

El modelo de la primera codificación penal española en los Códigos americanos

*Manuel Torres Aguilar**
UNIVERSIDAD DE CORDOBA

Resumen:

En este estudio se analizan las influencias recibidas por la primera codificación penal española que luego serviría de modelo a muchos Códigos penales de las Repúblicas americanas independientes a lo largo del siglo XIX. También se alude a algunas instituciones penales procedentes del viejo derecho indiano que aún permanecen en la nueva codificación. En paralelo se estudia la influencia de los nuevos principios constitucionales y la resistencia, de otra parte, a su aceptación en el nuevo Código penal. En el debate codificador se plantean los principios políticos que estuvieron presentes.

Palabras clave:

Codificación penal, constitucionalismo, Hispanoamérica, pensamiento político, ilustración.

The model of the first spanish criminal codification in the american codes

Abstract:

This study analyzes the influences received by the first Spanish penal coding that later served as a model for many penal codes of the independent American Republics throughout the 19th century. Also it is alluded to some criminal penalties proceeding from the old Indian law that still remain in the new codification. In parallel, the influence of the new constitutional principles and the resistance of another party to its acceptance in the new penal code are studied. In the codifying debate are analyzed the political principles that were presents.

Key words:

Penal coding, constitutionalism, hispanic america, political thought, illustration.

1. PLANTEAMIENTO

Es de sobra conocida la influencia del Código napoleónico en todo el proceso de codificación de los derechos europeos e hispanoamericanos del siglo XIX. Empero no puede pasarse por alto la impronta que el derecho hispano mantuvo en la formación de los nuevos derechos americanos y con ello se quiere afirmar la presencia del derecho indiano también en los nuevos sistemas codificados nacidos a la luz de los procesos de emancipación. También en el derecho penal se puede afirmar que el proceso de codificación supuso en parte una adaptación formal en la que junto a los nuevos planteamientos ilustrados, se mantienen muchos de los principios forjados por el *ius commune* y presentes en la legislación penal indiana, por ello en los nuevos códigos penales que se alumbrarán durante esta centuria, será clara la influencia del sistema de codificación francés, pero más clara aún la influencia del primer código penal español, el

código de 1822. Este propósito me lleva a publicar este artículo para el lector hispanoamericano interesado con la finalidad de que se conozcan los fundamentos filosóficos, penales y políticos que presidieron el proceso de codificación penal que no fue ajeno en las nuevas Repúblicas a la herencia de política normativa que Europa, a través de España, había legado para el futuro de sus procesos legislativos independientes. Eran realidades culturales que después de siglos de relación, no iban a configurar un Derecho fundamentado en los principios de un sistema codificador alógeno, sino que se basaron en toda la tradición que se había articulado en Europa desde fines del siglo XVIII¹.

La situación del sistema penal en Europa a fines del siglo XVIII y por tanto, la situación del derecho penal en España y en Hispanoamérica presentaba unas características, que a continuación veremos, y que en síntesis desde el plano formal suponían un sistema caótico

Recibido: 9-VIII-2018. Aceptado: 23-X-2018.

* Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones. Dirección para correspondencia: mtorres@uco.es

¹ Sobre el proceso de codificación primero en España, puede verse TORRES AGUILAR, M., *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, Messina, 2008.

en el que no se sabía claramente cuál era el derecho vigente, cuál era la jerarquía normativa y cuáles eran los principios doctrinales que los inspiraban. En el tránsito al siglo XIX los problemas aún se agravan más y cuando se producen los movimientos de independencia, los nuevos estados heredan todo el caótico sistema penal vigente. Algunos de los nuevos Estados buscan en las civilizaciones prehispánicas y en el sistema foráneo de América del norte o de Europa el modelo codificador en el que mirarse. Pero en realidad el proceso de codificación español que era la resultante de esas mismas influencias europeas será a la postre el modelo que más a mano encuentran para realizar sus sistemas de codificación, incluyendo la penal. En materia de derecho privado podemos decir que así como la vida política y el Derecho público de los nuevos Estados cambió de manera vertiginosa, la vida jurídica privada fue más estable, y se mantuvo una presencia importante de los principios y normas recibidos de la herencia hispana, lo que fue útil para los nuevos codificadores. En este sentido puede señalarse que la presencia del derecho indiano se mantuvo como:

-Legislación vigente, tanto la Nueva como la Novísima recopilación, ambas de aplicación al menos formal, en Hispanoamérica estaban vigentes antes de producirse los movimientos de independencia. Así también Las Partidas y la Recopilación de leyes de indias. En el caso de Partidas por ejemplo se intentó hacer una nueva edición en Chile en 1827.

-Literatura jurídica, tanto ejemplares de derecho romano como autores de derecho castellano estaban presentes en la cultura jurídica hispanoamericana de fines del XVIII

-Proyectos del Código García Goyena en materia civil y del código penal de 1822 fueron usados por los codificadores de las nuevas naciones.

El contacto permanente de la producción jurídica española y el mundo de sus antiguos dominios contribuyó a que el sistema jurídico americano presentase fuertes anclajes con el Derecho castellano, con el derecho romano y, lógicamente, con el derecho indiano.

No obstante la necesidad de codificar sentida en la península se hacía también presente en los nuevos Estados. Había que acabar con las incertidumbres a la hora de aplicar el derecho vigente, eran muchas las cédulas, órdenes, decretos, textos... vigentes. La fascinación que provocó el Código napoleónico en Europa no fue menos entre los padres de las nuevas naciones. De todos modos la obra codificadora hispanoamericana tiene la singularidad de presentar una fusión entre esa nueva técnica y la presencia de elementos y principios jurídicos procedentes de los anteriores sistemas vigentes. En cualquier caso, la influencia ilustrada se dejará sentir sin duda entre quienes sienten la inquietud de buscar

un sistema penal más justo y por ello muchos de los planteamientos doctrinales que estarán presentes en España, lo estarán igualmente en Hispanoamérica. Beccaria, Bexxon, Filangeri, Montesquieu... no son ajenos a la nueva cultura penal y junto a ellos la presencia de los principios penales de la justicia indiana contribuirán a conformar los nuevos Códigos que lentamente irán apareciendo a lo largo del novecientos. Si los proyectos de códigos penales surgen en Rusia en 1769, en Prusia en 1780, en Pensilvania y Toscana en 1786, en Austria en 1788, en Francia en 1793, 1808 y 1810.... También hay una codificación penal hispanoamericana que aparece en España en 1822, Bolivia, 1826, Perú, 1828, Brasil, 1830, México 1831, Colombia y Ecuador 1837 y Venezuela 1863. Sin olvidar el proyecto de código penal de Vidaurre para Chile e 1828.

El interés que despierta el Código penal de 1822, no deriva exclusivamente del hecho de ser nuestro primer código de Derecho de acuerdo con los parámetros de la codificación racionalista enunciada por el positivismo. Presenta otros perfiles que hacen atrayente su estudio. Desde el punto de vista dogmático, Casabó ya se encargó de anunciar alguno de sus principales hitos: por ejemplo el reconocimiento del principio de legalidad, no obstante el juego del arbitrio judicial preciso para individualizar la pena. También es destacable su influencia en varios Códigos penales americanos: los de Bolivia, Costa Rica, México y otros alumbrados durante el siglo XIX. Sin duda es de destacar el hecho de que abriese el camino a los códigos penales de 1848 y 1870. No obstante todo ello, que ya era más o menos conocido, el hecho de que fuese discutido artículo por artículo en el pleno de las Cortes lo hace único en nuestra historia legislativa. Curiosamente ni Casabó, ni el interesante aunque enormemente desordenado trabajo de Lasso, ni los trabajos de Antón Oneca habían procedido a un estudio minucioso y completo de todo el desarrollo de la génesis parlamentaria del Código penal de 1822. Así pues, este es el objetivo principal del trabajo que someto a su consideración. En él he tratado de ver los perfiles del contexto histórico en el que nació nuestro primer código penal, y, sobre todo, bajo la luz de esos debates parlamentarios, tratar de acercarme al espíritu histórico-jurídico en el que nació. He pretendido desentrañar tras las palabras de los diferentes diputados, las intenciones que anidaban en sus diferentes proyectos de legislación penal. Y, como saben, la cuestión no es nada baladí. El Derecho penal es un instrumento no sólo represor, sino garante de un sistema legal. Es la mejor atalaya para contemplar el pulso de una sociedad a la hora de calibrar el respeto de sus libertades, de sus creencias, de sus elementos culturales de convivencia. La Constitución, como es sabido, sólo es un enunciado, necesita la proyección en normas concretas. Pues bien, los codificadores del 22 entendieron este Código, como un medio para hacer efectivos muchos de los principios incorporados en la Constitución, y eso está palmariamente presente en el desarrollo de todos los debates, como creo haber demostrado en este trabajo.

2. LA CODIFICACIÓN PENAL HASTA 1820: LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

2.1. Los precedentes preconstitucionales: la presencia de la ideología ilustrada

Las vicisitudes que se produjeron desde la invasión napoleónica y lo relativo al funcionamiento de la Junta Central y la Junta de legislación fueron el antecedente que sirvió de enlace entre el propósito codificador no olvidado de la centuria anterior y los trabajos de las Cortes de Cádiz que supondrían un nuevo impulso al proyecto de reforma de la legislación criminal que, sin embargo, tampoco alcanzaría el objetivo propuesto². Merece destacarse el texto de la instrucción que se dio a la Junta de legislación para que lo tuviese en cuenta en sus trabajos. Parece que el citado texto fue obra de Jovellanos³. Comienza el mismo abundando en la consabida referencia a las leyes penales ya anticuadas y a las que aparecen como poco adecuadas a la nueva sociedad, por lo que se pide a la Junta que proponga a la «comisión de Cortes qué penas convenga abolir, cuales subrogar, cuales mudar o moderar y cuales establecer de nuevo». En particular, se indica que en la facultad de «encarcelar, encerrar, aherrojar y apremiar a los reos» se cometen muchos abusos. Desde un planteamiento claramente renovador y conforme a las nuevas corrientes penales se afirma «que, pues, la carcelación priva interinamente al ciudadano de su libertad y sus más preciados derechos, no se debe ocurrir a ella, sino contra los que están reputados por violadores de las leyes y turbadores de la seguridad de sus conciudadanos». Es decir, comienza a formularse el carácter excepcional que debe acompañar al empleo de la prisión, que viene, además, revestida todavía de la consideración histórica de medida de aseguramiento del reo y no como pena en sí misma, naturaleza esta que ya se había venido planteando desde tiempo atrás por varios autores. En el texto esta idea se expresa en los siguientes términos: «que las cárceles no están establecidas para tormento de los reos sino para su separación y custodia, y que cuanto no sea necesario a estos fines no solo es contrario al espíritu de una legislación justa y sabia sino también a los derechos naturales del hombre». Se deduce

una cierta modernidad aderezada de elementos tradicionales, porque de una parte de configura la prisión como un elemento aflictivo cuyo uso debe limitarse en todo lo posible y de otra todavía no se considera como un elemento de cumplimiento de pena con una finalidad reeducadora.

Otro punto que se contempla en esta instrucción desde un parámetro ilustrado, es el de la abolición de la tortura, de la que se dice que ya lo ha sido en casi todos los Códigos de Europa, y en favor de esta medida «gritan a una la razón y la humanidad», debiendo, pues, la Junta estudiar «los medios de suplir esta tan cruel como falible especie de prueba». En lo que a la propia codificación se refiere, a juicio de Casabó no se pretendió un cambio más radical, sino una simple reforma que salvase lo fundamental de la legislación anterior⁴. Se adoptaron algunos otros acuerdos en lo que a la materia criminal se refiere, pero sin que llegasen a tener mayor virtualidad normativa.

La propia Junta de Legislación acordó en Sevilla el 12 de enero de 1810 (acuerdo número 20), abolir el tormento. De todos modos, la eficacia de este acuerdo fue nula porque dicho órgano carecía de potestad legislativa a estos efectos⁵.

