

Alava significó un triunfo del centralismo unificador; sin embargo, el Derecho civil no fue alterado en dichas provincias ni en las otras que contaban con ordenamientos residuales propios, siendo ésta una de las concesiones efectuadas en favor de los territorios forales a cambio de la terminación de las contiendas de carácter político.

Por lo demás, el Código civil, único de esta materia aprobado a lo largo de todo el proceso codificador y cuya vigencia llega hasta nuestros días, se redactó tomando como punto de partida el Proyecto de Código civil de 1851. Con este Código la burguesía redondeó su sistema legislativo. Un sistema iniciado cuando esta clase se encontraba en su período ascendente y revolucionario, pero terminado cuando ya se había convertido en clase conservadora de un orden adecuado a sus intereses y a su cosmovisión. Aunque en otros países, como Francia, la codificación comenzara precisamente con el "Code civil", el Código civil de 1889 significa el punto final de la codificación española y constituye asimismo el remate y la consolidación del orden burgués.

BIBLIOGRAFIA

- TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.
 GÓMEZ ARBOLEYA, E., *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, IEP, Madrid, 1962.
 THIBAUT y SAVIGNY, F. C., *La Codificación*, Ed. Aguilar, Madrid, 1970.
 ANTEQUERA, J. M., *La codificación moderna en España*, Madrid, 1886.
 CARONI, P., "La cifra codificatoria nell'opera di Savigny", en *Quaderni fiorentini*, 9 (1980), 69-111.
 GONZÁLEZ VICEN, F., "La escuela histórica del Derecho", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núms. 18-19 (1978-1979), págs. 1-48.

CAPÍTULO XXVII

LA CODIFICACION DEL DERECHO PENAL

1. LA CODIFICACIÓN PENAL: MOTIVOS DE SU PRIORIDAD

a) *El reformismo ilustrado como precedente*

El primer Código que se aprobó en España fue el Código penal de 1822; la fecha no es muy temprana, pero sí notablemente anterior a las de los otros Códigos liberales españoles. ¿A qué se debió esa anticipación? Para responder a esta pregunta es conveniente retroceder a la segunda mitad del siglo XVIII y enlazar con el reformismo penalista de los ilustrados.

En 1748 Montesquieu, en su *De l'esprit des lois* expuso convincentes razones en favor de un nuevo Derecho penal y de un también renovado proceso penal. Montesquieu hizo ver la conexión entre leyes políticas y leyes penales; trató de convencer a los monarcas europeos acerca de que "el espíritu de moderación" era el propio de un legislador ilustrado; sostuvo la idea de que puesto que las penas son el precio que cada ciudadano debe pagar por la defensa de su libertad y su seguridad, tales castigos deben guardar proporción más que con la maldad íntima del delincuente, con el peligro que cada delito signifique para la seguridad y libertad de los ciudadanos. Para Montesquieu era evidente que "la severidad de las penas conviene mejor a un Gobierno despótico, cuyo principio es el terror, que no a la Monarquía o a la República, que tienen por objetivo la protección del honor y de la virtud. En estos Estados un buen legislador se preocupará menos de castigar los crímenes que de prevenirlos" (Libro VI, capítulo IX). Así, pues, la proporcionalidad de las penas y el carácter preferentemente preventivo de la legislación penal, unidos a la defensa de un espíritu de moderación al elaborar el catálogo punitivo, fueron desde entonces algunos de los principios penalistas de filósofos y juristas ilustrados.

El reformismo ilustrado atendió simultáneamente al campo del proceso penal. Para el mismo Montesquieu la libertad y la seguridad de los ciudadanos dependían principalmente de la bondad de las leyes penales y procesales. De poco valía proclamar filosófica y políticamente la libertad si no había leyes ordinarias que garantizaran tanto la protección del acusado inocente como la seguridad de que siempre habrá una condena justa en un proceso justo. De ahí la enorme importancia que tendría el lograr un notable progreso en estas materias; progreso nada sencillo ni en el campo penal ni en el procesal penal, pero del cual dependen bienes esenciales para la convivencia social: "Los conocimientos que se hayan adquirido en cualquier país y los que se adquieran en otros acerca de las reglas más seguras que se puedan aplicar en los juicios criminales interesan

al género humano más que cualquier otra cosa del mundo" (Libro XII, capítulo II).

Algunos años después, en 1764, un joven marqués italiano, Cesare Beccaria publicó un pequeño, pero fundamental, libro: *De los delitos y de las penas*. El folleto de Beccaria recorrió toda Europa en multitud de ediciones. Cuando un libro tiene un eco tan rápido es porque en él se dicen palabras que muchos desean leer. El mérito principal del libro de Beccaria no fue su originalidad, sino más bien el haber sabido reunir ideas dispersas y de general aceptación en su tiempo. Con un espíritu humanista y una notable capacidad de síntesis, Beccaria sometió a un enfoque crítico unitario los horrores y los defectos de la legislación y la práctica penal y procesal penal. Las críticas volterianas al procedimiento penal francés, las censuras de Montesquieu a la inútil crueldad de las penas, las protestas de algunos espíritus compasivos contra la tortura, o estaban insertas en un conjunto temático mucho más amplio (como sucedía con *L'esprit des lois*), dentro del cual podían pasar casi desapercibidas, o aparecían vinculadas a casos procesales muy concretos (como ocurría con las quejas de Voltaire en función de un famoso proceso francés de 1762). Hacía falta observar que los excesos que unos y otros denunciaban esporádicamente obedecían a unas raíces comunes y que sólo sustituyendo éstas por unas premisas humanistas, moderadas y respetuosas para el hombre que hay en cada delincuente, era posible eliminar los abusos e injusticias del sistema penal y procesal penal. Y eso fue lo que hizo Beccaria. Sus críticas eran aplicables por igual a todas las legislaciones europeas y ello contribuyó también al éxito espectacular de su libro.

