⁸ Vid. el Código penal de 1995. <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>> [Consulta: 7 octubre 2016].

acerca de las penas a asociaciones que, no teniendo objeto de delinquir, proporcionen medios para ello⁴⁹.

Los delitos cometidos por los funcionarios (Sección Segunda) se interpretan como aquellas conductas cometidas por las autoridades de este carácter que en el ejercicio de su función pública pueden infringir indebidamente o de forma arbitraria las libertades y derechos individuales; pues su deber es precisamente asegurar al ciudadano y únicamente a través de lo que la ley le ordena. Por poner un ejemplo, el artículo 215.2 del Código pena con la suspensión en sus grados mínimo y medio y multa de 125 a 1.250 pesetas al funcionario público que, no siendo Autoridad Judicial ni estando en suspenso las garantías constitucionales, registre los papeles o efectos de un español o extranjero en su domicilio, salvo consentimiento del dueño (se trata de una infracción contra la inviolabilidad de la correspondencia).

En cuanto a los actos preparatorios de la conspiración y la proposición para delinquir, sus modificaciones a lo largo de los códigos fueron resultado de los cambios políticos de cada momento. De ahí su inclusión en las reformas “políticas”. Se ha visto previamente que el Código reformado del 50, para asegurar el Gobierno autoritario de Narváez frente al germen revolucionario, endureció la legislación al tipificar dichos actos de forma genérica, para cualquier caso, y no sólo en la rebelión, sedición, traición y regicidio como establecía en origen el art. 4 del CP de 1848. Pues bien, el Código del 70 abandona la reforma precedente y vuelve de nuevo a la fórmula del art. 4, de modo que otra vez las conductas referidas sólo son punibles en los casos expresamente previstos por ley. Hay que hacer dos precisiones de todos modos: de un lado, tanto la conspiración como la proposición se castigan en los delitos de traición, rebelión y regicidio, mientras que en la sedición sólo se castiga la conspiración de acuerdo al art. 254. De otro lado, en el Código del 70 el desistimiento de los actos preparatorios no está exento de pena, por lo que el realizador queda en peor situación que en el caso de la tentativa o frustración del delito. Esto difiere totalmente de los arts. 161 y 162 del CP del 48, y art. 4 de la reforma del 50, en los que el desistimiento quedaba sin castigo.

La segunda categoría de reformas que incorpora el Código penal de 1870 es la que Núñez Barbero califica de “técnicas”, fruto de los avances en el campo de las ciencias

⁴⁹ ANTÓN ONECA, José, Op. Cit., “El Código penal de 1870”, p. 239.

jurídicas⁵⁰ y las imperfecciones técnicas que venían arrastrando los cuerpos penales anteriores.

Así pues, el primer artículo del Código de 1870 continúa con la definición formal de delito y de falta como ya incorporaban los textos anteriores (salvo que ahora el legislador del 70 cambió la redacción al plural, “delitos y faltas”). Conviene señalar que el Código equipara la acción y omisión en cuanto a posibles conductas punibles así como a la exención de responsabilidades. El segundo párrafo del artículo 1 no ha variado pero sí el tercero, ya que en el Código del 48 se trataba el “error in persona” (“El que ejecutare voluntariamente el hecho, será responsable de él, e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender”), mientras que el legislador del 70 ha extendido su alcance a todo error sobre el hecho (“El que cometiere voluntariamente un delito (o falta, se debe considerar también), incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar”).

Los principios de legalidad de los delitos y penas, de libertad (*nulla poena sine lege*) y de igualdad quedaron plasmados en el Código en consonancia con el humanismo que empezaba a asentarse en el Derecho, y con la debida garantía penal, criminal, judicial y ejecutiva (arts. 1, 22, 99 y 100). Ningún hecho será considerado delito, y por tanto no le será aplicable pena alguna, si está expresamente tipificado en la ley penal. Tampoco podrá ser penado por Tribunal distinto al competente⁵¹. Se matiza y perfecciona la legalidad penal que recogía la reforma del 50.

Las nuevas definiciones de tentativa, delito frustrado, cooperación necesaria y complicidad de los arts. 3, 13.3 y 16 muestran la modernidad técnica del CP del 70. El delito frustrado se define en dicho Código (art. 3) desde un punto de vista objetivo, al contrario que en el texto precedente: hay delito frustrado cuando el culpable pone en práctica todos los medios de ejecución necesarios para llegar al resultado, pese a que éste no se produzca finalmente por causas ajenas al autor. En la tentativa (segundo apartado del citado artículo), el autor inicia la realización del hecho pero no practica todos los actos de ejecución, y el delito no llega a consumarse por causas que no sean fruto de su desistimiento.

⁵⁰ NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, Op. Cit., *La reforma penal...*, Capítulo IV, pp. 53-56.

⁵¹ GARCÍA VALDÉS, Carlos, Op. Cit., “La Codificación penal...”, p. 55.

En cuanto a las circunstancias, en el Código del 48 el parentesco tenía carácter de circunstancia agravante, pero el legislador del 70 lo convirtió en circunstancia mixta (1ª circunstancia del art. 10 el CP de 1870), así como a la agravante de publicidad por medio de la imprenta (circunstancia 5ª)⁵². En ambas el carácter mixto aparece con la coletilla que añade el texto al decir que “esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales para apreciarla como agravante o atenuante, según la naturaleza y los efectos del delito”. Ya durante los primeros momentos de formación del Código, el informe del Colegio de Abogados de Madrid sostenía que el parentesco se debía transformar a mixta, y que las circunstancias quedaran al prudente arbitrio judicial. La alevosía contiene definición propia en el segundo párrafo del art. 10.2, pero pierde la firmeza del texto precedente al señalar “sin riesgo a su persona, que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido”. De este modo podría interpretarse que los permanentemente indefensos (como los niños) no pueden ser víctimas del hecho si se escogen otros medios no incluidos en la circunstancia agravante. Asimismo Antón Oneca señala que la redacción de la alevosía sobre la limitación de la defensa de la víctima no tiene en cuenta la defensa que podrían hacer terceros (un escolta por ejemplo).

No hay que olvidar los atisbos de peligrosidad que muestra el nuevo texto penal respecto a la agravante de la reincidencia, de difícil aplicación en los delitos complejos al unir en un solo título varios hechos (el CP de 1848 partía de caracterizarla según la especie del delito, y luego serían los jueces quienes la determinarían). Pero sobre todo, el Código del 70 fue muy criticado por incluir como agravante a la vagancia (“ser vago el culpable”, vigesimotercera circunstancia del art. 10). Esta más que discutida circunstancia, además, podía ser penada con la muerte si no hubiera alguna atenuante que la compensase. Dentro de su absurda y polémica inclusión, al menos se mostró un cierto avance al suprimirse del Código del 48 el Título VI (sobre la vagancia y la mendicidad) redactado por influencia de otros códigos como el francés o el brasileño.

Por otro lado, afortunadamente las menciones expresas que incluían los Códigos anteriores de aplicar la analogía en las agravantes fueron suprimidas, de manera que sólo tendría cabida en las atenuantes. Esto sin lugar a dudas fue un gran progreso técnico del Código que merece resaltarse. También se suprimieron las agravantes de ejecutar el delito como medio para perpetrar otro o de ejecutarlo con uso de armas prohibidas por la autoridad, los encubridores de delincuentes habituales dejaron de ser considerados

⁵² NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, Op. Cit., *La Reforma penal...*, p. 53.

cómplices y se proclamó la retroactividad de la norma más favorable extendiéndose a los casos de sentencia firme en el art. 23⁵³.

Se eliminaron asimismo varias figuras delictivas, como el delito de usurpación sin violencia en las personas, los de sociedades secretas, los delitos contra la Religión católica y el no revelar conspiración contra la vida del Rey o su heredero.

Los párrafos 2 y 3 del art. 8 establecen la total ausencia de imputabilidad, aplicable en cualquier caso a las personas de hasta nueve años, o hasta quince años sin discernimiento. El segundo párrafo de ese artículo además añade que el menor irresponsable, a falta de familia para ser educado y vigilado, será entregado a un centro de beneficencia competente para tal fin.

