

12

J. ALVARADO PLANAS
y
A. SERRANO MAÍLLO
editores

ESTUDIOS DE HISTORIA
DE LAS CIENCIAS CRIMINALES EN ESPAÑA

ISBN: 978-84-9649-087-9



9 788496 490879

DYKINSON
2007

ESTUDIOS DE CRIMINOLOGÍA
Y POLÍTICA CRIMINAL

ESTUDIOS DE HISTORIA DE LAS CIENCIAS CRIMINALES EN ESPAÑA

J. ALVARADO PLANAS Y A. SERRANO MAÍLLO
editores

AUTORES

Javier Alvarado Planas, UNED.
Eulogio Fernández Carrasco, UNED.
Juan Felipe Higuera Guimerá, Universidad de Zaragoza.
Aniceto Masferrer Domingo, Universidad de Valencia.
Regina Pérez Marcos, UNED.
Isabel Ramos Vázquez, Universidad de Jaén.
Juan Sainz Guerra, Universidad de Jaén.
María Dolores del Mar Sánchez González, UNED.
Alfonso Serrano Gómez, UNED.
Alfonso Serrano Maíllo, UNED y Northeastern University.

PRÓLOGO DE FERRANDO MANTOVANI

DYKINSON
2007

CAPÍTULO 5
LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL EN LA CODIFICACIÓN
DECIMONÓNICA
UNA APROXIMACIÓN PANORÁMICA A SU CONTENIDO
Y RASGOS FUNDAMENTALES

ANICETO MASFERRER
Profesor Titular de Historia del Derecho
Universidad de Valencia

1. BREVE APROXIMACIÓN A LA CIENCIA JURÍDICA
DECIMONÓNICA: RAZÓN VERSUS TRADICIÓN
Y CODIFICACIÓN VERSUS RECOPIACIÓN

La ciencia jurídica europea experimentó a lo largo del siglo XIX una profunda transformación cuyas consecuencias todavía permanecen vigentes en buena medida a principios del presente siglo.

Sería erróneo pensar, sin embargo, que el reformismo jurídico acontecido en la Europa decimonónica surgió y se gestó por completo en el siglo XIX. Las raíces de ese proceso transformador se encuentran ya en los siglos XVI, XVII y, de modo particular, en el XVIII, Siglo de las Luces.

Tampoco conviene olvidar que la transformación de la ciencia jurídica no fue otra cosa que un episodio particular de una nueva manera de entender la ciencia y el quehacer científico en general, hasta el punto de que el reformismo jurídico del XIX sólo se entiende desde las nuevas coordenadas de la noción de ciencia, y éstas —a su vez— hundían sus raíces en una nueva manera de entender el hombre y la sociedad.

No pretendemos presentar ahora aquí una panorámica de los diversos factores que propiciaron esta transformación, ni exponer —como se merecerían— los rasgos característicos de la ciencia ju-

¹ Al respecto, véase la síntesis de Javier Alvarado Planas en *Juristas Universales* (edit. por Rafael Domingo). Marcial Pons, Madrid, 2004, vol. 3 (Juristas del siglo XIX. De Savigny a Kelsen, «Introducción»), pp. 27-57.

rídica decimonónica¹. Nos limitaremos tan sólo a explicar sucintamente las dos concepciones contrapuestas del Derecho que se dieron cita en el siglo XIX, el triunfo de la que propiciaría la Codificación de un Derecho racional y desapegado a la tradición, provocando, en consecuencia, el definitivo abandono de las viejas Recopilaciones, técnica e instrumento hasta entonces al uso para recoger una legislación vigente que podía haber sido promulgada hacía siglos.

En efecto, en el siglo XIX se planteó la cuestión de si el Derecho tiene algo que ver con la Historia, la conveniencia de que el Derecho en general, y el penal en particular, se nutriera de la Historia. En el fondo, lo que se planteaba era la misma noción de Derecho: ¿Qué es el Derecho? Dos fueron los grandes posicionamientos:

1) El que propugnaba una conexión entre el Derecho y la razón (en ese caso, el Derecho sería el resultado de meras operaciones racionales).

2) El que sostenía una conexión entre el Derecho y la Historia (en ese caso, el Derecho sería el resultado de la propia tradición, de la Historia de cada pueblo o comunidad).

En el fondo se enfrentaban así no sólo dos maneras de entender el Derecho sino la vida:

1. La concepción racionalista, que aboga por el mundo de la razón, de las ideas, del orden preestablecido, del sistema, de la deducción, que nada quiere saber de historia ni de tradiciones, pues entiende que impiden el progreso y la modernidad. Según esta concepción, el Derecho procede de la razón.

2. La concepción romántica e historicista, que defiende y encumbra el mundo de los sentimientos, de la pasión, de lo espontáneo, de lo real, de lo que resulta en concreto tangible y palpable. En definitiva, un mundo sin sistema ni orden preestablecido. Desde esta perspectiva, el Derecho procede lógicamente del propio acontecer histórico, de la tradición.

Este enfrentamiento, que duró todo un siglo, terminó con el triunfo de las tesis racionalistas, fiel reflejo del resultado final de la contienda entre jacobinos (racionalistas) y girondinos (tradicionalistas) en el marco de la Revolución francesa (1789). Nos encontramos, pues, a finales del siglo XVIII-principios del XIX.

Uno de los signos más claros del triunfo del racionalismo sobre el historicismo fue el movimiento codificador. ¿En qué consistió?

Código significaba, en aquellos momentos, mucho más que una mera colección de normas recogidas en un solo libro, tomo o volumen. Código quería significar —entre otras cosas y resumiendo mucho— ruptura con el pasado, con la tradición; dar al traste con todo lo antiguo e incorporación de lo nuevo. Y eso nuevo no quería ser entendido tanto una mera reforma de lo antiguo sino una ruptura, como si nada tuviera que ver con lo existente hasta el momento. Así lo expresaban algunos de los propios protagonistas de la empresa codificadora:

«...una normativa en la que nada era digno de respeto, nada era digno de conservación, ninguna parte se podía reservar para la regla de la sociedad futura. Toda, toda entera, se necesitaba trastornarla (...). El carro de la destrucción y de la reforma debía pasar por el edificio ruinoso, porque no había en él apenas un arco, apenas una columna, que pudiera ni debiera conservarse (...). En España, y tratándose de las leyes criminales, el sistema de la codificación, el sistema del cambio absoluto, era el único legítimo y el único posible»².

«...el sistema de la codificación, el sistema del cambio absoluto, era el único legítimo y el único posible», afirma Pacheco, viniendo a manifestar esta identificación entre «codificación» y «cambio absoluto», nociones contrapuestas a «Recopilación» y «tradición». Si la legislación penal contenida en las recopilaciones de la época moderna representaba el Derecho procedente de la tradición, de la concreta historia de cada localidad, reino o corona, la legislación penal que se disponían a recoger los Códigos penales respondía no a la tradición, sino a la razón, a lo que la mente humana de aquellos tiempos juzgaba como racional y razonable.

Considerado lo histórico y lo tradicional como retrógrada e indigno de los nuevos tiempos que corrían, la razón se erigía en emblema y signo de la (nueva) modernidad.

El fenómeno codificador no fue una reivindicación más del pensamiento liberal ilustrado, sino que devino como «postulado consti-

² Pacheco, Joaquín Francisco: *El Código penal concordado y comentado*. Madrid, 1848 (manejamos la última edición: Madrid, Edisofer, 2000), p. 82.

tutivo de todo el movimiento», erigiéndose «en símbolo de una renovación radical»³. Codificación y iusnaturalismo racionalista fueron, como es sabido, nociones estrechamente ligadas. Dando por supuestas en el seno de la sociedad unas condiciones igualitarias inexistentes —cuando en realidad «rebose literalmente de desigualdades»—⁴, el fenómeno codificador se presentaba como punto final a la ya secular tendencia hacia la unificación jurídica. De acuerdo con las ideologías del siglo XVIII, portadoras del ideal codificador, es obvio que el objetivo de tal ideal no era recopilatorio, sino más bien reformista e innovador; capaz de recoger sistemáticamente las nuevas ideas de corte ilustrado que habían sido capaces de proporcionar un cuerpo doctrinal extraordinariamente crítico con los sistemas políticos autoritarios felizmente derrotados, merced al triunfo de las revoluciones liberales.

Según el parecer de Tarello, la Codificación penal moderna llevada a cabo a finales del siglo XVIII y principios del XIX con el objeto de lograr un sistema penal breve y conciso pudo hacerse realidad en base a tres grandes elementos estructurales: 1) la unidad del sujeto de derecho; 2) la reducción de los bienes tutelados penalmente sólo a dos: el Estado (organización y orden público) y el privado (vida, salud y propiedad); y 3) la reducción de las penas a tres (muerte, privación de libertad y pecuniarias), de las cuales dos eran cuantificables⁵.

La Codificación penal suponía también el instrumento adecuado para dar cabida a un Derecho penal secularizado, que satisficiera el clamor político e intelectual de los nuevos tiempos, así como el definitivo abandono de los argumentos de autoridad, la sustitución del método casuístico por el sistemático, etc.

Se pretendía la introducción de un Derecho y una ciencia jurídica nuevas, que nada tuvieran que ver con lo añejo. Ahora bien, llegados a este punto conviene preguntarse si esa pretensión se hizo o no realidad. Si sí, ¿de qué nos sirve conocer la historia de un Derecho penal cuya natural evolución quedó truncada con los Códigos? En ese

³ Caroni, Pio: *Lecciones catalanas sobre la historia de la Codificación*. Madrid, 1996, p. 35.

⁴ Caroni, *Lecciones catalanas sobre la historia de la Codificación*, p. 43.

⁵ Tarello, Giovanni: *Cultura jurídica y política del Derecho* (trad. I. Rosas Alvarado) Mexico, 1995, p. 54.

caso mejor sería dejar la historia y introducirse directamente en el estudio del Derecho penal actual. Si no, entonces conviene preguntarse qué aportó la Codificación a la evolución histórica de nuestro Derecho penal vigente. Además, en ese caso el estudio de la tradición penal resultaría fundamental para entender el sentido de buena parte de las instituciones penales vigentes.

A nadie se le escapa que tan absurdo e idílico resulta polarizarse en el posicionamiento racionalista como en el historicista, habida cuenta de que el Derecho siempre lleva dentro de sí un algo de racional y de histórico al mismo tiempo; una parte más estática, otra más dinámica; unos principios más permanentes, otros más caducos; y eso responde a la propia condición humana, de cuya naturaleza emanan unos principios y valores permanentes que pueden ser comprendidos por la luz natural de la razón, y, junto a éstos, otras reglas que derivan de la cultura e idiosincrasia de cada pueblo o sociedad.

Fue precisamente el análisis de estas cuestiones y problemas lo que me llevó a poner en tela de juicio la idea —bastante extendida— de que la Codificación penal hizo tábula rasa de la tradición antigua⁶.

Quien tenga un mínimo conocimiento de nuestra tradición penal sabe que el Derecho penal actual es deudor —y en algún caso, en buena medida— de esa tradición antigua, como ocurriera en los Derechos civil, mercantil y procesal.

De lo que estamos diciendo se desprende una conclusión bien clara: que el estudio y conocimiento del Derecho penal histórico no es una actividad para mentes eruditas que buscan satisfacer su curiosidad histórica, sino para juristas que persiguen una comprensión cabal de los ordenamientos penales europeos vigentes, pues la tradición penal contiene tanto nociones caducas y poco acordes con los tiempos actuales, como elementos y principios que se mantienen vigentes en nuestro ordenamiento. Y en ocasiones, incluso resurgen

⁶ Sobre esta cuestión, más compleja de lo que vengo exponiendo, véase Masferrer Domingo, Aniceto: *Tradicón y reformismo en la Codificación penal española. Hacia el ocaso de un mito. Materiales, apuntes y reflexiones para un nuevo enfoque metodológico e historiográfico del movimiento codificador penal europeo*. Prólogo de J. Sainz Guerra. Universidad de Jaén, 2003, estudio en el que se desarrolla más extensamente este problema.

tendencias y conceptos que habían sido sepultados por la historia hacía siglos, adquiriendo nuevamente rabiosa actualidad.

Los reformistas veían la empresa codificadora como el único instrumento adecuado para lograr la anhelada reforma. Se les escapaba, sin embargo, que análogamente a lo sucedido en el Derecho privado, por mucha innovación que aportara la «nueva ciencia», los juristas debían seguir utilizando en el terreno penal los instrumentos conceptuales proporcionados por la tradición romano-canónica, «y de hecho el conjunto sistemático que construían sobre conceptos, aunque reexaminados, sólo podía ser romanista»⁷. No en vano se ha dicho que el principal mérito de la Codificación no fue tanto la creación de nuevas figuras o principios, «sino su formulación en la categoría de dogmas, que, además, componen un sistema»⁸; nueva sistemática hecha realidad merced al moderno método del iusnaturalismo racionalista, pero sobre la base de unas nociones, conceptos, figuras y principios que provenían del Derecho romano-canónico⁹.

Una vez abordado en este primer capítulo el ideal codificador, estudiamos en los dos siguientes la ciencia jurídico-penal del siglo XIX en sus rasgos fundamentales, cristalizada en el marco legal de la Codificación. A fin de distinguir el marco político del estrictamente científico-penal, en el segundo («Pensamiento ilustrado, revolución liberal y reformismo político-penal: constitucionalismo y reformismo penal») se analizan los postulados político-penales fundamentales del pensamiento ilustrado, cuya realización efectiva se hizo posible por razones de carácter político, pues de no haber prosperado el movimiento político reformista, probablemente tales principios político-penales tampoco hubieran llegado a buen puerto¹⁰. En el tercero («Ciencia penal y Codificación decimonónica») se recoge la reforma propiamente penal, esto es, la de contenido o naturaleza es-

⁷ Cannata, Carlo Augusto: *Historia de la ciencia jurídica europea* (trad. L. Gutiérrez-Masson). Madrid, 1989, p. 178.

⁸ Lalinde Abadía, Jesús: *Iniciación histórica al Derecho español*. Barcelona, 1983, p. 669.

⁹ Zajtay, Imre: «The permanence of Roman Law Concepts», *European Legal Cultures* (V. Gessner / A. Hoeland / C. Varga, eds.). Dartmouth, 1996, pp. 67-68.

¹⁰ Ciertamente, aquí sí resulta congruente hablar de una total ruptura entre el orden antiguo y el nuevo, fiel reflejo de dos sistemas políticos completamente distintos por no decir antagónicos en algunos puntos.

trictamente científica, que reflejan tanto la doctrina como los Códigos¹¹.

No tratamos aquí tanto de realizar un análisis exhaustivo y pormenorizado de la misma, como de presentar sus aportaciones y avances más destacables. Tampoco pretendemos detenernos en la historiografía penal decimonónica¹², ni en el análisis de los diversos Códigos penales¹³. Y menos aún presentar las grandes corrientes y escuelas científicas existentes a lo largo del siglo XIX, temática ya certeramente abordada por Sánchez González en esta misma obra.

2. PENSAMIENTO ILUSTRADO, REVOLUCIÓN LIBERAL Y REFORMISMO POLÍTICO-PENAL: CONSTITUCIONALISMO Y REFORMISMO PENAL

La evolución de la ciencia jurídico-penal decimonónica sólo puede entenderse reconociendo su punto de partida fundamental: la íntima conexión existente entre pensamiento ilustrado, revolución liberal y reforma político-penal. En esta línea, no cabe olvidar que el reformismo científico-penal sólo fue posible merced al advenimiento del Estado liberal, régimen político-constitucional que permitió la im-

¹¹ En ese otro marco apenas puede hablarse de ruptura, pues mientras en algunos aspectos no hay más que una reforma, en otros incluso puede hallarse un cierto (o marcado) continuismo con la tradición de la ciencia del Derecho común.

¹² Sobre este punto, véanse los trabajos de Baró Pazos, «Historiografía sobre la Codificación del Derecho penal en el siglo XIX»; en *Doce estudios de historiografía contemporánea*. Santander, 1991, pp. 11-40; Álvarez Alonso, Clara: «Tendencias generales de la historiografía penal en España desde el siglo XIX», en *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Acti del'incontro di studio Firenze-Lucia 25, 26, 27 maggio 1989. Per la storia del pensiero giuridico moderno 34/35*, Milano-Giuffrè Editore, tomo II, pp. 969-984; Masferrer Domingo, Aniceto: «El ius commune en la historiografía penal española. Una apuesta metodológica de apertura hacia lo supranacional y europeo», *Studi in Onore di Manlio Bellomo* (ed. O. Condorelli, E. Montanos-Ferrin, K. Pennington). Roma, 2004, t. III, pp. 563-587.

¹³ Para un elenco de los estudios publicados sobre los diversos Códigos, véase Masferrer Domingo, Aniceto: «La historiografía penal española del siglo XX. Una aproximación a sus principales líneas temáticas y metodológicas», *Rudimentos Legales* 5 (2003), pp. 29-125, en particular las obras recogidas en las notas al pie 264-282.

plementación de unos nuevos principios político-penales que constituirían el fundamento de la nueva ciencia penal¹⁴.

Conforme a este punto de partida inicial, resulta lógico que analicemos ahora brevemente la tríada «pensamiento ilustrado, revolución liberal y reforma político-penal»¹⁵.

Como es sabido, en el terreno jurídico el movimiento ilustrado llevó consigo el iusnaturalismo racionalista, acérrimo defensor de una ética social conforme a la naturaleza, cristalizada en un derecho (el natural) que podía entrar en conflicto con el derecho positivo. «El eje de la nueva metodología —afirma Cannata— residía en el rechazo del principio de autoridad que había caracterizado a la Edad Media»¹⁶.

Fue precisamente el humanitarismo de la Ilustración el que, actuando bajo los postulados emanados de la Revolución francesa, reivindicó ciertas reformas que Lalinde sintetiza en seis: la legalidad del delito y de la pena, la proporcionalidad entre el delito y la pena, la personalidad de la pena, la decisión favorable, la interpretación favorable y la presunción de inocencia¹⁷. Pero tales reformas difícilmente se hubieran podido llevar a cabo sin el triunfo de las revoluciones liberales, merced a las cuales se crearon las condiciones políticas favorables al proceso de reforma penal. En este sentido —e insistiendo de nuevo en esa idea que nos parece crucial—, determinadas reformas penales no constituyeron conquistas del movimiento codificador, habida cuenta de que la mayoría de estos principios ya fueron defendidos por la doctrina del *ius commune*, y en consecuencia, tampoco fueron

¹⁴ Para una breve aproximación sobre los principios jurídico-penales en la historia constitucional española y alemana, véase Masferrer Domingo, Aniceto: «El alcance de la prohibición de las penas inhumanas y degradantes en el constitucionalismo español y europeo. Una contribución histórico-comparada al contenido penal del constitucionalismo español y alemán», *Presente y futuro de la Constitución española de 1978* (editado por la Facultad de Derecho de la Universitat de València y Tirant Blanch). Valencia 2005, pp. 515-544.

¹⁵ Para una panorámica más amplia de esta cuestión, véase Masferrer, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...cit.*, pp. 69-91.

¹⁶ Cannata, *Historia de la ciencia jurídica europea*, p. 173.

¹⁷ Lalinde Abadía, *Iniciación histórica al Derecho español*, p. 669; sobre la presunción de inocencia en el pensamiento ilustrado y sus raíces en la doctrina de los glosadores, véase el trabajo de Hruschka, Joachim: «Die Unschuldsvermutung in der Rechtsphilosophie der Aufklärung», en *ZStW* 112 (1990) Heft 2, pp. 285-300.

un descubrimiento de la nueva ciencia penal enraizada en el pensamiento iluminista.

En este sentido, el «mérito» del pensamiento ilustrado fue más bien de oportunismo, al ofrecer una plataforma doctrinal de corte político-penal en un momento en el que, al compás de las conquistas políticas, pudieron efectivamente ser tenidas en cuenta e introducirse en los ordenamientos jurídicos, abriendo así una nueva etapa jurídico-penal que justifica el que pueda hablarse de una ciencia penal moderna, en contraposición a una ciencia penal anterior que, maniatada por sistemas políticos absolutistas, pertenece a otra etapa completamente distinta, esto es, al Antiguo Régimen.

2.1. El surgimiento del pensamiento político-penal ilustrado en Europa y en España

Como es bien sabido, con el influjo de pensamiento cartesiano (1596-1650) se abrió una nueva etapa en la cultura jurídica europea, en la que, en base al razonamiento deductivo como método, partía de la idea de la naturaleza racional y social del hombre para la construcción de un sistema de valores y principios de vigencia universal, desde los que debía enjuiciarse —y a la vez justificarse— el Derecho positivo. El iusnaturalismo racionalista así concebido prescindía de la doctrina medieval del *ius naturale* y creaba un nuevo Derecho, empleando para ello la experiencia de su historicidad y los materiales del *corpus Iuris*, con el objeto de formular un sistema jurídico fundamentado racionalmente.

El iusracionalismo, estrechamente vinculado con el más amplio movimiento intelectual y político de la Ilustración, dominó el pensamiento europeo del siglo XVIII. Y aunque adoptó distintas formas en Inglaterra, Francia y Alemania, resultó común a todos la actitud intelectual de crítica racional del orden social y jurídico de la época.

¹⁸ La metodología iusracionalista en el terreno jurídico fue finamente cultivada en primer lugar por Hugo Grocio (1583-1645) en Holanda, por Pufendorf (1632-1694), Thomasio (1655-1728) y Wolff (1679-1754) en Alemania y por Domat (1625-1696) en Francia.

A partir de la segunda mitad del siglo XVIII, el pensamiento ilustrado inició un intenso debate de alcance europeo —empleando la expresión de Tarello— sobre el «problema penal»¹⁹. Las grandes reivindicaciones penales del pensamiento ilustrado no eran más que concretas manifestaciones de la nueva forma de entender el Derecho en general. En este sentido, la preocupación por un Derecho penal más sistemático respondía a la metodología lógico-deductiva y al ideal sistemático de la nueva ciencia jurídica de corte racionalista. Por otra parte, la secularización del Derecho penal, otro de los grandes objetivos de la nueva ciencia penal, respondía a la secularización de la sociedad y del Derecho en general²⁰. Y el ideal humanizador del Derecho penal en este periodo también obedecía a la nueva ética social adoptada por el pensamiento ilustrado.

Estos tres principios —sistemática, secularización y humanización— sintetizan a mi entender las principales aportaciones del pensamiento ilustrado al nuevo Derecho penal. El desarrollo e implementación normativo-penal de estos principios refleja los aspectos más destacables de la ciencia penal decimonónica, según veremos.

En cualquier caso, y al margen de que la humanización ya hubiera sido reclamada por la doctrina medieval y moderna²¹, resulta in-

¹⁹ Tarello, Giovanni: *Storia della cultura giuridica moderna*. Vol. I: *Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna, 1976, p. 383; para un interesante desarrollo sobre el pensamiento ilustrado y el Derecho penal, véanse sus pp. 383-483.

²⁰ Al respecto, véase *Cristianesimo secolarizzazione e diritto moderno* (a cura di Luigi Lombardi Vallauri/Gerhard Dilcher). Per la storia del pensiero giuridico moderno 11/12. Nomos Verlagsgesellschaft (Baden-Baden) —Giuffrè Editore (Milano), 1981, pp. 1201 ss., en donde se recogen varios artículos referidos al Derecho penal. tal proceso de secularización se inició en Alemania en el siglo XVI, según ha demostrado SELLETT, Wolfgang: «Die Krise des Straf— und Strafprozessrechts und ihre Überwindung im 16. Jahrhundert durch Rezeption und Säkularisation», *Säkular Aspekte der Reformationszeit*. München-Wien, 1983, pp. 27-48.