Cuando se inician los debates constitucionales en Cádiz, un sector importante de los diputados se marcará como objetivo tratar de implantar los principios liberales que habrían de venir a romper la dinámica tradicionalista. La parálisis que sufrió el proyecto de codificación penal anterior, tuvo como resultado la promulgación de la Novísima Recopilación en 1805, que seguía, como hemos dicho, inspirada en la tradición histórica de los sistemas recopiladores. La experiencia francesa comenzaba a admirarse, tratando de imitarse el sistema de leyes y organización que allí se había diseñado en detrimento del pensamiento nacional tradicional⁶. Los derechos individuales de libertad, igualdad y propiedad eran radicalmente contrarios a la vieja sociedad estamental y reclamaban no sólo su protección constitucional sino su proyección práctica mediante su incorporación al sistema institucional, a través de leyes que los desarrollasen⁷.

² Por lo que se refiere a dicha Junta Central y la creación por ésta de la llamada Junta de legislación, así como lo relativo a los trabajos de éstas Juntas puede verse CASABÓ, J. R., *El Código penal de 1822*, Valencia, 1968, fols. 33-84. Ver las consideraciones sobre la Junta Central en M. ARTOLA, en su estudio preliminar a A. de ARGÜELLES, *Examen histórico de la reforma constitucional de España*, t. I, Madrid, 1999, pp. XX y ss. También CARR, R., *España 1808-1939*, Barcelona 1939, pp. 100 y 101.

³ ARTOLA, M., *Los orígenes de la España contemporánea*, t. I, Madrid, 1959, pp. 265 y ss.

⁴ *El Código...*, fol. 58.

⁵ Texto del acuerdo nº 20 de la Junta de legislación reunida en Sevilla: «Antes de proceder la Junta a la organización del Poder Judicial ha creído necesario comenzar el arreglo de esta grande obra en que estriba la libertad civil del ciudadano, desterrando para siempre de la legislación española la pena del Tormento. Y aunque en rigor esta disposición debía de ser más bien el objeto de una ley particular cuando se tratase de la reforma del Código criminal, que del acto de Constitución, a fin de desagraviar en parte a la humanidad y redimirla de la horrible vejación que ha sufrido por espacio de tantos siglos en la aplicación de esta pena, ha resuelto quede abolida por Ley fundamental y constitutiva del Reyno, como igualmente todas las leyes que, sobre esta manera de prueba tan bárbara y cruel como incierta y diametralmente opuesta al objeto de la Justicia, disponen arrancar del reo la confesión de los delitos». Texto facilitado en TOMÁS Y VALIENTE, F., Estudio preliminar a A. de ARGÜELLES, *Discursos*, Oviedo, 1995, p. 8.

⁶ BULDAÍN JACA, B. E., «La implantación del nuevo régimen en 1820», *Cuadernos de investigación histórica*, 12 (1989), pp. 73-80.

⁷ ARTOLA, M., Estudio preliminar..., pp. LXVII y ss.

2.2. El principio codificador en las cortes constituyentes

En las nuevas Cortes la idea codificadora comienza a estar presente casi desde un primer momento, de manera que el diputado Espiga y Gadea en la sesión de 9 de diciembre de 1810, expone que «habiéndose sido convocadas las Cortes generales y extraordinarias no solo para formar una Constitución sino también para reformar nuestra legislación conteniendo ésta diversas partes que exigen diferentes comisiones, pido que se nombre una para reformar la legislación civil, otra para la criminal, otra para el sistema de hacienda, otra para el comercio y otra para un plan de educación e instrucción pública»⁸. En la sesión de 5 de febrero de 1811 se estudió esta propuesta siendo aprobada junto a otra de Argüelles, en la que se proponía nombrar una comisión general que organizase a su vez cada una de las que había de nombrar las Cortes, y que, además, estableciese el modo en que se incorporasen a ellas personas «de fuera de las Cortes que las auxiliasen con sus luces y talentos»⁹.

Ambos diputados Espiga y Argüelles fueron los encargados de la redacción del discurso preliminar de la Constitución, en el que ya se reivindicaba la unidad de códigos, la introducción del jurado y otras medidas de reforma del sistema de justicia que sentarían las bases de los futuros trabajos legislativos¹⁰.

En concreto para la comisión de legislación se presentó un proyecto de reglamento que fue aprobado el 17 de abril de 1811. En la exposición de este proyecto de reglamento se afirmaba que «la diferencia de carácter, de usos, de costumbres y demás relaciones sociales de los diversos y distantes tiempos» ponía de manifiesto la necesidad de que nuestros Códigos se examinasen, reformasen y mejorasen. Con tal fin debían nuestras leyes, «acomodándose a las actuales circunstancias, reducirse a sus primeros principios y presentarse con un orden, precisión y claridad, que fije los derechos de los ciudadanos, las opiniones de los muchos sabios y el juicio de los magistrados». No olvidaba el representante de esta comisión de reconocer que esta necesaria reforma ya había sido sentida desde tiempo atrás, «pero ni se tomaron las medidas con aquella actividad que exigía un objeto de tanta importancia ni se dio una justa dirección». Además de que a pesar de que hubo «ministros que tuvieron el honor de dar a la Nación este testimonio de su amor a la justicia y a la libertad civil», hubo otros «que, viles instrumentos del despotismo, entorpecieron esta grande obra que había de

descubrir necesariamente sagradas leyes que interesaba sepultar en un eterno olvido».

Es importante señalar que en sus palabras se expresa que el fin de la comisión de legislación creada en el seno de las Cortes generales y extraordinarias, no era exclusivamente el de presentar un proyecto de Constitución, si no que debía extender su cometido también a la reforma de la legislación. Propuesta ésta que ya se había planteado en las mismas Cortes por algún otro diputado, concretamente en lo relativo a la legislación criminal, el cual afirmaba que la Constitución constituía «un gran paso hacia la felicidad nacional, pero no era menos cierto que vuestra Majestad no lo conseguiría si no reformaba la legislación...El que examine el corazón humano y observe que a los siglos de la ignorancia y de la ferocidad son consiguientes los vicios de la crueldad, de la venganza, del homicidio y del asesinato, como a los de la ilustración, los de liviandad, de la torpeza, de la adulación y del abatimiento, ¿podrá dudar que nuestras leyes criminales, dictadas en tan diversos tiempos necesitan reformarse?»¹¹.

Se insistía en el preámbulo de reglamento en afirmar que todo este proceso de renovación legislativa debía considerarse en el marco de una reforma tributaria que permitiese conciliar «el aumento del tesoro público con la prosperidad individual, y un plan de instrucción y de educación que derramara las luces y conocimientos por todas las clases»¹². Es decir que, desde un planteamiento claramente ilustrado -porque se habla de reforma legislativa- y racionalista, se formula esta necesaria modificación pero dentro de un marco general que la hará eficaz en la medida en la que el ciudadano eleve su condición económica y sea educado conforme a las nuevas corrientes de pensamiento. Loable pensamiento, pues, que no olvidaba poner el acento en los dos pilares fundamentales de la democracia parlamentaria a la que se propendía: prosperidad y educación; porque difícilmente un sistema legal moderno sería comprendido por ciudadanos incultos y difícilmente éstos podrían ser educados sino tenían un cierto nivel de renta que aliviase sus penurias económicas.

Las Cortes de Cádiz procedieron, no obstante toda esta labor preparatoria del proyecto codificador, a aprobar algunas normas que eliminaron las instituciones de carácter penal más ominosas del antiguo régimen. En este sentido se sitúa el decreto de 22 de abril de 1811 que suprimía «para siempre el tormento y las prácticas de molestar a los reos con los llamados apremios, esposas, perrillos, calabozos extraordinarios o cualesquiera otros; y los jueces que lo

⁸ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias. Dieron principio el 24 de septiembre de 1810 y terminaron el 20 de septiembre de 1813*, t. I, Madrid, 1870, p. 153. *Diario de las Cortes generales y extraordinarias*, t. I, p. 130. *Vid. también Introducción a la edición del Diario de las Discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821, Discusión del proyecto de Código penal*, Madrid, 1822, p. 3. *Diario ...extraordinaria 1821-1822*, apéndice al nº. 38, t. I, p. 477.

⁹ *Ibidem*. Sobre el papel de Argüelles en estas Cortes ver el interesante estudio preliminar ya citado de Tomás y Valiente a sus *Discursos*.

¹⁰ TOMÁS Y VALIENTE, F., *Estudio preliminar...*, p. XVII. También ARTOLA, M., *Estudio preliminar...*, pp. LXXV y ss.

¹¹ Ver nota 68.

¹² *Diario de Sesiones*, t. II, p. 850, se recoge el texto de dicho reglamento, tras un interesante preámbulo donde se apuntan las líneas del espíritu que ha de animar las labores de esta comisión de legislación. La discusión y aprobación del mismo en t. II, p. 882.

manden sean destituidos de su empleo»¹³. La Constitución confirmaría en su artículo 330 la supresión del tormento¹⁴. En este sentido se proibirían también las penas de confiscación de bienes y la trascendencia de la pena a los parientes del reo¹⁵.

También se aprobó otro decreto el 22 de febrero de 1813 suprimiendo la Inquisición¹⁶ que sería sustituida por unos llamados Tribunales para la defensa de la fe, que nunca llegarían a funcionar. De todos modos, a la vuelta de Fernando VII, en julio de 1814 sería restablecida porque «sería muy conveniente en las actuales circunstancias prevenir las ideas introducidas por el ejército invasor». No llegó a nombrarse Inquisidor General y sólo con grandes dificultades el Santo Oficio volvió a actuar en algunas localidades. En el segundo periodo constitucional, en marzo de 1820 fue de nuevo suprimida y confirmada su abolición definitiva por Decreto de 15 de julio de 1834¹⁷.

En la línea indicada las Cortes ordenaron una visita a las cárceles de Cádiz y la comisión de justicia elevó un informe sobre la situación de los presos. Como nos cuenta Tomás y Valiente, algún preso se encontraba olvidado en prisión en busca de juez para su causa. Tras la lectura de este dictamen o informe el diputado Argüelles tomó la palabra para hacer una incisión crítica del sistema judicial vigente. La comisión de justicia presentaría el 15 de abril de 1811 un proyecto de decreto destinado a garantizar los derechos de los ciudadanos ante la administración de justicia, el cual influiría en la configuración del título V de la Constitución de 1812 sobre cuestiones como la publicidad del procedimiento, la prueba testifical y otros asuntos de indudable interés en orden a modernizar el procedimiento penal¹⁸.

Igualmente abolieron las Cortes por Decreto de 24 de enero de 1812 la pena de horca y meses después la corrección con azotes en escuelas, casas de corrección y reclusión, por ser contraria «al pudor y dignidad de los ciudadanos de la heroica nación española. Por Decreto de 8 de septiembre de 1813, quedó abolida la pena de azotes en toda la monarquía y ultramar, por ser símbolo de barbarie.

2.3. El nombramiento de la comisión codificadora

Entre los artículos de reglamento¹⁹, el primero establecía la formación de cinco comisiones que se compondrían de destacadas personalidades de fuera del Congreso. Estas comisiones serían la de legislación civil, legislación criminal, legislación mercantil, sistema de Hacienda y de instrucción y educación pública. En el artículo sexto se exponía el objeto de las comisiones de las distintas legislaciones, que sería el de formar cada una un cuerpo de leyes relativo a su materia, «valiéndose de las sabias leyes que hay en nuestros Códigos, dejando aquellas, que, hijas del tiempo en que fueron dictadas no son análogas a nuestras circunstancias, modificando las que deban sufrir alguna alteración, y estableciendo otras si así lo exigiesen nuestras relaciones». Donde una vez más puede verse el carácter reformista y ciertamente moderado de la propuesta que se hacía.

A continuación se expresaban algunos de los principios de técnica legislativa que debían tenerse en consideración. En este sentido se exigía en el artículo séptimo, que la redacción fuese clara y precisa, expresiva exclusivamente del texto de la norma, excluyendo cualquier otro razonamiento que pudiese dar lugar a diversas interpretaciones. Puede apreciarse que se recoge el principio de leyes claras, expresas y concisas, formulado por Montesquieu, donde aparece ya la aspiración a una legislación que no haga necesaria la interpretación y convierta al juez en un mero instrumento para la aplicación de la ley emanada del parlamento. En el siguiente artículo señalaba la necesaria sistemática que debía presidir el articulado de modo que «una ley sea la consecuencia de la otra, y el fundamento de su justicia se encuentre en la resolución del anterior...»