Por aquellos mismos años, un filántropo inglés, John Howard, publicó un libro, que también se hizo pronto famoso, sobre el estado de las prisiones en Inglaterra (*The state of prisons in England*, 1770). Howard había recorrido casi todos los países de la Europa continental y había visitado sus prisiones; su amplio conocimiento del sistema penitenciario europeo constituye el amargo trasfondo de su libro, por lo cual sus denuncias contra el carácter inhumano, degradante y cruel de las prisiones inglesas podía ser también aplicable a todas las demás prisiones europeas, con diferencias de escasa entidad. De este modo, el movimiento reformista de la Ilustración se hizo patente, no sólo en el campo estrictamente penal, sino también en el procesal penal y en el penitenciario.

Como ha escrito en nuestros días el filósofo inglés Bertrand Russell, durante la segunda mitad del siglo XVIII y durante casi todo el XIX hubo en Europa "una disminución general de la ferocidad". Gran parte de este clima se debió al movimiento del reformismo ilustrado en los tres campos ya señalados.

En España la repercusión de esta corriente fue notable. Aunque no llegó a elaborarse ningún Código penal, pues, como sabemos, los intentos en esta línea se frustraron, el eco del reformismo ilustrado caló muy hondo en gran número de juristas y políticos. Lardizábal, Meléndez Valdés, Jovellanos, Cabarrús, Foronda, Juan Pablo Forner y Sempere y Guarinos, entre otros de menor importancia, acogieron en mayor o menor medida las nuevas ideas de carácter humanitario y criticaron con ellas el Derecho penal vigente, así como también el sistema procesal penal. Es cierto que también hubo por entonces en España

defensores acérrimos de la tortura, como ocurrió con un canónigo sevillano, Pedro de Castro, e incluso con el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, organismo que en 1778 hizo pública su opinión favorable a dicha institución. También es verdad que la obra de Beccaria fue incluida por la Inquisición española en el Índice de libros prohibidos de 20 de junio de 1777. Pero pese a esta resistencia frente a las nuevas ideas reformistas por parte de los institutos más reaccionarios del absolutismo, aquéllas se difundieron y gozaban de enorme prestigio entre los liberales en el momento de producirse la invasión francesa y el movimiento revolucionario centrado en las Cortes de Cádiz.

Por consiguiente, la existencia de este cuerpo de nuevos principios penales, dotados de formulación coherente y generalmente admitidos por todos los liberales españoles, fue una de las causas que hizo posible la redacción de un Código penal en fecha relativamente temprana.

b) *Otros factores que facilitaron la codificación penal* fueron el carácter necesariamente legal de este Derecho y la ausencia de resistencia foralista respecto a su codificación.

El Derecho penal no puede consistir en normas consuetudinarias sino en normas legales, únicas que pueden proporcionar garantías suficientes respecto a su contenido y únicas emanadas directamente del Estado, como titular del "ius puniendi". Por consiguiente, la redacción de un Código penal no había de hacerse respetando tales o cuales costumbres o tradiciones jurídicas, con mayor o menor arraigo popular, como ocurría a la hora de plantearse la elaboración del Código civil. La falta de este obstáculo o freno facilitó el proceso codificador en el campo penal.

Por otra parte, tampoco los territorios forales defendieron un Derecho penal particular frente al emanado desde los poderes del Estado liberal. Los reinos de la Corona de Aragón habían perdido casi por completo sus respectivos ordenamientos penales con ocasión de los Decretos de Felipe V, y los territorios de la Corona de Castilla que conservaban algunas normas penales no encontraron argumentos para defenderlas frente a un Derecho penal más humanitario. En realidad, el proceso de unificación del Derecho penal se había producido ya en gran parte durante la Monarquía absoluta, pues las leyes penales emanadas de ésta tenían en muchas ocasiones vigencia en todos los reinos. De este modo, no hubo que vencer en materia punitiva obstáculos que en otros sectores, y particularmente en el Derecho civil, significaron impedimentos muy resistentes frente a la codificación.

2. PRECEPTOS JURÍDICO-PENALES CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1812

En el discurso preliminar de la Constitución de Cádiz hay párrafos (véanse, por ejemplo, los números XXXII y LI) que constituyen citas casi literales de Montesquieu y de Beccaria, respectivamente. Se encarece en ellos la trascendencia de la legislación penal; se califica de muy urgente la reforma de las

leyes criminales; se anuncia la sustitución de las viejas leyes penales por un nuevo Código penal "que represente la imagen de dulzura, de liberalidad y beneficencia que corresponde a la generosidad y grandeza de la Nación española".

Sin embargo, tan solemnes y abstractas declaraciones apenas se reflejan en el articulado de la Constitución. Sólo se dice que habrá un Código penal de vigencia nacional (artículo 258), que nunca se impondrá la pena de confiscación de bienes (artículo 304) y que ninguna pena que se imponga podrá producir efectos sobre la familia del que la sufre, sino que todas surtirán todo su efecto "precisamente sobre el que la mereció" (artículo 305).

Otros principios constitucionales, como el de la división de poderes y la atribución al judicial de la potestad de aplicar las leyes (artículo 242) suponen también efectos de carácter penal, puesto que limitan la función judicial a la aplicación de las leyes reduciendo tácitamente el amplio arbitrio de los jueces del Antiguo Régimen que les permitía de hecho crear penas no contenidas en las leyes (las llamadas "penas arbitrarias"). No obstante, en los artículos constitucionales no hay una enunciación inequívoca del carácter de legalidad previa que debiera tener toda figura delictiva y toda pena ("nullum crimen nulla poena sine lege").

En materia procesal penal la Constitución de 1812 sí contenía garantías suficientes e innovadoras, como veremos en su momento. Pero en lo concerniente al Derecho penal y a su codificación, el texto gaditano se reduce a la enunciación de declaraciones vagas y enfáticas casi nunca traducidas en preceptos constitucionales propiamente dichos.

Las Cortes de Cádiz no dieron más pasos conducentes a la elaboración del Código penal. La designación de los miembros de la Comisión que había de redactarlo se hizo ya tan tarde (abril de 1814) que casi coincidió con el regreso de Fernando VII y la restauración del absolutismo.