²¹ El principio quizás más discutible de los que acabamos de mencionar sería el de la humanización del Derecho penal, no tanto porque pueda dudarse de las tesis humanitarias estrechamente conectadas con la ética de corte ilustrado, sino en la medida en que no fue ésta una aportación innovadora en relación a la tradición penal anterior; al menos por cuanto se refiere a la doctrina científica. Efectivamente, algunos juristas del *ius commune* ya se habían ocupado de la importancia de humanizar las penas, así como de la conveniente proporcionalidad entre delito y pena. Según el parecer de Lalinde, el iusnaturalismo de los siglos XVI y XVII, desarrollado las teorías de Santo Tomás, ya defendía la necesidad de proporción entre el delito y la pena, debiendo ser ésta menor que la culpa (Lalinde Abadía, *Iniciación histórica al Derecho español*, p. 667).

LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL...

discutible el afán humanizador del pensamiento político-penal ilustrado: el gradual proceso de despenalización de determinados supuestos delictivos y la reducción del número de penas respondían precisamente al objetivo humanizador del Derecho penal liberal, aunque también cabría admitir que aquél obedeció también a la secularización

Tarello sostiene que ambos aspectos, esto es, la «amputación de las figuras a que se dirigía la represión penal y (...) la drástica reducción de los instrumentos de la represión» respondían a las exigencias mismas de la empresa codificadora. Efectivamente, «un cuerpo breve y sistemático de normas sobre la represión no era posible si no a condición de destruir gran parte tanto de los objetos como los métodos de represión»²². Siendo cierta esta explicación formal, de técnica codificadora, a nadie se le escapa —tampoco a Tarello— que la reducción de los delitos castigados se debió también a la ideología proporcionalista, bastante difundida en el siglo XVIII. Y que fue la ideología humanitaria la que precisamente facilitó no sólo la despenalización, sino también la preferencia por la sanciones detentivas y pecuniarias²³.

El penalista ilustrado en sentido estricto más bien brilló por su ausencia a finales del siglo XVIII-principios del XIX. Sin entrar en el estudio de quienes encarnaron la ideología político-penal reformista, baste con citar los más emblemáticos: Beccaria (1738-1794), Filangieri (1752-1788), Romagnosi (1761-1834) y Feuerbach (1775-1833) son algunos de los más destacados. Con la excepción de este último y Filangieri, a los que sí cabe considerar como penalistas, los demás fueron autores ilustrados que criticaron con más o menos vehemencia el ordenamiento penal existente. Con anterioridad a Beccaria, cabría por supuesto destacar a Voltaire, Montesquieu, Grocio, Hobbes, Pufendorf y Locke. La figura española más destacada fue Manuel de Lardizábal, al que desacertadamente se le llegó a denominar «Beccaria español».

2.2. El reformismo político-liberal y sus consecuencias en el Derecho penal

De poco hubieran servido —por lo menos a corto plazo— las reivindicaciones penales de corte ilustrado de no haber triunfado las re-

²² Tarello, *Cultura jurídica y política del Derecho*, p. 53.

²³ Tarello, *Cultura jurídica y política del Derecho*, p. 53.

voluciones políticas liberales. Efectivamente, la reforma penal no fue tan sólo posible gracias a las nuevas ideas penales sino porque las fuerzas políticas que las propugnaban, al hacerse con el poder, procedieron al desmantelamiento del Antiguo Régimen y a la apertura de una nueva etapa denominada liberal. He aquí el necesario binomio para la efectiva reforma del orden penal antiguo: pensamiento ilustrado-Estado liberal. Ciertamente, la idea de Código no exigía necesariamente el triunfo de la revolución liberal, pues algunos de los primeros ensayos codificadores del Derecho penal se llevaron a cabo en el marco de sistemas políticos no liberales. Es el caso del *Allgemeines Landrecht* prusiano (ALR) de 1794. De ahí la impropiedad de la expresión «Códigos iusracionalistas», pues poco o nada tuvieron que ver tales ensayos codificadores con los posteriores Códigos liberales²⁴. A nuestro juicio resulta preferible distinguir, pues, entre Códigos ilustrados y Códigos liberales.

Veamos ahora los logros reformistas en el terreno político-penal más importantes, merced a la aplicación por parte del Estado liberal de las nuevas ideas penales de corte ilustrado. Téngase en cuenta que la mayoría de estas reformas fueron anteriores a la Codificación, si bien poco más tarde ésta las acogió, algunas rápidamente desde un principio, otras de forma más lenta y gradual. En cualquier caso, conviene dejar consignado que la aplicación efectiva de tales reformas sólo fue posible al compás de los triunfos revolucionarios, sin los cuales de poco o nada hubieran servido las voces críticas ilustradas. Piénsese que la mayor parte de tales ideas reformistas no eran novedosas, aunque pudieran parecerlo o como tal se presentasen. Siglos antes, la doctrina jurídica del *ius commune* ya había advertido —al menos en parte— sobre su conveniencia, si bien la legislación del Antiguo Régimen prefería atender a otros intereses, haciendo caso omiso de tales advertencias doctrinales.

a) El principio de legalidad

Unos de los grandes combates de la Revolución francesa para el reconocimiento de los derechos individuales fue el relativo a la reforma del Derecho penal, en donde Voltaire tuvo un destacado pa-

²⁴ Caroni, *Lecciones catalanas sobre historia de la Codificación*, pp. 69 ss.

pel²⁵. Y una de las reivindicaciones más feroces de este ilustrado fue el de que las leyes penales fueran bien claras y precisas, desterrando definitivamente el arbitrio judicial. La ley debía expresar con claridad tanto la conducta constitutiva de delito como la pena. Junto a Voltaire, otros autores como Mably, Chaussard, Servan, Marat, Carrard, Risi y Vermeil, entre otros, alzaron sus voces críticas contra el sistema penal vigente y defendieron la necesidad de un nuevo sistema basado en la legalidad, en el que la pena impuesta por el juez no pudiera rebasar ciertos límites establecidos por la misma ley²⁶.

Si el iusnaturalismo racionalista erigió la ley como único instrumento capaz de llevar a buen término la reordenación jurídica que se proponía, y más en concreto, la técnica codificadora, el principio de legalidad no sólo constituía un derecho individual de todo ciudadano, sino que se presentaba como el único medio técnicamente apto para el nuevo sistema penal que se pretendía instaurar. En este sentido, un aspecto irrenunciable de todo Código era precisamente el escrupuloso respeto a la legalidad, principio más reforzado —si cabe— en un Derecho como el penal, guardián-protector de los derechos individuales más preciados.

Los primeros ensayos codificadores europeos, al responder más a la escuela del Derecho natural que al racionalismo francés, todavía dejaban al juez un cierto margen de discrecionalidad para que pudiera condenar *ex aequo et bono*: el *Verbessertes Landrecht* prusiano (1721), el *Codex juris criminalis* de Baviera (1751) y la *Constitutio Theresiana* (1769) son claros ejemplos de ello. El primer Código penal europeo que consagró sin ambigüedades de ningún género el principio de legalidad, prohibiendo expresamente tanto el arbitrio judicial como la analogía, fue el *Allgemeine Gesetz über Verbrechen und Strafen* de José II (1787). Más ambiguo fue en este punto el conocido *Allgemeines*

²⁵ Un trabajo ya clásico sobre esta cuestión es el de Herzt, Eduard: *Voltaire und die französische Strafrechtspflege im 18. Jahrhundert. Ein Beitrag zur Geschichte des Aufklärungszeitalters*. Stuttgart, 1887 (reed. Aalen Verlag, 1972).

²⁶ Sobre esta cuestión, además de la bibliografía recogida en Masferrer, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...cit.*, pp. 60, nota 120 y 82, nota 178, véase más en concreto el estudio de Schnapper, Bernard: «Les peines arbitraires du XIIIe au XVIIIe siècle (doctrines savantes et usages français)», *R.H.D.* 41 (1973), pp. 237-277 et 42 (1974), pp. 81-112; reeditado más tarde en forma de monografía (Paris, 1974), edición que manejamos.

Landrecht prusiano (1794), pues si bien por una parte estableció el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*), excluyendo todo posible efecto retroactivo de la ley penal, dispuso por otra la posibilidad de castigar las infracciones que atentaran contra las reglas de Derecho natural, aunque no estuvieran expresamente recogidas en el cuerpo legal, ensombreciendo tal disposición, por lo menos aparentemente —según Schnapper—, el principio de legalidad²⁷.

Los primeros Códigos contemplaron, pues, el principio de legalidad sin atenerse a todas sus consecuencias. El Código bávaro de 1811 redactado por Feuerbach sí lo introdujo con todas sus consecuencias, excluyendo por tanto toda arbitrariedad judicial y analogía posible. En el ámbito francés, después del Código de 1791, que dispuso un régimen excesivamente rígido de legalidad —pena fija y supresión de toda posibilidad de indulto—, el de 1810 recogió este principio de un modo más flexible, en el que los jueces podían moverse en la imposición de la pena entre un máximo y un mínimo legal. Fue éste el modelo aplicado en los distintos países europeos y el español entre ellos.

Con independencia de que con anterioridad al siglo XIX la ciencia jurídica del *ius commune* ya hubiera desarrollado el principio de legalidad, no cabe duda de que uno de los grandes avances del Derecho y ciencia penal del XIX fue la legalización y constitucionalización de este importante principio penal²⁸. En efecto, el precepto fundamental de contenido penal, cuya introducción en el marco normativo constitucional, propició un giro copernicano en la evolución del Derecho penal existente hasta el momento fue el relativo al principio de legalidad. Ciertamente, al margen de las profundas raíces históricas de este principio²⁹, lo cierto es que sólo el triunfo de la «revolución liberal» permitió la constitucionalización y consiguiente legalización de este principio hasta sus últimas consecuencias. Lo cierto es que las primeras Constituciones y *Declaraciones de derechos* recogieron expresamente este principio. Es el caso, por poner algún ejemplo, de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789* (art. 8)

²⁷ Schnapper, *Les peines arbitraires du XIIIe au XVIIIe siècle...*cit., pp. 67-68.

²⁸ Masferrer, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...*cit., pp. 75-76 y 111-113.

²⁹ Sobre la historia de este principio, véase la abundante bibliografía recogida en Masferrer, «La historiografía penal española del siglo XX...»cit., nota al pie número 199.

de la Constitución francesa de 1791, así como de otras Constituciones europeas y americanas. Más tarde, se recogería expresamente en la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* de 1948 (art. 11.2), y unos años después en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (art. 7).

En España el principio de legalidad se incluyó en todas las Constituciones (1812, 1837, 1845, 1869, 1876, 1931 y 1978)³⁰, bien es cierto que en el texto gaditano no se recogió de forma explícita³¹.

Actualmente el reconocimiento expreso del principio de legalidad sigue erigiéndose en uno de los preceptos de contenido penal más común en el constitucionalismo europeo³².

b) *La idea de proporcionalidad entre delitos y penas*

El principio de proporcionalidad entre los delitos y las penas fue una de las más repetidas críticas de los autores ilustrados lanzadas contra el Derecho penal antiguo. Montesquieu, Beccaria, Bentham, etc. en Europa y Lardizábal en España propugnaron un nuevo Derecho penal que observara un mínimo de proporcionalidad entre el delito cometido y su condena penal. Y es que ciertamente —a pesar de las voces de algunos juristas del *ius commune*—, tal principio no siempre fue respetado por las legislaciones antiguas y, en especial, por la legislación penal del siglo XVIII emanada de los monarcas absolutos. El caso español constituye un ejemplo bien claro. Tomás y Valiente ya puso de relieve la idea de que los parámetros utilizados para medir la crueldad de las penas poco tenían que ver frecuentemente con

³⁰ La Constitución 1812 fue la única que no recogió expresamente este principio, si bien puede deducirse de la interpretación de algunos preceptos; art. 9 Constitución 1837; art. 9 Constitución 1845; art. 10 Constitución nonnata (1856); art. 11 Constitución 1869; art. 16 Constitución 1876; art. 28 Constitución 1931; arts. 3 y 25.1 Constitución de 1978.

³¹ Sobre la evolución de este principio en nuestro constitucionalismo, véase el estudio de Ruiz Robledo, Agustín: «El principio de legalidad penal en la historia constitucional española», *Revista de Derecho Político* 42 (1997), pp. 137-169.

³² Véase, a título de ejemplo, el art. 103. 2 de la vigente Constitución alemana, precepto en clara consonancia con la propia historia constitucional alemana, según se deduce de una lectura de algunos de sus textos constitucionales, a saber, el de Hessen (1820), Prusia (1848-1850), así como el de Weimar (1919), entre otros.

la gravedad del delito y la culpabilidad del delincuente, respondiendo a otros criterios como la reiteración de determinadas conductas delictivas, la falta de remeros, las necesidades económicas del aparato de Justicia, etc.³³.

El problema no consistía tanto, pues, en la falta de una doctrina jurídica como la ilustrada que clamara por la conveniencia de tal proporcionalidad, sino en un cambio de sistema político que estuviera efectivamente dispuesto a ser consecuente con un principio de justicia y sentido común elementales.

El esfuerzo realizado por algunos autores ilustrados para instaurar una ideología proporcionalista fue enorme, y el de Filangieri es una muestra bien clara, según ha consignado la historiografía alemana³⁴. Según el parecer de Tarello, este afán explica la preferencia por las sanciones ampliamente divisibles y multiplicables en número. Y de tal género son esencialmente las penas de detención y las pecuniarias³⁵. Sin ánimo de desmerecer las ideas ilustradas que postulaban la proporcionalidad, no se olvide que sólo el advenimiento del nuevo sistema político liberal hizo posible la aplicación y respeto de un principio que ya la segunda escolástica había advertido sobre su particular importancia en el ordenamiento penal.

c) El principio de personalidad de las penas

La desaparición del carácter trascendente de determinadas penas fue una de las contribuciones más importantes de la reforma político-liberal en materia punitiva, secundando las numerosas y antiguas críticas que, ya desde el Antiguo Régimen —y más tarde por los autores ilustrados—, se habían lanzado contra esta institución que atentaba contra el más elemental principio de personalidad de las penas.

La trascendencia directa de las penas, junto a la práctica del tormento y la confiscación de bienes —según veremos a continuación— constituían las pruebas más claras del atraso y descuido en el que se

³³ Tomás y Valiente, Francisco: *El Derecho penal de la Monarquía absoluta* (Siglos XVI, XVII y XVIII). Salamanca, 1969, pp. 359 ss.

³⁴ Seelmann, Kurt: «Gaetano Filangieri und die Proportionalität von Straftat und Strafe», *ZStW* 97 (1985) Heft 2, pp. 241-267.

³⁵ Tarello, *Cultura jurídica y política del Derecho*, p. 54.

encontraba el Derecho penal del siglo XVIII, consideradas por un autor decimonónico como las «negras páginas de la historia centenaria»³⁶.

La única clase de pena que repercutía *per se* a terceras personas ajenas a la comisión del delito pero directamente afectadas por su punición era la de confiscación de bienes, pena que fue abolida precisamente por este motivo, según veremos.

Existía, sin embargo, otra pena que no *per se* sino tan sólo para el castigo de determinados delitos la legislación establecía que se transmitiera la condición jurídica de infame a los descendientes del delincuente. Ello ocurría tan sólo en los crímenes de traición Real (o de lesa majestad humana y divina)³⁷.

En el ambiente intelectual de la segunda mitad del siglo XVIII los argumentos esgrimidos a favor de la trascendencia penal por algunos juristas del *ius commune* como Alfonso de Castro carecían de fuerza alguna, si es que en alguna ocasión la habían tenido, quizás más por conformarse y alinearse con el sistema absolutista imperante en aquel momento que por la profundidad y coherencia del discurso argumentativo.

Tanto Lardizábal como otros autores de la época no parecían albergar duda alguna sobre la conveniencia de abolir la transmisibilidad de la pena a los descendientes. Lardizábal —de acuerdo con la opinión unánime de los espíritus ilustrados— se mostró totalmente contrario a la transmisibilidad de la pena de infamia a los descendientes del condenado por delito de lesa majestad (o traición)³⁸.

³⁶ Cadafalch y Buguñá, Joaquín: *Discurso sobre el atraso y descuido del Derecho penal hasta el siglo XVIII*. Madrid, 1849, p. 23.

³⁷ Resultó desafortunada, pues, la escueta afirmación de Tomás y Valiente de que «también repercutían en terceros las penas infamantes» (Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta...cit.*, p. 394). Ya tuvimos ocasión de probar en otro lugar el carácter no trascendente de la pena jurídica de infamia y que en ocasiones se le ha mal atribuido tal efecto por lo que denominamos «vis atractiva de los supuestos de lesa majestad» existente en la tradición penal castellana del Antiguo Régimen (Masferrer Domingo, Aniceto: *La pena de infamia en el Derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del ius commune*. Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 294 y 397).

³⁸ Lardizábal y Uribe, *Discurso sobre las penas*, ap. IV, tít. V, 9-10.

En este aspecto la doctrina sí manifestó casi con total unanimidad su rechazo, solicitando la supresión de este efecto³⁹. Y así lo manifiestan en sus obras algunos autores como Gutiérrez⁴⁰ o Elizondo. Según el parecer de éste, «de aquí procede el horror, con que debe mirarse toda pena de infamia, que no sea personal, y en delitos gravísimos, cuando no alcancen otros remedios de corregir al delincuente, y de mejorar sus costumbres»⁴¹.

El carácter personal de las penas, en virtud del cual la condena sólo puede recaer sobre la persona del delincuente, fue otro de los grandes principios de contenido penal consagrados en los textos constitucionales, quedando así definitivamente abolida la trascendencia de la pena⁴². La expresa abolición de este lamentable efecto trascendente dispuesta en la Constitución gaditana fue tan definitiva⁴³, que ningún otro texto constitucional posterior hizo referencia alguna al respecto.

Ciertamente, a principios del siglo XIX resultaba incontrovertible la idea de que «en una sociedad liberal, de acuerdo con el principio de individualidad y racionalidad, la penalidad debía descargarse sobre quien había delinquido, pero sin que ello afectase a sus familiares»⁴⁴.

³⁹ Pérez y López, Antonio Xavier, en su *Discurso sobre la honra y la deshonor real, en que se manifiesta el verdadero mérito de la Nobleza de sangre, y se prueba que todos los oficios necesarios y útiles al Estado son honrados por las Leyes del Reyno, según las cuales solamente el delito propio disfama* (Madrid, 1781), pp. 153-172, muestra todavía partidario del mantenimiento de la pena de infamia contra los descendientes de los autores de los delitos de lesa Majestad, lo cual, a juicio de Tomás y Valiente, en *El Derecho penal de la Monarquía absoluta...cit.*, p. 110, califica de «no sostenible partiendo de premisas racionalistas e ilustradas».

⁴⁰ Gutiérrez, José Marcos: *Práctica criminal de España*. Madrid, 1804 (manuscriptos la 2ª edición: Madrid, 1819) tomo III, p. 141.

⁴¹ Elizondo, Fco. Antonio de: *Práctica universal forense de los tribunales de España e Indias*. Madrid, 1784, tomo IV, p. 174; este autor, al criticar la vigencia de este efecto trascendente a finales del siglo XVIII, no sólo sigue la opinión de Lardizábal sino que incluso la recoge literalmente (véanse las pp. 175-176).

⁴² Masferrer, *Tradicón y reformismo en la Codificación penal española...cit.*, pp. 77-79.

⁴³ Art. 305 Constitución 1812: «Ninguna pena que se imponga, por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno a la familia del que sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció».

⁴⁴ Babiano y Mora, J./Fernández Asperilla, A.: «Justicia y delito en el discurso liberal de las Cortes de Cádiz», *Antiguo Régimen y liberalismo. Homenaje a Miguel de Unzueta*. 2. Economía y sociedad. Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 395.

Las Cortes gaditanas, llevando hasta sus últimas consecuencias la idea de salvaguardar el honor familiar, no se conformaron con desterrar tal institución sino que procuraron borrar también los efectos visibles y latentes de su aplicación en el pasado. Éste fue el sentido del Decreto de 22 de febrero de 1813, según el cual se ordenaba que «todos los quadros, pinturas o inscripciones en que estén los castigos y las penas, impuestos por la Inquisición, que existan en las iglesias, claustros y conventos, o en cualquier parage público de la Monarquía, serán borrados o quitados de los respectivos lugares en que se hallen colocados»⁴⁵, permitiendo así cicatrizar la herida infamante de aquellas familias caídas en la desgracia de que a alguno de sus miembros le hubiera recaído sentencia condenatoria por el Tribunal inquisitorial⁴⁶.

d) *El proceso abolicionista de ciertas penas*

Una de las consecuencias penales más claras del triunfo de las reivindicaciones ilustradas incorporadas al reformismo político-liberal fue el proceso de abolición de algunas penas, provenientes en su mayor parte del Derecho romano y aplicadas con toda normalidad en el Derecho penal del Antiguo Régimen. En este sentido, la conveniencia de la pena de muerte —y en cualquier caso, su excesiva aplicación—, la confiscación de bienes, la pena de infamia, el carácter trascendente de ciertas penas y la aplicación de la tortura como medio probatorio constituyeron, sin duda alguna, las principales reivindicaciones. Y las voces realmente vinculantes o decisorias sobre el porvenir del Derecho punitivo no procedían tanto de la doctrina estrictamente penal sino más bien de la esfera política, según se desprende del discurso liberal de las Cortes de Cádiz⁴⁷.

Ya a finales del siglo XVIII, la conocidísima consulta de Carlos III de 1776 al Consejo de Castilla, instada a través de su Secretario de Es-

⁴⁵ Decreto CCXXV, de 22-II-1813, en *Colección de Decretos...*, vol II, pp. 766-767 (recogido en Babiano y Mora, J./Fernández Asperilla, «Justicia y delito en el discurso liberal de las Cortes de Cádiz», ob. cit., p. 395).

⁴⁶ Masferrer, *Tradicón y reformismo en la Codificación penal española...cit.*, pp. 77-79.

⁴⁷ Babiano y Mora, J./Fernández Asperilla, «Justicia y delito en el discurso liberal de las Cortes de Cádiz», ob. cit., pp. 387-397.

tado y del Despacho General de Gracia y Justicia, don Manuel de la Roda, mostraba cierta preocupación por algunos de estos puntos (proporcionalidad entre delitos y penas; la conveniencia de mantener, reducir o suprimir la aplicación de la pena de muerte; la racionalidad del empleo de la tortura como medio de prueba), que se encontraban en desacuerdo con la ciencia jurídico-penal mayoritaria de la época.

Sin embargo, la mayor parte de estas reivindicaciones no surgieron efecto de modo inmediato, sino que propiciaron el inicio de un proceso encaminado a su definitiva abolición, que en algunos casos se hizo esperar más que en otros. Veamos ahora muy brevemente la suerte de cada una de ellas.

d.1) La pena de muerte

La supresión de la pena capital no se logró hasta finales del siglo XX, merced al art. 15 de texto constitucional de 1978, por mucho que la conveniencia de mantener, reducir o suprimir la aplicación de la pena de muerte constituyó uno de los aspectos fundamentales de la conocida consulta que Carlos III dirigió al Consejo de Castilla. Que la ideología humanitaria, estrechamente vinculada al Derecho natural de las Luces, lanzó agudas críticas a la pena de muerte es incuestionable. Que no logró su objetivo, también lo es.

No se trata de entrar aquí en los motivos de tal fracaso. Basta recordar que no todos los autores ilustrados compartían la misma opinión en este punto. La discrepancia entre Beccaria y Lardizábal sobre la conveniencia de esta pena es bien elocuente en este sentido⁴⁸.

d.2) La confiscación de bienes

En congruencia con la supresión del efecto trascendente de las penas, también se exigía la abolición de la única clase de pena que repercutía *per se* a terceras personas que, ajenas a la comisión del deli-

⁴⁸ Para una breve panorámica sobre su evolución histórica, véase Sainz Guerra y Juan: *La evolución del Derecho penal en España*. Universidad de Jaén, 2004, pp. 27-288.

to, resultaban sin embargo directamente afectadas por su punición. Nos referimos a la pena de confiscación de bienes⁴⁹, castigo que en buena lógica fue abolida expresamente por la Constitución gaditana⁵⁰, si bien en este caso los sucesivos textos constitucionales optaron, siguiendo la tendencia europea imperante⁵¹, por mantener expresamente esta supresión⁵².