Desde la aprobación de este reglamento transcurrieron más de cinco meses sin que se presentasen las propuestas de los miembros que habrían de integrar las comisiones, hasta que por fin el 23 de septiembre de 1811²⁰ se presentaron las relaciones de las diferentes comisiones. En la comisión de reforma de la legislación criminal se propusieron a Nicolás María de Sierra, del Consejo de Estado; Antonio Ranz de

¹³ Los detalles de su tramitación pueden verse en A. de ARGÜELLES, *Discursos...*, pp. 9 a 18. El dos de abril este diputado presentó la proposición para eliminar la tortura que, según Tomás y Valiente, recuerda en su tono al acuerdo número 20 de la Junta de legislación de 12 de enero de 1810.

¹⁴ Constitución de 1812, art. 303: «No se usará nunca del tormento ni de los apremios».

¹⁵ *Ibid.*, art. 304: «Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes». Art. 305: «Ninguna pena que se imponga, por cualquiera delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció.» PINO ABAD, M., *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, Córdoba, 1999, pp. 392 y ss.

¹⁶ Son interesantes las consideraciones aportadas por A. de ARGÜELLES, *Examen histórico...*, t. II, pp. 184 y ss., sobre el particular. En la deliberación del decreto de abolición, nº 223 de 21.II.1813, A. de ARGÜELLES, *Discursos...*, pp. 231 y ss., intervino de modo contundente a favor de su abolición.

¹⁷ MENÉNDEZ Y PELAYO, M., *Historia de los heterodoxos españoles*, Madrid, 1932, p. 60. Interesantes datos sobre el proceso parlamentario de abolición de la Inquisición en TOMÁS Y VALIENTE, F., *Estudios...*, pp. 311-316.

¹⁸ TOMÁS Y VALIENTE, *Estudio preliminar...*, pp. 21 y ss.

¹⁹ *Diario de sesiones*, t. II, p. 850.

²⁰ *Ibid.*, t. III, p. 1901.

Romanillos, decano del Consejo de Hacienda; Ramón Pelegrín, fiscal del Consejo de Hacienda; Isidoro Antillón, ministro supernumerario de la Audiencia de Mallorca; Vicente Fita, fiscal de la Audiencia de Cáceres; Francisco Javier Castillo Larroy, oficial de la Secretaría de Gracia y Justicia; Antonio Sáenz Vizmanos, abogado de los Reales Consejos; Alejandro Dolarea, ministro togado; Manuel Gutiérrez Ventillos, fiscal de la Audiencia de Cataluña; el Marqués de la Calzada, ministro de la Audiencia de Sevilla; Francisco Redondo, abogado y oficial de la Secretaría del Consejo y Cámara de Castilla; Miguel Lastiri, fiscal de la Audiencia de Buenos Aires.

Se abrió un periodo de consultas, y entre tanto llegamos a la sesión de 21 de noviembre en la que, todavía sin haberse aprobado la propuesta de nombramiento de los miembros de ninguna comisión, se consagra el principio de unificación de fueros y códigos en el artículo 258 del proyecto de Constitución: «El Código civil y criminal y el de comercio, serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes».

Mientras tanto las sesiones parlamentarias se iban sucediendo y el nombramiento de los miembros de la comisión de legislación criminal no se producía, de modo que se llega al 14 de abril de 1813 (!), fecha en la que el diputado José Martínez presentó una propuesta que se apoyaba en el citado artículo 258 en la que insistía en la necesidad «de hacer la reforma de nuestra legislación sin más demora», solicitando que se procediese al nombramiento de «individuos que se encargasen de la formación de los Códigos civil, criminal y de comercio», planteando como novedad respecto a lo aprobado con anterioridad, «que en cada una de esas comisiones hubiese también individuos del Congreso»²¹. En junio siguiente el diputado Silves insistió en sentido parecido²², pero llegaría el final de la legislatura general y extraordinaria sin haberse aprobado el nombramiento de los miembros de las comisiones codificadoras. No tenemos datos que nos permitan aventurar con absoluta certeza un juicio sobre la razón de esta inoperancia, pero es fácil deducir que o debió ser imposible llegar a acuerdos sobre las personas que debían integrar las mismas, las cuales debían reunir de una parte un conocimiento técnico -lo que, desde luego, parecía que tenían todos los que componían la propuesta que cité más atrás- a la par que reflejar un equilibrio entre las fuerzas más

conservadores y más radicales presentes en las Cortes; o bien, simplemente se dejó sin cumplir el trámite de nombramiento para evitar el funcionamiento de estas comisiones. Si este fue el objetivo perseguido, las razones que animaron el mismo pudieron ser muy diversas. Pudo darse el simple propósito de no ir demasiado deprisa en la reforma del país; bastante era la aprobación del texto constitucional para esas Cortes generales y extraordinarias, de modo que ya habría lugar en las siguientes, que se propondrían ordinarias, para afrontar esa tarea. De este modo, se conseguía, desde luego, desligar la aprobación del texto constitucional de cualquier otro cometido legislativo, lo que proporcionaba mucha mayor trascendencia al hecho constitucional, planteando si se quiere, la tesis de que nos encontramos frente a unas Cortes constituyentes en el sentido moderno del término, y por tanto ajenas a cualquier otro postulado legislativo que se considera no procedente en la medida en que debe abordarse por un parlamento ya nacido de una situación constitucional. En este caso, desde luego, no se atendió a aquellos planteamientos que indiqué más atrás, que entendían necesaria la reforma de toda la legislación al tiempo que se producía la discusión y aprobación del texto constitucional.

Me inclino a pensar que primó el argumento expuesto de dar a esas Cortes un carácter casi de exclusiva naturaleza constituyente, por cuanto recién iniciada la legislatura ordinaria de 1813²³, en la sesión de primero de octubre ya hay un nombramiento de algunos miembros del Congreso de los que habrán de integrar la comisión especial que ha de elaborar el Código criminal. Se trata de Isidoro Antillón, José de Huerta, José Joaquín Ortiz, Andrés Navarro y José Antonio Navarrete. A continuación se aprobó la proposición del diputado Caro de que para la redacción del Código civil se nombrasen personas ajenas al Congreso, cuya propuesta fuese elevada por la comisión del Código civil integrada por miembros del Congreso, indicándose que el número de propuestos, que debían ser «de conocida instrucción en la materia», sería el doble de los que habrían de elegirse, integrando en total la comisión no más de nueve ni menos de cinco personas²⁴. Esto que afectaba a la codificación civil era también de aplicación para la penal, por cuanto se había acordado que todo lo aprobado para la comisión del código civil era igualmente predicable para la del criminal. De este modo el 29 de noviembre de ese año, la comisión especial propuso la lista de catorce personas de las que

²¹ *Ibid.*, t. VII, pp. 5055 y 5056. *Diario ... extraordinaria 1821-1822*, ap. n.º 38, t. I, p. 478.

²² *Diario de sesiones*, t. VIII, p. 5640.

²³ Confirma esta apreciación mía las palabras que se recogen en la Introducción a la edición especial que se hizo del *Diario de sesiones*, discusión del proyecto, t. I, p. 5: «La ocupación de las Cortes generales y extraordinarias en el interesantísimo objeto de discutir y sancionar nuestra inmortal Constitución, no menos que en dictar las medidas del momento que exigían las críticas circunstancias en que se hallaba entonces España, estorbó sin duda que volviese a tomar en consideración este negocio...». Más adelante insiste: «...tocando ya casi su término los memorables trabajos de las Cortes generales y extraordinarias, y llamando su atención con toda preferencia las infinitas leyes y reglamentos que debían dejar hechos para el establecimiento del sistema constitucional, cerraron felizmente sus sesiones, pero sin poder dar el último impulso a la formación de los códigos.» *Diario ...extraordinaria 1821-1822*, ap. n.º 38, t. I, p. 478.

²⁴ *Diario de las sesiones de la legislatura ordinaria de 1813*, Madrid, 1876, p. 244.

habría de elegirse las siete que finalmente integrarían la comisión del código criminal²⁵.

Tampoco se aprobaría su nombramiento porque las sesiones de dicha legislatura finalizaron sin adoptar ningún acuerdo. Sería en la siguiente legislatura cuando fueron nombrados para la comisión del código criminal otros diputados: Jerónimo Díez, Nicolás Lamiel, Benito Sáenz González, Benito Plandoli, José Domingo Rus²⁶. Tras algún recordatorio sobre la necesidad de nombrar al resto de miembros de las comisiones, por fin el 23 de marzo de 1814, se eligieron los siete miembros de la Junta de Codificación criminal, que fueron: Calatrava, Argüelles, Quintana, Manuel Cuadros, Eugenio Tapia, Guillermo Moragües y Nicolás Salcedo²⁷. En abril de ese año se procedió a la publicación de su nombramiento, pero en mayo retornaría Fernando VII, y decretaría la abolición de la Constitución y, en general, toda la labor legislativa de las Cortes liberales. Así pues, tras tantas vicisitudes para decidir el nombramiento de la comisión que habría de proceder a la elaboración del proyecto de código penal, cuando al fin se había llegado a un acuerdo, éste no sirvió para nada²⁸.

2.4. Los principios políticos en el debate codificador

Es interesante, una vez expuestas las vicisitudes acontecidas para el nombramiento de la comisión, analizar las diferentes posturas que expusieron los diputados durante las Cortes generales y extraordinarias en relación con el problema de la codificación. En aquéllas pueden apreciarse las tensiones existentes en el seno de la cámara entre quienes defendían un proyecto más radical y quienes aspiraban todavía a una reforma del sistema.

El propio diputado Espiga y Gadea, que como se recordará había postulado porque la labor de las Cortes no fuese exclusivamente constituyente sino que persiguiese una reforma de toda nuestra legislación, expuso los criterios más radicales contra todo nuestro derecho histórico. Arremetió contra el derecho romano, visigodo, feudal, solicitando que se estudiaran nuestros Códigos históricos, por parte de la comisión codificadora de acuerdo con los siguientes criterios: «separese las leyes que no sean conformes a nuestros usos, nuestras costumbres y nuestras circunstancias; modifíquense las que deban sufrir alteración,

y si las leyes no son más que la moral aplicada a las diversas circunstancias de los hombres, redúzcanse todas a sus primeros principios; hágase una precisa y clara redacción, y establézcase orden en que siendo una la consecuencia necesaria de la otra, se encuentre el fundamento de su justicia en la resolución anterior»²⁹. En él, como puede comprobarse, aflora un sentimiento en cierta medida contradictorio porque aunque parece aspirar a crear un Derecho que acabe con todo el sistema histórico-jurídico anterior, contra el que comienza su discurso, termina proponiendo los principios que ya venían siendo tónica habitual cuando se abordaba el tema de la reforma de la legislación, es decir, aceptar de las normas provenientes del antiguo régimen aquello que todavía pudiese ser de utilidad, modificar las que no se adaptasen a los nuevos tiempos, etc. Pudiera servir para aclarar esta diatriba presente en las Cortes entre crear un Derecho absoluto y radicalmente nuevo y reformar lo reformable del anterior, creando sólo las normas necesarias, la intervención que tuvo Calatrava respecto del principio que debía guiar los trabajos de la comisión, sobre este particular. Así, afirmó que «la Comisión en este proyecto se ha separado de las leyes cuando le ha parecido oportuno, porque sabe que un cuerpo legislativo no debe fijarse tanto en lo que se halle mandado, como en mandar lo que sea más útil y más justo»³⁰. Es claro, que en su criterio la comisión, aun cuando tenga delante las normas anteriores, es absolutamente libre a la hora de fijar aquellas que le parezcan más adecuadas al fin propuesto. Varios diputados radicales se pronunciarían también en este sentido.