Inconveniente fue sin embargo el casuismo en los delitos contra la vida y la integridad, en especial en la diferenciación de las formas de robo con fuerza en las cosas al combinar varias circunstancias pecando de excesivo detallismo: si la casa estaba o no habitada, si el edificio era público o destinado al culto, el portar o no armas en el hecho, las dependencias del lugar (cuadras, corrales, patios,...), el importe o los efectos robados, etc. En cuanto al homicidio, el Código del 48 incluía en dicha figura delictiva el parricidio, los homicidios agravados (después llamados “asesinatos”) y los otros homicidios (salvo el infanticidio que iba en capítulo aparte). Todos en el mismo Capítulo, mientras que en el 70 se optó por dividir el Capítulo del homicidio en tres: uno para el parricidio, otro para el asesinato y un último para el homicidio (éste con tres tipos: simple homicidio, homicidio en riña y homicidio suicidio). La modificación fue importante al alterar la solución de la codelincuencia⁵⁴. En el Código de 1848 el parricidio y el asesinato eran homicidios con alguna circunstancia y permitía la aplicación del art. 69, que decía que los agravantes o atenuantes consistentes en la disposición moral del criminal, en su relación con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad de los autores, cómplices y encubridores en quienes concurren. De este modo a cada partícipe se le podía atribuir un homicidio distinto (por ejemplo, a un desconocido por asesinato y al hijo por parricidio).

La propia figura del parricidio también presentó modificaciones, al igual que las lesiones. Con respecto al primero, se dejaron de considerar a los padres e hijos adoptivos pero se incluyeron los descendientes y ascendientes ilegítimos (cambio criticado por Antón

⁵³ ANTÓN ONECA, José, Op. Cit., “El Código penal de 1870”, p. 242.

⁵⁴ ANTÓN ONECA, José, Op. Cit., “El Código penal de 1870”, pp. 246 y ss.

Oneca). En las lesiones se adicionó un supuesto de lesiones graves, y se incorporó la mutilación para evitar el servicio militar como había solicitado el Colegio de Madrid.

Calificada de absurda por incomprensible fue la inclusión del llamado “delito de disparo de arma de fuego” en el artículo 423. Este delito se discute si podría tratarse de un simple capricho de los miembros de la Comisión redactora, pero lo que está claro es que en ningún caso tiene sustantividad propia para dar lugar a un delito especial (es un mera amenaza de hecho o una tentativa de lesiones, homicidio, asesinato o parricidio)⁵⁵. Alejandro Groizard llegó a decir que el legislador se basó en la “incertidumbre sobre la intención del sujeto”, de manera que los tribunales decidieran si se trataba de un delito de lesiones consumado o bien, si no había lesiones, en una tentativa o delito frustrado contra la vida⁵⁶. La crítica contra la figura fue tan aguda que la reforma de 1932 la suprimió definitivamente.

Tampoco se consideró muy congruente colocar los delitos de inhumaciones ilegales y profanación de cadáveres en un mismo título, junto a los delitos contra la salud pública, defecto que ha permanecido durante largo tiempo en la sistemática de los códigos posteriores. Nuñez Barbero considera que debería ser objeto de título aparte, en un ámbito centrado en los “delitos contra los sentimientos religiosos”⁵⁷.

La responsabilidad civil se trató en el Título IV del primer Libro, dedicándose tan sólo ocho artículos. Entre ellos, el art. 121 establece que dicha responsabilidad comprende la restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios. El CP de 1848 incluía en el art. 123 que “una ley especial determinará los casos y forma en que el Estado ha de indemnizar al agraviado por un delito o falta cuando los autores carecieren de medios para hacer la indemnización”. El precepto predicaba por tanto una futura ley por la que el Estado asumiría la obligación pecuniaria del autor si éste no tuviera medios. Sin embargo nunca llegó a publicarse tal ley, y de hecho en el Código del 70 no se observa la intención de recuperar la idea del texto anterior.

Se clasificaron las faltas atendiendo a su gravedad y no a su especie, fomentando el casuismo mencionado. Algunos delitos del Código de 48, tras la modificación hecha por el Decreto de corrección de erratas de 1 de enero de 1871, quedaron rebajados a faltas, como es el caso de los hurtos por valor de menos de diez pesetas o de veinte si eran alimentos,

⁵⁵ NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, Op. Cit., *La Reforma penal...*, p. 56.

⁵⁶ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, Op. Cit., *El Código de 1870...*, Vol. IV, Salamanca, 1981, pp. 451 y ss.

⁵⁷ NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, Op. Cit., *La Reforma penal...*, p. 56.

frutas o leñas no siendo reincidente dos o más veces el culpable. El nuevo texto además no contemplaba, a diferencia del Código del 48, la falta de estafa (prevista en el 48 cuando el valor no excediera de cinco duros) y la falta de hurto de alimentos para el sustento de uno mismo y de la familia durante dos días; pero sí incorporó las faltas frustradas ya fuesen contra las personas o la propiedad⁵⁸.

Por último, el CP de 1870 también tiene modificaciones muy relevantes sobre el sistema de penas, reflejo del carácter más humanista que las corrientes ideológicas estimaban que debía imprimirse a las penas. La proclamación de los derechos individuales establece límites al Estado en la imposición de penas, en conexión con el principio de legalidad penal por el cual no se puede castigar un hecho no tipificado en la ley. Por otro lado, por influencia del ideal revolucionario-liberal se llevan los textos penales hasta la excesiva “aritmética penal” de la que ya se ha hablado, debido a la gran desconfianza en el arbitrio judicial típico del modelo anterior. La consecuencia es un sistema complejo de graduación de penas basado en la regla “un delito, una pena”. La enorme rigidez de establecer penas fijas para cada delito impide “la dulcificación” de las mismas por parte del juez en cada caso concreto, es decir, individualizar la sanción. Este modelo ha tenido tanto sus detractores como seguidores. Entre los primeros se puede mencionar a Núñez Barbero, crítico con un sistema que convierte al juez en “robot”⁵⁹; mientras que otros autores como Tomás y Valiente sostienen que la reforma del 70 fue “sobresaliente” en ese aspecto al servir de garantía del principio de legalidad⁶⁰.

Si se entra más en detalle en las reformas aplicadas sobre el sistema penológico, se pueden distinguir unas verdaderamente fundamentales: la pena de muerte deja de ser considerada como pena única, se elimina la pena de argolla, y se incluye el indulto a los treinta años de encierro⁶¹.

En relación a la pena de argolla, esta práctica consistía en degradar totalmente al partícipe de un delito exponiéndolo a la vergüenza pública con una argolla al cuello cuando por su omisión se había impuesto al autor del hecho la pena capital, en los delitos de regicidio, traición, parricidio muerte con alevosía o ejecutada por precio. Además, se le obligaba a presenciar la muerte del culpable. Lógicamente su eliminación de la escala

⁵⁸ ANTÓN ONECA, José, Op. Cit., “El Código penal de 1870”, p. 250.

⁵⁹ NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, Op. Cit., *La Reforma penal...*, p. 60.

⁶⁰ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, Op. Cit., *Manual...*, Madrid, Editorial Tecnos, 3ª ed., 1981, pp. 502 y 503.

⁶¹ GARCÍA VALDES, Carlos, Op. Cit., “La Codificación penal...”, p. 54.

general supuso un gran acierto reconocido por los comentaristas al Código (Pacheco ironizó que antes que matar definitivamente la honra de un hombre, mejor que le quiten la vida⁶²). Debió haber sido suprimida anteriormente, ya que el propio Código del 48 establecía en el art. 23 que ninguna pena debía ser infamante y, sin embargo, preveía la argolla⁶³, pena que sin duda lo es. En la reforma del 50 se hicieron algunas modificaciones que “suavizaron” la terrible crueldad de la pena de argolla, como fue no imponérsela al cónyuge, los familiares del penado a muerte y las mujeres y mayores de sesenta años; pero este pequeño atisbo de humanidad no era ni mucho menos suficiente para reducir la aberrante práctica de envilecer al reo y neutralizar su dignidad, imposibilitando su rehabilitación.

Siguiendo a la argolla, también se eliminaron la sujeción a la vigilancia de la autoridad (sobre los condenados que obtenían la libertad) y el confinamiento menor. Con ello se redujo la intensidad del principio intimidatorio de los Códigos anteriores.