Al margen del pensamiento anti-ilustrado y de la existencia de una corriente minoritaria contraria a su abolición⁵³, las Cortes de Cádiz no albergaron duda alguna sobre la conveniencia de su abolición. Y el motivo fundamental de tal supresión resultaba bien claro a los ojos de los protagonistas y redactores del primer texto constitucional español: «no es justo que las penas se amplíen a la descendencia inocente, al pariente honrado...»⁵⁴.

⁴⁹ Para una panorámica histórica de esta institución, desde sus orígenes hasta su desaparición en el siglo XIX en el Derecho peninsular, puede verse en Pino Abad, Miguel: *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*. Córdoba, 1999.

⁵⁰ Art. 304 Constitución 1812: «Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes».

⁵¹ El constitucionalismo alemán es un buen ejemplo de esta tendencia, según se desprende del § 16 Constitución de Baden (1818), § 105 Constitución de Hessen (1820), § 128 Constitución de Kurhessen (1831) y la Constitución prusiana (§ 9 de la *oktroierte Verfassung*, 1848 y § 10 *revidierte Verfassung*, 1850); aunque actualmente las Constituciones han dejado de recoger expresamente esta prohibición, todavía puede encontrarse, por ejemplo, en la de Luxemburgo (art. 17: «No podrá establecerse la pena de confiscación de bienes»).

⁵² Art. 10 Constitución 1837; art. 10 Constitución 1845; art. 12 Constitución 1845; art. 12 Constitución 1869 no recogió expresamente la prohibición de aplicación de la pena de confiscación de bienes, si bien podría deducirse implícitamente de su art. 13; art. 10 Constitución 1876; art. 44 in fine Constitución 1931; la Constitución vigente no contiene precepto alguno que recoja expresamente tal prohibición; en el ámbito fiscal –no penal–, el art. 31.1 dispone que «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica (...), que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

⁵³ Egido, Teófanos: «Los anti-ilustrados españoles», *La Ilustración en España y Alemania*. Barcelona, 1989; la corriente contraria a la que nos referimos aparece recogida en Gutiérrez, *Práctica criminal de España*, tomo III, cap. 6, 103.

⁵⁴ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias. Legislatura de 1810 a 1813*. Madrid, 1870, tomo IV, 437, p. 2419; Pino Abad, *La pena de confiscación de bienes en España*, cit., pp. 392 y 406; Alonso Romero, M.^a Paz: «Aproximación al estudio de las penas pecuniarias en Castilla (siglos XIII-XVIII)», *AHDE* 55 (1985), p. 14.

Tal pena no necesitó ser abolida por el proceso codificador, pues ya había sido desterrada del ordenamiento jurídico español merced a las reformas político-constitucionales de corte ilustrado⁵⁵.

d.3) Las penas infamantes

El carácter excesivamente infamante y humillante de algunas penas fue objeto de crítica por parte de las corrientes ideológicas del momento, si bien hasta mediados del siglo XIX las muestras de rechazo no alcanzaron la fuerza ni el respaldo suficiente como para desterrar definitivamente determinadas penas o formas de ejecución especialmente deshonrosas.

Efectivamente, la tradición penal del Antiguo Régimen había aplicado con cierta frecuencia tal género de penas, aunque de un modo desigual entre los distintos reinos peninsulares⁵⁶. *El Discurso sobre las penas* de Lardizábal refleja bastante bien la diversa tipología existente al tratar la penas corporales, en donde menciona las mutilaciones, los azotes, los presidios y arsenales, etc....⁵⁷. Mientras Beccaria manifiesta de un modo general la conveniencia de dulcificar las penas⁵⁸, Lardizábal expresa una opinión más concreta sobre cada una de esas penas. Muestra su total disconformidad con las mutilaciones⁵⁹; admite los azotes si se aplican con «mucha prudencia y discernimiento»⁶⁰, al igual que la vergüenza pública si no ofende «el pudor y la decencia»⁶¹; y plantea la sustitución de los presidios y arsenales por las casas de corrección, si bien acepta la utilización de aquéllas para los delincuentes con «ánimo absolutamente pervertido»⁶².

Lardizábal parecía estar absolutamente convencido de los «saludables efectos» que debían producir este tipo de penas; no obstante,

⁵⁵ Masferrer, *Tradicción y reformismo en la Codificación penal española...cit.*, p. 81.

⁵⁶ Para una panorámica más amplia al respecto, véase Masferrer, *Tradicción y reformismo en la Codificación penal española...cit.*, pp. 81-86.

⁵⁷ Lardizábal, *Discurso sobre las penas*, cap. V, III.

⁵⁸ Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cap. 27.

⁵⁹ Lardizábal, *Discurso sobre las penas*, cap. V, III, 1-6.

⁶⁰ Lardizábal, *Discurso sobre las penas*, cap. V, III, 10.

⁶¹ Lardizábal, *Discurso sobre las penas*, cap. V, III, 10.

⁶² Lardizábal, *Discurso sobre las penas*, cap. V, III, 16.

también reconocía que una aplicación arbitraria e imprudente podía resultar sumamente perjudicial, pues la víctima de tales penas podía llegar a perder el mínimo grado de estima y dignidad propias, necesario para un desarrollo positivo y equilibrado de la propia personalidad. Y a continuación expone el ejemplo concreto de la pena establecida en el Fuero Juzgo para el delito de sodomía, que por cierto se encontraba en desuso. Sin embargo, éste no fue el único supuesto de leyes extremadamente crueles que quedaron abolidas por falta de uso. Evidentemente, la expresión «falta de uso» no se refiere a la desaparición de tales conductas, sino al hecho de que los jueces, al enjuiciar delitos cuyas penas resultaban desorbitadas, optaban por la aplicación de otras penas más acordes con la mentalidad de los nuevos tiempos.

Junto a las penas infamantes en sentido amplio, también permanecía vigente en los albores de la etapa constitucional —y desde los tiempos romanos— la pena jurídica de infamia, que el Código de 1822 recogió en la tipología de penas⁶³.

La necesidad de dulcificar las penas era evidente, pero su efectiva realización fue más compleja. El utilitarismo de Bentham y la idea de prevención o intimidación intensificaron en ocasiones el efecto infamante de determinadas penas, así como su proceso de ejecución, según veremos. Con razón se ha dicho que «no todo fueron rupturas por lo que a la penalidad se refiere. También se registraron en la etapa inicial del liberalismo de las Cortes de Cádiz algunos rasgos de continuidad en relación al Antiguo Régimen»⁶⁴, y la idea de ejemplaridad, que exigía la publicidad de las penas, constituye un triste epílogo de la tradición anterior en un contexto político de corte liberal y auspiciado por el pensamiento moderno ilustrado.

La ruptura sí se produjo respecto a la abolición de determinadas penas como la de azotes, que fue obra de las Cortes de Cádiz en 1813⁶⁵,

⁶³ Sobre la abolición de esta pena en nuestro Derecho histórico, véase Masferrer, *La pena de infamia en el Derecho histórico español...cit.*, pp. 373 ss.; del mismo autor: «La pena de infamia en la Codificación penal española», *Ius fvgit. Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos* 7 (1998), pp. 123-176.

⁶⁴ Babiano y Mora, J./Fernández Asperilla, «Justicia y delito en el discurso liberal de las Cortes de Cádiz», ob. cit., p. 396.

⁶⁵ Babiano y Mora, J./Fernández Asperilla, «Justicia y delito en el discurso liberal de las Cortes de Cádiz», ob. cit., p. 394; sobre la vigencia y aplicación de la pena

si bien conviene resaltar que «la desaparición de esta pena fue producto más del desuso que de disposiciones legislativas»⁶⁶. Otras penas de carácter humillante serían lenta y gradualmente suprimidas a lo largo del proceso codificador, según tendremos ocasión de ver.

e) *La abolición de la tortura como medio probatorio*

La expresa abolición de la tortura como medio probatorio encaminado a arrancar la confesión del reo, práctica de tradición multi-secular⁶⁷, constituye otro ejemplo claro de reforma político-penal llevada a cabo con anterioridad al proceso codificador.

No parece necesario abundar en una cuestión tan conocida, al igual que tampoco resulta oportuno insistir en el parecer de unos y de otros en la etapa final de esta institución en nuestro Derecho histórico. Tampoco interesa entrar aquí, por tanto, en los argumentos esgrimidos por Acevedo y Pedro de Castro en su enconada discusión sobre la conveniencia o no de su aplicación⁶⁸.

En España Lardizábal no hizo otra cosa que repetir los argumentos de Beccaria⁶⁹, mostrando su completo rechazo a esta práctica, tan extendida en nuestro antiguo proceso penal. Ahí ambos autores coincidieron⁷⁰, pues, en su propuesta de abolición. Tal unanimidad de pa-

de azotes en la Edad Moderna, así como su definitiva abolición, véase el estudio de Ortego Gil, Pedro: «Algunas consideraciones sobre la pena de azotes durante los siglos XVI-XVIII», *Hispania*, LXII/3, núm. 212 (2002), pp. 849-906; a la primera supresión formal de esta pena en las Cortes (1813), hay que añadir otras sucesivas (véase Ortego Gil, «Algunas consideraciones sobre la pena de azotes...cit.», p. 903).

⁶⁶ Ortego Gil, «Algunas consideraciones sobre la pena de azotes...cit.», p. 903.

⁶⁷ Para un desarrollo y bibliografía al respecto, véase Masferrer, *Tradicón y reformismo en la Codificación penal española...cit.*, pp. 86-89; del mismo autor: «La historiografía penal española del siglo XX...cit.», nota al pie número 292.

⁶⁸ Acevedo, Alfonso María: «De reorum absolute abiecta crimina negantium apud equileum...» (Madrid, 1770), traducida mas tarde y publicada con el título *Ensayo acerca de la tortura o cuestión de tormento; de la abolición de los reos que nagan en el potro los delitos que se les imputan, y de la abolición del uso de la tortura, principalmente en los tribunales eclesiásticos* (Madrid, 1817); De Castro, Pedro: *Defensa de la tortura y Leyes patrias que la establecieron, e impugnación del Tratado que escribió contra ella el Dr. Alfonso María Acevedo y su autor D. Pedro de Castro* (Madrid, 1770).

⁶⁹ Lardizábal, *Discurso sobre las penas*, pp. 266-267.

⁷⁰ No compartimos el parecer de Saldaña («Historia del Derecho penal en España», *Tratado de Derecho penal*, de Franz von Liszt, Madrid, 1926, p. 412), según

receres también se dio en otros países, y en algunos con anterioridad a la crítica de Beccaria⁷¹.

La abolición de la tortura tuvo lugar primero en la Constitución de Bayona (art. 133⁷²), y más tarde en las Cortes de Cádiz, merced a la aprobación de un concreto decreto de abolición en la sesión del día 22 de abril de 1811, cuyo contenido fundamental quedó escuetamente recogido en el art. 303 del texto constitucional: «No se usará nunca del tormento ni de los apremios».

Ya se dijo que resultaría impensable tal abolición sin el triunfo del liberalismo, que ya en esa etapa pre-codificadora llevaba a ejecución reformas de orden penal propuestas y defendidas por el pensamiento ilustrado. Prueba de ello es que de nada sirvieron las críticas elevadas contra la tortura en el reinado de Carlos III, quien habiendo podido proceder a su abolición, demostró ser «un Monarca más absoluto que ilustrado»⁷³.

Siendo cierto que las críticas efectivamente se dirigían aisladamente contra la tortura y no contra todo el sistema procesal-penal, no fue éste el motivo fundamental por el que tales críticas resultaron estériles⁷⁴, sino por el hecho de que resultaba completamente inú-

cial «Lardizábal copia también a Beccaria y cita a Montesquieu. Es la parte menos interesante de su libro». Lardizábal abordó con mucho mayor detenimiento y profundidad esta pena que Beccaria.

⁷¹ Jerouschek, Günter: «Thomasius und Beccaria als Folterkritiker. Überlegungen zum Kritikpotential im kriminalwissenschaftler Diskurs der Aufklärung», *ZStW* 110 (1998) Heft 3, pp. 658-673; según consigna el autor de este estudio, el discurso argumentativo de Beccaria contra la tortura no sólo careció de originalidad, sino que posiblemente fue tomado de obras de otros autores anteriores.

⁷² «El tormento queda abolido; todo rigor o apremio que se emplee en el acto de la prisión o en la detención y ejecución y no esté expresamente autorizado por la ley, es un delito».

⁷³ Masferrer, *Tradicón y reformismo en la Codificación penal española...cit.*, pp. 87-88; Tomás y Valiente, «La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España», en *La tortura en España*. 2ª edición. Madrid, 1994, p. 135.

⁷⁴ No compartimos del todo el parecer de Tomás y Valiente cuando dice que si los argumentos esgrimidos durante los siglos XVI, XVII y primera mitad del XVIII contra el tormento no lograron ni la supresión ni la simple reforma de esta institución, fue porque se dirigían aisladamente contra ésta y no contra todo un sistema procesal-penal del que la tortura era una pieza básica y consustancial» (Tomás y Valiente, «La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España», p. 123).

til cualquier crítica que no comulgara con las tendencias y estructuras propias de aquel régimen político absolutista. Si el sistema y mentalidad absolutistas contribuyeron decisivamente a la degradación de las garantías procesales⁷⁵, es lógico comprender que las críticas contra el sistema caían en saco roto y de nada servían mientras no se produjeran reformas de corte político. Así, pues, sólo cuando la revolución liberal logró cambiar el orden político existente fue posible hacer realidad ciertas reformas penales de corte ilustrado.

Si a todo ello se le añade el hecho de que la práctica de la tortura ya estaba en desuso desde la segunda mitad del siglo XVIII, es comprensible que las Cortes de Cádiz resolvieran definitivamente su abolición sin más problemas⁷⁶.

3. CIENCIA PENAL Y CODIFICACIÓN DECIMONÓNICA

Si más arriba se ha señalado que los principios de sistemática, secularización y humanización sintetizaron las principales aportaciones del pensamiento ilustrado al nuevo Derecho y ciencia penales, resulta lógico sostener que el desarrollo e implementación normativo-penal de estos principios viene a reflejar precisamente los aspectos más destacables de la ciencia penal decimonónica, que ahora nos disponemos a tratar⁷⁷.

En efecto, los principales avances de la ciencia penal decimonónica pueden encuadrarse en el marco de esas tres nociones: sistematización, humanización y secularización, si bien no todos ellos experimentaron una misma evolución. Veamos a continuación, pues, y con ejemplos concretos, algunos de los avances más destacables de la nueva ciencia penal cristalizados en los mismos Códigos.

⁷⁵ Ferro Pomà, Víctor: *El Dret Públic Català. Les institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*. Vic, 1987, p. 375, nota 381.

⁷⁶ Babiano y Mora, J./Fernández Asperilla, «Justicia y delito en el discurso liberal de las Cortes de Cádiz», ob. cit., pp. 393-394.

⁷⁷ Véanse notas 20ss., y sus correspondientes textos principales.

3.1. Sistematización

Como se dijo en su momento, la preocupación por un Derecho penal más sistemático se debió a la metodología lógico-deductiva y al ideal sistemático de la nueva ciencia jurídica de corte racionalista. A pesar de la tendencia sistemática que experimentó la ciencia del *ius commune* en los siglos XVI y XVII, no cabe duda de que no pudo llegar muy lejos al topar con los límites inherentes a su propia metodología. Aún así, y a falta de estudios sobre la materia, resulta sorprendente el grado de abstracción y sistematización al que fueron capaces de llegar algunos juristas peninsulares del siglo XVII.

A mi entender, la sistematización fue la aportación más genuina de la ciencia penal decimonónica. En esta línea, recordemos el feliz parecer de Lalinde, según el cual el principal mérito de la Codificación no fue tanto la creación de nuevas figuras o principios, «sino su formulación en la categoría de dogmas, que, además, componen un sistema»⁷⁸. Este nuevo sistema sí constituyó una genuina aportación de la ciencia penal del siglo XIX, de la que se serviría luego la doctrina de principios del siglo pasado para formular la conocida —y en su momento, moderna⁷⁹— teoría del delito como acción típica, antijurídica, culpable y punible.

Se constata aquí, pues, cómo la Codificación penal constituye el puente de conexión entre dos ciencias penales aparentemente incompatibles: la antigua ciencia del *ius commune* (siglos XIV-XVIII) y la dogmática moderna (siglo XX).

En efecto, la tópica visión historiográfica de ruptura absoluta entre la ciencia penal antigua y la surgida en el periodo codificador, que ha logrado ahogar todo posible interés del penalista actual por el estudio histórico de las instituciones vigentes, hunde sus raíces tanto en la valoración despectiva de la antigua doctrina por parte del propio pensamiento ilustrado (siglo XVIII), como en el surgimiento de la dogmática moderna (siglo XX), sobre la base del primer esfuerzo sistematizador que supuso el proceso codificador. En este sentido, la teoría general del delito como acción típica, anti-

⁷⁸ Lalinde, *Iniciación histórica al Derecho español*, p. 669.

⁷⁹ Sobre el carácter «moderno» de la ciencia jurídico-penal, véase Masferrer, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...cit.*, pp. 218-221.

jurídica, culpable y punible; la separación entre la Parte General y Especial, etc., no parecían admitir conexiones entre la ciencia penal moderna y la antigua; pero se olvidaba que, del mismo modo que el esfuerzo sistematizador del proceso codificador permitió más tarde la aparición de la dogmática moderna, la ciencia penal de la Codificación no surgió de la nada, sino que, junto a los elementos nuevos que reflejan la ruptura en ciertos aspectos de la tradición anterior —ya expuestos en el primer capítulo—, recogió otros provenientes de la tradición europea multiseccular, algunos de los cuales están en la base de determinadas categorías penales modernas.

a) La división entre Parte General y Parte Especial

La distinción entre Parte General y Especial constituyó sin duda uno de los logros más importantes del proceso codificador. La legislación penal del Antiguo Régimen jamás recogió esta distinción, siendo posiblemente el *Allgemeines Landrecht* prusiano (ALR, 1794) —según el parecer de algunos— el único Código normativo europeo anterior al movimiento codificador que recogió de algún modo esta división⁸⁰.

Otros autores, por el contrario, señalan con buen juicio que «no es efectivamente hasta el momento en que se consagra el principio de igualdad, y eso únicamente se produce con Napoleón (...)»⁸¹, cuando podemos hablar de partes generales; hasta esa fecha —y en ese sentido el ALR constituye todo un ejemplo— la necesidad de tener en cuenta los privilegios de cada estamento había provocado la imposibilidad de formular unos principios comunes (...). Parte general e igualdad se hallaban, en ese sentido, en una relación de dependencia directa. La falta de aplicación de ese principio es lo que provoca que, por ejemplo, el Código General para los Estados Prusianos tuviera

⁸⁰ No existe unanimidad en la doctrina sobre este punto, según pone de manifiesto Álvarez García, Fco. Javier, en «Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho Penal (I)», *ADPCP* 46 (1993), t. III, pp. 1021-1023; al respecto véase Masferrer, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...cit.*, pp. 116-117.

⁸¹ Álvarez García, «Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho Penal (I)», p. 1023.

más de diez y siete mil preceptos, frente a los apenas dos mil del Código napoleónico»⁸².

Efectivamente, en la tradición jurídica española, al igual que en la de otros países, la legislación penal contemplaba en los delitos particulares aquellas circunstancias que en el caso concreto impedían la posible responsabilidad criminal. Y la legítima defensa constituye un ejemplo paradigmático de este hecho innegable, pero no es el único. Tanto las Partidas como el Fuero Juzgo, el Fuero Real, y las Recopilaciones manifiestan a las claras este aspecto tan propio de la tradición legislativa penal del Antiguo Régimen⁸³.

En España no será hasta el Código de 1822 cuando se disponga una Parte General en el plano legislativo. Sin embargo, quedaba todavía mucho por andar hasta lograr una perfecta síntesis entre los principios generales acogidos en el Libro I y los distintos tipos concretos recogidos a continuación. Y lo mismo ocurre en la Codificación alemana, según el parecer de Finke⁸⁴.

Pero no cabe decir lo mismo de la tradición doctrinal. Ciertamente, si bien el intento sistematizador de la doctrina jurídica castellana jamás cuajó en resultados suficientemente satisfactorios⁸⁵, algunos autores europeos científicamente vinculados a la jurisprudencia humanista, marcados por «una clara inclinación a lo sistemático»⁸⁶,

⁸² Álvarez García, «Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho Penal (I)», pp. 1023-1024.

⁸³ Partidas 7, 8, 2; FJ 6, 4, 6; FR 4, 17, 1; Ordenamiento de Alcalá 22, 2; NR 8, 23, 1 y 4; NoR 12, 21, 1; etc.; una sucinta —pero sugerente— panorámica de estos principios en Partidas, puede verse en el estudio de GACTO Fernández, E.: «Los principios penales de las Partidas», *Rudimentos Legales* 3 (2001), pp. 21-42.

⁸⁴ Finke, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, p. 5.

⁸⁵ Por muy positivamente que quiera valorarse el esfuerzo sistematizador de algunos autores como Alfonso de Castro o Covarrubias (Cuello Calón, Eugenio: *Derecho penal*. Barcelona, 1937, tomo I, vol. I, pp. 187 y 189), hay que reconocer que el resultado de sus esfuerzos no es comparable al obtenido por la moderna ciencia penal (Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta...cit.*, pp. 118, 123, 126, 128, 133, 150).

⁸⁶ Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta...cit.*, p. 118.

⁸⁷ Schaffstein, Friedrich: *Die Europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*. Göttingen, 1954 —traducido por J. M.^a Rodríguez Devesa tres años más tarde: *La Ciencia europea del Derecho penal en la época del Humanismo*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957; aunque hemos podido manejar ambas versio-

sí lograron establecer esta distinción en el siglo XVI, que, a pesar de su rudimentario desarrollo en ciertos aspectos, marca un precedente de cita obligada. Y así lo ha puesto de relieve tanto la doctrina ius-histórica como la penalista⁸⁷.

Que hasta el siglo XVIII no hallemos una correcta separación entre Parte General y Parte Especial, plasmada dogmáticamente merced al método deductivo del iusnaturalismo racionalista, no justifica en modo alguno ignorar las importantes aportaciones llevadas a cabo en este punto por algunos autores del *ius commune* como Deciano y Theodorico⁸⁸, aunque su doctrina jamás se llegara a reflejar en el plano normativo. Como mínimo resulta inadmisibles sostener que la división entre Parte General y Parte Especial fue un descubrimiento del pensamiento ilustrado, sin precedente alguno.

Sí constituyó, sin embargo, uno de los grandes méritos del proceso codificador la definitiva plasmación normativa o legal de tal división, ya apuntada doctrinalmente desde hacía tres siglos por algunos juristas de la corriente humanista.

El hecho de que a partir del movimiento codificador algunas instituciones se incorporen en la Parte General, no impide adentrarse en su evolución histórica anterior a la Codificación, si bien habrá que tener en cuenta en su caso la alteración que pudieran experimentar con tal incorporación.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad es un buen ejemplo concreto. En efecto, cuando la estudiosa Montanos defendió en un primer momento la inexistencia de las circunstancias agravantes en el Derecho histórico, no estaba diciendo que nuestra tradición no contemplara por ejemplo la locura, la demencia o la embriaguez, etc., sino que tales elementos, que en el periodo codifi-

nes, citamos la versión española, pp. 95-96 y 137 ss.; Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta...* cit., p. 119; Álvarez García, «Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho Penal (I)», pp. 1021-1024 (y demás bibliografía aquí recogida).