Desde la postura más conservadora, hay quienes incluso niegan la facultad a las Cortes de reformar la legislación, afirmando que todo el sistema legal anterior era adecuado. No son, desde luego, mayoritarios, pero sus voces representan el lastre del pasado al que habían de enfrentarse estas Cortes. A propósito de la discusión del reglamento del poder judicial, intervino el diputado Hermida que no reconocía esta potestad en las Cortes, afirmando que «de cuantos estamos aquí ¿quien entiende de tantos y tan graves asuntos?... Es menester saber lo que hay escrito para poner en su lugar otras cosas nuevas. Es menester saber lo que hay para trastornarlo todo; y para todo ésto es menester una profunda sabiduría. Hay muchos que creen que los libros lo hallan todo; piensan que todo lo saben porque leen a Filangieri»³¹. Negaba, pues, la facultad de

²⁵ *Ibid.*, p. 326. Los propuestos eran: José M^o Calatrava; Agustín de Argüelles; Manuel José Quintana, de la interpretación de lenguas; Miguel de Victorica, fiscal de la Inquisición de Mallorca; Eugenio Tapia, redactor de la gaceta del gobierno; Guillermo Morales; Nicolás Garelli, paborde de Valencia; Nicolás Salcedo, vecino de Madrid; Antonio Huerta, abogado y vecino de Madrid; Francisco Almalilla, abogado y vecino de Zaragoza; Manuel Cuadros, Manuel García Santurio, auditor del ejército en Galicia, Gregorio Vidal, abogado y vecino de Granada; y Lorenzo Ribera, secretario de la Diputación de Salamanca.

²⁶ *Cortes. Actas de las Sesiones de la legislatura ordinaria de 1814*, Madrid, 1876, p. 7.

²⁷ *Ibid.*, p. 156.

²⁸ *Diario ... Código penal*, introducción, t. I, p. 8. Sobre las vicisitudes de los miembros de la comisión: «...sobrevinieron las fatales ocurrencias del mes de mayo de aquel año, que trastornándolo todo, envolvieron en los horrores de la persecucion a los tres primeros nombrados, los cuales, arrancados del seno de sus desgraciadas familias, fueron sepultados en hediondos calabozos, en donde hicieron brillar de un modo digno las virtudes que adornaban sus personas. Igual suerte tuvo tambien algun tiempo despues el nombrado en quinto lugar, e ignoramos si cabria la misma a los tres restantes...». *Diario ... extraordinaria 1821-1822*, ap. n.º. 38, t. I, p. 479.

²⁹ *Diario de sesiones*, t. I, p. 500.

³⁰ *Ibid.*, t. V, p. 3411.

³¹ *Ibid.*, t. II, p. 942.

proceder a una reforma del sistema legal, argumentando la incapacidad de los miembros de las Cortes para esta finalidad que requería un mayor grado de conocimientos de los que seguro que allí se carecía. Puede apreciarse la escasa fundamentación de sus argumentos, pero es interesante comprobar que el criterio político estaba más presente que la propia argumentación técnica a la hora de abordar el problema de la modificación del sistema de leyes vigente.

Otro diputado de claro talante conservador, Dou, se manifestaría en sentido parecido a la hora de calibrar si había que tener o no presentes los Códigos históricos en los trabajos de la comisión. Rotundamente se mostraba en contra de prescindir de éstos «por un millón de inconvenientes, y por lo mismo que se ha dicho en cuanto a los mucho bueno que hay en ello». Una vez sentada, pues, la necesidad de contar con dichos Códigos, consideraba improcedente la labor de reforma legal porque «si se ha de contar con la legislación actual ni aquí ni en Cádiz tenemos los cuerpos de nuestra legislación...», y además de esta razón «técnica», negaba esta competencia a las Cortes porque «tampoco tenemos tiempo habiéndonos juntado únicamente con el fin de atender a lo más necesario para salvar a la Patria». Definitivamente de sus palabras se deduce que todo iba demasiado rápido y «cualquiera obra literaria necesita de calma, sosiego y tranquilidad de espíritu, que está ahora muy lejos de nosotros...También carecemos de inteligencia en los asuntos aunque nos valgamos de las luces de afuera: cuando llegue el momento de votar, bien será preciso tener conocimiento de la materia»³². No cabe duda que tras estas palabras, se escondía una finalidad política nítida, cuyo objetivo era el de la defensa a ultranza no solo del Derecho del antiguo régimen sino la propia permanencia de los principios políticos que inspiraban éste.

Quedaba, no obstante que dilucidar si esta reforma de las leyes era de carácter rupturista o, por el contrario, su finalidad era puramente la renovación y mejora del Derecho anterior. A este propósito, el diputado Dueñas, miembro de la comisión para el proyecto de causas criminales, afirmó que «La comisión no presume haber dicho nada nuevo, porque apenas tendrá una décima parte que no esté prevenido por las leyes»³³. A ello respondió el diputado Gómez Fernández que de los veintiocho capítulos de esta ley «unos están expresos y terminantes en toda legislación, y otros son expresa y claramente contrarios a las leyes del reino recopiladas en la Novísima Recopilación, y aún contra títulos enteros»³⁴. Sobre el particular se abriría el debate, de nuevo, a propósito de la oportunidad de tener «sobre la mesa los cuerpos legales para consultar las leyes que tienen sobre

esta materia». El diputado Giraldo, en expresiva intervención, dijo «yo quisiera que este Reglamento saliera vestido a la española; es decir que se expresasen las leyes de donde se ha sacado el espíritu de lo que en él se propone». El diputado Traver solicitó que se trajesen dichos cuerpos legales y en las discusiones Gómez Fernández citaría varias leyes históricas³⁵.

De todos modos, en la distancia, toda la discusión formaba parte de una retórica que, a mi juicio, pretendía ocultar, bajo el paraguas de un supuesto respeto al derecho tradicional, un nuevo Derecho que se pretendía alumbrar pero que en función de las circunstancias socio-políticas del momento, no parecía conveniente presentarlo como radicalmente novedoso. El Derecho histórico actuó como referente para el nuevo sistema de normas que trataba de crearse, probablemente para confirmar la bondad o no de los principios contenidos en las normas que se iban aprobando, pero era evidente el peso que iban ganando los nuevos principios racionalistas que inspiraban la mayor parte de las labores de reforma legislativa.

Aparte de este problema sobre la competencia de las Cortes para proceder a la reforma de las leyes, que se resolvería afirmativamente, otra cuestión que sobrevolaba los debates era la referente al respeto a los derechos de los territorios históricos. Se percibe un temor por parte de los diputados procedentes de éstos, a que se aproveche la reforma para terminar de extender el derecho castellano a todo el Estado. En este sentido, el diputado Aner a propósito de la propuesta de Espiga sobre las comisiones que habrían de crearse, afirmó que se mostraba favorable a ellas «si solo se trata de reformar la legislación de Castilla, pero si es para reformar la legislación general de España, es preciso que V.M. nombre una comisión para cada provincia, pues en cada cual de ellas son diversos los usos»³⁶.

Se abrió después un debate que duraría algunos meses y que alumbraría un Código que a pesar de su escasa vigencia, serviría de modelo a los Códigos penales posteriores y a muchos de los Códigos hispanoamericanos que verían la luz a lo largo del siglo XIX.

3. LA RESTAURACION ABSOLUTISTA Y LA CODIFICACIÓN

El regreso de Fernando VII determinó una vuelta al régimen absolutista. A partir de la promulgación del Decreto que el 4 de mayo de 1814 derogaba la Constitución y la labor legislativa desarrollada por las Cortes de Cádiz³⁷. A

³² *Ibid.*, t. I, p. 502.

³³ *Ibid.*, t. II, p. 896.

³⁴ *Ibid.*, t. II, p. 928.

³⁵ *Ibid.*, t. II, pp. 930 y 963 y ss.

³⁶ *Ibid.*, t. I, p. 502.

³⁷ Al respecto resulta interesante la visión de un contemporáneo, SEMPERE Y GUARINOS, J. *Consideraciones sobre las causas de la grandeza y de la decadencia de la Monarquía española*, utilizo trad. del original francés de 1826 por Juan Rico Jiménez, Alicante, 1998, especialmente pp. 230 a 237.

pesar de ello, el monarca reconoce que tampoco la situación anterior a 1808 era la más adecuada, prometiendo una serie de reformas que permitan que «la libertad y seguridad individual y real quedarán firmemente aseguradas por medio de leyes...». Garantiza que habrá libertad de imprenta y que las leyes surgirán de «acuerdo con las Cortes»³⁸. Aparece, pues, como un rey más moderado en su actitud que antes de abandonar el trono. De todos modos, los hechos posteriores vendrían a demostrar que las pretensiones expresadas eran sólo una táctica dialéctica necesaria para no generar demasiada oposición a su vuelta.

Aún así, en esta línea de moderado absolutismo, dictaría una real cédula de 25 de julio de 1814 por la que abolía el tormento³⁹. En la misma disposición proponía una reforma del régimen penitenciario y la necesidad de elaborar un reglamento de prisiones.

Más adelante, en uno de los períodos de cierta debilidad política, Fernando VII acogió el anhelo reformista y codificador de la legislación criminal suscitado en las Cortes, y por Decreto de 2 de diciembre de 1819⁴⁰ encargó su Ministro de Gracia y Justicia al Consejo de Castilla la formación de un Código criminal en el que se clasificasen con propiedad y exactitud las especies de delitos y las penas correspondientes. Se reconocía en el preámbulo de este Real Decreto que las circunstancias históricas hacen cambiar las necesidades normativas, de modo que «el curso de los tiempos suele hacer estéril...lo que otros siglos fue oportuno», unido a ello la necesidad de mantener la seguridad pública y la individual como fin supremo del Derecho justificaban la medida dispuesta. Señalaba la existencia de algunos vicios en el Derecho vigente como por ejemplo «la falta de clasificación discreta en algunos crímenes» y «la deferencia al prudente arbitrio de los jueces y tribunales para imponer las penas en muchos casos en que la ley no la determina». Ello abría la puerta a la arbitrariedad y provocaba el alargamiento de las causas. Se recuperaba, pues, la crítica al arbitrio judicial, el cual, se reputaba que conducía a la arbitrariedad, en defensa de un legalismo que limitase la capacidad de interpretación del juez y evitase los defectos tradicionales de la administración de justicia, tales como la arbitraria aplicación de penas y el alargamiento excesivo de los pleitos. Por último, apuntaba la excesiva dureza de algunas leyes de Partidas que ya resultaban incompatibles con la sociedad de entonces.

En concreto se criticaban algunos de los defectos del Derecho penal anterior. Por ejemplo, en materia de penas, se criticaba la confiscación absoluta de bienes, la trascendencia de la pena de la infamia a los hijos por delitos cometidos por su padre o, en general, «las penas acerbadas de largo padecer». En cuanto al sistema probatorio, se

reputaba como mal definida la prueba privilegiada o la misma calificación de los indicios, que generaban «un insondable piélago de opiniones en que vacila el juez más práctico, y conducen al error al que tiene menos experiencia de juzgar». En una clara alusión al empleo de la tortura judicial, que no había sido desterrada del todo a pesar de lo dispuesto en 1814, se rechaza la «facilidad con que admitieron pruebas equívocas y falibles» que conducían a veces a condenas a pena capital, «arrancando a veces de sus labios con un horror imponente lo que no puede tranquilizar al juez para su fallo». Terminaba por señalar como otra deficiencia, la consabida dispersión de las normas penales, sus reiteraciones, contradicciones, etc, que dificultaban su conocimiento, estudio y aplicación. Por todo ello se reputaba como absolutamente necesaria la formación de «un nuevo código criminal».

Con rasgos de cierta piedad procedente de las doctrinas ilustradas, en gran medida influenciados por algunos postulados de Beccaria, se señalaban en atención a las deficiencias indicadas en el citado Real Decreto, los siguientes objetivos que debían presidir las labores del Consejo Real en la elaboración de dicho código: acabar con la arbitrariedad del juzgador, con la severidad de las penas «nada compatible con la civilización y costumbres del día», suprimir la confiscación absoluta de bienes; acabar con la trascendencia de la infamia a los hijos; en general eliminar las penas infamantes; establecer la calificación de indicios y denegar la admisión de pruebas equívocas y falibles, llamadas «medias pruebas». Era necesario, además, acabar con los estériles razonamientos que se habían venido formulando en torno a la ley, que habían «hecho en gran parte arbitraria y opinable la ciencia del derecho», todo ello en detrimento de las leyes patrias, sobre las que prevalecía la opinión de sus glosadores «fundada por lo común en leyes de los antiguos romanos, a pesar de hallarse prohibido hacer uso de ellas en estos reinos». A ello se unía la dispersión de las leyes penales, sus reiteraciones, contradicciones, alteraciones, etc., diseminadas por varios cuerpos normativos, por lo que era necesario adoptar una solución radical porque las medidas parciales «de ordinario sirven para aumentar el mal».