El art. 26 del CP del 70 establece la clasificación de la penas de la escala general:

1. Penas aflictivas, que a su vez se dividen en:
 - a. Pena de muerte.
 - b. Cadenas, reclusiones, relegaciones y extrañamientos, que pueden ser:
 - i. perpetuas.
 - ii. temporales (de doce años y un día a veinte años).
 - c. Presidio mayor (de seis años y un día a doce años).
 - d. Prisión mayor (de seis años y un día a doce años).
 - e. Confinamiento (de seis años y un día a doce años).
 - f. Inhabilitación absoluta:
 - i. perpetua.
 - ii. temporal (de seis años y un día a doce años).

⁶² PACHECO, Joaquín Francisco, Op. Cit., *El Código penal concordado...*, p. 316. Véanse también sus *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*. Tomo II, Madrid, Boix, 1842. En ellos Pacheco habla de las penas infamantes en general.

⁶³ La pena de argolla viene expresamente referida en el art. 113 del Código penal de 1848, en el que se describe la forma de conducción y colocación del reo condenado a dicho castigo. Vid. el Código penal de 1848 Sección Tercera, sobre las penas accesorias.

<https://books.google.es/books/about/C%C3%B3digo_Penal_de_Espa%C3%B1a.html?id=8dGnfB4YlwYC&redir_esc=y> [Consulta: 9 octubre 2016].

- g. Inhabilitación especial para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio:
 - i. perpetua.
 - ii. temporal (de seis años y un día a doce años).
2. Penas correccionales:
- a. Presidio correccional (de seis meses y un día a seis años).
 - b. Prisión correccional (de seis meses y un día a seis años).
 - c. Destierro (de seis meses y un día a seis años).
 - d. Represión pública.
 - e. Suspensión de cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio (de un mes y un día a seis años).
 - f. Arresto mayor (de un mes y un día a seis meses).
3. Penas leves:
- a. Arresto menor (de uno a treinta días).
 - b. Represión privada.
4. Penas comunes a las anteriores:
- a. Multa, pudiendo ser de tres clases según el art. 27 si es la pena principal:
 - i. aflictiva (si excede de 2.500 pesetas).
 - ii. correccional (entre 125 y 2.500 pesetas).
 - iii. leve (menos de 125 pesetas).
 - b. Caución (duración a aplicar por el Tribunal).
5. Penas accesorias:
- a. Degradación.
 - b. Interdicción civil.
 - c. Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito.
 - d. Pago de costas.

Entre paréntesis se recoge el tan riguroso sistema de aplicación de penas que establece el Código en el art. 29 (“aritmética penal”) y, como se observa, poco se deja a la discrecionalidad de la función judicial. Las reglas de duración de la condena están previstas

lógicamente para las penas temporales, pues las perpetuas son de aplicación de por vida salvo concesión de indulto a los treinta años de cumplimiento. Así es, la primera parte del art. 29 señala que se podrá indultar a los reos que hayan cumplido treinta años de encierro por imposición de pena de cadena, reclusión o relegación perpetuas o de extrañamiento perpetuo, salvo que por su conducta no fueran dignos del indulto a juicio del Gobierno.

Las cadenas y reclusiones, y los presidios y prisiones mayores o correccionales conforman las denominadas penas de internamiento, y se diferencian en su duración, el lugar al que se destina el reo y en la severidad del régimen penitenciario aplicado con la pena. De esta manera las cadenas se cumplen en África, Canarias y Ultramar, donde los reos llevan una cadena al pie y se dedican a realizar trabajos duros y penosos sin auxilio de fuera del centro (art. 107), salvo los que por razones de salud trabajen dentro de él. Por su parte, los arts. 96 y 109 establecen, respectivamente, que las mujeres no pueden ser penadas con cadenas ni presidios sino con reclusiones y prisiones y que los mayores de sesenta años condenados a cadena perpetua o temporal cumplirán la condena en presidios mayores⁶⁴. En consecuencia, aunque las penas perpetuas conservaron su denominación el Código, ya no eran equiparables a las existentes en los textos anteriores puesto que la inclusión del indulto a los treinta años de condena las eliminó definitivamente. Se fue dejando atrás la idea de que el reo se “pudriera” durante su condena para dejar paso a una concepción más moderna, la posibilidad de rehabilitación del condenado. Hay optimismo en que algún día el reo haya cumplido su deuda con la sociedad, de modo que tenga la opción, siempre que su conducta sea favorable, de ser liberado.

En este sentido es posible identificar una atenuación del principio de expiación imperante en el Código del 48, por el cual si una persona comete un hecho punible que produce un mal irreparable, se le debe imponer un castigo de la misma categoría. Esta idea sigue existiendo en el 70 pero anclada al pensamiento humanista del momento, estableciendo un cierto equilibrio entre la expiación, la retribución y la intimidación. Prueba de ello es lo hasta ahora expuesto junto a la supresión de la argolla y cualquier práctica publicitaria degradante para el ser humano en las ejecuciones.

No obstante parece no estar presente el fin de la enmienda en el Código de 1870 pues a pesar de la abolición de las penas perpetuas, las de cadena, reclusión y presidio de carácter temporal todavía tienen fijadas una duración muy larga, además de estar previstos

⁶⁴ GARCÍA VALDÉS, Carlos, Op. Cit., “La Codificación penal...”, pp. 55 y 56.

con total detalle los lugares de ejecución de la condena, los trabajos forzosos que implican y las cadenas o grilletes que debe llevar el reo.

El sistema de cuantificación de las penas presenta también diferencias. En el Código de 48 se recogían treinta y ocho penas. De ellas, las que privan o restringen la libertad se contaban por años o meses, sin tener en cuenta que el límite máximo de la pena menos grave coincidiera con el mínimo de la pena inmediatamente superior en grado, o que hubiera lapsos de tiempo entre una y otra. Por el contrario, el Código del 70 en aplicación de un sistema penal puramente matemático, introduce en las penas contadas por años o meses la puntualización de “y un día”, para distinguir los límites.

Se modifica la prescripción de las penas leves, pasando de 10 años a sólo uno. El resto de plazos consisten en: veinte para las de muerte y cadena perpetua, la demás penas aflictivas en quince años, y las correccionales a los diez (art. 134).

La reforma opera asimismo sobre la acumulación de penas para los casos de concurso de varios delitos, mostrando una técnica más depurada en el CP del 70, sustituyéndose la antigua acumulación material por la acumulación jurídica.

El sistema de acumulación material, propio del Código precedente, consistía en que cuando una persona llevaba a cabo un concurso real de delitos, es decir, cometía varios actos y cada uno de ellos era un delito, se le aplicaban todas las penas correspondientes a cada uno de ellos. Por el contrario, la acumulación jurídica del Código del 70 rompe con la dinámica. El art. 88 aplica al autor de varios delitos (o faltas) las penas correspondientes a los mismos para su cumplimiento simultáneo, pero es matizado después por el art. 89, que tras establecer un orden de gravedad penológico señala que la duración máxima de la condena no puede exceder del triple de tiempo por el que se le impusiere la más grave de las penas en que hubiera incurrido. Además, en ningún caso el *máximum* podrá exceder de cuarenta años (treinta para las penas perpetuas).

Por último, se debe hacer referencia obligada a los cambios producidos en torno a la pena de muerte, pero con la importancia de esta institución y el progreso logrado con la publicación del CP del 70, merece la pena diferenciarlo del resto de reformas en un capítulo propio.

5. LA PENA DE MUERTE DESDE EL CÓDIGO DE 1822 AL DE 1870

“De todos los castigos que pueden imponerse a un delincuente, existe la unanimidad de que la pena de muerte es el más grave”⁶⁵. Esta frase de José Luis Corral en su obra “Historia de la pena de muerte” sintetiza la concepción actual de los penalistas sobre la pena capital. Su historia es, sin embargo, incuestionable, remontándose a los primeros periodos del Derecho. Ya fuera por motivos políticos, religiosos o sociales, la pena de muerte ha sido un instrumento universal en la mayor parte de culturas y países, lo que ha incidido a que sus defensores la justifiquen como un remedio “natural” contra determinados delitos. Durante el Antiguo Régimen, la pena de muerte se consideraba como una práctica totalmente lícita derivada de la misma justicia suprema, aplicada en muchísimos casos por razones de índole religiosa como forma de reprimir la herejía.