⁸⁸ Schaffstein, *La ciencia europea del Derecho penal en la época del Humanismo*, ob. cit., pp. 95-96 (Deciano) y 137 ss. (Theodorico); sobre la contribución de Deciano en este campo, véase también otro trabajo del mismo autor, a saber: «Tiberius Decianus und seine Bedeutung für die Entstehung des Allgemeinen Teils im Gemeinen deutschen Strafrecht», en *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte*. Darmstadt. Scientia Verlag Aalen, 1986, pp. 199-226.

gador se denominarían circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (denominadas eximentes, agravantes y atenuantes), constitúan en la tradición anterior elementos calificadores o constitutivos del propio delito⁸⁹.

b) *El delito: noción y clases*

La noción moderna de delito como acción típica, antijurídica, culpable y punible, si bien aparece en el cambio de centuria (s. XIX-XX) —vinculada a los nombres de Von Liszt y Beling—, sus elementos integrantes no son tan recientes. Algunos fueron elaborados por la ciencia del *ius commune*, y más tarde recogidos por el movimiento codificador. No tendría mucho sentido distinguir en diversos apartados los distintos elementos del concepto actual del delito, entre otras cosas porque esta compleja noción dogmática escapa incluso del movimiento codificador decimonónico, pero sí destacaremos aquellos que, procediendo del *ius commune*, fueron posteriormente recogidos por los primeros Códigos, y algunos de los cuales todavía permanecen hoy en día en la base de nuestra dogmática penal.

Aunque los juristas medievales y modernos no perfilaron una teoría general del delito⁹⁰, es bien sabido que su noción subjetiva, es de-

⁸⁹ El matiz o la distinción es importante, pero caben dos peligros de funestas consecuencias. El primero sería encallarse en lo meramente terminológico y el segundo establecer un abismo insalvable entre el Derecho vigente y el histórico. ¿Qué más da hablar de circunstancias agravantes —empleando la metodología dogmática—, siempre y cuando el estudioso tenga claro a partir de qué momento se acuña esa terminología y en qué medida se vio alterada esa institución desde entonces? En este sentido, si se actúa con las debidas cautelas, no vemos inconveniente en el uso razonable de esta metodología, siempre y cuando no se violenta la realidad jurídica del momento histórico de que se trate. Nos parece pues acertada la afirmación de que están fuera de toda duda las numerosas ventajas y el ningún inconveniente que ofrece el conocimiento de los precedentes históricos de una rama jurídica para el mejor análisis y entendimiento dogmático de su verdadero contenido. Ya Cicerón había dicho que la Historia es la maestra de la Vida» (Polaino Ortega, Lorenzo: «Eugenio Cuello Calón como contribuidor a la historia de la penología», *ADPCP* 16 (1963), f. III, p. 614.

⁹⁰ Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta...* cit., p. 208; véase sin embargo, la contribución de algunos antiguos juristas en este sentido, según se desprende del trabajo de Schaffstein, «Tiberius Decianus und seine Bedeutung für die Entstehung des Allgemeinen Teils im Gemeinen deutschen Strafrecht», p. 211 ss.

cir, la exigencia de la culpabilidad en la conducta delictiva, procede del Derecho penal canónico⁹¹, y actualmente permanece vigente en todos los ordenamientos penales europeos⁹², señal clara de que hubo un cierto continuismo en este punto. En este sentido, si hoy en día «la doctrina penal distingue en el delito dos elementos fundamentales denominados antijuricidad y culpabilidad»⁹³, hay que reconocer también el origen romano-canónico de estos conceptos, no tanto en la denominación, sino en su contenido y semántica, según reconoce la misma doctrina penalista⁹⁴.

Ciertamente, las distintas teorías modernas sobre la imputación tienen su punto de arranque en la doctrina canónica. Si el elemento culposo revistió una importancia fundamental en la ciencia penal romano-canónica, no es extraño que se impusiera la responsabilidad individual, es decir, que la pena sólo debiera ser impuesta a la persona del delincuente, otro rasgo fundamental del Derecho penal actual⁹⁵, aportación de la doctrina del *ius commune*⁹⁶, y recogido más

⁹¹ Sobre esta cuestión, véase el riguroso trabajo de Kuttner, Stephan: *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*. Città del Vaticano, 1935; y otros trabajos recogidos en mi estudio *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...cit.*, p. 118, nota 311.

⁹² Véanse, por ejemplo, los arts. 5, 10, 19 y 20 del actual Código penal (CP) español, arts. 42 y 43 del CP italiano, y los arts. 15, 17-21 del CP alemán.

⁹³ Torío López, Ángel: «El concepto individual de culpabilidad», *ADPCP* 38 (1985), p. 285. Este autor no deja de reconocer por lo menos que el principio «no hay pena sin responsabilidad» ha sido «progresivamente enriquecido en la historia», afirmación un tanto pobre, pero mínimamente abierta a la realidad de la tradición penal secular y canónica.

⁹⁴ «El derecho penal de la Iglesia y el derecho canónico introdujeron en las concepciones penales de aquellas épocas un profundo sentido espiritualista que dio a los conceptos de imputabilidad, de delito y de pena considerable valor subjetivo, dando nacimiento a nuevas ideas sobre la responsabilidad, creando el criterio de la responsabilidad moral. El derecho canónico combatió la venganza privada robusteciendo la administración de la justicia pública y proclamó que la persecución del delito es de deber del príncipe y del magistrado. (...) así en el derecho canónico se hallaría el germen de las diversas teorías construidas para justificar el fundamento del derecho de castigar» (Cuello Calón, *Derecho penal*, tomo I, vol. I, pp. 73-74).

⁹⁵ Arts. 27-31 CP español y arts. 25-27 CP alemán.

⁹⁶ Sin embargo, el principio *licite punitur quis sine culpa sed non sine causa* también tuvo vigencia en el antiguo Derecho penal canónico, según se desprende del trabajo de Zurowski, Marian: «Die Erstreckung der Strafsanktion auf nichtschuldige Personen, die zum Straffälligen in Beziehung stehen, nach der Lehre der Dekretisten und Dekretalisten», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung* 59 (1973), pp. 175-190.

tarde en la Codificación. El dolo eventual o voluntad indirecta, noción completamente actual, también fue objeto de un minucioso estudio por parte de la doctrina secular y canónica en los siglos modernos⁹⁷. Otros aspectos elaborados o desarrollados por la doctrina canónica y que, recogidos por el movimiento codificador, contribuyeron a la racionalización del Derecho penal, son los principios *in dubio pro reo*⁹⁸ y *non bis in idem*⁹⁹.

Según el parecer de Rodríguez Devesa, «en todos nuestros códigos y proyectos se hizo constar, incluyendo como nota esencial, la voluntariedad»¹⁰⁰, lo cual manifiesta hasta qué punto había arraigado en los juristas este elemento de primerísimo orden en el concepto de delito, según veremos más adelante.

¿Y qué cabe decir con respecto a la clasificación de los delitos?

A este respecto, el movimiento ilustrado trajo consigo la distinción entre crímenes, delitos y contravenciones. Son crímenes los que atentan en principio los derechos naturales como la vida; delitos, aquellos derechos derivados del contrato social como la propiedad; y contravenciones, las que infringen disposiciones de policía. Tal clasificación en *crimes, délits y contraventions* se incorporó al Código francés de 1791, con el objeto de reflejar no sólo la diversa gravedad de las penas, sino también por su variedad procedi-

⁹⁷ Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta...cit.*, pp. 307-310; Jiménez de Asúa, Luis: *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*. Buenos Aires, 1958, p. 69; Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, pp. 47 ss. y 81 ss.

⁹⁸ Landau, Peter: «Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien», *Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien* (Heraus. von H. Scholler). Baden, 1996, pp. 36-37; sobre esta noción véase el estudio de Holtappels, Peter: *Die Entwicklungsgeschichte des Grundsatzes «in dubio pro reo»*. Hamburg, 1965; así como el de Martínez Val, José María: «El principio «in dubio pro reo»», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2ª época, 32 (1956), pp. 330-355; véase Gacto Fernández, «Los principios penales de las Partidas», p. 42.

⁹⁹ Landau, Peter: «Ursprünge und Entwicklung des Verbotes doppelter Strafnachfolge wegen desselben Verbrechens in der Geschichte des kanonischen Rechts», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung* 56 (1970), pp. 124-156.

¹⁰⁰ Rodríguez Devesa, José María: *Derecho penal Español*. Parte general, 10ª edición, Madrid, 1987, p. 339.

mental¹⁰¹. Esta clasificación, de cuño francés, se extendió por toda Europa. Los Códigos españoles, sin embargo, jamás recogieron un criterio claro de distinción entre delitos y crímenes, pues tan sólo hablaban de delitos graves y menos graves pero, en cualquier caso, de delitos.

Las raíces o precedentes de tal clasificación se remontan ya en la tradición romana y posteriormente en el Derecho común (*delicta atrocissima, gravia et levia*)¹⁰². La diferencia fundamental entre la clasificación del *ius commune* y del movimiento codificador resulta clara: si la tripartición del *ius commune* se fundaba en la clase de castigos que los delitos llevaban consigo, la Codificación —merced al influjo de corte ilustrado— aportó una nueva clasificación enraizada en los fundamentos, esto es, por razón de los bienes jurídicos lesionados por la conducta delictiva.

c) El principio de culpabilidad: algunas nociones y categorías

Superada la etapa altomedieval en la que todavía permanecían diversas manifestaciones de responsabilidad objetiva, a partir de la Baja Edad Media, y merced al influjo de la doctrina romano-canónica, la responsabilidad penal fue ahondando sus raíces en la culpabilidad, que es por otra parte la que legitima la imposición de un castigo. Quedaban ya lejanas aquellas disposiciones que establecían castigos por la mera producción de un daño, ya viniera de un menor, de un demente o de un animal.

Una responsabilidad basada en la culpa, no sólo dejaba al margen los daños y lesiones causadas por animales, sino también las originadas por la personas que carecían de uso de razón y dominio de sí sufi-

¹⁰¹ Los crímenes son de la competencia de las *cours d'assises*; los delitos de los *tribunaux correctionnels*, y las contravenciones, de los *tribunaux de police*, con un procedimiento progresivamente simplificado.

¹⁰² Del *ius commune* procede la distinción entre *delicta atrocissima, delicta gravia et delicta levia*. Los primeros, denominados también *atrociora*, eran aquellos por los que se imponía la pena más grave que la simple muerte; *gravia* (o *atrocía*), los que tenían por consecuencia la pena de muerte natural o civil; y *levia*, los castigados con las demás penas. El interés por el *mos gallicus* y la abstracción consiguiente favoreció la difusión de estas categorías y de otras tantas, por el gusto en clasificar y distinguir.

cientos como para entender que el sujeto no había actuado libremente, y en consecuencia, tampoco se le podía imputar la acción cometida.

La importancia del elemento subjetivo ya se puso de manifiesto en la doctrina aristotélica, agustiniana y tomista, erigiéndose en el alma del delito¹⁰³. Algunos textos legislativos medievales, como el *Sachsenspiegel* o Partidas¹⁰⁴, recogen esta misma idea.

En la doctrina jurídica, esta noción subjetiva de delito aparecía ya en el siglo XVI en las obras de algunos juristas como Antonio Gómez¹⁰⁵, Pedro de la Plaza¹⁰⁶ y Covarrubias¹⁰⁷; y se mantuvo en los siglos XVII¹⁰⁸ y XVIII¹⁰⁹, momento en el que incluso adquiere rango legal en algún texto como la *Constitutio Criminalis Theresiana* (1769)¹¹⁰. Con razón afirma Rodríguez Devesa que «no tiene, pues, nada de extraño que hallemos esa nota de la voluntariedad como definitoria del delito en el siglo XIX. Los pareceres de las Universidades y Audiencias

¹⁰³ Tomás de Aquino, *Summa theologica*, vol. II, qu. 18, 6: «Actus dicuntur humani, in quantum sunt voluntarii»; Schaffstein, *La ciencia del Derecho penal en la época del Humanismo*, pp. 111 y 175.

¹⁰⁴ Gacto Fernández, «Los principios penales de las Partidas», pp. 24-31.

¹⁰⁵ Antonio Gómez, *Variarum Resolutionum Juris Civilis, Communis et Regis*. Salamanca, 1552, lib. III, De Homicidio, n. 30: «...quod in delictis regulariter tria considerantur, scilicet animus, factum, et delictum, ut per legem sit punibile»; Landecho, Carlos M^o de: «La teoría jurídica del delito en Antonio Gómez», *Estudios Penales. Homenaje al P. Julián Pereda en su 75º aniversario*. Bilbao, 1965, p. 237.

¹⁰⁶ *Epítome delictorum, causarumque, criminalium ex iure pontificio regis et causa reo, liber primus*, Salamanca, 1558, cap. X: «Voluntas distinguit delictum a non delicto et peccatum a non peccato discernit. Delictum siquidem nequaquam potest accidere absque malitia illud committentis».

¹⁰⁷ Covarrubias, *Relectiones II, de homicidio, Imit.* n. 1: «Delictum aut peccatum committi non posse absque voluntate...Voluntas distinguit delictum a non delicto».

¹⁰⁸ Matheu y Sanz, *Tractatus de re criminali*. Lugduni, 1702 (3.ª ed., la 7.ª ed. 1676), *Controversias*, XX, 4 («Crimen contrahitur si voluntas nocendi intercedat»), y XL, 6 («Crimen non in sola voluntate consistit»).

¹⁰⁹ Vizcaíno Pérez, Vicente: *Código y práctica criminal*. Madrid, 1797, lib. IV, número 1: «Esta voz delito es genérica, y comprende toda acción, hecho o palabra executada o dicho por hombre de sano y cabal juicio, con dolosa intención y malicia prohibida baxo alguna pena por Ley no revocada, el qual no se puede disculpar con alguna razón o motivo justo».

¹¹⁰ Art. 1 C.C. *Theresiana*: «Delictum in genere quid fit. Ein Verbrechen, ist, wenn von Jemaden wissentlich, und freywillig entweder, was durch die Gesetze verboten, unternommen, oder was durch die Gesetze geboten ist, unterlassen wird».

a propósito del Código de 1822 muestran hasta qué punto había arraigado en los juristas»¹¹¹.

No es posible separar la culpabilidad de la teoría del delito¹¹², como tampoco lo es desvincular la noción de culpa del Derecho penal público en la tradición penal europea¹¹³. La doctrina penalista no duda en afirmar que «toda la evolución ulterior del derecho penal marca la reafirmación progresiva e irresistible de la culpabilidad: un instrumento definitivo de la teoría de la imputación que se verá finalmente trabajado tanto por el derecho canónico como por el derecho estatutario, pues ambos sistemas jurídicos contribuyen decisivamente a la «espiritualización» del derecho de castigar. A partir de entonces se inaugura la perspectiva subjetivista. Ya no se castiga todo evento lesivo por la simple atribuidad material al sujeto, sino sólo aquel derivado de un comportamiento culpable»¹¹⁴.

El Derecho romano afinó «la investigación del lado interno y espiritual del delito, alcanzando a eliminar toda forma de pena transitoria y de responsabilidad colectiva, hasta distinguir con claridad la culpa *lato sensu* (imprudencia o negligencia) de la forma del dolo, construido sobre la base de la intención inmoral»¹¹⁵.

Más adelante, «el pensamiento medieval aporta su contribución al asentamiento de la idea de culpabilidad, básicamente por medio de la obra de San Agustín (*las Confesiones*), con su idea de pecado y de pena purgatoria, la defensa indeclinable del libre albedrío del hombre, al igual que su visión del malentendido como defecto de la voluntad, como opción equívoca del individuo, efectuada merced a su libertad intermedia»¹¹⁶; en este mismo periodo, Tomás de Aquino desarrolló «el libre albedrío como condición de la responsabilidad, asignándole a la razón la facultad de reconocer y discernir entre el bien y el mal, de suerte que, frente a la acción deliberada, la pena —en sí misma, una justa retribución— no es más que un medio para pro-

¹¹¹ Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, Parte general, pp. 339-340.

¹¹² Fernández, Gonzalo D.: *Culpabilidad y Teoría de delito*. Montevideo, 1995.

¹¹³ Stübinger, Stephan: *Schuld, Strafrecht und Geschichte. Die Entstehung der Schuldzurechnung in der deutschen Strafrechtshistorie*. Böhlau Verlag, Köln-Weimar, Wien, 2000, pp. 13-20.

¹¹⁴ Fernández, *Culpabilidad y Teoría de delito*, p. 138.

¹¹⁵ Fernández, *Culpabilidad y Teoría de delito*, p. 143.

¹¹⁶ Fernández, *Culpabilidad y Teoría de delito*, p. 144.

mover el fin moral. Con ello quedan perfeccionadas las bases para la elaboración del derecho canónico, que se posicionará del lado interno del hecho punible, otorgándole importancia decisiva a la voluntad (la intención)...»¹¹⁷.

Ya en la Edad Moderna —y dentro del pensamiento renacentista—, autores como Deciano, Teodorico y Covarrubias identifican «en la voluntad la causa eficiente del delito, afinan la noción del *dolus* —«*Dolus voluntatis sit vitium, culpa intellectus et memoriae*»—, enarzándolo con una primaria teoría de la acción (*actus corporis, causa efficiens*)»¹¹⁸; a continuación, con el advenimiento del iusnaturalismo clásico, surgieron otras aportaciones de la mano de Hugo Grocio, Hobbes, Pufendorf, Locke, etc.

No éste el momento de entrar en el análisis de la concreta aportación realizada por la doctrina del *ius commune* o de la segunda escolástica sobre esta cuestión, tema del que ya se han ocupado otros estudios, y a los que el lector puede remitirse¹¹⁹. Lo que sí conviene poner de manifiesto es que las raíces históricas del principio de culpabilidad en general, en donde puede incluirse la distinción entre culpa y dolo, el *versari in re illicita*, la *actio libera in causa*, etc., ha sido el más explorado por la misma doctrina penalista, que, en su mayoría, ha reconocido la importante contribución llevada a cabo por la doctrina del *ius commune*.

Así, por ejemplo, Rodríguez Devesa, haciendo gala de una extraordinaria erudición, recoge en su *Derecho penal español* los orígenes de estas nociones, afirmando de entrada que «también aquí los méritos principales corresponden al derecho romano y, después de él, al derecho canónico y a los juristas italianos de la Edad Media»¹²⁰.

¹¹⁷ Fernández, *Culpabilidad y Teoría de delito*, p. 144.

¹¹⁸ Fernández, *Culpabilidad y Teoría de delito*, p. 145.

¹¹⁹ Un estudio riguroso y reciente, elaborado en este caso por una joven penalista de la Universidad de Valencia, sobre la evolución histórica de la noción de imputación en la doctrina alemana, resulta aquí de cita ineludible, y al que nos remitimos: Martínez Garay, Lucía: «Aproximación histórica al surgimiento del concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina penal alemana», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 8 (2001), pp. 34-126; la autora maneja y estudia las fuentes doctrinales a partir del siglo XVII, si bien se adentra en la etapa anterior merced a una acertada lectura y agudo análisis de la propia historiografía alemana.

¹²⁰ Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, Parte general, p. 473; este autor, sistetizando la aportación de la tradición a la noción moderna de culpabilidad,

Más en concreto, las nociones de culpa y dolo son anteriores a la Codificación, puesto que la ciencia del *ius commune*, sobre la base de las fuentes romano-canónicas¹²¹, hizo importantísimas aportaciones en la configuración de estas nociones, que actualmente siguen erigiéndose en el núcleo duro de la teoría del delito y de la imputación.

afirma en esta misma obra: «Las ideas aristotélicas penetran por medio de la escuela estoica en el derecho romano, al que debemos, junto al posterior esfuerzo de los glosadores y posglosadores, la idea de que la culpabilidad es la base de la imputación jurídico-penal. El desarrollo del pensamiento lógico, fruto de la escolástica, da un poderoso impulso a esta depuración de la responsabilidad criminal de elementos animistas arcaicos que llevaron a la imposición de penas a objetos inanimados y animales. Las categorías del *dolus* y la *culpa*, frente al *casus*, se consolidan, lo mismo que la exigencia de que para ser culpable es preciso reunir ciertas condiciones físicas y psíquicas de edad y salud mental (imputabilidad), hasta pasar a ser patrimonio común de la legislación penal europea. El célebre rescripto de Adriano: «In maleficiis voluntas spectatur, non exitus», se repite en el derecho común. Se consolida la vieja tesis aristotélico-tomista de que toda culpabilidad es *culpabilidad de la voluntad*; sin un elemento volitivo, un querer del sujeto, no hay culpabilidad. La atención se concentra hasta el siglo pasado en la imputabilidad y las llamadas formas, clases o especies, de la culpabilidad (dolo y culpa). Hay que esperar hasta el comienzo del siglo XX para encontrar el esfuerzo por determinar cuáles son las notas comunes a esos y otros elementos integrantes de la culpabilidad, una búsqueda de características esenciales positivas. El impulso proviene ahora del intento de explicar una serie de casos en que se afirma la culpabilidad, pese a que no hay un elemento volitivo real en el acto que se imputa al sujeto» (p. 433).

¹²¹ Por cuanto respecta a la evolución de estas nociones en el Derecho romano, cabe afirmar que su distinción entendida desde un punto de vista psicológico como negligencia o impericia en la comisión de un acto objetivamente constitutivo de delito, que ya aparece en las XII Tablas respecto al homicidio culposo, se fue perfilando cada vez mejor en los escritos de los juristas del Principado como en Calistrato (D. 48, 8, 14) o en Marciano (D. 48, 19, 11.2), comprendiéndose también dentro del concepto de culpa la *imperitia* que da lugar, por ejemplo, a la responsabilidad de un médico como sucede en Ulpiano (D. 1, 18, 6.7). En todo caso, la pena será más leve que si se tratase de delito doloso. En el Derecho penal posclásico y justinianeo todos los supuestos en los que no se daba dolo se englobaron dentro del término de *casus* (que aquí tenía un significado más amplio que el de mero caso fortuito): así en *Paul. Sent.* 5, 23, 12; C. 9, 16, 1; D. 47, 9, 9; D. 48, 19, 28, 12. Se trata de textos en los que se da la ecuación *casu id est negligentia* (Blanch Nogués, José María: «Derecho penal romano: delitos y penas», en www.iustel.com / Materiales para el estudio del Derecho / Derecho romano / Fecha de consulta: 14 de marzo de 2003).

c.1) Noción de dolo

La compleja **noción de dolo** recogida por los Códigos decimonónicos no fue en todas sus clases una elaboración de la doctrina penalista de corte ilustrado, como es bien sabido. Parece suficientemente probado que el *dolus generalis* fue una teoría elaborada por Von Weber para resolver ciertos casos en los que el sujeto, cuando tiene la intención de matar no mata, y cuando mata no tiene intención de matar¹²². Por ejemplo, después de haber apuñalado a su víctima y creyéndola muerta, arroja el supuesto cadáver al río, produciéndose la muerte por ahogamiento y no a consecuencia de las heridas. La admisión del *dolus generalis*, que suponía imputar la muerte como si fuera dolosa, está actualmente obsoleta.

También fue una creación ilustrada el *dolus indeterminatus* concebido por Feuerbach, según el cual se supone una intención indeterminada y se afirma la responsabilidad dolosa en función del resultado producido¹²³.