3. EL PRIMER CODIGO ESPAÑOL: EL CÓDIGO PENAL DE 1822

En el primer período absolutista de Fernando VII (desde mayo de 1814 hasta marzo de 1820) tanto la codificación penal propiamente dicha como la simple reforma parcial de las leyes penales fueron abandonadas. Como única excepción en este sentido hay que citar un Real Decreto de 2 de diciembre de 1819 por el cual Fernando VII encargó al Consejo Real que elaborase un Código criminal, en el que obtuvieran "clasificación discreta" los delitos, en el que se suprimiera la pena de "confiscación absoluta de bienes" y en el que se redujese el arbitrio judicial. Las directrices dadas por el soberano al Consejo eran escasas y no tenemos pruebas de que su voluntad innovadora y codificadora fuese sincera. De hecho, ni sabemos que el Consejo se diese por enterado ni que se hiciera nada en consecuencia del citado Decreto. Así las cosas, la formación de un Código penal que acabase con la bárbara legislación punitiva del Antiguo Régimen fue tarea de los liberales del trienio. El 20 de agosto de 1820 las Cortes nombraron una Comisión para que procediese

a la elaboración de un proyecto de Código penal; formaron parte de dicha Comisión Calatrava, Martínez Marina y Flórez Estrada, entre otros miembros de menor renombre; al parecer, los dos primeros diputados citados fueron quienes más intensamente intervinieron en la redacción del texto legal. La Comisión presentó a las Cortes el proyecto en abril de 1821 y se remitieron ejemplares del mismo tanto a corporaciones públicas como a individuos ajenos a las Cortes para que opinasen sobre él. Con las numerosas respuestas recibidas, la Comisión procedió a enmendar algunos artículos del proyecto; éste fue sometido a discusión en el pleno de las Cortes a partir de noviembre de 1821 y una vez aprobados todos sus artículos, fue decretado por las Cortes el 8 de junio de 1822 y mandado promulgar el 8 de julio siguiente.

Quienes han estudiado en nuestros días el Código de 1822 han dudado acerca de si llegó a estar vigente antes de la nueva restauración absolutista realizada por Fernando VII en 1823. Alonso y Alonso sostuvieron que el citado Código no llegó a estar vigente, y José Antón Oneca se mostró dudoso a este respecto, pero Alicia Fiestas ha demostrado recientemente la indudable, aunque breve, vigencia del Código penal en 1822.

Este fue, como ha escrito José Antón Oneca, "palenque en que lucharon las ideas del antiguo régimen contra las reformistas exportadas por la filosofía de la Ilustración". Un gran penalista del siglo XIX, de cuya obra nos ocuparemos en seguida y que se llamaba Joaquín Francisco Pacheco, emitió un juicio bastante favorable sobre nuestro primer código. "El Código de 1822 es un Código científico. La ciencia del Derecho (sigue diciendo Pacheco) y la buena filosofía inspiran la mayor parte de sus disposiciones. Digno del siglo, mejoraba inmensamente la situación penal de la nación. Pero es a veces demasiado duro; transige demasiado con antiguas preocupaciones españolas... Hay en él algo del *Fuero Juzgo* y de las *Partidas*, envuelto con el carácter del *Código de Napoleón*".

El Código de 1822 constaba de un título preliminar, de una parte primera sobre los delitos contra la sociedad y una segunda parte dedicada a los delitos contra los particulares. Hay en él notoria influencia de Beccaria, de Filangieri y del francés Bexon, pero por encima de todos estos autores quien más influjo operó sobre su contenido fue Jeremías Bentham. Este, sin embargo, emitió juicios bastantes severos contra el Código en carta privada dirigida al conde de Toreno, diputado de las Cortes y amigo del filósofo y jurista británico.

4. PROYECTOS POSTERIORES

La vuelta al absolutismo en 1823 significó de nuevo la plena vigencia del Derecho penal del Antiguo Régimen contenido principalmente en la séptima *Partida* y en el Libro XII de la *Novísima Recopilación*, así como en algunas nuevas leyes de Fernando VII no más benévolas que las recopiladas.

Un Decreto de 26 de abril de 1829 mandó crear una Junta para la formación de un Código Criminal. Se trataba de enlazar con aquel Decreto de 1819 ya mencionado aquí. Era secretario de la Junta Pedro Sainz de Andino, notable jurista, hombre intrigante y ambicioso, que gozaba de la protección del ministro Calomarde y del propio rey. La Junta

remitió al Gobierno un Proyecto de Código penal en mayo de 1830. No obstante, Sainz de Andino, que tuvo fricciones continuas con todos los miembros de la Junta, se aprovechó de los anteproyectos elaborados por éstos para redactar personalmente otro texto, que presentó al rey en mayo de 1831. El proyecto de Código criminal valió a Andino una nueva distinción regia, nombrándole Fernando VII fiscal del Consejo Real. Sin embargo, no llegaron a promulgarse ni el Proyecto de la Junta de 1830, ni el entregado por Andino en 1831. En junio de este año nombróse otra Junta encargada de la revisión del texto redactado por Andino. Muerto Fernando VII en septiembre de 1833, todo seguía igual. Las intrigas y las dilaciones en la elaboración del Código penal parecen indicarnos que no había gran interés en la Corte absolutista por llevar a término dicha tarea.

Meses después de la muerte de Fernando VII, en junio de 1834, la Junta nombrada en 1831 elevó al Gobierno su Proyecto de Código criminal. En realidad no era sólo esto, pues su último libro estaba dedicado (como en los proyectos de 1830 y 1831) al proceso penal. No se tomó resolución alguna sobre este proyecto oficial de 1834. Ni se promulgó ni parece que sirviera de base para ulteriores trabajos. Nadie lo ha estudiado a fondo.