Todo ello planteaba la necesidad de proceder a «la formación de un nuevo Código criminal, en que precaviéndose los insinuados defectos e inconvenientes, se clasificquen debidamente los delitos y se determinen las penas proporcionadas a su castigo del modo más claro, metódico y sencillo, y confío la ejecución de esta importante obra a la notoria ilustración y acreditado celo de mi Consejo Real...» que con el auxilio de sabios de sana crítica, especialmente de las universidades literarias, colaborasen en tan importante empeño.

³⁸ *Decretos del rey Don Fernando VII, por don Fermín Martín de Balmaseda*, Madrid, 1823, t. I, pp. 6 y ss.

³⁹ *Ibid.*, t. I, pp. 139 y ss.

⁴⁰ *Ibid.*, t. VI, pp. 501 a 504.

La bondad de los deseos expresados se vio frustrada por los acontecimientos políticos que se vivieron a partir del levantamiento de Riego en uno de enero de 1820, suspendiéndose esta Orden y por supuesto los trabajos de la comisión⁴¹.

4. EL PRIMER CÓDIGO PENAL

4.1. Las circunstancias de un nuevo período constitucional

La sublevación de Riego en los primeros días de 1820, permitió la proclamación de la Constitución de 1812, obligando al monarca a que prestase su juramento al texto constitucional y abriendo un segundo período constitucional en el que se adoptaron una serie de medidas legislativas encaminadas a continuar la labor emprendida por las Cortes de Cádiz y a terminar con el régimen absolutista encarnado por Fernando VII. Se inició así, el llamado trienio liberal, de marzo de ese año a septiembre de 1823.

El trienio no estaría exento de tensiones, disputas, divisiones y, en general, como es sabido, las intrigas promovidas por el propio monarca terminarían por minar el propio sistema. Con este propósito gestiones ante las embajadas de Francia, Prusia, Austria, Rusia e Inglaterra, permitieron la intervención de ejércitos extranjeros en España, bajo el nombre de los Cien mil hijos de San Luis, acabando nuevamente con el régimen constitucional. Una vez más el «deseado» firmó un Decreto con fecha 1 de octubre de 1823, por el que se declaraban nulos todos los actos del Gobierno constitucional posteriores a 7 de marzo de ese año.

4.2. El nombramiento de la comisión de Cortes y el proceso temporal de elaboración del Código penal

La realización, pues, del primer Código penal tendría lugar en las Cortes del trienio liberal. Se convocaron Cortes unicamerales por Decreto de 22 de marzo de 1820. El 10 de julio de ese año se nombra a los componentes de la llamada comisión de legislación, que son: Cano, Hinojosa, Giraldo, San Miguel, Calatrava, Vadillo, Rey, Manescau y Marina⁴². Inmediatamente el diputado por Murcia Damián Lasanta, recordó que las Cortes de 1814 habían nombrado comisiones integradas por miembros de fuera de la cámara con la finalidad de elaborar los diferentes proyectos de códigos. En la sesión del siguiente día, presentó su propuesta en la que afirmaba que de aquellas comisiones poco quedaba

pues algunos de sus miembros habían ya fallecido, otros tenían destinos fuera de Madrid y algunos otros eran actuales diputados. En atención a ello pidió «que con urgencia se nombre una Comisión especial del seno de las Cortes, la cual recogiendo los trabajos si algunos se hubieren hecho por dichas Comisiones, e indagando los que falten para completarlos y de este modo se puedan proseguir o emprender dichos trabajos para la formación de los tres Códigos...»⁴³ Las Cortes aceptaron la propuesta para someterla a discusión y la remitieron a la Comisión de legislación que propuso se nombrasen comisiones especiales en el Congreso.

La Comisión presentó un informe en el que comenzaba exponiendo brevemente las vicisitudes por las que habían pasado las distintas comisiones codificadoras nombradas por las anteriores Cortes, en el que además insistía en la dificultad de volver a reunir dichas comisiones, por las razones que ya expuso el diputado Lasanta, añadiendo la dificultad de elegir otros miembros que reemplazasen a los ausentes, sin explicar la razón de esta dificultad. El caso es que su propuesta era que puesto que «las Cortes se encuentran ya pacíficamente situadas en la Capital de la Monarquía donde abundan los recursos de libros -recuérdese la insistencia en las anteriores Cortes sobre la necesidad de contar con ejemplares de los Códigos históricos- y personas instruidas que se echaban de menos en la ciudad de San Fernando, convendría nombrar comisiones especiales del seno del Congreso par cada uno de los cuatro Códigos expresados, las cuales estuviesen facultadas para asociarse los individuos de fuera de las Cortes que mejor les pareciesen». Se sugirió que se trabajase en los periodos en los que no hubiese sesiones para que se acelerasen los trabajos que debían encaminarse a la formación de los códigos civil, criminal y de comercio, así como otro de procedimientos⁴⁴. Como se aprecia, en realidad la propuesta perseguía terminar con la fórmula utilizada en las anteriores Cortes en virtud de la cual las comisiones se integraban por algunos miembros de la Cámara y por otros de fuera de ésta elegidos por la misma. Ahora la solución propuesta y aprobada era la de nombrar comisiones integradas exclusivamente por diputados, las cuales podían si lo estimaban oportuno asesorarse por personas ajenas a las Cortes, que serían nombradas en función de sus necesidades por cada una de las propias comisiones. De ahí que en realidad no es que hubiese dificultad para reemplazar a los miembros de las viejas comisiones, sino que lo que se pretendía era modificar su naturaleza en el sentido indicado.

⁴¹ ANTÓN ONECA, J., «Historia del Código Penal de 1822», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo 18 (1965), p. 267.

⁴² *Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura de 1820*, t. I, Madrid, 1871, p. 29.

⁴³ *Ibid.*, p. 119.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 468 y ss.

En 22 de agosto de 1820 se nombró la Comisión del Código penal integrada por los diputados: Francisco Martínez Marina de Asturias, José M^a Calatrava de Extremadura, José Manuel Vadillo de Cádiz, Francisco Javier Caro de Santo Domingo, Miguel de Victorica de Baleares, Andrés Crespo Cantolla de Burgos, Lorenzo Rivera de Asturias, Álvaro Flórez Estrada de Asturias y Joaquín Rey de Cataluña⁴⁵ (obsérvese que, desde luego, entonces no primaba el criterio de reparto territorial en el seno de las comisiones parlamentarias, habida cuenta de la mayoría de asturianos presentes en ésta). El 15 de septiembre varios diputados pidieron que con el fin de que los trabajos de codificación fuesen más rápidos, se eligiesen además «un número correspondiente de letrados científicos en otras personas de instrucción de fuera del Congreso», habida cuenta de que los diputados se encontraban muy ocupados en las sesiones plenarias y en otras tareas legislativas más urgentes. Se rechazó esta propuesta y se aprobó la presentada por Giraldo en el sentido de que «cada una de las Comisiones proponga al Congreso los sujetos de fuera del Congreso que estime necesarios y a propósito para que ayuden a la formación de los Códigos»⁴⁶.

La Comisión iniciaría los trabajos a la conclusión de esa legislatura. Así queda recogido en el texto del preámbulo del proyecto que presentarán: «La Comisión del Código penal no ha perdonado medio ni fatiga para desempeñar su encargo. Desde el día 9 de noviembre del año 20, en que se terminó la legislatura pasada...»⁴⁷. Cuando se inaugura la nueva legislatura continúan los trabajos iniciados al final de la anterior, y encontramos en el diario de sesiones una intervención de Calatrava el 2 de marzo de 1821 en la que pide ser relevado de otros trabajos legislativos porque se encuentra trabajando en el proyecto de Código penal que tiene intención de presentar dentro de quince días⁴⁸. No cumpliría esta promesa, porque el proyecto fue presentado casi mes y medio después, en sesión de 21 de abril. Al día siguiente se inició la lectura del proyecto presentado que se continuó dos días más y se interrumpió hasta el 8 de mayo en que se reinició continuamente hasta el 28 de mayo⁴⁹.

En resumidas cuentas, por lo que se refiere a la fecha de finalización de los trabajos de la comisión, que como

hemos dicho los inició en noviembre de 1820, parece que puede situarse a mediados de febrero del año siguiente. Dato que se deduce de unas extensas observaciones que formuló Martínez Marina y que fueron leídas en el pleno del Congreso, en las que afirma que «por estas y otras consideraciones me tomé la libertad de proponer a la comisión en la última junta celebrada a mediado de febrero del año pasado»⁵⁰. Es decir, que la comisión trabajó aproximadamente a lo largo de tres meses, periodo que parece a todas luces bastante breve, sobre todo, si tenemos en cuenta la enjundia del trabajo que se pretendía y si pensamos que sólo para nombrar los miembros de la comisión se consumieron muchos más meses, aunque, desde luego, las dificultades de esto último eran de otra índole que las propiamente técnicas. El propio Calatrava en la sesión de 6 de diciembre de 1821 ya en el debate del pleno, excusaba los defectos de redacción indicados por el diputado Puigblanch, por estar «el proyecto redactado en poco más de tres meses cuando acaso exigía tres años»⁵¹. Como se indicará más adelante no se referirá a la labor de redacción, sino a que el debate en comisión duró aproximadamente tres meses, pues la redacción se desarrolló durante un mes y medio después. De todos modos, y en líneas generales, como veremos, el resultado de los trabajos mereció grandes elogios.

En la sesión de 24 de abril de 1821, iniciada ya la primera lectura del proyecto, la comisión presentó tres solicitudes que se aprobaron. En la primera pedía a los miembros de la Cámara que se dirigiesen a la comisión para «ilustrarla con todas las observaciones, ideas y conocimientos». En la segunda, que el gobierno enviase ejemplares del proyecto, invitando a Universidades, Tribunales y Colegios de abogados para que presentasen observaciones. Y en la tercera, que se anunciase en la gaceta de Madrid una invitación a cuantas personas ilustradas desearan remitir los informes que tuviesen por convenientes. Se daba como plazo para la presentación de estos informes el primero de julio, pero luego fue ampliado hasta mediados de agosto⁵².

Tras concluir el 28 de mayo la primera lectura, continuaron los trabajos de la Comisión teniendo lugar una

⁴⁵ *Ibid.*, p. 610. ANTÓN ONECA, J., «Historia...», p. 267, aporta escasas pinceladas sobre algunos miembros de la comisión redactora del proyecto. Pueden consultarse algunos datos biográficos en VARELA SUANZES, J., Estudio introductorio a F. MARTÍNEZ MARINA, *Principios naturales de la moral, de la política y de la legislación*, t. I, Oviedo, 1993, y en la misma obra POSADA, A., Estudio preliminar a la ed. de 1933. También MARTÍNEZ CALDOS, J., «Vida y obra de D. Francisco Martínez Marina», prólogo a *Obras escogidas*, BAE, t. I, pp. VII y ss. TOMÁS Y VALIENTE, F., *Francisco Martínez Marina historiador del Derecho*, discurso de recepción en la RAH, Madrid, 1991, también en *Obras completas*, t. III, Madrid, 1997. ESCUDERO, J. A., Estudio preliminar a F. MARTÍNEZ MARINA, *Teoría de las Cortes*, Oviedo, 1996. Del mismo autor, «Francisco Martínez Marina y el liberalismo español del XIX», en *Historia del pensamiento jurídico*, Barcelona, 1999. GONZÁLEZ, M. J., Estudio preliminar a Á. FLÓREZ ESTRADA, *Escritos políticos*, Oviedo, 1994.

⁴⁶ *Diario... 1820*, t. II, p. 1021.

⁴⁷ *Proyecto de Código penal presentado a las Cortes por la comisión especial nombrada al efecto*, Madrid, 1821, preámbulo, pp. X y XI.

⁴⁸ *Diario de sesiones de las Cortes. Legislatura de 1821*, Madrid, 1821, t. I, p. 27.

⁴⁹ *Ibid.*, t. II, pp. 1131, 1149, 1236-1248, 1488, 1665. T. III, pp. 1858 y 1904.

⁵⁰ *Diario... Código penal*, t. II, p. 456, sesión de 4 de enero de 1822.

⁵¹ *Ibid.*, t. I, p. 475.