Sin embargo, existe otra clase de dolo que, elaborado por la doctrina del *ius commune* en base a las fuentes romano-canónicas¹²⁴, fue

¹²² Von Weber, «Über die verschiedenen Arten des Dolus», *Neues Archiv des Criminalrechts (ArchivCrimR)* VII (1824/1825); Windaus, *Die Streitfrage über den «dolus generalis» und die Verantwortung des Kausalzusammenhangs*. Erlangen, 1898; Maiwald, «Der dolus generalis. Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung», *ZStW* 78 (1966), pp. 30 ss.

¹²³ Feuerbach, Anselm: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*. Giessen, 1803, p. 59: «El dolo tiene dos clases, en cuanto que el resultado producido ilegalmente es el *fin exclusivo* o inmediato que se apetece o la intención del delincuente estaba dirigida *alternativamente* a varias infracciones del derecho de una determinada especie o género. Aquél se llama *dolo determinado (dolus indeterminatus)*; éste *dolo indeterminado o eventual (dolus indeterminatus s. Eventualis)*».

¹²⁴ En el Principado surgió el supuesto del «delito preterintencional»: tenía lugar cuando del comportamiento delictivo resultaba una consecuencia más dañosa que la prevista por su autor: así sería, por ejemplo, el caso de una lesión provocada dolosamente pero de la que resultara al cabo de un periodo de tiempo el fallecimiento de la víctima de aquella lesión, en cuyo caso se impone una pena por el crimen de homicidio —no por el crimen de lesiones— aunque de mucha menor gravedad que si el resultado de muerte hubiese sido provocado dolosamente (D. 48, 8, 4, 1 y D. 48, 3, 1, 3) (Blanch Nogués, «Derecho penal romano: delitos y penas», en www.iustel.com / Materiales para el estudio del Derecho / Derecho romano / Fecha de consulta: 14 de marzo de 2003).

posteriormente recogido por los distintos Códigos: el dolo eventual (o indirecto).

El origen de la teoría del *dolus indirectus*, analizada por la doctrina, ha sido objeto de distintas interpretaciones. Una opinión proveniente de Alemania (Engelmann y Schaffstein) sostiene que la noción del dolo indirecto se remontaba a Diego de Covarrubias. Según este distinguido jurista, existe homicidio voluntario no sólo cuando el agente quiere matar y tiende directamente a la muerte, sino también cuando su voluntad tiende a un hecho al que sigue inmediatamente la muerte. Así, el que sólo se propone herir, pero con un fuerte golpe causa la muerte es *homicida voluntarius*, pues su voluntad se dirige a causar la herida y todas las consecuencias naturales que inmediatamente resultan de ella. La voluntad, respecto del resultado mortal puede dirigirse a dicho resultado *directe et per se*, o puede dirigirse al mismo *indirecte et per accidens*. La voluntad directa en el homicidio es el *animus occidendi*, y éste era para Covarrubias el dolo perfecto *tunc vere dolum homicidium voluntario perfectum adesse*. Cuando la acción querida lleva consigo, como consecuencia inmediata, la muerte, existe una *indirecta voluntaria occisio*. Según Engelmann, Covarrubias desarrolló la doctrina de la voluntad indirectamente dirigida al resultado de modo tan completo que debe ser considerado como el verdadero fundador de la doctrina del *dolus indirectus*, aun cuando no hablase de intención indirecta o de dolo indirecto¹²⁵. También Schaffstein lo consideró como el «verdadero fundador» del concepto del dolo indirecto¹²⁶. Este principio se debió, pues, a Diego de Covarrubias¹²⁷, aunque su acuñación idiomática proceda de Carpzovio¹²⁸.

Más tarde, Pereda consignó que el concepto del voluntario indirecto no era original de Covarrubias sino de Santo Tomás, que pasó desde la doctrina de Antonio Gómez a la de Covarrubias y Suárez, momento

¹²⁵ Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren...* cit., p. 107.

¹²⁶ Schaffstein, *Die allgemeine Lehre von Verbrechen in Ihre Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, p. 110; Schaffstein, *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, pp. 170 ss.

¹²⁷ Sobre Diego de Covarrubias (1512-1577), véase Schaffstein, *La ciencia del Derecho penal en la época del Humanismo*, 153 ss.

¹²⁸ Schaffstein, *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, pp. 170 ss.; sobre la figura y obra de este distinguido jurista alemán, véase Benidit Karpozov, *Neue Perspektiven zu einem umstrittenen sächsischen Juristen* (Hg. Günter Jeroschek, Wolfgang Seifeld und Walter Gropp). Tübingen, 2000.

en el que este concepto se subjetivó aún más. Es ésta, a su entender una doctrina seguida comúnmente por los tratadistas españoles de aquella época¹²⁹. Si así fuera, Feuerbach se equivocó cuando atribuyó a Nettelblad-Glantzter el concepto de dolo *indeterminatus o eventualis*¹³⁰, pues Covarrubias y Suárez ya le habían precedido en casos siglos¹³¹.

c.2) El *versari in re illicita*

Por otra parte, el mencionado *dolus indirectus* constituyó un considerable progreso frente a otro principio, recogido por la Codificación hasta finales del siglo XX: el *versari in re illicita*. Esta institución de origen canónico, fue adoptada por el Derecho penal secular gracias a los juristas italianos. Representaba una forma de responsabilidad objetiva, puesto que atribuía a título de dolo todas las consecuencias, incluso las no conocidas o no queridas por el sujeto, cuando derivan de un acto ilícito o de *animus nocendi*. La fórmula era: *versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*.

c.3) Noción de culpa y la *actio libera in causa*

La **noción de culpa** recogida por la Codificación penal tampoco fue una contribución atribuible tan sólo al pensamiento ilustrado. Históricamente, la culpa apareció con posterioridad al dolo. A lo largo de los siglos se ha empleado diversa terminología, en ocasiones para expresar lo mismo. Así, por ejemplo, en Derecho romano existía por un lado la *culpa lata*, considerada como dolo; y de otro, lo opuesto al dolo no era la culpa, sino el *casus*¹³². Más tarde, los italia-

¹²⁹ Pereda, Julián: *El «versari in re illicita» en la doctrina y en el Código penal*. Madrid, 1948, pp. 149 ss.; sobre la aportación de Covarrubias a la ciencia penal, véase también los trabajos de este mismo autor: «Covarrubias penalista», *ADPCP* I (1957), pp. 485 ss., que viene a ser una síntesis de su estudio monográfico *Covarrubias Penalista*. Barcelona, 1959.

¹³⁰ *De homicidio ex intentione indirecta commisso* (Diss.). Halae, 1756.

¹³¹ Cuello Calón, *Derecho penal*, tomo I, vol I, p. 446.

¹³² Según recoge Rodríguez Devesa en su *Derecho penal español*. Parte general, p. 474, «las fuentes acentuaban como algo notable el que con arreglo a la Ley Aquilia se tomó en cuenta tanto el dolo como la culpa. La palabra *culpa* no se usaba en las leyes y edictos de la época antigua republicana, pero adquiere paulatinamente

nos —los auténticos creadores de la doctrina de la culpa—, dividieron la culpa en *lata*, *levis* y *levissima*. Dentro de la *culpa lata* (*magna*) construyeron la *culpa dolo proxima* como una subespecie de la culpa para unos, *dolus praesumptus* para otros, también considerada como una clase especial de la culpabilidad o puro *dolus*. También de los juristas italianos provino la denominación de *quasimalefictum* aplicada a la culpa¹³³, adoptada luego por el Derecho común: *delictum verum* era el doloso, mientras que la culpa era un *quasidelictum*.

Por otra parte, la doctrina ya puso de manifiesto a finales del siglo XIX que la construcción de la teoría de la *actio libera in causa* se debe sobre todo a los canonistas y los posglosadores italianos¹³⁴. La actual doctrina penalista sigue sosteniendo tal origen histórico, según se desprende de un exhaustivo estudio sobre esta institución¹³⁵. Este principio surgió principalmente a propósito de la embriaguez, supuesto sobre el que el Derecho canónico consideró que la culpabilidad radicaba en el hecho de embriagarse, de modo que el delito cometido en ese estado era únicamente el efecto del anterior acto ilícito. Por otra parte, los juristas italianos no mantuvieron una opinión uniforme, si bien coincidieron en que una embriaguez leve no era suficiente para anular la culpabilidad, exigiéndose pues una embriaguez *cum exilio mentis*¹³⁶. Las discrepancias surgidas entre los juristas del

significado de *culpa levis*, por contraposición a la *culpa lata*, al dolo, conservando, sin embargo, hasta el final sus otras dos acepciones: la de delito y la de culpabilidad. En cualquier caso, en los *crimina publica* no se castigó más que la forma dolosa, y al concepto de *culpa lata* fueron equiparados los de *culpa dolo proxima et luxuria*.

¹³³ Engelmann, W.: «Rechtsirrtum und Dolus im römischen und gemeinen italienischen Recht», en *GerS* 86 (1918), pp. 198 ss.

¹³⁴ Engelmann, W.: *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-doktrinale Darstellung der Kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*. Leipzig, 1895, pp. 30 ss.; sobre esta cuestión, véase el trabajo del estudioso italiano Vannini, O.: «L'actio libera in causa nel nuovo codice penale», *Studi in memoria del Prof. Pietro Rossi*, 1935, pp. 59-75.

¹³⁵ Joshi Jubert, Ujala: *La doctrina de la «actio libera in causa» en Derecho penal (ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*. Barcelona, 1992; la doctrina alemana es la que más se ha ocupado del estudio histórico de esta institución, según refleja la bibliografía que recoge el estudio de Joshi; y actualmente se sigue interesando, según se desprende de los estudios recientemente elaborados por Joachim Hruschka, entre los cuales destacamos su «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von *actio libera in se* und *actio libera in sua causa*», *ZStW* 96 (1984) Heft 3, pp. 661-702.

¹³⁶ Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren...* cit., p. 30.

ius commune sobre determinados aspectos de esta institución explican en parte la evolución posterior¹³⁷, llena de discordancias a causa de las graves dudas que suscita la materia.

A lo largo del proceso codificador, ha habido representantes para las opiniones más dispares, desde quienes sostenían que ha de afirmarse siempre la inimputabilidad, hasta los que entendían que el sujeto es en todo caso responsable, pasando por soluciones intermedias, que no admitían más que una responsabilidad a título de culpa o que reputan que cuando estamos ante una *actio libera in causa* existe siempre una causa de atenuación.

Según señala Rodríguez Devesa, «la opinión hoy dominante es favorable a la apreciación de un delito doloso o culposo según que el sujeto se colocara dolosa o culposamente en situación de no poder controlar sus actos en el momento de cometer el delito. El sujeto se ha utilizado a sí mismo como instrumento, con lo que basta la imputabilidad en el momento del actuar precedente en virtud del cual se convirtió en instrumento de sí mismo»¹³⁸.

d) La teoría de la imputación

La teoría de la imputación desarrollada en el seno del iusnaturalismo filosófico del siglo XVII es una doctrina sobre los presupues-

¹³⁷ Rodríguez Devesa, en su *Derecho penal español*. Parte general, pp. 452-453, recoge algunas de estas discrepancias: «Bartolo y Baldo apreciaban aquí una causa de atenuación, admitiendo una *culpose actio libera in causa*. Otros se declararon partidarios de la impunidad, y la mayoría entendió que no era punible más que la *actio libera in causa dolosa*. Farinacio expone las tres posibles hipótesis, a saber: a) «*delictum in ebrietate commissum, in quo nec dolum nec culpam habet*»; b) «*qui sciens se solitum in ebrietate delinquere et alios percutere ac offendere, non abstinuit se a vini immodica potatione et se inebriavit*»; c) «*ebrietat procurata et affectata ad effectum, ut ebrius delinqueret et delinquendo se cum ea excusaret*». Farinacio piensa que en el primer supuesto, siguiendo la doctrina canónica, hay «culpa ac levitate»; en el segundo, una acción culposa, y en el tercero, una *actiodolose libera in causa*. La embriaguez onírica, el sonambulismo y el delirio producido por la fiebre son tratados de modo análogo a la embriaguez. El *dormiens delinques* fue equiparado al *furiosus* si no pudo evitar, tomando las convenientes precauciones, las consecuencias dañosas, existiendo de lo contrario una responsabilidad a título de culpa según la mayoría de los autores, aunque algunos señalaron la posibilidad incluso de un delito doloso».

¹³⁸ Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*. Parte general, p. 453.

tos de la responsabilidad por las acciones humanas, sobre los principios que rigen el actuar humano y que determinan la responsabilidad que por el mismo corresponde a su autor. Constituye también la base a partir de la cual se deducen los derechos individuales de las personas, así como los principios a los que obedecen las relaciones entre las personas en el seno de organizaciones como la familia y el Estado, y, finalmente, las relaciones entre los Estados¹³⁹. La importancia de esta teoría para el Derecho penal radica en que a lo largo del siglo XVIII los penalistas europeos, especialmente los alemanes, fueron incorporando su contenido y sus principios para la explicación del Derecho penal, lo que produjo diferentes consecuencias: desde el punto de vista formal, contribuyó decisivamente a la sistematización de la materia y a la consolidación de una parte general, común a los diversos delitos; desde el punto de vista material, coadyuvó a la secularización del Derecho penal y la incorporación al mismo de las ideas políticas propias de la Ilustración. Por lo que respecta a lo que hoy conocemos como culpabilidad, el derecho penal tomó de la teoría de la imputación el libre albedrío del ser humano como fundamento de la responsabilidad¹⁴⁰.

Desde finales del siglo XVIII y durante el XIX la imputación, entendida como juicio por el que se establece la existencia de una relación entre un suceso exterior y un determinado sujeto como causante del mismo, se convierte en un concepto básico en la doctrina penal alemana, aunque su contenido va evolucionando. Por un lado, se recogen las distinciones que la filosofía iusracionalista había ido introduciendo en el concepto, fundamentalmente la diferenciación entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*, y se comienzan a establecer grupos diferenciados en el conjunto de presupuestos de los que depende la

¹³⁹ El primer autor en introducir el término 'imputatio' en la ciencia del derecho fue Samuel v. Pufendorf. A partir de él desarrolló una doctrina sobre los presupuestos de la responsabilidad que constituyó el punto de partida para los restantes filósofos iusracionalistas. Cf. sobre todo ello, Schmidt, E.: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., Göttingen, Vanderhoeck & Ruprecht, 1965; pp. 169 y ss.; Welzel, H.: *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs: Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts*, Berlin - New York, Walter de Gruyter, 1958.

¹⁴⁰ Véase sobre todo ello, además de los autores citados en la nota anterior, Martínez Garay «Aproximación histórica al surgimiento del concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina penal alemana», ya citado en la nota 119.

imputación¹⁴¹. Por otra parte, y sobre todo como consecuencia de la influencia de la filosofía kantiana y de la separación que la misma imponía entre las esferas del Derecho y la Moral, se matiza el contenido ético de la responsabilidad penal y algunos autores comienzan a diferenciar la libertad en sentido ético de la libertad en sentido jurídico.

Un concepto importante para la dogmática penal que surge en el siglo XX ligado al de imputación es el de imputabilidad subjetiva. Si bien los supuestos que en la actualidad se explican desde esta perspectiva (trastornos mentales, menor edad, trastornos por consumo de sustancias) habían sido tenidos en cuenta desde siempre para modificar la responsabilidad penal, determinando por lo general la exclusión o la atenuación de la misma, es en el siglo XIX, al hilo de la diferenciación de distintos tipos de presupuestos de la imputación, cuando esta serie de circunstancias se separan de otras que también impiden o dificultan la imputación de responsabilidad penal, y empiezan a ser consideradas autónomamente¹⁴². Con todo, el surgimiento de la imputabilidad subjetiva como categoría dogmática con un contenido similar al que actualmente se le reconoce no tuvo que ver sólo con la evolución conceptual en el seno de la dogmática, sino que a ella contribuyeron otro tipo de factores, señaladamente la consolidación de la psiquiatría como disciplina científica y su proyección sobre el problema penal. Así, en España, donde, al contrario que en Alemania, la teoría de la imputación no llegó a ocupar un papel central en la ciencia del derecho penal, también aparece en el siglo XIX el concepto de imputabilidad subjetiva tal y como hoy lo entendemos, centrado en las patologías de las facultades psíquicas del sujeto activo del delito¹⁴³.

¹⁴¹ Sobre la distinción entre *imputatio facti* - *imputatio iuris* vid. Hruschka, J.: «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf: Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (t. 86) 1984, pp. 661-702.

¹⁴² Sobre ello, extensamente, Martínez Garay, «Aproximación...», cit., pp. 81 y ss.

¹⁴³ La imputabilidad subjetiva aparece formulada por primera vez en la doctrina penal española en la obra de Luis Silvela; sobre ello, véase especialmente González González, J.: *La imputabilidad en el Derecho penal español: imputabilidad y locura en la España del siglo XIX*, Granada, Comares, 1994; también Martínez Garay, Lucía: *Imputabilidad penal y consumo de drogas: revisión del concepto de imputabilidad a partir de algunas de las causas que la excluyen*. Valencia, 2005.

El siglo XIX es, además, el del inicio del fin de la imputación como concepto central en la ciencia del Derecho penal. La progresiva aparición de códigos penales obligó a los juristas a conciliar los principios del Derecho Natural con la legislación positiva, y, por otro lado, el pensamiento propio de la Ilustración fue siendo superado por el paradigma positivista. A nivel dogmático, la consolidación de la acción (desde la obra de los penalistas hegelianos) y de la culpabilidad (desde Binding) como conceptos jurídico-penales, unida a la consideración de la causalidad como idea central en la teoría del delito, supusieron la progresiva instauración de un sistema distinto para explicar la exigencia de responsabilidad penal, que culminaría a principios del siglo XX con el esquema clásico del delito de Liszt-Beling, en el cual éste se define como acción típica, antijurídica, culpable y punible, dando lugar a una sistemática en la que ha desaparecido el concepto de imputación¹⁴⁴. Sólo en las últimas décadas del siglo XX la imputación ha ido recobrando importancia en la dogmática penal, tanto en el plano de la tipicidad — antijuridicidad (imputación objetiva), como en el de la culpabilidad (imputación subjetiva o personal)¹⁴⁵.

e) Las circunstancias del delito: la legítima defensa

Es bien conocida la importancia y atención que merecieron siglos antes del proceso codificador lo que actualmente se denominan «causas de justificación». Aunque la mayoría de ellas ya fueron reguladas en su momento por el Derecho penal canónico y abordadas por la doctrina del *ius commune*, especialmente la legítima defensa, aquí nos interesa detenernos tan sólo en su evolución en la etapa codificadora¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Ligado a la antigua terminología se mantuvo sólo el término 'imputabilidad', pero referido sólo a la capacidad mental del autor, con un significado, por tanto, muy distinto del propio de la teoría de la imputación.

¹⁴⁵ Cabe señalar como principales promotores de esta reincorporación de la idea de imputación a la dogmática (que no de la teoría de la imputación del iusnaturalismo del siglo XVII, evidentemente) a Roxin, Hruschka y Jakobs. Sobre el significado de la imputación en el Derecho penal actual cfr., centrado sobre todo en la imputación objetiva, Mir Puig, Santiago: «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», en VVAA, *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 389-408.

¹⁴⁶ El estudio más completo al respecto pertenece a Miguel Ángel Iglesias Ríos: *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*. Prólogo del Dr. D. Ángel Torío López. Universidad de Burgos, 1999.

La legítima defensa fue sin duda uno de las instituciones más desarrolladas por la ciencia jurídico-penal anterior al siglo XIX. Merced al desarrollo que experimentó en la doctrina romano-canónica¹⁴⁷, la ciencia jurídico-penal decimonónica recibió los requisitos que, tan sólo «con otra orientación», configurarían esta institución tanto en la etapa codificadora como en la actualidad (agresión ilegítima, actualidad de la agresión y proporcionalidad de la defensa)¹⁴⁸.

¿De qué modo recogió este instituto el movimiento codificador?

El CP francés de 1791 fue el primero que sustituyó la antigua expresión «*moderamen inculpatæ tutelæ*» por «legítima defensa», y de ahí pasó al CP napoleónico de 1810, si bien ambos Códigos curiosamente siguieron manteniendo la institución en la Parte Especial, y

¹⁴⁷ Los aspectos más sobresalientes giraron en torno a la cuestión de los requisitos exigidos a la defensa necesaria, estructurados alrededor de la expresión genérica «*cum moderamine inculpatæ tutelæ*», introducida por Inocencio III en las Decretales (*De Homicidio c.18, X*): la agresión ilegítima actual; la *moderamen inculpatæ tutelæ*, esto es, el *modus defensionis*, que constituyó «la verdadera innovación» introducida por el Derecho canónico en la legítima defensa; y la defensa de los bienes patrimoniales. Respecto a la implicación ética dada por el Derecho canónico a la legítima defensa, ésta cesó lógicamente con la Ilustración. Con razón se ha dicho que el Derecho canónico contribuyó poderosamente a la evolución posterior.

¹⁴⁸ Los principales comentaristas decimonónicos reconocen sin ambages la sustancial aportación de las fuentes normativas anteriores a la Codificación: Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, pp. 169 ss.; De Vizmanos, Tomás María / Álvarez Martínez, Cirilo: *Comentarios al nuevo Código penal*. Madrid, 1848, pp. 80-82; Groizard y Gómez de la Serna, Alejandro: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*. Burgos, 1870-1899 (8 vols.), vol. I, p. 220, quien, tratando del requisito de la agresión ilegítima, afirma: «Las Partidas lo digeron ya. Ca natural cosa es, e muy guisada, que todo ome haga poder de amparar su persona de muerte, queriendolo alguno matar a el; é non ha de esperar que el otro le fiera primeramente, podría acaescer, que por el primer golpe que le diesse, podría morir el que fuere acometido. é despues non se podría amparar»; y al tratar la exigencia de la racionalidad del medio empleado, consigna: «Nuestros legisladores de Partidas hiciéronse ya una pregunta análoga, y contestaron a ella afirmativamente pero exigiendo en el hecho la concurrencia de tres circunstancias: 1.ª que la invasión del domicilio tuviera por objeto perpetrar el delito de robo: 2.ª que fuera de noche: 3.ª que el dueño quisiera prender al ladrón para entregarlo a la justicia y este se *amparase* con armas. La misma solución dieron a esta cuestión las leyes del Fuero Real y las Recopiladas, aunque sin exigir la concurrencia de la última de las circunstancias mencionadas; bastándolas para declarar inculpable el homicidio la de las dos primeras» (p. 228); según este autor, el art. 8.4 CP 1870 concuerda con D. 11, 2, 1; C. 9, 14, 2; Partidas VII, 8, 2-3; NoR 12, 21, 1.

no en la Parte General. Fue a partir de la segunda mitad del siglo XIX cuando la estructura conceptual de la legítima defensa alcanzó «el perfeccionamiento técnico-dogmático definitivo», abandonando el casuismo anterior. Sin duda alguna, «a ello contribuyó decisivamente la influencia de las doctrinas del iusnaturalismo racionalista y del pensamiento ilustrado de Feuerbach, que comienza a abordar un concepto general secularizado de legítima defensa no limitado exclusivamente a los delitos de homicidio»¹⁴⁹.

Salvo algunas excepciones bien concretas, «de una parte el movimiento codificador europeo emplaza sistemáticamente la legítima defensa en la Parte General (...); de otra parte, los únicos requisitos a los que se condiciona su ejercicio son la agresión ilegítima actual y la necesidad defensiva»¹⁵⁰, desapareciendo en aquel momento referencia alguna a la idea de proporcionalidad, exigencias todas ellas provenientes precisamente de la Ciencia del Derecho común.

Como trazos característicos del tratamiento de la legítima defensa en el periodo codificador, cabe señalar: a) la concepción ilimitada de ésta, conforme a la consideración individualista de la posición que el hombre ocupa en la sociedad; b) la estructura de la legítima defensa se construye desde una perspectiva exclusiva del agredido, pues se ensalzan de un modo exagerado los derechos de la personalidad, especialmente la libertad y la propiedad; y c) marginación del discurso de la exigencia de emprender la huida o de evitar la agresión injusta.