Con el paso de tiempo, concretamente desde el s. XVIII, los debates que discuten la legitimidad de la práctica de esta pena cada vez cobraron mayor importancia y numerosas personalidades del Derecho (Beccaria, Diderot) mostraron su posición de progresar a un “humanismo” por el que la muerte no suponga, además del hecho de perder la vida, un medio de sufrimiento desmedido contra el condenado. Esto ha tenido su reflejo en la evolución de los medios empleados para la ejecución del reo, que en periodos arcaicos y oscuros eran terroríficamente sangrientos, como el desmembramiento por caballos o la quema en la hoguera, mientras que poco a poco se fueron sustituyendo (por lo general, pues hay periodos, sobre todos los vinculados a Estados dictatoriales, donde se producía un tremendo retroceso) por otros de muerte más rápida y menos brutal, como la guillotina (generalizada en Francia) o la actual inyección letal estadounidense. Se debe precisar que, pese a este “avance”, el mayor de los progresos humanitarios ha sido sin lugar a dudas la abolición de la pena de muerte en multitud de Estados, al considerarse una práctica anticonstitucional y aberrante. Sin embargo, todavía en pleno siglo XXI existen importantes reductos de este tipo de ejecución en grandes potencias nacionales, como es el caso de la mayoría de Estados de EEUU (Texas, California, Florida, Arkansas,...), China y, especialmente, un notable número de países árabes en los que en estos últimos la pena de muerte sigue estando vinculada a la ideología religiosa del Gobierno.

⁶⁵ CORRAL, José Luis, *Historia de la pena de muerte*, Madrid, Aguilar, 2005, p. 13.

Por otro lado, la imposición de la pena de muerte era un castigo que no se limitaba al orden civil sino que ha tenido gran presencia también en la jurisdicción militar. En España, en función de si el reo era civil o militar la ejecución se hacía mediante garrote (o por horca) o por fusilamiento, respectivamente.

El garrote fue una técnica ejecutiva muy conocida en el Derecho español, hasta el punto de conocerse como “garrote español”. Su aplicación fue objeto de debate frente a la posibilidad de abolir la horca, que se venía aplicando en gran medida para la jurisdicción civil, mientras que los reos militares solían ser arcabuceados (después fusilados). Uno de los puntos más característicos de la ejecución del reo, y posteriormente ampliamente criticado, era la enorme publicidad que se daba al acontecimiento. Era habitual la celebración de un acto ceremonial lleno de formulismos jurídicos y religiosos en presencia de la multitud, donde se pretendía dejar constancia del carácter vergonzante del hecho y ejemplarizante del poder político (especialmente en el ahorcamiento, como ocurrió con el general Riego). Los últimos días y horas del reo se consideraban “en capilla”, en los que varios religiosos lo acompañaban para darle paz espiritual y tratar de salvar su alma. Las tradiciones supliciales de la procesión pública del condenado también eran habituales a su camino al lugar donde sería ajusticiado. En los primeros Códigos penales, la ejecución de la pena de muerte se caracterizaba por tener amplios detalles del acto. En el CP de 1822, del artículo 38 al 46 se especifica el procedimiento a seguir: se conduce al condenado a muerte al cadalso en mula o jumento dirigido por verdugo, lugar donde será ejecutado en público, entre las once y doce de la mañana (nunca en domingo, festivo o día de regocijo de todo el pueblo), sin arenga previa de la multitud y finalmente su cadáver se expondrá hasta la puesta de sol y después devuelto a sus familiares. Asimismo el artículo 62, en relación a los partícipes del delito, establecía que el codeincente sentenciado será conducido en pos del reo principal y en cabalgadura al cadalso, con las manos atadas y portando en torso y espalda un cartel de colaborador en el delito; pudiendo ser amordazado por el verdugo si blasfemase durante la ejecución. El reo de muerte, además, debía ser vestido con túnica negra o blanca según su delito.

Su art. 38 estableció el estrangulamiento por garrote, acabando con la horca en la legislación penal (aunque ésta sería restablecida en la sucesiva etapa absolutista)⁶⁶. El garrote era matar al reo por estrangulamiento, asfixia o a veces por aplastamiento de la zona cervical. Se hacía sentar al condenado apoyando su cabeza y torso a un palo y sujetándolo

⁶⁶ GARCÍA VALDÉS, Carlos, Op. Cit., “La Codificación penal...”, p. 50.

con un collar de hierro en el cuello, de modo que el verdugo desde atrás giraba una manivela o tornillo para que el collar se estrechara contra el pescuezo del reo, o juntando dos placas de hierro convexas. En sus orígenes se practicó a la inversa, presionando desde delante del cuello y no desde atrás. La implantación del garrote con Fernando VII atendería a un criterio clasista con la publicación de la Real Cédula de 28 de abril de 1828 (con motivo del cumpleaños de su mujer, la Reina) pues el garrote, a pesar de que el reo siempre acabaría muerto, no fue una figura única sino que tenía tres modalidades: el ordinario (para las personas del pueblo llano), el garrote vil (para los condenados por delitos infamantes) y el noble (aplicable a esta clase social)⁶⁷. La forma de llevarlos a cabo era la misma, diferenciándose únicamente en la decoración del tablado y en los ropajes del reo. Sin duda el más conocido entre ellos sería el garrote vil, que con el tiempo se daría tal denominación a toda ejecución por garrote cuando ya, desde el Código penal de 1848, no se hacía diferencia, aunque se mantuvieron los tradicionales ropajes del reo según el tipo de delito.

En el caso de una mujer encinta, el art. 68 del Código de 1822 mostraba una mínima piedad al prohibir ejecutar la pena de muerte contra ella, ni notificarle tal castigo (pero no prohíbe imponérselo), hasta pasados cuarenta días del parto salvo que la mujer lo permita expresamente.

Más adelante, el CP del 48 preveía en su art. 89 la realización de la pena de muerte también “en garrote sobre un tablado” y conservaba la tradicional publicidad del acto, con conducción del reo en caballería y exposición del cadáver tras la ejecución (arts. 90 y siguientes)⁶⁸. Igual de severo y detallista era el texto con la pena de argolla, accesoria a la muerte del reo, por la que según el art. 113 el condenado a argolla precederá al reo de muerte en caballería y suficientemente asegurado sentándose al lado del cadalso “asido a un madero por una argolla que se le pondrá al cuello”. Los ropajes del reo siguen atendiendo al delito que hubiese cometido. Así, se fija la hopa negra para los sentenciados a muerte, salvo si eran parricidas o regicidas en cuyo caso sería hopa amarilla (el parricida con birrete también amarillo, y el regicida con machas rojas simulando la sangre).

Como sucedía en 1822, el Código del 48 (y su reforma del 50) también prohíbe la pena de muerte para la mujer embarazada, y su notificación, hasta pasados cuarenta días del alumbramiento (art. 93).

⁶⁷ OLIVER OLMO, Pedro, *La pena de muerte en España*, Madrid, Editorial Síntesis S.A., 2008, pp. 31 y ss.

⁶⁸ GARCÍA VALDÉS, Carlos, Op. Cit., “La Codificación penal...”, p. 52.

Con el CP de 1870 la situación pasó a ser muy distinta. En el periodo parlamentario previo se discutieron la conveniencia de la pena capital o la necesidad de su abolición y su función social. Las penas privativas de libertad poco a poco comenzaron a tener un mayor peso jurídico cuando el nuevo texto penal determinó que la pena de muerte dejara de ser pena única para pasar a ser considerada el grado máximo que se podía imponer a un delito, de modo que sería el juez el que debe añadir la pena capital al dictar una cadena perpetua o temporal. Como uno de los objetivos del Código penal era proteger la Constitución del 69 y los derechos en ella consagrados, sobre todo aquellos inherentes a la persona y la propiedad, se solía sumar la pena capital en casos de parricidio, asesinato y robo con homicidio⁶⁹. También se podía añadir para el caso de regicidios consumados y frustrados y para los delitos contra la forma de Gobierno. Esto se mantuvo durante largo tiempo hasta el movimiento abolicionista de la II República, aunque Franco recuperaría el terrible castigo en el Código penal de 1938.