⁵² *Ibid.*, t. II, p. 1248. Sobre la ampliación de plazo, t. III, p. 2303.

segunda y tercera lectura. Entre tanto se convocaron Cortes extraordinarias, cuya legislatura se inició el 22 de septiembre de 1821, se celebró la primera junta preparatoria de éstas al día siguiente, y el día 28 se procedió a la inauguración solemne de las sesiones con el discurso del rey, el cual afirmó que entre los asuntos principales que disponía se sometiesen a deliberación de estas Cortes estaban los siguientes: «la división del territorio y las medidas oportunas para plantear según ella el gobierno político; *los Códigos*, las ordenanzas militares; el proyecto de decreto orgánico de la armada naval, y el decreto para la organización de la Milicia activa»⁵³. En el oficio remitido a la diputación permanente de Cortes para la convocatoria de las extraordinarias, el Secretario de Estado y del Despacho, exponía la urgente necesidad de «poner en armonía con la Constitución varios ramos de los más importantes del Estado». Entre los asuntos que se destacaban como más urgentes figuraba el de tratar «del Código criminal y del de procedimientos»⁵⁴.

La comisión había seguido trabajando y se procedió a discutir las modificaciones introducidas en atención a las observaciones formuladas por el Tribunal Supremo, Audiencias territoriales, Universidades, corporaciones y particulares y después de esta labor. Se desarrolló la segunda lectura del proyecto entre los días 30 de septiembre y 1 de octubre, y la tercera lectura los días 5, 6 y 9 de octubre de 1821 en que se concluyó (nº 15, I-163)⁵⁵. Después se decidió imprimir un texto con las variaciones introducidas sobre el proyecto original a partir de las indicaciones que se habían ido presentando y una vez repartido el mismo a los diputados, se inició la discusión en pleno el 23 de noviembre de 1821 y terminó el 13 de febrero de 1822, en que fue aprobado. En sesión de 13 de marzo se acordó que «desde la publicación de este Código queden derogadas y sin efecto todas las leyes promulgadas anteriormente, y los Tribunales se arreglarán exclusivamente a las contenidas en este Código», aunque sobre este particular las cosas no estarán demasiado claras como podremos comprobar al final de este trabajo.

Con posterioridad hubo otra serie de vicisitudes que retrasaron la promulgación del Código, y, por fin fue decretado el texto por las Cortes el 8 de junio, sancionado por el rey y mandado promulgar el 9 de julio de 1822. Por Real Orden publicada en la Gaceta de Madrid el 17 de septiembre se indicaba la entrada en vigor del mismo para el primero de año de 1823⁵⁶.

4.3. El proyecto de Código penal

4.3.1. Las consideraciones preliminares formuladas por la comisión

El preámbulo que precede al título preliminar del proyecto, contiene una declaración amplia sobre los motivos generales que impulsaron la formación del Código y los que presidieron las labores de la propia comisión. Consta de más de treinta párrafos cargados de consideraciones políticas e ideológicas sobre la necesidad de reformar las leyes penales. En dicho texto, la comisión ofreció una serie de reflexiones en relación a algunas vicisitudes de la labor material desarrollada, así como a algunos de los principios doctrinales que habían inspirado aquélla⁵⁷.

Comenzaba el discurso aludiendo a la inexplicable pasividad de España, que se había mantenido al margen del movimiento codificador que ya circulaba por Europa desde hacía algunos años, mostrando la comisión su extrañeza por esta situación, cuando era precisamente nuestro país el que más necesitado estaba de una reforma radical del sistema legal. Sobre los principios doctrinales y políticos, pues, que habían impulsado el proyecto se afirmaba que «cuando los diferentes gobiernos y sociedades políticas de Europa, por una feliz consecuencia de los rápidos progresos de las ciencias y del triunfo de la razón y de la filosofía sobre los errores y preocupaciones de los tenebrosos siglos, comenzaban, no sin grandes debates entre la tiranía y la libertad, a restablecer los sagrados e inmutables derechos de la justicia y de la naturaleza...la Nación española, que acaso se hallaba en mayor y más urgente necesidad que otra alguna de mejorar su gobierno e instituciones políticas y de refundir toda su legislación, yacía pasiva en profundo y mortífero letargo...». La carencia de Código penal llevaba aparejada la ausencia de tres grupos de derechos que denotan el carácter marcadamente liberal de esta declaración previa: derecho a la presunción de inocencia ->leyes protectoras de la virtud y de la inocencia->, derecho de libertad civil y derecho de seguridad individual.

La necesidad de proteger esos derechos encontraba clara respuesta legislativa en un código criminal, por ser la «parte de legislación, en que más se interesan los» parte de legislación, en que más se interesan los derechos del hombre y del ciudadano». Frente a esta realidad se oponía la cara del anterior régimen que venía representada en primer término por la incultura popular, que presentaba «un ciego

⁵³ *Diario... extraordinaria 1821-1822*, nº. 4, t. I, p. 26, sesión de 28 de septiembre de 1821.

⁵⁴ *Ibid.*, nº. 5, t. I, p. 29, sesión de 29 de septiembre de 1821.

⁵⁵ Para aligerar las citas de los diarios de sesiones de las correspondientes al debate del Código penal, ya referidas, entre paréntesis se indica el número de la sesión, el tomo correspondiente y la página.

⁵⁶ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española, 5, codificación penal*, Madrid, 1970, pp. 47 y 48.

⁵⁷ *Proyecto de Código penal presentado a las Cortes por la comisión especial nombrada al efecto*, Madrid, 1821, preámbulo, pp. III-XX. También en *Diario de las discusiones y Actas de las Cortes extraordinarias de 1821. Discusión del proyecto de Código penal*, t. I, Madrid, 1822, p. 16.

amor del pueblo á las antiguas instituciones, la supersticiosa veneracion de las costumbres patrias, la celebridad del vacilante y decrépito sistema». Es evidente que tratan de marcarse claras distancias entre un pasado inmediato y un futuro que se construiría con elementos jurídicos novedosos, entre ellos el Código penal. Ese antiguo sistema legal presentaba entre otros, los defectos siguientes: la oscuridad e incomprensibilidad de la mayoría de nuestras leyes, en las que no había ni clasificación de crímenes, ni justa medida ni graduación de delitos y penas, así como la reiterada desproporción entre penas y delitos. Una vez más se insistía en el carácter parcial, incompleto y contradictorio de nuestra vigente legislación, que aparecía plagada de leyes «cruelles, sanguinarias, que autoriza atroces y horribos suplicios, mutilaciones injuriosas a la dignidad del hombre, barbaros tormentos», que figuraban como contrarios a la dignidad de los españoles⁵⁸.

Ante tal situación, en la que sin duda se aprecia ya la impronta liberal, se apresuraban a manifestar que «no trata la comisión de exagerar las imperfecciones y vicios de nuestra legislación criminal para hacer la apología de la civilización española o la defensa de la humanidad...mas hoy son indecorosas a la Nación española y deben desaparecer para siempre...»⁵⁹. Frente a este estado de cosas, se hacía alusión también a las circunstancias que habían venido rodeando en los últimos años los intentos de solucionar parte de los problemas indicados, criticando sin ambages la inclusión de las viejas leyes en la Novísima Recopilación, por lo que «aunque el Gobierno no las ha derogado, la opinión las hizo inútiles».

La recuperación de la libertad y la instauración del nuevo régimen constitucional permitían ahora abordar la tarea en unas nuevas circunstancias y de acuerdo con nuevos criterios, acordando las Cortes extraordinarias «refundir toda la Jurisprudencia española, y crear un nuevo Código, obra original, fruto de meditaciones filosóficas sobre los deberes y mutuas relaciones de los miembros de la sociedad civil». Todo ello se vio truncado, decían, con la nueva absolutización de la monarquía producida en 1814, hasta que por fin la reinstauración constitucional de 1820, abrió una nueva situación de libertad en la que las Cortes extraordinarias habían decidido la formación de los Códigos civil y criminal. En opinión de la comisión era más urgente la necesidad de este último en la medida que la sociedad reclamaba «la conservación del orden público, la seguridad del estado y del sistema constitucional, la justicia pública, la integridad de los magistrados...»⁶⁰.

En este sentido se expuso la intensidad del trabajo efectuado, de manera que «...los individuos de la comisión, aunque no del todo exonerados de otras en que entendieron,

si bien desocupados de la concurrencia a las sesiones, que absorbía toda su primera atención y cuidado y no dejaban lugar para dedicarse a otros negocios de importancia, no perdieron momento, ni dejaron de aprovechar el espacio intermedio entre aquella y la presente legislatura, para comenzar y llevar adelante el grave asunto que se les había encomendado. Lo emprendieron con cierto género de cobardía y no sin gran desconfianza de sus fuerzas y talentos. Los arredra un camino poco trillado, tan largo como sembrado de peligros; y les infundía no poco temor, ya la idea de las sumas dificultades que envolvía la ejecución de tan delicada como sublime empresa, ya la viva representación de los vastos y profundos conocimientos filosóficos, políticos y morales que se necesitaban para el acierto. Sin embargo, les daba ánimo y aun cierta osadía la consideración de la importancia y felices resultados de la obra, y los auxilios que para hacer más asequible y llevadero el trabajo, y no sucumbir bajo la pesada carga que gravitaba sobre sus débiles hombros, se prometían del cielo, ilustración y sabiduría de los miembros del Congreso, y de otros doctos varones así naturales como extranjeros...extendió un plan o proyecto de código, para que los individuos de la Comisión tuviesen bases fijas sobre qué girar, y un centro a que dirigir con orden, uniformidad y concierto sus trabajos. Distribuidos en seguida estos a libre elección ... lo ejecutaron con tanta diligencia y presteza, que a mediados de febrero próximo se hallaban ya concluidos todos los títulos y capítulos y labrados los materiales para la formación del Código. Habían anticipadamente conferenciado entre sí y comunicándose sus ideas, pensamientos, dudas y dificultades, y sujetado cada uno sus tareas al examen y censura de los otros...y deseando la Comisión presentar su proyecto con la dignidad que corresponde al honor de la Nación y del Congreso, procuró corregirle escrupulosamente...»⁶¹.

En relación a las fuentes empleadas en los trabajos se exponía que «El primer paso dado por la Comisión, fue recoger del extinguido Consejo de Castilla una colección de papeles, comprensiva de trabajos preparatorios para la reforma de nuestras leyes. La opinión le atribuía gran mérito, como sucede ordinariamente ...porque no se conocen, y no se conocen porque jamás se han publicado ni expuesto a la censura de los inteligentes. La Comisión tuvo el disgusto de no encontrar en esta indigesta colección sino borradores, apuntamientos, piezas incompletas, trozos incoherentes y no bien acabados, disertaciones escolástico-forenses, digresiones tan prolijas como inoportunas, y lo que en su clase no carece de algún mérito, un extracto literal y circunstanciado de todas las leyes penales que se han publicado y los principales cuerpos de nuestro derecho, dispuesto por el orden de los títulos y leyes de la Recopilación...Todo parece que se iba preparando para hacer

⁵⁸ *Ibid.*, p. VII.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. V y VI.

⁶⁰ *Ibid.*, p. X.

⁶¹ *Ibid.* pp. X y XI.

algunas mejoras en la proyectada edición novísima del Código recopilado, mas el objeto no era introducir las saludables innovaciones y convenientes reformas de que tanto necesitaba, sino sostener y conservar el antiguo y vicioso sistema, las mismas bases, las mismas penas, y tantas leyes y títulos intempestivos en el día». En este sentido, se rechazaba con rotundidad el mantenimiento en esa documentación de una defensa de la institución inquisitorial, junto con los delitos de judíos, moros, hechiceros, juramentos, perjuros, sacrilegios, usuras, sodomía y bestialidad, «con otros que no deben ocupar ningún sitio ni insertarse directamente en un buen Código criminal»⁶².

Con rotundidad se afirmaba en el preámbulo la desconfianza en la legislación anterior, de modo que se consultaron los Códigos «de mayor crédito y reputación en Europa», teniendo presentes «los varios sistemas propuestos por los más sabios autores». Sobre esta base, pues, se diseñó un plan de Código para que los miembros de la comisión trabajasen sobre él.