Tales trazos no siempre y en todos los países cuajaron con la misma intensidad, como muy bien puede apreciarse al analizar la regulación de la legítima defensa en los Códigos de los distintos países europeos. En España, por ejemplo, si bien triunfó —en la literatura por lo menos— la inexigibilidad de la huida, algún proyecto acentuó la idea de la *necessitas inevitabilis* (necesidad inevitable) desarrollada por la doctrina del *ius commune*, y marcó «una nota diferencial en relación al resto de países, a través de la exigencia de la necesidad racional del medio empleado»¹⁵¹.

¹⁴⁹ Iglesias Río, *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*, p. 119.

¹⁵⁰ Iglesias Río, *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*, p. 122.

¹⁵¹ Iglesias Río, *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*, p. 133.

La legítima defensa en el periodo codificador logró, por tanto, «unos perfiles mucho más definidos y técnicamente más evolucionados que en la etapa precedente. De un lado, se alcanza un consenso generalizado en adjudicar a esta institución la naturaleza de causa de justificación; de otro, su ámbito de aplicación abarca la defendibilidad universal de todos los bienes y derechos»¹⁵². A todo ello, hay que añadir el carácter ilimitado de la defensa, propio del pensamiento individualista liberal, que, el contexto del siglo ideológico del siglo XX se encargaría de mitigar, llevando la legítima defensa «hacia destinos esencialmente restrictivos».

Hubo que esperar también al siglo XIX para que la controversia sobre si constituye una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad se aclarara, y para que dejara de tratarse en la Parte Especial de los Códigos penales, incorporándose definitivamente a los artículos correspondientes a la Parte General¹⁵³, aunque el Código penal francés siguiera ocupándose de ella al regular los delitos contra la vida y la integridad corporal¹⁵⁴. Los distintos Códigos españoles decimonónicos y del siglo XX mantuvieron el régimen de la legítima defensa dispuesto por Código penal de 1848, manteniéndose incólume salvo en alguna reforma menor de algún Código.

f) *Otras circunstancias modificativas de la responsabilidad (eximentes, atenuantes y agravantes) y el arbitrio judicial*

Las circunstancias del acto criminal, que en la etapa codificadora reciben la denominación de agravantes, atenuantes o eximentes —vigentes hoy en día—, también aparecían en las fuentes normativas y doctrinales anteriores al siglo XIX¹⁵⁵. En concreto, la ciencia jurídica medieval y moderna ya destacó el importante papel de algunas circunstancias como la legítima defensa—según acabamos de ver—, el estado de necesidad y la obediencia debida, que actualmente son con-

¹⁵² Iglesias Río, *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*, p. 145.

¹⁵³ El CP 1822 reguló todavía la legítima defensa al castigar el homicidio y las heridas o malos tratamientos de obra (arts. 621, 622, 655).

¹⁵⁴ Art. 328 CP francés.

¹⁵⁵ Al respecto, véase Sainz Guerra, *La evolución del Derecho penal en España*, pp. 163-175.

sideradas como causas de justificación (dentro de la antijuricidad), pero también la edad, el sexo, la locura —actualmente, «anomalía o alteración psíquica» o «trastorno mental transitorio»—, la embriaguez, la reincidencia y la alevosía, entre otras.

El tema de las circunstancias agravantes, del que se ha ocupado Montanos en diversas ocasiones, ha sido objeto de una cierta controversia, actualmente superada ya casi por completo. En efecto, hasta finales de los años ochenta, la doctrina española —en sintonía con la europea— se mostró más bien unánime sobre la existencia de las circunstancias agravantes en nuestro Derecho histórico, entendiéndolas como precedente claro y directo de las que más tarde, ya en pleno siglo XIX, recogería —aunque con algunas modificaciones— la empresa codificadora.

Un primer estudio de Montanos al respecto, publicado en 1989, poniendo en tela de juicio lo que la historiografía penal daba por sentado, sostenía la inexistencia de tales circunstancias en nuestra tradición penal. Según este estudio, el análisis de las fuentes normativas peninsulares apenas dejaban resquicio de duda alguna sobre la efectiva inexistencia de las circunstancias agravantes, tal y como éstas fueron entendidas por la Codificación¹⁵⁶.

A nuestro juicio, en este primer estudio Montanos incurrió en el error de centrarse excesivamente en el análisis de las fuentes normativas, subestimando y eludiendo casi por completo las doctrinales. Después de manejar y estudiar numerosas fuentes normativas que, a su entender, venían a demostrar la inexistencia de tales circunstancias, al adentrarse en la doctrina jurídica y encontrarse con juristas que incluso empleaban y mencionaban expresamente el término «agravantes», señaló que tales autores (refiriéndose a Antonio Gómez y Matheu i Sanz) «hacen caso omiso de la tradición jurídica y desvirtúan el concepto de los diferentes delitos»¹⁵⁷, cuando en realidad —como sabe ella, quizás mejor que nadie—, tanto la legislación como la doctrina forman parte de la tradición jurídica, no sea que caigamos en el

¹⁵⁶ Montanos Ferrín, E.: «La inexistencia de circunstancias agravantes en el derecho histórico», *RFDUCM* 74 (1988-89), pp. 399-441 (trabajo reeditado en sus *JM* con JMⁿ Sánchez-Arcilla, *Estudios de Historia del Derecho criminal*. Madrid, 1991, pp. 77-130).

¹⁵⁷ Montanos Ferrín, «La inexistencia de circunstancias agravantes en el derecho histórico», p. 127.

reduccionismo de pensar que la legislación agota nuestra tradición jurídico-criminal.

Fue en una segunda aproximación a esta cuestión, y en base a un riguroso y meritorio estudio de numerosos manuscritos de diversos juristas del siglo XIII, cuando Montanos, libre ya de ciertos prejuicios metodológicos que condicionaron su primer estudio, se percató de que, muy tempranamente, la ciencia jurídica del *ius commune* entendió las circunstancias del delito, no como un elemento intrínseco a la propia configuración del tipo o conducta delictiva, sino que, desde fuera, venía a modular tanto el grado de culpabilidad del delincuente como la gravedad de la pena a aplicar por el juez, haciendo uso de su *arbitrium*¹⁵⁸. Si la doctrina jurídica manejó tan pronto esta noción de «circunstancias del delito», es probable que determinadas fuentes normativas ya las recogieran en este mismo sentido, hipótesis cuya confirmación exigiría un nuevo estudio.

En cualquier caso, y al margen de la diversa interpretación que al respecto pueda hacerse del análisis de algunas fuentes normativas, resulta claro que la doctrina jurídica más bien atestigua la existencia de tales circunstancias, de acuerdo con la tesis tradicional de nuestra doctrina. En esta línea, si los glosadores del siglo XIII ya supieron desgajar tales circunstancias de la propia conducta delictiva, resulta razonable pensar que los comentaristas, tanto los del *mos italicus* como los del *mos gallicus*, siguieron avanzando por estos mismos derroteros. Esta cuestión también merecería, sin embargo, ser objeto de ulteriores estudios¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Montanos Ferrín, E.: «An de die vel de nocte», *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 9 (1998), pp. pp. 49-80; de la misma autora: «¿Por qué suena la campana?», *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 10 (1999), pp. 37-52.

¹⁵⁹ De entrada, hay que partir de la idea de que los juristas del *mos italicus* (la mayoría, en nuestra tradición jurídica), a pesar de su apego al método escolástico basado en el caso, siguieron deslindando las circunstancias del acto criminal del propio delito. Ahora bien —y en esta misma línea—, cabe pensar que otros juristas hispánicos, que sí adoptaron en su *modus faciendi* las formas propias de la corriente del *mos gallicus* (Antonio Gómez, Diego de Covarrubias, etc.), probablemente avanzaron mucho más en esta línea, esto es, en la consideración de tales circunstancias fuera del propio delito, llegando quizás a una concepción considerablemente cercana a la recogida más tarde por la Codificación.

Un análisis detenido de las circunstancias del acto criminal revela la enorme conexión existente entre éstas y el arbitrio judicial en el periodo medieval y moderno¹⁶⁰, habida cuenta que, si bien la cláusula penal arbitraria se erigía en el elemento primordial para una correcta modulación de la pena para el caso concreto, ésta se hacía en base a la culpabilidad del delincuente, y las circunstancias del acto criminal eran precisamente las que mejor reflejaban el elemento culposo de la conducta delictiva, viniendo a condicionar en buena medida la concreta responsabilidad penal¹⁶¹. Es bien sabido que la cláusula penal arbitraria permitía que, a menudo —y al margen de la disposición legal vigente—, por razón de la persona del delincuente y de sus circunstancias personales, idénticos delitos, fueran castigados con diversas penas¹⁶².

Así las cosas, quizás no es una mera casualidad que la regulación normativa más estricta de las circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal coincida con la supresión del amplio margen de discrecionalidad de que gozaba el juez del Antiguo Régimen. En la etapa codificadora, la efectiva introducción del principio de legalidad y la consiguiente abolición del amplio arbitrio judicial relativizó el papel de las circunstancias del acto criminal en la imposición de la pena, de suerte que, desde entonces, el margen de discrecionalidad judicial quedó perfectamente acotado entre dos extremos bien delimitados, viniéndose a mitigar así el enorme protagonismo que tales circunstancias tuvieron hasta el siglo XIX.

La estrecha relación existente entre circunstancias modificativas y arbitrio judicial procedía ya del Derecho romano imperial, en donde el juez debía atender a las circunstancias de medios, tiempo, lugar y persona del ofensor y del ofendido. El Digesto (D. 48, 19, 16) las redujo a siete: *causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate y eventu*, y todas ellas debían ser tenidas en cuenta para imponer una pena más o menos grave. Sobre esta base la doctrina del Derecho común

¹⁶⁰ Masferrer Domingo, Aniceto: «La dimensión ejemplarizante del Derecho penal municipal catalán en el marco de la tradición jurídica europea. Algunas reflexiones iushistóricas-penales de carácter metodológico» *AHDE* 71 (2001), pp. 463-464.

¹⁶¹ Hagemann, Hans-Rudolf: *Basler Rechtsleben im Mittelalter*. Basel-Frankfurt am Main, 1981, pp. 241-242.

¹⁶² Rau, Ferdinand: *Beiträge zum Kriminalrecht der Freien Reichsstadt Frankfurt a. Main im Mittelalter bis 1532*. Potsdam, 1916, pp. 2-6.

(siglo XVII) llevó a cabo el primer intento de exposición general de las circunstancias, desligada de los delitos en particular, si bien muchas de las causas de atenuación que elaboró de un modo sistemático ya habían sido desarrolladas por los postglosadores¹⁶³. La doctrina posterior de la Edad Moderna no logró superar, sin embargo, este tratamiento, dejando en la práctica pleno arbitrio al juez en la imposición de las penas¹⁶⁴.

La Revolución francesa, como reacción lógica frente a la arbitrariedad judicial y con el comprensible afán de lograr un máximo de seguridad jurídica, adoptó una postura un tanto extrema. Y es que por huir del ilimitado arbitrio del juez se sustituyó este principio por una inflexibilidad absoluta de la ley. Y este sistema, adoptado por el Código penal francés de 1791, no tardó en ser corregido.

Los Códigos decimonónicos se inclinaron por conceder un cierto arbitrio al juez, pero limitándolo de algún modo u otro. El criterio que ha permanecido vigente hasta nuestros días procede del Código penal 1848¹⁶⁵: la pena legal abstracta aparece generalmente limitada entre un mínimo y un máximo, dentro de cuya extensión las circunstancias modificativas provocan una reducción para obligar a imponer una pena más grave o más leve que la media. Y tan sólo excepcionalmente se permite rebasar esas fronteras, si bien siempre dentro de una medida que establece la misma ley. Así, pues, en el sistema español —no, en el de otros países europeos¹⁶⁶— el juez no es libre para

¹⁶³ Schaffstein, *La ciencia europea del Derecho penal en la época del Humanismo*, pp. 65 ss.; Dahm, G.: *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter. Untersuchungen über die Beziehung zwischen Theorie und Praxis im Strafrecht des Spätmittelalters, namentlich im XVI Jahrhundert. Beiträge zur Geschichte der deutschen Strafrecht*. Berlin/Leipzig, 1931, pp. 293 ss.

¹⁶⁴ Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta...* cit., pp. 331 ss.

¹⁶⁵ En el Código penal de 1822 los catálogos de atenuantes y agravantes se contenían en los arts. 106 y 107; las reglas para la aplicación de la pena en función de las circunstancias en los arts. 101 ss. Los tribunales no podían «jamás aumentar ni disminuir las penas prescritas por la ley sino en los casos y términos expresados en el art. 102». Tampoco «variar, conmutar, dispensar ni alterar en manera alguna las penas que la ley señale, ni dejar de aplicarlas en los casos respectivos» (art. 108). Se admitía la analogía (art. 109).

¹⁶⁶ Otros Códigos europeos se mantuvieron en el estadio de que las circunstancias modificativas, salvo algunas circunscritas legalmente, se dejaban al arbitrio del juez, es decir, no se tomaban en consideración hasta el momento de concretar la pena.

apreciar o no las circunstancias accidentales que concurren, y éstas influyen en el marco abstracto de la pena.

A la supresión del arbitrio judicial no sólo contribuyó, pues, la constitucionalización del principio de legalidad, sino también la definitiva ubicación de tales circunstancias modificativas de la responsabilidad en la Parte General, merced a la cual el margen de discrecionalidad judicial quedaba limitado entre un máximo y un mínimo —en relación a la pena legal abstracta— establecida por la misma ley. No obstante, no siempre ha satisfecho a la doctrina penalista el difícil equilibrio entre la fidelidad al legalismo, propio de los sistemas jurídicos de tradición romanista, y el arbitrio judicial. Es cierto que desde mediados del siglo XX «hay más voces que claman por un mayor arbitrio judicial»¹⁶⁷. En este sentido, resulta claro que el arbitrio judicial ha sufrido mayores tensiones y rupturas en la tradición jurídica continental que en la anglosajona, siempre ligada a la teoría del precedente, y en consecuencia, tampoco experimentó la ruptura que los sistemas romanistas padecieron a finales del siglo XVIII¹⁶⁸.

Pero veamos ahora más sucintamente qué evolución experimentaron otras circunstancias modificativas de la responsabilidad en la etapa codificadora.

El estado de necesidad y la obediencia debida fueron minuciosamente analizadas por la doctrina del *ius commune*¹⁶⁹. La obediencia debida experimentó al principio del siglo XIX una cierta reforma bajo el influjo de la doctrina liberal. Y es que con la idea de alcanzar una dirección fuerte y unitaria de Estado, surgió un deber incondicional de obediencia por parte de los funcionarios, tan sólo ficticiamente paliado por el derecho a la *demonstratio*. El alcance de tal obediencia debida, aparecida en el contexto histórico del proceso codificador, no coincidía ciertamente con el parecer de la jurispru-

¹⁶⁷ Fernández Albor, Agustín: «Aportación al estudio comparado de los sistemas penales europeos», *ADPCP* 19 (1966), f. I, p. 49.

¹⁶⁸ Fernández Albor, «Aportación al estudio comparado de los sistemas penales europeos», p. 54.

¹⁶⁹ Jiménez de Asúa, *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*, p. 66; Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, pp. 257-298; Landau, «Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien», p. 36; Gacto Fernández, «Los principios penales de las Partidas», pp. 34-35.

dencia italiana del siglo XVI, pues ésta se mantuvo siempre reticente a admitir una obediencia incondicional, no ya sólo a los mandatos del superior, sino incluso a los del príncipe. Si éste había sido el planteamiento tradicional de la doctrina jurídica española e italiana, no es extraño que fuera finalmente el criterio acogido por los Códigos penales españoles. Por otra parte, las lamentables consecuencias de la obediencia incondicional exigida y llevada a cabo por Estados totalitarios en la reciente historia europea del siglo XX sirvieron para rechazar definitivamente tal principio.

Pacheco, al tratar esta circunstancia, no dudó en afirmar que «nuestras leyes antiguas la resolvieron ya en el mismo sentido en que la resuelve el Código; y a decir verdad, no se concibe que legislación ninguna pueda resolverla de otra manera»¹⁷⁰. Y en semejantes términos se expresó más tarde el principal comentarista de nuestro Código de 1870¹⁷¹.

La edad también había sido objeto de estudio por la doctrina del *ius commune* con anterioridad al movimiento codificador¹⁷². En este punto, también las fuentes normativas de la tradición penal del Antiguo Régimen ya establecían la irresponsabilidad o responsabilidad atenuada para los menores. Los textos normativos de influjo romano como las Partidas o las Costumbres de Tortosa, admitían la menor edad como causa de exención o atenuación de la responsabilidad¹⁷³, si bien

¹⁷⁰ Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, p. 195; véase también De Vizmanos / Álvarez Martínez, *Comentarios al nuevo Código penal*, pp. 97-99.

¹⁷¹ Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, vol. I, pp. 285-286; según este autor, el art. 8.12 CP 1870 concuerda con D. 9, 2, 37; D. 44, 7, 20; D. 50, 17, 157 y 167; Partidas VII, 15, 5; Partidas VII, 34, regla 20.

¹⁷² Véase D. 48, 8, 12 (Modestino); Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta... cit.*, pp. 339-343; Minguijón, Salvador: *Historia del Derecho español. Derecho penal*. Zaragoza, 1926, pp. 65 y 66-69; Pessina, Enrique: *Elementos de derecho penal*. Madrid, 1919 (3ª edición), p. 352; Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho penal. Tomo I. Concepto del Derecho penal y de la criminología, historia y legislación penal comparada*. Buenos Aires, 1950, p. 849; Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, S. 125 f.; véase el estudio de Martínez Gijón, José: «La menor edad en el derecho penal castellano-leonés anterior a la Codificación», *AHDE* 44 (1974), 465-483; también en *L'enfant. Recueils de la société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des institutions*, 38 (1977), pp. 71-92.

¹⁷³ En estos cuerpos legales se establecen dos límites de edad, uno para los de-

hay que consignar que en otras ocasiones los adolescentes fueron tratados con cierta crueldad¹⁷⁴.

El Código de 1822 declaró irresponsable al menor de 7 años, y de los 7 a los 12 se procedía al examen del discernimiento del acusado. Efectivamente, nuestro primer Código declaró exento en todo caso al menor de siete años cumplidos, límite procedente del Derecho romano. Para el mayor de esta edad y menor de 17 debía examinarse si había obrado «con discernimiento y malicia según lo que resulte, y lo más o menos desarrolladas que estén sus facultades intelectuales» (art. 24). Si hubiera obrado sin discernimiento se le entregaba a sus familiares «para que le corrijan y cuiden de él», pero si «no pudieren hacerlo, o no merecieren confianza, y la edad adulta del menor y la gravedad del caso requiriesen otra medida al prudente juicio del juez, podrá éste ponerle en una casa de corrección por el tiempo que crea conveniente, con tal que nunca pase de la época en que cumpla los veinte años de edad» (art. 24). Si hubiera obrado con «discernimiento y malicia» se le impondría una pena atenuada (art. 25).

En el Código penal de 1848 estaba exento de responsabilidad el menor de 9 años (art. 8.2). También el mayor de nueve años y menor de quince, a no ser que hubiere obrado con discernimiento (art. 8.3), en cuyo supuesto se le imponía «una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados por lo menos a la señalada por la ley para el delito que hubiere cometido» (art. 72 pr.).

La reforma de 1850 dejó intacta esta regulación, que se mantuvo también en 1870 (arts. 8.2-3 y 86), pero volviendo en cierto modo al sistema de 1822, porque dispuso que cuando el menor fuere declarado

sabilidad llega a los 14 años para los varones y a los 12 para las hembras (Partidas VII, 9, 11; Partidas VII, 31, 8), edad que determinaba una gran mitigación e la pena. En las Costumbres de Tortosa se apreció la edad menor de diez años y medio como causa de exención de la imputabilidad (Lib. II, Cost. VI, *De restitutio dels menors*; Lib. IX, Cost. XV, *Quals persons poden acusar*), y desde esta edad a los catorce años se castigaba el desarrollo de la inteligencia del menor (*Quals persons, etc.*, Lib. IX, Cost. *De injurias*); véase Gacto Fernández, «Los principios penales de las Partidas», pp. 25-26.

¹⁷⁴ NoR 12, 16, 2 y la famosa Pragmática de Felipe V que castigaba los delitos de robo cometidos dentro de la Corte. Sin embargo, en tiempos de Carlos III comenzaron a adoptarse medidas verdaderamente protectoras y preventivas respecto de los menores en peligro moral (NoR 12, 7, 11; NoR 12, 31, 8; NoR 12, 31, 10 y NoR 12, 31, 12).

irresponsable habría de ser entregado a su familia «con encargo de vigilarlo y educarlo» y que, «a falta de persona que se encargue de su vigilancia y educación», sería llevado «a un establecimiento de beneficencia destinado a la educación de huérfanos y desamparados», de donde no debería salir «sino al tiempo y con las condiciones prescritas para los acogidos» (art. 8.3).

Los Códigos de 1848 y 1870 dividieron, pues, la menor edad en tres períodos: hasta los 9 años se presumía la irresponsabilidad; desde los 9 hasta los 15 años era preciso verificar mediante examen el discernimiento del menor, y si carecía de él se le declaraba inimputable, mientras que en caso contrario era declarado responsable, estimándose su edad como atenuante; finalmente, entre los 15 y los 18 años, constituía una atenuante. Los paralelismos y analogías existentes —respecto a la regulación de la edad— entre estos dos Códigos y nuestra legislación antigua no pasaron desapercibidas por algunos comentaristas¹⁷⁵.

El Código penal de 1928 estableció el límite de dieciséis años (art. 56), que recogido por el Código de 1932 (art. 8.2) permaneció vigente hasta la reforma llevada a cabo por nuestro Código penal vigente.

La locura o demencia —actualmente, «anomalía o alteración psíquica»¹⁷⁶ o «trastorno mental transitorio»—, también había sido notablemente desarrollada por la doctrina del *ius commune*¹⁷⁷ con an-

¹⁷⁵ Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, pp. 162-169; según este autor, el art. 8.2-4 CP 1848 concuerda con D. 47, 10, 3; Partidas VI, 19, 4; Partidas VII, 1, 9; Partidas VII, 31, 7; NoR 12, 14, 3; De Vizmanos / Álvarez Martínez, *Comentarios al nuevo Código penal*, pp. 69-71; Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, vol., p. 203; según este autor, el art. 8.2-3 CP 1870 concuerda con D. 47, 10, 3; Partidas VI, 19, 4; Partidas VII, 1, 9; Partidas VII, 31, 8; NoR 12, 14, 3.

¹⁷⁶ Véase por ejemplo en el art. 20.1 CP español, art. 96 CP italiano, art. 41 CP argentino y art. 20 CP alemán.

¹⁷⁷ En el Derecho romano clásico y posclásico ya había quedado definitivamente perfilada la doctrina por la que no son imputables los menores y los mentalmente incapacitados (*furiosi*): «unde Pomponius ait neque impuberem neque furiosum capitalem fraudem videri admisisse» (Modestino, D. 48, 8, 12) (Blanch Nogués, «Derecho penal romano: delitos y penas», en www.iustel.com /Materiales para el estudio del Derecho /Derecho romano / Fecha de consulta: 14 de marzo de 2003); Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta...cit.*, pp. 336-337; Minujón, *Historia del Derecho español. Derecho penal*, pp. 71-72; Kuttner, *Kanonistische Schuldhlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX.*, pp. 85-110.

terioridad a la Codificación. En el plano normativo, las Partidas habían recogido la irresponsabilidad del loco «que non sabe lo que face» y distinguiendo tres clases de alienados (*locos, furiosos y desmemoriados*)¹⁷⁸, categorías procedentes todas ellas del Derecho romano y que correspondían exactamente al *demens, furiosus* y *mantecaptus* romanos¹⁷⁹.