Todavía hubo otro proyecto frustrado. En septiembre de 1836, poco después del Motín de La Granja y del restablecimiento de la Constitución de 1812, se nombró una Comisión con cargo de revisar y eventualmente reformar el Código penal de 1822. En realidad, la Comisión, excediéndose en sus funciones, redactó un nuevo Proyecto de Código penal que fue remitido al Gobierno en comunicación firmada por Miguel Antonio de Zumalacárregui en julio de 1839. Pero no prosperó. Diversos informes oficiales solicitados por el Gobierno enjuiciaron negativamente el texto de 1839, que "sin mejorar el Código de 1822, lo había mutilado y trastornado enteramente". Tampoco este Proyecto de 1839 pasó, pues, de ser un intento fallido.

5. EL CÓDIGO PENAL DE 1848

Muy pocos países europeos llegaron a mediados del siglo XIX sin tener vigente un Código penal liberal. El Código penal de Napoleón de 1810 se había difundido por Europa durante el dominio napoleónico, y aunque tras la derrota de Napoleón cada nación trató de desentenderse de un Derecho impuesto por los invasores, todas comprendieron que el Derecho penal contenido en el Código francés de 1810 era incomparablemente mejor que sus respectivas legislaciones penales procedentes del Antiguo Régimen. Pronto aparecieron diversos Códigos penales muy influidos por el Código penal napoleónico de 1810 y, a través de éste, por el pensamiento del reformismo ilustrado acogido y desarrollado por los revolucionarios franceses.

Entre tanto, en España, derogado el Código de 1822 por la reacción absolutista de 1823 y frustrados los intentos posteriores de codificación, estaba vigente el Derecho penal de la Monarquía absoluta, modificado o sustituido tan sólo en algunas materias como las concernientes a los delitos de imprenta o a los de carácter político. Esta anacrónica situación fue corregida de modo definitivo por el Código penal de 1848.

A partir de la Comisión General de codificación de 1843, presidida como ya sabemos por Manuel Cortina, se reanudaron los trabajos para redactar un nuevo Código penal. Cortina encargó a Manuel Seijas Lozano un proyecto que sirviera de base para ulteriores discusiones en el seno de la Comisión. Seijas es ciertamente el autor del proyecto de Código penal, que, tras ser ligeramente modificado por la Comisión, fue remitido al Gobierno en diciembre de 1845.

Tardó bastante en ser presentado a las Cortes; se discutió en el Senado en febrero de 1847 y en el Congreso en marzo de 1848.

Durante mucho tiempo, a raíz del testimonio, sin duda erróneo, de un penalista de finales del siglo XIX (Silvela), se ha venido atribuyendo equivocadamente la paternidad del Código de 1848 a Joaquín Francisco Pacheco, siendo así que el texto fue redactado por Seijas Lozano. José Antón Oneca y Alicia Fiestas han demostrado la indudable autoría de Seijas a este respecto. Sin embargo, el Código de 1848 va asociado al nombre de Pacheco porque este excelente jurista escribió inmediatamente después de promulgado el Código una obra fundamental en torno al mismo: "El Código penal, comentado y concordado", cuya primera edición de 1848-1849, pronto agotada, fue seguida de otras muchas. Pacheco, que ya en 1836 había escrito algún ensayo juvenil acerca de la codificación, que en 1839 y 1840 explicó en el Ateneo madrileño un curso de Derecho penal, muchas de cuyas ideas fueron después recogidas en el Código de 1848 y que, fuera del campo penalista, escribió unos famosísimos comentarios a las leyes desvinculadoras y unas *Lecciones* de Derecho político constitucional (previamente pronunciadas en la cátedra del Ateneo), fue un jurista de gran calidad y un político representativo como pocos del pensamiento del moderantismo. El se sentía identificado con el Código penal que comentó, porque, entre otras razones, se hallaba por completo de acuerdo con el texto constitucional de 1845 y con la política "liberal pero severa" encarnada por el régimen político de Narváez.

Seijas y quienes con él colaboraron en la redacción del Código trataron de beneficiarse del retraso que la codificación penal llevaba en nuestro país, aprovechando la experiencia ajena. Nuestro Código, hecho con posterioridad al francés, al austríaco, al napolitano, incluso al brasileño, "debía tener en cuenta todos los anteriores, para salir más perfecto y acabado que ninguno". En su articulado se intentó reunir de modo equilibrado la influencia de los citados Códigos, "las teorías de los filósofos criminalistas modernos" y lo que pudiera ser aprovechable de nuestra tradición jurídica y de la jurisprudencia de nuestros Tribunales. Así lo declara Pacheco, de quien son las anteriores frases, y así parece desprenderse del análisis del articulado del Código. Pero las influencias mencionadas no impiden que nuestro Código tuviera "su propia línea", su "fisonomía propia", como señala en nuestros días Rodríguez Devesa.

El Código de 1848 fue muy bien acogido por los juristas de su tiempo y también lo es por los del actual. Debemos tener en cuenta que a pesar de las reformas que el texto de 1848 ha experimentado, continúa siendo la base del Código penal vigente hoy. Su Libro I se refería a las "Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas"; el Libro II trataba "De los delitos y sus penas" y el Libro III "De las faltas".

Pese a su reconocida calidad técnica hay que señalar la extremada dureza del Código del 48 en muchas materias. Se ha escrito que "lo más cruel y repugnante que existe después de la pena de muerte es el ceremonial que la precede" (B. Pérez Galdós). Pues bien, el Código que comentamos imponía la máxima pena con mucha frecuencia, y ello a pesar de que por entonces comenzaba a difundirse por Europa un nuevo movimiento abolicionista contra la pena capital. Además, al establecer el ceremonial de la pena de muerte incurría en morbosos detalles, tales como los contenidos en los artículos 90 ("El sentenciado a la pena de muerte será conducido al patíbulo con hoga negra, en caballería o carro. El pregonero publicará en alta voz la sentencia en los pa-

rajes del tránsito que el juez señale”) y 91 (“El regicida y el parricida serán conducidos al patíbulo con hoga amarilla y un birrete del mismo color, uno y otro con manchas encarnadas”). Detalles que si no fueran macabros serían ridículos y que, sin embargo, merecieron en su tiempo la aprobación y alabanza del mismo Pacheco. En materia de delitos políticos y de delitos religiosos el Código es también sumamente severo. Muy expresivo de la mentalidad al uso es su artículo 461 en el que resultan penados quienes “se coligaren con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo”; bajo este rebuscado enunciado se trataba de punir la huelga.