Además, el Código del 70 redujo a veinticuatro horas el tiempo de capilla. No obstante, los ajusticiamientos siguieron siendo públicos salvo si para evitar protestas y disturbios la autoridad aconsejara extraordinariamente realizarlos sin presencia de la multitud. En cuanto a la vestimenta del reo, el CP generalizó la hopa negra para todos los reos, de modo que ya no habría ropajes distintos según el delito.

En cuanto al método ejecutivo, la pena de muerte se llevaría a cabo únicamente mediante el garrote, sobre un tablado (art. 102). El sentenciado a muerte será conducido al patíbulo, con hopa negra, en carro o carruaje (art. 103). Como se ha dicho, se garantiza la publicidad del castigo (hasta la ley Pulido se seguiría haciendo públicamente), de modo que todavía la pena tiene un notable carácter ejemplarizante. Además el cadáver se expondrá hasta el anochecer y después será entregado a sus allegados. Se mantiene la cierta indulgencia de no aplicarse la pena ni notificarla en caso de mujeres encintas, con el mismo plazo, es decir, hasta cuarenta días después de dar a luz (art. 105). Asimismo, ya se ha visto en las características del Código que se suprimió la pena de argolla, hasta entonces considerada accesoria a la pena capital e impuesta a los partícipes.

Por otro lado, el garrote no fue el único instrumento de ajusticiamiento. Los fusilamientos no desaparecieron, lo que ocurre es que eran el método ejecutivo de la justicia penal militar. Sin embargo, en 1870 tuvieron lugar unos lamentables acontecimientos de brutalidad policial y ejecuciones extrajudiciales por parte de la Guardia

⁶⁹ OLIVER OLMO, Pedro, *La pena de muerte...*, pp. 31 y ss.

Civil, amparados o cubiertos bajo la aplicación de la denominada “Ley de fugas”, inventada en origen por Julián de Zugasti al llegar al gobierno de Córdoba para hacer frente a los numerosos casos de bandolerismo. Esta Ley legalizaba matar a los fugados y perseguidos además de ofrecer coartadas a las autoridades cuando mataban a un detenido o preso después de torturarlo.

Durante el tiempo transcurrido desde el CP de 1848 la aplicación de la pena capital empezó a entrar en crisis, aunque en ningún momento se llegó a la total abolición como defendían algunas minorías de la doctrina. Ya en los debates de dicho texto penal, el diputado Domingo María Vila propuso eliminar sin éxito la pena de muerte para los delitos políticos, y en 1854 y 1859 se parlamentó en las Cortes otras opciones de derogación de la pena. Poco a poco el castigo se fue imponiendo de forma más parcial que en las etapas absolutistas, favorecido por la extensión del anticlericalismo y la imagen cada vez peor que tenía el pueblo sobre las costumbres supliciales, dominadas por la corrupción y el despilfarro de las autoridades políticas y religiosas. La misma crisis sufrió en paralelo el ajusticiamiento público. Algunas ejecuciones obtuvieron el rechazo generalizado de la multitud, aunque la morbosidad y la expectación que siempre han acompañado al acto no dejaron de estar ausentes. En los inicios del s. XX pese a todo tampoco se logró derogar la pena de muerte sino que, más bien, se producirían nuevas reformas, hasta por fin la abolición que proclamó la efímera II República y que, sin embargo, desechó el régimen franquista pocos años después. Quizá el momento del siglo XIX más cercano a la supresión fue con la proclamación de la I República en 1873, a través de un fallido proyecto del entonces ministro de Gracia y Justicia (presidente después), Nicolás Salmerón.

Francisco Silvela mostró rechazo al ajusticiamiento en lugares públicos y propuso desplazarlo a centros cerrados o las prisiones como ya se hacía en territorio estadounidense, justificándose en que la ejecución causaba “más horror que temor” y por tanto no cumplía ninguna función intimidatoria sino traumatizadora, más aun en los niños. Otro gran autor reformista y abolicionista, como bien demuestra en su libro “La pena capital en España”, fue sin duda Ángel Pulido, que dio nombre a una ley por la que la pena de muerte dejaría de ser aplicada de forma pública para serlo dentro de las prisiones: la “Ley Pulido” de 9 de abril de 1900.

Con dicha ley, la publicidad de las ejecuciones pasaría plenamente al terreno periodístico, pues ya no había multitudes que presenciaran la actuación del verdugo, sino que sería en los periódicos donde se conocerían los hechos y los detalles. Hasta entonces, el

periodista y el cronista en realidad no necesitaban publicitar la ejecución pues contaba con un amplio público, siendo su función una mera reproducción de cómo se desarrollaba el acto.

Además, el paso de las ejecuciones al interior de la prisión haría que la pena de privación de libertad se convirtiera en el castigo penal más característico del ordenamiento español, demostrando el progresivo avance humanista. La pena de muerte se haría en adelante dentro de la cárcel, de día y mediante garrote, en un sitio adecuado a tal efecto para preservar la privacidad. Esto se mantendría casi sin cambios en los Códigos posteriores de 1928 y 1944, hasta la total abolición de la pena de muerte con la Constitución de 1978 y la Ley Orgánica 11/1995⁷⁰.

6. EL DELITO DE IMPRENTA

La importancia de la imprenta está lejos de toda duda, pues se trata de una de las invenciones (Gutenberg) más reconocidas de la historia. La libre difusión de pensamientos, ideas y opiniones es un derecho fundamental e inherente de cada persona en la actualidad. Sin embargo, los Gobiernos siempre han tenido muy en cuenta los medios de difusión al verlos como una estrategia o amenaza para sus propios intereses, de modo que el control sobre los mismos era un tema siempre presente en los debates legislativos.

El Código de 1870 presentó la novedad de incluir por primera vez los delitos cometidos por medio de la imprenta, hasta entonces fuera de los Códigos penales al estar regulados en leyes especiales. El art. 7 del CP del 48 establecía expresamente que no están sujetos a las disposiciones del Código los siguientes delitos especiales: los de imprenta, los militares, los de contrabando y los que se cometan en contravención de la leyes sanitarias en tiempo de epidemia⁷¹. La reforma de 1850 añadió una coletilla a la disposición anterior, de modo que tampoco están sujetos “los demás (delitos) que estuvieran penados por leyes especiales”. Más específicamente, la legislación especial en materia de imprenta presentaba una cierta dispersión por el notable número de normas reguladoras, entre las cuales

⁷⁰ La Constitución de 1978 prohibió la pena de muerte en el art. 15 salvo lo que pudieran establecer las leyes militares para tiempos de guerra, de modo que no supuso una abolición absoluta. Por ello, el castigo permanecería en el ámbito militar si se entraba en conflicto bélico hasta que la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, abolió la pena capital también para ese caso y la expulsó definitivamente del ordenamiento jurídico español.

⁷¹ ANTÓN ONECA, José, Op. Cit., “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, pp. 473-496.

destacan los Reales Decretos de 10 de abril de 1845, la Real Orden de 15 de junio de 1850 y los Decretos de 2 de noviembre de 1856 y de 7 de marzo del 67⁷². Los poderes públicos siempre han buscado controlar férreamente la difusión de ideas, más aún en caso de temor a la entrada de ideales revolucionarios o reaccionarios procedente de otros territorios. El Decreto del 57 (refrendado por Nocedal) obligaba al editor a pagar anticipadamente tres años de contribución, además de exigir un director y la firma del autor en cada artículo. Por su parte, la última ley, el Decreto de 1867 determinaba la responsabilidad por la publicación de los impresos al autor (o en su defecto al editor o director, y como cómplice, al impresor) e imponía un castigo meramente pecuniario garantizado por un depósito de seis ejemplares y los efectos de la Redacción, sin imposición de penas personales. Además, aumentaba la facultad de la autoridad judicial a la posibilidad de prohibir la publicación, no únicamente suspenderla⁷³.

Con el inicio de la revolución liberal del 68 las Juntas revolucionarias forzaron al Gobierno provisional a poner fin a la legislación especial sobre delitos de imprenta e incluir estas figuras delictivas en un nuevo Código penal, añadiendo también responsabilidades subsidiarias. Mientras se debatía el contenido de la nueva ley penal, el Gobierno publicó el 23 de octubre un Decreto por el que solicita a la Comisión encargada de la redacción del Código la inclusión de los delitos de imprenta, y suprime el depósito, la responsabilidad del editor y condena las medidas preventivas dirigidas a asegurar las penas. Todo ello para armonizar las disposiciones con el texto constitucional del 69, que en su art. 9 prevé el derecho de todos los españoles a emitir libremente sus ideas y opiniones, sin previas censuras.