Siguiendo esta línea, el Código de 1822 declaró que no delinquía quien obrase en estado de demencia, delirio o privado del uso de razón. El de 1870, siguiendo al de 1848, dispuso la irresponsabilidad del imbecil y del loco cuando no hubiere delinquido en un intervalo de razón¹⁸⁰. El Código de 1928 optó por una fórmula más científica que los anteriores Códigos, pero que no satisfizo a los psiquiatras.

No tenemos noticia de ningún estudio sobre la circunstancia de **arrepentimiento** en nuestro Derecho penal anterior al proceso codificador. Desconocemos, por tanto, el papel que pudo tener esta institución en nuestra tradición. Resulta sorprendente comprobar, sin embargo, la desaparición de esta atenuante en la Codificación decimonónica (a partir del Código de 1848), así como su posterior rehabilitación en el siglo XX, cuestión tan sólo someramente esbozada a modo de introducción en un estudio sobre esta circunstancia¹⁸¹. Si el Código penal de 1822 la recogió es un síntoma bastante claro de que estuvo vigente en la tradición penal del Antiguo Régimen.

Un supuesto concreto del arrepentimiento como atenuante recogido por el Código penal de 1822 es el del art. 292, según el cual, «los individuos que habiéndose alzado en rebelión o sedición, según los artículos 274 y 280 se sometieren absolutamente al primer requerimiento de la autoridad pública, no sufrirán por la insurrección, si

¹⁷⁸ Partidas VII, 1, 9.2; Partidas VII, 8, 3; Partidas I, 1, 21; Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, vol. I, p. 168; véase Gato Fernández, «Los principios penales de las Partidas», pp. 26-27.

¹⁷⁹ D. 13, 1, 9; D. 42, 1, 9; *De regulis iuris*, 40; «Furiosi...nulla voluntas est».

¹⁸⁰ También al tratar esta circunstancia algunos comentaristas han resaltado sus importantes precedentes en nuestra legislación antigua, a saber: Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, p. 155; De Vizmanos / Álvarez Martínez, *Comentarios al nuevo Código penal*, pp. 55 ss.; Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, vol. I, pp. 168 y 171.

¹⁸¹ De Sola Dueñas, Ángel: «Lo subjetivo y lo objetivo en la circunstancia atenuante de arrepentimiento», *ADPCP* 24 (1971), f. II, pp. 417-423.

pertenecieran a la segunda o tercera clase, más que la de quedar sujetos por dos años a la vigilancia especial de las autoridades. Pero los reos de primera clase, en caso de rebelión, sufrirán una prisión de seis meses o tres años, con privación de los empleos o cargos públicos que obtuvieren, y sujeción por dos años más a la vigilancia de las autoridades, y con igual privación de empleos o cargos públicos».

Este precepto, que tiene su precedente en una norma recogida en la Novísima Recopilación¹⁸², fue posteriormente modificado por el Código de 1848-50 (art. 182) que llegará hasta nuestros días¹⁸³. Tal precepto, que el Código de 1822 recogió como atenuadora de la pena, apareció en el Código de 1848 como exención total de la misma, referida a los «meros ejecutores» y a los comprendidos en su artículo 175. Parecida redacción empleó el Código de 1870 (art. 258)¹⁸⁴, y así ha llegado hasta nuestros días¹⁸⁵.

El **sexo**¹⁸⁶, la **embriaguez**¹⁸⁷, la **reincidencia**¹⁸⁸ y la **alevosía**¹⁸⁹, circunstancias modificativas de la responsabilidad que fueron reco-

¹⁸² NoR 12, 11, 5.

¹⁸³ Art. 182: «Cuando los rebeldes o sediciosos se disolvieren o sometieren a la autoridad legítima antes de las intimaciones o a consecuencia de ellas, quedarán exentos de toda pena los meros ejecutores de cualquiera de aquellos delitos, y también los sediciosos comprendidos en el artículo 175, si no fueran empleados públicos. Los Tribunales en este caso rebajarán a los demás culpables de uno a dos grados las penas señaladas en las dos secciones anteriores»; Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, pp. 680-682.

¹⁸⁴ Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, vol. III, pp. 428-435.

¹⁸⁵ Sobre esta cuestión, véase el estudio de Cobo, Manuel: «Función y naturaleza del artículo 226 del Código penal», *ADPCP* 21 (1968), f. I, pp. 53 ss.

¹⁸⁶ Minguijón, *Historia del Derecho español. Derecho penal*, p. 65 y 69-71; Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, p. 849.

¹⁸⁷ Pessina, *Elementos de derecho penal*, p. 417-418; Minguijón, *Historia del Derecho español. Derecho penal*, p. 72; Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, S. 110-124; también aparece el estado de embriaguez en la mayoría de los Códigos penales vigentes, a saber, y a título de ejemplo, art. 21.2 CP español, arts. 91-94 CP italiano, art. 41 CP argentino y arts. 20-21 CP alemán.

¹⁸⁸ Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta...cit.*, pp. 343-346; el Derecho romano posclásico y justiniano ya contenía normas que castigaban especialmente la circunstancia de reincidencia (*C. Th.* 6, 1, 4, 1; *C. 6*, 1, 4.1) (Blanch-Noués, «Derecho penal romano: delitos y penas», en www.iustel.com /Materiales para el estudio del Derecho /Derecho romano / Fecha de consulta: 14 de marzo de 2003).

¹⁸⁹ Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta...cit.*, pp. 346-350.

gidas por el movimiento codificador, también habían formado parte de la tradición penal del Antiguo Régimen, y las reformas llevadas a cabo por los distintos Códigos fueron más bien escasas. Las dos más importantes serían el quedar todas ellas ubicadas en la Parte General por una parte, y dentro de ésta, el formar parte en alguna de las distintas categorías de la compleja y moderna teoría del delito como acción típica, antijurídica, culpable y punible, por otra (aunque ya en el siglo XX), mientras que en la tradición penal anterior al proceso codificador todas estas circunstancias giraban en torno a la culpabilidad, elemento central y nuclear de la noción de delito elaborada por la doctrina del *ius commune*.

3.2. Humanización

En su momento señalamos que la humanización del Derecho penal no constituyó propiamente una aportación innovadora del pensamiento ilustrado, habida cuenta de que algunos juristas del *ius commune* ya consignaron la importancia de humanizar las penas, así como la conveniente proporcionalidad entre delito y pena, debiendo ser ésta menor que la culpa¹⁹⁰.

También se dijo, no obstante, que tanto el gradual proceso de despenalización de determinados supuestos delictivos como la reducción del número de penas se debieron precisamente al intento humanizador del Derecho penal liberal, si bien también cabría admitir que aquél obedeció también a la tendencia secularizadora, según veremos después.

Pensamos con Tarello que el pensamiento ilustrado propició el protagonismo de las penas privativas de libertad y pecuniarias¹⁹¹, relegando —sin prisa pero sin pausa— las penas corporales y humillantes.

No se piense, sin embargo, que la tipología de penas en el Derecho penal actual fuera una aportación genuina del proceso codificador. Tanto las penas pecuniarias como las privativas de libertad, así

como las de derechos ya formaban parte del sistema punitivo del Antiguo Régimen. Lo que aconteció en los siglos XIX y XX fue un lento proceso de humanización de las penas, merced al cual se fueron aboliendo algunas, suavizando (y endureciendo) otras...hasta desembocar en el sistema actual¹⁹².

Tampoco vaya a pensarse que la ideología liberal siempre lograra suavizar las penas. La necesidad de dulcificar las penas era evidente, pero su efectiva realización fue más compleja. El utilitarismo de Bentham y la idea de prevención o intimidación intensificaron en ocasiones el efecto infamante de determinadas penas, así como su proceso de ejecución. Con razón se ha dicho que «no todo fueron rupturas por lo que a la penalidad se refiere. También se registraron en la etapa inicial del liberalismo de las Cortes de Cádiz algunos rasgos de continuidad en relación al Antiguo Régimen»¹⁹³, y la idea de ejemplaridad, que exigía la publicidad de las penas, constituyó un triste epílogo de la tradición anterior en un contexto político de corte liberal y auspiciado por el pensamiento moderno ilustrado.

a) La paulatina supresión de las penas humillantes o degradantes

En cualquier caso, sí puede apreciarse una paulatina supresión de las penas humillantes o degradantes, proceso que, lejos de concluir en el siglo XIX, siguió su curso a lo largo del XX, siglo en el que fueron abolidas determinadas penas como las de muerte, caución y reprensión judicial, por poner algunos ejemplos de castigos ignominiosos¹⁹⁴.

En su momento vimos el triunfo de las reformas político-liberales y sus consecuencias en materia penal, y en particular, en la definitiva abolición de determinadas penas y otras prácticas provenientes de la tradición punitiva del Antiguo Régimen. Nos referimos a la aplicación de la tortura como medio probatorio, al carácter trascendente de determinados castigos, a la confiscación de bienes y otras pe-

¹⁹² Masferrer, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...cit.*, pp. 177-187.

¹⁹³ Babiano y Mora/Fernández Asperilla, «Justicia y delito en el discurso liberal de las Cortes de Cádiz», *ob. cit.*, p. 396.

¹⁹⁴ Masferrer, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...cit.*, pp. 172-177.

¹⁹⁰ Véase la nota 21, y su correspondiente texto principal.

¹⁹¹ Véase la nota 23, y su correspondiente texto principal.

nas humillantes como, por ejemplo, los azotes. La abolición de tales penas y prácticas supusieron las primeras victorias cosechadas por el pensamiento ilustrado, merced a las reformas político-liberales llevadas a cabo con anterioridad al inicio del proceso codificador.

Suprimidas estas penas con anterioridad a la Codificación, otras fueron gradualmente abolidas a lo largo del siglo XIX, ya en plena etapa codificadora. Un ejemplo bien claro del proceso de humanización que experimentó el sistema punitivo fue la derogación de la pena de infamia y de otras penas humillantes como la degradación, la argolla y la vergüenza pública. Veamos ahora brevemente el proceso de abolición de estas penas.

La pena de infamia consistía en la sustracción formal y legal del honor al delincuente, de suerte que veía impedido el ejercicio de todos aquellos derechos para los cuales se precisaba gozar de buena fama (esto es, incapacidad para acusar y prestar testimonio en juicio, incapacidad para postular e inhabilitación para ejercer cualquier cargo público, entre otros). Este ignominioso castigo, vigente en el territorio peninsular y europeo desde la etapa romana hasta el siglo XIX¹⁹⁵, fue recogido en nuestro primer Código penal. Tan sólo diremos que después de aparecer regulada abundantemente en el Código de 1822, quedó suprimido de modo explícito en el siguiente cuerpo legal, el de 1848, en su art. 23 («La ley no reconoce pena alguna infamante»)¹⁹⁶. Aunque pueda sorprender, no resulta exagerada la afirmación de que ningún periodo de nuestra tradición penal había previsto tantos supuestos delictivos castigados con la infamia, algunos nuevos, otros procedentes del Antiguo Régimen.

Ciertamente, la pródiga presencia de esta pena en el Código de 1822, que quizás invitaría a presagiarle todavía larga vida en nuestro ordenamiento, contrasta con el contundente art. 23 del Código de 1848: «La ley no reconoce pena alguna infamante». Según refleja el acta nº 12 correspondiente a la sesión del día 29 de Octubre de 1844, los miembros de la Comisión tenían —ahora sí, no tiempo atrás— claro convencimiento de la necesidad de su abolición¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Masferrer, *La pena de infamia en el Derecho histórico español...* ya citado.

¹⁹⁶ Véanse los comentarios al respecto de Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, pp. 309-313.

¹⁹⁷ Lasso Gaité, Juan Fco.: *Crónica de la Codificación española. Codificación penal*. Madrid, 1970, vol. II, p. 555; tal convencimiento no significa que los Proyectos

Aunque la pena jurídica de infamia resultara abolida expresamente en el Código de 1848, la desaparición completa de las penas infamantes o humillantes no se produjo de modo repentino, sino que fue el resultado de un proceso lento y gradual. En efecto, el hecho de que el Código de 1848 hubiera suprimido la pena jurídica de infamia no impidió que recogiera otras penas de naturaleza análoga como la reprensión pública, la argolla y la degradación.

Y es que el sentido de prevención general de la pena, tan enraizado en la mentalidad de los grandes autores de la Codificación, influyó decisivamente en la pervivencia de algunas penas, que si bien dejaron de ser consideradas formal y legalmente como infamantes, producían o acentuaban de hecho el efecto infamante que ya de por sí produce la comisión de cualquier delito.

Según el art. 51 del CP 1848, «las penas de argolla y degradación civil llevan consigo las de inhabilitación absoluta perpetua y sujeción a la vigilancia de la Autoridad durante la vida de los penados». Si la inhabilitación absoluta perpetua ya se establecía con autonomía y efectos propios en el art. 30 de este Código, resulta patente que la intencionalidad del efecto deseado por el legislador en la argolla y la degradación, era claramente infamatoria.

Tales penas infamantes serían lentamente suprimidas de nuestro ordenamiento penal: la muerte civil ya no aparecería regulada en el Código de 1848; la degradación, en el de 1928; y la argolla, en el de 1870¹⁹⁸.

El gradual pero lento proceso de desaparición de las penas infamantes muestra que las modernas ideas ilustradas de corte humanizador no tuvieron una acogida fácil ni rápida en la empresa codificadora. En efecto, no todo fueron rupturas por lo que a la penalidad se refiere. Ya se dijo que en la etapa inicial del liberalismo de las Cortes de Cádiz se registraron algunos rasgos de continuidad en relación al Antiguo Régimen¹⁹⁹. Las ideas de utilidad y ejemplaridad, muy enraizadas en la mentalidad decimonónica, explican la considerable

anteriores al Código de 1848-50 no la recogieran, pues todos ellos —exceptuando el de 1830—, la fueron recogiendo pródigamente.

¹⁹⁸ Sobre la abolición de estas penas, véanse las notas 214 ss, y su texto principal correspondiente.

¹⁹⁹ Véase la cita recogida en la nota 64 y su correspondiente texto principal.

permanencia de las penas infamantes en nuestra Codificación, constituyendo un epílogo de la tradición anterior ciertamente lamentable, pues no tuvo lugar en un contexto político de absolutismo monárquico, sino de corte liberal, y auspiciado por el pensamiento moderno ilustrado.

b) *El reformismo decimonónico del sistema punitivo actual*

Con independencia de la vigencia de las penas pecuniarias, privativas de libertad y privativas de derechos en el Derecho anterior a la Codificación, resulta innegable el protagonismo que éstas adquirirían en el siglo XIX, hasta erigirse en los tres grandes tipos de penas de nuestro Derecho vigente²⁰⁰. ¿Qué evolución experimentaron en la Codificación decimonónica? Veámosla muy sucintamente.

La pena pecuniaria, es decir, el pago de una suma de dinero hecho por el delincuente al Estado en concepto de pena, o la incautación que éste hace de todo o parte del patrimonio del penado, es un castigo de tradición multiseccular²⁰¹. El origen de esta pena se pierde en las legislaciones más antiguas, y estuvo muy presente tanto en el Derecho romano como en el germánico y canónico. Además, durante muchos siglos se ha erigido en uno de los principales castigos²⁰², si bien ante las nuevas condiciones de vida —especialmente económicas—, en el siglo XIX fue perdiendo importancia hasta llegar en el pasado siglo a desempeñar en las legislaciones una función relativamente modesta, si bien en los últimos años la multa viene siendo más acogida por la legislación.

²⁰⁰ Masferrer, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española*, cit., pp. 177-187.

²⁰¹ Para una panorámica sobre su evolución, véase Sainz Guerra, *La evolución del Derecho penal en España*, pp. 347-360.

²⁰² En el Derecho histórico catalán fue regulada para castigar diversas conductas delictivas (3ª CYADC I, 4, 26, 13; 3ª CYADC I, 7, 11, 16; 3ª CYADC I, 8, 1, 9; etc.) véanse Alonso Romero, «Aproximación al estudio de las penas pecuniarias en Castilla (siglos XIII-XVIII)», pp. 9-94, ya citado; Cerdá Ruiz-Funes, Joaquín: «Dos ordenamientos sobre las penas pecuniarias para la Cámara del Rey (Alfonso XI y Enrique III)», *AHDE* 18 (1947), pp. 442-474; Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., pp. 393-394; De las Heras, José Luis: *La Justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca, 1991, pp. 290-298.

Al hablar de pena pecuniaria nos referimos especialmente a la multa, no a la confiscación de bienes, pena que una vez ya abolida, fue de nuevo adoptada en algunos países. Sin embargo, los Códigos admitieron como pena de carácter pecuniaria, además de la multa, el comiso de los objetos o instrumentos empleados para la comisión del delito²⁰³, institución que también debe sus orígenes a la tradición penal anterior a la Codificación²⁰⁴. Así, pues, nuestros Códigos, recogiendo en este aspecto la tradición de nuestras antiguas leyes, recogieron dos formas de penas pecuniarias: la multa y el comiso de los efectos o instrumentos del delito.

Otra penalidad directamente relacionada con las penas pecuniarias es la prisión por deudas, pena que, atendida por Tomás y Valiente tan sólo desde el punto de vista estrictamente civil²⁰⁵, también tenía lugar por incumplimiento de obligaciones nacidas *ex delicto*, esto es, como consecuencia del impago de la suma dineraria, establecida por sentencia condenatoria en proceso penal, según veremos a continuación.

Si bien es cierto que las penas privativas de libertad se generalizaron a partir de la etapa liberal, no compartimos el parecer —un tanto simplista— de Landrove, según el cual, a partir de este momento, «van alcanzar en la justicia punitiva el papel protagonista que

²⁰³ Arts. 28, 89 y 91 CP 1822; arts. 24, 59 y 490/502 CP 1848/50 (véase Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, pp. 370-371); arts. 26, 63 y 622 CP 1870 (véase Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, vol. II, pp. 305-309); arts. 90, 91 y 134-136 CP 1928 (véase Jaramillo García, A: *Novísimo Código penal comentado y cotejado con el de 1870*, Salamanca, 1928, vol. I, lib. 1, pp. 263-264); arts. 27, 48 y 597 CP 1932; arts. 27, 48 y 602 CP 1944.

²⁰⁴ Al estudiar la normativa penal (municipal y general) del Principado catalán, pudimos advertir la no infrecuente regulación de esta pena en la etapa bajomedieval y moderna (Masferrer Domingo, Aniceto: «L'element sancionador i el contingut penal de les ordinations municipals catalanes. Especial consideració a les Ordinations de Girona de 1358», *Actas del XVII Congreso de Historia de la Corona de Aragón (Barcelona-Lleida, 7-12 de septiembre)* Barcelona, 2003, vol. III, pp. 523-551; del mismo autor: «La influència dels Usatges en l'ordenament jurídic penal dels municipis de la Catalunya Nova. Notes per a un estudi», *El territori i les seves institucions històriques. Actes Ascó, 28, 29 i 30 de novembre de 1997*, Barcelona, 1999, pp. 809-837.

²⁰⁵ Tomás y Valiente, Fco: «La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragoneses», *AHDE* 30 (1960), pp. 249-289

en solitario habían ostentado antes la pena de muerte y las corporales»²⁰⁶.

Es cierto que a partir del siglo XIX, en el sistema punitivo del Derecho penal codificado las penas privativas de libertad jugaron un papel de primer orden, pero no cabe olvidar que ni éstas aparecieron en este siglo, ni jamás la pena de muerte y las corporales compendiaron en solitario el sistema punitivo de la tradición penal del Antiguo Régimen²⁰⁷. Un estudio de nuestra tradición penal refleja que, aun siendo cierto el empleo excesivo de las penas de muerte y corporales en determinados períodos históricos —especialmente, en sistemas políticos de corte absolutista—, éstas jamás dejaron de convivir con otras clases de penas —y algunas, tan empleadas como aquéllas— como las pecuniarias y las privativas de determinados derechos.

Ciertamente, a partir de la Codificación la pena privativa de libertad empezó a jugar un papel indiscutiblemente mayor que en la tradición penal del Antiguo Régimen, pero no cabe olvidar que ésta surgió —y se desarrolló extraordinariamente— en la Edad Moderna. En efecto, cárceles y presidios eran instituciones penitenciarias bien conocidas por todos en los siglos modernos. El origen y aplicación de esta pena no fue, pues, una contribución del proceso codificador, si bien hay que reconocer el importante papel que jugó a partir de este momento.

La Codificación dispuso que la pena privativa de libertad no sólo pudiera imponerse con carácter principal, sino también subsidiariamente, esto es, para el caso de que el delincuente no pudiese hacer frente a la pena pecuniaria impuesta por la sentencia condenatoria. Es la denominada «pena privativa de libertad por impago de multa», vigente en nuestro ordenamiento penal y estudiada por la doctrina penalista²⁰⁸. Históricamente, tal institución, que recibió, entre otras de-

²⁰⁶ Landrove Diaz, Gerardo: «La abolición de la pena de muerte en España», *ADPCP* 34 (1981), f. I, p. 17; es preferible ahorrarse afirmaciones estereotipadas de este género que habitualmente apenas coinciden con la realidad, y más —si cabe— cuando proceden de un penalista que sólo de vez en cuando se ha ocupado de la tradición penal.

²⁰⁷ Morales Payán, Miguel Ángel: *La configuración legislativa del delito de lesiones en el Derecho histórico español*. Madrid, 1997, pp. 223-226.

²⁰⁸ Jareño Leal, Ángeles: *La pena privativa de libertad por impago de multa*. Madrid, 1994; para una panorámica sobre su evolución histórica, véase Sainz Guerra: *La evolución del Derecho penal en España*, pp. 330-333.

nominaciones, la de «prisión por deudas», fue regulada en numerosas fuentes normativas peninsulares, tanto territoriales y generales como locales y municipales. De hecho, según se desprende de su frecuente uso y regulación por las fuentes, parece ser que se erigió en una medida enormemente útil para resolver los probablemente numerosos delincuentes insolventes castigados con penas pecuniarias.

No es extraño, pues, que con esta larga tradición esta institución apareciera recogida en el primer Código penal. No obstante, «si bien durante el período inicial de la Codificación penal la existencia de esta institución no fue objeto especial de críticas, a partir del siglo XX empieza a cuestionarse la imposición de un castigo de cierta gravedad a quienes, por ausencia de recursos económicos, no pueden satisfacer una pena pecuniaria»²⁰⁹.

No parece necesario analizar la evolución que experimentó esta institución en el proceso codificador. Tan sólo diremos que hasta 1870 se denominó «privación de libertad subsidiaria», y que ya desde 1822 se dispuso que pudiera aplicarse «en todo caso de imposición de multa» (art. 91). El Código de 1870, con el objeto de aglutinar nuevas alternativas para los casos de insolvencia del condenado, modificó la denominación sin cambiar el contenido ni el sentido de la institución, pasando a llamarse «responsabilidad personal subsidiaria»²¹⁰.

Más tarde, aunque desaparecieron formalmente las medidas alternativas que originaron el cambio de terminología, la denominación se mantuvo intacta. Fue a partir de la Exposición de Motivos 1932, y especialmente en 1944, cuando el legislador, la doctrina y la jurisprudencia se plantearon la naturaleza de tal institución, esto es, si debía de concebirse como pena privativa de libertad o como responsabilidad personal subsidiaria²¹¹.

Otro aspecto de interés en la evolución de esta institución es el de los métodos utilizados para la conversión de la pena de multa en privación de libertad, que son dos: el método fijo, que permaneció vigente hasta el Código de 1928; y el libre arbitrio judicial, introducido en el

²⁰⁹ Jareño Leal, *La pena privativa de libertad por impago de multa*, p. 25.

