

# Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario

Coordinadores:

**Gregorio M.<sup>a</sup> Callejo Hernanz**

**Víctor Martínez Patón**



Derecho Penal  
y Procesal Penal

ESTUDIOS SOBRE EL CÓDIGO PENAL DE 1822  
EN SU BICENTENARIO

# COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

**Luis Rodríguez Ramos**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

**Nicolás González-Cuéllar Serrano**, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

**Javier Álvarez García**, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

**Alicia Gil Gil**, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

**Silvina Bacigalupo Saggese**, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

**Adán Nieto Martín**, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

**Esteban Mestre Delgado**, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

**Jacobo Barja de Quiroga**, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo; director de la Sección de Derecho Penal y Procesal Penal Militar.

# ESTUDIOS SOBRE EL CÓDIGO PENAL DE 1822 EN SU BICENTENARIO

---

## COORDINADORES

GREGORIO M.<sup>a</sup> CALLEJO HERNANZ  
VÍCTOR MARTÍNEZ PATÓN



---

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
MADRID, 2022

Primera edición: octubre de 2022



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, [www.boe.es](http://www.boe.es), apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición  
© De los trabajos, sus autores

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 090-22-210-2 (edición en papel)  
090-22-211-8 (edición en línea, PDF)  
090-22-212-3 (edición en línea, ePub)

ISBN: 978-84-340-2859-3

Depósito legal: M-23196-2022

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL  
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

## ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
PRESENTACIÓN .....	11
I. CONTEXTO HISTÓRICO	
ANTECEDENTES DE LA CODIFICACIÓN PENAL EN EL SIGLO XIX PREVIOS AL CÓDIGO PENAL DE 1822.	
Manuel Torres Aguilar .....	19
DE LAS CORTES DE CÁDIZ AL CP DE 1822.	
Gonzalo Quintero Olivares .....	33
EL CÓDIGO PENAL DE 1822 Y EL PESO DE LA TRADICIÓN.	
Gregorio M. <sup>a</sup> Callejo Hernanz .....	45
EL ORDEN Y EL CÓDIGO: LA <i>POLICÍA</i> EN LOS DEBATES DEL CÓDIGO PENAL DE 1822.	
Manuel Maroto Calatayud .....	57
EL CÓDIGO PENAL DE 1822: A LA BÚSQUEDA DEL DERECHO PENAL LIBERAL.	
Juan Carlos Campo Moreno .....	71
EL CÓDIGO PENAL DE 1822: LA PIEDRA FUNDAMENTAL DE LA CODIFICACIÓN PENAL EN ESPAÑA.	
Carolina Rius Alarcó .....	87
LA CONSTITUCIÓN DE 1812 Y EL CÓDIGO PENAL DE 1822: DE LA REVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL A LA REVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL.	
David Delgado Ramos .....	103

	Páginas
UN <i>DESAGRADABLE NEGOCIO</i> . EL EXTRAVÍO DEL CÓDIGO PENAL Y LAS RIVALIDADES PARLAMENTARIAS. Carlos Petit .....	115
II. PARTE GENERAL	
LOS FINES DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1822: TRADICIÓN Y MODERNIDAD. Mercedes García Arán .....	127
LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822. Ricardo Rodríguez Fernández .....	139
LA PENA DE MUERTE EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822. Luis Arroyo Zapatero .....	153
LA MUJER EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822. Ana Isabel Serrano Esteban .....	169
PENAS IMPUESTAS A LAS MUJERES Y SU EJECUCIÓN CON EL CÓDIGO PENAL DE 1822. Gema Martínez Galindo .....	183
LA PENA DE VER EJECUTAR UNA SENTENCIA DE MUERTE EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822: ANÁLISIS DESDE LA DOCTRINA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Silvia Martínez Cantón y Víctor Martínez Patón .....	197
LA OMISIÓN DEL DEBER DE IMPEDIR Y NOTIFICAR HECHOS DELICTIVOS, Y DEL CASTIGO, PERSECUCIÓN Y ENTREGA DE DELINCUENTES (BREVE ANÁLISIS DEL CAPÍTULO VI DEL CÓDIGO PENAL DE 1822). Miguel Bustos Rubio .....	209
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822. Víctor Martínez Patón .....	221
III. PARTE ESPECIAL	
LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO JUEZ EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822: LA FRUSTRADA PRIMERA REVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA. Luis Rodríguez Ramos .....	235

EL ORIGEN DE UNA POLÉMICA INACABABLE: «LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO» Y EL CÓDIGO PENAL DE 1822. Rafael Rebollo Vargas .....	245
DE LOS QUE REHÚSAN AL ESTADO LOS SERVICIOS QUE LE DEBEN. Ramón Bonell Colmenero .....	259
LA TUTELA DE LA SALUD: MAGIA Y CURANDERISMO EN EL CP DE 1822. Paz Lloria García .....	275
INMORALIDADES Y VICIOS DEL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL CÓDIGO DE 1822: LOS ARTÍCULOS 492 A 495 CP. Margarita Bonet Esteva .....	289
CORRUPCIÓN Y ABUSO DE PODER: LAS PRÁCTICAS CASTIGADAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822. María Jesús Espuny Tomás .....	303
LOS DELITOS DE RELIGIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822: EL SISTEMA MORAL COMO FUNDAMENTO DE LOS DELITOS DE RELIGIÓN. Carlos Bardavío Antón .....	315
DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD DE LOS PARTICULARES: DE LAS ESTAFAS Y ENGAÑOS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822. Silvia Verdugo Guzmán .....	327



## PRESENTACIÓN

El 28 de junio de 1820, un periódico madrileño<sup>1</sup> publicaba una amarga queja por la prolongación de la detención por más de cuarenta días de dos ciudadanos. Concluía la crónica exhortando a las Cortes a preparar con toda urgencia un Código Criminal:

«¡Padres de la Patria! ¡mirad con benignos ojos las desgracias que ocasiona un vicioso código criminal! Muchos de vosotros las conocéis por experiencia habiendo sido sus víctimas. La España espera que lo emendareis, la humanidad lo exige, y vuestro deber os lo manda imperiosamente».

Precisamente el Informe que el Colegio de Abogados de Madrid emitió al Proyecto de las Cortes hablaba del Código Penal como «manual del ciudadano». Esa necesidad codificadora se hacía muy patente en un país como el nuestro, donde quizás exageradamente pero no tan lejos de la realidad, había podido decir Dorado Montero que «estábamos los españoles viviendo todavía en el siglo XIII en lo respectivo al orden penal»<sup>2</sup>.

Si al *sapere aude* Kant le dio el carácter de «divisa de la Ilustración», si el valerse por el propio entendimiento libre de tutelas e imposiciones heterónomas era la esencia del proceso ilustrado, parecía que tener un código penal era un requisito imprescindible para el acceso a los nuevos tiempos, una suerte de «divisa jurídica» que marcaba la diferencia entre los pueblos civilizados y los que seguían anclados en una legislación bárbara.

---

<sup>1</sup> *El Conservador*, 28 de junio, 1820.

<sup>2</sup> DORADO MONTERO, *De Criminología y Penología. Balance penal de España*, Madrid. 1906. Viuda de Rodríguez Sierra, p. 131.

Y España se dio a sí misma y al mundo ese Código. Redactado en dificultísimas condiciones, el mérito de sus creadores es mayor si tenemos en cuenta la extrema fragilidad de las bases sobre las que trabajaron. El clásico debate sobre la real vigencia o no del Código ya es muy revelador de dicha debilidad; construido a las puertas de una reacción implacable contra el gobierno del Trienio Liberal y tras una guerra demoledora para nuestro país, no se ha encontrado rastro alguno de su aplicación en la praxis judicial. Como bien destaca Quintero Olivares en su trabajo en esta obra que ahora presentamos, es significativo que muchos de los que participaron en su redacción acabaran encarcelados o exiliados. La amalgama de informes que se remitieron haciendo observaciones al texto son un excelente termómetro de las idas sobre lo punitivo que tenían tribunales y universidades españolas<sup>3</sup>, y en ocasiones un muestrario de opiniones favorables a un Derecho Penal caduco y premoderno.

El Código de 1822 fue modelo para el texto de 1848, ejerciendo notable influencia en la codificación latinoamericana (significadamente el Código brasileño de 1830 y en el Boliviano de 1834).

Y en ese contexto es enteramente lógico que el texto resulte aparentemente una amalgama un tanto inconexa, un precipitado de influencias diversas que no rompe completamente con el Derecho histórico. Esta opinión clásica que plasmó ingeniosamente Pacheco con la frase «Hay en él algo del Fuero Juzgo y de las Partidas envuelto con el carácter del Código de Napoleón»<sup>4</sup>, no permite despreciar la descollante tarea de una comisión que en un tiempo extraordinariamente breve redactó y consiguió la aprobación de un Código moderno (pese a sus adherencias preilustradas) en el que es notoria la influencia de Bentham, Filangieri y Beccaria.

Creo poder afirmar que el conjunto de trabajos que aquí presentamos consigue incidir en ese anclaje con el pasado del Código de 1822, pero también destacar sus valiosas innovaciones, sus originales propuestas y los aspectos más innovadores de un texto de gran influencia en otros países durante el siglo XIX.

---

<sup>3</sup> Es muy revelador un trabajo clásico de Sainz Cantero sobre el informe que remitió la Universidad de Granada. En este informe se llega a reprochar que el código no contenía penas «...al incestuoso, al suicida ni al convencido de bestialidad». O también se recomendaba que «... debiera marcarse la espalda con una L toda persona convencida de un robo de veinte reales para arriba»... «El ladrón será marcado en público la primera vez que delinquiere, condenándole en seguida a una reclusión o a un arresto donde satisfaga e indemnice los perjuicios con el fruto de sus trabajos, a todos los ofendidos; y si otra vez reincidiera sufrirá la pena de muerte». SAINZ CANTERO, «El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822». En *Anuario de Derecho Penal*, F. I, 1967. Una sistemática exposición de todos los informes evacuados puede verse en TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, Messina, Sicania, 2008; pp. 92 a 122.

<sup>4</sup> PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, I, Madrid, 1848, p. 52.

El proyecto que ofrecemos ha intentado conjuntar una exposición integral del Código.

Precisamente la primera parte de la obra conjunta una serie de trabajos que tienen como objeto ofrecer una estampa del marco histórico en el que se redactó.

Manuel Torres Aguilar nos invita a acompañarle por un recorrido que transita los antecedentes previos a la confección del Código, dando cuenta de una discontinua pero intensa actividad que disipa la idea de un abrupto corte entre la Novísima Recopilación y el nuevo texto.

Gonzalo Quintero Olivares nos da cuenta de la meritoria tarea que llevaron a cabo las Cortes, de las extraordinarias dificultades para la redacción del texto y especialmente para gestionar la complicada tensión entre Ilustración y reacción en su articulado. Hundiendo su estudio en los antecedentes al Código, Quintero Olivares expone las tensiones modernidad-tradición (las ideas de Beccaria y Bentham en el marco de un Derecho histórico asimétrico y de difícil interpretación).

Modestamente he intentado en mi contribución poner de relieve la inserción en el mismo del pensamiento penal conservador español. El Código no deja de ser en cierto modo un lugar de asentamiento de algunos aspectos relevantes de esa facción de pensamiento. Creo que es en esto muy pertinente el magnífico trabajo de Manuel Maroto sobre la policía y lo policial en los debates. Estos debates tienen una recurrente remisión de muchos aspectos a «normas de policía». La pervivencia de muchas prácticas represivas antiguas se llevó a cabo no tanto en el Código como en todo un aparato reglamentista ajeno a aquel.

En esta misma línea de introducción histórica Juan Carlos Campo nos ofrece un trabajo sobre las líneas generales del Código y su importancia rupturista.

Era también necesario contar con una exposición relativa a la relación del Código con la Constitución gaditana, relación que es desmenuzada por David Delgado Ramos.

Dentro de este conjunto de trabajos que ponen en su complejo contexto histórico al texto de 1822 es muy significativo el que nos regala Carlos Petit. Un exquisito colofón a esta parte de contextualización histórica y que nos cuenta algo que es más que una mera anécdota; la pérdida de la minuta del Código y el revuelo que causó y que convirtió a muchos parlamentarios en «una indecén-tísima turba de camorristas», hasta que finalmente apareció el documento perdido. Relato muy sugerente e ilustrativo sobre un concreto estado de cosas que anticipa acontecimientos históricos muy dolorosos.

El trabajo de Mercedes García Arán determina una primera transición en la presente obra. Marca el paso de ese contexto histórico hacia un análisis de los problemas de parte general.

Mercedes García Arán hace un profundo análisis de los fines de la pena en el Código, destacando que tales fines «...pueden verse no ya como objetivos aislados sino inmersos en un contexto sistemático el que pueden resultar mutuamente condicionados o limitados». Y efectivamente García Arán rastrea en las circunstancias atenuantes y agravantes y en normas relativas a la ejecución de la pena de muerte la incidencia de elementos utilitaristas y preventivo especiales que limitan de modo sistémico la pujanza de otras finalidades penológicas. Frente al criterio clásico de un cierto amontonamiento de principios contradictorios, García Aran nos da la pista de un Código con más coherencias que las que *ab initio* se nos presentan en una lectura poco atenta.

Carolina Rius nos ofrece un artículo que sirve de pórtico a los demás de parte general y especial, ofreciendo un bosquejo general sobre el texto y sus aportaciones más relevantes.

El complejo sistema de penas es analizado pormenorizadamente por Ricardo Rodríguez Fernández. Dentro del mismo, Luis Arroyo Zapatero, conocedor como pocos de la evolución histórica y del presente de la pena capital, escribe sobre esta pena (uno de los aspectos más tenebrosos del Código).

Ana Isabel Serrano y Gemma Martínez completan este cuadro con dos sugerentes trabajos sobre la mujer en el Código Penal y la ejecución de las penas en lo tocante también a la mujer.

Y Víctor Martínez Patón y Silvia Cantón analizan una pena que nos llama la atención, *la pena de ver como se ejecuta otra pena*; la de muerte, extendiendo el análisis a una peculiar manera de penalidad consistente en «obligar a ver».

Dentro de la parte general Miguel Bustos Rubio analiza pormenorizadamente la técnica de los delitos de omisión y las sugerentes aportaciones del Código, en la que destaca la aparición de la cláusula «sin riesgo propio o de terceros» dimanante del principio de exigibilidad y que dota nuevamente a la norma de un marcado cariz garantista. Víctor Martínez Patón presenta un original trabajo sobre las personas jurídicas en el cual defiende de forma novedosa la posibilidad de que el legislador no desechara de plano la imposición de penas a las corporaciones.

Entrando en la parte especial, Rafael Rebollo desarrolla la intrincada regulación de los delitos contra la Seguridad interior del Estado, donde destacan los seculares problemas de ausencia de taxatividad, y amalgama de conductas mal delimitadas, y donde, como bien dice Rafael «...el bien jurídico “seguridad” no aparece ligado a la tutela de los gobernados, sino con la de los gobernantes, por lo que la seguridad del Estado se identifica con la de los gobernantes».

Carlos Bardavío hace una profunda exégesis de los delitos contra la religión, uno de los aspectos en los que más influyó el pensamiento tradicional y

en los que destaca el autor la falta de diferenciación de los ámbitos de la moral y el Derecho.

Uno de los innegables avances del Código es la modernísima propuesta de indemnización por responsabilidad del Estado-Juez con respecto de los sometidos a juicio y declarados inocentes. Sobre esta original regulación nos regala un interesantísimo trabajo Luis Rodríguez Ramos.

María Jesús Espuny y Margarita Bonet tratan de manera complementaria dos caras del poliedro de la respuesta penal a la corrupción, de modo más general corrupción y abuso de poder en el trabajo de Espuny y particularizando sobre vicios y prácticas «inmorales» de determinados funcionarios Bonet Esteva hace una fascinante disección de los artículos 492 a 495 del Código.

El delicioso trabajo de Paz Lloria nos lleva al ámbito de la protección de la salud y el intrusismo, con los castigos a charlatanes y curanderos y Ramón Bonell hace una exégesis del embrión de los delitos contra la Hacienda pública.

Silvia Verdugo, en fin, glosa algunas modalidades de estafas relacionadas con el juego.

Hemos querido así dar relevancia a un documento histórico excepcional, termómetro de tantas cosas en la atribulada y exhausta España posterior a la Guerra de la Independencia y elemento fundacional de nuestra codificación. Un Código que tras la reacción absolutista fue, como gráficamente nos dice Quintero Olivares, «borrado del pensamiento invocable», reponiendo a las Partidas y a la Novísima como Derecho aplicable hasta el Código de 1848.

Sus dificultades, sus contradicciones y su fugacidad son casi una metáfora de la propia Ilustración en España.

GREGORIO M.<sup>a</sup> CALLEJO HERNANZ  
VÍCTOR MARTÍNEZ PATÓN

## ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
Cfr.	Confróntese
Coord./coords.	Coordinador-a/coordinadores-as
CPC	Cuadernos de Política Criminal
Dir./dirs.	Director-a/directores-as
Ed./eds.	Editor-a/editores-as
et al.	<i>Et alii</i> (y otros-as)
Idem	El mismo
LLP	La Ley Penal
LO	Ley Orgánica
Núm./núms.	Número/números
p./pp.	Página/páginas
RDPP	Revista de Derecho y Proceso Penal
Reimp.	Reimpresión
RDP	Revista de Derecho Penal
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RGDP	Revista General de Derecho Penal
RJA	Revista Jurídica de Asturias
RP	Revista Penal
RPCC	<i>Revista Portuguesa de Ciência Criminal</i>
ss.	y siguientes
S(S)TC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
S(S)TS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
Trad.	Traducido por
Vid.	Véase

# I. CONTEXTO HISTÓRICO

## ANTECEDENTES DE LA CODIFICACIÓN PENAL EN EL SIGLO XIX PREVIOS AL CÓDIGO PENAL DE 1822

MANUEL TORRES AGUILAR  
Universidad de Córdoba <sup>1</sup>

### I. LOS PRECEDENTES PRECONSTITUCIONALES: LA PRESENCIA DE LA IDEOLOGÍA ILUSTRADA

Las vicisitudes que se produjeron desde la invasión napoleónica y las circunstancias que rodearon el funcionamiento de la Junta Central y la Junta de legislación fueron el antecedente que sirvió de enlace entre el propósito codificador no olvidado de la centuria anterior y los trabajos de las Cortes de Cádiz que supondrían un nuevo impulso al proyecto de reforma de la legislación criminal que, sin embargo, tampoco alcanzaría el objetivo propuesto <sup>2</sup>. Merece destacarse el texto de la instrucción que se dio a la Junta de legislación para que lo tuviese en cuenta en sus trabajos. Parece que el citado texto fue obra de Jovellanos <sup>3</sup>. Comienza el mismo abundando en la consabida referencia a las leyes penales ya anticuadas y a las que aparecen como poco adecuadas

---

<sup>1</sup> Este trabajo forma parte del proyecto titulado «Conflicto y reparación en la historia jurídica española moderna y contemporánea», referencia PID2020-113346GB-C22, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España (MCIN/AEI /10.13039/501100011033).

<sup>2</sup> CASABÓ RUIZ, *El Código penal de 1822*, (tesis doctoral mecanografiada facilitada por la Universidad de Valencia), Valencia, 1968, fols. 33-84. Ver las consideraciones sobre la Junta Central en Artola Gallego, en su estudio preliminar a DE ARGÜELLES, Agustín, *Examen histórico de la reforma constitucional de España*, t. I, 1999, pp. XX ss. También CARR, *España 1808-1975*, Ariel Historia, Barcelona, 2011, pp. 100 y 101.

<sup>3</sup> ARTOLA GALLEGO, *Los orígenes de la España contemporánea*, Madrid, 1959, t. I, pp. 265 ss.

a la nueva sociedad, por lo que se pide a la Junta que proponga a la «comisión de Cortes qué penas convenga abolir, cuales subrogar, cuales mudar o moderar y cuales establecer de nuevo». En particular, se indica que en la facultad de «encarcelar, encerrar, aherrojar y apremiar a los reos» se cometen muchos abusos. Es decir, comienza a formularse el carácter excepcional que debe acompañar al empleo de la prisión, que viene, además, revestida todavía de la consideración histórica de medida de aseguramiento del reo y no como pena en sí misma, naturaleza esta que ya se había venido planteando desde tiempo atrás por varios autores. Se deduce una cierta modernidad aderezada de elementos tradicionales, porque de una parte se configura la prisión como un elemento afflictivo, cuyo uso debe limitarse en todo lo posible, y de otra, todavía no se considera como un elemento de cumplimiento de pena con una finalidad reeducadora.

Otro punto que se contempla en esta instrucción desde un planteamiento ilustrado es el de la abolición de la tortura, de la que se afirma que ya lo ha sido en casi todos los Códigos de Europa, y en favor de esta medida «gritan a una la razón y la humanidad», debiendo, pues, la Junta estudiar «los medios de suplir esta tan cruel como falible especie de prueba».

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

Cuando se inician los debates constitucionales en Cádiz, un sector importante de los diputados se marcará como objetivo tratar de implantar los principios liberales que habrían de venir a romper la dinámica tradicionalista. La parálisis que sufrió el proyecto de codificación penal anterior tuvo como resultado la promulgación de la Novísima Recopilación en 1805, que seguía, como hemos dicho, inspirada en la tradición histórica de los sistemas recopiladores. La experiencia francesa comenzaba a admirarse, tratando de imitarse el sistema de leyes y organización que allí se había diseñado en detrimento del pensamiento nacional tradicional, aunque se hacía preciso disimular una devoción excesiva a las novedades del francés<sup>4</sup>. Los derechos individuales de libertad, igualdad y propiedad eran radicalmente contrarios a la vieja sociedad estamental y reclamaban no solo su protección constitucional sino su

---

<sup>4</sup> BULDAÍN JACA, «La implantación del nuevo régimen en 1820», en Cuadernos de investigación histórica, n.º 12, 1989, pp. 73-79. RAMOS VÁZQUEZ y CAÑIZARES NAVARRO, «La influencia francesa en la primera codificación española», en Masferrer (coord.), *La codificación española: una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 193-270.



proyección práctica mediante su incorporación al sistema institucional, a través de leyes que los desarrollasen <sup>5</sup>.

## II. EL PRINCIPIO CODIFICADOR EN LAS CORTES CONSTITUYENTES

En las nuevas Cortes la idea codificadora comienza a estar presente casi desde un primer momento, de manera que el diputado Espiga y Gadea en la sesión de 9 de diciembre de 1810, expone que «habiéndolo sido convocadas las Cortes generales y extraordinarias no solo para formar una Constitución sino también para reformar nuestra legislación conteniendo esta diversas partes que exigen diferentes comisiones, pido que se nombre una para reformar la legislación civil, *otra para la criminal*, otra para el sistema de hacienda, otra para el comercio y otra para un plan de educación e instrucción pública» <sup>6</sup>. En la sesión de 5 de febrero de 1811 se estudió esta propuesta siendo aprobada junto a otra de Argüelles, en la que se proponía nombrar una comisión general que organizase a su vez cada una de las que había de nombrar las Cortes, y que, además, estableciese el modo en que se incorporasen a ellas personas «de fuera de las Cortes que las auxiliasen con sus luces y talentos» <sup>7</sup>.

Ambos diputados Espiga y Argüelles fueron los encargados de la redacción del discurso preliminar de la Constitución, en el que ya se reivindicaba la unidad de códigos, la introducción del jurado y otras medidas de reforma del sistema de justicia que sentarían las bases de los futuros trabajos legislativos <sup>8</sup>.

En concreto para la comisión de legislación se presentó un proyecto de reglamento que fue aprobado el 17 de abril de 1811. En la exposición de este proyecto de reglamento se afirmaba que «la diferencia de carácter, de usos, de costumbres y demás relaciones sociales de los diversos y distantes tiempos» ponía de manifiesto la necesidad de que nuestros Códigos se examinasen, reformasen y mejorasen.

<sup>5</sup> ARTOLA, estudio preliminar a Argüelles, *cit.*, págs. LXVII y ss.

<sup>6</sup> *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias. Dieron principio el 24 de septiembre de 1810 y terminaron el 20 de septiembre de 1813*, Madrid, 1870, T. I. p. 153. *Diario de las Cortes generales y extraordinarias*, t. I, p. 130. Vid. también Introducción a la edición del *Diario de las Discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821, Discusión del proyecto de Código penal*, Imprenta Nacional, 1822, p. 3. *Diario de sesiones, legislatura extraordinaria 1821-1822*, apéndice al núm. 38, 1-477.

<sup>7</sup> *Ibid.* Sobre el papel de Argüelles en estas Cortes ver el interesante estudio preliminar ya citado de TOMÁS Y VALIENTE a sus *Discursos*.

<sup>8</sup> TOMÁS Y VALIENTE, *ibid.*, p. XVII. También ARTOLA, estudio..., *cit.*, pp. LXXV ss.

Es importante señalar que en sus palabras se expresa que el fin de la comisión de legislación creada en el seno de las Cortes generales y extraordinarias, no era exclusivamente el de presentar un proyecto de Constitución, sino que debía extender su cometido también a la reforma de la legislación. Propuesta esta que ya se había planteado en las mismas Cortes por algún otro diputado, concretamente en lo relativo a la legislación criminal, el cual afirmaba que la Constitución constituía «un gran paso hacia la felicidad nacional, pero no era menos cierto que vuestra Majestad no lo conseguiría si no reformaba la legislación... El que examine el corazón humano y observe que a los siglos de la ignorancia y de la ferocidad son consiguientes los vicios de la crueldad, de la venganza, del homicidio y del asesinato, como a los de la ilustración, los de liviandad, de la torpeza, de la adulación y del abatimiento, ¿podrá dudar que nuestras leyes criminales, dictadas en tan diversos tiempos necesitan reformarse?»<sup>9</sup>.

Se insistía en el preámbulo de reglamento en afirmar que todo este proceso de renovación legislativa debía considerarse en el marco de una reforma tributaria que permitiese conciliar «el aumento del tesoro público con la prosperidad individual, y un plan de instrucción y de educación que derramara las luces y conocimientos por todas las clases»<sup>10</sup>. Es decir que, desde un planteamiento claramente ilustrado y racionalista, se formula esta necesaria modificación de la legislación pero dentro de un marco general que la hará eficaz en la medida en la que el ciudadano eleve su condición económica y sea educado conforme a las nuevas corrientes de pensamiento. Loable pensamiento, pues, que no olvidaba poner el acento en los dos pilares fundamentales de la democracia parlamentaria a la que se propendía: prosperidad y educación; porque difícilmente un sistema legal moderno sería comprendido por ciudadanos incultos y difícilmente estos podrían ser educados sino tenían un cierto nivel de renta que aliviase sus penurias económicas.

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

---

<sup>9</sup> Ver nota 7.

<sup>10</sup> Diario de Sesiones, t. II, pág. 850, se recoge el texto de dicho reglamento, tras un interesante preámbulo donde se apuntan las líneas del espíritu que ha de animar las labores de esta comisión de legislación. La discusión y aprobación del mismo en t. II, p. 882.

lo manden sean destituidos de su empleo»<sup>11</sup>. La Constitución confirmaría en su artículo 330 la supresión del tormento<sup>12</sup>. En este sentido se proscibirían también las penas de confiscación de bienes y la trascendencia de la pena a los parientes del reo<sup>13</sup>.

También se aprobó otro decreto el 22 de febrero de 1813 suprimiendo la Inquisición<sup>14</sup> que sería sustituida por unos llamados Tribunales para la defensa de la fe, que nunca llegarían a funcionar. De todos modos, a la vuelta de Fernando VII, en julio de 1814 de nuevo sería restablecida porque «sería muy conveniente en las actuales circunstancias prevenir las ideas introducidas por el ejército invasor». No llegó a nombrarse Inquisidor General y solo con grandes dificultades el Santo Oficio volvió a actuar en algunas localidades. En el segundo periodo constitucional, en marzo de 1820 fue de nuevo suprimida y confirmada su abolición definitiva por Decreto de 15 de julio de 1834<sup>15</sup>.

En la línea indicada las Cortes ordenaron una visita a las cárceles de Cádiz y la comisión de justicia elevó un informe, sobre la situación de los presos. Tras la lectura de este dictamen o informe, el diputado Argüelles tomó la palabra para hacer una incisión crítica del sistema judicial vigente. La comisión de justicia presentaría el 15 de abril de 1811 un proyecto de decreto destinado a garantizar los derechos de los ciudadanos ante la administración de justicia, el cual influiría en la configuración del título V de la Constitución de 1812 sobre cuestiones como la publicidad del procedimiento, la prueba testifical y otros asuntos de indudable interés en orden a modernizar el procedimiento penal<sup>16</sup>.

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

<sup>11</sup> Los detalles de su tramitación pueden verse en ARGÜELLES, *Discursos...*, cit., págs. 9 a 18. El dos de abril este diputado presentó la proposición para eliminar la tortura que, según Tomás y Valiente, recuerda en su tono al acuerdo número 20 de la Junta de legislación de 12 de enero de 1810.

<sup>12</sup> Constitución de 1812, artículo 303: «No se usará nunca del tormento ni de los apremios».

<sup>13</sup> *Ibid.*, artículo 304. Artículo 305. PINO ABAD, M., *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, Servicio de publicaciones Universidad de Córdoba, Córdoba, 1999, pp. 392 ss.

<sup>14</sup> Son interesantes las consideraciones aportadas por ARGÜELLES, *Examen histórico...*, cit., t. II, pp. 184 ss., sobre el particular. En la deliberación del decreto de abolición, núm. 223 de 21. II.1813, ARGÜELLES, *Discursos, cit.*, pp. 231 ss., intervino de modo contundente a favor de su abolición.

<sup>15</sup> MENÉNDEZ Y PELAYO, M., *Historia de los heterodoxos españoles*, Madrid, 1932, p. 60. Interesantes datos sobre el proceso parlamentario de abolición de la Inquisición en TOMÁS Y VALIENTE, estudio, *cit.*, pp. 311-316. MANJÓN CABEZA-OLMEDA, «Constitución de 1812 y Código penal de 1822 (algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal)» en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 9 (2013), pp. 143-172.

<sup>16</sup> ARGÜELLES, *Discursos, cit.*, pp. 21 ss.

### III. EL NOMBRAMIENTO DE LA COMISIÓN CODIFICADORA

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

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

Desde la aprobación de este reglamento transcurrieron más de cinco meses sin que se presentasen las propuestas de los miembros que habrían de integrar las comisiones, hasta que por fin el 23 de septiembre de 1811 se presentaron las relaciones de las diferentes comisiones.

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

Mientras tanto las sesiones parlamentarias se iban sucediendo y el nombramiento de los miembros de la comisión de legislación criminal no se producía, de modo que se llega al 14 de abril de 1813 (!), fecha en la que el diputado José Martínez presentó una propuesta que se apoyaba en el citado artículo 258 en la que insistía en la necesidad «de hacer la reforma de nuestra

legislación sin más demora», solicitando que se procediese al nombramiento de «individuos que se encargasen de la formación de los Códigos civil, criminal y de comercio», planteando como novedad respecto a lo aprobado con anterioridad, «que en cada una de esas comisiones hubiese también individuos del Congreso». En junio siguiente, el diputado Silves insistió en sentido parecido, pero llegaría el final de la legislatura general y extraordinaria sin haberse aprobado el nombramiento de los miembros de las comisiones codificadoras. No tenemos datos que nos permitan aventurar con absoluta certeza un juicio sobre la razón de esta inoperancia, pero es fácil deducir que o debió ser imposible llegar a acuerdos sobre las personas que debían integrar las mismas, las cuales debían reunir de una parte un conocimiento técnico –lo que, desde luego, parecía que tenían todos los que componían la propuesta que cité más atrás– a la par que reflejar un equilibrio entre las fuerzas más conservadores y más radicales presentes en las Cortes; o bien, simplemente se dejó sin cumplir el trámite de nombramiento para evitar el funcionamiento de estas comisiones. Si este fue el objetivo perseguido, las razones que animaron el mismo pudieron ser muy diversas. Pudo darse el simple propósito de no ir demasiado deprisa en la reforma del país; bastante era la aprobación del texto constitucional para esas Cortes generales y extraordinarias, de modo que ya habría lugar en las siguientes, que se propondrían ordinarias, para afrontar esa tarea. De este modo, se conseguía, desde luego, desligar la aprobación del texto constitucional de cualquier otro cometido legislativo, lo que proporcionaba mucha mayor trascendencia al hecho constitucional, planteando, si se quiere, la tesis de que nos encontramos frente a unas Cortes constituyentes en el sentido moderno del término, y por tanto ajenas a cualquier otro postulado legislativo que se considera no procedente en la medida en que debe abordarse por un parlamento ya nacido de una situación constitucional. En este caso, desde luego, no se atendió a aquellos planteamientos que indiqué más atrás, que entendían necesaria la reforma de toda la legislación al tiempo que se producía la discusión y aprobación del texto constitucional.

Me inclino a pensar que primó el argumento expuesto de dar a esas Cortes un carácter casi de exclusiva naturaleza constituyente, por cuanto recién iniciada la legislatura ordinaria de 1813<sup>17</sup>, en la sesión de primero de octubre ya hay un nombramiento de algunos miembros del Congreso de los que habrán

---

<sup>17</sup> Confirma esta apreciación mía las palabras que se recogen en la Introducción a la edición especial que se hizo del Diario... discusión del proyecto, *cit.*, t. I, p. 5. *Diario... extraordinaria 1821-1822*, ap. núm. 38, I-478.

de integrar la comisión especial que ha de elaborar el Código criminal. Se trata de Isidoro Antillón, José de Huerta, José Joaquín Ortiz, Andrés Navarro y José Antonio Navarrete. A continuación, se aprobó la proposición del diputado Caro de que para la redacción del Código civil se nombrasen personas ajenas al Congreso, cuya propuesta fuese elevada por la comisión del Código civil integrada por miembros del Congreso, indicándose que el número de propuestos, que debían ser «de conocida instrucción en la materia», sería el doble de los que habrían de elegirse, integrando en total la comisión no más de nueve ni menos de cinco personas<sup>18</sup>. Esto que afectaba a la codificación civil era también de aplicación para la penal, por cuanto se había acordado que todo lo aprobado para la comisión del código civil era igualmente predicable para la del criminal. De este modo, el 29 de noviembre de ese año la comisión especial propuso la lista de catorce personas de las que habría de elegirse las siete que finalmente integrarían la comisión del código criminal<sup>19</sup>.

Tampoco se aprobaría su nombramiento porque las sesiones de dicha legislatura finalizaron sin adoptar ningún acuerdo. Sería en la siguiente legislatura cuando fueron nombrados para la comisión del código criminal otros diputados: Jerónimo Díez, Nicolás Lamiel, Benito Sáenz González, Benito Plandoli, José Domingo Rus<sup>20</sup>. Tras algún recordatorio sobre la necesidad de nombrar al resto de miembros de las comisiones, por fin el 23 de marzo de 1814, se eligieron los siete miembros de la Junta de Codificación criminal, que fueron: Calatrava, Argüelles, Quintana, Manuel Cuadros, Eugenio Tapia, Guillermo Moragües y Nicolás Salcedo<sup>21</sup>. En abril de ese año se procedió a la publicación de su nombramiento, pero en mayo retornaría Fernando VII, y decretaría la abolición de la Constitución y, en general, de toda la labor legislativa de las Cortes liberales. Así pues, tras tantas vicisitudes para decidir el nombramiento de la comisión que habría de proceder a la elaboración del proyecto de código penal, cuando al fin se había llegado a un acuerdo, este no sirvió para nada<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Diario de las sesiones de la legislatura ordinaria de 1813, Madrid 1876, p. 244.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pág. 326. Los propuestos eran: José M.<sup>a</sup> Calatrava; Agustín de Argüelles; Manuel José Quintana, de la interpretación de lenguas; Miguel de Victorica, fiscal de la Inquisición de Mallorca; Eugenio Tapia, redactor de la gaceta del gobierno; Guillermo Morales; Nicolás Garelli, paborde de Valencia; Nicolás Salcedo, vecino de Madrid; Antonio Huerta, abogado y vecino de Madrid; Francisco Almalilla, abogado y vecino de Zaragoza; Manuel Cuadros, Manuel García Santurio, auditor del ejército en Galicia, Gregorio Vidal, abogado y vecino de Granada; y Lorenzo Ribera, secretario de la Diputación de Salamanca.

<sup>20</sup> Cortes. Actas de las Sesiones de la legislatura ordinaria de 1814. Madrid, 1876, p. 7.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>22</sup> *Diario... Código penal, cit.*, introducción, t. I, p. 8.