Finalizaba la exposición haciendo alusión a algunos de los elementos penales que más dificultad había entrañado en su tratamiento o que consideraba la comisión como logros más destacables en la nueva regulación que se presentaba. Eso sí, huyendo de hacer en este preámbulo un extracto de lo que constituía el título preliminar del proyecto. Juzgaba, pues, la comisión como cuestiones más destacadas: la configuración de la embriaguez como eximente o atenuante; la eliminación de las penas de deportación y la estricta limitación de la de marca a los condenados a trabajos perpetuos; la eliminación del asilo en sagrado y, en general, todas las indulgencias, gracias, absoluciones concedidas «a los delincuentes por motivos de religión y de una mal entendida piedad», limitando el uso del indulto en casos muy específicos. Con respecto a éste son interesantes las consideraciones que formula oponiendo los principios liberales a los que habían caracterizado al Antiguo Régimen. Se planteaba la compatibilidad entre ese derecho de perdón y el principio de justicia e imparcialidad de las leyes. En su opinión eran precisas las limitaciones que se imponía a ese derecho de indulto, porque «el edificio del sistema criminal está asentado sobre bases de un interés general y justa igualdad»⁶³, en el que no cabe el perdón ante leyes justamente aplicadas. No obstante el mandato constitucional que reconocía esta prerrogativa real imponía su aplicación, pero limitadamente, de manera que se evitasen los privilegios, las desigualdades y las arbitrariedades del pasado.

Entre los logros destacados se señalaba también la eliminación de las jurisdicciones y fueros especiales, salvo el militar limitado a los delitos y culpas militares, que habían causado tantas injusticias e impunidades en otro tiempo. Finalmente se incluía la invitación a que fuese debatido con interés no solo por los diputados sino también por las instituciones que en otro lugar ya se ha señalado.

4.3.2. La autoría del Código

El proyecto va fechado en Madrid a 21 de abril de 1821, y lleva las firmas de Francisco Martínez Marina, José María Calatrava, José Manuel de Vadillo, Joaquín Rey, Andrés Crespo Cantolla, Francisco Javier Caro y Lorenzo Rivera. No lo firmaron ni Victórica ni Flórez Estrada⁶⁴. La razón de estas ausencias no la conocemos⁶⁵. Formalmente, al menos, estos son los autores del proyecto del Código penal presentado en abril a las Cortes. No obstante, para las posteriores labores que se derivasen del debate en pleno la comisión sufriría algunos cambios. Así, el 29 de septiembre de 1821, al día siguiente, pues, de la apertura de las sesiones de las Cortes de la legislatura extraordinaria de 1821-1822, se comunicó que quedaban nombradas las mismas comisiones de las Cortes anteriores, pero que «en atención a la salida de algunos Sres. y a la ausencia de otros» se habían producido algunos cambios. En concreto la comisión del Código penal quedaba integrada por: Martínez Mariana (*sic*), Calatrava, Rey, Vadillo, Paul, Victorica y Florez Estrada. Causaban baja Crespo, Caro y Rivera. Todos los nombrados lo eran exclusivamente en esta comisión, salvo el diputado Rey que además estaba en la comisión encargada de proponer medios para contener la falsificación de moneda, y Florez Estrada que estaba además en la de comercio y en la de milicias nacionales⁶⁶.

Desgraciadamente a pesar de haber consultado el archivo de la comisión general de codificación en el Ministerio de Justicia y el archivo del Congreso de los Diputados, no he podido encontrar las actas de los trabajos de la comisión que elaboró el proyecto de Código penal⁶⁷. Este sería el complemento perfecto a las actas de los debates parlamentarios, al objeto de poder conocer la totalidad de las ideas que estuvieron presentes en la elaboración de este Código. Igualmente podríamos conocer las diferentes vicisitudes por las que atravesó la comisión y, sobre todo, tendríamos constancia plena de la autoría material del proyecto y del peso que en su elaboración tuvieron cada uno de los miembros de dicha comisión, así como si hubo alguna razón para la ausencia de firmas antes indicada.

⁶² *Ibid.*, pp. XI y XII.

⁶³ *Ibid.*, XVII.

⁶⁴ *Ibid.*, p. XX (existe un error en el apellido de Martínez Marina, que figura como Marin), *Diario... código penal...*, t. I., pag. 22.

⁶⁵ CASABÓ, J. R., *El Código...*, fol. 116. Apunta ANTÓN ONECA, J., «Historia...», p. 269 que la ausencia de firma de Flórez Estrada indica que o bien no actuó como tal miembro, «o que no estuvo conforme con los criterios de sus compañeros, como resulta de varias intervenciones haciendo oposición».

⁶⁶ *Diario... extraordinaria 1821-1822* (en adelante solo Diario), nº. 5, t. I, pp. 30 y 31, sesión de 29 de septiembre de 1821,

⁶⁷ No obstante las referencias de CASABÓ, J. R., *El Código...*, fol. 116 y LASSO, *Crónica...*, t. 5, p. 135, en las que aluden a la posible inexistencia de las actas de la comisión, decidí comprobar personalmente esta circunstancia, pudiendo confirmar este dato.

En relación al papel que jugaron los distintos miembros de la comisión en la elaboración del proyecto, solo podemos saber que se acordó distribuir los títulos entre los diferentes integrantes, los cuales tendrían luego que ponerse de acuerdo con uno de los miembros que sería el encargado de llevar a cabo la redacción final. Este dato lo podemos comprobar a partir de lo que se indicaba en el preámbulo⁶⁸ y, especialmente, en una discusión que tuvo lugar en el pleno entre Martínez Marina y Calatrava. Aquél señalaba que no se había respetado el acuerdo de que una sola persona redactase todos los artículos, a lo que respondió Calatrava lo siguiente: «...pero su señoría ha confesado sin embargo que lo que se acordó fue que un individuo, poniéndose de acuerdo con los que habían trabajado los respectivos títulos, los redactase todos para que guardasen la debida conformidad, y esto se llevó a efecto al pie de la letra. Desde el primero hasta el último artículo todo el proyecto ha sido redactado de esta manera conforme a aquel acuerdo»⁶⁹. En realidad, no debió de ser exactamente así, pues hay una intervención de Calatrava el 2 de marzo de 1821, más atrás referida, en la que pide ser relevado de otros trabajos legislativos porque se encuentra redactando el proyecto de Código penal que tiene intención de presentar dentro de quince días⁷⁰. De manera que después de finalizados los trabajos de la comisión a mediados de febrero, Calatrava procedió a la redacción material del texto articulado. Pero no lo hizo sólo. Hay una intervención del diputado Vadillo, en la que pide no formar parte de más comisiones porque ya pertenece a varias y, sobre todo, «por hallarse redactando con el Sr. Calatrava el Código criminal»⁷¹.

Si esto era así, Calatrava no decía la verdad, aunque a juicio de Casabó a lo que parecía referirse aquél era a una redacción final de repaso y estilo, que sí sería llevada a cabo exclusivamente por él⁷². Por esta razón en su respuesta a Martínez Marina afirmó que se había cumplido el acuerdo de que una sola persona procediese a la redacción, ya que el trabajo realizado con Vadillo podría ser un primer borrador. En virtud de esto último, de sus palabras se deduce que él asume personalmente los posibles defectos de redacción en la corrección final, cuando afirma que «si las manos que han corrido con la redacción no han tenido la fortuna de acertar a corregir todos los defectos, eso es otra cosa: no he dicho ni diré lo contrario, aunque podría decir algo que las disculpase». Además, añadía, que en apoyo de la veracidad de sus palabras podría apelarse «al testimonio de

todos los individuos de la comisión, y puedo presentar hoy mismo los borradores que manifiesten que una mano principalmente ha sido la que ha redactado todo el proyecto»⁷³. No sé si el empleo del adverbio ‘principalmente’ es sinónimo de ‘generalmente’, con lo cual puede que en algunos casos la redacción hubiese sido compartida, o de ‘exclusivamente’, lo que indicaría su única participación.. En cualquier caso, fuera una redacción del todo exclusiva o no de Calatrava, lo cierto y verdad es que de las actas de las sesiones de Cortes se deduce inmediatamente que él fue quien llevó todo el peso de la defensa del proyecto presentado, lo que desde luego induce a pensar que era el principal protagonista de su elaboración. A ello hay que añadir el dato de que sus coetáneos le consideraron el redactor del proyecto⁷⁴.

Calatrava es siempre, como veremos, el que después de leer cada artículo hace un resumen de los informes recibidos a los que él mismo va contestando personalmente, después de lo cual se inicia el debate. Él es quien interviene en más ocasiones defendiendo los términos del proyecto y en algunos momentos de su discurso se deduce su carácter personalista en la asunción de la responsabilidad por la propuesta presentada. Esto lleva a algún autor a criticar la altivez e intransigencia de sus intervenciones, aunque destacando que si no hubiese sido por su tenacidad no habría sido aprobado el proyecto en menos de tres meses, como así lo fue⁷⁵. Sobre la participación de todos los miembros a lo largo de todos los trabajos llevados a cabo por la comisión, también pueden suscitarse dudas, sobre todo si observamos que en la presentación del texto de variaciones fechado en 31 de octubre de 1821 no aparece la firma de Flórez Estrada⁷⁶, como ya se ha dicho; o también si comprobamos como en el dictamen con las reformas de la parte primera tampoco se encuentra firmado por Martínez Marina, ni Victorica ni el propio Flórez Estrada (sesión 31-I-1822, nº 128, III-2083).

Del desarrollo de los debates, se deduce que algunos de los miembros de la comisión ya citados, como Victorica o Flórez Estrada, a veces parecen estar más en contra que a favor de los criterios de aquélla. Rivera por su parte no intervino ninguna vez aunque su firma sí que aparece en el proyecto presentado. Martínez Marina tampoco en sus escasas intervenciones parecía defender las posiciones de la comisión sino más bien al contrario. Parece, pues, que

⁶⁸ *Proyecto...*, preámbulo, pp. XII y XIII: «Distribuidos en seguida éstos á libre eleccion y gusto de sus individuos, se dedicaron privadamente a desempeñar el asunto, en que se habian comprometido...y lo ejecutaron con tanta diligencia y presteza que á mediados de Febrero próximo se hallaban ya concluidos todos los títulos y capítulos... Habian anticipadamente conferenciado entre sí y comunicándose sus ideas...y sujetado cada uno sus tareas al examen y censura de los otros...y deseando la comision presentar su proyecto con la dignidad que corresponde al honor de la nacion y del Congreso, procuró corregirle escrupulosamente...»

⁶⁹ *Diario...*, t. II, pp. 457 y 458.

⁷⁰ *Ibid.*, t. I, p. 27.

⁷¹ *Ibid.*, t. II, p. 214.

⁷² *El Código...*, fol. 117.

⁷³ *Diario...*, t. II, p. 458.

⁷⁴ CASABÓ, J. R., *El Código...*, fol. 118, citando a Evaristo San Miguel, *Vida de Agustín de Argüelles*, t. II, Madrid, 1851, p. 292. Ver también LASSO, *Crónica...*, p. 143, donde cita varios escritores que le atribuyeron el proyecto.

⁷⁵ ANTÓN ONECA, J., «Historia...», p. 269.

⁷⁶ *Diario...*, apéndices al número 38, t. I, p. 555, sesión de 1 de noviembre de 1821.

se mostró ajeno al debate, si bien su prestigio como historiador pudo hacer que se conocieran mejor algunas instituciones del antiguo régimen, tal y como se advierte en el proyecto y en algunas intervenciones⁷⁷. En mi opinión, hay un indicio que permite aventurar incluso una escasa participación de Martínez Marina no sólo en la discusión, como ya he señalado, sino en los propios trabajos de la comisión. Como se indica en el apartado siguiente, la influencia de Bentham en el proyecto será notoria, sin embargo nuestro diputado era un destacado detractor del pensamiento de éste, con el que le separaba una profunda discrepancia doctrinal⁷⁸.