En suma, podríamos concluir que el CP de 1848 es un texto técnicamente muy correcto, cuya estructura se ha respetado en los posteriores Códigos españoles hasta la actualidad y que en muchos preceptos revela la rigurosa severidad de un Estado liberal moderado, que lo utiliza como instrumento eficaz para defender el orden establecido, con especial rigor punitivo en materias concernientes a la defensa de la religión, del propio poder y de las bases socioeconómicas.

6. LAS REFORMAS DE 1850 Y 1870

La misma ley de 19 de marzo de 1848 que autorizó al Gobierno a publicar el CP le facultaba para que en caso de urgencia pudiese realizar “por si cualquier reforma”, dando cuenta de ella “a posteriori” a las Cortes. En uso de estos poderes hubo varios Decretos que introdujeron pequeñas reformas en el articulado del CP de 1848. La más importante de todas fue la contenida en el Decreto de 30 de junio de 1850, por el cual se publicó una edición oficial reformada del Código, con notorias aunque no transcendentales diferencias respecto al texto inicial.

La reforma de 1850 fue una respuesta a las agitaciones revolucionarias de 1848. El régimen de Narváez reafirmó su carácter autoritario por medio de las modificaciones introducidas en el CP, consistentes en castigar más severamente determinados delitos políticos y en penar de una manera general determinados actos preparatorios, como son la conspiración y la proposición para delinquir. Pacheco criticó la reforma de 1850 y le auguró corta vida. Diversas corporaciones —Tribunales de justicia, Colegios de Abogados— y destacados juristas mostraron asimismo su insatisfacción ante las modificaciones de 1850. Pero durante la vigencia del régimen moderado y de la Constitución de 1845 era muy difícil alterar de nuevo el CP, sobre todo para suavizar penas. Hubo que esperar, pues, a un nuevo cambio constitucional.

La vinculación entre Derecho constitucional y Derecho penal se puso de manifiesto no sólo en la reforma de 1850, sino de un modo patente con ocasión de la mucho más importante modificación de 1870. Como a este respecto ha escrito Núñez Barbero la nueva reforma del CP obedeció en 1870 “a la necesidad de acomodar el orden penal a los principios básicos de la Constitución”. La libertad de cultos garantizada en la Constitución obligaba a un nuevo tratamiento de los delitos religiosos; del mismo modo, la amplia declaración de

derechos individuales contenidos en la Constitución de 1869 hacía necesaria la eliminación de algunos tipos delictivos del CP del 48; por otra parte, las reformas introducidas en 1850 merecían ser eliminadas, sobre todo a la luz de un nuevo enfoque más auténticamente liberal. A estas cuestiones se redujo principalmente la reforma de 1870, así como también a la inclusión dentro del Código de los posibles delitos cometidos por medio de la imprenta, materia que había dado lugar hasta entonces a abundantes y contradictorias leyes especiales.

El CP de 1870 fue obra de las Cortes constituyentes; antes de que éstas se disolvieran, el entonces ministro de Gracia y Justicia Eugenio Montero Ríos presentó un proyecto de Código, que tras un rápido examen favorable al mismo realizado por la Comisión de Cortes, y una no menos rápida discusión en las mismas, fue aprobado por éstas. No obstante, habida cuenta de la celeridad con que el texto había pasado por la asamblea parlamentaria, las Cortes dieron su aprobación para que el Código fuese publicado “sólo provisionalmente”, aplazando la discusión detenida y definitiva del mismo para después del verano. Pese a todo, el CP de 1870, “Código de verano” como lo calificó Silvela, Código provisional según las Cortes, estuvo vigente cincuenta y ocho años, es decir, desde el verano de 1870 hasta finales de 1932 (con una breve interrupción debida a la vigencia del CP de 1928).

Se discute a veces, un tanto bizantinamente, si el CP de 1870 es un nuevo texto legal o una simple reforma del de 1848. Quizá sea más sensato referirse a él como si de un nuevo Código se tratase, dado que las modificaciones en él introducidas son abundantes e importantes. No obstante, la estructura del Código sigue siendo la del texto de 1848. Es justo señalar que, como opina Jiménez de Asúa, el CP de 1870 “está insuperablemente escrito” y que el número de sus artículos no era excesivo, siendo esto un innegable mérito, pues los Códigos no deben ser largos.

La mayoría de las modificaciones introducidas en 1870 merecen justamente la denominación de políticas. Y es obvio, en opinión de Núñez Barbero, que en el aspecto político la reforma es de marcada tendencia liberal. Otras reformas eran de índole técnica y a través de ellas se introdujeron o se reforzaron los principios propios del Derecho penal liberal; el legalismo o garantía de legalidad (“nullum crimen nulla poena sine lege”), el individualismo (entendido como protección penal del ejercicio de derechos individuales y como criterio de individualización de la pena) y el humanitarismo, como criterio de benignidad y dulcificación de las penas, son principios ampliamente recogidos en el texto penal de 1870.

Una característica sobresaliente del Código del 70 es el escasísimo margen que concedía a los jueces para la concreción de las penas y la valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso. El CP desconfía del arbitrio judicial y teniendo en consideración la conducta de los jueces del antiguo régimen se esfuerza por corregir aquel excesivo poder de los tribunales y por someterlos rígidamente a la ley. Se ha criticado a este Código el haber reducido a los jueces a simples mecanismos y el haber creado un sistema de graduación de las penas automático por medio de una verdadera “aritmética penal”. Pero

en estas características hay que saber valorar (como ha hecho a este propósito Manuel Cobo del Rosal, entre otros autores) la sana intención del legislador de 1870, que no era otra sino garantizar el cumplimiento del principio de legalidad, piedra angular de todo Derecho penal civilizado.