## IV. LOS PRINCIPIOS POLÍTICOS EN EL DEBATE CODIFICADOR

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

El propio diputado Espiga y Gadea, que como se recordará había postulado porque la labor de las Cortes no fuese exclusivamente constituyente, sino que persiguiese una reforma de toda nuestra legislación, expuso los criterios más radicales contra todo nuestro derecho histórico. Arremetió contra el derecho romano, visigodo, feudal, solicitando que se estudiaran nuestros Códigos históricos por parte de la comisión codificadora de acuerdo con los siguientes criterios: «separese las leyes que no sean conformes a nuestros usos, nuestras costumbres y nuestras circunstancias; modifíquense las que deban sufrir alteración, y si las leyes no son más que la moral aplicada a las diversas circunstancias de los hombres, redúzcanse todas a sus primeros principios; hágase una precisa y clara redacción, y establézcase orden en que siendo una la consecuencia necesaria de la otra, se encuentre el fundamento de su justicia en la resolución anterior»<sup>23</sup>. En él, como puede comprobarse, aflora un sentimiento en cierta medida contradictorio, porque aunque parece aspirar a crear un Derecho que acabe con todo el sistema histórico-jurídico anterior, contra el que comienza su discurso, termina proponiendo los principios que ya venían siendo tónica habitual cuando se abordaba el tema de la reforma de la legislación, es decir, aceptar de las normas provenientes del antiguo régimen aquello que todavía pudiese ser de utilidad, modificar las que no se adaptasen a los nuevos tiempos, etc. Pudiera servir para aclarar esta diatriba presente en las Cortes entre crear un Derecho absoluta y radicalmente nuevo y reformar lo reformable del anterior, creando solo las normas necesarias, la intervención que tuvo Calatrava respecto del principio que debía guiar los trabajos de la comisión sobre este particular. Así, afirmó que «la Comisión en este proyecto se ha separado de las leyes cuando le ha parecido oportuno, porque sabe que un cuerpo legislativo no debe fijarse tanto en lo que se halle mandado, como en mandar lo que sea más útil y más justo»<sup>24</sup>. Es claro, que en su criterio la comisión, aun cuando tenga delante las normas anteriores, es absolutamente libre a la hora de

---

<sup>23</sup> *Diario de sesiones*, t. I, p. 500.

<sup>24</sup> *Ibidem*, t. V, p. 3411.

fijar aquellas que le parezcan más adecuadas al fin propuesto. Varios diputados radicales se pronunciarían también en este sentido.

Desde la postura más conservadora, había quienes incluso negaban la facultad a las Cortes de reformar la legislación, afirmando que todo el sistema legal anterior era adecuado. No eran, desde luego, mayoritarios, pero sus voces representaban el lastre del pasado al que habían de enfrentarse estas Cortes. A propósito de la discusión del reglamento del poder judicial, intervino el diputado Hermida que no reconocía esta potestad en las Cortes, afirmando que «de cuantos estamos aquí ¿quien entiende de tantos y tan graves asuntos?... Es menester saber lo que hay escrito para poner en su lugar otras cosas nuevas. Es menester saber lo que hay para trastornarlo todo; y para todo esto es menester una profunda sabiduría. Hay muchos que creen que los libros lo hallan todo; piensan que todo lo saben porque leen a Filangieri»<sup>25</sup>. Negaba, pues, la facultad de proceder a una reforma del sistema legal, argumentando la incapacidad de los miembros de las Cortes para esta finalidad que requería un mayor grado de conocimientos de los que seguro que allí se carecía. Puede apreciarse la escasa fundamentación de sus argumentos, pero es interesante comprobar que el criterio político estaba más presente que la propia argumentación técnica a la hora de abordar el problema de la modificación del sistema de leyes vigente.

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

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, t. II, p. 942. Véase SCANDELLARI, «La difusión del pensamiento criminal de Gaetano Filangieri en España», en *Nuevo mundo, mundos nuevos*, núm. 7 (2007), <https://journals.openedition.org/nuevomundo/3484> (consultado 29/3/2022).



conocimiento de la materia». No cabe duda de que, tras estas palabras, se escondía una finalidad política nítida, cuyo objetivo era el de la defensa a ultranza no solo del Derecho del antiguo régimen sino la propia permanencia de los principios políticos que inspiraban este.

Quedaba, no obstante que dilucidar si esta reforma de las leyes era de carácter rupturista o, por el contrario, su finalidad era puramente la renovación y mejora del Derecho anterior. A este propósito, el diputado Dueñas, miembro de la comisión para el proyecto de causas criminales, afirmó que «La comisión no presume haber dicho nada nuevo, porque apenas tendrá una décima parte que no esté prevenido por las leyes». A ello respondió el diputado Gómez Fernández que de los veintiocho capítulos de esta ley «unos están expresos y terminantes en toda legislación, y otros son expresa y claramente contrarios a las leyes del reino recopiladas en la Novísima Recopilación, y aún contra títulos enteros». Sobre el particular se abriría el debate, de nuevo, a propósito de la oportunidad de tener «sobre la mesa los cuerpos legales para consultar las leyes que tienen sobre esta materia». El diputado Giraldo, en expresiva intervención, dijo «yo quisiera que este Reglamento saliera vestido a la española; es decir que se expresasen las leyes de donde se ha sacado el espíritu de lo que en él se propone». El diputado Traver solicitó que se trajesen dichos cuerpos legales y en las discusiones Gómez Fernández citaría varias leyes históricas.

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

Aparte de este problema sobre la competencia de las Cortes para proceder a la reforma de las leyes, que se resolvería afirmativamente, otra cuestión que sobrevolaba los debates era la referente al respeto a los derechos de los territorios históricos. Se percibe un temor por parte de los diputados procedentes de estos, a que se aproveche la reforma para terminar de extender el derecho castellano a todo el Estado. En este sentido, el diputado Aner a propósito de la propuesta de Espiga sobre las comisiones que habrían de crearse, afirmó que se mostraba favorable a ellas «si solo se trata de reformar la legislación

de Castilla, pero si es para reformar la legislación general de España, es preciso que V. M. nombre una comisión para cada provincia, pues en cada cual de ellas son diversos los usos».

## V. LA RESTAURACIÓN ABSOLUTISTA Y LA CODIFICACIÓN

El regreso de Fernando VII determinó una vuelta al régimen absolutista, a partir de la promulgación del Decreto que el 4 de mayo de 1814 derogaba la Constitución y la labor legislativa desarrollada por las Cortes de Cádiz<sup>26</sup>. A pesar de ello, el monarca reconoce que tampoco la situación anterior a 1808 era la más adecuada, prometiendo una serie de reformas que permitan que «la libertad y seguridad individual y real quedarán firmemente aseguradas por medio de leyes...». Garantiza que habrá libertad de imprenta y que las leyes surgirán de «acuerdo con las Cortes<sup>27</sup>. Aparece, pues, como un rey más moderado en su actitud que antes de abandonar el trono. De todos modos, los hechos posteriores vendrían a demostrar que las pretensiones expresadas eran solo una táctica dialéctica necesaria para no generar demasiada oposición a su vuelta.

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

Más adelante, en uno de los períodos de cierta debilidad política, Fernando VII acogió el anhelo reformista y codificador de la legislación criminal suscitado en las Cortes, y por Decreto de 2 de diciembre de 1819 encargó su ministro de Gracia y Justicia al Consejo de Castilla la formación de un Código criminal en el que se clasificaran con propiedad y exactitud las especies de delitos y las penas correspondientes. Se reconocía en el preámbulo de este real decreto que las circunstancias históricas hacen cambiar las necesidades normativas, de modo que «el curso de los tiempos suele hacer estéril...lo que otros siglos fue oportuno», unido a ello la necesidad de mantener la seguridad pública y la individual como fin supremo del Derecho justificaban la medida dispuesta. Señalaba la existencia de algunos vicios en el Derecho vigente como por ejemplo «la falta de clasificación discreta en algunos crímenes»

---

<sup>26</sup> Al respecto resulta interesante la visión de un contemporáneo, SEMPERE Y GUARINOS, Juan, *Consideraciones sobre las causas de la grandeza y de la decadencia de la Monarquía española*, utilizo trad. del original francés de 1826 por Juan Rico Jiménez, Alicante, 1998, especialmente pp. 230 a 237.

<sup>27</sup> *Decretos del rey Don Fernando VII, por don Fermín Martín de Balmaseda*, Imprenta Real, Madrid, 1823, t. I, pp. 6 ss.

y «la deferencia al prudente arbitrio de los jueces y tribunales para imponer las penas en muchos casos en que la ley no la determina». Ello abría la puerta a la arbitrariedad y provocaba el alargamiento de las causas. Se recuperaba, pues, la crítica al arbitrio judicial, el cual, se reputaba que conducía a la arbitrariedad, en defensa de un legalismo que limitase la capacidad de interpretación del juez y evitase los defectos tradicionales de la administración de justicia, tales como la arbitraria aplicación de penas y el alargamiento excesivo de los pleitos. Por último, apuntaba la excesiva dureza de algunas leyes de Partidas que ya resultaban incompatibles con la sociedad de entonces.

En concreto se criticaban algunos de los defectos del Derecho penal anterior. Por ejemplo, en materia de penas, se criticaba la confiscación absoluta de bienes, la trascendencia de la pena de la infamia a los hijos por delitos cometidos por su padre o, en general, «las penas acerbadas de largo padecer». En cuanto al sistema probatorio, se reputaba como mal definida la prueba privilegiada o la misma calificación de los indicios, que generaban «un insondable piélago de opiniones en que vacila el juez más práctico, y conducen al error al que tiene menos experiencia de juzgar». En una clara alusión al empleo de la tortura judicial, que no había sido desterrada del todo a pesar de lo dispuesto en 1814, se rechaza la «facilidad con que admitieron pruebas equívocas y falibles» que conducían a veces a condenas a pena capital, «arrancando a veces de sus labios con un horror imponente lo que no puede tranquilizar al juez para su fallo». Terminaba por señalar como otra deficiencia, la consabida dispersión de las normas penales, sus reiteraciones, contradicciones, etc, que dificultaban su conocimiento, estudio y aplicación. Por todo ello se reputaba como absolutamente necesaria la formación de «un nuevo código criminal».

Con rasgos de cierta piedad procedente de las doctrinas ilustradas, en gran medida influenciados por algunos postulados de Beccaria, se señalaban en atención a las deficiencias indicadas en el citado Real Decreto, los siguientes objetivos que debían presidir las labores del Consejo Real en la elaboración de dicho código: acabar con la arbitrariedad del juzgador, con la severidad de las penas «nada compatible con la civilización y costumbres del día», suprimir la confiscación absoluta de bienes; acabar con la trascendencia de la infamia a los hijos; en general eliminar las penas infamantes; establecer la calificación de indicios y denegar la admisión de pruebas equívocas y falibles, llamadas «medias pruebas». Era necesario, además, acabar con los estériles razonamientos que se habían venido formulando en torno a la ley, que habían «hecho en gran parte arbitraria y opinable la ciencia del derecho», todo ello en detrimento de las leyes patrias, sobre las que prevalecía la opinión de sus glosadores «fundada por lo común en leyes de los antiguos romanos, a pesar de hallar-

se prohibido hacer uso de ellas en estos reinos». A ello se unía la dispersión de las leyes penales, sus reiteraciones, contradicciones, alteraciones, etc., diseminadas por varios cuerpos normativos, por lo que era necesario adoptar una solución radical porque las medidas parciales «de ordinario sirven para aumentar el mal».

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

La bondad de los deseos expresados se vio frustrada por los acontecimientos políticos que se vivieron a partir del levantamiento de Riego en uno de enero de 1820, suspendiéndose esta Orden y por supuesto los trabajos de la comisión. Y en ese momento nos situaríamos a las puertas de los trabajos parlamentarios que darían lugar al nacimiento de nuestro primer Código penal, que a la postre tendría una vida efímera.

## DE LAS CORTES DE CÁDIZ AL CP DE 1822

GONZALO QUINTERO OLIVARES,  
Catedrático de Derecho Penal

### I. LAS LEYES PENALES: EL SIGLO XIX Y EL NACIMIENTO DE LOS CÓDIGOS

El siglo XIX fue sin duda la centuria de los Códigos penales (y no penales), en Europa, en España y en Iberoamérica. El primer Código europeo posiblemente fue el austríaco que promulgó José II en 1787. En 1810 se promulga en Francia el CP. Austria tuvo un nuevo Código desde 1803, derivado de la *Constitutio Criminalis Theresiana* y del propio Código de José II; el Reino de las Dos Sicilias, en 1819; Prusia, lo hace en 1851, Baviera en 1813, Baden en 1845, Rusia en 1846, Portugal en 1852, Bélgica en 1867. Italia y Alemania tardaron algo más, a causa de su previo proceso de unificación nacional. El Código de Toscana, promulgado en 1853, estuvo en vigor, para toda Italia, hasta que en 1889 se aprobó el Código Zanardelli, primer Código para la Italia unida. En 1871 aparece el Código Penal común para el Imperio Alemán, que habría de tener larga vigencia –en buena parte, hasta 1975– con las interrupciones de las leyes penales del nazismo.

Las vicisitudes codificadoras en las Repúblicas iberoamericanas no pueden ser resumidas, por su complejidad. A título meramente informativo: el primer e importante Código del Imperio del Brasil es promulgado en 1830; el primer Código Penal Argentino es de 1886, en Bolivia Código Criminal de 1864; Chile, 1874; Colombia, 1837, Costa Rica, en el Código General de Carrillo, en 1841, Uruguay, 1889, Paraguay, 1871.

Se ha dicho que el empeño en codificar el derecho penal era una exigencia central para el espíritu liberal, lo cual puede aceptarse solo con grandes reservas. Si con ello se quiere decir que las fuerzas que hoy calificaríamos como progresistas tuvieron relevancia en la configuración de las leyes, puede aceptarse; pero si se quiere decir que el liberalismo político fue determinante en esos contenidos, hay que ponerlo en abierta duda, especialmente en lo que concierne a España. El pensamiento progresista español, durante todo el siglo XIX, con el solo paréntesis de la I República, solo consiguió pequeños avances en la mejora de las leyes penales y penitenciarias.

Durante el espacio de tiempo que va de 1812 hasta la caída de la I República, hubo en España una fuerte actividad legislativa, o, más exactamente, de trabajos orientados a conseguir componer un Código Penal. Durante la centuria se conocieron el CP de 1822, el de 1848, el de 1850, el de 1870 y su reforma de 1876.

Se ha señalado con frecuencia que el proceso codificador penal español fue más lento que el de otros Estados. Eso no es del todo cierto, salvo que se haga comparación con Francia, que ya en 1810 disponía de un Código Penal —que estaría en vigor, con periódicas reformas hasta 1994— lo cual, siendo muy importante, no debe sacarse de quicio, esto es: ha de situarse en un contexto político que no era el español, sino el Imperio napoleónico, además de que formalmente tampoco era el «primer» Código Penal europeo, pues le precedían ya los de Austria y Baviera.

Antes del Código de 1810, la Revolución promulgó el de 25 de septiembre de 1791, aprobado por la Assemblée Constituante. Fue una consecuencia directa de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, que se plasmó en la Constitución de 3 de septiembre de 1791. Los acontecimientos revolucionarios redujeron la virtualidad real de ese primer Código, por lo que no puede ser tomado como antecedente real.

## II. LA JUSTICIA Y EL IDEAL CODIFICADOR Y LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

No sería justo decir que hasta las Cortes de Cádiz no se había producido ningún movimiento orientado a ordenar y «civilizar» el derecho penal, pues se había llegado al siglo XVIII con leyes penales de extrema dureza, a pesar de que la paulatina influencia de los ilustrados entre los jurisconsultos llevó a suavizar *de facto* muchas de las terribles penas que se preveían para delitos de poca importancia, como, por ejemplo, muerte para el delito de hurto. En 1776 Carlos III

se dirigió al Consejo de Castilla, para que estudiara posibles modificaciones en las penas, para hacerlas menos desproporcionadas. Incluso se les preguntaba acerca de la conveniencia de abolir la pena de muerte sustituyéndola por otra clase de castigo. En la misma línea se dieron importantes pasos como fue, pese a sus defectos, el encargo de estudio hecho a Manuel de Lardizábal, que se plasmó en el *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes de España, para facilitar su reforma*, presentado en 1782.

A raíz del Discurso se produciría un intento de codificar que no pasó de la trabajosa formulación (1787) de un Proyecto de Código que ni tan solo alcanzaban a la totalidad de las materias. Carlos III moría en 1788 y reinando su hijo Carlos IV se retrocedería en todo. Los partidarios del Antiguo Régimen, horrorizados por la Revolución francesa, paralizaron cualquier intento de reformar las leyes, y, como muestra expresiva en 1805 se promulga la Novísima Recopilación, texto que, al margen de sus muchos defectos, era todo un canto a las leyes antiguas. Y esa sería la legislación penal aplicable hasta 1848.

Lo sucedido en Cádiz, y su fruto tardío más visible, el CP de 1822, hay que tomarlo pues como una excepción, especialmente en la España de Fernando VII. Como es sabido, el artículo 258 de la Constitución de 1812 disponía: *El Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes*. Eso implicaba el mandato de codificar esas materias. Ahora bien, esa idea estaba ya presente en el Estatuto de Bayona de 1808, que fue la «Constitución» ideada por Napoleón para el Reino de España. Su artículo 96 establecía que las Españas y las Indias se gobernarán por un solo código de leyes civiles y criminales. Es cierto que se trataba de una idea defendida por el invasor, pero también era consubstancial al constitucionalismo, que todos deseaban, y en el cual la codificación era una consecuencia necesaria, y eso se tradujo en una visible influencia del Estatuto sobre el texto de Cádiz y en el fortalecimiento de la necesidad de una Constitución.

Desaparecidos los franceses, el Consejo de Castilla anuló todos los actos políticos y jurídicos bonapartistas, incluyendo, por supuesto, el Estatuto o Constitución de 1807, que, en cambio, era invocada por muchos para reclamar la necesidad de una Constitución auténticamente española.

Los constituyentes de Cádiz comenzaron sus trabajos estando España aun en guerra, pero esa situación no afectaba al espíritu de muchos de ellos (no todos, pues no se olvide que casi un tercio de los congregados eran clérigos). Argüelles, personaje fundamental en aquel proceso, y autor del *Discurso preliminar a la Constitución* de 1812, citaba las ideas de Montesquieu y Beccaria, y entre ellas destacaba la reivindicación del principio de *legalidad*, que ya

había sido proclamado en el artículo 9 de la revolucionaria Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a pesar de que Argüelles, en el deseo claro de tranquilizar a los más conservadores, también hacía alusiones a las bondades de algunas normas de derecho histórico español, pese a lo cual no debe minimizarse la gran figura de Agustín de Argüelles y no solo como impulsor de la Constitución de Cádiz y del proyectado plan de codificar.

Se ha especulado a veces con la posible influencia de la Constitución norteamericana de 1787, a la vez que la de la Constitución francesa (mejor, las Constituciones, pues se sucedieron los textos de 1791, 1793 y 1795). La influencia norteamericana puede descartarse, pero no así la de la francesa de 1791. Un aspecto en que esa influencia resulta visible es el del papel del Juez penal en relación con la Ley. Los constituyentes de Cádiz quisieron realmente armar un Estado de Derecho, aunque no pasaran del propósito, pero este era claro: proclamar el imperio de la ley y sumisión de los ciudadanos, protegidos por el principio de legalidad, garantizado junto a los derechos y libertades, y, *especialmente*, instauración de un Poder judicial independiente exclusivamente sometido a la Ley.

Estas ideas fueron revestidas por los constituyentes con un manto de tradición histórica, para lo que se buscaron fuentes ancestrales de proclamación de la superioridad de la ley en los derechos históricos de Aragón, Navarra y Castilla. Muchos historiadores han cuestionado la realidad o el valor de esos precedentes, pero hay que comprender que no se podía reducir la «inspiración» a ideas alumbradas en el Iluminismo francés y luego asumidas por la Revolución.

### III. EL MANDATO DE CODIFICAR

La Constitución de 1812 ordenaba codificar el derecho civil, el criminal y el de comercio, repitiendo una idea que ya había aparecido en el Estatuto de Bayona y que era el imperativo intelectual de la época. En el ya mencionado Discurso Preliminar, elaborado por Argüelles, a la vez que se hacía el recuerdo y se enfatizaba la importancia de tener en cuenta la antiguas leyes penales del Reino, se proclamaba a la vez la importancia de codificar la legislación penal, como máxima prioridad (el Código civil tendría que aguardar hasta 1889, y el de Comercio hasta 1885). Esa importancia de la materia criminal contrastaba con el hecho de que dimensiones tan importantes como el sometimiento al principio de legalidad apenas eran mencionadas, lo cual contribuye a dar al Discurso un carácter eminentemente retórico, y a hacer aun más equí-



voca la invocación de las antiguas leyes penales de Aragón y Castilla, pues si bien es cierto que se pueden encontrar precedentes (siendo muy flexibles con el uso del término) del principio de legalidad de nuestro Derecho Histórico como los Decretos agrupados en la llamada Carta Magna de León, los Fueros de Aragón o declaraciones hechas en las Cortes castellanas en 1598. Pero solo voluntaristamente se puede sostener que aquellos precedentes lo fueran del principio de legalidad en la manera en que este ha de ser entendido en el marco de un Estado de Derecho, lo que alcanza desde la elaboración de las leyes hasta su significado en la aplicación del derecho.

La Constitución de 1812 entraba en importantes dimensiones de la función judicial, como cuando declaraba que *los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado* (art. 245); ni *suspender la ejecución de las leyes*, (art. 246). Es decir, una estricta subordinación al Legislativo, lo que incluía la obligación de elevar la oportuna consulta sobre la necesidad de modificar una Ley, pero absteniéndose de tomar decisión alguna que la sustituyera, pues esa potestad quedaba reservada a las Cortes, que eran las que debían de pronunciarse sobre el sentido de una ley que pareciera de difícil interpretación y comprensión (art. 261).

Pero sobre el principio de legalidad, aun siendo diversos los mandatos constitucionales que embridan a los tribunales, prohibiendo que sean ellos los que creen delitos o penas, lo cierto es que faltaba una declaración «solemne» del principio de legalidad de crímenes y castigos en el modo en que se proclamaba en la Constitución francesa de 1791. Esa clase de declaración no aparecerá, en nuestra historia constitucional, hasta el texto de 1837, cuyo artículo 9 hacía la proclamación clara y terminante de que «ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que estas prescriban».

Volvamos al mandato de codificar de 1812. Tal como sabemos, no se cumpliría hasta 1822. En 1820 las Cortes nombraron la Comisión que habría de acometer la tarea de preparar un Código, destacando entre sus miembros Calatrava (principal impulsor) con Martínez Mariña y Flórez Estrada. Apenas dos años más tarde la tarea estaba concluida y el 8 de julio de 1822 se promulgaba el Código.

La gran pregunta es si se trataba realmente de un Código *como hoy entendemos ese concepto*, lo que comporta un orden interior sistematizado y coherente, o si era una acumulación de leyes de diferentes orígenes, que se reunían de acuerdo con un mínimo criterio de ordenación, pero abarcando normas que iban desde el Fuero Juzgo a otras extraídas del Código francés de 1810.

La crítica que se pueda hacer hoy no tiene sentido. Es preciso recordar las difíciles circunstancias políticas en que se desarrollaron los trabajos, así como la circunstancia, nada menor, de que era la primera vez que se intentaba construir una normativa penal común para todo el territorio hispánico. A ello se ha de unir, y no es cuestión menor, que la concepción misma de lo que es un Código, a lo que antes me he referido, no estaba todavía arraigada en la mentalidad de unos juristas que se habían formado en el sistema de la Novísima Recopilación (que no era un Código en el modo en que hoy entendemos ese concepto jurídico) y otras muchas Leyes particulares. La denominación de «código», en la cultura jurídica de la época, se le podía dar al Código Teodosiano o al Justiniano, siendo ambos recopilaciones de leyes o constituciones imperiales. Esa manera de entender lo que era un Código habría de durar mucho tiempo.

No puede extrañar, por lo tanto, que el texto de 1822 no cumpla con los parámetros que hoy se exigen a un Código Penal, al menos en teoría. Un Código, así entendido, no lo habrá en España hasta la promulgación del Código de 1848, que fu fruto de un trabajo específico de sistematización que no hubo, ni podía haberlo, con ocasión del texto de 1822, y no me detendré en citar a los movimientos que hubo en contra de la idea misma de «codificar», que no se consideraba «imprescindible», o bien aquellos que confundían «codificar» con «recopilar».

Pero fuera de duda está que los impulsores del Código de 1822 deseaban ofrecer un cuerpo legal en el que se reuniera toda la materia penal, y eso lo hicieron, más allá de las contradicciones causadas por la heterogeneidad del origen de las leyes que se reunían. Desde ese enfoque se puede afirmar que cuando los constituyentes de 1812 mandaron «codificar» deseaban progresar en la certeza del derecho, expulsando aquello que no tuviera sentido mantener, y, claro está, que eso era compatible con la incorporación de ideas nuevas acordes al espíritu de la Constitución.

En suma, hacer un Código no es una tarea que pueda traducirse como «crear derecho», pero tampoco consiste en «ordenar el derecho que ya se tiene», pues esa es la función de las recopilaciones. La gestación y producción de un Código provoca en los que lo hacen deberes de información o inspiración y justificación, de estudios de comisiones, de concordancias y comparaciones con otros Códigos o experiencias, en busca de una legitimación de su trabajo, que tendrán que presentar y defender, que no parece inmanente al Código mismo.

Como ha escrito Carlos Petit, «...quienes más implicados estuvieron en la confección de los códigos realizaron precisamente reconstrucciones de este tipo, lo que obliga a suponer que en el intento pesaba el problema sustantivo

de la reforma legislativa bastante más que el esfuerzo adjetivo de su simple comprensión...»<sup>1</sup>.

Por otra parte –pensando en la codificación penal– hay que considerar en su debida importancia la situación en la que se encontraban los que aspiraban a hacer una reforma legislativa «revolucionaria» para la mentalidad de la época, pues, de una parte, se producía un choque ideológico entre las doctrinas penales que descollaban en aquellos tiempos (las ideas de los prerrevolucionarios franceses y las de Beccaria y Bentham) y las inercias de la tradición española que señoreaba las críticas de muchos representantes de la justicia o de las Universidades.

Pero es que, además, se daba otro problema: el propio derecho histórico, si en algo se le quería tener en consideración era extenso, impreciso y contradictorio, dando lugar a grandes dudas sobre cuáles eran las leyes que realmente se aplicaban en cada Tribunal del Reino, variando como si se tratara de naciones diferentes. En España nunca hubo una ordenación de las leyes penales aplicables en todo su territorio como pudo ser la *Constitutio Criminalis Theresiana*, de 1768, para muchos el primer Código austríaco, lo cual no es cierto, pues el primer Código austríaco lo promulgó José II en 1787, y debe añadirse que era un Código avanzado para su tiempo, pues, entre otras cosas, prohibía el tormento y, al menos en un primer momento, la pena de muerte, a diferencia de la ley penal promulgada por María Teresa, su madre, en la que se dedicaba especial atención a la tortura, sus métodos y sus instrumentos.

Las disposiciones penales de Las Partidas (partida VII), el Ordenamiento de Alcalá y la Nueva Recopilación (la Novísima se promulgó en 1805) eran contradictorias, y su aplicación real dudosa.

Algunos sostienen que también tenía carácter de Código la *Constitutio Criminalis Carolina*, legislación penal para el Sacro Imperio Romano Germánico, mandada promulgar por Carlos V de Alemania y I de España en 1532. Pero el simple hecho de que la *Carolina* no afectaba a los poderes judiciales penales de los diferentes príncipes alemanes, sino solo a los territorios directamente dependientes del Emperador, basta para no reconocerle ese carácter «general».

Claro está que puede hablarse de ideas penales importantes anteriores al período codificador (siglo XIX), y es absurdo entender que no hay pensamiento penal previo. Pero la gran reserva que se ha de hacer nace de la ausencia de un

---

<sup>1</sup> C. PETIT, «El código inexistente. Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», en *Historia Contemporánea*, n.º 12, 1965, p. 51. Ese estudio es muy esclarecedor en relación con la conceptualización de los códigos y las codificaciones.

sistema que pueda parecerse mínimamente a un Estado de Derecho, del todo ausente en el tiempo de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII), y eso afecta a la creación del derecho, a las garantías del proceso y a la legitimidad e imparcialidad de los Tribunales, sin olvidar la abundancia de jurisdicciones o fueros especiales. Por esa razón es preciso tener prevención frente a los estudios históricos que trazan una línea de continuidad entre las Partidas y la codificación del siglo XIX, sin poner en duda la importancia de las obras y esfuerzos de una amplia nómina de juristas.

Luego surge el principal problema metodológico: asumir realmente lo que se supone que ha de ser un Código. Hoy en día<sup>2</sup> estimamos que un Código, además de ser un instrumento de reunión y ordenación de las leyes supone muchos más: racionalización lógica, relación interna entre sus diferentes normas, aspiración de base fundamental para todo el derecho (penal o no penal), síntesis de principios y garantías, coherencia con la Constitución.

Difícilmente puede sostenerse que todas esas ideas estaban en el ánimo de los entusiastas codificadores de 1822<sup>3</sup>. La decisión de *codificar* no es solo, por lo tanto, una modernización del sistema de fuentes, clarificando la relación de normas, sino un *cambio en la manera de entender la relación entre el Ordenamiento jurídico, el Estado y los ciudadanos*. Puede decirse que no es simplemente una opción técnica, sino la cristalización de la importancia del principio de legalidad<sup>4</sup> con todas sus consecuencias garantistas.

Se ha subrayado que la idea de lo que es un Código no es unívoca a lo largo del tiempo, y para ello basta recordar cuántos textos legales o jurídicos se han titulado «Codex» antes de las codificaciones europeas del siglo XIX. Por lo tanto, puede aceptarse que en la cultura jurídica española de la época de Cádiz no estaba arraigada la idea de que un Código que merezca ese nombre, es una colección homogénea, que comprende por completo todas las leyes y disposiciones de una materia y solo de esa materia<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> No faltan quienes sostienen que el tiempo de los Códigos ha sido superado por la enorme complejidad del derecho de nuestro tiempo. Sobre la crisis «existencial» de los Códigos como columnas básicas del derecho, *vid.*: CARONI, «Lecciones de Historia...», *cit.*, p. 101 y ss.

<sup>3</sup> A modo anecdótico puede señalarse que, en 1780, en el Primer Diccionario académico del castellano, se define la voz Código como «Colección de leyes o constituciones de algún Soberano, que toma su nombre del Príncipe que la mandó hacer, o del autor que la hizo». Hoy el diccionario de la RAE define un Código como conjunto de normas legales sistemáticas que regulan unitariamente una materia determinada, pero como segunda acepción da la de «recopilación sistemática de diversas leyes».

<sup>4</sup> No entraré en la configuración del garantismo en los sistemas de *common law*, pues me alejaría excesivamente del tema.

<sup>5</sup> Sin perjuicio de que, andando el tiempo, los Códigos tendrán que convivir con leyes penales especiales, y no solamente la militar, que siempre ha sido la «especialidad lógica».

Nada de esto resta importancia a la voluntad codificadora de los constituyentes de 1812, que por supuesto no podían saber que en España no habría Código Penal con efectiva vigencia hasta 36 años más tarde (el CP de 1848), pues ya nos hemos referido a la pobre vida real que tuvo el CP de 1822. Codificar, como su nombre indica, es la obra científica realizada por un mismo legislador, ordenando en forma articulada y sistemática todas las disposiciones que deben regular una materia jurídica, teniendo en cuenta, según Lorenzo Arrazola<sup>6</sup>, «las leyes anteriores, los hábitos y costumbres del país para que legisla, con reglas breves y precisas, cuidando con esmerado afán de la unidad de la obra, de su simetría y del buen orden de todas las materias».

La Ilustración, junto al espíritu reformador de las leyes penales y humanización de estas, constituyó teóricamente el suelo sobre el que se levantó el ideal codificador, a pesar de que en el CP de 1822 aparecieran normas penales inspiradas en leyes tan antiguas como el Fuero Juzgo o las Partidas, a la vez que en otras cuestiones se seguía al CP francés de 1810. Puede suponerse, con dos siglos de perspectiva, que los constituyentes de Cádiz quisieron ordenar las leyes, pero también introducir normas del todo nuevas en nuestro derecho, y, sobre todo, consagrar la idea de que la legalidad era el techo protector de la ciudadanía, lo cual era la primera piedra de la construcción del Estado de Derecho.

Es fácil censurar al CP de 1822, pero hoy tenemos bastante experiencia «codificadora» como para ser conscientes de las enormes dificultades que conlleva la construcción de un Código, que rara vez es obra de pocas manos e ideas afines, por no hablar de los obstáculos que se cruzan en la pretensión de mantener estable una legislación penal. Posiblemente, la generación que se reunió en Cádiz, y, sobre todo, que luego quiso ser consecuente con lo acordado allí, fue la que se enfrentó al peor contexto político que se pueda imaginar.

#### IV. EL CP DE 1822

Antón Oneca, el mejor historiador del CP de 1822 (y de los Códigos de 1848 y 1870)<sup>7</sup> indica que el autor principal del texto de 1822 fue José María de Calatrava, héroe de la Independencia, reputado jurista y abiertamente libe-

---

<sup>6</sup> Lorenzo de Arrazola tuvo un señalado papel en la génesis del CP de 1848. Además, promovió la publicación de la «Enciclopedia española de derecho y administración ó Nuevo teatro universal de la legislación de España e Indias», que aparecería entre 1848 y 1872, bajo la dirección de Arrazola, Gómez de la Serna y Manresa Navarro.

<sup>7</sup> Don José Antón Oneca publicó en el *Anuario de Derecho Penal (ADP)* en 1965 dos trabajos dedicados respectivamente a la «Historia del Código de 1822» y «El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco». En 1970, también en *ADP*, escribió «El Código penal de 1870».

ral, lo que le costó un exilio que no acabó hasta la muerte de Fernando VII. Claro está que intervinieron más juristas, pero, siendo importante la autoría, más interés tiene la valoración técnico-jurídica.

De acuerdo con una extendida opinión, el CP de 1822, más allá de los problemas de su génesis y la muy dudosa vigencia que pudo tener, era un Código de buen nivel científico. La ciencia del Derecho y la filosofía clásica inspiran la mayoría de sus 822 disposiciones legales. Es a veces demasiado duro, mostrando especial atención en antiguas y tradicionales preocupaciones de naturaleza española, pero los que eso dijeron olvidaban las presiones que soportó el Proyecto a través de informes de Universidades y Audiencias, que mayoritariamente reclamaban más dureza y más concesiones a las leyes penales históricas, caracterizadas por su desmedido rigor, pese a lo cual se logró excluir bastantes incriminaciones históricas.

Pese a ello, en algún punto crucial se impuso el poder de la tradición y el de la Iglesia, todo en nombre de la interpretación de los sentimientos más reaccionarios de la sociedad española, pues solo así se puede entender el delito, descrito en el artículo 277 del Código y castigado con la pena de muerte, de conspirar directamente y de hecho para establecer otra religión en las Españas, o para que la Nación española deje de profesar la religión católica, apostólica y romana, y, respecto de la cuestión religiosa, conviene de nuevo recordar que en las Cortes de Cádiz cerca de un tercio de los parlamentarios eran eclesiásticos.

Pero también era visible la presencia de las ideas del humanismo penal, encarnadas en el pensamiento de Bentham y, en segundo plano, de Beccaria, que eran reiteradamente citados en los debates, y, por supuesto, aun cuando las penas puedan parecernos duras desde el pensamiento actual, deben ser comparadas con las que eran usuales en la época para comprender el avance que suponía el Código.

Hay que referirse, en fin, al tema más debatido: el de la vigencia efectiva que el CP de 1822 llegó a tener, que según una extendida opinión fue nula, a reserva de que durante el breve espacio de tiempo que va desde su promulgación el 9 de julio de 1822 hasta la caída del gobierno liberal de Riego— en abril de 1823, estuvo formalmente en vigor. Posteriormente, Luis XVIII decide echar una mano a su pariente Fernando, argumentando que era descendiente de Enrique IV, aunque la causa real era evitar el «descarrío revolucionario» de Riego, y se produce la invasión de los llamados Cien Mil hijos de San Luis y con ella, sin más resistencia que la batalla de Trocadero, la restauración absolutista, y para los juristas de 1812 y los liberales en general comenzaría el exilio cuando no fueron a parar al paredón.

Pero es difícil aceptar que, en aquel corto período, apenas un año, transcurrido desde la aprobación del Código hubiese sido aplicado por algún tribunal en sus sentencias, pues de eso no existe constancia documental. Las dificultades para la entrada en vigor del Código comenzaron a la vez que se promulgaba, pues por R. O. publicada en la «Gaceta» del 21 de septiembre, y dando como razón el gran volumen del Código, se disponía que no fuera de aplicación en la Península e Islas adyacentes *hasta enero del año siguiente* (1823). Seguidamente se planteó por algunos Tribunales la dificultad de aplicar un Código nuevo sin contar con una ley procesal también nueva (situación que habría de ser reiterada en la historia legislativa española), lo cual obligaba a demorar su aplicación hasta que se contara con esa legislación procesal.

Otro motivo alegado, en orden a retrasar la aplicación del Código, era la falta de establecimientos penitenciarios o correccionales adecuados para cumplir las penas que preveía. Todas esas objeciones fueron recibidas por la Comisión legislativa de las Cortes, y aunque no se produjera norma específica de suspensión de la entrada en vigor del Código, dan una idea clara de que no se estaba aplicando. Si se añade que el Gobierno de Riego cae a finales de abril de 1823, es fácil suponer que el Código no llegó a ser aplicado, pues Fernando VII, enardecido por el golpe militar pro-absolutista, derogó o anuló cuantas leyes hubieran sido promulgadas en el trienio constitucional.