Sin embargo, la petición del Gobierno causó una total oposición por parte de la Comisión codificadora que, unido a las diferencias que ya existían con aquél, presentó su dimisión por unanimidad al defender la continuidad de la legislación especial de imprenta (alegó que la supresión haría que hasta los vendedores de periódicos pudieran ser responsables). Fue el detonante definitivo que conllevó la paralización del proyecto codificador, hasta que la nueva Comisión de Cortes retomó el trabajo a solicitud del ministro Montero Ríos.

⁷² NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, Op. Cit., *La reforma penal...*, p. 45.

⁷³ GONZÁLEZ Y SERRANO, José, *Apéndice a los Comentarios del Código Penal de Don Francisco Pacheco o sea el nuevo Código, comentadas las adiciones que contiene*, Madrid, Imprenta Isabel la Católica, 1870, p. 381.

En los debates parlamentarios sobre el dictamen de la Comisión de Cortes, habilitada de urgencia por la imperiosa necesidad de redactar un nuevo Código, la libertad de imprenta estuvo muy presente. Las críticas de Silvela apuntaron fuertemente, además de a la agravante de publicidad, a los arts. 582 y 583, en los que se castiga la provocación directa a delinquir a través de la imprenta u otro medio mecánico de publicación con la pena inferior en dos grados a la prevista para el delito cometido, o en un grado si después se ejecuta el hecho. Estos artículos se ubicaron en el proyecto de Código en el Título XVI (posteriormente sería el XV del Libro II del Código), denominado “Disposiciones Generales”, en el que la imprenta se regula a medio camino entre legislación común y especial. Silvela afirmaba que dichos preceptos eran reflejo de una legislación “tiránica” de la imprenta, puesto que “detrás de cada delito del Código podría estar la provocación directa realizada por la prensa. En todos los delitos se puede tomar parte por la imprenta y su legislación no contiene privilegio alguno para el escritor que mal aconsejado pudiera emplear la pluma en inducir a una potencia extranjera a declarar la guerra a España”⁷⁴. Sin embargo, lo cierto es que aunque la Constitución garantizase en su art. 17 la libre emisión de ideas por este medio, habría que penar los delitos cometidos con ocasión de ese derecho en la regulación común porque eliminado el depósito, la censura previa y la responsabilidad del editor, se estaban cometiendo abusos de la libertad de prensa.

El resultado en el Código fue fruto de los esfuerzos de los redactores por no atacar a libertad de imprenta, sino introducir necesarias limitaciones a los abusos que pudieran ocasionarse. Sometieron pues los delitos de imprenta al régimen común pero manteniendo ciertas especialidades, como que el delito de desacato no pueda ser cometido por medio de la imprenta (Alvareda decía que, en caso contrario, se ocasionaría un grave daño al derecho de libertad de imprenta⁷⁵), la salvedad del art. 12 respecto a la determinación de responsabilidades que establece el art. 11, y lo relativo a la circunstancia 5ª del art. 10.

El número 5º del art. 10 establece como circunstancia agravante la publicidad por medio de la imprenta: “Realizar el delito por medio de la imprenta, litografía, fotografía u otro medio análogo que facilite la publicidad”. No obstante, a continuación hace una matización fundamental, y es que en realidad la publicidad es una circunstancia mixta porque, como ocurre con el parentesco (circunstancia 1ª), añade que “Esta circunstancia la

⁷⁴ NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, Op. Cit., *La reforma penal...*, p. 23.

⁷⁵ Extracto oficial de la Sesión de las Cortes Constituyentes del día 17, Gaceta de Madrid, 18 de junio de 1870.

tomarán en consideración los Tribunales para apreciarla como agravante o atenuante, según la naturaleza y los efectos del delito”, por lo que puede ser también atenuante.

El art. 11 del CP de 1870 señala que los autores, cómplices y encubridores son responsables criminalmente de los delitos, y de las faltas sólo los dos primeros. La especialidad que añade el texto a esta cuestión figura en el siguiente precepto, el art. 12, que deja fuera al cómplice y al encubridor de la responsabilidad por los delitos y faltas cometidos por medio de la imprenta, grabado u otro medio mecánico de publicación. Por tanto, en estos casos sólo es responsable criminalmente el autor del hecho. Hay que sumar la matización, o más bien contradicción, que hace después el art. 14 ya que establece una responsabilidad subsidiaria al reputar como autores de los delitos del art. 12 a los directores, editores o impresores en caso de que “los que realmente lo hayan sido (autores) del escrito o estampa publicados” no fueran conocidos, no estuvieran domiciliados en España o estuvieran exentos de responsabilidad criminal. Se trata de un procedimiento que impone un castigo escalado, por el cual si no es posible hacer responsable del escrito o estampa publicados a su verdadero autor, se irá pasando gradualmente al siguiente en la cadena de responsabilidades y que hubiera intervenido en la publicación. Si éste tampoco puede ser penado, se pasa al siguiente en grado y así sucesivamente hasta aquel que pueda ser penado por negligencia (al no haber comprobado el carácter delictivo de la publicación).

Por último en relación a los delitos de imprenta, el art. 203 del Código impone la pena de arresto mayor a los autores, directores, editores o impresores de publicaciones clandestinas, es decir, que no lleven pie de imprenta o lo lleven supuesto (párrafo 1º del artículo), así como a los directores, editores e impresores de publicaciones periódicas que no hayan comunicado a la autoridad local el nombre del director o del editor antes de que la publicación salga a la luz (párrafo 2º).

7. RECEPCIÓN Y CRÍTICA DEL CÓDIGO DEL 70

La crítica al Código penal de 1870 se manifestó desde los primeros momentos del debate sobre el dictamen de la Comisión redactora. Francisco Silvela fue uno de los principales detractores, criticando tantos puntos del proyecto que en el debate los miembros se preguntaron si estaban discutiendo el dictamen o el Código en sí mismo. Especialmente duras fueron sus críticas hacia la figura de provocación para delinquir por medio de la imprenta de los arts. 582 y 583, a los que, como se vio en el apartado anterior,

consideró de “tiránica” legislación. Acusó al CP asimismo de atacar a los derechos individuales (tesis totalmente discutible pues el objetivo era lo contrario, garantizarlos) al prever gran severidad en las penas. Núñez Barbero rehúsa del razonamiento de Silvela poniendo de manifiesto que el Código pretendía establecer reglas para el ejercicio de los derechos individuales (pero no atacarlos), armonizándolos con los intereses públicos y, además, tampoco tenía una regulación tan opresora sobre el delito de imprenta⁷⁶.

Durante las sesiones del debate, el diputado Sánchez Ruano discutió algunas de las posturas de Silvela. Coincidió en tener por conservadora la reforma, pero se mostró conforme al considerarla mucho mejor que la legislación hasta entonces vigente (incluso en materia de imprenta: “Yo deploro grandemente las disposiciones relativas a la imprenta que aquí se establecen, pero hubiera deplorado mucho más que continuaran las existentes hoy”⁷⁷). También pidió al Ministro Montero Ríos la solución a las dudas planteadas en relación a los “vivas” del art. 182 (que ya había suscitado Silvela), por el cual se consideraba delito contra la forma de Gobierno el aclamar con “vivas” u otros gritos la realización de algún delito de esa misma categoría, y las dudas sobre la regulación del desacato. Soluciones a ambas cuestiones que coincidieron con la perspectiva de Sánchez Ruano (por ejemplo, Montero Ríos le dio la razón sobre la necesidad de que el desacato se cometiera en presencia de la autoridad y no de otro funcionario público).

Junto a Silvela, otro crítico al cuerpo penal fue Dorado Montero cuando afirma que se trata del mismo Código del 48 con nuevos cambios, pero pudiéndose hacer un estudio idéntico. Esto sin embargo resulta un tanto exagerado pues las diferencias entre ambos son más que notables además de tener como base unas circunstancias políticas, aunque las dos liberales, distintas.

Una vez publicado el Código y comenzando su vigencia, tuvo una recepción un tanto dispar entre los penalistas. Al tiempo de ver la luz las críticas fueron por lo general

⁷⁶ NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, Op. Cit., *La Reforma penal...*, pp. 22 y ss.