El juicio que merece en conjunto el CP de 1870 es, pues, muy positivo. Es cierto que a lo largo de su vigencia algunas de sus decisiones pudieron quedar anticuadas o algunos de sus criterios pudieron ser superados por nuevos progresos científicos en materia estrictamente penal o en el ámbito de algunas ciencias, como la Psiquiatría, de tanta incidencia sobre la legislación penal. Pese a todo ello, el CP de 1870 resistió dignamente el paso del tiempo.

No faltaron proyectos para reformarlo o sustituirlo de plano. Jiménez de Asúa ha enumerado más de una docena de proyectos posteriores a 1870, entre los cuales el mejor, a su juicio, fue el de Luis Silvela. Este penalista, hermano del político liberal Francisco Silvela, elaboró un notable texto en 1894. Según Jiménez de Asúa, "es uno de los Proyectos más científicos que se han compuesto en España y, para su época, una obra de la más alta estima, que fue traducida al alemán". En 1925 aparecieron las críticas contra el Código, destacando las expuestas por el psiquiatra socialista José Sanchis Banús y por el penalista murciano Mariano Ruiz Funes. Pero por aquellas fechas, implantada ya la dictadura del General Primo de Rivera, era de temer que una reforma del Código del 70, lejos de mejorar el vetusto texto introduciendo en él novedades científicas, diera lugar a un texto legal más severo y no más técnico. Y así fue.

7. EL CODIGO PENAL DE 1928

Cada régimen político necesita su propio Código penal. La Dictadura de Primo de Rivera lo comprendió así y aunque en un principio se limitó a promulgar leyes especiales, pronto se propuso modificar el Código del 70. La Real Orden de 12 de marzo de 1926, que puso en marcha el proceso de reforma, dispuso la redacción "de una nueva edición del CP de 1870". Pero los miembros de la Comisión codificadora elaboraron un Código enteramente nuevo. Intervinieron en la redacción Galo Ponte, Eugenio Cuello Calón e Inocencio Jiménez Vicente. El Código se promulgó por Real Orden de 8 de septiembre de 1928.

El CP de la Dictadura recibió más censuras que aplausos. Jiménez de Asúa, que lo califica de "engendro", afirma que "es una obra que merece la más áspera censura", y señala tanto su extremado rigor punitivo, que le llevó a aplicar la pena de muerte en más casos que el CP de 1870, como la intolerable extensión de su texto y los abundantes "disparates" de carácter técnico que contiene.

Por su parte, Rodríguez Devesa opina que el Código de 1928 "presenta, al lado de defectos técnicos más copiosos de lo que sería menester, indiscutibles progresos, que en parte han pasado a la legislación posterior".

Otros penalistas de nuestros días, Cerezo y Rodríguez Mourullo coinciden en señalar el carácter autoritario del Código del 28 y en destacar entre sus innovaciones positivas la inclusión de las medidas de seguridad. Más severo es el juicio que sobre el CP de 1928 emite Marino Barbero. Para él la prin-

cipal innovación del mismo fue la acogida de las medidas de seguridad mientras que su principal tacha consistía en "su excepcional severidad". Piensa Marino Barbero que el CP de 1928, desde el punto de vista político, "responde a las características del régimen que le dio vida, una dictadura: el Código posee una clara impronta totalitaria o fascista". Conviene tener en cuenta que la estrecha vinculación, tantas veces puesta de manifiesto a través del presente capítulo, entre política y Derecho penal había de reflejarse por fuerza en el Código de la Dictadura, del mismo modo que también se percibe, como vimos, en la reforma de 1870. Sólo que si en 1870 dicha influencia fue benéfica, en 1928 tuvo signo contrario. Lo cierto es que contra el CP de 1928 se elevaron poco después de su publicación numerosas protestas, que culminaron en el acuerdo del Colegio de Abogados de Madrid de 12 de abril de 1930 solicitando de los poderes públicos la desaparición del nuevo Código y el restablecimiento del de 1870. No obstante, el CP de 1928 estuvo vigente hasta la llegada de la II República.

8. EL RESTABLECIMIENTO DEL CÓDIGO DE 1870 Y LA REFORMA PENAL DE 1932

El 15 de abril de 1931, es decir, al día siguiente de la proclamación de la República, el Gobierno provisional de la misma publicó un Decreto por el que "anulaba" el CP de 1928. Al "anularlo" y no simplemente derogarlo, entró automáticamente en vigor el anterior Código penal, el de 1870. Esta declaración de nulidad afectó también a las condenas impuestas después de la entrada en vigor del CP del 28 por delitos que ya estuvieran tipificados en el de 1870 y cuyas penas en el Código de la Dictadura fuesen superiores en duración o en gravedad a las correspondientes para aquellos mismos delitos en el Código de 1870.

Ahora bien; el viejo Código de 1870 había sido promulgado en época de Monarquía constitucional y el nuevo régimen de 1931 era republicano. Como en Derecho Penal no cabe la analogía y como el respeto al principio de legalidad impide punir delitos que no estén previa y precisamente tipificados en el Código o en otras leyes penales, ocurría que parte del CP de 1870 no servía para un Estado republicano. En efecto, con arreglo a dicho Código no hubiese sido posible condenar a nadie por rebelión contra la República, aunque en realidad se hubiese levantado contra ella, ya que el Código sólo se refería a tales conductas delictivas en relación con la Monarquía. Por consiguiente era necesario "republicanizar" el Código. A tal fin un Decreto de 2 de mayo de 1931 introdujo en el Código de 1870 las escasas, pero importantes, reformas necesarias para evitar los problemas derivados del cambio en la forma del Estado.

Dados estos primeros e inaplazables pasos, la Subcomisión de Leyes Penales de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno planteó la política legislativa en materia penal en dos etapas, una inmediata y otra a plazo medio. La primera tarea a realizar había de consistir en una nueva reforma del Código de 1870; la segunda y posterior empresa sería la redacción, con más reposo y meditación,

de un Código penal enteramente nuevo. Dejando a un lado este propósito, que a causa de los avatares políticos no pudo cumplirse, veamos cómo se elaboró la reforma del viejo Código.