La consecuencia terrible fue el regreso del derecho anterior, esto es, Las Partidas, la Novísima Recopilación, y en general todo el derecho promulgado con anterioridad a 1808, supeditado al orden de prelación vigente desde el Ordenamiento de Alcalá de 1348, y expresamente ratificado en leyes y recopilaciones posteriores<sup>8</sup>. Como señala Antón Oneca, el CP de 1822 fue *borrado* del pensamiento invocable, y ningún Tribunal se atrevería a inspirarse en ideas extraídas de aquel texto ofensivo para la Monarquía de Fernando VII, y ese ambiente jurídico o judicial no cambiaría sino con la muerte del Rey Narizotas, que supondría un cambio significativo en el panorama político, pero en el orden penal, aunque hubiera acabado la brutal represión que se desató durante la llamada *Década Ominosa*, quedaron vigentes, hasta la entrada en vigor del CP de 1848, las leyes penales del Antiguo Régimen.

---

<sup>8</sup> Sobre este punto, J. BARÓ PAZOS, «El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)», en *Anuario de Historia del Derecho*, LXXXIII, 2013.

# EL CÓDIGO PENAL DE 1822 Y EL PESO DE LA TRADICIÓN

GREGORIO M.<sup>a</sup> CALLEJO HERNANZ  
Magistrado

«...que no se establece pena contra el suicidio, los juegos prohibidos, los raptos de monjas, la introducción en sus monasterios, la heregía, incesto, lenocinio, sacrilegio, sodomía, sortilegio, resistencia á la justicia, bestialidad y otros delitos frecuentes...» (Extracto de las quejas de la Audiencia Territorial de Navarra al Proyecto de Cortes de 1821).

## I. CÓDIGO PENAL E IDEAL ILUSTRADO

A finales del siglo XVIII y principios del XIX Europa vive una eclosión de regeneracionismo penal. Hay una convicción generalizada en que debe reformarse la vetusta y aterradora legislación punitiva de la Edad Moderna.

Un ejemplo de tantos: al cerrarse la Dieta de Polonia el Emperador reconoce la «...pureza unánime de vuestras intenciones... –En consecuencia de vuestras tareas el reino de Polonia estará en fin bajo la dirección de un código penal uniforme y polaco», añadiendo que «He anticipado el deseo que os dictaba el amor Ilustrado del bien y del orden». Resulta significativo este discurso <sup>1</sup>: uniformidad frente a disgregación, humanidad frente a barbarie y Nación frente a particularismo son las características que se predicaban como esencia de un Código.

---

<sup>1</sup> Recojo la cita del *Mercurio de España*, julio de 1811, p. 11.



Había una percepción de la legislación penal como elemento definitorio del grado de ilustración de cada concreta nación. En las observaciones al proyecto de Código emitidas por el Colegio de Abogados de Madrid se hace referencia a la ley penal en ese mismo sentido: «...la legislación penal, de la cual pende casi enteramente la suerte y la felicidad del cuerpo social», llegando a referirse al Código Penal como «manual del ciudadano»<sup>2</sup>. Incluso a veces se predicaban del Código propiedades salvíficas: «Un código criminal perfecto no dexaría lugar para las leyes de imprenta», se podía leer en un número del *Español* del exiliado Blanco White<sup>3</sup>.

El amor ilustrado del bien y del orden, que decía el Emperador, se despliega sobre la reforma penal y lo hace tomando como elemento necesario la codificación. Código se equipara a ruptura con una tradición oscura y funesta. El 28 de junio de 1820, un periódico madrileño publicaba una amarga queja por la prolongación de la detención por más de cuarenta días de dos ciudadanos. Concluía la crónica exhortando a las Cortes a preparar con toda urgencia un Código Criminal:

«¡Padres de la Patria! ¡mirad con benignos ojos las desgracias que ocasiona un vicioso código criminal! Muchos de vosotros las conocéis por experiencia habiendo sido sus víctimas. La España espera que lo enmedaréis, la humanidad lo exige, y vuestro deber os lo manda imperiosamente»<sup>4</sup>.

En el difícil contexto histórico de un precipitado de ideas ilustradas, legislación histórica vetusta, confusa y desigual, finalización de una penosa guerra, e intento de desarrollo de los mandatos de las Cortes de Cádiz, hay una convicción generalizada de que la redacción del Código Penal es una piedra angular en la construcción de un estado civilizado. Incluso había una *convicción de ruptura* que expresan los miembros de la Comisión que presentó el Proyecto, cuando no ahorran críticas a la Novísima Recopilación por:

«...sostener y conservar el antiguo y vicioso sistema, las mismas bases, las mismas penas, y tantas leyes y títulos intempestivos en el día, como por ejemplo los de la Santa Trinidad y de la Fé Católica, de los judíos y su expulsión de estos reinos, de los moros y moriscos, de los hereges y descomulgados, de los adivinos, hechiceros y agoreros, de los juramentos y perjuros, de los sacrilegios, de las usuras y logros, de la sodomía y bestialidad, con otros que no deben ocupar ningún sitio, ni insertarse directamente en un buen código criminal»<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> *Observaciones del Colegio de Abogados de Madrid sobre el Proyecto de Código Penal presentado a Cortes*. Madrid, Ibarra impresor de la Cámara. 1821. pp. 3-7.

<sup>3</sup> *El Español* (Londres). 30/1/1811, núm. 10, p. 73.

<sup>4</sup> *El Conservador*, Madrid. 28 de junio, 1820.

<sup>5</sup> *Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes Extraordinarias de 1821. Discusión del Proyecto de Código Penal*. 1821. Tomo I. Madrid, Imprenta Nacional 1822. p. 17.

Damos ahora un salto en tiempo, y leemos un curioso documento. El 14 de abril de 1825, el Diario Balear recogía esta narración tomada de la Gaceta de Madrid:

«D. Rafael Hernández, después de haber servido en la guerra contra el invasor, se dedicó a la carrera eclesiástica, y obtuvo el sagrado orden del diaconado. El odio que profesaba a las doctrinas y obras de los novadores no le permitieron estarse quieto, y tomó las armas en julio de 1822; pero habiendo caído en manos de los revolucionarios le hicieron sufrir la pena de garrote en el campo de Marte de esta ciudad en un patíbulo, vestido de negro, cubierta su cabeza raída con un gorro del mismo color, sin degradación, y con las demás ritualidades prescritas en el monstruoso código penal que acababa de publicarse».

El texto es muy sugerente. El clérigo fue ejecutado conforme al ritual (se dice) del nuevo Código Penal. El Código de 1822, que pretendía ser una materialización de la Ilustración en nuestro país, resulta que pasaba, precisamente para los elementos más reaccionarios de la sociedad, como un monstruoso instrumento al servicio de los peores vicios punitivos que la Ilustración decía querer superar. ¿Qué había ocurrido? ¿Cómo es posible que un documento elaborado con la pretensión de ser divisa de la Ilustración en España pudiera ser citado por los elementos reaccionarios como ejemplo de todo lo contrario?

La respuesta puede encontrarse (además del lógico carácter propagandístico del texto) en algunas contradicciones del Código. El tributo que el texto hubo de pagar a la tradición ha sido con frecuencia destacado<sup>6</sup>; no obstante lo

---

<sup>6</sup> QUINTERO OLIVARES llama la atención sobre «...las presiones que soportó el Proyecto a través de informes de Universidades y Audiencias, que mayoritariamente reclamaban más dureza y más concesiones a las leyes penales históricas». QUINTERO OLIVARES, *Pequeña Historia Penal de España*, Iustel 2017, pp. 32 y ss. En la misma línea es clásica la frase de Pacheco «...es a veces demasiado duro: transige demasiado con antiguas preocupaciones españolas». (PACHECO y GUTIERREZ CÁLDERON, J. *El Código Penal concordado y comentado*, tomo I, 1848, p. 57).

Sobre el contenido de las observaciones e informes que presentaron universidades, tribunales, colegios de abogados e incluso particulares, vid extensamente TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria del Código Penal de 1822*. Sicania University Press, 2008, pp. 92-122, que entiende que el juicio general de las mismas fue, no obstante, positivo. Entre las más reacias al cambio la Audiencia Territorial de Castilla, expuso que «El crimen de sodomía, que a una condenan la religión, la moral y la política, y que tanto perjuicio trae a la población, no puede menos de reclamar la vigilancia de las leyes para su exterminio en un pueblo libre» o «La bestialidad; este crimen enorme, que propende á la degradación de la especie humana, causa un ultraje á la naturaleza, y hace caer a su autor en el embrutecimiento de las bestias, aunque no sea muy frecuente, no debe quedar sin sanción penal...» (*Observaciones hechas por la Audiencia Territorial de Castilla al Proyecto de Código Penal*, Madrid. 1821. Imprenta de Martínez Dávila, pp. 36-37).

Más sucintamente también aborda ese tributo a la tradición ANTON ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965, p. 268.

En este trabajo, el más clásico sobre el Código Penal de 1822, se expone que el Código «fue palenque en que lucharon las ideas del antiguo régimen con las reformistas aportadas por la filosofía de la Ilustración» (ANTON ONECA, *Historia del Código Penal...*, p. 263).

cual, creo que se pueden deslindar qué partes de esa tradición se incrustaron irremisiblemente en el texto, cuáles fueron desdeñadas y en qué casos estamos simplemente ante las «salpicaduras arcaicas»<sup>7</sup> a las que se refería Von Hentig al hablar de las formas modernas de castigo público. Todo lo anterior sin menoscabar el gigantesco mérito un Código que hubo de combatir las tendencias ultramontanas y que valientemente desechó propuestas y sugerencias que de aceptarse lo hubiesen convertido en una mera ordenación y simplificación de la Novísima Recopilación.

## II. EL CONTEXTO JURÍDICO DE LA ILUSTRACIÓN PENAL ESPAÑOLA

La Comisión redactora hubo de atender a múltiples informes que criticaban, por ejemplo, la falta de castigo para conductas como la sodomía o el suicidio. Finalmente plasmó un texto con avances extraordinariamente meritorios. Circunstancias como la excepcionalidad en el castigo de los delitos culposos a los casos previstos en la ley, la eliminación de referencias a «judíos», «moros» o «gitanos», la introducción de una circunstancia agravante como la de «mayor instrucción o dignidad del delincuente y sus mayores obligaciones para con la sociedad o con las personas contra quien delinquire» sistemáticamente, conectada con las atenuantes de «falta de talento o instrucción del delincuente» o «indigencia». La relevancia de factores como ser delincuente primario, haber observado buena conducta anterior, el arrepentimiento, los servicios previos al Estado, la atenuante de confesión, las indemnizaciones a los injustamente presos, son avances suficientemente destacados y verdaderamente rupturistas en el contexto del Trienio Liberal<sup>8</sup>.

¿En qué cedió la Comisión redactora? ¿En qué se mantuvo el Código extramuros de un proceso codificador ilustrado?

Podemos establecer los antecedentes del peso de una larga tradición legal y de la fuerza de un cuerpo de doctrina (fundamentalmente no penal, sino teológica y política) que tenía que ver con las ideas sobre el uso del *ius puniendi* y sobre el método jurídico. La ausencia de una metodología jurídica racionalista y la pervivencia de una estricta ortodoxia católica en la Constitución

---

<sup>7</sup> VON HENTIG, *La pena. Vol. II, las Formas modernas de aparición*, Madrid. 1968. Espasa Calpe, pp. 91 ss.

<sup>8</sup> ANTON ONECA, *Historia del Código Penal...*, p. 263.

de Cádiz habían contribuido a un discontinuo proceso de asimilación del movimiento ilustrado<sup>9</sup>.

La Novísima no dejó de ser un bloque normativo que se había construido como pura recopilación del Derecho histórico. De los títulos que contiene en materia penal, casi la mitad se referían a delitos contra la religión oficial o a cuestiones estrictamente morales, confundiendo las nociones de delito y pecado.

Se ha dicho que «la mentalidad ilustrada española, nunca dejó de contrastar el pensamiento y la ciencia con las exigencias de una ortodoxia, y no con sus propias exigencias de rigor, internas y significativas...»<sup>10</sup>. Hay un fondo ideológico tradicional, religioso y estamental, sobre el que, sin embargo, «... se tratan de insertar, no sin visibles incoherencias conceptuales, algunas de las principales doctrinas de la Ilustración penalista europea»<sup>11</sup>. A título de ejemplo para orientar sobre el contexto jurídico del Código, haré una pequeña reseña sobre la obra doctrinal más emblemática de la renovación penal española (*El Discurso sobre las penas* de Lardizábal). Si bien no fue una influencia directa del Código de 1822, estuvo presente en sus debates<sup>12</sup>.

Pese a la autodefinición que presenta *El Discurso* como intento de contribuir a la racionalización y humanización del derecho, lo cierto es que su proyecto ilustrado es limitado. Lardizábal, en el prólogo, nos dice que pese a su barbarie, la Partida Séptima y el Libro octavo de la Recopilación, son las mejores leyes penales de Europa.

En su epígrafe noveno y con citas de San Pablo, idénticas a las que suelen utilizar los legitimistas del XIX, narra que no hay Potestad que no venga de Dios y que el que resiste la Potestad, resiste las órdenes de Dios<sup>13</sup>. El Discurso propugna la absoluta necesidad de la religión como base de una sólida arquitectura social, que «todos los delitos que se dirigen a perturbar o a destruir la sociedad, y también la religión por las razones ya dichas, como son el crimen de lesa Majestad, la herejía, la sedición, rebelión y cualquiera otro de

<sup>9</sup> Con más extensión expuse esta cuestión en CALLEJO HERNANZ, «El pensamiento punitivo reaccionario español pervivencia en el siglo XIX y principios del XX y su influencia en el primer Franquismo», en la obra colectiva *El Derecho Penal de la posguerra* (Juan Carlos Ferré Olivé, dir.), Madrid Tirant lo Blanc, 2016, pp. 37-93.

<sup>10</sup> VILLACAÑAS BERLANGA J. L., «La batalla por la ilustración española», en *Res Publica* 5, 2000, pp. 157-175.

<sup>11</sup> HERNÁNDEZ MARCOS, M. «Las sombras de la tradición en el alba de la ilustración penalista en España: Manuel de Lardizábal y el proyecto de código criminal de 1787». *Res Publica*, núm. 22, 2009, p. 40.

<sup>12</sup> TORRES AGUILAR, M. *Genesis...*, p. 89.

<sup>13</sup> «Los que resisten a la potestad del Soberano resisten al mismo Dios», noción que aparece también en «El vasallo instruido en las principales obligaciones que debe a su legítimo monarca» de VILA Y CAMPS, A., que se había publicado en 1792 y obra clásica del pensamiento ultramontano español.

esta naturaleza, se deberán castigar con las penas más graves...»<sup>14</sup>. La obra de Lardizábal constituye un pequeño ejemplo de esa compleja penetración iusracionalista.

### III. LA RELIGIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y EN EL CÓDIGO PENAL

Si todo lo antes expuesto no deja de ser un lastre conceptual y metodológico, la cuestión religiosa tuvo una trascendencia patente en el texto final del Código. La Constitución de 1812 casi se puede decir que sostiene que España, más que una nación política, era una comunidad religiosa, en cierto modo confirmando lo que decía Alvarado (el Filósofo Rancio) en su mofa de los textos constitucionales<sup>15</sup>. El pensamiento más conservador, había conseguido así «la penetración conceptual de la sociedad estamental en la obra de la misma revolución por medio del derecho histórico y de la ortodoxia católica»<sup>16</sup>. El artículo 12 consagró que «La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica y romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra». Únase a lo anterior lo dicho en el preámbulo sobre la apelación a «las antiguas leyes fundamentales de esta Monarquía», y queda así apuntada una orientación de la Constitución como la reordenación racional del derecho histórico en el marco de una comunidad católica.

Creo que puede decirse que el discurso crítico tradicionalista en torno a la obra de las Cortes de Cádiz parte de dos premisas:

a) Hay un *abuso de su representación* en la medida en la que se dice defendían unas ideas «enteramente contrarias al sentir del pueblo español», de

---

<sup>14</sup> LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas; contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Cap IV parágrafo II. Las citas son de la edición digital de la Biblioteca Miguel de Cervantes de la Universidad de Alicante, (<http://www.cervantesvirtual.com/obra/discurso-sobre-las-penas-contraido-a-las-leyes-criminales-de-espana-para-facilitar-su-reforma--0/>) basada en la edición de Joaquín Ibarra de 1782, ed. Facsímil Granada, ed. Comares, 1999.

<sup>15</sup> «Constitución es la que reúne a una nación como en una sola familia, le elige la naturaleza de la forma de gobierno, establece las leyes que lo afianzan, restringe la autoridad para que no degenera en despótica, le prescribe las obligaciones, le deslinda con mucha escrupulosidad sus derechos, y explica a los pueblos sus franquicias y libertades... conque es evidente que la España tenía desde ab initio Constitución con todos su perifollos», en *Constitución filosófica que el Filósofo Rancio transformado en filósofo liberal escribió antes que las llamadas cortes extraordinarias sancionasen su constitución política de la Monarquía española*, Sevilla, 1816.

<sup>16</sup> VILLACAÑAS BERLANGA «Ortodoxia católica y derecho histórico en el origen del pensamiento reaccionario español», en *Res Publica*, 2004, pp. 41-54. (la cita se corresponde a la p. 52).

modo que «mientras el pueblo derramaba su sangre luchado por Dios y por la España tradicional y monárquica, los diputados de Cádiz, que se decían sus representantes, acogían los principios ideológicos de nuestros enemigos...»<sup>17</sup>. Es decir, independientemente de que las Cortes se hagan depositarios de la soberanía nacional, la Nación es una esencia que se ha pronunciado directamente en contra de la política de las Cortes.

b) Eso lleva directamente a la diferenciación de los conceptos de Código político (expresión de la voluntad casi usurpadora de los constituyentes) frente a Ley Fundamental, una Constitución histórica expresión de la esencia histórica de la Nación diametralmente contraria a los postulados de la obra de las Cortes<sup>18</sup>.

En los debates parlamentarios sobre el Código, la defensa de una represión penal muy severa y aún de propuestas más duras que fueron defendidas siempre con base en ser un desarrollo del artículo 12 de la Constitución.

Esta fijación de una verdad histórica se desarrolló en el Código; La parte especial comenzaba con una Parte Primera, *De los delitos contra la sociedad*. Su primer título llevaba la rúbrica «De los delitos contra la Constitución y el orden político de la monarquía». Sus primeros capítulos son los «Delitos contra la libertad de la Nación», «delitos contra el Rey, la Reina o el príncipe heredero», «Delitos contra la religión del estado». El primero de los preceptos de los delitos contra la religión es tajante: «Todo el que conspirare directamente y de hecho a establecer otra religión en las Españas, o a que la Nación Española deje de profesar la religión católica apostólica romana, es traidor, y sufrirá la pena de muerte» (art. 227)<sup>19</sup>. En los anteriores capítulos se habían penado hasta once conductas con el cadalso. La consideración del asesino del Rey como «parricida» (art. 219) da una idea de identificación con la tradición anterior a 1789. El mismo artículo albergaba la exacerbación punitiva de castigar con la muerte al que conspirare «para maltratar» de obra al Rey.

<sup>17</sup> LLORCA/GARCÍA VILLOSLADA/MONTALBÁN, *Historia de la Iglesia Católica*. Tomo IV. Edad Moderna. BAC, Madrid, 1963. p. 529.

<sup>18</sup> Sobre estas cuestiones, LÓPEZ ALÓS, *Entre el trono y el escaño*, Congreso de los Diputados, Dirección de Estudios, análisis y publicaciones. Madrid. 2011.

<sup>19</sup> ANTÓN ONECA, ya destacaba el «respeto por la tradición» que tuvo la Asamblea legislativa en esta materia. *Historia del Código Penal...*, pp. 273. Así dijo también el Conde de Toreno, «Yo además creo que en este siglo cualquiera que provoque a mudar la religión generalmente reconocida es preciso que sea un loco...» Era inconcebible en la España de 1812 que alguien pueda tratar de llevar a cabo lo establecido en el artículo 229.

El delito de herejía seguía en realidad plenamente vigente<sup>20</sup>. El artículo 229 castigaba con pena de hasta tres años de reclusión y otro de vigilancia especial por las autoridades al que «de palabra o por escrito enseñare o propagare públicamente doctrinas o máximas contrarias a alguno de los dogmas de la religión católica apostólica y romana, y persistiere en ellas después de declaradas tales con arreglo a la ley por la autoridad eclesiástica competente». La introducción de libros prohibidos se castigaba con multa o arresto (art. 231), la tenencia de un libro prohibido suponía el pago de una multa y la destrucción del ejemplar (art. 232). La apostasía era tratada como una vileza execrable. El autor perdía todos sus honores, sueldos y empleos y se le consideraba «como no español» (art. 233)<sup>21</sup>. La blasfemia implicaba hasta tres meses de prisión. Es muy significativo que un autor como Jerónimo Montes alabase la continuidad que el Código de 1822 suponía con la tradición en este punto. Por lo demás, y en línea de principio con lo dicho anteriormente, con esa exigencia de cumplimiento del sistema confesional de 1812, dejaba claro Montes que esta regulación era «...consecuencia lógica del precepto constitucional que aceptaba la Religión católica como religión única del Estado»<sup>22</sup>.

Como contexto de esta regulación es importante remarcar que el sistema gaditano se comenzó a desarrollar con el Decreto de 28 de febrero de 1813 que abolía el Tribunal de la Inquisición pero establecía simultáneamente los «Tribunales protectores de la fe», y se restablecía el contenido de la Ley II título XXVI, Partida VII en cuanto a las facultades de los obispos y vicarios para conocer de las causas de Fe, con arreglo a cánones y al derecho Común, y «las de los jueces seculares para declarar e imponer a los hereges las penas que señalan las leyes o que en adelante señalaren». Asimismo, se disponía que «El Rey tomará las medidas convenientes para que no se introduzcan en el Reyno por las aduanas marítimas y fronterizas libros ni escritos prohibidos o que sean contrarios a la Religión», y el obispo o su vicario tenían la competencia de censura en materia de libros religiosos e incluso la de denegar licencia para su impresión.

---

<sup>20</sup> Ante la queja de una Audiencia Territorial por la falta de castigo de la herejía, se sostuvo sin mayor explicación que sí que estaba contemplado el delito, solo que con otro nombre; «El artículo 232, que es el que trata de este delito, aunque omitiendo el nombre de herejía...» así, Calatrava en la discusión de Cortes (*Diario de Actas...*, tomo III, p. 9).

<sup>21</sup> Y aún la comisión hubo de rechazar propuestas más extremas, como la las Audiencias de Extremadura y Sevilla de desterrar del Reino a todo apóstata, reseñando Calatrava que «...sería muy impropio expatriar al español que deja de ser católico mientras toleramos, como es justo, al extranjero de cualquier religión que sea» (*Diario de Actas...*, tomo III, p. 43).

<sup>22</sup> MONTES LUENGO. *El crimen de Herejía*, Madrid. 1918, pp. 16-17.

Los debates sobre el artículo 69 del Código son también muy reveladores. El texto final establecía que «Por honor al sacerdocio... ningún presbítero, diácono ni subdiácono sufrirá tampoco la pena de trabajos perpetuos, ni las de obras públicas», siendo así que en el primer caso «será deportado el reo»; esta notable excepción al principio de igualdad se llegó a sostener, como apunté anteriormente, que era un desarrollo directo del texto constitucional.

Las intervenciones sobre esta cuestión en las Cortes son llamativas: el diputado Sr. Gisbert dijo que los sacerdotes no se han visto destinados a los trabajos públicos «sino en los tiempos de los Neronos y los Calígulas...» o el Sr. Echevarría que «no se ha se ha conceptuado también á los ordenados de menores» porque tener incluso a un mero mendicante haciendo obras públicas como pena «...acarrearía acaso males tan graves, que podrían perturbar la tranquilidad de los pueblos y seguridad del estado»<sup>23</sup>.

El Código es pues en este punto un elemento de defensa estructural de la esencialista identificación de España con el catolicismo.

#### IV. OTRAS ADHERENCIAS DEL PASADO

Fuera de este caso, el Código pasa por otras limitaciones, por otros peajes al Derecho histórico. No obstante lo cual fue mérito de la comisión sustraer otros del texto final y rechazar propuestas y observaciones arcaizantes.

Como destacó Masferrer Domingo, los términos *infamia* o *infamantes* aparecen en más de 70 artículos<sup>24</sup>. El contenido de la pena de infamia, conforme al artículo 28 incluía también «la de ser declarado indigno del nombre español». El artículo 74 desarrollaba ese contenido: «El reo... perderá, hasta obtener la rehabilitación, todos los derechos de ciudadano; no podrá ser acusador sino en causa propia, ni testigo, ni perito, ni albacea, ni tutor, ni curador sino de sus hijos ó descendientes en línea recta, ni árbitro, ni ejercer el cargo de hombre bueno, ni servir en el ejército ni armada, ni en la milicia nacional, ni tener empleo, comisión, oficio ni cargo público alguno».

La infamia, tan arraigada en nuestro Derecho histórico, había sido generalmente una pena accesoria. A veces, sin ese título, lo que también proliferaba era una serie de solemnidades humillantes para el condenado que adornaban la

<sup>23</sup> *Diario de Actas...*, tomo II, pp. 239 y ss.

<sup>24</sup> MASFERRER DOMINGO. *La pena de infamia en el Derecho histórico español*, Madrid, Dykinson. 2001, p. 381.



ejecución<sup>25</sup>. Los autores ilustrados españoles no rechazaron dicha pena que pasó al Código defendida en las Cortes por Calatrava con su habitual suficiencia. Solo podía imponerse a partir de los diecisiete años y era considerada (art. 29) pena corporal. Si bien en principio acompañaba a la pena de muerte y a la de trabajos perpetuos, también se fijaba como pena autónoma para el marido que consentía el adulterio (art. 685) y para el que cometiera perjurio (art. 434). Delitos como esa especie de homicidio preterintencional que regulaba el artículo 626 conllevaban infamia. En fin, todas las modalidades de robo conllevaban esta pena (art. 743). Su naturaleza accesoria a la pena de muerte prolongaba *post mortem* la deshonra del reo. Calatrava fue en este punto tajante en la defensa de la pena entendiendo que más se retraerían los hombres de ser asesinos o parricidas «si saben que han de morir con infamia»<sup>26</sup>.

Afortunadamente se eliminó del Proyecto el resabio de salvajismo que suponía la pena de la marca. El artículo 48 del proyecto establecía que: «El reo condenado a trabajos perpetuos será marcado públicamente en la espalda por el ejecutor de la justicia con un hierro ardiendo que forme la figura de la letra D». El artículo 49 disponía que el reo marcado que se fugase antes o durante la ejecución de la pena de trabajos «será puesto a la vergüenza sin necesidad de más proceso ni juicio que el mero reconocimiento de la marca», siendo destinado luego a los trabajos «más arriesgados y penosos», y si cometiese otro delito que conlleve pena corporal o de infamia «se le impondrá irremisiblemente la muerte sin más proceso ni diligencia que la información sumaria del nuevo delito, y el mero reconocimiento de la marca»<sup>27</sup>.

También se recogió en el Proyecto la pena de vergüenza pública, desechada finalmente. Verdadera rememoración de las penas del antiguo régimen, se establecía que sería sufrida durante una hora «atado a un palo con una cuerda que lo sujete sin atormentarlo y sobre un tablado levantado en alguna plaza pública...» (art. 63).

La presencia de una fortísima implantación de la prevención general intimidatoria como fin de la pena conllevó relevantes anclajes con ese pasado: El implacable artículo 53 estableció que «Los reos condenados á trabajos perpetuos, deportación ó destierro perpetuo del reino, se considerarán como muertos para todos los efectos civiles en España, después de nueve días; contados des-

---

<sup>25</sup> SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho Penal en España*, Publicaciones Universidad Jaén, 2002, pp. 334-347.

<sup>26</sup> *Diario de Actas...*, Tomo III, p. 352.

<sup>27</sup> Es curiosa la propuesta del Colegio de Abogados de Madrid: «...podría imprimirse no con un hierro ardiendo, que hace sufrir al delincuente y a los espectadores, sino con polvos colorantes ó de otra manera menos cruenta» (*Observaciones...*, p. 27).

de la notificación de la sentencia que causase ejecutoria...». Se les concedían estos nueve días para que pudieran arreglar sus asuntos, testar y disponer de sus bienes, disolviéndose a efectos meramente civiles el matrimonio, salvo que el cónyuge quisiera acompañar al condenado. Permanecía por lo tanto en nuestro Derecho Penal la muerte civil.

Por supuesto, la regulación de la pena de muerte y de otra pena esencialmente relacionada, la pena de ver ejecutar la pena de muerte, se corresponden con ese viejo Derecho. Esta última se acompañaba también de todo un ritual minuciosamente normativizado. El artículo 62 establecía que «El reo condenado a ver ejecutar la sentencia de muerte impuesta á otro, será conducido con el reo principal, en pos de él y en igual cabalgadura; pero con sus propias vestiduras, descubierta la cabeza y atadas las manos. Llevará también en el pecho y espalda un cartel que anuncie su delito de cómplice, auxiliador, encubridor, etc. y será comprendido en los pregones, permaneciendo al pié del cadalso ó tablado mientras se ejecuta el castigo principal». El macabro sorteo que regulaba el artículo 103 y en el cual tras unas reglas sobre qué proporción de reos pasarían por el cadalso y cuáles no, se determinaba que «á quienes no tocara la suerte, serán destinados á trabajos perpetuos después de ver ejecutar la pena capital en sus compañeros».

El ritualismo exagerado de la ejecución de la pena de muerte es un homenaje al Derecho Penal más tenebroso. Quince artículos llenos de simbolismos reglamentaban la liturgia de la muerte estatal. Los aspectos más siniestros los recogen artículos como el 33 («ejecución simulada» del reo que fallece antes del cumplimiento de la sentencia), la publicidad de la misma (art. 37), los requisitos del cadalso (negro, contiguo a la población y en lugar «proporcionado para muchos espectadores», art. 39). El artículo 40 es expresivo de todas las notas antes dichas: «El reo será conducido desde la cárcel al suplicio con túnica y gorro negros, atadas las manos, y en una mula, llevada del diestro por el ejecutor de la justicia, siempre que no haya incurrido en pena de infamia. Si se le hubiere impuesto esta pena con la de muerte, llevará descubierta la cabeza, y será conducido en un jumento en los términos espresados. Sin embargo el condenado á muerte por traidor llevará atadas las manos a la espalda, descubierta y sin cabello la cabeza, y una soga de esparto al cuello. El asesino llevará la túnica blanca con soga de esparto al cuello.

El parricida llevará igual túnica que el asesino, descubierta y sin cabello la cabeza, atadas las manos á la espalda, y con una cadena de hierro al cuello, llevando un extremo de esta el ejecutor de la justicia, que deberá preceder cabalgado en una mula. Los reos sacerdotes que no, hubieren sido previamente degradados llevarán siempre cubierta la corona con un gorro negro». El reo lleva-

ba en el pecho un cartel anunciando su delito (art. 41), en un tránsito hasta el cadalso con pregonero público (art. 42), y con posterior exposición del cadáver hasta la puesta de sol (46). Al traidor y al parricida «se dará sepultura eclesiástica en el campo y en sitio retirado, fuera de los cementerios públicos, sin permitirse poner señal alguna que denote el sitio de su sepultura» (46 *in fine*).

Otro resabio de nuestra antigua legislación, fue la pervivencia en materia de delitos contra la Administración de Justicia, del criterio talional. La acusación falsa llevaba aún consigo la prisión sufrida por el acusado (art. 429), el falso testimonio podía llevar la declaración de infamia además de esa pena talional (art. 432).

En fin, una nota del Código es su dureza. Como ya puso de relieve Antón Oneca, «...la rudeza con que son castigados muchos hechos, algunos de los cuales tienen hoy la consideración de inocentes»<sup>28</sup>. Hurtos no especialmente graves podían conllevar hasta ocho años de obras públicas (art. 748) y cualquiera fuera de los casos más leves del artículo 746 conllevaban infamia.

La equiparación de cualquier acto de preparación del delito con la tentativa (art. 5), el insólito sistema de vigilancia pública para el pensamiento o la resolución de delinquir (art. 9), dotaban al sistema del código de un subjetivismo desproporcionado.

La abolición por Fernando VII de las leyes promulgadas en el Trienio Liberal creo que marca indefectiblemente el positivo juicio crítico sobre el Código: el Derecho Penal de los españoles volvió a ser el de Las Partidas y la Novísima Recopilación<sup>29</sup>. La prudencial pero heroica tarea de Calatrava y compañía<sup>30</sup> quedó sin haber estado vigente (o al menos solo de manera marginal) pero dejó una fecunda semilla. Sus peajes a la tradición no empañan todo lo que de positivo tuvo este fascinante proceso.

---

<sup>28</sup> ANTON ONECA, *Historia del Código Penal...*, p. 277.

<sup>29</sup> Vid. BARÓ PAZOS «El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)», en *Anuario de Historia del Derecho*, LXXXIII, 2013, pp. 105-138.

<sup>30</sup> Encomiable tarea que se une a una descollante capacidad de trabajo. Como nos recuerda PETIT CALVO, los comisionados trabajaron un borrador durante algo más de tres meses, con reparto de los títulos en ponencias; Posteriormente, los diputados Calatrava y Vadillo, ocuparon mes y medio en perfilar el proyecto que se llevó a las Cortes y que fue luego debatido con exhaustividad (PETIT CALVO, «Los Códigos del trienio liberal», *Revista electrónica de historia constitucional*, 21, 2020, p. 113).

# EL ORDEN Y EL CÓDIGO: LA *POLICÍA* EN LOS DEBATES DEL CÓDIGO PENAL DE 1822

MANUEL MAROTO CALATAYUD  
Universidad Complutense de Madrid

## I. INTRODUCCIÓN

Son conocidas las críticas que la comisión redactora del Código Penal de 1822 dedicó al proyecto de reforma que el Consejo de Castilla había promovido a finales del siglo XVIII. Entre otras, la de que su objeto no había sido transformar, sino sostener, el sistema penal del Antiguo Régimen: «las mismas bases, las mismas penas y tantas leyes y títulos intempestivos en el día, como por ejemplo los de la Santa Trinidad y de la Fé Católica, de los judíos y su espulsion de estos reinos, de los moros y moriscos, de los hereges y descomulgados, de los adivinos, hechiceros y agoreros, de los juramentos y perjuros, de los sacrilegios, de las usuras y logros, de la sodomía y bestialidad, *con otros que no deben ocupar ningun sitio, ni insertarse directamente en un buen código criminal*»<sup>1</sup>.

Este capítulo tiene dos objetivos. El primero es abordar lo policial en los discursos parlamentarios del Trienio Liberal, discursos marcados, como veremos, por una contradictoria retórica antipolicial. El segundo es explorar la lógica por la cual algunas de esas cosas que la comisión codificadora mencionaba como impropias de un código penal ilustrado, ese listado de pesos muertos del absolutismo penal, acaban insertas en el ordenamiento, pero no *directamente* en

---

<sup>1</sup> Las comillas son mías. *Diario de las Actas y Discusiones de las Cortes Extraordinarias de 1821. Discusión del proyecto de Código Penal*, tomo primero, Imprenta Nacional, 1822, pp. 16 y 17. En adelante, *DGP*.

el Código Penal, sino a través de remisiones a los Reglamentos de Policía<sup>2</sup>. Todo ello nos servirá para reflexionar en torno a la conexión y la separación entre justicia y policía en el pensamiento jurídico y político del liberalismo español.

## II. PODER POLICIAL E ILUSTRACIÓN PENAL

Entre los siglos XVII y XIX la noción de *policía* evoluciona radicalmente<sup>3</sup>. La ilustración jurídica del XVIII se aparta en este tema de las lógicas de la codificación: justicia y policía son cosas diferentes. En 1748 Montesquieu ya defendía que los reglamentos de policía son de distinto orden que las demás leyes civiles<sup>4</sup>: que cuando hablamos de policía lo hacemos de lo cambiante, de un dominio que no es el de la ley, sino el del reglamento, la ordenanza, la prohibición, el arresto<sup>5</sup>. Beccaria menciona una vez la *policía* en su tratado, al abordar los delitos contra la tranquilidad pública, y advierte de la necesidad de evitar la arbitrariedad en el funcionamiento de esta institución francesa<sup>6</sup>. «Policía exacta, sin inquisición,

---

<sup>2</sup> Una referencia aquí es a la legislación *indirecta*, una fórmula de Bentham (uno de los autores más influyentes sobre los autores del Código, que mantuvo incluso una interesante correspondencia sobre el proyecto con el Conde de Toreno), en la que el filósofo inglés enmarcaba toda su discusión sobre la policía: la policía es un medio, efectivamente, para regular de manera indirecta. En todo caso, por influyente que pudiera ser el filósofo inglés, no consta que se tomara directamente de Bentham y de su idea de la legislación indirecta la decisión de remitir determinados contenidos, más o menos inaceptables desde el punto de vista ilustrado, al Reglamento de Policía. Ver JACQUES, Scott y SCHOFIELD, Philip, *Jeremy Bentham on Police: The unknown story and what it means for criminology*, UCL Press, 2021.

<sup>3</sup> Ver FRAILE, Pedro, *La otra ciudad del rey: ciencia de policía y organización urbana en España*. Celeste, Madrid, 1997; FOUCAULT, Michel, *Seguridad, territorio y población*, Akal, 2008.