⁷⁷ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, Congreso de los Diputados*, sesión de 15 de junio de 1870, pp. 8889-8890, discurso completo en las pp. 8889-8891 y 8892-8893.

En: http://www.congreso.es/est_sesiones/ [Consulta: 13 octubre 2016].

Vid. también en COBO DEL ROSAL, Gabriela, “Los mecanismos de creación normativa en la España del siglo XIX a través de la codificación penal”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n° 81, 2011, p. 963.

<https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-2011-10092100972_ANUARIO_DE_HISTORIA_DEL_DERECHO_ESPA%26%231103%3BL_Los_mecanismos_de_creaci%F3n_normativa_en_la_Espa%F1a_del_siglo_XIX_a_trav%F9s_de_la_codificaci%F3n_penal> [Consulta: 13 octubre de 2016].

favorables, reconociendo la modernidad del texto penal y sus progresos sobre diversos puntos que en los Códigos anteriores estaban anclados al pensamiento del Antiguo Régimen. Sin embargo, con el paso del tiempo los defectos del Código se fueron criticando de una forma cada vez más intensa.

De un lado, la abolición de las penas perpetuas, pese a continuar su denominación en el texto, es sin duda un gran avance, así como la impunidad de los actos preparatorios, la no imposición de la pena de muerte como única y la supresión definitiva de la pena de argolla, considerada una abominación sobre la dignidad humana del reo. La mitigación de las penas fue un gran paso al moderno pensamiento imperante. La técnica de redacción del Código era excelente, llegándose a decir que está “insuperablemente escrito” (como se indicó al explicar las características del CP de 1870) y en un lenguaje preciso. Además es un texto con menos articulado que el precedente, y que evita en la medida de lo posible la inutilidad de definiciones. Resultado de ello fue su extenso periodo de vigencia, cuando en realidad había sido pensado como una reforma provisional que se revisaría “después del verano”; y su utilidad política fue muy notable al permitir la protección de los derechos individuales proclamados por la Constitución de 1869.

Sin embargo, en el campo técnico el Código adolece de numerosos defectos a juicio de prestigiosas personalidades. El catedrático Luis Silvela, hermano de Franciso Silvela, manifestó una serie de problemas originados de la aplicación de determinadas figuras del Código, como era la que denominó “pena de herencia” refiriéndose a la transmisión de la pena pecuniaria a los herederos, pues la responsabilidad no se extinguía con el fallecimiento del condenado. O también el célebre caso de la “pena del torpe”, calificativo con el que Silvela alude a la “torpeza” del condenado a cadena perpetua que no logra fugarse respecto del que consigue huir, pues el primero sería indultado tras treinta años de encierro (art. 29) mientras que el segundo quedaría libre a los veinte por prescripción de la pena (art. 134). El propio Luis Silvela llevaría a cabo tiempo después, por encargo de su hermano, un proyecto de reforma sobre la reforma (valga la redundancia) en 1894, que por su calidad científica se ganó el reconocimiento de autores como Jiménez de Asúa y Antón Oneca. No fue el único proyecto sobre el Código del 70 que trató de publicarse, pero sí uno de los que más cerca estuvo de conseguirlo.

Otras fuertes críticas centraron su mira en torno a la consideración de la vagancia como circunstancia agravante (pudiendo ser el reo condenado a muerte en casos extremos),

tal y como expone Antón Oneca⁷⁸. Del mismo modo, los penalistas estuvieron disconformes con la desmedida severidad sobre quien haya falsificado billetes, títulos al portador o cupones (art. 303 y ss. Capítulo III. Título IV. Libro II) y sobre las amenazas (penadas más duramente que quien cause lesiones), así como el casuismo en gran parte de las figuras delictivas (y también en las faltas) como por ejemplo en los delitos de lesiones (al fijar la pena según el resultado, a través de los días de curación necesarios) y que el CP no tuviera artículos dedicados a la prescripción de la reincidencia. Sin duda uno de los principales puntos polémicos fue la esperpéntica inclusión del delito de disparo de arma de fuego, del que Saldaña llegó a decir que el CP padecía “horror a la pólvora”⁷⁹, o la inclusión de instituciones obsoletas, más propias del Antiguo Régimen que de los tiempos que corrían, como es el delito de duelo (arts. 439 y ss.).

La “aritmética penal” del texto, estableciendo un sistema de aplicación de penas muy riguroso y basado en la técnica matemática, contó con una notable oposición al momento de ver la luz el Código (Joaquín Garrigues lo denominó “inútil y arcaico”⁸⁰). Sin embargo como ya se ha mencionado antes, Tomás y Valiente califica este aspecto de “sobresaliente” y lógico por la gran desconfianza respecto del arbitrio judicial del Antiguo Régimen y la amovilidad de los funcionarios⁸¹.

Con todo y pese a sus errores, el Código Penal de 1870 es sin duda una obra de gran valor y que marcó todo un progreso, como ha demostrado el paso del tiempo. Obviamente al estar vigente tanto tiempo (incluso llegándose a recuperar en la II República) cuando tuvo origen en unos debates parlamentarios muy acelerados, fueron necesarias sucesivas reformas (como la introducción de leyes sobre la libertad condicional y los menores en 1914 y 1918, respectivamente). A pesar del incremento en el tono de las críticas contra el texto, especialmente en las primeras décadas del siglo XX, entre los penalistas se veía con temor una nueva reforma, como así sucedió, que en lugar del mejorar la calidad técnica destacara en cambio por su extrema severidad. Fruto de ello fue el Código Penal de 1928 durante la dictadura del general Primo de Rivera, un texto “engendro” según Jiménez de Asúa que impone la pena de muerte en más casos que el CP del 70 y con unos defectos desconcertantes influencias por el carácter autoritario del régimen político.

⁷⁸ ANTÓN ONECA, José, Op. Cit., “El Código penal de 1870”, pp. 245 y 246.

⁷⁹ SALDAÑA, Quintiliano, *Historia del Derecho penal en España (adiciones al Tratado de Derecho penal de Von Liszt)*, Madrid, s.n., 1914, pp. 468 y 469.

⁸⁰ GARRIGUES, Joaquín, *Sobre algunos puntos del Código penal*, Madrid, Reus, 1920, p. 28.

⁸¹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, Op. Cit., *Manual...*, pp. 501 y 502.

8. CONCLUSIONES

A lo largo de las páginas del presente trabajo se ha ido analizando el trabajo codificador de los autores y juristas ilustrados que, vistas las deficiencias de los modelos jurídicos procedentes de la etapa anterior, vieron la necesidad de optar por una nueva forma de ordenar el Derecho.

No obstante, la codificación no fue una labor inmediata y exenta de problemas, sino que se trata de un movimiento progresivo cuya técnica fue mejorando a lo largo del tiempo y superando los obstáculos al impulso del pensamiento liberal. A pesar de ello, siempre estaría muy vinculada al ideal gubernativo pues como se ha expuesto cada Código penal refleja la concepción del momento sobre las figuras delictivas.

A diferencia de los primeros Códigos penales, de 1822 y 1848 (más la primera reforma de éste en 1850), en los que, aunque suponen una evolución, todavía se aprecian ciertos componentes del tradicional “Ancien Regime”, el Código de 1870 responde en defensa de una Constitución que reconoce un verdadero catálogo de derechos individuales de los españoles, mostrando el ideal humanista que poco a poco se fue instaurando en el Derecho europeo. Sin embargo este Código penal también contó con unas críticas que fueron intensificándose al tiempo que transcurría su vigencia, en ocasiones un tanto injustas. Bernaldo de Quirós denominó al texto de “envejecido y paralítico” y otros autores de “mastodóntico”⁸². Calificativos excesivamente severos para un Código que permitió un salto gigantesco respecto de la legislación previa. De hecho muchas de las críticas resultaron infundadas y vieron la necesidad de retractarse con la llegada del Código penal de Primo de Rivera, de 1928, muy criticado por su severidad y su dureza.