Formaban parte de la mencionada Subcomisión el gran penalista y diputado socialista Luis Jiménez de Asúa, los catedráticos de Derecho Penal Mariano Ruiz Funes, José Arturo Rodríguez Muñoz y José Antón Oneca, el psiquiatra —socialista y valenciano— José Sanchis Banús y el joven procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, entre otros miembros. Pronto elaboraron un Anteproyecto de reforma del Código penal, que fue presentado a las Cortes en forma de Proyecto de ley de Bases. El debate parlamentario sobre dicho Proyecto se realizó el 6 de septiembre de 1932. Se aprobó el Proyecto, se desarrolló la Ley de Bases en el correspondiente texto articulado, el nuevo texto del Código fue publicado el 5 de noviembre de 1932 y entró en vigor el 1 de diciembre del mismo año.

Durante la elaboración del Código se promulgó la Constitución de 9 de diciembre de 1931 algunos de cuyos preceptos incidían en materia penal y tuvieron que ser recogidos en el Código; entre tales preceptos destaca el artículo 28 que consagraba con valor constitucional el principio "nullum crimen sine lege" al establecer que "sólo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración", y el párrafo final del artículo 44 por el que se prohibía imponer la pena de confiscación de bienes.

La reforma de 1932 se redujo a tres clases de modificaciones:

- a) Las impuestas por la nueva Constitución. Entre éstas hay que referirse a la supresión de algunos delitos (como el de usurpación de títulos nobiliarios) y a la inclusión de otros (como los concernientes a la violación de las disposiciones sobre autonomía regional).
 - b) Las consistentes en corregir errores técnicos del viejo Código y en la introducción de preceptos hasta entonces contenidos en leyes penales complementarias.
 - c) Las debidas al propósito de humanización del Derecho penal. A este grupo pertenecen, a juicio de Jiménez de Asúa, las más importantes modificaciones introducidas en el antiguo Código. Entre ellas hay que destacar la introducción de la inimputabilidad por enajenación mental o trastorno mental transitorio, fórmula técnica debida al psiquiatra Sanchis Banús, la inclusión de la sordomudez como eximente, la reducción de circunstancias agravantes y la ampliación de las atenuantes. Pero sin duda la reforma más importante fue la supresión de la pena de muerte y de los castigos perpetuos. Es cierto, sin embargo, que la pena capital fue reintroducida en el ordenamiento jurídico para los delitos de terrorismo y robo por ley especial de 11 de octubre de 1934 a raíz de los sucesos revolucionarios de Asturias, y que esta reincorporación parcial atenúa el abolicionismo; pero aun así, conviene destacar el sincero propósito de humanización llevado a cabo por medio de la reforma de 1932.
- La crítica de los penalistas sobre el Código de la República es en general

favorable al mismo. Cuello Calón, a pesar de su orientación política nada afín a la República, expresó juicios ponderados y positivos. Rodríguez Devesa opina que la reforma "fue moderada, hecha con tino, discreción y buena técnica, sin vacilar en admitir novedades aportadas por el denostado Código de 1928". También José Cerezo valora en términos siempre positivos las modificaciones introducidas por la reforma de 1932 en el Código penal.

9. EL DERECHO PENAL DEL "NUEVO ESTADO": EL CÓDIGO PENAL DE 1944, 1963 Y 1973

El Alzamiento Nacional del 18 de julio de 1936 contra la República provocó la guerra civil, y el desenlace de ésta, favorable a los generales rebeldes, produjo la instauración del llamado Nuevo Estado. Una vez más, el drástico cambio de régimen político, consistente en esta ocasión en el paso de un Estado democrático a otro totalitario, implicó una alteración profunda del Derecho penal y, más en concreto, del Código en cuanto ley principal en este sector del ordenamiento.

Desde julio de 1936 se inició en ambos bandos una "justicia penal de guerra civil". Al final de la contienda, en el bando vencedor no sólo subsistió la legislación represiva nacida durante la guerra, sino que se añadieron a ella otras disposiciones de tipo excepcional y penas severísimas.

Entre estas numerosas leyes penales especiales hay que destacar: a) el bando de 28 de julio de 1936, que sustrajo gran número de delitos de la legislación penal común sometiendo al ámbito del Código de Justicia Militar; b) la ley de 5 de julio de 1938, que restableció la pena de muerte en el Código penal común para los delitos de parricidio, asesinato y robo con homicidio; c) la ley de responsabilidades políticas de 9 de febrero de 1939, que sirvió como soporte aparentemente jurídico para la cruelísima represión de la postguerra; d) la ley de masonería y comunismo de 1 de marzo de 1940, que sometió a represión selectiva y preferente realidades entre sí tan heterogéneas como la masonería y el comunismo; e) la ley de seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, cuya aplicación era competencia de la jurisdicción militar y que imponía la pena capital como pena única en determinados supuestos; f) la ley de 2 de marzo de 1943 que equiparaba una serie de conductas al delito de rebelión militar; g) la ley de delitos monetarios de 24 de noviembre de 1938.

Como ha escrito José Antón Oneca refiriéndose al Derecho penal español de la postguerra, las necesidades del Nuevo Estado reclamaban una política de autodefensa. "Para satisfacerlas —continúa diciendo el citado penalista— se dieron leyes represivas con efectos retroactivos varias de ellas, caracterizadas por la severidad de sus sanciones y por estar encomendada su aplicación a tribunales especiales, formados algunos de ellos por generales, autoridades de Falange y algún Magistrado".

Lo mejor que podemos hacer respecto a aquel período, que ya es historia, pero historia reciente y dolorosa, es desear y procurar que jamás se repita.