<sup>4</sup> «Hay delincuentes a los que el magistrado castiga y hay otros a los que corrige. Los primeros están sometidos al poder de la ley, los segundos a su autoridad de magistrado. En la aplicación de las normas de policía, castiga el magistrado más bien que la ley; en el enjuiciamiento de los delitos, castiga la ley más que el magistrado. Los asuntos de policía son cosas de cada día y ordinariamente de poca monta, por tanto, apenas son necesarias formalidades. Las acciones de policía son inmediatas y se ejecutan sobre cosas cotidianas, por tanto, no le son propios los grandes castigos. Se ocupa permanentemente de detalles, de modo que no le competen las grandes medidas. Usa más de reglamentos que de leyes. Las personas de las que se ocupa están permanentemente a la vista del magistrado, por lo que es culpa del magistrado si incurren en excesos. No se pueden confundir, pues, las grandes vulneraciones de las leyes con transgresiones de simple policía: se trata de cosas de orden diferente». MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Istmo, Madrid, 2002, pp. 612-13. En 1813 Antonio Alcalá Galiano, tío del conocido político exaltado, publicó unas *Máximas y principios de la legislación universal* en las que reproduce casi literalmente las líneas de Montesquieu: quizás en un error de traducción, afirma que «en el ejercicio de la Policía el Magistrado es el que castiga aun mas que la ley». ALCALÁ GALIANO, A. *Máximas y principios de la legislación universal*, Imprenta de Vega y Compañía, 1813, p. 279.

<sup>5</sup> «La cosa no pasa, desde luego, por el aparato judicial; viene directamente del poder real, es un golpe de Estado permanente, pero ¿cuál es el instrumento de ese golpe de Estado permanente? El reglamento, la ordenanza, la prohibición, el arresto. La policía interviene en la modalidad reglamentaria». FOUCAULT, Michel, *op. cit.*, p. 324.

<sup>6</sup> Ver BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y las penas*, Universidad Carlos III, 2015, p. 32-33. Al final de su vida, Beccaria tuvo ocasión de pronunciarse (en términos muy favorables) sobre el funcio-

justicia humana y pública, penas dulces pero inevitables; he aquí el sistema de los países libres», dictaban los revolucionarios de 1789<sup>7</sup>.

El concepto ilustrado de *policía* se desarrolla ligado a la idea de la prevención frente al castigo, a la protección de la propiedad y del orden, y al disciplinamiento en el trabajo. En sus *Cartas sobre la policía* (1801), Valentín de Foronda lo resume de la siguiente manera:

«Como un gobierno ilustrado debe cuidar mas de evitar los delitos que de castigarlos, y que su causa es frecüentemente la indigencia y la mala educación; es preciso cuidar de que á nadie le falten ocupaciones, fomentando las artes y talleres públicos y velando en inspirar buenas máximas al Pueblo, como lo dirémos quando tratemos de la educacion pública. Los holgazanes, los que no tienen oficio ni beneficio, los que mendigan solo por huir del trabajo, son una materia dispuesta para ser ladrones, incendiarios, asesinos, sediciosos; en una palabra, para emprender todos los crímenes; así es preciso perseguirlos hasta que sean laboriosos, y coman con el sudor de su rostro, segun el precepto que impuso Dios al hombre»<sup>8</sup>.

Veinte años después, el Ateneo Español, en sus comentarios al proyecto de Código Penal, aportaría otro buen resumen de esta postura, en su vertiente aparentemente menos represiva:

«Una buena policía, con buenas costumbres, es lo que conviene á un pueblo libre en lugar de cadalsos. El despotismo aumenta los delitos, y esto no puede dejar de ser así, porque en los países donde aquel se halla entronizado, el hombre se halla degradado [...] Los gobiernos no se han establecido para el bien de los gobernantes, sino para el de los gobernados; y en asuntos de legislacion criminal primero deben establecerse las leyes que impiden los delitos, que dictarlas para su castigo. Quitese ántes al malvado la ocasion de cometerlos: empléese ántes el arte tan poco conocido hasta aquí de escitar á los hombres á obrar bien, asegurándoles el premio de sus virtudes: dirijanse las acciones de los españoles á un fin útil al particular y á la sociedad en general, y de este modo se mantendrá el imperio de la ley por la fuerza misma de las costumbres; habrá menos delitos, y con ellos las penas serán ménos necesarias»<sup>9</sup>.

---

namiento de la policía de Milán, institución muy criticada tanto por liberales como por conservadores. Ver CAPRA, Carlo, «Beccaria fonctionnaire et l'évolution de ses idées», en Audegean, Philippe, y otros (dir.), *Le bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les lumières*, ENS Éditions, 2017; CICCHINI, Marco, «Penser la police au prisme de Beccaria», en *Revue d'histoire du droit de punir*, vol. 5, 2020. Algunos de los escritos de Beccaria sobre policía se han perdido: HARCOURT, Bernard. E., «Beccaria's 'On Crimes and Punishments': A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law», en Dubber, Markus (ed.) *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, p. 54.

<sup>7</sup> DUPORT, Adrien, *Projet de décret sur les principes fondamentaux de la police et de la justice en annexe de la séance du 22 décembre 1789*, Archives Parlementaires de la Révolution Française, n. 10, 1878.

<sup>8</sup> DE FORONDA, Valentín, *Cartas sobre la policía*, Madrid, Imprenta de Cano, 1801, pp. 110 y 111.

<sup>9</sup> *Observaciones del Ateneo Español sobre el Proyecto de Código Penal*, Imprenta de Albán y Compañía, Madrid, 1821, pp. 112 y 113.

Durante los años siguientes (en buena medida, de hecho, durante el Trienio Liberal), se decantarían tanto la concepción de *prevención*, como la de *policía*. La primera, hacia un sentido represivo, alejado de la vieja idea de la prevención como buen gobierno: la segunda, como policía de orden y seguridad pública.

### III. LA RETÓRICA ANTIPOLICIAL EN LAS CORTES DEL TRIENIO LIBERAL

«En mi opinión, libertad y policía son incompatibles. [...] Si se consulta la historia de la policía de las naciones modernas, se verá que más bien es la historia de sus abusos que de su policía; y contrayéndonos a España, ¿cómo puede ninguno ignorar que desde la época en que empezó ésta á tener alguna forma se aumentaron los vicios, las vejaciones y la arbitrariedad en nuestra nación?»<sup>10</sup>.

Así hablaba Agustín de Argüelles en las Cortes, el 16 de octubre de 1822. Se debatía el proyecto de *Reglamento Provisional de Policía*, que él defendía, aunque la cita invite a pensar lo contrario. El reglamento era una norma «de orden y seguridad para pueblos y caminos» que abordaba «la gravísima dificultad de conciliar dos extremos lo más opuestos entre sí, a saber, la libertad y la sujeción»<sup>11</sup>. El conflicto era evidente incluso entre quienes defendían el proyecto; «en un país libre no debe haber leyes permanentes de policía»<sup>12</sup>, «yo he sido siempre enemigo declarado de reglamentos de policía»<sup>13</sup>, «nadie mas que yo aborrece la policía a que se alude»<sup>14</sup> fueron frases para referirse en las Cortes a esa «abominable inquisición llamada policía»<sup>15</sup>. Nadie se escandalizó; por el contrario, lo que parecía horrorizar era la propia idea de policía, que remitía a un cuerpo de represión política y espionaje copiado de la gendarmería francesa, y que el absolutismo español había tenido ocasión de utilizar personalmente contra

---

<sup>10</sup> *Diario de las Actas y Discusiones de las Cortes Extraordinarias del año 1822*, tomo primero, núm. 10, Imprenta de Espinosa, Madrid, 1822, pp. 4 y 5. En adelante, *DADCE*.

<sup>11</sup> *DADCE 1822*, Tomo Primero, Número 10, pp. 4 y 5.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>15</sup> 31 de julio de 1820, *Diario de las actas y discusiones de las Cortes. Legislatura de los años de 1820 y 1821*, tomo primero, Madrid, Imprenta Especial de las Cortes, 1820, p. 488. En adelante *DADC*.

muchos de ellos<sup>16</sup>. Sirva la siguiente intervención del diputado Alix Martínez<sup>17</sup>: «Los gobiernos despóticos son los únicos que adoptan medios preventivos; y por consiguiente, siendo el objeto de este reglamento hacer leyes preventivas, no puede admitirse en una nación libre. La comisión habla también de un cuerpo de tropas del ejército permanente destinado a este objeto; y si se admitiese esa idea, se introduciría con el tiempo un cuerpo de policía como la gendarmería francesa, y es bien sabido que casi siempre donde hay agentes de policía, lejos de impedirse los crímenes comunes, se crean otros nuevos».

En esta extendida actitud antipolicial no parece deudora solo de una oposición política a la idea de policía, ni al rechazo a la influencia francesa, el recuerdo de la represión policial sufrida a manos de Fernando VII, o de que el propio Diario de Sesiones cumpliera una función propagandística<sup>18</sup>. El conflicto entre ejército, al servicio del Rey, y la Milicia Nacional, brazo armado del liberalismo, había llegado hasta el enfrentamiento armado en Madrid el 7 de julio de 1822. La pugna por el modelo de orden público atravesaba el encarnizado enfrentamiento entre grupos políticos<sup>19</sup>. Los debates del Código y del Reglamento de Policía revelan que en último término se impuso reconciliar las doctrinas liberales con la creación de un poder policial que en buena parte escapaba a las lógicas de la codificación y la ilustración penal. La remisión a lo policial se convierte con frecuencia en una técnica para escapar a principios de legalidad, taxatividad, control jurisdiccional, etc., y establecer procedimientos sumarios y desprovistos de las formalidades del juicio en determinados ámbitos de regulación de la vida social (seguridad urbana y rural) de importancia económica y política.

---

<sup>16</sup> BERTRÁN DE LIS: «la palabra policía suena de una manera muy ingrata á los oídos de todos los españoles; á mi á lo menos me suena malísimamente, por que me recuerda las muchas tropelías que sufrí en los tribunales que llevaban ese nombre». *DADCE 1822*, tomo primero, núm. 10, pp. 19. Sobre los muy influyentes Bertrán de Lis, ver PÉREZ GARZÓN, Juan Sisinio, *Milicia nacional y revolución burguesa: el prototipo madrileño, 1808-1874*. Editorial CSIC-CSIC Press, 1978, p. 225 ss.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>18</sup> MEDINA PLANA, Raquel, «El Diario de Sesiones en el Trienio Liberal», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, v. 9, 2002, p. 78. Sobre los debates del Código Penal, TORRES AGUILAR, Manuel, *Genesis parlamentaria del Código Penal de 1822*, Sicania University Press, 2008.

<sup>19</sup> Ver PÉREZ GARZÓN, Juan Sisinio, *op. cit.*, BALLBÉ MALLOL, Manuel, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Thomson Reuters-Aranzadi, 3.ª edición, Pamplona, 2020, MORENO TEJADA, Sara, «La seguridad pública durante el Trienio Liberal. Las primeras propuestas para la creación de un cuerpo de policía nacional», en MORÁN MARTÍN, Remedios, *Trienio liberal, vintismo, rivoluzione (1820-1823): España, Portugal e Italia*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021. La cuestión del orden público y la represión de las asonadas provocó una «refriega a brazo partido» entre varios diputados también en las Cortes, episodio narrado por ALCALÁ GALIANO, Antonio, *Memorias*, tomo II, Imprenta de Enrique Rubiños, Madrid, 1886, p. 263 ss.



#### IV. REMISIONES AL PODER POLICIAL EN EL CÓDIGO PENAL

Distingamos dos tipos de *remisiones a la policía* en el Código. Por *remisiones explícitas* vamos a entender aquellas expresamente recogidas en el texto del Código; por *remisiones implícitas*, en cambio, aquellas propuestas o materias que, pese a surgir en los debates parlamentarios, no fueron integradas en el Código por entenderse más propias del ámbito policial.

##### 1. Remisiones explícitas a los poderes de policía

El texto del Código Penal de 1822 recoge diversas referencias a los poderes de policía en su parte general. La primera la encontramos en el artículo 9, que consagra, de manera peculiar, el principio de que el pensamiento no estará sujeto a pena alguna, «salva la vigilancia especial de las autoridades en los casos que determine la ley». El artículo 78 desarrolla esta medida policial que ya había sido defendida por Bentham como una interesante innovación francesa<sup>20</sup>. El Colegio de Abogados de Madrid propuso, de hecho, copiar el artículo 44 del Código Penal Francés para dotar de contenido concreto a esta disposición<sup>21</sup>. Durante los debates parlamentarios se planteó si esta medida constituía, en realidad, una pena que permitía criminalizar el mero pensamiento: a esto respondió Calatrava de manera extraña, afirmando que el significado y alcance de la vigilancia vendría dado por el futuro Reglamento general de policía, y subrayando que, pese a mencionarse, dicha medida no se aplicaba en el Código («se dice que la vigilancia es pena y de las del catálogo de la misma comisión; ¡Pero si esta no la aplica á nadie!»<sup>22</sup>).

Una remisión similar encontramos en el artículo 182: «las culpas y delitos no comprendidos en este código que se cometan contra los reglamentos ú ordenanzas particulares que rijan en algunas materias ó ramos de la administracion pública serán juzgados y castigados respectivamente con arreglo á las mismas ordenanzas ó reglamentos». En los debates se haría mención expresa a los reglamentos de mendicidad y policía como desarrollo de este artículo<sup>23</sup>, y no deja de ser interesante su inclusión en el capítulo XIII, «De los delitos y delincuentes no comprendidos en este código», que regula también la jurisdicción eclesiás-

---

<sup>20</sup> BENTHAM, Jeremy, *Tratados de legislación civil y penal*, con traducción y comentarios de Ramón Salas, tomo III, Madrid, Imprenta de D. Fermín Villalpando, 1822, p. 38.

<sup>21</sup> DCP, tomo I, p. 205.

<sup>22</sup> DCP, tomo I, p. 383-384.

<sup>23</sup> DCP, tomo II, p. 433.

tica y militar. El artículo 132, por su parte, establece la obligación de un largo número de autoridades civiles y militares de cumplir funciones policiales en caso de delitos flagrantes, medidas «puramente preventivas y auxiliares hasta que acuda la autoridad á quien compete el conocimiento del delito».

La última referencia de la parte general a la policía añade una nueva dimensión de confusión a la de por sí extraña categoría de las contravenciones de policía: el artículo 135 del código establece que son delitos públicos «todas las contravenciones á los reglamentos generales de policía y sanidad, siempre que cedan en perjuicio del público». Se parece consagrar así la idea de *delitos de policía*.

Algunos apartados de la parte especial confieren, por otra parte, potestades extraordinarias a quienes ejerzan funciones policiales. Por ejemplo, el artículo 244 habilita a las *partidas de persecución de malhechores* y a los *jefes políticos* a realizar detenciones sin mandato judicial, cuando la detención se haga para poner al sospechoso a disposición del juez. Por su parte, el artículo 330 le confiere amplios poderes de arresto a las autoridades políticas: «las Diputaciones provinciales y ayuntamientos cuando se hallaren formados en cuerpos, y los Gefes políticos y alcaldes podrán tambien por sí hacer arrestar a cualquiera que en el acto les falte al respeto del modo sobredicho, poniéndole á disposicion del juez competente dentro de cuatro horas».

Por lo demás, el Código remite en diversas disposiciones de la parte especial a lo dispuesto en las normas de policía en materias relativas al comercio (art. 420), la prostitución<sup>24</sup> (art. 535), deberes de garante en materias de seguridad y salubridad (art. 590), las normas de cuidado en el homicidio imprudente (art. 627 CP) y, algo especialmente interesante, remite a la competencia policial los hurtos menores.

La regulación del hurto leve, en efecto, parece consagrar una policía con facultades jurisdiccionales y capacidad de dictar penas, incluso severas. Según el artículo 746, el hurto leve «será castigado sumariamente por la autoridad de policía con una reclusion de un mes á un año». Sobre esto, las audiencias de La Coruña y Madrid, y el fiscal de la de Mallorca, criticaron «que la autoridad de policía no debe juzgar, sino el poder judicial»<sup>25</sup>, a lo que Calatrava respondió de nuevo de manera evasiva, remitiéndose al futuro código de procedimientos, y asumiendo que esas autoridades serían los alcaldes y jueces de

---

<sup>24</sup> Sobre la represión de la prostitución diría el Ateneo: «el artículo 537 es otro de los que parece manifestar que ha entrado en la intencion de los señores de la comision la creacion de una policía. Se supone en él el permiso de lupanares, y su regularizacion desconocida legalmente hoy dia entre nosotros». *Observaciones del Ateneo Español, op. cit.*, p. 38.

<sup>25</sup> DCP, tomo III, pp. 444 y 445.

primera estancia. Calatrava defendió además como útil e indispensable la *sumariedad* del castigo «en ciertos delitos»<sup>26</sup>.

Sobre la posibilidad de una *policía correccional* surgió el debate también en relación con el título VII del Código, «De los delitos contra las buenas costumbres». En sus comentarios al proyecto, el Ateneo diría que «en varios países este punto forma una de las atenciones de la policía, cuya acción es más espedita, y acaso más propia para este género de culpas que lo que permiten los trámites judiciales», y más explícitamente aun que «algunos artículos de este título suponen la existencia de esta autoridad media ó político-legal; mas sin embargo no ha encontrado después vestigio de esta idea, sino una incorporación general en el Código Penal de este género de culpas». El Ateneo, continúa, «no intenta aprobar la institución de un juzgado ó superintendencia de policía independiente de la jurisdicción ordinaria y revestida de un monstruoso poder arbitrario; semejante idea repugna á cualquiera sistema de gobierno fundado en principios sanos: lo que decimos es, que acaso convendría reunir en un solo cuerpo de derecho correccional, como apéndice al código penal, todo lo relativo á faltas ó á culpas leves ya por su naturaleza ya por ser puramente contra reglamentos, etc., sujetando su ejecución á la misma jurisdicción ordinaria, y arreglando al mismo tiempo un brevísimo método de proceder en estos casos muy sumario, pronto y poco costoso, para que ni resulte el inconveniente de seguir en estas cosas la marcha forzosamente grave de los juicios ordinarios, ni queden sujetas a la práctica antigua, como parece las deja el código de procedimientos»<sup>27</sup>.

## 2. Remisiones implícitas a los poderes de policía

Durante los debates del proyecto del Código Penal se excluyeron diversas materias para ser remitidas al futuro Reglamento de Policía. Con ese argumento se descartaron del proyecto, por ejemplo, las maniobras para alterar el precio de mercancías y salarios<sup>28</sup>, se rechazó introducir la embriaguez<sup>29</sup> y las armas prohibidas<sup>30</sup>, o, muy significativamente, las normas de

---

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> *Observaciones del Ateneo Español, op. cit.*, pp. 83 y 84.

<sup>28</sup> DCP, tomo I, p. 190.

<sup>29</sup> Sobre esto afirmaría Calatrava: «Lo de prohibir la bebida no entra en los principios de la comisión». DCP, tomo II, p. 77.

<sup>30</sup> Calatrava: «Las penas muy rigurosas en estos casos no servirán como no han servido hasta ahora sino para que se eluda su aplicación ó se apliquen al que menos lo merezca y para que los malos tengan una ventaja segura sobre los buenos». DCP, tomo III, pp. 217-218. A propuesta de Sanchez, en previsión

represión de la vagancia<sup>31</sup>. Ello pese a los reclamos de distintas entidades que echaban en falta disposiciones de policía en el código; la Universidad de Granada, por ejemplo, manifestaba que «la beneficencia de la policía para prevenir los delitos debe ir muy delante del rigor de las leyes»<sup>32</sup>. A todos estos reclamos de normas de policía respondería Calatrava remitiéndose a las labores de la comisión nombrada a tal efecto<sup>33</sup>. El Ateneo a su vez defendía que podrían haberse omitido del código delitos «que ocuparían mejor lugar en un código de policía», particularmente «un pequeño número, que castigándose como se castigan con multas y algunos días ó meses de prisión, no pueden llamarse con toda propiedad verdaderos delitos, sino infracciones, que no debiendo quedar impunes, se castigan con una pena correccional»<sup>34</sup>. Para la Universidad de Alcalá los castigos a curanderos (art. 369 del proyecto) eran también cosas de policía, impropias de un código»<sup>35</sup>; el artículo 603 del proyecto, que castigaba pregonar en la calle y sin licencia libros y papeles, claramente vinculado en los debates a la policialización de la indigencia<sup>36</sup>, también es retirado para su remisión al Reglamento de policía<sup>37</sup>. Respecto al artículo 744 del proyecto, que permitía a las víctimas de robos reclamar una indemnización a las autoridades locales, y que se elimina del texto final del Código, junto con los artículos 745 a 748, unas de las críticas realizadas durante los debates fue que «para dar esta ley era necesario primero tener muchas cosas que nos faltan en la nación, por ejemplo, una buena policía»<sup>38</sup>. No desaparece, sin embargo, el artículo 786 del Código, que sanciona a los buhoneros<sup>39</sup>.

Resulta muy interesante comprobar que la Comisión tenía muy presente la posibilidad de maniobrar políticamente con la categorización jurídica de las

---

de la necesidad de armar a milicia y policía («si es que ha de haberla»), se introdujo una modificación en el artículo referente a las armas prohibidas (pp. 220-21).

<sup>31</sup> DCP, tomo I, p. 203.

<sup>32</sup> DCP, tomo I, p. 204.

<sup>33</sup> DCP, tomo I, p. 213-14.

<sup>34</sup> *Observaciones del Ateneo Español op. cit.*, p. 108.

<sup>35</sup> DCP, tomo III, p. 224.225.

<sup>36</sup> Decía sobre esto Cavaleri (DCP, Tomo III, p. 338) «asi como por punto de policía se trata ya en el día de despejar las calles de mendigos obligándolos á que vayan á una casa de beneficencia, con mucha mas razon deberia prohibirse á los que venden papeles el que los vendan por la calle gritando y parándose donde quieren, é incomodando a todos. Está muy bien que se parasen en un sitio público como la Puerta del Sol, pero no que anden alborotando por las calles».

<sup>37</sup> DCP, tomo III, pp. 421-422.

<sup>38</sup> DCP, tomo III, p. 443.

<sup>39</sup> DCP, tomo III, p. 463.

infracciones. En una intervención que quizás es fundamental, Calatrava critica rotundamente lo que, por otra parte, promueve en otros ámbitos<sup>40</sup>:

«En cuanto a la distincion de crímenes, delitos y contravenciones, la comision mas bien que imitarla la ha mirado y la mira con horror, porque sabe el objeto con que la hizo Bonaparte. Sabe que acostumbrados los franceses por algun tiempo á disfrutar de la benéfica institucion del jurado, no atreviéndose Napoleon á quitarla enteramente como lo deseaba, trató de reducir todo lo posible las atribuciones de los jueces de hecho, y para ello estableció esá distincion en su código, disponiendo que el jurado no pudiera conocer sino de los crímenes, y que los delitos estuviesen sujetos privativamente al conocimiento de los tribunales colegiados que el mismo formaba con el nombre de correccionales. De este modo le fue muy fácil asignar á quien quiso la facultad de juzgar las acciones que le pareció, con solo el medio sencillísimo de aplicarles una pena de tal ó cual clase [...] le bastó imponer penas de policía á tales ó tales faltas para sujetar á los tribunales de policía todas aquellas acciones que le parecieron; procurando por estos y otros muchos artificios limitar cuanto podia el conocimiento del jurado»<sup>41</sup>.

Pese a asociarse el Reglamento de policía con asuntos menores, no son infrecuentes las apelaciones a su gran trascendencia. VADILLO, por ejemplo, diría que «la policía, en cuanto va dirigida a desterrar la vagancia, la holgazanería, la ociosidad de los hombres; en cuanto penetra á ciertas menudencias que las leyes no pueden penetrar jamás, y en cuanto tiene por objeto prevenir actos que no son delitos, pero que pueden conducir á ellos, es de suma importancia», y se refiere a la proposición de Ledesma de incluir el Reglamento de policía en el Código Penal<sup>42</sup>. En su dictamen final la Comisión defendió, de hecho, que el Código no debía entrar en vigor hasta la aprobación del código de procedimientos, la creación de establecimientos de corrección, y la publicación del Reglamento general de policía<sup>43</sup>. La publicación de este último este último «podría dejar llenos algunos vacíos del código penal»<sup>44</sup>, y además res-

---

<sup>40</sup> DCP, tomo III, p. 73. Calatrava, sobre la posibilidad de sanciones sin juicio y la compatibilidad con el artículo 245.2 CP, parece entender mal lo que dice el colegio de abogados. «El colegio de abogados de Madrid dice con respecto al caso segundo, que la ley no puede autorizar para imponer pena sin oír y juzgar segun derecho. Ya he contestado á esto, y debo recordar ciertos casos de policía, y las multas que pueden imponer los gefes políticos, para lo cual no precede juicio». Sobre la sumariedad de las «penas de policía»: Martínez de la Rosa en DCP, Tomo II, p. 181, «El *juicio sumario* solo debe adoptarse en una nacion libre en dos únicos casos; ó cuando la pena es tan leve, que seria embarazoso y perjudicial el no prescindir de ciertos trámites y solemnidades, ó cuando la salud del estado lo exige. Lo primero se verifica con respecto á ciertas penas correccionales y de mera policía; y lo segundo cuando en circunstancias extraordinarias la misma salvacion de la patria obliga a este sacrificio, como sucede en los casos de rebelión, de sedicion ú otros semejantes».

<sup>41</sup> DCP, tomo I, pp. 321 y 322.

<sup>42</sup> DCP, tomo I, p. 229.

<sup>43</sup> DCP, tomo III, p. 474.

<sup>44</sup> DCP, tomo III, p. 476.

pondría a que «*el modo de prevenir y de castigar los delitos deben hallarse en entera consonancia, y no es menos esencial y conveniente aquello que esto*»<sup>45</sup>.

## V. EL REGLAMENTO PROVISIONAL DE *POLICÍA* DE 1822

El debate del proyecto de Reglamento de policía comienza el 16 de octubre de 1822<sup>46</sup>, a partir de los trabajos de la anterior legislatura ordinaria. Interrumpida por sucesos de tanta relevancia como la Celebración de Congreso de Verona, la discusión del reglamento se retoma el 20 de noviembre de 1822<sup>47</sup>. Sería finalmente publicado el 6 de diciembre.

El reglamento resulta interesante por varios motivos<sup>48</sup>. En primer lugar, su aprobación supone el fin del modelo del modelo miliciano de mantenimiento del orden público<sup>49</sup>. En segundo, el reglamento depura el modelo de policía tardoabsoluta como policía de seguridad<sup>50</sup>. Esto lo hace, y es el tercer punto de interés, consagrando una serie de dispositivos de seguridad que llegarían para quedarse: la elaboración policial de padrones de vecinos, el establecimiento de pasaportes para regular la movilidad, la designación de tropas militares para la seguridad de los caminos, con posibilidad de formar partidas de escopeteros, y la amplia habilitación a los jefes políticos para vigilar y sancionar en materia de vagos, armas, juego, fondas, etc.

Argüelles defendería ese 16 de octubre el proyecto con una notable sinceridad: «yo reconozco bien la grande necesidad que tiene el gobierno de este auxilio, pero también reconozco que la historia de la policía de las naciones, como he dicho ya, es la historia de los abusos de los gobiernos»<sup>51</sup>. La policía es necesaria, y solo cabe esperar que, en un contexto constitucional, la institución también haga su propia transición y no moleste: «en Inglaterra sabemos que hay policía; pero es una policía oculta, que al paso que proporciona al gobierno los medios de saber en qué se ocupan las personas de quienes debe sospechar, no las incomoda».

El Reglamento de policía funcionaba como una habilitación amplia para la persecución y sanción, por parte de jefes políticos y alcaldes, y desde unas

<sup>45</sup> DCP, tomo III, p. 477. Las comillas son mías.

<sup>46</sup> DADCE, tomo I, n. 10, 16 de octubre de 1822, p. 6.

<sup>47</sup> DADCE, tomo II, n. 15, 20 de noviembre de 1822, p. 16.

<sup>48</sup> Sobre la tramitación del reglamento, ver BLANCO VALDÉS, Roberto Luis, *op. cit.*, pp. 468 y 469, AMOEDO SOUTO, Carlos Alberto, *op. cit.* p. 117 y 118, MORENO TEJADA, Sara, *op. cit.*

<sup>49</sup> AMOEDO SOUTO, *op. cit.*, p. 118.

<sup>50</sup> BLANCO VALDÉS, *op. cit.* p. 468-470.

<sup>51</sup> DADCE, tomo I, n. 10, 16 de octubre de 1822, p. 36.

lógicas distintas a los del proceso penal, de malhechores, vagos, y otros peligrosos políticos y sociales. En definitiva, para la gestión de una amplia masa social compuesta, entre otros, por soldados y antiguos guerrilleros desertados y por campesinos desvinculados «lanzados por la burguesía desamortizadora a un implacable proceso de proletarización»<sup>52</sup>. Normas tan ajenas al Código Penal y al iluminismo penal como complementarias a ambos<sup>53</sup> dieron continuidad a una variedad de «prácticas antiguas» puestas al servicio del nuevo orden burgués, a través un sistema paralelo de control social, más policial que judicial, más reglamentario que legal. El Decreto de 11 de septiembre de 1820, sobre vagos, gitanos, etc; los diversos planes de «exterminio de malhechores», la Ley de para el gobierno económico-político de las provincias de 1823, las distintas normas excepcionales de orden público, atribuyeron a las autoridades civiles amplias facultades represivas de base gubernativa, sin que la Constitución de 1812 (que, recordemos, preveía en su artículo 25 la suspensión de derechos para quienes no tuvieran oficio conocido) fuera para ello un obstáculo. En 1824, vuelto el absolutismo, Fernando VII daría continuidad al modelo policial del Trienio, creando la Superintendencia General de Policía como instrumento de represión política. Hoy ese hito de la *Década Ominosa* es celebrado por la policía como su momento fundacional. Justicia y policía, cosas de orden diferente.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ GALIANO, Antonio, *Máximas y principios de la legislación universal*, Imprenta de Vega y Compañía, 1813.
- *Memorias*, tomo II, Imprenta de Enrique Rubiños, Madrid, 1886.
- AMOEDO SOUTO, Carlos Alberto, *Poder policial y derecho administrativo*, Univerdade da Coruña, Servicio de Publicaciones, 2000.
- BALLBÉ MALLOL, Manuel, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Thomson Reuters-Aranzadi, 3.<sup>a</sup> edición, Pamplona, 2020.
- BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y las penas*, Universidad Carlos III, 2015.
- BENTHAM, JEREMY, *Tratados de legislación civil y penal*, con traducción y comentarios de Ramón Salas, tomo III, Madrid, Imprenta de D. Fermín Villalpando, 1822.

---

<sup>52</sup> PÉREZ GARZÓN, *op. cit.* p. 60.

<sup>53</sup> Decía Lardizabal sobre los holgazanes y gente perdida que «todas las providencias que se tomen dirigidas á exterminar esta polilla de las costumbres y de la república, son justísimas, son necesarias, y contendrán en gran parte el mal; pero este se estará siempre reproduciendo á pesar del zelo y vigilancia del Gobierno, si no se cura en su raíz». LARDIZABAL, Manuel de, *Discurso sobre las penas*, Imprenta de Joaquín Ibarra, 1782, p. 208.

- BLANCO VALDES, Roberto Luis, *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal:(1808-1823)*, Siglo XXI Editores de España, 1988.
- CAPRA, Carlo «Beccaria fonctionnaire et l'évolution de ses idées», en Audegean, Philippe y otros (dir.), *Le bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les lumières*, ENS Éditions, 2017.
- CICCHINI, Marco. «Penser la police au prisme de Beccaria», en *Revue d'histoire du droit de punir*, 2020, vol. 5, p. 81-90.
- DE FORONDA, Valenti, *Cartas sobre la policía*. en la Imprenta de Cano, Madrid 1801.
- *Diario de las Discusiones y Actas de las Córtes Extraordinarias*, Imprenta Nacional, 1821-22.
- *Diario de las actas y discusiones de las Cortes*, Imprenta Especial de las Cortes, Madrid, 1820-21.
- DUPORT, Adrien, *Projet de décret sur les principes fondamentaux de la police et de la justice en annexe de la séance du 22 décembre 1789*, Archives Parlementaires de la Révolution Française, n. 10, 1878.
- FOUCAULT, Michel, *Seguridad, territorio y población*, Akal, 2008.
- FRAILE, Pedro, *La otra ciudad del rey: ciencia de policía y organización urbana en España*, Celeste, Madrid, 1997.
- HARCOURT, Bernard E., «Beccaria's 'On Crimes and Punishments': A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law», en Dubber, Markus (ed.) *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014.
- JACQUES, Scott y SCHOFIELD, Philip, *Jeremy Bentham on Police: The unknown story and what it means for criminology*, UCL Press, 2021.
- LARDIZABAL, Manuel de, *Discurso sobre las penas*, Imprenta de Joaquín Ibarra, Madrid, 1782.
- MEDINA PLANA, Raquel, «El Diario de Sesiones en el Trienio Liberal», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, v. 9, 2002.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Istmo, Madrid, 2002.
- MORENO TEJADA, Sara, «La seguridad pública durante el Trienio Liberal. Las primeras propuestas para la creación de un cuerpo de policía nacional», en MORÁN MARTÍN, Remedios (dir.), *Trienio liberal, vintismo, rivoluzione (1820-1823): España, Portugal e Italia*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2021.
- *Observaciones del Ateneo Español sobre el Proyecto de Código Penal*, Imprenta de Albán y Compañía, Madrid, 1821.
- PÉREZ GARZÓN, Juan Sisinio, *Milicia nacional y revolución burguesa: el prototipo madrileño, 1808-1874*. Editorial CSIC-CSIC Press, 1978.
- TORRES AGUILAR, Manuel, *Genesis parlamentaria del Código Penal de 1822*, Sicania University Press, 2008.



# EL CÓDIGO PENAL DE 1822: A LA BÚSQUEDA DEL DERECHO PENAL LIBERAL

JUAN CARLOS CAMPO MORENO  
Magistrado y doctor en Derecho

## I. LO QUE SE IMPONÍA EMPEZÓ A OCURRIR

Viviendo como vivimos, sometidos a la actualidad, preocupados mucho por el presente, y sobre todo por el mañana, son pocos los momentos de reflexión sosegada y menos aún el tiempo que podemos dedicar a echar la vista atrás y mirar, como decía el poeta, los pasos, las huellas, el suelo que nunca se ha de volver a pisar. Una contemplación que, sin embargo, ofrece grandes enseñanzas y que quizá nos permita, algo presuntuosamente, negar aquella afirmación que hacía HEGEL<sup>1</sup> de que los Gobiernos nunca han aprendido nada de la historia. Rememorar el Código Penal de 1822, en su doscientos cumpleaños, es una gozosa excusa.

Fue la guerra contra los franceses, tan magníficamente ilustrada por Goya, la que llevó las Cortes a la ciudad de Cádiz<sup>2</sup>. Cádiz le dio a España su primera Carta Fundacional. Aunque la Constitución de 1812 estuvo vigente, a trancas y barrancas, algo menos de seis años en total, ha tenido una importancia decisiva en la construcción institucional y jurídica de nuestro país. Por eso, las Cortes de 1810 y la Constitución de 1812 son algo más. Son un concepto

---

<sup>1</sup> HEGEL, «lo único que aprendemos de la historia es que no aprendemos nada de la historia». En *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*, Editorial Alianza, 2004, ISBN 9788420645957.

<sup>2</sup> PÉREZ GALDOS, *Cádiz. Episodios nacionales*. Editorial, Cazador de ratas. ISBN 788417646684. Cádiz, 2020.

en sí mismo, una manera de entender la cosa pública, el germen del servicio público. Y aquí es donde entronca nuestro Código Penal de 1822.

Permítanme que vuelva a Hegel un momento. El gran filósofo alemán decía que la historia del mundo no es otra cosa que el progreso de la conciencia de la libertad. Y lo decía, no debe extrañarnos, en aquellos primeros años del siglo XIX, tan turbulentos como fecundos en toda Europa y sobre todo en España. Nuestro Lardizábal y Uribe comenzaba de esta manera el prólogo de su obra más importante e inspiradora de la reforma penal que se avecinaba<sup>3</sup>, «Nada interesa más a una nación, que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado. Pero acaso no hay empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal». Ya tenemos sobre el escenario dos notas, dos conceptos que irán indisolublemente unidos en el futuro: libertad y legislación criminal.

España en 1812, con la proclamación de la Constitución, perpetuó que había tomado conciencia de su libertad y que quería ser una Nación que pudiera calificarse de «moderna». Se deseaba cerrar la puerta al Antiguo Régimen y abrir el camino hacia eso que empezaba a ser común en las sociedades avanzadas, se aspiraba a ser un, «Estado de Derecho». Se quería poner fin a una era de feudalismo y de privilegios. Se busca otra de igualdad de derechos, y de más libertad.

Por volver a lo esencial, la Constitución de 1812, en su artículo 3.º, recalcó que «la soberanía reside en la nación, a quien corresponde el derecho de establecer sus leyes». Pero para llegar a eso en el 1812 no se partía de cero. El Poder Judicial y la Justicia entran en la médula de nuestro Estado. El título dedicado al Poder Judicial recoge casi un tercio de los 384 artículos de la norma. Y es que solo el hecho de reconocer la existencia de ese poder, el de impartir justicia con carácter autónomo, supuso en aquel entonces un avance sin precedentes en nuestra historia.