4.4. Las influencias doctrinales del Código

En el preámbulo del proyecto presentado, se señalaba se habían consultado los Códigos «de mayor crédito y reputación en Europa y tenido presente los varios sistemas propuestos por los más sabios autores», dando a entender la Comisión que desconfiaba de hallar gran ayuda en nuestras propias obras legales⁷⁹. Sobre ello los informes de alguna Universidad y el Colegio de Abogados de Madrid se pronunciarían. En este sentido la Universidad de Sevilla afirmaba que el proyecto «en su totalidad contiene mucha filosofía», y que «ha procurado reunir en él las doctrinas escogidas de los criminalistas más célebres y ha tenido presentes los mejores modelos sin seguir particularmente a ninguno; pero nota que no hay una introducción o plan razonado y quisiera que se hubiese seguido el de Bentham, que llama infalible...y que entre las máximas de Filangieri y Bexon se han salpicado locuciones como las de Matheu y Antonio Gómez» (nº. 60, t. II, p. 922, sesión de 23 de noviembre de 1821). Por su parte, en gráfica aunque injusta expresión de Pacheco, ya con posterioridad se afirma que en este Código había una mezcla de Fuero Juzgo y Partidas envuelto con el carácter del Código de Napoleón⁸⁰.

Ante alguno de esos informes citados, el diputado Calatrava manifestaría que la comisión había respetado mucho a Bentham y tuvo presente su plan, que no consideraba infalible como la Universidad de Sevilla, y tomó en cuenta también otros, «pero atendiendo siempre a las

circunstancias particulares de nuestra Nación» (nº 60, II-924). De todos modos, en honor a la verdad el autor más citado en los debates fue precisamente éste, especialmente por el mismo Calatrava⁸¹.

Por su parte, el Colegio de abogados de Madrid aludiría a la inspiración del proyecto en el código penal francés de 1810⁸², señalando que tampoco este código podía tomarse como modelo para dictar leyes a España, porque «tiene en lo general una tendencia visible a la tiranía...que no debe sembrarse en la tierra de la libertad de nuestra patria». A continuación ahondaría más aún en su crítica señalando que «la dureza del Código penal francés ha pasado en gran parte al proyecto que vamos a examinar. Se nota muchas veces que no hay proporción entre el mal del delito y el mal de la pena: que no se busca la analogía entre estos males: que se deja demasiada extensión a la arbitrariedad de los jueces...que hace un uso demasiado frecuente de la pena de infamia...» (nº. 60, t. II, p. 923).

Calatrava contestaría a esta objeción, diciendo que «confiesa ingenuamente que ha tomado muchas cosas del Código francés, así como de las obras de Bentham, de Filangieri, de Bexon y de los demás que ha tenido a mano; pero suponerse, como se hace en esta inculpación que el Código francés ha sido el modelo del proyecto que la Comisión ha presentado, me recuerda aquellas acusaciones que en otro tiempo se hacían diciendo que nuestra Constitución ha sido una copia de la francesa de 1791» (nº. 60, t. II, p. 924). En cualquier caso, Casabó nos recuerda que no sería desdeñable la influencia del Código francés por cuanto su elevada perfección técnica debió servir de apoyo a estos primeros codificadores⁸³.

A juicio de Saldaña las influencias recibidas en el Código puede resumirse en las siguientes: 1ª la más sustancial deriva del movimiento enciclopedista, de Beccaria; 2ª del movimiento codificador francés que simboliza Napoleón; 3ª más difusa influencia de las ideas y sistemas de Bentham, maestro y educador de los primeros liberales, y 4ª, la mínima de la legislación española histórica, especialmente del Fuero Juzgo y de las Partidas⁸⁴.

⁷⁷ ANTÓN ONECA, J., «Historia...», p. 269, apunta en el sentido de que se impusiese el respeto a estas instituciones por el ascendiente moral de Martínez Marina. VARELA, Estudio..., p. XIII, insiste en que Martínez Marina no mostró interés alguno por formar parte de las Cortes y tuvo una actuación política muy discreta. También TOMÁS Y VALIENTE, F., «Martínez Marina, historiador del Derecho», discurso de recepción en la Real Academia de la Historia, en *Obras completas*, t. III, pp. 2072, donde insiste en su escasa participación en la comisión, recogiendo palabras del propio Martínez Marina, en las que afirmaba que le resultaba esta «materia prolija, fastidiosa y desagradable».

⁷⁸ VARELA, Estudio..., pp. XXIV y ss., donde a título ejemplificativo señala la acusación de Martínez Marina contra Bentham por identificar Derecho natural y moral, en sus *Principios...*, pp. 182 y 183.

⁷⁹ *Vid. Proyecto...*, p. XII.

⁸⁰ PACHECO, J. F., *El Código penal concordado y comentado*, t. I, Madrid, 1848, p. 53.

⁸¹ También ANTÓN ONECA, J., «Historia...», p. 271. CARDENAL MURILLO, A., «Primeros ensayos de codificación y principio de culpabilidad en el Derecho penal español», en *Cuadernos de política criminal*, 37 (1989), p. 14: «su concepción ideológica se encuentra fundamentada en la corriente utilitarista de los filósofos-penalistas de la Ilustración, encontrándose en él un reflejo destacado de la filosofía de Bentham, sin que ello signifique negar el influjo de otros autores.»

⁸² CARDENAL, «Primeros...», p. 14: «...cabe asegurar que el Código de 1822 acusa la influencia del Código de Napoleón de 1810», entre otros que afirman lo mismo.

⁸³ *El Código...*, fol. 119.

⁸⁴ SALDAÑA, adiciones..., p. 473.

De estos pensadores, fue Bentham el que más influyó en el código según afirma Barbero Santos, y también Jiménez de Asúa alude a dicha influencia⁸⁵. Con detenimiento Salillas procedió a contar las citas de autores durante la discusión del Código, señalado que después de Bentham, los más citados fueron Filangieri cuatro veces, Beccaria tres veces, Lardizábal dos veces, Montesquieu otras dos, y otros una sola vez, como Bexon, Muratori, etc.⁸⁶. Para Antón Oneca la influencia de Bentham fue decisiva⁸⁷. No obstante, Casabó amplía el elenco de los autores que más influencia ejercieron a Filangieri, Bexon y el propio Bentham⁸⁸. Respecto de este último su influencia, como veremos, sería decisiva en la configuración de las penas. Con anterioridad al inicio de los trabajos de la comisión, ya existen en las sesiones de Cortes claras referencias a la obra de este autor. Casabó nos recuerda que Bentham ofreció a las Cortes sus servicios para toda la labor de redacción de las nuevas leyes⁸⁹. Hemos podido comprobar como en la sesión de 20 de octubre de 1820 ya se hacía público tal ofrecimiento. En este sentido, el diputado José Joaquín de Mora presentó un escrito al pleno en el que comunicaba dicho ofrecimiento formulado en general y sin limitarlo exclusivamente a la legislación penal, y donde además anunciaba el envío de sus obras a las Cortes. Esto fue recibido con satisfacción por varios diputados que manifestaron su gratitud por la disponibilidad de este autor para el fin de colaborar en la renovación legislativa de España⁹⁰.

Es muy posible que esta disponibilidad fuese aceptada con posterioridad para la redacción y revisión general del proyecto de código penal⁹¹. Si recordamos la sesión de cuatro de enero de 1822, en la que se suscitó una abierta polémica entre Martínez Marina y Calatrava sobre el acuerdo adoptado por la comisión en su última sesión de febrero de 1821, de que una sola persona procediese a la redacción del proyecto,

podría pensarse que la persona a la que se aludía era Bentham. En este sentido, Martínez Marina decía que se había acordado que un solo individuo procediese a la redacción «con facultad de corregir, no solamente el estilo sin también las antilogías, incoherencias, doctrinas y disposiciones de cada uno de los artículos procediendo en esto de acuerdo y conferenciando con sus respectivos autores. La Comisión adoptó este pensamiento, y aun llegó a nombrar sujeto que entendiese en tan prolijas y delicadas operaciones»⁹². Desgraciadamente no facilita el nombre del designado, pero es posible que se refiriese a Bentham, sobre todo si tenemos en cuenta las palabras que éste dirigió al Conde de Toreno en la correspondencia que mantuvo con el mismo a propósito del Código penal. En ellas se trasluce no sólo una dura crítica sino un velado lamento por no haber podido participar en su redacción⁹³.

Opina, finalmente, Casabó que mayor aún es la influencia de Bexon que se aprecia especialmente en el título preliminar, donde compara la sistemática seguida por nuestro Código y por el proyecto elaborado por aquél, llegando a la conclusión de la existencia de un gran paralelismo entre ambos. Este autor ofrece incluso varios artículos del proyecto de Bexon que son casi literalmente reproducidos en nuestro Código penal⁹⁴.

Estas consideraciones que se hacen en el presente trabajo presentan, pues, una serie de consideraciones de política normativa que se vieron luego recogidas en buena parte de los Códigos penales que van floreciendo en la América hispana independiente del siglo XIX. Siguiendo, una vez más, el curso de la historia, la penalística europea sería también difundida en parte en aquellas tierras gracias al influjo cultural de España que aún pervivía.

⁸⁵ BARBERO SANTOS, M., *Política y Derecho penal*, Madrid, 1979, p. 36. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, p. 706. SÁNCHEZ OSES, J., «Jeremías Bentham y el Derecho penal», en *Anuario de Derecho penal* (1967), pp. 539-561.

⁸⁶ SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria en España*, t. II, Madrid, 1918, p. 243.

⁸⁷ ANTON ONECA, J., «Historia...», p. 271.

⁸⁸ *El Código...*, fol. 119. Sobre la recepción de Bentham también puede verse SALDAÑA, adiciones..., p. 397.

⁸⁹ *Ibid.*, fol. 120.

⁹⁰ *Diario... legislatura 1820*, t. I, p. 5. El escrito recogido en las actas decía: «Jose Joaquín de Mora. Abogado del Ilustre Colegio de esta Corte. Al Colegio Nacional con el más profundo respecto hace presente, que el sabio escritor inglés Jeremías Bentham, cuyo nombre se ha hecho célebre en toda Europa, por la profunda e ingeniosa aplicación que ha sabido hacer de las teorías filosóficas a la ciencia de la legislación ha escrito varias veces al que expone manifestándole el vivo interés que ha tomado en la regeneración política de España, y sus deseos de que el Congreso corone esta gloriosa empresa promulgando un Código digno de la Nación española y de las luces del siglo. Con este objeto, Bentham que ha pasado cincuenta años estudiando todos los medios posibles de hacer felices a los hombres por medio de leyes justas, sabias y análogas a sus necesidades, autoriza al que expone ofrecer al Congreso todo el fruto de su larga experiencia, todo el resultado de sus meditaciones, a fin de contribuir con estos auxilios a las grandes obras que ha de consolidar la nueva existencia política de que gozamos. Mi más ardiente deseo (dice este hombre respetable) es ser útil a los españoles; y este noble sentimiento, tan lleno de candor como de sinceridad no será desechado por los representantes de la heroica Nación a quien se dirigen. Bentham remite a las Cortes y suplica admita con benignidad algunas de sus principales obras, las que el exponente tendrá la honra de presentar en su Secretaría cuando lleguen a sus manos....».

⁹¹ CASABÓ, J. R., *El Código...*, fol. 122, se inclina por pensar que Bentham habría sido designado más bien para una revisión general del proyecto.

⁹² *Diario... Código penal*, pp. 456 y ss.

⁹³ *Cartas de Jeremías Bentham al Sr. Conde de Toreno sobre el proyecto de Código penal presentado a las Cortes*, Madrid, 1821, pp. 6 y ss. Al objeto de ver la presencia de Bentham en las labores que rodearon la elaboración del Código penal, dispongo de una carta enviada por Toribio Núñez a aquél de 20 de diciembre de 1821 (NUÑEZ, *Carta de Núñez á Bentham*, Salamanca, 1822; encuadrada con otros opúsculos, se encuentra en la Biblioteca de la Universidad de Salamanca, 81.648), en la que le mandaba entre otras cosas el informe que la Universidad de Salamanca había remitido a las Cortes sobre el título preliminar del Código penal. Donde además le recordaba que entre los diputados electos había muchos que apreciaban sus ideas. Ver algunos datos biográficos en ALBARES ALBARES, R., «Los primeros momentos de la recepción de Kant en España: Toribio Núñez Sesse (1766-1834)», en *Actas de las II Jornadas de Hispanismo filosófico*, 1995, pp. 31-33. Ver también SÁNCHEZ OSES, «Jeremías...», p. 545.

⁹⁴ *El Código...*, fols. 123 y ss.