Durante los años de la postguerra, por debajo de la legislación penal especial, que era la aplicada en primer término, subsistió formalmente en vigor el Código penal de 1932. En estos años hubo dos proyectos de nuevo Código penal que no llegaron a discutirse: uno preparado por Falange en 1938 y otro por el Ministerio de Justicia en 1939. Pero hasta 1944 no se acometió la re-

forma del Código de 1932; el proyecto oficial de ese año, redactado por el Ministerio, con la principal colaboración de Federico Castejón y de Martínez de Arizala, se convirtió, tras diversos trámites, en el "Código penal, texto refundido", de 1944, aprobado y publicado por Decreto de 23 de diciembre del mismo año.

No nos corresponde estudiar este Código porque en gran parte está todavía vigente. La abundantísima legislación penal especial del Estado franquista obligó a posteriores revisiones o refundiciones del texto penal básico. Surgieron así el Código penal, texto revisado de 1963 y el Código penal, texto refundido de 1973. En la actualidad se está abordando la elaboración de un nuevo Código penal.

10. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL MILITAR

El Derecho penal militar, que entre nosotros ha sido estudiado principalmente por Rodríguez Devesa y por Núñez Barbero, es un Derecho penal especial. Las viejas ordenanzas y disposiciones militares de contenido punitivo tardaron en ser sustituidas por un Código. La Ley de Bases de 15 de junio de 1882 dio lugar a dos Códigos: el Código penal del Ejército de 17 de noviembre de 1884 y el Código penal de la Marina de Guerra de 19 de agosto de 1888. El primero de ellos fue pronto sustituido por el Código de Justicia Militar de 27 de septiembre de 1890, que mantuvo una vigencia ininterrumpida hasta 1945. El nuevo Código de Justicia Militar fue promulgado el 17 de julio de 1945 y ha sido reformado por Ley Orgánica 9/1980 de 6 de noviembre.

BIBLIOGRAFIA

- BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Introducción, traducción y notas por F. Tomás y Valiente, Ed. Aguilar, Madrid, 1969.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969.
- FIESTAS LOZA, A., *Los delitos políticos (1808-1936)*, Salamanca, 1977.
- FIESTAS LOZA, A., "Algo más sobre la vigencia del Código penal de 1822", *Revista de Historia del Derecho*, II, 1, Granada, 1977-78, 55 a 78.
- ANTÓN ONECA, J., "El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco", en *Anuario de Derecho Penal, Ciencias Penales*, 1965 (manejo separata).
- ANTÓN ONECA, J., "El Derecho Penal de la postguerra", en el libro colectivo *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, Universidad de Salamanca, 1971, págs. 161-174.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, 4.ª ed., Buenos Aires, 1964, I.
- NÚÑEZ BARBERO, R., *La reforma Penal de 1870*, Universidad de Salamanca, 1969.
- COBO, M.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., y otros autores, *Conmemoración del centenario de la Ley Provisional sobre organización del poder judicial y del Código Penal de 1870*, Madrid, 1970.
- BARBERO SANTOS, M.; BERDUGO, I.; BERISTÁIN, A.; COBO, M.; GARCÍA VALDÉS, C.; GIMBENAT, E., *La Pena de muerte: 6 respuestas*, Universidad de Valladolid, 1975.
- GARCÍA VALDÉS, C., *No a la pena de muerte*, Madrid, 1975.
- CASABO RUIZ, J. R., *Estudio y edición de los Proyectos de Código penal de 1830, 1831, 1834, 1938 y 1939*, Universidad de Murcia, 1978.

CAPÍTULO XXVIII

LA CODIFICACION DEL DERECHO MERCANTIL

1. EL DERECHO MERCANTIL DEL CAPITALISMO LIBERAL

El mercado, como decía Marx, "es el escenario en que tiene lugar el proceso de intercambio" entre unas mercancías y otras a través de la función mediadora que cumple el dinero. Con arreglo al liberalismo económico ese "metabolismo social" por el cual una mercancía se transforma en dinero para que su vendedor pueda a su vez comprar con este dinero otra mercancía (metamorfosis de la mercancía en dinero y del dinero en mercancía y así sucesivamente) tiene su propias leyes naturales, la primera de las cuales es la automática y adecuada fijación de los precios por medio del juego entre oferta y demanda. El poder político debe contemplar todo el proceso de circulación de mercancías y, antes, todo el proceso de producción de bienes sin intervenir imperativamente en ellos, sin imponer tasas o precios fijos, ni privilegios o restricciones gremiales. El mercado en todos sus aspectos debe ser libre. *A un mercado libre correspondió históricamente un Derecho mercantil liberal*, esto es, construido en su mayor parte por normas dispositivas que permitían el amplio ejercicio de la autonomía de las voluntades individuales. Las nuevas libertades de contenido económico (estudiadas ya en el capítulo XXIII) sirvieron de marco y de motor al tráfico mercantil.

Como también se expuso antes (en el párrafo 11 del capítulo XX), la burguesía mercantil y manufacturera, desigualmente repartida por diversas ciudades de España, no podía contentarse con pequeños mercados locales. El capitalismo ha recorrido un proceso consistente, entre otros aspectos, en la tendencia a la ampliación de los mercados, y aunque el capitalismo español tardó mucho en el siglo XIX en poder competir en ámbitos internacionales, es claro que superó los mercados locales. Por otra parte, la independencia lograda por las antiguas colonias durante el primer tercio del siglo XIX produjo la pérdida de los mercados ultramarinos y obligó a encerrar dentro del mercado nacional la capacidad productiva de la naciente industria y el consumo de la mayor parte de los productos agrarios. Trabajosamente fue consolidándose un mercado nacional; la supresión de las aduanas interiores como consecuencia de la estructura política interna de la nación contribuyó de manera decisiva a la formación de ese mercado nacional. Pues bien: *a ese mercado nacional y abierto tenía que corresponder un único Derecho mercantil de vigencia también nacional*. El artículo 258 de la Constitución de 1812 dispuso ya en este sentido la necesaria promulgación de *un sólo Código de comercio para toda España*.

De otro lado, la implantación de un modo de producción capitalista implicó el desarrollo de actividades económicas hasta entonces secundarias, como fueron las industriales. La industria irrumpe en la actividad económica y ocupa en ella