Hablamos de tiempos de cambio. Y la Constitución de 1812 lo fue, una revolución de las Instituciones y de los principios que las sustentan.

La Constitución gaditana supuso el inicio de un proceso de reforma sin precedentes que permitiría, al cabo del tiempo, una nueva articulación de la Administración de Justicia y, sobre todo, una nueva concepción de la función jurisdiccional y las leyes que aplicar.

---

<sup>3</sup> DE LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas, contraído a las Leyes Criminales de España, para facilitar su reforma*, editorial ArartekoVitoria/Gasteiz, 2001, reedición realizada de un ejemplar de la Fundación Sancho el Sabio, impresa por Gráficas Santamaría. SA, de Vitoria, 2001, p. III.

## II. EL ANSIA DE LIBERTAD Y LA NECESIDAD DE LAS LEYES: EL CÓDIGO PENAL Y SU LLEGADA

### 1. Los precedentes

Antón Oneca cita, como precedente del Código Penal de 1822, las disposiciones del Rey Carlos III y entre ellas, la de don Manuel de la Roda, dirigida en 1776 al Consejo de Castilla solicitando información sobre temas penales<sup>4</sup> que preocupaban al mundo ilustrado y que se ceñían, entre otras cuestiones, a la idea de la proporción entre delito y pena y conmutación de la pena capital. La idea era nítida y dirigida a la «formación de un Código criminal en que se compilen todas las leyes penales». Aquí entra en escena uno de los grandes, Manuel de Lardizábal<sup>5</sup>. La idea compilatoria se tradujo en encargo, pero los duros tiempos de la Historia acabaron con los encargados de redactarlo en prisión<sup>6</sup>, aunque el tsunami era tan intenso que ni Fernando VII fue ajeno a los nuevos vientos.

La Constitución recobró vida y con ella las disposiciones que imponían el esfuerzo codificador. El Código Penal fue aprobado en un tiempo récord<sup>7</sup>. En escasos dos años era una realidad. Del 26 de agosto de 1820, fecha de la creación de la comisión redactora, al 8 de junio de 1822, fecha de su aprobación.

### 2. Un nuevo *ius puniendi* se abre camino, pero, ¿de dónde veníamos?

El Derecho es un elemento –uno más– de la vida social; de hecho, es el reflejo cultural de una sociedad concreta en la que operan muchos factores sociales. Por eso el Derecho ha de entenderse siempre desde la referencia al marco social del que surge y en el que se proyecta. Hoy estaríamos obligados a recordar el Código Civil, cuando en su artículo 3 explica que las normas deben interpretarse según la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas.

Pero ciñamos el esfuerzo al Derecho Penal. Como es de sobra conocido, el Derecho penal, en una concepción clásica, tiene como fundamento el con-

---

<sup>4</sup> ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo 18, fasc./mes 2; 1965, pp. 263-278.

<sup>5</sup> Aunque el propio Antón Oneca, en el artículo ya citado pone de relieve como la Comisión desdeñó los antecedentes.

<sup>6</sup> Entre los más relevantes, Calatrava, Argüelles o Quintana.

<sup>7</sup> Antón Oneca, ya cit. Detalla los laberintos de su rápida tramitación y el peso que tuvo el emeritense Calatrava, sin cuya firmeza y «carácter poseído» no se hubiera logrado, p. 3.

trato social y como finalidad la protección de bienes jurídicos. En una sociedad tan compleja como la de comienzos del XIX esa formulación seguía siendo válida, desde luego, pero no puede ignorarse que tanto la forma de participar en ese acuerdo social como la forma de lograr esa protección de los bienes jurídicos eran cuestiones que estaban muy abiertas y presentaban muy diferentes alternativas.

Antes de ello conviene recordar que la evolución de la ciencia penal no es distinta a la de otras grandes disciplinas jurídicas. Al igual que ellas, no sigue una línea uniforme. Los nuevos planteamientos teóricos suelen derivarse de los postulados –normalmente criticados e incluso rechazados– del modelo precedente. Por eso se impone una breve exposición histórica de la conceptualización del *ius puniendi*; desde la época clásica hasta la actualidad. Pretendo así mostrar más claramente el contraste o la novedad que supuso la aparición de nuestro primer Código Penal.

Efectivamente, mucho podríamos decir acerca del Derecho Penal, pero creo que será suficiente decir con el maestro Roxin que no es, como se ha creído durante mucho tiempo, un producto del sentimiento jurídico, sino el resultado de la reflexión científica sobre los presupuestos de la coexistencia social<sup>8</sup>.

Uno de los hitos más importantes en la historia del Derecho Penal lo constituye la superación del Derecho Penal privado y del modelo acusatorio puro, asociado a la Grecia clásica<sup>9</sup> y a la Roma de los tiempos de la República<sup>10</sup>.

A partir de ese momento, la ofensa penal se socializa. El delito se interpreta como un hecho que afecta a la comunidad en su conjunto y la pena como una sanción impuesta por la autoridad pública<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> ROXIN, *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*, editado por la Universidad de Sevilla, ISBN 84-7405-183-5, 1981, p. 29.

<sup>9</sup> En el cual existía una casi total asimilación entre el Derecho penal y el Derecho civil, dado que la *compositio* ocupaba el lugar de la pena y constituía un derecho subjetivo atribuido al particular. ARMENTA DEU, T. *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons. 2012. p. 22.

<sup>10</sup> Como se deduce de la mención de Tácito en el capítulo 21 de su obra *Germania*, donde a cerca de «la *compositio*» desarrolla el concepto de multa en calidad de pena o indemnización. AMBOS, K. «El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica». En BACHMAIER WINTER, L. (COORD.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. pp. 50 ss. Un detallado estudio puede leerse en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano*, Editorial Thomson Reuters, ISBN: 978-84-1346-053-6, Vigésima tercera edición, pp. 277 ss.

<sup>11</sup> LARDIZÁBAL, ob. cit. «...cuando los hombres por evitar las incomodidades y males que necesariamente trae consigo la vida solitaria, se unieron en sociedad, es evidente que para que esta pudiera conservarse, todos y cada uno de ellos renunciaron voluntariamente una parte de su libertad, depositándola en manos de la comunidad...», p. 23.

La justicia penal se convierte así en un mecanismo de control social. Existe una participación proactiva de la autoridad pública en la investigación, persecución y sanción del delito.

Esta «socialización» del conflicto penal, totalmente interiorizada por la cultura occidental desde Tomás de Aquino, trajo consigo, efectivamente, una profunda modificación de la concepción del hecho criminal. De ofensa a un bien de titularidad individual merecedor de protección jurídica (delito privado), pasa a ser concebido como un atentado contra la sociedad misma (delito público), de tal modo que su realización desencadena necesariamente una reacción en forma de sanción por parte de la institución encargada de velar por el sostenimiento del orden social, ya sea la Iglesia o el Estado<sup>12</sup>.

Esta «obligación» social de reaccionar frente al delito fue entendida, bajo su forma más primitiva, en términos de reciprocidad. Ante el ataque que supone la comisión del crimen, la estructura política representativa del colectivo responde causando un mal equivalente, con la supuesta finalidad de compensarlo; se trata del paradigma de la justicia penal retributiva de base aristotélica y –más tarde– kantiana.

Un excesivo énfasis en situar a la moral social como principal agraviada por la comisión de los actos delictivos derivó en una hipersensibilización de las instituciones de poder político (Iglesia y Estado) frente al fenómeno criminal. Fruto de este exceso de celo, a partir del siglo XIII se instauraría en Europa el denominado sistema inquisitivo de enjuiciamiento, cuyas características principales pueden sintetizarse en: la oficialidad, la concentración en una misma figura de las funciones de acusar, investigar y enjuiciar, el recurso a la tortura para obtener la confesión como prueba reina y la ilimitada extensión del objeto del proceso. Quizás con el recuerdo de la obra de Nicolau Eymeric sería suficiente<sup>13</sup>.

No pueden desdeñarse en esta fase del desarrollo del Derecho Penal algunas aportaciones importantes de la teología; lo cual no es de extrañar en una sociedad cuyas bases intelectuales y culturales eran teocéntricas. En cierto

---

<sup>12</sup> Desde la ilustración ese «adecuadamente» pasa a ser entendido como principio de proporcionalidad penal. LARDIZÁBAL lo señala diciendo que los hombres convinieron que, «todo atentado contra el bien común y de los particulares fuese castigado por la pública autoridad, porque las penas son las áncoras de la república, como elegantemente dice Demóstenes.», ob. cit., p. 24.

<sup>13</sup> EYMERIC, *Manual de inquisidores*, editorial Fontamara, ISBN: 84-7367-006, 1982. «Se da tormento al reo para apremiarle a la confesión de sus delitos», p. 51 en el capítulo dedicado a la tortura.o, «En punto a herejía se ha de proceder llanamente, sin sutilezas de abogado, ni solemnidades en el proceso», p. 21.

modo, a pesar de este modelo inquisitivo, las aportaciones de algunos teólogos contribuyeron a la humanización de un incipiente Derecho Penal<sup>14</sup>.

Otro hito fundamental en la historia del Derecho penal es el que representan las revoluciones liberales del siglo XVIII, a partir de las cuales se produjo un giro trascendental en el pensamiento occidental. Producto de este cambio de rumbo filosófico, político y jurídico, los postulados en los que se sustentaba el modelo anterior, conocido como Antiguo Régimen, fueron desechados, denostados y tachados de bárbaros. La influencia de pensadores como Voltaire, Montesquieu o Beccaria, no solo llevaría a la redefinición del Estado como un complejo mecanismo de autocontrol en el ejercicio del poder, sino que también daría pie a la transformación del sistema punitivo desde sus mismos fundamentos.

Con el paso de los siglos, la respuesta jurídica ante los hechos más lesivos para la convivencia empieza a incorporar otros fines distintos, vinculados al deseo de que los ataques o las agresiones no vuelvan a repetirse, dando lugar de este modo a una justicia penal preventiva de base racionalista<sup>15</sup>.

Hasta ese momento, el carácter radicalmente público que la cultura occidental había atribuido al conflicto penal encontraba un claro reflejo en la lógica retributiva clásica, según la cual, cuanto mayor sea la ruptura causada por un sujeto en el orden social, más justificada estará la sanción y más grave deberá ser el castigo.

Esa *vis publica* del fenómeno criminal, no obstante, también alcanzaba a fundamentar los fines preventivos de la pena, que podía servir asimismo para proteger a la sociedad evitando la comisión de futuros delitos. Ambos paradigmas conceptúan el castigo penal como una solución a la controversia surgida entre el infractor y el colectivo, justificando su existencia por motivos distintos pero siempre de forma independiente al perjuicio causado a la persona que en concreto sufre los efectos lesivos<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Destacan concretamente pensadores como, DOMINGO DE SOTO (1494-1560), que en su obra *De iustitia e iure* afirmaba, recogiendo fuentes grecolatinas, de un modo no exento de cierto esoterismo, que «el premio y la pena son dos astros divinos que gobiernan el universo», ALFONSO DE CASTRO (1495-1558), fraile y Profesor de Teología en la Universidad de Salamanca, que en su tratado de *potestate legis poenalis* recoge y adapta a su época las teorías jurídicas Tomás de Aquino; el sevillano FOX MORCILLO (1523-1560), en cuya obra de *regni regisque institutione* se anticipa cuatro siglos a la teoría de la Defensa social, y del que es fiel continuador LUIS DE MOLINA (1535-1601), en su tratado de *iustitia et iure*; el beato ALONSO DE OROZCO (1500-1591), que en su obra *Regalis institutio orthodoxis omnibus, potissime Regibus est Principibus perutilis*, siguiendo a Séneca, considera al delincuente como un miembro social podrido, o el valenciano Lorenzo Matheu y Sanz (1618-1680), que por vez primera, ya en 1676, viene a elaborar en nuestra literatura patria un Tratado específico de Derecho penal, bajo el título *De re criminali*).

<sup>15</sup> BECCARIA, *De los delitos y las penas, con el comentario de Voltaire*. El Libro de Bolsillo Alianza Editorial, 1968. ISBN 84-206-1133-6. Madrid, p. 35.

<sup>16</sup> Cosa que podrá operar como un plus en la reprochabilidad de la conducta, como puede ser un agravante, sin llegar a ser hasta el momento el fundamento filosófico de esta.

De esta forma, con independencia de la teoría de la pena desde la que se partiera, la identificación de un interés público en el castigo del delito, además de determinar la forma y los fines del castigo<sup>17</sup>, contribuía a configurar el proceso penal como uno de los principales mecanismos de control social. Una herramienta del poder establecido para hacer prevalecer el orden vigente, que exige el respeto a unas normas de conducta básicas<sup>18</sup>.

A partir de estos cimientos, se van a ir erigiendo las especificidades teleológicas y estructurales propias del Derecho Penal liberal o ilustrado<sup>19</sup>.

Desde las revoluciones francesa, cruenta, y americana, incruenta, mediante la acción y la pretensión penal ya no se solicita simplemente la restitución del Derecho, sino que se insta al Estado a pronunciarse sobre una potestad –la de aplicar la pena– de la que solo él es depositario<sup>20</sup>.

En el Siglo de las Luces, la Ilustración (*Die Aufklärung*), inspirada en la trascendencia del pensamiento del ser humano, aporta racionalidad a la teoría y la praxis del Derecho Penal, frente a la venganza y la brutalidad en el trato al reo.

Hay dos nombres que, aun siendo conocidos, no pueden dejar de mencionarse en este importante avance.

El primero es el de Cesare Bonesana, marqués de Beccaria (1738-1794), cuya obra fundamental, *Dei delitti e delle pene* (1764) puede ser considerada como el punto de partida del Derecho Penal moderno. Una obra inspirada en las ideas del enciclopedismo francés y en concreto de Voltaire y Montesquieu, más exitosa por su claridad y exactitud en exponer los confusos y dispersos esquemas jurídico penales de su época, que por su originalidad. En el pensamiento de Beccaria, el *Ius Puniendi* se legitima de conformidad con el contrato social y la consiguiente necesidad de prevención. De manera consecuente con ese fin preventivo, defendió como más eficaces las penas prontas, seguras y proporcionadas, por encima de las meramente crueles; denunciado, además, el acusado arbitrio judicial que abría la puerta a cualquier injusticia y barba-

---

<sup>17</sup> Que pasan de ser indemnizatorios durante la vigencia del modelo acusatorio puro, a ser retributivos y más adelante preventivos en consonancia con los modelos inquisitivo y acusatorio formal respectivamente.

<sup>18</sup> Normas que dependiendo del contexto histórico pueden variar de forma drástica, comprendiendo desde cuestiones tales como: no incitar al odio hacia colectivos especialmente vulnerables, hasta profesar una determinada fe.

<sup>19</sup> SILVA SÁNCHEZ habla de ese «Derecho ceñido a la protección de los bienes altamente personales y del patrimonio, con estricta vinculación por los principios de garantía... En efecto, el Derecho Penal liberal que ciertos autores pretenden reconstruir ahora en realidad nunca existió como tal.» *La expansión del Derecho Penal*, segunda edición, editorial Civitas, ISBN 84-470-1661-7, 2001, p. 149.

<sup>20</sup> No puede dejar de mencionarse un hito definitivo, aunque muy posterior en el tiempo, cual es el acontecido tras las II Guerra Mundial con la creciente influencia de los derechos humanos. La finalidad preventiva de la penas centrará en la persona del autor, para reivindicar valores como la reeducación, la reinserción o la rehabilitación.

ridad, así como a las acusaciones secretas, la desproporción exacerbada entre la gravedad de los delitos y la gravedad de las penas y los castigos de tormento y de muerte<sup>21</sup>.

El segundo nombre que inevitablemente debe mencionarse es el de John Howard (1726-1790), marcado personalmente por la dureza de las prisiones de su época cuando fue apresado por los franceses al ir a Portugal a socorrer a los damnificados del terremoto de Lisboa; dureza que no solo presenció en las prisiones francesas, sino también en la prisión Bedford de la que fue responsable al ser nombrado sheriff del condado de Bedfordshire, Inglaterra, así como en otras prisiones europeas que tuvo ocasión de visitar. Su famosa obra, *The state of the prisons in England and Wales* (1777), sirvió para que el Parlamento británico aprobase leyes que mejoraron el sistema de vida penitenciario. Howard es el impulsor de la moderna reforma penitenciaria, y de la consiguiente idea de que la prisión ha de concebirse como un centro reeducador, aspiración recogida en la mayoría de los sistemas jurídicos civilizados.

Dentro de nuestras fronteras, al hablar del Derecho Penal ilustrado no puede dejar tampoco de recordarse a Manuel de Lardizábal y Uribe, muy influenciado por Beccaria. Su obra, como ya hemos dicho, tuvo enorme influencia en la elaboración del Código que nos ocupa.

Estos y otros autores ilustradores contribuyeron a que el Derecho Penal se justificase fundamentalmente en planteamientos racionales y de utilidad social. Elementos que empiezan a dibujarse en el texto de 1822.

De tales planteamientos llegan a nuestros días axiomas como el plasmado en el artículo 25.2 de la Constitución, según el cual las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad deben servir siempre para la reeducación y la reinserción social del delincuente.

Esta política se verá especialmente desarrollada por los países con un Estado social fuerte, que junto con la restricción de libertad tomarán en consideración también otras medidas sancionadoras de distinta naturaleza, a la postre más oportunas y eficaces de cara a sustraer al delincuente de los conocidos efectos criminógenos y desocializadores de la pena de prisión.

Se introduce así, con el progresivo desarrollo del pensamiento ilustrado, una modificación sustancial en la regulación de las penas, al promoverse el paulatino abandono del criterio puramente retribucionista. La sanción se con-

---

<sup>21</sup> BECCARIA, ob. cit. «... Luego deberían ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo», p. 46.



cibe fundamentalmente como una forma de prevención, general o especial, y su modo de aplicación se va adaptando también poco a poco a esa finalidad, asumiendo que la pena de prisión, cuando se impone, ha de tener como meta la reincorporación del delincuente al orden social.

### III. NACIÓ EL CÓDIGO PENAL QUE PUDO NACER

Es, ante todo, un texto nuevo y no una recopilación lo que no quiere indicar que no tuviera enormes influencias de lo preexistente<sup>22</sup>. En él pueden visualizarse, sin alardes de precisión, las dos áreas que en el futuro contemplarán la casi totalidad de los códigos penales. La primera con un esquema trifronte en la que se ubican, la parte general, que recoge fundamentos, conceptos e instituciones; la parte dedicada a la teoría jurídica del delito y una tercera, a las consecuencias jurídicas del delito. Frente a ella, pero muy conectada, la parte especial donde se recogerán los distintos delitos agrupados por bienes jurídicos según la importancia que se le concedan en el momento de la redacción del texto punitivo. Un total de 816 artículos. Con un título preliminar; una parte primera con nueve títulos bajo el epígrafe, De los delitos contra la sociedad y una Parte Segunda con tres títulos, rubricados, De los delitos contra los particulares.

#### 1. Algo sobre sus fundamentos dogmáticos

##### a) LOS PRINCIPIOS COMO PRINCIPIO. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Su significado profundo permite aseverar que únicamente la Ley es fuente formal, inmediata y directa del Derecho Penal. Solo el legislador estatal y conforme al procedimiento establecido puede crear normas penales<sup>23</sup>.

Es, como expresa la STC 118/92, de 16 de septiembre de 1992, un principio que comprende una doble garantía: *por un lado, una garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (lex certa), y, por otro lado, una garantía*

---

<sup>22</sup> Oneca, en el trabajo señalado en la nota 4, reseña los parecidos y las fuentes de inspiración recogiendo palabras de Pacheco, «Hay en él algo de Fuero Juzgo y de las Partidas envuelto con el carácter de Napoleón», p. 4. Señala, igualmente, como Bentham, fue el autor más citado en los debates.

<sup>23</sup> SUÁREZ- RODRÍGUEZ, en *Manual de Derecho Penal, Parte General*, tomo I, edit. Thomson-Reuters, ISBN: 978-84-9197-815-2, 2020, pp., 71 y ss.

*de orden formal, consistente en la necesidad de una norma, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de ley...*

Con el Código de 1822 el principio de legalidad se asienta como garantía de seguridad jurídica y, como recoge Polaino Navarrete, de implícito reconocimiento de libertad: En el Derecho Penal está permitido todo aquello que no está prohibido por Ley<sup>24</sup>. El *Nullum crimen, nulla poena sine lege* toma cuerpo como principio fundamental del Derecho Penal de tal modo que ningún hecho puede ser castigado, si su penalidad no está fijada legalmente antes de que el hecho haya sido cometido<sup>25</sup>.

El artículo primero consagra tal principio señalando que *comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace ú omite lo que la Ley prohíbe ó manda bajo alguna pena*. Para en su artículo tercero remarcar que *a ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración*<sup>26</sup>.

Este principio, consagrado en el primer Código Penal, es obra del pensamiento ilustrado. Siguiendo a Roxin podemos señalar cuatro pilares, dos de tipo jurídico-político y otros dos jurídico-penales.

El principio de legalidad implica una limitación del poder del Estado y, lo que es más importante, asegura la libertad individual. Salvaguarda, en segundo lugar, el principio de la parcelación del poder pues de un lado exige un pronunciamiento del poder legislativo, aprobando leyes, y por otro del poder de la jurisdicción, imponiendo las condenas. En tercer lugar, lo que Feuerbach denominó, «teoría de la coacción psicológica» y, por último, el principio de culpabilidad, de tal manera solo podrá ser alguien considerado culpable si conocía o podía conocer con la lectura del Código Penal que eso estaba prohibido<sup>27</sup>.

Manifestaciones de este principio nuclear son las prohibiciones que me atrevería a denominar clásicas; la prohibición de la analogía, la prohibición de retroactividad, la prohibición de sostener la responsabilidad penal a través del derecho consuetudinario y el mandato de certeza.

---

<sup>24</sup> POLAINO NAVARRETE, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, ISBN 978-84-309-8409-1, 2021, editorial Tecnos, p. 135.

<sup>25</sup> ROXIN, *Iniciación al derecho penal de hoy*, editado por la Universidad de Sevilla, ISBN 84-7405-183-5, 1981, p. 96 ss. Explica el maestro alemán como tal formulación latina se debe a Feuerbach. Von Liszt hablada de los Códigos Penales como la Magna carta de los delincuentes.

<sup>26</sup> Hoy tal principio está internacionalmente reconocido, por todos la Convención Internacional para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950, que lo expresa en su artículo 7.

<sup>27</sup> ROXIN, ob. cit. pp. 102 y ss.

b) NO HAY RESPONSABILIDAD SIN DOLO O CULPA, EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El delito tiene que imputarse a título de dolo o de culpa. Ambas formas son alternativas y excluyentes. Como expresa Polaino uno de los dos elementos es siempre un elemento imprescindible del delito, que, además, sirve de fundamento a la pena<sup>28</sup>.

Desde el artículo 1.º del Código se emplean términos de este principio, *comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia...* o el 2.º, *Comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la Ley...* hoy, con una enorme robustez el artículo 5 de nuestro vigente Código Penal habla claro de que no hay pena sin dolo o imprudencia<sup>29</sup>. Por vía negativa señala el artículo 21 que, *En ningún caso puede ser considerado como delincuente ni culpable el que comete la acción contra su voluntad, forzado en el acto por alguna violencia material á que no haya podido resistir...*

La culpabilidad se aleja de la Moral y la culpabilidad se sustenta en el libre albedrío.

c) PRINCIPIO DE IGUALDAD

El Derecho penal moderno es un conjunto normativo de enorme base democrática, por eso preconiza la igualdad como una de sus más claras manifestaciones. Aquí, por principio de igualdad debe entenderse aquel según el cual las personas no pueden ser tratadas de manera diferente por las leyes si no existe una justificación fundada y razonable. A supuestos de hechos iguales han de serles aplicadas unas consecuencias iguales también<sup>30</sup>. Todos están llamados al respeto de lo impuesto y todos pueden caer bajo el yugo de la Ley, sin privilegios ni prerrogativas. El artículo 10 es una clara manifestación del principio de igualdad, *todo español ó extranjero que dentro del territorio de las Españas comete algún*

<sup>28</sup> POLAINO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, tomo II, editorial Tecnos, 4.ª edición, ISBN 978-84-309-8410-7, pp. 121 y ss.

<sup>29</sup> Desarrollando aún más los indicados conceptos, tiene establecido la Jurisprudencia que las conductas imprudentes penalmente punibles lo serán precisamente por la vulneración del deber objetivo de cuidado con el que siempre ha de actuarse en relación con los bienes jurídicamente protegidos, el cual tendrá como primera exigencia «el deber de advertir el peligro» para el bien jurídico protegido, del que se seguirá «el deber de evitarlo» mediante un comportamiento externo correcto, omitiendo las acciones peligrosas para el bien jurídico protegido, tanto por exigencias legales, como por las derivadas de la propia experiencia de la vida.

<sup>30</sup> *Diccionario del Español Jurídico*, obra dirigida por MUÑOZ MACHADO, RAE/CGPJ, 2016, ISBN 978-84-670-4730-1, p. 1267.

*delito ó culpa, será castigado sin distincion alguna con arreglo á este código, sin que á nadie sirva de disculpa la ignorancia de lo que en él se dispone; salvas las excepciones estipuladas en los tratados existentes con otras potencias.*

El 134 recoge una manifestación del principio de igualdad, otorgando a todo español la acción para acusar.

El artículo 19 en relación al 16, contempla una diferenciación fundada y razonable, que refuerza la justificación del trato diferenciado en función del rol familiar. Así, el artículo 19 recoge que *Las mugeres, hijos, nietos o biznietos que en cualquiera de las casos ... cometidos por sus maridos, padres, u otro ascendiente en línea recta, no serán castigados sino con la mitad de la pena señalada por la ley contra los autores del delito.* El artículo 16 recoge que los auxiliares y fautores serán castigados con la mitad á las dos terceras partes de la pena señalada por la ley.

Como recoge Polaino, el principio de igualdad constituye no solo un principio sino un auténtico criterio rector y es fundamento de los principios de legalidad penal y procesal, de las funciones del derecho penal y de la ejecución penal. Siendo, además, un punto de referencia para múltiples problemas penales (denuncias, elección de tipo de pena, medición de la pena,...)<sup>31</sup>.

#### d) PRINCIPIO DE HUMANIDAD O RESPETO A LA DIGNIDAD PERSONAL

Este principio exige un contenido y extensión de las penas que no sean contrarios a la dignidad personal del reo. Según la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 5, *Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.*

Este principio hay que entenderlo en clave 1820, de ahí que, el capítulo III del título preliminar lleva por rúbrica, *De las penas y sus efectos, y del modo de ejecutarlas.* Es un principio que despliega su virtualidad en distintas áreas. Humanidad ante la intervención punitiva que abarca, siguiendo a POLAINO, tres dimensiones, la valorativa (la propia naturaleza y contenido de la pena), la teleológica (fin perseguido por la pena) y la formal y ejecutiva (humanidad en la ejecución penal)<sup>32</sup>. El artículo 28 señala que, *A ningún delito, ni por ningunas circunstancias, excepto en los casos reservados á los fueros eclesiástico y militar, se aplicarán otras penas que las siguientes. Penas Corporales. Primera. La de muerte. Segunda. La de trabajos perpetuos...* Muy llamativo el artículo 32 donde se lee, *Desde la notificación de la sentencia hasta la ejecución se tratará*

---

<sup>31</sup> POLAINO, ob. cit., p. 94.

<sup>32</sup> POLAINO, ob. cit., pp. 94 y 95.

*al reo con la mayor conmiseración y blandura; se le proporcionarán todos los auxilios y consuelos espirituales y corporales que apetezca, sin irregularidad ni demasía;...*<sup>33</sup>. El artículo 33 recoge cómo debe de conducirse para el caso de que el reo condenado muriese antes de ser ejecutada la condena, *será conducido su cadáver al lugar del suplicio con las mismas ropas que hubiera llevado vivo, y en un féretro descubierto, el cual será puesto al público sobre el cadalso...* Es curioso, y meritorio, que si ocurre el fallecimiento antes de la notificación de la sentencia no se procederá de ese modo (art. 34).

El artículo 39 recoge esos vestigios del pasado con notas difíciles de racionalizar. *La ejecución será siempre pública, entre once y doce de la mañana; y no podrá verificarse nunca en domingo ni día feriado, ni en fiesta nacional; ni en el día de regocijo de todo el pueblo...*

Los artículos siguientes, con todo lujo de detalles describen la ejecución de la pena capital. Oneca habla de que esos preceptos del Código Penal contienen la más impresionante regulación del modo de ejecutar el castigo capital<sup>34</sup>.

Los artículos 66 y 67 recogen manifestaciones de ese principio de suavidad. El primero hace referencia a la edad, los que cumplan 70 años se ocuparán, *en lo que permitan sus fuerzas*. El siguiente va referido a las mujeres señalando que, *no podrán ser condenadas a trabajos perpetuos, obras públicas ni presidio*.

El principio que actúa de paraguas vuelve a reiterarse a lo largo de toda la regulación. Muy significativamente en este capítulo III.

#### e) PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD O PROHIBICIÓN DEL EXCESO

BECCARIA dejó escrito que, *no solo es interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan a la sociedad...debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas*<sup>35</sup>.

En tal idea profundizó Lardizabal, cuando decía que, *la suavidad y dulzura en tales circunstancias sería tan inútil y pernicioso, como el demasiado rigor y severidad en una nación culta y civilizada, porque las penas deben proporcionarse al estado de los pueblos y á la sensibilidad de los hombres, la qual se aumenta con la ilustración de los entendimientos...*<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Muy interesante POLAINO, ob. cit. Pues despliega las distintas facetas de tal principio, dimensiones valorativas (la propia naturaleza y contenido de la pena), teleológica (el fin perseguido por la pena), formal y ejecutiva (humanidad en la ejecución penal) 94 ss.

<sup>34</sup> ONECA, ob. cit., p. 4.

<sup>35</sup> BECCARIA, ob. cit., p. 35.

<sup>36</sup> LARDIZÁBAL, ob. cit., p. II.

En el Código Penal se rastrean esas buenas intenciones, no siempre con éxito. De un lado, la propia regulación y establecimiento de las penas de manera gradual ya conlleva una mínima observación del principio señalado, de otro, la propia graduación de las penas en función del bien jurídico tutelado. Por citar un ejemplo, el artículo 59 habla de la pena de reclusión que, *podrá llegar á veinte y cinco años para las mugeres, y ser perpetua para los hombres mayores de 70 años en los casos prescritos por los artículos 66 y 67. Para los demás no podrá pasar de 15 años. Habrá casas de reclusión diferentes para los dos sexos*. Claro ejemplo de proporcionalidad abstracta y concreta. Claramente la proporcionalidad funciona como un límite normativo tanto para el juez como para el legislador<sup>37</sup>.

Esta es una idea que inspiró toda la época, el propio Montesquieu había dicho que, es esencial que las penas estén proporcionadas entre sí, porque es más esencial que se eviten los grandes crímenes que los pequeños, lo que ataca más a la sociedad que lo que le ataca menos<sup>38</sup>.

La Parte Especial recoge esta idea en no pocos casos, lo contrario, además de torpe, conlleva un indudable efecto criminógeno del que no es fácil huir<sup>39</sup>.

No quiero dejar de reseñar una manifestación que bien puede invocar tal principio. En sede de regulación de los Indultos, el artículo 164 recoge, entre otras muchas previsiones, que Los jueces pueden pronunciarse en la propia sentencia pidiendo clemencia del rey cuando sepan particularmente que el delito es menor del que resulta aunque haya resultado lo contrario en el procedimiento.

#### f) PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

El principio tiene una formulación simple, sin embargo, tiene una enorme trascendencia jurídico penal y viene a significar que un hecho no puede ser sancionado más de una vez siempre que concurren los elementos de sujeto, hecho y fundamento. Es un principio con enormes variantes simplificándose en la vertiente procesal y la penal. Es reconocido en la actualidad como una manifestación ínsita en el principio de legalidad y por tanto, presidida por las exigencias de *lex certa* y de *lex praevia*.

---

<sup>37</sup> POLAINO, ob. cit., p. 96.

<sup>38</sup> BECCARIA, ob. cit., p. 35.

<sup>39</sup> CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Editorial General del Derecho, ISBN 84-89500-10X, pp. 76 y 77.

## IV. A MODO DE RESUMEN

El Código Penal de 1822 implicó un punto de inflexión, significando un antes y un después, en la regulación penal positiva de nuestro Derecho Patrio. Tuvo el mérito de ser el primero de una larga serie de textos que bajo la denominación de Código Penal recogió el sentir de una Cámaras legislativas instaladas en la transitoriedad de los tiempos. Su vigencia fue corta, pero ya nada volvería a ser igual. Como dejó dicho Pacheco fue un texto científico, inspirado en la ciencia del Derecho y la buena filosofía. Silvela se refirió al Código de 1822 como un texto no inferior a los existentes en su tiempo y quizás, muy superior al actual, (el de 1870)<sup>40</sup>.

Fue un Código que abrió puertas a la modernidad. Ciertamente es que comportó cambios verdaderamente intensos y medulares en nuestra legislación aunque también hay que decir que si por «Código» hablamos de compilación sistematizada de normas penales con vocación de permanencia y estabilidad el de 1822, no lo fue<sup>41</sup>.

Su entrada en vigor fue el 1 de enero de 1823, por Real Orden inserta en la *Gazeta de Madrid* de día 27 del mes de septiembre de 1822. El primero de octubre de 1823 se corresponde con su derogación tácita<sup>42</sup>. Dada su escasa aplicación temporal, muchos dudaron de si había estado en vigor<sup>43</sup>.

Pero lo cierto es que su texto marcó el pensamiento liberal de la época y que marcaría los tiempos en la dogmática jurídico penal, el tratamiento de las penas; el abordaje de las eximentes, muy especialmente, la inconsciencia; la introducción de figuras atenuantes como el arrepentimiento y confesión a las autoridades del crimen cometido<sup>44</sup>; la regulación de los actos preparatorios punibles<sup>45</sup>; la indemnización a los absolutamente declarados inocentes después de haber sufrido pleito.

Nada volvería a ser igual.

<sup>40</sup> ONECA, ob. cit., p. 6.

<sup>41</sup> En términos semejantes se pronunció muy recientemente GONZÁLEZ CUSSAC en el prefacio de la obra, 2.ª edición, ed. Tirant Lo Blanch, ISBN 978-84-9086-944-4, Valencia, 2015.

<sup>42</sup> Muy interesante el artículo, «El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación», LÓPEZ REY, publicado en *ADPCP*, vol. LXXI, 2018, pp. 348 ss.

<sup>43</sup> Algunos autores llegaron a afirmar que el Código nunca llegó a entrar en vigor (Alonso y Alonso, «De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822», *Revista de la Escuela de Estudios penitenciarios*, febrero 1946), pero esta hipótesis fue desmontada de forma concluyente y definitiva por Casado Ruiz («La aplicación del Código Penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, II, 1979).

<sup>44</sup> CAMPO MORENO, *El arrepentimiento postdelictual*, editorial General del Derecho, Valencia, 1995.

<sup>45</sup> CAMPO MORENO, *Los actos preparatorios punibles*, editorial Tirant Lo Blanch, monografías, Valencia, 2000.

# EL CÓDIGO PENAL DE 1822: LA PIEDRA FUNDAMENTAL DE LA CODIFICACIÓN PENAL EN ESPAÑA

CAROLINA RIUS ALARCÓ

Magistrada. Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

## I

Todos los que nos interesamos por el Derecho, y en concreto, por el Derecho penal, sentimos una especial admiración por el Código español de 1822, nuestro primer código penal sustantivo.

Yo me atrevería incluso a decir que esa admiración es compartida por todos los juristas nacionales modernos, pues dicho Código supuso la primera piedra en la construcción del complejo edificio del derecho criminal actual, respetuoso con la dignidad del individuo, preocupado por la proporcionalidad de las penas y uniformador o igualador de las normas a aplicar en todo el territorio estatal.

Se ha destacado muchas veces, por nuestros eruditos y por los historiadores del Derecho, la caótica y dispar situación en que se hallaban los súbditos del reino cuando se enfrentaban a la justicia criminal de la época anterior a la promulgación de este Código.

Las nociones de seguridad jurídica e igualdad ante la ley resultaban, dada tal situación, inaplicables. A ello hay que sumar, en el tiempo inmediatamente anterior al Código, de 1807 a 1813, la ocupación y guerra sufridas en España a consecuencia de la invasión napoleónica, que generó una enorme crisis en todo el imperio español<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> SOBREVILLA PEREZ, «1807: Las tropas de Napoleón ingresan en la Península Ibérica y los Reyes de España abdican», disponible en <https://research.kent.ac.uk/warandnation/es/1807-las-tropas-de-napoleon-ingresan-en-la-peninsula-iberica-y-los-reyes-de-espana-abdican/>.



Por eso, una de las preocupaciones de los constituyentes de las Cortes de Cádiz fue el asegurar que «el Código civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos en toda la monarquía»; y así lo plasmaron en el propio texto constitucional de 1812 (art. 258).

Y en concreto, en materia penal, «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»<sup>2</sup>.