Es cierto que el Código del 70 cuenta con algunas figuras inconcebibles como por ejemplo la inclusión del delito de disparo de arma de fuego (como se ha visto, en el art. 423), pero indudablemente hay que otorgar prestigio y mérito a la utilidad del texto penal como demuestra su prolongada vigencia y su influencia en códigos posteriores. Su resistencia a ser sustituido probó su validez para permitir un progreso, especialmente respecto a la incorporación de las libertades públicas a la Ley penal. Igualmente hay que hacer mención a la evolución de la pena capital, la cual empieza a ver disminuida su importancia en el citado Código, dejando espacio a la imposición de castigos más acordes a los principios humanitarios como son las penas privativas de libertad.

⁸² Citado por NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, Op. Cit., *La Reforma penal...*, pp. 63 y 67.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

Las fuentes bibliográficas están agrupadas en orden alfabético y comprenden libros y artículos de revista. En los recursos electrónicos se incluyen los preceptos legales consultados y documentos y textos accesibles desde internet. Los textos legales se ordenan atendiendo al año de publicación, y los artículos normativos en función del Código, Constitución o Ley al que pertenecen siguiendo un criterio temporal.

ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, Madrid, s.n., 1949.

ANTÓN ONECA, José. “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 18, 1965, pp. 473-496.

ANTÓN ONECA, José. “El Código penal de 1870”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 23, 1970, pp. 229-251.

CORRAL, José Luis, *Historia de la pena de muerte*, Madrid, Aguilar, 2005.

Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, Congreso de los Diputados, sesión de 15 de junio de 1870, pp. 8859-9380. En: http://www.congreso.es/est_sesiones/ [Consulta: 13 octubre 2016].

Véase también en COBO DEL ROSAL, Gabriela, “Los mecanismos de creación normativa en la España del siglo XIX a través de la codificación penal”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n° 81, 2011, pp. 921-969.

<https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-2011-10092100972_ANUARIO_DE_HISTORIA_DEL_DERECHO_ESPA%26%231103%3BL_Los_mecanismos_de_creaci%F3n_normativa_en_la_Espa%F1a_del_siglo_XIX_a_trav%E9s_de_la_codificaci%F3n_penal> [Consulta: 13 octubre de 2016].

ESCUADERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*, Madrid, Silana e Hijos S.A., 2ª ed., 1995.

GARCÍA VALDÉS, Carlos. “La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias”. *Anuario de Historia del Derecho Español*, n° 82, 2012, pp. 37-66.

GARRIGUES, Joaquín, *Sobre algunos puntos del Código penal*, Madrid, Reus, 1920.

GONZÁLEZ Y SERRANO, José, *Apéndice a los Comentarios del Código Penal de Don Francisco Pacheco o sea el nuevo Código, comentadas las adiciones que contiene*, Madrid, Imprenta Isabel la Católica, 1870.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 comentado y concordado*. Vol. III, Madrid, Establecimiento Tipográfico de los Hijos de J.A. García, 2ª ed., 1911.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 comentado y concordado*. Vol. IV, Salamanca, 1981.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*. Vol. I, Buenos Aires, Losada, 3ª ed., 1964.

MARÍA E IZQUIERDO, María José. “El Ordenamiento de Montalvo y la Nueva Recopilación”. *Cuadernos de Historia del Derecho*, nº 6, 1999, pp. 435-473.

NUÑEZ BARBERO, Ruperto, *La Reforma penal de 1870*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1969.

OLIVER OLMO, Pedro, *La pena de muerte en España*, Madrid, Editorial Síntesis S.A., 2008.

PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado*. Tomo I, Madrid, Edisofer S.L., 2000.

PACHECO, Joaquín Francisco. *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*. Tomo II. Madrid: Boix, 1842.

SALDAÑA, Quintiliano, *Historia del Derecho penal en España (adiciones al Tratado de Derecho penal de Von Liszt)*, Madrid, s.n., 1914.

SALILLAS, Rafael, *La vida penal en España*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1888.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Dolores del Mar, *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Madrid, BOE Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, Editorial Tecnos, 3ª ed., 1981.

TUÑÓN DE LARA, Manuel, *Historia de España. Vol. 8. Revolución burguesa, oligarquía y constitucionalismo (1834-1923)*, Barcelona, Labor S.A, 2ª ed., 1983.

TUÑÓN DE LARA, Manuel, *Historia de España. Vol. 9. La crisis del Estado: Dictadura, República y Guerra (1923-1939)*, Barcelona, Labor S.A, 2ª ed., 1983.

VARIOS AUTORES, *Manual básico de Historia del Derecho (Temas y Antología de Textos)*, Madrid, Laxex, 1997.

Recursos electrónicos

Artículo 258 de la Constitución de 1812. En:

<http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf>

[Consulta: 30 septiembre 2016].

Artículos 113, 143, 173 y 180 del Código penal de 1848. En:

https://books.google.es/books/about/C%C3%B3digo_Penal_de_Espa%C3%B1a.html?id=8dGnfB4YlwYC&redir_esc=y [Consulta: 1 y 9 octubre 2016].

Artículo 21 de la Constitución de 1869.

<http://www.congreso.es/docu/constituciones/1869/1869_cd.pdf> [Consulta: 5 octubre 2016].

Artículo 18 de la Constitución de 1876. En:

<http://www.senado.es/web/wcm/idc/groups/public/@cta_senhis/documents/document/mdaw/mde5/~edisp/senpre_018546.pdf> [Consulta: 26 septiembre 2016].

Colegio de Abogados de Madrid. *Informe dirigido al Gobierno de S.M. por el ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre la reforma del Código penal, con arreglo á las cuarenta y seis preguntas contenidas en la circular del Ministerio de Gracia y Justicia de 16 de abril de 1951*. [en línea]. Madrid: Imprenta á cargo de Antonio Pérez Dubrull, 1852.

<https://books.google.es/books/ucm?vid=UCM5320576890&printsec=frontcover&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false> [Consulta: 2 octubre 2016].

Constitución de 1812 en <http://www.constitucion1812.org/documentos/cons_1812.pdf> [30 septiembre 2016].

Código penal de 1822 en

<<http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Dosier/la%20constitucion%201812/codigoPenal1822.pdf>> [1 y 7 octubre 2016].

Código penal de 1848. Sección Tercera, sobre las penas accesorias.

<https://books.google.es/books/about/C%C3%B3digo_Penal_de_Espa%C3%B1a.html?id=8dGnfB4YlwYC&redir_esc=y> [Consulta: 2 y 9 octubre 2016].

Código penal reformado de 1850 en <<http://fama2.us.es/fde/codigoPenal1848.pdf>> [Consulta: 2 octubre 2016].

Constitución de 1869 en <http://www.congreso.es/docu/constituciones/1869/1869_cd.pdf> [Consulta: 5 octubre 2016].

Código penal de 1870 en <http://sirio.ua.es/libros/BDerecho/codigo_penal/index.htm> [Consulta: 5 octubre 2016].

Código de 1944. Secciones Primera y Segunda del Capítulo II, Título II, Libro II. En <<http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/1944.htm#CP>> [Consulta: 7 octubre 2016].

Código penal de 1995 en <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>> [Consulta: 7 octubre 2016].

Diversos textos jurídicos históricos en

<http://www.usc.es/histoder/historia_del_derecho/textos.htm> [Consulta: 20 septiembre 2016].

EGUIZÁBAL, José Eugenio, *Apuntes para una historia de la legislación española sobre imprenta*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, n°15, 1879.

<<http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/apuntesLegislacionSobreImprenta.pdf>> [Consulta: 15 de octubre 2016].

FUENTES, Juan Francisco y GARÍ, Pilar, “Capítulo 10. El partido de las mujeres tras la muerte de Fernando VII”. En *Amazonas de la libertad: Mujeres liberales contra Fernando VII* [en línea], Madrid, Marcial Pons, Historia, 2015.

<<https://books.google.es/books?id=IFXjCgAAQBAJ&pg=PT304&lpq=PT304&dq=Es+menester+que+me+case+cuanto+antes&source=bl&ots=ZsCfjKjKTN&sig=7TIJ0MI1Vs2uYtjvfHduFseEhSk&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwieuJyG76fPAhWF1RoKHd0MAvMQ6AEIjAB#v=onepage&q=Es%20menester%20que%20me%20case%20cuanto%20antes&f=false>>

[Consulta: 18 septiembre 2016].

Papeles para la historia del Congreso de los Diputados en

<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/PapHist>

[Consulta: 24 septiembre de 2016].