²¹⁰ Art. 94 CP 1822; arts. 50-52 CP 1848; art. 49 CP 1850 (véase PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, pp. 355-358); art. 51 CP 1870 (véase Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, vol. II, pp. 274).

²¹¹ Jareño Leal, *La pena privativa de libertad por impago de multa*, p. 40.

Código de 1932 y vigente actualmente. También en este punto la evolución experimentada por esta institución a lo largo del periodo codificador refleja la que tuvo lugar en la tradición penal antigua, pues ambas fueron empleadas, dependiendo del texto normativo y del momento de que se tratara.

La noción «**penas privativas de derechos**» sí fue acuñada en la etapa codificadora, mas su contenido y diversas formas gozan de una tradición multiseccular, no ya sólo en el Derecho histórico español, sino en la tradición jurídico-penal europea e indiana.

Nuestras actuales penas privativas de derechos en buena medida hunden sus raíces en las antiguas penalidades humillantes (o infamantes en sentido amplio)²¹², y de modo particular, en la pena de infamia *stricto sensu*²¹³.

Nuestro Derecho histórico recogió distintas clases de penas privativas de derechos, algunas de las cuales fueron desapareciendo a lo largo de la Codificación por su carácter infamante. Éste fue el caso de la muerte civil —recogida ya en las Partidas IV, 18, 2 y mantenida en el Código de 1822 (art. 53)—, la degradación —frecuentemente aplicada en el Derecho canónico, y recogida por los Códigos de 1848-50 y 1870²¹⁴—, y la interdicción —de origen romano y de tradición multiseccular, regulada por nuestro Derecho penal hasta hace poco²¹⁵—.

Téngase en cuenta que en la tradición penal española y europea, muy a menudo tales penas privativas de derechos tenían por objeto

²¹² Una visión general de estas penas en el entorno europeo bajomedieval y moderno, puede verse en Masferrer, «La dimensión ejemplarizante del Derecho penal municipal catalán en el marco de la tradición jurídica europea...» ya citado.

²¹³ Masferrer, *La pena de infamia en el Derecho histórico español*, ya citado; del mismo autor: «La pena de infamia en la Codificación penal española», ya citado; del mismo autor: «La pena de infamia en las Costumbres de Horta (1296)», ya citado.

²¹⁴ Arts. 24, 29, 51, 52 y 114 CP 1848-50 (véase Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, pp. 331, 361-365 y 468-469); arts. 26, 54 y 120 CP 1870 (véase Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, vol. II, pp. 285-294).

²¹⁵ Arts. 24, 41 y 55 CP 1848-50 (véase Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, pp. 343-345 y 366-368); arts. 26, 43 y 54 CP 1870 (véase Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, vol. II, pp. 233-246 y 285-294); arts. 786 CP 1928; arts. 27, 42 y 44 CP 1932; arts. 27, 43, 45 y 72 CP 1944.

sustraer el honor del delincuente, objetivo que no sólo se lograba mediante la imposición de estas penas o la de infamia —ya analizada—, sino también merced a otras penas como la argolla —vigente hasta 1870²¹⁶—, el oír públicamente la sentencia²¹⁷, el apercibimiento²¹⁸, la reprensión²¹⁹ y la retractación²²⁰.

Entre las penas privativas de derechos no mencionadas hasta el momento merecen una especial atención las de inhabilitación, suspensión y pérdida del oficio y/o cargo público, que hoy en día constituyen una pieza fundamental dentro del sistema punitivo español, así como de la mayoría de los países europeos. Pero no cabe olvidar que tales penas como la pérdida o privación, la inhabilitación y la suspensión del oficio público ya jugaron un papel importantísimo en el sistema penal del Antiguo Régimen, según reflejan las fuentes normativas peninsulares. Una pena privativa de derecho regulada en nuestra tradición jurídica y no recogida en la etapa codificadora fue la privación de salario.

No es éste el lugar oportuno para analizar como se merecería la regulación de estas penas en el proceso codificador, pero sí queremos consignar por lo menos que la mayor parte de los problemas suscitados por esta clase de penas hunden sus raíces en su regulación histórica. Un interesante estudio que estamos llevando a cabo sobre las penas inhabilitantes para el ejercicio de la función pública en la Codificación europea refleja y demuestra esta afirmación²²¹.

Y es que sobre tales penas la única reforma sustancial del proceso codificador, que supuso una verdadera ruptura respecto al sentido y función de esta clase de penas en nuestra tradición penal, fue la

²¹⁶ Arts. 24, 29, 51, 52 y 113 CP 1848-50; o también el tener que presenciar la ejecución de otro (arts. 62, 63 y 100 CP 1822).

²¹⁷ Art. 87 CP 1822.

²¹⁸ Arts. 84 y 86 CP 1822.

²¹⁹ Arts. 85 y 86 CP 1822; arts. 24 y 110 CP 1848; arts. 24, 79 y 110 CP 1850; arts. 26, 92 y 117 CP 1870; arts. 27, 77 y 92 CP 1932; arts. 27, 73 y 89 CP 1944.

²²⁰ Arts. 81 y 83 CP 1822.

²²¹ Sobre la historia de estas penas, tan sólo disponemos el estudio de Beristain, Antonio: «La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 53 (1966), pp. 249-292; desde hace varios años estamos abordando un estudio sobre las penas inhabilitantes para el ejercicio de la función pública en la tradición europea y anglosajona, prestando especial atención a los Derechos francés, alemán, español, inglés y americano, que espero próximamente —Dios mediante— salga a la luz.

supresión del efecto infamante o estigmatizante que llevaba consigo su aplicación. Pero tal reforma no fue tan drástica ni rápida como podría parecer, sino más bien el resultado final de un proceso lento y gradual, que según el parecer de algunos autores todavía no hay que darlo por concluido hasta que tales medidas pierdan la naturaleza de penas, a imitación de otros modelos europeos como el alemán. Un primer paso encaminado a deslindar la aplicación de esta pena con la nota estigmatizante o ignominiosa fue la supresión de la pena de infamia (art. 23 CP 1848), que durante tantos siglos había irrumpido precisamente en quienes habían sido suspendidos, inhabilitados o privados de su cargo u oficio público. Pero tal reforma resultaba insuficiente mientras no fuera abolido el carácter perpetuo de estas penas, supresión que tuvo lugar con el Código de 1928.

Algunos aspectos controvertidos de esta clase de penas como son su duración, su carácter principal o accesorio, su naturaleza de pena o de medida de seguridad, su rehabilitación, etc., no son más que extremos cuya complejidad ya proviene de nuestra tradición penal anterior a la Codificación.

3.3. Secularización

Según dijimos, la secularización del Derecho penal, otro de los grandes objetivos de la nueva ciencia penal, respondía a la secularización de la sociedad y del Derecho en general²²². La escisión entre el orden moral y el jurídico, entre la noción de delito y pecado, necesariamente habría de traer consigo un lento —pero progresivo— proceso de despenalización de determinadas conductas delictivas cuya punición gozaba de una tradición multiseular.

a) La distinción entre Derecho y moral

En efecto, respecto a los fundamentos ideológicos del quehacer científico, poco tenía que ver la fundamentación teológica del absolutismo monárquico con el contractualismo político defendido por Hobbes; la escisión entre Derecho y Moral propugnada por Kant tuvo

²²² Véase la nota 20, y su texto principal correspondiente.

efectos inmediatos en la esfera jurídico-penal: el teologismo penal, propio del Antiguo Régimen, fue reemplazado por un Derecho penal secular, merced a un proceso de secularización general del Derecho al que contribuyó decisivamente el jurista alemán Thomasius²²³.

No se trata ahora de entrar aquí en la estrecha relación existente entre delito y pecado²²⁴, ni en la función moralizante del Derecho penal anterior a la Codificación²²⁵, aspectos bien sabidos por todos, aunque no siempre correctamente analizados y explicados. Sí hay que decir, sin embargo, que el movimiento codificador no hizo otra cosa que recoger de un modo gradual la nueva orientación ideológica de la ciencia penal.

A causa de la secularización del Derecho, y más en concreto del Derecho penal, desapareció progresivamente el binomio delito-pecado en determinados ámbitos de la conducta humana regulados penalmente, así como algunas nociones como las de leyes meramente penales y leyes penales mixtas, propias de la doctrina filosófico-penal del Antiguo Régimen.

b) La paulatina despenalización de ciertas conductas delictivas

La causa principal del proceso de ruptura acontecido ya en el periodo pre-codificador con respecto a la tradición penal anterior, se

²²³ Rüping, H.: «Carpzov und Thomasius», *ZStW* 109 (1997) Heft 2, pp. 381-389.

²²⁴ Clavero, Bartolomé: «Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones», *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*. Madrid, 1990, pp. 57-90; Pennington, Kenneth: «Pro peccatis patrum puniri: a Moral and Legal Problem of the Inquisition», *Church History* 47 (1978), pp. 137-154; Pérez Muñoz, Isabel: *Pecar, delinquir y castigar: el tribunal eclesiástico de Coria en los siglos XVI y XVII*. Salamanca, 1992; Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta...cit.*, pp. 219 ss.; del mismo autor: «Delincuentes y pecadores», *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*. Madrid, 1990, pp. 11-32; del mismo autor: «El crimen y pecado contra natura», *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*. Madrid, 1990, pp. 33-55.

²²⁵ Sobre esta cuestión, véanse Masferrer, «La dimensión ejemplarizante del Derecho penal municipal catalán en el marco de la tradición jurídica europea...ya citado»; del mismo autor, «La función moralizante del Derecho penal en las *Costums de Miravet* y de otros municipios catalanes en el contexto jurídico europeo bajomedieval y moderno», comunicación presentada en las *Jornades d'Estudi sobre els Costums de la Baillia de Miravet. 680è Aniversari Gandesa, 1319 / Arles, 1320* (Gandesa, 16-18 de Junio de 2000).

debió fundamentalmente a la mencionada secularización del Derecho en general, y del penal en particular. Ésta fue, sin duda alguna, la piedra de toque del nuevo edificio penal construido a partir del período codificador. Y tal secularización afectó particularmente al proceso de despenalización de determinadas conductas que, vinculadas a un orden teológico-moral existente y estrechamente conectado con el ordenamiento penal antiguo, fueron penalizadas durante siglos en la tradición penal europea, y en consecuencia, también en la española. En este sentido podría quizás hablarse de ruptura, pero téngase en cuenta que no se produjo tanto gracias a la Codificación, sino por el triunfo de la revolución liberal, merced a la cual se instauró un nuevo sistema político que, albergando las nuevas ideas penales de corte ilustrado, sustituyó el planteamiento teocéntrico por el antropocéntrico.

Ahora bien, si los Códigos penales españoles acogieron tan sólo gradualmente las consecuencias del nuevo planteamiento penal ilustrado, resulta más coherente sostener que en realidad no plantearon —respecto a las conductas delictivas— una ruptura en sentido estricto, sino más bien una reforma, pues ¿acaso no significan lo mismo «ruptura gradual» y «reforma»?

Ciertamente, la verdadera ruptura se produjo más bien con anterioridad al proceso codificador, acometiendo éste la tarea de aplicar de un modo progresivo el nuevo sistema que, respecto a las conductas delictivas, el camino fue lo suficientemente lento como para que resulte más acertado hablar de reforma y no de ruptura. El largo proceso de despenalización de determinados delitos contra la religión, la blasfemia, el adulterio y amancebamiento, el incesto, o los juegos ilícitos, regulados todos ellos hasta la segunda mitad del siglo XX, es una buena prueba de lo que venimos afirmando²²⁶.

De lo dicho se deduce que, respecto a las conductas penalizadas por nuestros Códigos, reformismo y continuismo son las expresiones

²²⁶ A este respecto, véase el reciente estudio de Santamaría Lambás, Fernando, *El proceso de secularización en la protección penal de la libertad religiosa*, Universidad de Valladolid, 2002, en el que precisamente se pone de relieve esta idea de lento y gradual proceso de secularización de nuestro Derecho penal a lo largo de la Codificación.

que mejor califican el tránsito y evolución del Derecho penal del Antiguo Régimen al período codificador. Veamos a continuación, pues —sin ánimo exhaustivo y a modo de ejemplo—, algunos delitos que, regulados ya en nuestra tradición penal, fueron recogidos primero por nuestros Códigos, y posteriormente reformados, hasta su —en su caso— definitiva despenalización²²⁷.

La penalización por la práctica de **los juegos ilícitos**, regulada a lo largo de nuestra tradición penal²²⁸, fue recogida por los distintos Códigos²²⁹, con la excepción del de 1822. Fueron varios los intentos de despenalización de tal conducta a lo largo de la Codificación, pero no llegaron a cuajar, a pesar de que, según el parecer de algún autor, la legislación histórica sobre esta materia muestra su escasa eficacia, y quizás por este motivo, en ocasiones se optaba por su tolerancia tácita, lo cual tampoco contribuía a la desaparición de los problemas individuales y sociales que el juego llevaba consigo. Con razón se ha dicho que «los problemas han sido prácticamente los mismos a través de la Historia, ya estuviera prohibido o autorizado el juego»²³⁰. En este caso, pues, la empresa codificadora tendió hacia su lenta y paulatina supresión, no lograda hasta hace bien poco.

Los delitos contra la honestidad constituyen otro ejemplo de reforma tendente a la gradual despenalización de algunas de sus formas²³¹. Así, por ejemplo, el delito de adulterio y amancebamiento, de tradición multiseccular en la cultura jurídica europea, no se despena-

²²⁷ Para una panorámica más amplia al respecto, véase Masferrer, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...cit.*, pp. 188-215.

²²⁸ Sobre los antecedentes histórico-legales de ese delito, véase el trabajo de Serrano Gómez, Alfonso: «Juegos ilícitos», *ADPCP* 30 (1979), f. II, pp. 307-309, en donde aparecen citadas algunas leyes recogidas en las Recopilaciones y otros textos castellanos; véase también el estudio de Piña Homs, Román: «Sobre la penalización del juego en el Reino de Mallorca», *Cuadernos de la Facultad de Derecho* 2 (Palma de Mallorca, 1982), pp. 81-105.

²²⁹ Arts. 260 y 261 CP 1848-50 (véase Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, pp. 824-827); arts. 358-360 CP 1870 (véase Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, vol. IV, pp. 70-89); arts. 743-749 CP 1928; arts. 353-355 CP 1932; arts. 349 y 350 CP 1944.

²³⁰ Serrano Gómez, «Juegos ilícitos», p. 310.

²³¹ Para una panorámica sobre su evolución histórica, véase Sainz Guerra, *La evolución del Derecho penal en España*, pp. 665-751.

lizó hasta 1978²³², recogiendo pues en todos los Códigos²³³, salvo el de 1932²³⁴.

Otro tanto cabría decir de otras conductas como el estupro-incesto, la bigamia, el concubinato, la homosexualidad y la prostitución, delitos de tradición secular que, recogidos por la mayoría de nuestros Códigos penales, fueron objeto de despenalización en la segunda mitad del siglo pasado. No cabe decir lo mismo del delito de violación²³⁵, tipo delictivo que lógicamente permanece vigente en nuestro ordenamiento.

Resulta congruente que el proceso de secularización haya afectado también a determinadas **conductas relacionadas con la moral pública y social**, y que, reguladas en alguno de los primeros Códigos, resultaron finalmente suprimidas o —por lo menos— modificadas²³⁶. Éste sería el caso —por poner algún ejemplo— tanto de la blas-

²³² Sobre este punto, véase el estudio de García-Puente Llamas, José: «La despenalización del adulterio y del amancebamiento en España», *Revista Española de Derecho Canónico* 35 (1979), pp. 371-378.

²³³ Arts. 669, 674 y 683-685 CP 1822; arts. 349-353 CP 1848; arts. 358-362 CP 1850 (véase Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, pp. 1042-1056); arts. 448-452 CP 1870 (véase Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, vol. V, pp. 5-74); arts. 620-623 CP 1928; arts. 449-452 CP 1944.

²³⁴ Respecto a esta clase de delitos, resulta ciertamente interesante la interpretación de Juan Sainz Guerra, en *La evolución del Derecho penal en España*, quien sostiene una visión poco extendida en la historiografía, pero bien certera a mi juicio. En efecto, Sainz Guerra presenta una visión menos estereotipada del objetivo perseguido con el castigo de determinadas conductas delictivas relativas a la moral sexual como el adulterio. A diferencia del sentido que demasiado a menudo se ha otorgado a la regulación de este delito por parte de la doctrina, señala este autor que «la institucionalización del delito de adulterio ha tenido como causa primordial el mantenimiento del orden familiar (...). La familia, al estar fundada en el matrimonio, se vio durante siglos impregnada de las características de éste (...); el delito preservaba primordialmente el cumplimiento de los deberes familiares» (pp. 687-689), apareciendo en un plano bien secundario la conservación o salvaguarda de una concreta moral. No se pretendía tanto poner a la persona al servicio de una moral, sino de encarnar una moral que salvaguardara efectivamente los principales bienes de la sociedad, en cuyo seno la estabilidad matrimonial y familiar jugaba un papel de primer orden.

²³⁵ Para una breve panorámica sobre su evolución histórica, véase Sainz Guerra, *La evolución del Derecho penal en España*, pp. 674-687.

²³⁶ Para una breve panorámica sobre la evolución histórica de los delitos...

femia²³⁷ como de la proclamación de doctrinas contrarias a la moral pública, figura estrechamente relacionada con el delito de escándalo público²³⁸.

La proclamación de doctrinas contrarias a la moral pública, recogido por vez primera en el Código de 1870, carecía de una clara incriminación específica, pues no resultaba fácil comprender el motivo de su regulación «como no fuera la insuficiencia de la punición del escándalo público genuino como falta en el Código de 1848 —art. 482— o la figura delictiva de la reforma de 1850 —art. 364—»²³⁹.

Según nos informa Martínez-Pereda, el Código de 1870 recogió en un precepto sin precedentes en nuestra tradición ni en otra del entorno europeo que «incurrirán en la pena de multa de 125 a 1.250 pesetas los que expusieren o proclamaren por medio de la imprenta y con escándalo doctrinas contrarias a la moral pública»²⁴⁰, fórmula seguida por el Código de 1932 (art. 436) con alguna leve diferencia²⁴¹.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Si —según se ha señalado— los principios de sistemática, secularización y humanización sintetizaron las principales aportaciones del pensamiento ilustrado al nuevo Derecho y ciencia penales, resulta lógico sostener que el desarrollo e implementación normativo-penal de

²³⁷ Art. 234 CP 1822; art. 480.1 CP 1848; art. 481.1 CP 1850; y arts. 567.1 y 239; no aparece penalizada, pues, en los Códigos de 1870, 1928 y 1932.

²³⁸ Arts. 627-634 CP 1822; art. 364 CP 1850; arts. 455-457 CP 1870; arts. 616-619 CP 1928; arts. 433-436 CP 1932; arts. 431-433 CP 1944.

²³⁹ Martínez-Pereda, «Proclamación de doctrinas contrarias a la moral pública», p. 654; téngase en cuenta a este respecto, sin embargo, la regulación de los arts. 527-534 CP 1822, sobre la que Martínez-Pereda prestó nula atención.

²⁴⁰ Art. 457 (véase Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, vol. V, pp. 146-147).

²⁴¹ Más tarde, el Código de 1944 (art. 433) sancionó con multa de 1.000 a 5.000 pesetas a «los que expusieren o proclamaren por medio de la imprenta otro procedimiento de publicidad, o con escándalo, doctrinas contrarias a la moral pública». La novedad fundamental consistió a su entender «en equiparar otros medios publicitarios a la imprenta, ya que la radiodifusión y otros medios semejantes aumentan

estos principios viene a reflejar precisamente los aspectos más destacables de la ciencia penal decimonónica. En efecto, los principales avances de la ciencia penal decimonónica pueden encuadrarse en el marco de esas tres nociones: sistematización, humanización y secularización, si bien su evolución no resulta homogénea.

A nuestro juicio, el estudio de esta cuestión, esto es, de los avances más destacables de la nueva ciencia penal cristalizados en los mismos Códigos, permite superar ciertos tópicos sobre el movimiento codificador, y nos ofrece una visión menos ideologizada de la ciencia penal decimonónica, deudora en muchos aspectos de la antigua doctrina romano-canónica.

Si los Códigos penales acogieron tan sólo gradualmente las consecuencias del nuevo planteamiento penal ilustrado, resulta más coherente sostener que en realidad no plantearon —en muchos aspectos— una ruptura en sentido estricto, sino más bien una reforma. Y al estudiar los Códigos convendrá, en todo caso, distinguir entre su contenido político-penal (principio de legalidad, personalidad de la pena, etc.), proveniente en gran medida de las conquistas político-liberales, y el estrictamente científico-penal, deudor en buena medida de la ciencia penal ciertamente anterior a Beccaria, esto es, del *ius commune*. Y respecto al primero, conviene tener en cuenta que su reivindicación por parte de los autores ilustrados no fue originaria, habida cuenta de que algunos juristas del siglo XVI y XVII ya habían defendido la conveniencia de su introducción. Pero el contexto político y social de aquellos siglos no comulgaba con esta corriente jurídico-penal.

A mi juicio, la verdadera ruptura se produjo más bien, pues, con anterioridad al propio proceso codificador. Más tarde, los Códigos acometieron la tarea de introducir y consolidar de un modo gradual y progresivo el nuevo sistema penal. Ese proceso fue, sin embargo, lo suficientemente lento como para que resulte más acertado hablar de reforma y no de ruptura. El largo proceso de despenalización de determinados delitos contra la religión, la blasfemia, el adulterio y amancebamiento, el incesto, o los juegos ilícitos, regulados todos ellos en España hasta la segunda mitad del siglo XX, da buena prueba de ello.

De lo dicho se deduce que, respecto a las conductas penalizadas por nuestros Códigos, reformismo y continuismo son las expresiones que mejor califican el tránsito y evolución del Derecho penal del Antiguo Régimen al periodo codificador.

LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL...

Sin embargo, conviene ahondar todavía más en el estudio de lo que supuso la Codificación en la evolución de nuestro Derecho penal respecto a los diversos conceptos, categorías e instituciones que hasta entonces rigieron en la España del Antiguo Régimen, cuestión de la que ya me he ocupado²⁴², pero espero suscite mejores estudios en esta misma línea, como de hecho refleja la historiografía penal europea especialmente la francesa²⁴³ y alemana²⁴⁴.

²⁴² Masferrer, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española*, ya citado.

²⁴³ Sobre el tratamiento de esta cuestión en la historiografía francesa, véase Masferrer Domingo, Aniceto: «Continuismo, reformismo y ruptura en la Codificación penal francesa. Contribución al estudio de una controversia historiográfica actual de alcance europeo», *AHDE* 73 (2003), pp. 403-420.

²⁴⁴ Härter, Karl: «Kontinuität und Reform der Strafjustiz zwischen Reichsverfassung und Rheinbund», *Reich oder Nation? Mitteleuropa 1780-1815* (herausgegeben von Heinz Duchhardt und Andreas Kunz). *Veröffentlichungen des Instituts für Europäische Geschichte Mainz*, Abteilung Universalgeschichte, Beiheft 46, Mainz 1998, pp. 219-278; Ludi, Regula: *Die Fabrikation des Verbrechens. Zur Geschichte der modernen Kriminalpolitik 1750-1850* (Frühneuzeit-Forschungen 5), Tübingen, bibliotheca academica, 1999 (una reseña de este estudio puede verse en el trabajo de Härter, Karl: «Von der «Entstehung des öffentlichen Strafrechts» zur «Fabrikation des Verbrechens». Neuere Forschungen zur Entwicklung von Kriminalität und Strafjustiz im frühneuzeitlichen Europa», *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* 1 (2002), pp. 159-196); y más recientemente, Härter, Karl: «Reichsrecht und Reichsverfassung in der Auflösungsphase des Heiligen Römischen Reiches».