De que este Código es hijo de las Cortes constitucionales de 1812 da fe la propia redacción del mismo. Así, en su encabezamiento, con anterioridad al título preliminar, se expresa a su inicio que: «Don Fernando VII por la gracia de Dios y por la Constitución de la Monarquía Española, Rey de las Españas, a todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: Que las Cortes han decretado y Nos sancionamos lo siguiente: Las Cortes, después de haber observado todas las formalidades prescritas por la Constitución, han decretado el siguiente Código penal.»

Se deja así constancia, al inicio mismo del texto, de que este Código Penal nace de la voluntad de las Cortes, y no de la autoridad del Monarca, quien tiene un papel exclusivamente sancionador de lo aprobado por aquellas.

También han destacado nuestros historiadores del Derecho que este «es el único Código penal español cuya preparación está documentada», y que «Fue el Código la obra más importante en la tarea legislativa de aquellas Cortes»<sup>3</sup>.

Tenemos, pues, sobrados motivos para enorgullecernos de este primer código penal español y de quienes tanto se esforzaron en elaborarlo, y razones de peso para dedicarle unas horas de revisión y estudio, en homenaje, en este su primer bicentenario.

## II

Lo primero que cabe destacar de este Código es que, como demostró el Profesor Casabó<sup>4</sup>, surtió efectos y llegó a entrar en vigor<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> PACHECO, J. F., *El Código penal concordado y comentado* (1848).

<sup>3</sup> ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (18), 1965.

<sup>4</sup> CASABÓ RUIZ, *El Código Penal de 1822*, Tesis doctoral. Universidad de Valencia, 1968.

<sup>5</sup> Discrepaba de ello ANTÓN ONECA en *op. cit.*, quien concluyó, respecto de este Código, en que: «su principal interés es histórico, como representativo de una época en que un anhelo de modernidad intenta realizarse con esfuerzo denodado, para sucumbir en el empeño. Con lo cual España tuvo que esperar hasta mediados de siglo para conseguir un Código estable que la pusiera en el sector penal a la altura de los pueblos cultos».

Esta cuestión, de la efectiva vigencia de nuestro primer Código, ha sido debatida y cuestionada por nuestros historiadores del Derecho<sup>6</sup>.

Destacan, entre ellos, además del Profesor Casabó Ruiz, Álvarez García, De Benito Fraile, Alonso Alonso o Quesada Morillas.

Resulta muy provechoso a este respecto releer el estupendo y muy completo artículo «El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado» (López Rey, ADPCP, vol. LXXI, 2018).

Además de esta vigencia temporal en territorio nacional, el Código Penal de 1822, como compendio de las ideas liberales de la época, fue el modelo que siguieron otros Códigos penales de Iberoamérica.

Así, son fieles seguidores suyos varios Códigos penales iberoamericanos contemporáneos, como el Código Penal boliviano de 1834<sup>7</sup>; también sirviendo de base al Código Penal español de 1848<sup>8</sup>.

En definitiva, nuestro Código Penal de 1822 se convirtió en un modelo de cristalización y puesta en práctica de las ideas liberales y avanzadas de la época en materia de justicia criminal, y como tal fue el espejo en el que se miraron los legisladores penales contemporáneos en aquellos territorios de influencia hispana.

### III

La estructura y articulado del Código Penal de 1822 revelan su intención clarificadora, divulgativa, unificadora y reformista.

Este Código está compuesto de un título preliminar, con XIII capítulos, y de la parte primera, *De los delitos contra la sociedad*, y parte segunda, *De los delitos contra los particulares*, ambas formadas por títulos y capítulos numerados.

No merece la pena, a mi criterio, reproducir aquí el Índice del Código, al alcance del lector interesado en el estudio del desarrollo del Código por títulos y capítulos.

---

<sup>6</sup> FIESTAS, *Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822* (1977-78).

<sup>7</sup> <sup>7</sup> Nótese aquí que la Ley núm. 28, de 21 de diciembre de 1825, dictada por Simón Bolívar, decretaba: «10.) Que los tribunales de Justicia, en la forma de proceder se sujetarán a la ley de las cortes españolas de 9 de octubre de 1812 y demás decretos expedidos por las mismas, mientras se arreglen los códigos civil y penal».

<sup>8</sup> Véase BARÓ PAZOS, J., *El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)*. AHDE, tomo LXXXIII, 2013.

Sí resulta aconsejable el examen de su estructura, en cuanto que reveladora del método seguido por sus autores, de sus preocupaciones y prioridades, y en definitiva, del afán reformista ilustrado que llevó a su elaboración<sup>9</sup>.

Mucho se ha discutido sobre la influencia de determinados filósofos extranjeros, y del Código Penal francés de 1810<sup>10</sup>, en la concepción y elaboración de este Código Penal español de 1822. Sin embargo, conviene destacar los aspectos nacionales propios fruto de las tensiones políticas y circunstancias de la España de la época.

Así, la división en un título preliminar, que contiene las nociones básicas de lo que llamaríamos la parte general del Derecho penal, con sus ideas subyacentes de protección de los derechos y dignidad de los reos, y de unificación de las reglas penológicas y de la incorporación como *numerus clausus* del catálogo de penas; y en dos partes, ya reservadas a la descripción y punición de los tipos penales, la primera de las cuales enumera los delitos contra la sociedad, y la segunda reseña los delitos contra los particulares.

Esta división en dos partes ha sido criticada por la doctrina; y ciertamente, cabe decir que todos los delitos lo son contra la sociedad; es decir, se trata de actos antisociales, en cuanto que atentatorios contra la paz social o pacífica convivencia entre los ciudadanos, típicos por incorporados al Derecho criminal positivo.

Sin embargo, parece obvio que esta distinción se efectuó para mayor comprensión en la población de los tipos penales comprendidos en el Código y conductas punibles reseñadas en este, objetivo buscado por el afán, divulgativo de las nuevas normas, y pedagógico, que movió a estos legisladores penales.

También la redacción misma del Código ha sido criticada por la doctrina, por excesivamente artificiosa o literaria; y el texto, por su excesivo casuismo<sup>11 y 12</sup>,

---

<sup>9</sup> Se discutió incluso «Si el Código debe llevar el nombre de penal o de criminal (es sabido que hoy se sostiene por muchos la vuelta al término «criminal», usual en los «prácticos» del antiguo régimen); pero el Código se llamó penal, a pesar de que entonces no se había impuesto todavía esta designación, luego dominante». ANTÓN ONECA, *Historia del Código Penal de 1822*.

<sup>10</sup> Véase, a modo de ejemplo, GARCÍA GOYENA, F. *Código Criminal Español, según las Leyes Vigentes, comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés* (1843).

<sup>11</sup> Así, ANTÓN ONECA, en la obra *ut supra*, escribió que: «Y todavía, en medio de la técnica atrasada, de las inadmisibles supervivencias, de la confusión que implica la intromisión de preceptos de Derecho procesal y administrativo, y del gárrulo estilo ...».

<sup>12</sup> PACHECO, J. F., *op. cit.*: «El Código de 1822 es un Código científico. La ciencia del Derecho 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, muy vivas aún en aquella edad y casi borradas en la que corremos; es, por último, difuso, y sacrifica la claridad, la sencillez, el mérito legislativo, a pretensiones artísticas y a un vanidoso aparato literario».

así como por la inclusión de normas de procedimiento, más propias de la legislación adjetiva.<sup>13 y 14</sup>

Pero debe recordarse el momento histórico de la elaboración del Código, hijo de las Cortes Constituyentes de Cádiz, y el deseo de quienes lo elaboraron, no solo de dar paso a las ideas reformadoras de la Ilustración en materia penal, cerrando así la larga etapa del denominado Antiguo Régimen; sino, también, como decíamos, de hacer más comprensible al conjunto de la sociedad, esto es, a todos los justiciables, el nuevo Derecho criminal, de aplicación uniforme en todo el territorio nacional.

#### IV

Hay varias ideas que recorren la redacción del Código Penal español de 1822, y que lo caracterizan; y en ellas se sustenta su naturaleza ilustrada y humanista.

Lo primero que se desprende para el lector de este Código es el afán de sus redactores de velar por la dignidad del individuo sometido a condena.

Esto resulta evidente de la lectura del capítulo III del título preliminar (*De las penas y sus efectos, y del modo de ejecutarlas*), y muy especialmente, de la detallada regulación de la manera de ejecutar la pena de muerte, y trato a dar al reo condenado a esta pena<sup>15</sup>.

También resulta destacable el afán de dotar a la legislación penal de la deseada seguridad jurídica<sup>16</sup>; estableciéndose en el artículo 28 un catálogo cerrado o *numerus clausus* de penas, divididas en penas corporales, penas no corporales, y penas pecuniarias.

Y ello, pues era característica del Antiguo Régimen la arbitrariedad judicial en la aplicación de las penas, con resultados desiguales atendiendo a la

<sup>13</sup> BARÓ PAZOS, J., *op. cit.*: «Aunque el Código supuso un progreso notable respecto de la situación preexistente, en él se apreciaron algunos defectos técnicos, como la inclusión de aspectos procesales que debían haber tenido cabida en una ley de enjuiciamiento única, entonces inexistente; ...».

<sup>14</sup> ANTÓN ONECA, J., *Historia del Código Penal de 1822*. (1965)

<sup>15</sup> A modo de ejemplo: artículo 32, sobre el condenado a muerte: «Desde la notificación de la sentencia hasta la ejecución se tratará al reo con la mayor conmiseración y blandura; se le proporcionarán todos los auxilios y consuelos espirituales y corporales que apetezca, sin irregularidad ni demasía; y se le permitirá ver y hablar las veces y el tiempo que quiera a su mujer, hijos, parientes o amigos, arreglar sus negocios, hacer testamento, y disponer libremente de sus ropas y efectos con arreglo a las leyes, sin perjuicio de las responsabilidades pecuniarias a que estén sujetos; pero entendiéndose todo esto de manera que no se dejen de tomar todas las medidas y precauciones oportunas para la seguridad y vigilancia de su persona.»

<sup>16</sup> Obsérvese también, como «aspectos de la modernidad, superiores a sus sucesores (que) nos ofrece el Código de 1822, por ejemplo: la excepcionalidad en el castigo de los delitos culposos a los casos especialmente previstos en la ley ...». ANTÓN ONECA, *op. cit.*

condición social del reo; y con recurso frecuente a la pena de muerte y a los castigos corporales<sup>17</sup>.

Otra nota distintiva de este Código es el afán de sus autores de consagrar en él las nociones de culpabilidad y justicia material; reconociendo la realidad de la sociedad española contemporánea, con la existencia de desigualdades y notables diferencias sociales en la ciudadanía, que a criterio de aquellos obligaba a ofrecer distintas respuestas penológicas según el grado presunto de libertad de obrar del individuo.

A esto responden, a mi criterio, tanto las atenuantes de «falta de talento o de instrucción» y «la indigencia» del delincuente (art. 107, primera y segunda circunstancias), como la agravante de «la mayor instrucción o dignidad del delincuente, y sus mayores obligaciones para con la sociedad» (art. 106, Cuarta circunstancia).

En este nuestro primer código penal intentaron los reformistas ilustrados plasmar y convertir en Derecho positivo las ideas de la Ilustración, introduciendo las ideas de los constitucionalistas de Cádiz, que fructificaron en este Código, su principal obra.

A este deseo de superar las ideas del antiguo régimen y de introducir las nuevas de la Ilustración en la práctica legislativa penal, se suma el notable carácter pedagógico de este Código, en mi opinión una de sus características más destacables.

Se aprecia asimismo en este Código un afán proteccionista de las víctimas de los delitos, que si bien tiene un carácter que podríamos, con una visión actual, tachar de paternalista (y denigratorio para la mujer), no deja de representar una vez más la voluntad de los legisladores de adecuar la respuesta penal a la gravedad y reprochabilidad de la conducta, individualizadamente considerada, según los criterios morales y éticos de la época<sup>18</sup>.

Ciertamente, a ello podría oponerse el reconocimiento, en este Código de 1822, de la necesidad de conseguir, junto con el adecuado y proporcionado castigo del culpable, la prevención general y la paz social que constituyen los fines últimos del Derecho penal. Y así, se establecen como circunstancias de agravación general de las penas, tanto «el mayor perjuicio, susto, riesgo, desorden o escándalo que cause el delito» (y que puede exceder del designio de su autor, ser ajeno a este o escapar de su control), como «la mayor necesidad

---

<sup>17</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal* (Conforme al Código de 1928), vol. I, parte general. (1928/29).

<sup>18</sup> Así, se establece en el Código que: «en todos los delitos contra las personas, serán circunstancias agravantes contra el reo la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, indefensión, desamparo o conflicto de la persona ofendida.» (art. 106, novena circunstancia).

que tenga la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos», de igual clase cometidos por otros (art. 106, primera y segunda circunstancias).

Todo ello, en mi opinión, visto en su conjunto, no hace sino evidenciar la conciencia, en la mente de sus autores, de la importancia histórica y trascendencia de este nuestro primer código penal; y su deseo de reunir y reflejar en el mismo las más avanzadas nociones de la época sobre la finalidad y justificación teleológica del Derecho criminal, la dignidad inviolable de todos los individuos, incluidos los reos de los más graves delitos, y la necesidad de garantizar el debido resarcimiento a las víctimas de las acciones delictivas y la adecuada protección a la sociedad en general.

En ese sentido, va de la mano de las Cortes de Cádiz de las que es hijo, y que ya abolieron el tormento, los azotes, la horca, la confiscación y el Tribunal especial de Santo Oficio<sup>19</sup> y<sup>20</sup>.

El Código penal de 1822 parte de unos valores y principios que, como ocurre más apropiadamente en las Constituciones, son muy visibles, en claro esfuerzo de difusión entre el pueblo de las ideas reformistas de la Ilustración.

Así, hemos visto cómo se pone en valor la dignidad de todo individuo, independientemente de su clase social, en la minuciosa regulación de la ejecución de las penas, especialmente de las llamadas «corporales».

También se protege la honorabilidad y buena fama social de los delinquentes, intentando minimizar el estigma que supone la condena, al establecer este Código que: «Ninguna otra pena lleva consigo la infamia, sino únicamente la de trabajos perpetuos y la de muerte por traición. En las demás no hay infamia sino cuando la ley la declare expresamente al delito».

Se preocupa además el Código de establecer las normas «De la indemnización a los inocentes», en el capítulo XII del título preliminar (arts. 179 a 181), para garantizar el derecho a ser indemnizado de «Todo el que, después de haber sufrido un procedimiento criminal, fuese declarado absolutamente inocente del delito o culpa sobre que se hubiere procedido»; regulando incluso el supuesto de que en el procedimiento seguido en virtud de acusación particular «el juez hubiere cooperado por malicia, ignorancia o negligencia a la injusticia del procedimiento», o, de haberse seguido de oficio, fuere «causado por malicia o culpa del juez», estableciéndose en ambos casos la obligación para este de indemnizar al inocente.

---

<sup>19</sup> ANTÓN ONECA, *Historia del Código Penal de 1822* (1965).

<sup>20</sup> Véase Decreto de las Cortes de Cádiz *sobre la abolición de la Inquisición y restablecimiento de los tribunales protectores de la fé*.

Con ello se evidencia una vez más el deseo de los autores del Código de poner coto a los abusos de los poderosos y garantizar la debida protección de los derechos de los individuos sometidos a procedimientos criminales, incorporando al Derecho penal positivo las más modernas y contemporáneas ideas en ese sentido de la Ilustración.

## V

Destaca asimismo en este Código la consagración de la acción o acusación popular; declarando en su artículo 134 que: «La ley concede a todo español, no infame, la acción para acusar criminalmente ante los jueces o tribunales respectivos cualquiera de las culpas o delitos públicos que se cometan, exceptuándose únicamente las personas a quienes en el Código de procedimientos se prohíba el ejercicio de este derecho, ya en general, ya en casos determinados. La falta de acusación, o su desamparo por el acusador, o el desistimiento de éste no estorbarán de modo alguno que las autoridades procedan de oficio a la averiguación, persecución y castigo de dichos delitos, con arreglo al propio Código de procedimientos».

Enumerando el propio Código (arts. 135 y 136) cuáles «Son culpas o delitos públicos», únicos respecto de los que se reconoce el derecho a la acción popular; y estableciendo frente a ellos que: «Los demás delitos y culpas pertenecen a la clase de privados, cuya acusación no toca sino a las personas particulares agraviadas o perjudicadas, con arreglo a lo prescrito por la ley; entendiéndose que en cualquiera de estos casos, si la parte agraviada o perjudicada que acusare o se querellare, hace constar que no tiene bienes, se le administrará justicia con el propio celo y actividad que si los tuviera; y si lo apeteciere, se encargará de representar sus veces un promotor fiscal, como si se procediera de oficio» (art. 137).

Estableciendo también el Código los casos de obligatoriedad de fianza; remitiéndose a que: «La cantidad y circunstancias de la fianza, y las solemnidades y demás requisitos de las acusaciones se prescriben en el Código de procedimientos» (art. 139)<sup>21</sup>.

Siendo también de recordar aquí, como muestra del carácter humanista e igualitario del Código, el contenido de su artículo 140, último de este capítu-

---

<sup>21</sup> Explicando los redactores del Código que: «El que acuse judicialmente una culpa o delito de los públicos hace un servicio a la sociedad y contrae un mérito, si procede con verdad y con justicia: de lo contrario será castigado con la pena correspondiente según este Código» (art. 138).

lo VII del título preliminar, que establecía que: «A todo acusado o procesado de oficio, si hiciere constar que no tiene bienes para defenderse y probar su inocencia, se le proporcionarán gratuitamente por las autoridades todos los medios oportunos para ello, y se le administrará justicia del propio modo y con igual actividad y celo que si tuviera bienes».

## VI

Mención aparte merece también el tratamiento dado en este Código a la iglesia católica, verdadero poder oficial y *de facto* de la época.

El deseo de los legisladores de dejar constancia de su respeto a la Institución se evidencia del propio articulado del Código; y así, en el capítulo III, en materia «De las penas y sus efectos, y del modo de ejecutarlas», se establece que: «Por honor al sacerdocio, ningún presbítero, diácono ni subdiácono sufrirá tampoco la pena de trabajos perpetuos, ni la de obras públicas. En el primer caso será deportado el reo; y si incurriere en delito de obras públicas, será destinado por igual tiempo a un presidio para servir en los hospitales o en las iglesias» (art. 69).

Se introduce así una excepción, respecto de la aplicación de las penas de trabajos perpetuos y de obras públicas, en atención a la cualidad del autor (presbítero, diácono o subdiácono), que rompe con el deseado principio de igualdad de trato en el Derecho penal, y que constituye un visible peaje, de reconocimiento de la especial dignidad eclesiástica, tendente a obtener, si no la aprobación, al menos la aceptación y aquiescencia de la Iglesia con las nuevas normas reformistas.

Debe recordarse que, pese a las ideas ilustradas de ruptura con el Antiguo Régimen, de libertad ideológica y abolición de la Inquisición, la Constitución de Cádiz se vio obligada a plasmar la confesionalidad, católica, de España<sup>22</sup>.

Así, el artículo 12 de la Constitución declaraba que: «La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra».

Como observa Manjón-Cabeza, «la Constitución de Cádiz traza una separación absoluta entre la libertad religiosa, que no existe, y la libertad de pensamiento y expresión, que se proclama y defiende»<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Constitución de 1812 y Código Penal de 1822 (Algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal)*, 2013.

<sup>23</sup> MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *op. cit.*



A este difícil equilibrio entre el deseo de propagación y plasmación de las ideas ilustradas y el necesario reconocimiento de la situación de poder de la Iglesia responde el articulado del Código Penal español de 1822.

Según sostiene García García, «este primer Código Penal nace en el contexto de una legislación cerradamente confesional, pero al tiempo, en lucha contra el *status* de la Iglesia Católica, y es desde dentro de esta corriente dialéctica entre el poder civil y la Religión católica donde debe situarse»<sup>24</sup>.

A los «Delitos contra la religión del Estado», la católica, dedica este Código el capítulo III del título I de su parte primera, con articulado tendente a la defensa de la preponderancia social de esa religión, única permitida como veíamos; elevando a delito los ataques no solo a las personas y bienes consagrados a la misma, sino, incluso, a la doctrina y dogmas oficiales de la religión católica.

Prueba de este desvelo de los redactores del Código por exteriorizar su respeto a la primacía de la Iglesia Católica en todo el territorio nacional es el primer precepto de ese capítulo III, el artículo 227, que taxativamente establece que: «Todo el que conspirare directamente y de hecho a establecer otra religión en las Españas, o a que la Nación Española deje de profesar la religión católica apostólica romana, es traidor, y sufrirá la pena de muerte».

Y consecuencia de esa intromisión de la doctrina religiosa católica en el listado de delitos que conforman la parte especial del Código resultan los tipos penales del capítulo III del título VII de la parte primera del Código, *De los bigamos, y de los eclesiásticos que se casan*, y del capítulo IV del mismo título VII de la parte primera del Código, *De los matrimonios clandestinos o faltos de las previas solemnidades debidas*, en los que por «matrimonio» hay que entender siempre el matrimonio católico (único permitido<sup>25</sup>); así como la remisión general contenida en el artículo 551, último de ese capítulo III, que establece que: «Todas las penas de este capítulo son aplicables del mismo modo en los casos respectivos siempre que contraiga matrimonio algún presbítero, diácono, o subdiácono, o algún regular profeso».

Por último, merece resaltarse a este respecto las normas competenciales, para el enjuiciamiento de eclesiásticos, recogidas en el artículo 183 del Código, que declara que: «Los eclesiásticos que cometan alguna de las culpas o delitos comprendidos en este código, y en los sobredichos regla-

---

<sup>24</sup> GARCÍA GARCÍA, R., *El primer Código Penal español de 1822 y su regulación de la religión católica*.

<sup>25</sup> Aclarando el artículo 552 del Código que: «Matrimonios clandestinos son aquellos que se contraen sin las formalidades que ha establecido la Iglesia ...».

mentos y ordenanzas particulares, serán siempre juzgados como los legos por los jueces y tribunales civiles; pero todas las demás faltas, culpas y delitos en que por razón de su estado incurran contra la disciplina eclesiástica, se reservan a la autoridad y jurisdicción de los prelados respectivos, para que conozcan con arreglo a los cánones y al código de procedimientos; sin que en ningún caso puedan hacerse *ex informata conscientia*, ni dejar de arreglarse a lo que la Constitución y las leyes prescriben o prescribieren en defensa de la libertad y de los demás derechos legítimos de todos los españoles».

Aludiéndose también a la jurisdicción eclesiástica en el artículo 187 del Código.

Todo ello, como observó Antón Oneca, «demuestra el respeto por la tradición de aquellos legisladores, que nos suelen ser presentados como revolucionarios totales»<sup>26</sup>.

## VII

Destaca asimismo en el Código de 1822 la minuciosa regulación que contiene sobre la facultad real de indulto<sup>27</sup>, detallada en los artículos 156 a 170, que comprenden la totalidad del capítulo X del título preliminar.

La regulación minuciosa de esta figura revela la preocupación de los autores del Código por limitar la facultad real de los indultos, y poner coto a la arbitrariedad en su concesión; y supone una nueva evidencia del deseo de aquellos de poner fin al antiguo régimen, y acotar el modo de ejercicio de las prerrogativas reales en materia penal.

Sin duda por ello, se indica taxativamente, en el artículo 170, que cierra este capítulo X, en exclusiva «De los indultos», que: «Toda carta, decreto o despacho real de indulto expedido contra el tenor literal de este capítulo, se considerará como arrancado por importunidad y sorpresa, y con obrepción o subrepción. La autoridad que lo ejecute o haga ejecutar será responsable como infractor de las leyes».

---

<sup>26</sup> «Entre los debates sobre delitos en particular, llama especialmente la atención, el dedicado a los delitos religiosos, que demuestra el respeto por la tradición de aquellos legisladores, que nos suelen ser presentados como revolucionarios totales». ANTÓN ONECA, *Historia del Código penal de 1822* (1965).

<sup>27</sup> De la que se hace constar expresamente su naturaleza constitucional: «El Rey, usando de la facultad que exclusivamente le corresponde por la Constitución, puede conceder indultos particulares o generales en favor de los delincuentes» (art. 156).

## VIII

La prescripción de los delitos y culpas viene regulada en el capítulo XI del título preliminar del Código (arts. 171 a 178, ambos inclusive).

La prescripción de las penas no solo no viene regulada en este Código, sino que se excluye expresamente. Así, el artículo 178 declara que: «En la demanda o proceso, sea de oficio o por acusación, en que se haya llegado a dar sentencia final, aunque sea en ausencia y rebeldía, no habrá lugar en tiempo alguno a prescripción contra lo sentenciado».

Establece, ello no obstante, el Código plazos breves (especialmente comparados con los actuales) para la prescripción de la responsabilidad penal; con un plazo de prescripción máximo de doce años, para los delitos o culpas más graves, «si dentro de ellos se hubiere empezado a proceder criminalmente de oficio» (art. 175).

Indicando el artículo 171 un régimen o plazo especial de prescripción de la acción, de tres años, «por lo relativo al pago de costas, multas y demás penas pecuniarias», para el caso de muerte del culpable o delincuente.

## IX

De la lectura del texto del Código Penal español de 1822, pese a su carácter ilustrado y reformista, se evidencia la situación social y legal en que se encontraban las mujeres de la época.

Decepciona ver que se plasman en el Código delitos cuya comisión solo se tipifica respecto de la mujer, como es el de adulterio; y en este, cómo se considera al marido la víctima del delito, y en definitiva, titular del derecho a la libertad sexual de la mujer («El marido de la adúltera, que es el único que puede acusar el adulterio, no podrá hacerlo en ninguno de los casos siguientes: Primero: si ha consentido a sabiendas el trato ilícito de su mujer con el adúltero. Segundo: si voluntaria y arbitrariamente separa de su lado y habitación a la mujer contra la voluntad de ésta, o la abandona del mismo modo. Tercero: si tiene manceba dentro de la misma casa en que habite con su mujer», art. 684).

Es, pues, un delito cuya punición depende de la conducta de un tercero, el esposo, y no de la de la supuesta autora, la mujer, que se configura así como un ser legalmente carente de autonomía y libertad de actuar, sujeta a la voluntad del marido para ver punible una conducta, no típica ni reprochable penalmente en el caso de ser desarrollada por el esposo.

Y resulta aquí digna de mención la parca tipificación que se efectúa en este Código de los hoy denominados delitos contra la libertad e indemnidad sexuales<sup>28</sup>.

También es indicativa del estatus social de las mujeres contemporáneas al Código la distinción que en él se efectúa, en el caso de ser autoras o víctimas de determinados delitos, entre las mujeres «honestas» (art. 77) y las que el Código denomina «mujer no ramera conocida como tal» o «mujer pública» (art. 688); y altamente clarificadora de la desigual posición y derechos de los cónyuges la mención a «la autoridad de los maridos respecto de sus mujeres» (art. 569).

Estableciéndose, de manera similar a la de «los amos y jefes», «respecto del daño que causen sus criados, dependientes u operarios», la responsabilidad civil de «los maridos respecto de sus mujeres, en cuanto alcancen los bienes que correspondan a éstas, incluso la mitad de gananciales» (art. 27), al no ser reconocido a las mujeres el derecho a la propiedad privada<sup>29</sup>.

Consideradas en definitiva como propiedad del marido o padre de familia, y no verdaderas titulares de bienes jurídicos y libertades individuales<sup>30</sup>, se modera la pena en el caso de: «El homicidio voluntario que alguno cometa en la persona de su hija, nieta o descendiente en línea recta, o en la de su mujer, cuando la sorprenda en acto carnal con un hombre, o el que cometa entonces en el hombre que yace con ellas» (art. 619), o de: «El que incurra en igual delito con respecto a una hermana suya, o a su nuera o entenada, o al que encuentre yaciendo o en acto deshonesto con alguna de ellas» (art. 620). Recoge así este nuestro primer código penal la figura del denostado y patriarcal homicidio o uxoricidio *honoris causa*.

Estas debilidad e invalidez que se atribuyen a las mujeres en el Código Penal de 1822, cuyo valor personal y aceptación social quedan sujetos en exclusiva al mantenimiento y conservación de su «honorabilidad» u «honestidad», motiva la excepción contenida en el inciso final del artículo 612, para

---

<sup>28</sup> DE ALBA Y OSUNA, Á., *El delito de violación modificado por la ley de actualización del Código Penal* (1991): «El Código penal de 1822 fue original tanto en sus descripciones como en los contenidos típicos; en sus preceptos se contienen los elementos que integraran los distintos tipos de violación acogidos en las formulaciones posteriores. No hablaba este Código de violación sino de abusos deshonestos; en el artículo 686 castigaba el intento de abusos deshonestos perpetrado por violencia, amenazas o intimidación; el artículo 687 penaba, al que abusare deshonestamente de una mujer privándola del uso de su razón o aprovechándose de que estuviera sin sentido, y el artículo 671 comprendía los abusos deshonestos con niño o niña que no hubieran alcanzado la edad de la pubertad».

<sup>29</sup> TAPIA BALLESTEROS, «Posición de la mujer en el Código penal español de 1822 e incorporación del “género” como circunstancia sospechosa de discriminación (Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo): ¿Se ha avanzado hacia la igualdad?» (2015).

<sup>30</sup> Véase también artículo 674 del Código de 1822: «El que para abusar de una mujer casada la robe a su marido, consintiéndolo ella ...».

«las mujeres solteras o viudas que teniendo un hijo ilegítimo, y no habiendo podido darle a luz en una casa de refugio, ni pudiendo exponerle con reserva, se precipiten a matarle dentro de las veinte y cuatro horas primeras del nacimiento, para encubrir su fragilidad; siempre que éste sea a juicio de los jueces de hecho, y según lo que resulte, el único o principal móvil de la acción, y mujer no corrompida y de buena fama anterior la delincuente».

También esta concepción patriarcal de la mujer como ser débil y necesitado de especial protección lleva a la limitación de la duración de determinadas penas en el caso de su imposición a mujeres (art. 59); o la prohibición de la condena a mujeres a trabajos perpetuos, obras públicas o presidio<sup>31</sup>.

Estableciendo el artículo 106, novena, que: «en todos los delitos contra las personas, serán circunstancias agravantes contra el reo la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, indefensión, desamparo o conflicto de la persona ofendida».

Sí debe resaltarse, todo lo anterior no obstante, la igualdad en la punición, de «la mujer que mate a su marido, o el marido a su mujer, siempre que unos y otros lo hagan voluntariamente, con premeditación, con intención de matar, y conociendo a la persona a quien dan muerte», los cuales «sufrirán las mismas penas que los asesinos» (art. 612). Quedan exceptuados de esta regla penológica los homicidios *honoris causa* también tipificados en el Código, que ya hemos mencionado.

Estableciéndose igual excusa absolutoria en este Código para, entre otros, «El marido que quita o toma las cosas de su mujer, la mujer que toma o quita las de su marido, el viudo o viuda que toma o quita las que hubiesen pertenecido a su difunto cónyuge» (art. 756).

Fallaron, pues, los redactores del Código, en aprovechar esta ocasión para mejorar la situación de la mujer en la España de la primera mitad del siglo XIX; respetando unas normas patriarcales y un *status quo* centenarios, que eludieron por completo los afanes reformistas, modernizadores e igualitarios de aquellos.

No sería sino hasta mucho más tarde, bien entrado el siguiente siglo, cuando comenzara a cuestionarse la sociedad, primero, y los legisladores, después, la validez de unas leyes y preceptos legales, que mantenían y consolidaban la situación de opresión y de verdadera falta de autonomía, derechos y libertades, en que se hallaban las mujeres en España.

---

<sup>31</sup> Artículo 67: «Las mujeres no podrán ser condenadas a trabajos perpetuos, obras públicas ni presidio. Si cometieren delito a que esté impuesta la pena de trabajos perpetuos, serán deportadas, y si incurren en la de obras públicas o presidio, sufrirán el tiempo respectivo en una casa de reclusión».

## X

De todo lo ya expuesto podemos concluir lo siguiente:

– El Código Penal español de 1822 es un hito en el Derecho nacional, pues supuso la principal obra legislativa surgida de las Cortes de Cádiz, y constituyó la primera codificación criminal moderna de la historia de España.

– Este Código Penal, pese a su breve tiempo de vigencia, resultó ser trascendente y eficaz, en cuanto que introdujo conceptos, como el de la moderna codificación en materia penal, o los de seguridad jurídica e igualdad de trato en Derecho criminal, que surgieron efectos duraderos, no solo respecto a la elaboración de los posteriores códigos penales españoles, sino también frente a los legisladores penales hispanoamericanos contemporáneos.

– Los legisladores que intervinieron en su elaboración fueron muy conscientes, al tiempo de aprobarla, de la importancia histórica y social de esta obra, primera consolidación en Derecho penal sustantivo de las ideas reformistas de la Ilustración; evidenciando la propia composición y redacción del texto el afán de divulgación y didáctico de esas ideas, que junto con el de reforma social, movió a aquellos.

– Aun cuando ha sido tachado de duro<sup>32</sup>, en el Código Penal de 1822 subyace su carácter ilustrado y humanista, igualitario y uniformador, preocupado por la protección de los derechos y dignidad de los reos.

– Los autores de este Código intentaron establecer un Derecho penal que, abandonando el del Antiguo Régimen, pusiera coto o limitaciones al ejercicio del poder real y de los demás poderes del Estado, y en el que se conformara y plasmara un núcleo inviolable de garantías y derechos del ciudadano, en este caso, del justiciable penal.

– Todo ello no obstante, cedieron los legisladores a las presiones de la realidad social de la época, al reconocer la importancia social y situación de poder de la Iglesia Católica española contemporánea, que reflejaron, si bien con límites, en el articulado del Código; reconociendo asimismo de manera expresa en su texto, junto con las ordinaria y militar, a la jurisdicción eclesiástica, como competente para juzgar por determinados delitos.

– El empeño reformista de los legisladores del Código de 1822 fracasó gravemente al no enfrentarse a la situación de discriminación, sometimiento y falta de derechos al tiempo padecida por las mujeres en España; quebrando con respecto de estas las intenciones de aquellos, de propugnar un nuevo orden

---

<sup>32</sup> PACHECO, J. F., *Op. cit.*

social, más igualitario y protector de las libertades individuales, en su reflejo en el Derecho penal positivo.

Tenemos, en cualquier caso, motivos para estar orgullosos de aquellos legisladores españoles quienes, pese a los fallos observados en la elaboración y contenido del Código Penal de 1822, se esforzaron para, en un tiempo lleno de dificultades y peligros, intentar modernizar y reformar el ordenamiento jurídico español, en su modalidad de Derecho penal sustantivo; introduciendo las nuevas ideas de la Ilustración, en mejora de la situación real del justiciable penal de la época, y en cristalización y consagración de los derechos, dignidad y libertades del individuo sometido a procedimiento criminal, frente a la tiranía, arbitrariedad y desigualdad de trato que caracterizaban al antiguo régimen frente a sus súbditos.

# LA CONSTITUCIÓN DE 1812 Y EL CÓDIGO PENAL DE 1822: DE LA REVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL A LA REVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL

DAVID DELGADO RAMOS

Profesor Contratado Doctor (interino) de Derecho Constitucional  
Universidad Rey Juan Carlos

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1812, la *Pepa*, nació como el triunfo de los principios liberales de la Ilustración en el difícil tránsito político que transcurre entre un Antiguo Régimen que se resiste a morir y un incipiente *constitucionalismo sin rumbo*, guiado más por la pretensión de ruptura con el sistema imperante que por la *estación término* que, no obstante, habría de desembocar, muchos años más tarde, en la configuración del moderno Estado Constitucional español.

En cualquier caso, su exitosa vocación rupturista, unida al profundo influjo que su breve existencia marcó en el devenir del *hecho constitucional* europeo, vino determinada por algunos elementos que, a la postre, se convertirían en fundamentales para el conjunto de los textos constitucionales que se sucederían.

En ese sentido, pese a su brevedad, la *Pepa* hizo de catalizador de la modernidad en los anquilosados ordenamientos, adaptando los textos napoleónicos a un nuevo contexto sociopolítico, presidido por los principios establecidos en la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano* de 1789, en los que, como rezaba su artículo 16, debía existir una garantía de derechos y



una separación de poderes para poder calificar como constitucional, en pureza, un texto con tal nombre.

Uno de los ámbitos en los que, como correlato lógico, se hizo visible y tangible fue, precisamente por su neta conexión con los derechos fundamentales y las libertades públicas, en el ámbito jurídico-penal, encontrando feliz acomodo en el primer Código Penal español, el Código Penal de 1822, impulsado durante el Trienio Liberal (1820-1823).

En ese sentido, el objetivo de este capítulo consiste en analizar el impacto que, sobre el ordenamiento penal, tuvo la Constitución de 1812, analizando sus fundamentos y su trascendencia jurídica, partiendo del estudio de lo que supuso el texto gaditano desde una perspectiva histórico-política, para continuar con los aspectos penales que la propia Constitución contiene y sus implicaciones.

## II. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL

### 1. **El contexto histórico de la Constitución de Cádiz: entre el Antiguo Régimen y la *Revolución constitucional***

La Constitución española de 1812 en su breve vigencia, ha sido, muy probablemente, el mayor aporte del constitucionalismo español al Occidente europeo y a la construcción teórico-práctica de los modelos constitucionales decimonónicos, gracias a un enfoque totalmente novedoso que, aunque constituía una herencia directa de las ideas imperantes en la Ilustración y la Revolución Francesa, adoptaba una perspectiva propia, *hispanica*, fruto de la particular historia de España y de los complejos avatares que, como Nación, estaba viviendo en los albores del siglo XIX. Avatares que modularían cualquier avance, por tibio que fuese, en pro de un modelo político distinto.

El salto constitucional del absolutismo al constitucionalismo liberal no fue, en ningún país, sencillo, y menos aún en España, que pese a las tentativas modernizadoras encabezadas por los colectivos afrancesados, era aún muy reuente a cualquier permeabilidad política que proviniese del norte de los Pirineos. Ello explica, en gran medida, que la actualización y compilación de nuestro acervo jurídico viniese precedida no solo por las ideas ilustradas y por la Revolución Francesa, sino también y fundamentalmente como resultado de la herencia jurídico-política de la invasión napoleónica.

Ese legado, profundamente modernizador y foráneo y, *ab initio*, contrario a la entonces mentalidad española, se tradujo en la necesidad de producir una

renovación jurídico-constitucional propia<sup>1</sup>, alejada de los influjos extranjeros como los que se estaban produciendo en los países *colonizados* por Francia en las guerras europeas de Napoleón. Un referente nuevo para un país que quería ser distinto sin perder su identidad es lo que explica, junto a la Guerra de la Independencia (1808-1814) y el vacío de poder consecuente por la captura del rey, el extraordinario fenómeno constitucional que fue en su momento la Constitución de Cádiz.

La Constitución de Cádiz, en ese sentido, tuvo una vocación de clara *universalidad* y, desde luego, una influencia muy superior a otros textos precedentes, como la Constitución Francesa de 1791, marcada por el ímpetu de la Revolución y, por lo tanto, con un *chauvinismo jurídico-constitucional* de difícil extrapolación a otros contextos y realidades políticas. La de 1791 fue una constitución de país, menos modelo de lo que pretendía ser y parecer y, por lo tanto, menos referencial para otras órbitas constitucionales europeas, por lo que tan solo sirvió como *guía espiritual* más que como referente político.

Por el contrario, en el ímpetu *irradiador* de Cádiz –en cierto modo, no es posible negarlo, heredero del texto de 1791 y del *fuego liberal* de la Ilustración<sup>2</sup>– tuvo mucho que ver la enorme ductibilidad de un texto constitucional que, *mutatis mutandis*, podría adaptarse a las diversas maneras de ser del absolutismo que quisiese dejar de serlo<sup>3</sup>, pero en el que también había un sustrato de fondo,

<sup>1</sup> Como señalan algunos autores, junto a la vocación modernizadora, también hay un componente *propio*, hispánico, en la configuración y desarrollo de la Constitución de Cádiz, que no es otro que «adaptar nuestras antiguas leyes y costumbres al actual estado de cosas; de ahí, las continuas apelaciones de carácter religioso, o el respeto por la Monarquía, o las no disimuladas alusiones a los precedentes medievales». CAVERO LATAILLADE, Iñigo y ZAMORA RODRÍGUEZ, Tomás. *Constitucionalismo Histórico de España*. Editorial Universitas, Madrid, 2010, p. 62.

<sup>2</sup> Para Torres del Moral, «El movimiento constitucionalista tuvo su origen en la Ilustración francesa, cuyos principales representantes partían de la creencia indiscutida, del postulado, de que la ley (la norma escrita en sentido amplio) y la instrucción eran los dos principales factores de cambio hacia el progreso, la libertad y el ejercicio de los derechos. Ambos instrumentos se unieron en un Decreto de septiembre de 1791, que estableció la obligación de enseñar la Constitución, imitado por nuestra Constitución de 1812 en su artículo 364. La Constitución adquirió así una veste de manual de ciudadanía. La idea se extendió junto con tantas otras de la Revolución. En poco tiempo, en toda Europa, estar dotado de Constitución era algo así como prueba de incorporación a las luces, a la libertad, al progreso (hoy diríamos que era prueba de modernización del país o de desarrollo político). No tener Constitución era tanto como permanecer aún en el oscurantismo, en la superstitión, en la servidumbre». TORRES DEL MORAL, Antonio. *Estado de Derecho y democracia de partidos (5.ª ed.)*. Editorial Universitas, Madrid, 2015, p. 127.

<sup>3</sup> Lo sintetiza Montalvo al exponer que «la Constitución gaditana fue considerada en todas partes, más que ninguna otra como el patrón-base del liberalismo decimonónico. La obra de 1812 gozó durante mucho tiempo, aun entre quienes no simpatizaban con su contenido político, de una especie de leyenda rosada. Tal vez su nacimiento en plena gesta independentista, o también su ingenuidad, su ilusionada redacción, han pesado en ese consciente o inconsciente movimiento de simpatía. En todo caso, lo que sí ha destacado la doctrina de manera casi unánime, comparando nuestro texto con la Constitución francesa de 1791, es que la Constitución de Cádiz ofrece un modelo de organización político-constitucional que trasciende al marco en el que se ha creado el mismo. Se trata de un texto constitucional válido para cual-

que no es otro que la capacidad –y ese es su legado moral en el incipiente constitucionalismo– de imponer un texto limitador a la voluntad y al poder regio<sup>4</sup>.

Ese fue, y no otro, el elemento fundamental que sirvió para construir e impulsar el mito de la Constitución de 1812. Elemento que, con todo, no garantizó en absoluto su supervivencia política, ya que su modelo consagraba una revolución –tranquila, pero revolución– que amenazaba el *statu quo* de Europa, pero que sí sirvió para hacer germinar una alternativa constitucional que, curiosamente, cristalizaría de tal forma en la mentalidad política que impulsaría una suerte de *poder constituyente hiperactivo*<sup>5</sup> en la búsqueda incesante de la solución constitucional definitiva.

Un modelo constitucional que, en síntesis, puede ser calificado como rupturista y que, precisamente por ello, ejerció un indudable influjo en la novísima configuración jurídico-constitucional que habrían de adoptar los diversos Estados europeos en su difícil tránsito al Estado constitucional exigiéndoles pasar, con complejas idas y venidas, de la monarquía absolutista a la constitucional en menos de un siglo, trámite intermedio y mediante, de la monarquía limitada.

## 2. La configuración del Estado de Derecho en el texto constitucional gaditano

Estadios de evolución que, de modo parejo, se trasladarían, *ad intra*, al propio diseño institucional del nuevo Estado, con una óptica muy distinta de la prevalente en siglos precedentes, marcados por un férreo centralismo político y la ausencia de derechos y libertades y, consecuentemente, de la inexistencia del moderno principio de separación de poderes.

---

quier Estado que promueva la instalación de un sistema liberal de gobierno, fundamentado en la división de poderes y la soberanía nacional», DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, «Valoración de la Constitución de Cádiz en la Europa del siglo XIX (en especial, Alemania, Inglaterra y Francia)», en Álvarez Vélez, María Isabel (coord.), *Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812 ¿la primera revolución liberal española?* Congreso de los Diputados, Madrid, 2012, p. 200.

<sup>4</sup> En palabras de Ferrando Badía «hemos de tener en cuenta que si en 1820 la Constitución de Cádiz comenzó a convertirse en un mito político capaz de mover las élites europeas contra sus reyes, lo fue porque España y su burguesía intelectual había dado ejemplo imponiendo al Rey el texto limitador de sus prerrogativas», FERRANDO BADÍA, Juan, «Vicisitudes e influencias de la Constitución de 1812». *Revista de Estudios Políticos*, núm. 126, 1962, p. 191.

<sup>5</sup> CANOSA USERA, Raúl, GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, MARHUENDA, Francisco, RODRÍGUEZ, Javier y ZAMORA-TOMÁS, Francisco José. *El constitucionalismo frustrado. Proyectos españoles de 1834 a 1976*, editorial Dykinson, Madrid, 2014, p. 15.

Quizá por ello, resulta hoy entonces sorprendente la visión que inspiraba, que guiaba, a los Constituyentes de Cádiz, deseosos de pasar página y afrontar un futuro distinto, quitarse la sensación que en no pocas ocasiones ha caracterizado a nuestras élites políticas en determinadas épocas de la historia de que España iba siempre un paso por detrás –y a veces muchos– en la plena incardinación con la vanguardia y la modernidad.

Una visión que, ingenuamente, nos extraña cuando leemos, por ejemplo, el principio caracterizador que, según el artículo 13 del texto constitucional gaditano, debía presidir la actuación del Gobierno: «El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen». No era una alusión fútil o baladí, sino que cobraba pleno sentido en un contexto de ruptura, poniendo de manifiesto no solo un anhelo futuro, sino también una visible crítica nada soterrada hacia la actuación de los sucesivos gobiernos pero, particularmente, desde el fallecimiento del rey Carlos III en 1788. Menos de veinticinco años en los que se interrumpió la labor de actualización y renovación del Viejo Imperio, consolidándose, por el contrario, el caciquismo clientelar y la corrupción política y económica de unas oligarquías que había perdido el rumbo de las necesidades de la Nación.

Merece la pena destacar, en ese sentido, el nuevo eje de relaciones que comenzaría, todavía de forma muy embrionaria, a establecerse entre el Ejecutivo y el Legislativo, aunque el primero estuviese, y así lo sería durante la totalidad del siglo XIX, controlado por el monarca. Una monarquía que, tal y como lo concebía la propia Constitución en su artículo 14, se configuraba como «moderada hereditaria», entendida esta como un modelo de monarquía limitada, y titular del Poder Ejecutivo.

El aspecto limitativo y, por ende, la configuración de la monarquía como limitada quedó expresamente establecido y definido en el artículo 172 de la Constitución, que señalaba de modo diáfano los límites a dicho poder, segados por las propias Cortes.

Así, en suma, la Constitución de Cádiz estableció una nueva planta política y jurídica sin parangón en la historia constitucional española<sup>6</sup>, al dotarla de un significante que rompía con el modelo precedente: la filosofía liberal e ilustrada que quebraba *l'Ancien Régime* para incardinarlo en la órbita de la Revolución Francesa. Algo que, trasladado al eje orgánico, suponía afrontar la existencia de un complejo institucional que dejaba de estar en una sola mano

---

<sup>6</sup> MERINO MERCHÁN, José Fernando, *Regímenes históricos españoles* (2.<sup>a</sup> ed.), editorial Dilex, Madrid, 2008, p. 68.

para pasar a estarlo en varias y con vocación de cierto control parlamentario, aunque este fuese extraordinariamente limitado, difuso y, por otro lado, con nulas consecuencias.

Por ello, el principio de responsabilidad gubernamental introducido en el artículo 226 de la Constitución de Cádiz –complementado con lo establecido en el artículo 227 en lo relativo a la rendición de cuentas por la ejecución del presupuesto– fue inicialmente jurídico, porque la responsabilidad estrictamente política no existía ni podía existir, concebida como estaba en un contexto político aún presidido por el absolutismo, aunque notablemente influido por las experiencias norteamericana, francesa e inglesa<sup>7</sup>, que reforzaron las competencias del parlamento sin quebrar la primacía del monarca o el presidente, es decir, del ejecutivo<sup>8</sup>.

Un absolutismo que se expresaba en este aspecto en el hecho de que, aunque el nombramiento y cese de los Secretarios de Estado y del Despacho era potestad exclusiva y discrecional del rey, la asunción de responsabilidad era propia y ante las Cortes, tal y como rezaba el artículo 131 del texto constitucional.

Curiosamente, no obstante, esta discrecionalidad era compatible con un curiosísimo aspecto que, en el moderno Estado constitucional español presidido por la Constitución de 1978, por ejemplo, no existe, y es la configuración de las diversas Secretarías –los modernos ministerios–, cuyo número, no superior a siete, se encontraba limitado en su número y también en su denominación por la Constitución de 1812, pero que podía ser ampliado no por voluntad del Rey, sino en exclusiva por las Cortes.

En síntesis, aunque la responsabilidad fuese ante las Cortes, no era *estrictamente política*, por paradójico que fuese, sino eminentemente jurídica, de control de la legalidad, ya fuese civil o penal, no de oportunidad política<sup>9</sup> y,

---

<sup>7</sup> Así lo explica Vír gala, para quien «Los constituyentes de Cádiz se limitaron, por tanto, a seguir los ejemplos foráneos y sólo pensaron en la responsabilidad penal. Actitud, por otra parte, lógica si se tiene en cuenta que en Inglaterra la responsabilidad política había surgido de una evolución histórica que en esos mismos momentos acababa de asentarse, y que en España, por el contrario, se acababa de romper con la Monarquía absoluta». VÍRGALA FORURIA, Eduardo, *La moción de censura en la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988, p. 6.

<sup>8</sup> Uno de los aspectos más conflictivos, como señala Figueruelo, fue la nula comunicación entre poderes. Así, «la interpretación del principio de la división de poderes, lleva da al máximo, lo que con sí guió, al fin y al cabo, fue un aislamiento total que al no establecer cauces para una posible comunicación entre ellos impedía re sol ver los conflictos que se ocasionaran entre el poder legislativo y el poder ejecutivo», FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, «La Constitución de Cádiz en el Trienio Liberal», *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V.*, núm. 27, 2013, p. 111.

<sup>9</sup> Apunta Varela que «en todos estos casos se trataba, claro está, de una responsabilidad puramente jurídica (civil o penal). A las Cortes correspondía decretar que “había lugar a la formación de causa” y al Supremo Tribunal de Justicia el decidir sobre la causa formada. Las Cortes, pues, podrían llevar a cabo un juicio de legalidad, pero no de oportunidad», VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín, *Historia constitucional de España*. Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 73.

por ende, no sujeta al escrutinio de los partidos a través de sus representantes parlamentarios.

Una paradoja que sirve para explicar el difícil tránsito de un régimen a otro, de un modelo político a otro radicalmente diferente que, gráficamente, y desde un punto de vista político, se podría sintetizar en que «lo nuevo no acababa de nacer y lo viejo no acababa de morir». Un aserto que, cáusticamente, sirve para definir el ralentí con el que circuló el constitucionalismo español decimonónico hasta su consolidación, si bien no total, con la promulgación de la Constitución de 1876<sup>10</sup>.

Un proceso excesivamente lento, como lo fue la propia transformación de España a lo largo del convulso siglo XIX, y que desde un punto de vista constitucional puede ser calificado como superficial<sup>11</sup>, en el sentido de epidérmico, cosmético y, por lo tanto, carente de la necesaria convicción y el imprescindible sustrato para que calase como concepto y virtualidad en las élites política españolas. Un *mito de Penélope* en el que se tejía y destejía constantemente sin que, en la espera, se llegase a vislumbrar un fin definitivo, entendido como *Estación Término*, que supusiese la consolidación definitiva de un régimen puro y totalmente constitucional.

En cualquier caso, de la conexión de los preceptos precitados se puede deducir que la *Pepa* inaugura, aunque tímidamente, el control del Ejecutivo en el constitucionalismo histórico español<sup>12</sup>. Un paso clave, un aspecto sustantivo que, lógicamente, era tibio en la medida en la que la responsabilidad penal era ciertamente mucho más limitada y menos común que la política, ya que el rey aún controlaba todos los resortes de los poderes del Estado, por lo que podía, sin mucha dificultad, diluir la eventual responsabilidad penal de sus Secretarios, convirtiéndola, en la práctica, en totalmente ineficaz.

---

<sup>10</sup> Ilustra bien esta lenta y compleja consolidación del *hecho constitucional* el que, tras *La Pepa*, se sucediesen cinco constituciones (el Estatuto Real de 1834, la Constitución de 1837, la Constitución de 1845, la Constitución de 1869 y la Constitución de 1876) y otros tantos *non natos* proyectos constitucionales (1836, 1852, 1853, 1856 y 1873).

<sup>11</sup> Explica Torres que «Es sólitamente hablar de la inestabilidad como el carácter más notable del constitucionalismo histórico español. Menos frecuente, pero acaso más cierto, es identificar bajo esa inestabilidad una relativa continuidad de la economía y de los presupuestos ideológicos de la clase política. Mejor, por consiguiente, sería caracterizar el constitucionalismo español, como hace Sánchez Agesta, por su superficialidad. Se evidencia ésta en el continuo tejer y destejer Constituciones y en el falseamiento permanente de los principios del régimen constitucional y representativo a base de pronunciamientos, caciquismo y manipulaciones del sufragio», TORRES DEL MORAL, Antonio, *Constitucionalismo histórico español* (9.ª ed.), editorial Universitas, Madrid, 2018, p. 26.

<sup>12</sup> GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Esther, *La «Revolución constitucional». Breve compendio de historia constitucional en perspectiva comparada*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, p. 178.

Un aspecto que se reforzaba con lo recogido en los artículos 95 y 129 del texto constitucional, que imponía la incompatibilidad absoluta de los Secretarios –ministros– con la elección como diputados, al igual que, *sensu contrario*, vetaba que los diputados pudiesen ser elegidos por el rey para cualquier cargo, salvo los correspondientes a su labor funcional. Una incompatibilidad que se ampliaba en el artículo 125 en el ámbito de proposición legislativa, ya que, aunque les permitía intervenir en las Cortes y participar en los debates, impedía que los Secretarios estuviesen presentes en las votaciones.

Poderes, pues, separados, funciones ejecutivas y parlamentarias no compatibles, irresponsabilidad del rey pero, aunque parcial y solo jurídica, no política de los ministros. El Parlamento, por lo tanto, empezaba a ser constitucional y políticamente respetado, empezando por el propio monarca, que veía constreñida en cierto modo su actuación, imponiéndole un respeto no solo material, sino también y esencialmente formal<sup>13</sup>, para hacer visible la existencia de una suerte de contrapoder que sirviese para formalizar el poder del Rey.

Esta cuestión, sin embargo, trasciende en su eficacia de la mera separación de poderes y se incardina también en la órbita penal al situar al Parlamento como actor central del proceso de renovación del derecho y, por lo tanto, como eje limitador de las ocasionales veleidades de un monarca tradicionalmente acostumbrado a que su voluntad fuese ley, también en el orden penal.

### III. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y EL DERECHO PENAL

#### 1. Antecedentes: un marco normativo sin principio de legalidad

La promulgación del Código Penal de 1822, nacido en el breve interregno del Trienio Liberal, que supuso la restauración de la Constitución de Cádiz, es consecuencia directa de un proceso firmemente marcado por la vocación de ruptura con el Antiguo Régimen, en el que, como una de sus manifestaciones más preclaras, existía una normativa de ámbito penal no codificada y sistematizada, dispersa en un variado ordenamiento jurídico que bebía aún de la *Novísima Recopilación* –a su vez una tentativa de modernización– y las *Partidas* y

---

<sup>13</sup> Ejemplo de ello, más relevante de lo que puede parecer a simple vista, es el veto al rey de entrar en las Cortes con su guardia, recogido en el artículo 122 «En la sala de las Cortes entrará el Rey sin guardia, y sólo le acompañarán las personas que determine el ceremonial para el recibimiento y despedida del Rey que se prescriba en el reglamento del gobierno interior de las Cortes». Un impedimento que, indudablemente, buscaba diluir cualquier posible tentación de amenaza a los parlamentarios por parte de un monarca que acababa de ser despojado de sus poderes absolutos.

que, fundamentalmente, era desde un punto de vista estrictamente penal rígido, desproporcionado y anacrónico<sup>14</sup> pero, sobre todo, de extraordinaria dureza<sup>15</sup>.

Ordenamiento penal que, aun así, situaba a los jueces como actores con un elevadísimo margen de discrecionalidad en la configuración definitiva de las penas que, con frecuencia, se situaba en la abierta arbitrariedad, alejada de cualquier atadura al principio de legalidad.

Por ello, la que quizá puede definirse como la mayor conquista jurídico-política del Código Penal de 1822 fue la consolidación del principio de legalidad, situándolo como eje por el que debía producirse la aplicación uniforme teórica y práctica de la normativa penal en España y, en definitiva, el viejo aserto latino del *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Un principio que conectaba de modo indisoluble a la Constitución con el Código al consagrar de modo jurídico y fáctico la plasmación visible del principio de legalidad: la seguridad jurídica, la garantía de previsión de las consecuencias de la acción recogidas en el ordenamiento, otorgando previsibilidad y eficacia a un régimen político caracterizado por la total arbitrariedad.

El Derecho, así, definió, si bien no con neta claridad, los límites de la actuación del poder, pero también estableció unos mimbres en la configuración garantista de los derechos de los ciudadanos, permitiendo así un impulso decisivo no solo de unos incipientes derechos fundamentales, sino también de las libertades públicas.

En directa y necesaria conexión con ello, y directamente derivado de la restauración, en el Trienio Liberal, de la Constitución de Cádiz, el Código Penal de 1822 introduce un diseño que rompe, sustantivamente, con el Antiguo Régimen, aunque aún restarán muchos residuos y resortes en el nuevo y revolucionario Código.

---

<sup>14</sup> En precisas palabras de Torres Aguilar, «el panorama era el de una legislación anticuada, casuística, en gran medida confusa, con un sistema punitivo rígido pero a menudo incumplido, desproporcionado y, en definitiva, anacrónico frente a una nueva realidad social que difícilmente se amoldaba ya a unos parámetros que tuvieron su vigencia en centurias anteriores y conforme a postulados y configuraciones doctrinales y sociales que ahora eran radicalmente distintas», TORRES AGUILAR, Manuel, *Génesis parlamentaria del Código Penal de 1822*, Sicania University Press/Università degli Studi di Messina, Messina (Italia), 2008, p. 17.

<sup>15</sup> Manjón-Cabeza lo explica de la siguiente forma: «La legislación penal vigente en España en el comienzo del siglo xix era la contenida en la Novísima Recopilación, siendo Las Partidas de aplicación supletoria. Las normas de Derecho Penal se recogían en el Libro XII de la Novísima Recopilación y eran durísimas: destacaban las penas para gitanos y vagos (azotes, galeras y muerte), la pena capital estaba generalizada para ladrones, salteadores de caminos y hurtos domésticos y se recurría al descuartizamiento del cadáver del condenado para esparcir sus restos por los caminos. Se trataba de una normativa procedente de la Edad Media», MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, «Constitución de 1812 y Código Penal de 1822 (algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, 2013, p. 144.



## 2. La pena y el derecho penal en la Constitución de Cádiz

La Constitución de Cádiz recoge, bajo ese prisma y con esa filosofía, una serie de referencias al derecho penal, como las contenidas en el artículo 24.3 (pérdida de la condición de ciudadano por sentencia en que se impongan penas afflictivas o infamantes, si no se obtiene rehabilitación), el artículo 49 (acusaciones de fraude electoral), el artículo 51 (pérdida del sufragio activo por votarse a sí mismo), el artículo 172.11 (el Rey no puede privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna), el artículo 196 (pena de traición para el Regente por dilación en la entrega del Gobierno al Rey mayor de edad), el artículo 208 (exclusión del llamamiento a la Corona a los miembros de la Familia Real que contraigan matrimonio sin consentimiento de las Cortes), el artículo 286 (proceso sin dilaciones indebidas), el artículo 287 (habeas corpus y prohibición de penas corporales), el artículo 293 (auto motivado en caso de prisión), el artículo 296 (libertad con fianza en caso de no imposición de pena corporal), el artículo 302 (publicidad del proceso), artículo 303 (prohibición del tormento y los apremios) artículo 304 (prohibición de la pena de confiscación de bienes), o el artículo 305 (penas *ad personam*, no a su familia).

En suma, unas referencias que, de consuno, pueden ser calificadas como renovadoras del ordenamiento penal, al introducir un marcado control de legalidad para evitar arbitrarias discrecionalidades alejadas de cualquier Estado de Derecho, por muy incipiente que, como era el caso, fuese. A ellas se añade una trascendental, como la unificación de los códigos recogida en el artículo 258, que buscaba dotar de coherencia a una dispersa normativa penal de difícil aplicación uniforme en el conjunto del Imperio.

Este último aspecto resulta de capital importancia, aunque las colonias iberoamericanas se independizasen pronto, ya que el legado codificador les permitió constituir, en los inicios de su independencia, un sistema penal ahorrado a las ideas ilustradas y, por lo tanto, dúctil y permeable al devenir de los tiempos y a la necesaria adaptación del derecho.

Sin embargo, lo más relevante, la mayor aportación de la Constitución de Cádiz y que luego se trasladaría al Código Penal de 1822 pese a su brevedad, es una primaria pero fundamental humanización de la tradicional concepción del derecho penal, perdiendo en gran medida su componente de crueldad y vocación hiriente, virando hacia una concepción más acorde a una realidad en la que el penado dejaba de situarse como un enemigo acérrimo de la sociedad sin posibilidad alguna de redención para constituirse en un sujeto

que, merecedor de reproche penal, no carecía por ello de las más elemental dignidad humana.

En definitiva, el derecho penal, en los albores del convulso siglo XIX, humanizó su teoría y, especialmente, su praxis, aunque los vestigios de siglos de perversas concepciones y aplicaciones tardasen aún muchos años en desaparecer, no solo de los ordenamientos, sino, muy especialmente, de la mentalidad de quienes, llamados a defender la ley, la utilizaban con funestos resultados.

#### IV. CONCLUSIONES: UN BALANCE DESDE EL DERECHO PENAL

El Código Penal de 1822, como heredero directo de la Constitución de Cádiz de 1812, supuso la introducción de una serie de parámetros que conectaban con los valores y principios liberales que buscaban los Constituyentes de Cádiz trasladar al conjunto del ordenamiento jurídico para impulsar y consolidar un marco jurídico nuevo, plenamente incardinado en la modernidad desde y a través de las ideas de la Ilustración y su heredera política, la Revolución Francesa.

Si la Constitución de Cádiz fue un revulsivo constitucional, lo fue en gran medida por su vocación ecuménica, universal, que buscaba permear un nuevo modelo político y jurídico de país para, precisamente, forjar un país totalmente nuevo, prescindiendo de los odres viejos del Antiguo Régimen que habían sido superados por la estela del *siglo constitucional* que se inicia con la Revolución Gloriosa en 1688, continúa con la Revolución norteamericana a partir de 1775 y concluye con la Revolución Francesa de 1789.

Consciente de la necesidad de configurar un orden jurídico-político nuevo, en un texto presidido por una primaria aunque fundamental división de poderes y una esencial aunque insuficiente garantía de derechos y libertades, ocupaban en un lugar destacado las referencias al derecho penal, cumpliendo el viejo adagio político que sostiene que, para ver cómo quiere ser un país, basta con leer su Constitución, mientras que para ver cómo realmente es, hay que leer su Código Penal.

Así, en el texto constitucional gaditano son múltiples las referencias al ordenamiento penal, con una visión de conjunto que lo alejaba de la crueldad y la constante arbitrariedad, humanizándolo de tal forma que el modelo penal adquiriese una estética de forma –más que de fondo– caracterizada por el respeto a la dignidad humana.

El Código Penal de 1822, en ese sentido, supuso el desarrollo concreto y extenso de los aspectos señalados, pero destacó sustancialmente por uno en

concreto que conecta con el imperio de la ley y un embrionario Estado de Derecho, como es la consolidación en el ordenamiento jurídico del principio de legalidad. Una conquista imprescindible y nada pacífica, que suponía un límite infranqueable en la defensa de los derechos fundamentales en la medida en la que otorgaba seguridad jurídica a las diversas conductas constitutivas de delito, reforzando la confianza de los ciudadanos en el sistema.

En definitiva, un ordenamiento penal nuevo, revolucionario en cierto modo y, desde luego, heredero directo de una Constitución, la de Cádiz, totalmente revolucionaria, que buscó hacer de la libertad, en todos los órdenes, fundamento de un régimen político justo lo cual, indudablemente, exigía diseñar el modelo tradicional de aplicación del derecho.

## **UN *DESAGRADABLE NEGOCIO*. EL EXTRAVÍO DEL CÓDIGO PENAL Y LAS RIVALIDADES PARLAMENTARIAS**

CARLOS PETIT  
Universidad de Huelva

Se perdió la copia del Código aprobado por el Soberano Congreso y estallaron los gritos. Acusaciones cruzadas a cuentas de la tipificación de las asonadas y el torcido interés en retrasar, cuando no impedir, la sanción real de la nueva ley dividieron a los diputados. De los insultos se llegó a las manos. Sobrevoló el salón de sesiones la amenaza de una intervención de la fuerza militar. ¿Qué demonios había pasado con la minuta del Código Penal? Un testigo presencial, entonces representante del bando «exaltado», el diputado por Cádiz Antonio Alcalá Galiano (1789-1865), nos dejó un divertido relato de los acontecimientos:

«Otra ocurrencia nos acarreó, no sólo ser ridiculizados, sino aún amargamente censurados, y sin motivo alguno, debiendo en este caso recaer sobre nuestros contrarios la censura. Habían aprobado las Córtes anteriores un Código penal medianamente largo, y obra de poco valor, si bien superior a la legislación ántes existente. Calatrava, uno de sus autores, estaba muy ufano de su trabajo, como de todo cuanto hacía ó pensaba. Aunque este personaje semi-exaltado gozaba de gran concepto entre la gente extremada, no así el Código, tenido en poca estima por la misma, la mayor parte de la cual no le había leído y estaba predispuesta contra él, por ser desafecta á los hombres de quienes era obra. Al revés los moderados suponían que el ódio de sus contrarios al Código venía de que en él había ciertas disposiciones en verdad bastante ridículas contra las asonadas, nombre antiguo á la sazón remozado para expresar los motines ó tumultos; suposición, si no enteramente falsa, sólo fundada en parte y relativamente á pocos. El Código, aprobados todos sus artículos en el Congreso espirado en Febrero [1822], había

de ser elevado por su sucesor al Rey para recibir su sancion. Fué leído en las nuevas Cortes en voz alta, y por el diputado Saavedra, que hubo de divertirnos saltando artículos en su modo rápido de leer, salvando así, aunque sin daño, una formalidad inútil y enojosa. No era ya lícito alterar cosa alguna en aquel trabajo. Sacóse de él la copia que habia de servir para la sanción real. Estando este escrito en la secretaria de las Córtes, hubo de extraviarse. Traslucióse que no parecía, y la maligna suspicacia del espíritu de banderia receló, y el acolaramiento del ódio político llegó á dar por cierto, que algunos de los exaltados habían sustraído el ejemplar del Código para que no hubiese documento legalizado en que recayese la sancion real, y sin duda a fin de que continuasen con impunidad las asonadas, como si la nueva ley escrita hubiese de alcanzar á contenerlas. Ignorante yo de cuanto en esto habia, por ser mi costumbre (y áun puedo decir mi falta) desentenderme con frecuencia de cuanto pasa detrás del telon del teatro político, siendo allí cabalmente donde se trabaja lo que es pura representacion en la escena, acudi aquel dia al Congreso sin esperar un lance ruidoso. Cabalmente acababa de pasar Istúriz, con quien había estrechado infinito mi amistad, una enfermedad aguda que puso su vida en peligro, y aquel dia, convaleciente, iba á sentarse en las Córtes, al cabo de algunas semanas de ausencia. Fué breve la sesion pública, llamándose muy luego á secreta. Empezada ésta, noté cuchicheos entre varios de los del partido contrario al nuestro, andando muy inquieto el adusto y acre Navarro Falcon<sup>1</sup>. A poco leyóse una proposicion relativa á la desaparicion del Código, y extendida en tales términos, que era casi una acusacion contra varios diputados de nuestros amigos. Salvato, uno de ellos, se levantó, y con su tono declamatorio y voz sentenciosa empezó a quejarse y dijo que era una facción la que asi, medio a las claras, les levantaba falso testimonio. A la voz faccion levántanse Argüelles y los de su banco, juntamente con otros de los suyos en varios lados, gritando: ¡No hay facción! con acalorado tono. Los de mi banco, señalándose el doliente Isturiz, dieron el opuesto grito de ¡sí hay faccion! armándose con esto un vocerío destemplado é indecoroso. Pero no hubo de parar aquí la indecencia, pues á poco, desamparando sus bancos los mas extremados que tenían asiento enfrente del mio, fuéronse para aquel en que estaba Navarro Falcon, y trabóse una refriega á brazo partido. Vi ya al marinero viejo con su gorro negro, que de continuo llevaba, y su viejo, flaco y arrugado semblante, echado contra el respaldo de su asiento por el duro brazo de un diputado valenciano, tampoco jóven, pero que lo aventajaba en fuerzas. Otros tambien se pegaban hácia aquel lado. Sobresalia en aquel peloton de combatientes, la alta y noble figura del general Álava, acudiendo á poner paz, á quien yo desde lejos creía uno de los peleantes, no acertando á explicarme cómo entraba en tan fea lid hombre de modales tan decorosos. Estaba el cuerpo representativo de la nacion convertido en una indecentísima turba de camorristas, cuando un oficial de Reales Guardias de infantería, diputado por Navarra, hombre de muy cortas luces, se salió á buscar la guardia para que entrase á poner paz, no comprendiendo, al obedecer á sus hábitos militares y tratar de hacer con aquella pendencia lo que con otras comunes, cuán enorme delito era in-

---

<sup>1</sup> En realidad, se trataba de Joaquín Núñez Falcón, capitán de navío, diputado por Galicia.

roducir en el salon de sesiones los soldados á hacer uso de su fuerza. Hubo, por fortuna, quien saliese á detener á aquel desatinado, y evitóse un escándalo más sobre tantos, ya no leves. Imposible es, con todo, decir en qué habría venido á parar la trabada refriega, si en aquel mismo instante no hubiesen sonado voces de haberse encontrado el papel perdido. Todo ello no pasaba de haberse traspapelado un documento, suceso muy comum, á que dieron importancia, en aquel caso, malignas sospechas. Aplacóse el tumulto, pero no nuestra indignacion, pues hacíamos fundados cargos á nuestros acusadores, cabizbajos, aunque no del todo convencidos, porque nunca lo queda quien calumnia, alucinándose hasta creer verdades sus falsos asertos. Siguióse nombrar una comision para proponer qué habia de hacerse con el oficial de secretaría cuyo descuido había causado aquel tragi-cómico incidente. Extremámonos en rigor con el infeliz, bien inocente por cierto, pagando él, aunque no enteramente sin culpa, la leve suya, con el rigor con que la habia hecho grave la malicia ajena y nuestro enojo<sup>2</sup>».

Antes de volver sobre los hechos descritos y de conocer mejor a sus varios protagonistas en unas Cortes profundamente divididas, conviene reconstruir sumariamente la cronología del Código Penal de 1822 para comprender el alcance práctico de la pintoresca anécdota<sup>3</sup>.

La historia del Código inicia el 16 de julio, 1820, cuando el diputado Damián La Santa (Murcia) propuso nombrar las comisiones requeridas por el artículo 258 de la Constitución (CPME); el 22 de agosto el presidente, Ramón Giraldo (La Mancha), eligió a nueve diputados para la del Código Penal, entre ellos José María Calatrava (Extremadura) y Manuel de Vadillo (Cádiz), principales responsables de la pieza legislativa. A lo largo de tres meses, desde finales de noviembre, la comisión desarrolló sus trabajos<sup>4</sup>, que culminaron en el dictamen presentado al Congreso el 21 de abril, 1821. Tres días después se abrió plazo para que las corporaciones y los particulares interesados pudieran formular sus observaciones al proyecto; a petición de Calatrava (16 de junio)

<sup>2</sup> *Memorias de D. Antonio Alcalá Galiano publicadas por su hijo II*, Madrid, Imprenta de Enrique Rubiños, 1886, pp. 263-265.

<sup>3</sup> Salvo otra noticia me sirvo del *Diario de Sesiones de las Cortes* (serie histórica), accesible telemáticamente en la página electrónica del Congreso de los Diputados; ahí también encontrará el investigador interesado un «Índice histórico de Diputados» con breve información sobre los personajes y las circunstancias de su elección. El Congreso ofrece digitalizada la (tardía) edición del *Diario* que realizó la imprenta de J. A. García; para los problemas relacionados con esta notable fuente véanse FIESTAS LOZA, Alicia, «El Diario de Sesiones de las Cortes (1810-1814)», en *Anuario de historia del derecho español* 65 (1995), 533-558; sobre todo, MEDINA PLANA, Raquel, «El Diario de Sesiones en el Trienio Liberal», en *Cuadernos de Historia del Derecho* 9 (2002), 29-120.

<sup>4</sup> TORRES AGUILAR, Manuel, *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, Messina, Sicania, 2008, pp. 71 ss. No fue infrecuente que las comisiones trabajaran intensamente entre sesiones; sucedió lo propio con el Código Civil, redactado «en el intervalo de las dos legislaturas y durante ellas», según su *Discurso preliminar*, p. 34 (ed. Carlos Petit, *Un Código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, Madrid, Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid, 2019, p. 304).

se amplió ese plazo del 1 de julio hasta el 15 de agosto, «por no haberse concluido la impresion [del proyecto] hasta estos últimos días». La *Gazeta de Madrid* de 21 de junio, 1821, publicó el oficio pertinente.

Acercándose el final de la legislatura sin estar listo el Código Penal se acudió a las previsiones sobre convocatoria de Cortes extraordinarias (cf. art. 161 ss. CPME) y abordar las iniciativas más urgentes. Tres asuntos se señalaron como dignos de consideración: la división del territorio nacional, la aprobación de los códigos y el arreglo del ejército. El visto bueno del rey a lo pedido permitió abrir las sesiones de la nueva legislatura el 24 de septiembre. Entre finales de este mes y el 9 de octubre acabaron las tres lecturas preceptivas de nuestro Código Penal; finalmente, el 1 de noviembre –seguimos en 1821– el *Diario de Sesiones* publicó en apéndice el «Proyecto de Código penal, presentado á las Córtes por la comision especial nombrada al efecto». Dos días más tarde Calatrava hizo balance de los informes recibidos sobre el proyecto y comenzó la discusión parlamentaria con un debate sobre la totalidad; finalizó tres meses largos después, el 13 de febrero, 1822.

El 15 de ese mes dio inicio la legislatura ordinaria. Como la Constitución establecía que los diputados se renovaban en su totalidad sin poder ser reelegidos de inmediato (arts. 108 y 110 CMPE) salieron de las Cortes los responsables del Código y los partícipes en sus debates<sup>5</sup>; así se explica que surgieran iniciativas en las siguientes semanas para añadir preceptos y revisar el texto ya aprobado. El 19 de abril unos diputados instaron su pase inmediato «á la sancion Real, sin perjuicio de que la comision especial de Código proponga para lo sucesivo las adiciones ó alteraciones que crea convenientes». Otros preferían dar prioridad al Código de procedimientos, por entender –como alguna de las entidades informantes (entre otros el Tribunal Supremo, el Colegio forense de Madrid o la Universidad de Valladolid)– que dependía de su vigencia la mejor aplicación del Penal; en realidad, la cuestión de la urgencia relativa de un código sobre los restantes, mal resuelta en la obra de Jeremy Bentham –el pensador inglés que fue norte y guía de las Cortes españolas– venía siendo discutida desde el principio<sup>6</sup>. A la misma se unía la duda sobre la labor de las Extraordi-

---

<sup>5</sup> La circunstancia constitucional de la renovación completa de las Cortes salió en los debates sobre el extravío del Código («no estando en el Congreso los que pudieran rectificarlo [se refería al texto aprobado] por haber asistido á la formación y discusión») gracias al diputado Juan Oliver (Málaga), DSS 25 de abril, 1822, p. 989.

<sup>6</sup> Sobre la prioridad de la ley penal, cf. por ejemplo la carta, de John Bowring al conde de Toreno, 28 de noviembre, 1820, en *The Correspondence of Jeremy Bentham* x (July 1820 to December 1820), ed. by Stephen Conway, Oxford, Clarendon Press, 1994, núm. 2770, pp. 190-197 (codificación «first of penal then of civil law»); también Jeremy Bentham a Diego Colón, 6 de diciembre, 1820, *ibid.*, núm. 2726, pp. 219-230, p. 222 sobre «the penal branch of the Code». Sobre la necesidad previa del Código civil

narias en relación con el Código, pues no todos los diputados –tengo presente a Bartolomé García Romero (Sevilla)– estaban de acuerdo en admitir que había sido completamente aprobado y no procedía, por tanto, volver sobre su contenido. La suerte de los actos de las legislaturas extraordinarias cuando se reunían las siguientes Cortes ordinarias (arts. 109, 141 y 166 CPME), proyectada sobre artículos aprobados a la carrera, salió con cierta intensidad en los debates.

La propuesta de presentar el Código a la sanción fue aprobada ese mismo 19 de abril por 69 contra 49 votos, no obstante las razonadas manifestaciones de Juan Oliver (Málaga) sobre la necesidad de revisar un texto profundamente corregido en sus trámites parlamentarios<sup>7</sup>, del que además había dos copias no coincidentes. Lo peor era que no aparecía la matriz aprobada por las Cortes para depurar esas copias con el correspondiente cotejo; el adverbio *inmediatamente*, empleado en la resolución aprobada con referencia a la presentación del proyecto ante el rey suscitó críticas y provocó aclaraciones: no se trataba de la simple y pronta entrega material de los papeles, sino de la remisión del Código, una vez concertado su texto y puesto en limpio. El 20 siguiente se pidió sin éxito exhibir la matriz, recordándose que no sería «el primer papel que ha desaparecido de la Secretaría» (Domingo Cortés, Galicia).

Una sesión secreta del día 22 de abril incidió en la pérdida documental («incidente desagradable», advirtieron los diarios)<sup>8</sup>, con un informe del secretario Melchor Prat (Cataluña) y la sugerencia de cotejar una de las copias con los acuerdos de la comisión redactora; la seriedad del asunto y su tratamiento sin público –era un caso que exigía reserva en los términos del artículo 126 CPME– respondía a las tensiones vividas entre los diputados. Desde luego, el ala comunera del liberalismo exaltado venía lanzando críticas al

---

(«no se puede redactar un código penal, sin haber determinado el plan del código civil; porque para tener un código penal completo, es necesario que se encierre en él todo el cuerpo del derecho á lo menos por remisión»), cf. «Idea general de un cuerpo completo de legislación», en *Tratados de legislación civil y penal...* traducidos al castellano, con comentarios, por Ramón Salas, IV, Madrid, Fermín Villalpando, 1822, pp. 36 ss.

<sup>7</sup> «En esa misma Acta que se ha leído se dice que se leyó el proyecto de ley aprobado por las Córtes, y luego se añade que despues de leído se admitieron adiciones», cf. DS 19 de abril, 1822, p. 924. Las versiones publicadas en la prensa de los debates del día sucesivo resaltaron también el extremo: «lo único que digo es, que juzgo necesario que los dos ejemplares que se han de enviar a la sancion deben estar exactamente conformes entre si y con la minuta original... Es necesario saber que los dos ejemplares son unas copias simples llenas de tachas y borriones, pues la comision, creyéndose autorizada para dar su dictamen, puso al margen de uno y otro, en frente de muchos articulos tal o cual reparo: de manera que ambos ejemplares estan llenos de borriones, y por lo tanto inutilés para poderlos presentar a S. M. sin que antes se pongan en limpio. Ademas, la minuta original de este código no se ha entregado a la comision actual, porque no se halla en la secretaria, y las dos copias que he indicado no tienen las firmas de los señores de la comision» (Ramón Adán, Cataluña), en *El Imparcial* (Madrid), 21 de abril, 1822, p. 3.

<sup>8</sup> *El Imparcial* 26 de abril, 1822, p. 2.



proyecto de Código desde finales de la legislatura ordinaria<sup>9</sup>; muchos votos contrarios a su inmediata sanción (Oliver, Salvato, Seone, Ruiz de la Vega, Pumarejo, Riego, Valdés...) correspondían a legisladores pertenecientes a la comunería, pero nada hacía prever las acusaciones lanzadas en su contra de formar una facción y retrasar la marcha del Código o, según los propios afectados, para acusarlos injustamente de maniobras sucias con tal objetivo; triste panorama de división que omite el *Diario de Sesiones*. El más prolijo relato de Alcalá Galiano aludía a proposiciones inculpatorias («comenzó la discusión... y siguió con alguna vehemencia») que la discreción del periódico de las Cortes impide conocer<sup>10</sup>; el rifarre entre Salvato y Argüelles, la lucha cuerpo a cuerpo entre Núñez Falcón y un diputado valenciano «tampoco joven» pero de «duro brazo» (creo que fue Joaquín García Domenech), la torpe intervención de un diputado por Navarra<sup>11</sup> que intentó introducir la guardia en el salón («terrible delito» según Alcalá Galiano, que podía encajar en el art. 192 del Código Penal) fueron episodios rechazables –el congreso quedó convertido «una indecentísima turba de camorristas»– que solamente pararon cuando apareció el documento perdido. El oficial que entregó la minuta era un tal Carrillo (Manuel Carrillo de Albornoz), llamado a tener larga vida en la administración del Estado aunque ahora apareciese como el chivo expiatorio; que fuera llamado a la barra del Congreso para responder a los diputados constituyó sin duda una llamativa novedad<sup>12</sup>. Entre propuestas contradictorias, el malestar de los exaltados («aplacóse el tumulto, pero no nuestra indignación») aconsejó crear una comisión para investigar lo sucedido, donde no faltaron representantes adscritos a ese círculo.

---

<sup>9</sup> Cf. *El Eco de Padilla* (Madrid), 31 de agosto, 1821, p. 5, por el medio sutil de reproducir un párrafo de *The Times* del 13 de julio, con observaciones que descalificaban la técnica de los redactores españoles; unos días después –26 de septiembre, p. 1– unas «Observaciones sobre el proyecto del código penal presentado á las Córtes» entendía que «el despotismo es el de la judicatura», con la consecuencia de la mayor urgencia del código de procedimientos. En general, las críticas del periódico asumían una serena consideración técnico-jurídica: cf. *El Eco...* 1 de octubre, «Examen del proyecto del código penal presentado á las Córtes», p. 1, sobre «los descuidos de que abunda, las faltas de lógica, las incorrecciones de estilo». En números sucesivos se publicaron artículos sobre la legislación penal, así como referencias a las discusiones parlamentarias.

<sup>10</sup> Cf. DSS – Actas secretas (1820-1823), 22 de abril, 1822, p. 424.

<sup>11</sup> Alcalá Galiano acusaba a un militar, «hombre de muy pocas luces», pero no parece que los representantes del reino de Navarra en esa legislatura (José Luis Munárriz, Fermín Álvarez de Eulate, Miguel Escudero) respondiesen a esa descripción. No sé si el memorialista se confundió con José María de Ezpeleta, conde de Ezpeleta de Veire, diputado por Navarra en la legislatura de 1820 y alto cargo del ejército.

<sup>12</sup> La *Guía de forasteros* correspondiente a 1822 lo señala como miembro de la Junta de Protección de la Libertad de Imprenta (p. 14); siguió su carrera bajo Isabel II como alto funcionario de varios ministerios.

El archivo del Congreso ha conservado un «Espediente relativo al extravío de la minuta del Código penal»<sup>13</sup>. Allí encontramos dos proposiciones que no prosperaron y el dictamen de la comisión especial, fechado el 23 de abril, publicado con pocas variantes en el *Diario de Sesiones*. Consta que la comisión interrogó a dos secretarios de la Cámara, a los oficiales de las Cortes y a los miembros de la comisión segunda de Legislación, competente para ultimar la tramitación del Código Penal<sup>14</sup>. Las declaraciones no siempre coincidían pero quedó claro, al menos, que se registró la minuta y que esta fue entregada a la mencionada comisión; subsistía sin embargo la duda de su posible devolución a la secretaría, en cuyos armarios finalmente apareció. Aunque el extremo no pudo demostrarse, se creía que el Código se traspapeló involuntariamente mientras estaba a disposición de los comisionados; se proponía que fueran «consola[dos] del disgusto» causado por el inexplicable extravío, de modo que el congreso declarase «estar satisfecho de la conducta... observada» por la comisión de Legislación, sin existir motivos «para dudar del buen proceder de los individuos que la componen». La conclusión fue discutida pero no pasó a votación; se aprobó simplemente una sugerencia del duque de Rivas sobre alguna reparación al buen nombre de los comisionados y el posible castigo del oficial Carrillo.

En la sesión (también secreta) del día siguiente se revisó el dictamen anterior con una declaración rotunda y favorable a la inocencia de los miembros de la comisión legislativa y una apostilla sobre Carrillo, «en cuya mesa estaba el documento en cuestión». El asunto comenzó a tratarse públicamente el 25 de abril, con un voto particular de Alcalá Galiano y de José Grases (Cataluña) en petición de amonestación al oficial mayor de las Cortes, José Gelabert, que entendían involucrado también en el asunto. Una intervención de Ramón Adán (Cataluña) incidió en sus aspectos políticos aludiendo velozmente a las tensiones pasadas (los enemigos de la Constitución «se sirvieron de este acontecimiento insignificante para decir que los que se llaman Diputados exaltados en el Congreso tenían un interés en que el Código Penal no fuera á la sancion Real, y por este motivo le habían sustraído, ó cuando menos trataban de extravíarle»)<sup>15</sup>, con solicitud de pronunciamiento institucional sobre «que el

---

<sup>13</sup> Archivo del Congreso de los Diputados (Madrid), signatura P-01-000046-0122. Ha sido un hallazgo afortunado, pues se sabe que los papeles de las Cortes sufrieron importantes pérdidas cuando se trasladaban de Sevilla a Cádiz por el motín que estalló tras la incapacitación de Fernando VII. Cf. Petit, *Un Código civil perfecto*, pp. 60 ss.

<sup>14</sup> Cf. DSS 18 de marzo, 1822, p. 415. Estaba en juego una moción de Oliver pidiendo añadir al Código una cláusula derogatoria.

<sup>15</sup> De «sospechas muy amargas y dolorosas» habló también el malagueño Oliver, mismo DSS 25 de abril, p. 989.

estravío ó sustraccion, porque hay duda sobre con cuál de estos dos nombres debemos llamarlo, no fue obra ni de la comision segunda de Legislacion, ni de ningún individuo del Congreso». El dictamen se aprobó pero hubo debate sobre la suerte del tal Carrillo, que Alcalá Galiano –mucho menos indulgente entonces (confesó tomar «el partido de la severidad») que al escribir sus recuerdos– acusó de haber cometido una grave falta profesional<sup>16</sup>. Otro diputado, antiguo oficial de la secretaría de las Cortes (Juan José Sánchez, Sevilla) salió en defensa de su compañero: el archivero encargado del registro general de expedientes había caído enfermo, por lo que guardó en un cajón el Código sin despachar el trámite, y allí apareció.

Con mayor o menor severidad y exposición de las circunstancias sospechosas de la pérdida, el 25 de abril nada se concluyó sobre la responsabilidad de Carrillo, acordándose sin embargo que se le formara causa. Este asunto menor retrasó la vigencia de la ansiada ley al cruzarse con un nuevo debate (*Diario de Sesiones* 1o de mayo, 1822, pp. 1291 ss.) sobre la genuinidad de la minuta disponible y las adiciones introducidas en el Código una vez leído y aprobado; siendo el ejemplar sobre el que debían sacarse las dos copias del texto a los efectos de la sanción real (art. 141 CPME), el siempre activo Oliver alegó que faltaban rúbricas de los redactores y otras firmas, mientras que se observaba la presencia de preceptos interpolados; se rechazaba por ello la propuesta del presidente de las Cortes (el teniente general Miguel Ricardo de Álava, diputado por esa provincia), cuya intervención abrió el incidente, formulada con el siguiente contenido:

«Propongo á las Cortes que constando en el Acta de la sesion del 13 de Febrero que la minuta del Código penal fue visada por la comisión de Correccion de estilo y aprobada por las Córtes, no obste para pasar á la sancion Real la falta de firma y fecha en el final de dicha minuta, que sin este requisito nunca podría tener otra autorización que la que da al Acta mencionada la firma del Presidente y Secretarios que dan fé de cuanto ocurre en las sesiones».

Por desgracia, la renovación completa de la diputación volvió a salir en boca de Oliver como el insalvable obstáculo constitucional que impedía el conocimiento exacto de lo leído y aprobado en la legislatura extraordinaria cuando los defectos de documentación que arrastraba el Código complicaban

---

<sup>16</sup> La comisión especial de pesquisa estaba completamente dividida en cuanto a la posible sanción. unos proponían el cese de Carrillo (Riego, Grases, Alcalá Galiano); otros, pasar el tanto de culpa a los tribunales (Álava, Gil de la Cuadra, Infante); finalmente para algún comisionado bastaba con un apercibimiento y suspensión de sueldo por cuatro meses (Canga Argüelles). Cf. de nuevo ACD, P-01-000046-0122, sin numerar pero p. 14.

su tramitación final: habían pasado casi tres meses y aún parecía distante su sanción. Agustín de Argüelles atajó la discusión: «la Nación dará por excusada cualquiera pequeña formalidad en obsequio de la importancia de esta obra»; Alcalá Galiano, insistiendo en la falta de firmas para invalidar la minuta en cuanto tal<sup>17</sup>, entendió las observaciones de Argüelles como una infracción de la Constitución motivada por razones de conveniencia política, temiendo tan peligroso precedente. En fin, tras nuevas intervenciones se aprobó la proposición del presidente, reformulada como acuerdo de remisión de los papeles del Código a otra comisión especial, encargada de confrontar la minuta con la matriz y las actas para cumplir lo aprobado el 19 de abril<sup>18</sup>.

La comisión se nombró el 12 de mayo<sup>19</sup>. El 21 de ese mes dictaminó que el resultado del cotejo de los materiales y actas no permitía advertir ninguna irregularidad, elaborando un pliego de erratas y tachaduras salvadas; las Cortes así lo aceptaron y acordaron elaborar las dos copias necesarias para solicitar la sanción<sup>20</sup>. En el mes sucesivo se leyó en sesión pública la famosa minuta: los 249 primeros artículos el 5 de junio, los demás hasta el 573 en sesión extraordinaria nocturna del 7, concluyéndose en otra, de igual naturaleza, al día siguiente.

Paralelamente el 13 de junio se volvió al dictamen sobre la pérdida de la minuta; seguía pendiente la suerte del oficial Carrillo. A tenor del *Diario de Sesiones* de ese día los diputados Oliver, Francisco Javier Istúriz (Cádiz) y Antonio Ramírez de Arellano (Córdoba) pidieron –sin éxito– que las Cortes determinasen la instancia competente para la causa contra el funcionario y cualquier otro responsable; en todo caso, el Reglamento de las Cortes (1821) establecía que su comisión de Gobierno Interior era competente para abrir diligencias sobre los posibles hechos delictivos y «excesos» acaecidos en el congreso (art. 197). Desconozco más noticias al respecto.

Todo lo anterior no impidió que un dictamen de la «comisión especial encargada de examinar el estado político del Reino», presentado en la sesión del 15 de junio, señalara nuevamente la necesidad de «que sin pérdida de tiempo se presente el Código penal á la sancion de S. M.» (p. 1928). Aunque el gobierno alegó incongruencia entre algunas propuestas formuladas por esa co-

---

<sup>17</sup> «Si hubiere sido adoptado» un proyecto de ley, establecía la Constitución (art. 141), «se extenderá por duplicado en forma de ley, y se leerá en las Cortes; hecho lo cual, y firmados ambos originales por el Presidente y dos Secretarios, serán presentados inmediatamente al Rey por una Diputación».

<sup>18</sup> Cf. *El Espectador* (Madrid), 11 de mayo, 1822, p. 4.

<sup>19</sup> Formada por cinco diputados, solo Mariano Rovinat (Cataluña) había votado negativamente a la «inmediata» presentación del Código a la sanción el 19 de abril.

<sup>20</sup> DSS 21 de mayo, 1822, p. 1465.

misión –la relativa al Código contradecía otra sobre clérigos desafectos<sup>21</sup>– no se paralizó su tramitación. El 29 de junio se leyó en las Cortes el oficio ministerial que daba cuenta de la sanción real un par de días antes... aunque no exenta de reticencias: el rey, decía el ministro Garellly,

«no se há detenido en darle la sancion á pesar de estár convencido de que una obra tan vasta y difícil no puede llegar de una vez al estado de perfeccion que anelan las Cortes... S. M. espera que con las observaciones que propondrá á la saviduria de las Córtes en las proximas legislaturas, recibirá el mismo código que ha sancionado todas las mejoras posibles, y llegará á ponerse en perfecta armonia con la ley fundamental»<sup>22</sup>.

La «Ley del Código penal» pasó así a convertirse en el decreto LVI, 8 de junio; su inclusión en la *Colección de decretos* contenía la cláusula de sanción (27 de junio, «publíquese como ley») con las firmas del rey y del secretario de Estado de Justicia<sup>23</sup>. Una orden de las Cortes con esa misma data, dirigida a Garellly, rogaba al rey proceder a la «solemne promulgación»<sup>24</sup>. Gracias a la edición oficial de la Imprenta Nacional sabemos que el acto tuvo lugar el 9 de julio: a varios meses de la aprobación parlamentaria del Código y apenas dos días después de la sublevación de la Guardia Real; un sangriento golpe de Estado alentado por el rey y sus ministros que fracasó por la reacción inmediata de la milicia nacional y la afección constitucional del pueblo de Madrid. Antes del verano se habían sublevado los artilleros de la Ciudadela de Valencia (30 de mayo); le costó la vida en el garrote al general Elío, instigador y represor de la vuelta al gobierno absoluto en 1814 y proclamado ahora por los insurrectos –con o sin su participación– capitán general de Valencia<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> DSS 18 de junio, 1822, p. 1993. No hay que olvidar que las Cortes tumbaron la propuesta de la comisión redactora en el punto concreto del extrañamiento de clérigos por orden gubernativa: cf. PETIT, *Un Código civil perfecto*, pp. 264 ss.

<sup>22</sup> El oficio de Garellly, fechado a 28 de junio y dirigido al secretario de las Cortes, obra en el Archivo del Congreso de los Diputados; en esta línea, la prensa diaria recordó que la sanción del Código obedecía a «la necesidad de poner en práctica á la mayor brevedad el Código penal... reservándose [Fernando VII] remitir á las Córtes en la próxima legislatura algunas observaciones sobre varios puntos de él». Cf. *El Imparcial* 30 de junio, p. 2; también *El Universal* del mismo día, p. 2.

<sup>23</sup> Cf. *Colección de decretos y órdenes generales expedidos por las Cortes*, vol. IX, Madrid, Imprenta Nacional, 1822, pp. 211-381, con inclusión de los «Casos y términos prescritos en que debe hacerse recíproca entrega de delinquentes, conforme á los dos únicos tratados que existen con Potencias extranjeras, y á que se refiere el artículo 133 de este Código»; se trataba de Francia y de Marruecos.

<sup>24</sup> Como sugirió el rey y aceptaron las Cortes en los primeros meses del Trienio (decreto XXI, 4 de septiembre, 1820) la promulgación suponía la lectura pública del texto desde el ayuntamiento de Madrid a cargo del secretario municipal, por orden del jefe político: cf. LORENTE, Marta, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 38 ss.

<sup>25</sup> BUSTOS, Sophie, «El 7 de julio de 1822: la contrarrevolución en marcha», en *Revista Historia Autónoma* 4 (2014), 129-143.

No era cosa nueva. La legislatura de 1820-1821 dio muestras de un profundo reaccionarismo con medidas «liberticidas» sobre la libre imprenta y la libre asociación encaminadas a dificultar los periódicos más críticos y las *sociedades patrióticas*, integradas mayoritariamente por militares<sup>26</sup>; las Españas, denunció Bentham, podían rivalizar en el desprecio de las Cortes a las libertades con el reino de Marruecos<sup>27</sup>; cabe añadir la amnistía, la organización del ejército, los empréstitos, en fin, la «ley en que se prescriben los justos límites del derecho de petición» (decreto LXVIII, 12 de febrero, 1822). Y ese mismo congreso sacó adelante el Código en la legislatura extraordinaria, con la intervención decisiva de diputados –pienso en el recordado Nicolás María Garelly– que accedieron a los gobiernos golpistas de Fernando VII. Demasiadas leyes y demasiado malas, protestó un pensador radical<sup>28</sup>, en especial nuestro «célebre y nunca bien ponderado código penal, que agravaría la memoria del siglo x». Siguieron unas Cortes con fuerte presencia exaltada, pero la impunidad de los responsables del golpe de julio, con un nuevo gobierno de simple apariencia liberal, auguró el desastre del régimen<sup>29</sup>. Me sirven estas rápidas observaciones como ejemplo de las divisiones que sacudían la vida política española, apenas intuidas en el episodio de la minuta del Código Penal de 1822. Los menos próximos a su texto pudieron, sin embargo, inspirarse en el mismo, y en la propia experiencia legislativa, al establecer los reglamentos de sus asociaciones políticas<sup>30</sup>.

Pero no terminó todavía la complicada historia de ese Código. Seguimos en 1822. Con la secretaría de Gracia y Justicia puesta en otras manos, una real orden de septiembre (no consta la fecha), publicada en la *Gazeta* del día 29, retrasó la entrada en vigor del Código hasta el 1 de enero, 1823, por considerar que «su volumen impide que se circule y comunique con la celeridad que otras leyes; que su importancia requiere que se conceda un termino para instruirse de el a las autoridades encargadas de su cumplimiento, y que la conveniencia publica y mejor administracion de justicia exigen que se ponga en egecucion a un tiempo mismo, en cuanto sea posible, en todos los tribunales del reino, para

<sup>26</sup> GIL NOVALES, Alberto, *Las sociedades patrióticas (1820-1823)* I-II, Madrid, Tecnos, 1975; cf. II, p. 973.

<sup>27</sup> PETIT, *Un Código civil perfecto*, pp. 239 ss.

<sup>28</sup> SOLANA, Antonio, *La Congresa española...* Madrid, Imprenta del Zurriago, 1822 (ed. Alberto Gil Novales, *Textos exaltados del Trienio liberal*, Madrid, Júcar, 1978, 172-186, p. 178).

<sup>29</sup> GIL NOVALES, Alberto, *El Trienio liberal*, Madrid, Siglo XXI, 1980; Ignacio Fernández Sarasola, «El diseño de un Parlamento alternativo durante el Trienio constitucional», en *Revista de las Cortes generales* 108 (2020), 41-69; sobre todo, ÁLVAREZ ALONSO, Clara, *Rafael del Riego. Una vida por la Constitución*, Madrid, Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid, 2021.

<sup>30</sup> Cf. *Estatutos de la Confederación de comuneros españoles*, Valencia, Imprenta de José Ferrer de Orga, 1822, en particular pp. 91-109 con el *Código penal de la Confederación de comuneros españoles*, esto es, el conjunto de sanciones previstas (arts. 1-75) en castigo de las infracciones cometidas por afiliados a la Comunería. Otro «Código penal» de 1822, en suma.

evitar el desorden y contradicción que en otro caso resultaría entre providencias contemporáneas, dictadas con arreglo a leyes diferentes»<sup>31</sup>.

Desconozco qué pasó con la nueva ley en los dos meses y medio que mediaron entre su «solemne promulgación» y la real orden que estableció la *vacatio* así decretada; las referencias a la dificultad de circulación y a la falta de ejemplares permiten suponer que no tuvo aplicación efectiva, no obstante su teórica vigencia. En cualquier caso, para facilitarla, la *Gazeta* de 2 de octubre publicó el anuncio de la edición del nuevo texto legal, puesta a la venta («12 rs. en rústica y 16 en pasta») en el despacho de la Imprenta Nacional<sup>32</sup>.

Demasiado tarde, y tiempos demasiado difíciles, para la vida ordinaria del primer Código español<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> En Ultramar el Código entraba en vigor sesenta días después de su publicación en las capitales de provincias (art. 2). Otra real orden de 26 de noviembre, 1822 (*Gazeta* del 12 de diciembre) tomó medidas para disponer de los establecimientos de reclusión necesarios para la ejecución del Código.

<sup>32</sup> El diputado Diego González Alonso (Extremadura) había propuesto en la sesión extraordinaria del 9 de mayo que «las Cortes se sirvan acordar: 1.º que llegado caso de sancionarse el Código penal y demás de nuestra legislación, se impriman en términos que los niños aprendan a leer por ellos, sin que esto embarace su instrucción en los principios de nuestra religión; 2.º que esta impresión se haga por coste y costas, cuidando los Ayuntamientos constitucionales de exigir de los padres de familia que tengan facultades, el importe de los ejemplares para sus hijos; y respecto de los que no las tengan, se suplirá por los fondos de beneficencia, de los cuales se proveerá asimismo a los maestros de primeras letras», p. 1271; se dio por leída en primera lectura. En versión algo diferente salió en *El Imparcial* 11 de mayo, p. 1; también *El Universal* del mismo día, p. 1.

<sup>33</sup> No puedo volver ahora sobre la controvertida vigencia práctica del Código de 1822. Me limito a recordar la consulta que elevó el Consulado de Cádiz al Tribunal Supremo en 1823 sobre el artículo 758, relativo a la quiebra, que sería considerada fraudulenta según lo previsto en la legislación mercantil. Las Cortes quisieron salir al paso de la falta del código respectivo con un decreto de 31 de julio, 1823 –quedó pendiente de la sanción real– que otorgaba a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los delitos de quiebra. Cf. Carlos Petit, *Historia del Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 347.

## II. PARTE GENERAL

### **LOS FINES DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1822: TRADICIÓN Y MODERNIDAD**

MERCEDES GARCÍA ARÁN  
Catedrática de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Barcelona

El Código Penal de 1822 (CP 1822) es uno de los textos jurídicos más interesantes de la historia reciente española, por la etapa histórica en la que se elabora y promulga, por constituir el arranque de la codificación española y por las influencias doctrinales de la Ilustración. Estas páginas pretenden exponer las grandes líneas del Código en cuanto a la orientación de las penas, para lo que resulta útil y necesario comenzar por un breve resumen del marco histórico y las influencias doctrinales que condicionaron, en gran parte, su elaboración y promulgación.

#### I. EL MARCO HISTÓRICO

Otros trabajos en esta misma obra, debidos a historiadores más autorizados –que me dispensan de mayor extensión y profundidad–, situarán al Código Penal de 1822 en la época convulsa en la que apareció y fue pronto liquidado. El CP 1822 fue hijo del llamado «trienio liberal» (1820-1823), encajado entre dos períodos absolutistas encabezados por el nefasto Fernando VII: el primero, iniciado en 1814 con la derogación de la Constitución de Cádiz de 1812, acabó en 1820 cuando el pronunciamiento militar de Riego permite la restitución de la Constitución gaditana. El nuevo período constitucional se cierra abruptamente en 1823 con la reinstauración del absolutismo gracias a la ayuda del ejército



francés mediante los conocidos como «Cien mil hijos de San Luis» al mando del Duque de Angulema.

El Manifiesto Regio del 1 de octubre en el que Fernando VII anulaba todo lo legislado a partir de la Constitución de Cádiz, la declaraba «código nulo en su origen, ilegal en su formación e injusto en su contenido». Según el Manifiesto Regio, el período constitucional había provocado un «estado de cosas que era el escándalo universal, que caminaba trastornando todos los tronos y todas las instituciones antiguas, cambiándolas en la irrealidad y la inmoralidad». De ese «estado de cosas» formaba parte el CP 1822 también derogado.

Casi tres décadas después, Pacheco, en la segunda edición de sus comentarios al CP de 1848 (ya reformado en 1850) se refiere al CP de 1822 con las siguientes palabras: «El Código de 1822 es un código científico. La ciencia del derecho y la buena filosofía inspiran la mayor parte de sus disposiciones. Digno del siglo, mejoraba inmensamente la situación de la nación», para más adelante describir su desaparición diciendo: «Mirado como hijo de la Constitución, compartió aquel Código el terrible anatema que pesaba sobre su madre»<sup>1</sup>

Como «hijo» de la Constitución de Cádiz, la elaboración del CP daba cumplimiento al mandato del artículo 258 de la misma: «El código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que, por particulares circunstancias, podrán hacer las Cortes».

## II. EL INICIO DE LA CODIFICACIÓN

En efecto, no se trataba solo de elaborar un Código Penal, sino de iniciar el proceso histórico de la codificación, destinado a ordenar, simplificar y sistematizar el caos normativo de las leyes del Antiguo Régimen, acumuladas en la Novísima Recopilación. Lo cierto es que con anterioridad, Carlos III ya había encargado entre otros a Lardizábal, una relación de las dispersas normas aplicables, intento que si bien no llegó a cuajar dada la inestabilidad política de la época, supuso un primer paso. Ya en el trienio liberal, el 22 de agosto de 1820 las Cortes nombran las Comisiones que debían elaborar los Códigos, tarea sin duda difícil para el incipiente régimen parlamentario<sup>2</sup>.

Como se ha dicho más de una vez, el tránsito de los sistemas absolutistas a los parlamentarios no obedecía exclusivamente al impulso de los pensadores

---

<sup>1</sup> PACHECO, JF. *El código penal concordado y comentado*. Madrid, 1881, t. I, p. LIV.

<sup>2</sup> Así lo expone en un acabado estudio, PETIT, C., «Los Códigos del trienio liberal», *Revista electrónica de historia constitucional*, 21,2020, p. 108.

ilustrados del siglo de las luces, sino a la afirmación de los Estados nacionales y consolidación de la burguesía como clase social que, además, necesitaba juridificar las nuevas relaciones económicas. Para ello era necesario establecer un marco legal estable que no solo se basara en principios racionales acordes con los nuevos regímenes sino que, precisamente por ello, proporcionara una seguridad jurídica que acabara con las arbitrariedades del antiguo régimen<sup>3</sup>. Por tanto, la seguridad jurídica no aparecía solo como garantía ciudadana frente al poder político, sino muy especialmente, como exigencia de una actividad económica razonablemente ordenada<sup>4</sup>.

Con todo, la consolidación de la burguesía española –también vinculada al desastre económico de la pérdida de las colonias–, fue peculiar. Según Vicens Vives, la incipiente burguesía española se limitaba a los comerciantes gaditanos y fabricantes textiles catalanes<sup>5</sup>, lo que indica su escasa consolidación. Y en tal debilidad, convivía con unos poderes estamentales –clero y nobleza– que mantenían amplia propiedad de la tierra en un sistema prácticamente feudal. Desigualdad que, como indica Torres Aguilar, se reflejaba incluso en el mayor rigor penal para los de peor condición social<sup>6</sup>. Por lo que aquí nos interesa, ello puede aportar alguna explicación a la convivencia de los rasgos ilustrados con elementos decididamente tradicionalistas, también en el caso del CP de 1822 que aquí nos ocupa.

Y también en la recepción del Iluminismo se produjo el enfrentamiento entre la defensa de la religión católica y el racionalismo que, por ejemplo, se expresó en la prohibición del libro de Beccaria, *De los delitos y las penas*» por el Santo Oficio, en oposición al poder civil representado por el Consejo de Castilla que lo había autorizado<sup>7</sup>.

En todo caso, la obra codificadora relacionada con el constitucionalismo, el Iluminismo y la división de poderes (todavía trabajosamente incipiente) supone como principal aportación la defensa del principio de legalidad y, en su seno, la certeza y predeterminación de las penas frente a la arbitrariedad judicial propia del antiguo régimen.

<sup>3</sup> ANTON ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965, p. 266.

<sup>4</sup> A los intereses de la burguesía naciente se refiere Silva Torné, aunque mencionando también la voluntad centralizadora del absolutismo monárquico, en «La codificación penal y el surgimiento del estado liberal en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 7, 2001, p. 249 ss.

<sup>5</sup> VICENS VIVES, *Coyuntura económica y reformismo burgués*, Barcelona, Ariel, 1971, p. 24. El título del libro es también el título del primero de los trabajos que, junto a otros cuatro, se recopilan en esta obra.

<sup>6</sup> TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria del Código Penal de 1822*. Sicania University Press, 2008, p. 14.

<sup>7</sup> Ampliamente, TORIO LOPEZ, «Beccaria y la Inquisición española», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1971, pp. 392-394.

### III. EL MARCO DOCTRINAL

En la introducción a sus comentarios al siguiente Código Penal (de 1848) dijo Pacheco que en el de 1822 había algo del Fuero Juzgo y de las Partidas, «envuelto en el carácter del Código de Napoleón»<sup>8</sup>. Años después, Antón Oneca admite la influencia de la legislación hasta entonces vigente junto a las tendencias de la época, concluyendo que «resulta así una extraña mezcla muy significativa de la época, de tradición y progreso, de rigor medieval y de aspiración humanitaria»<sup>9</sup>.

No falta alguna interpretación romántica y escasamente rigurosa como la de Quintiliano Saldaña sobre el «alma española»<sup>10</sup>, pero la pervivencia de principios propios de la legislación anterior puede tener una interpretación tan sencilla como la basada en el carácter evolutivo de las instituciones jurídicas. Como veremos, el CP de 1822 es tributario de las ideas de la Ilustración, pero ni estas se expresan totalmente aisladas de la historia que les precede, ni su llegada a España podía suponer tabla rasa con todo lo anterior, especialmente en tema tan sensible como la fundamentación del castigo.

En todo caso, constituye un lugar común la referencia a los pensadores ilustrados como influencias doctrinales directas en quienes elaboraron el CP de 1822. Anton Oneca, en su acabado estudio histórico sobre el Código, menciona las intervenciones de los Diputados, en las que destacan referencias a Bentham, Beccaria, Montesquieu y «alguna vez, con sorprendente escasez, Lardizábal»<sup>11</sup>.

El acabado estudio sobre los debates parlamentarios debido a Torres Aguilar<sup>12</sup> y las citas parlamentarias a los autores mencionados conducen a la demostración histórica de su influencia. Me detendré brevemente en algunos de ellos, siempre desde la perspectiva de su defensa de determinados fines de la pena, que es lo que aquí nos interesa.

La primera cita obligada es la de Bentham, cuya obra se importó por quienes se habían exiliado en Inglaterra en el periodo absolutista anterior y regresaban a España. También, al parecer, gracias a Toribio Núñez, bibliotecario de la Univer-

---

<sup>8</sup> PACHECO, *El Código Penal*, 1881, T. I, p. LIV. TORRES AGUILAR considera injusta la referencia de Pacheco al Fuero Juzgo, *Génesis*, p. 87.

<sup>9</sup> ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, (segunda edición anotada y corregida por Hernandez Guijarro y Beneytez Merino), AKAL, 1986, p. 73.

<sup>10</sup> «Pero las nuevas ideas, tan diferentes de las nuestras, hallaron en el alma española puntos de analogía y de contacto. Un pueblo a la vez idealista, sentimental por el exceso de sensibilidad y empírico, práctico por la falta de cultura, había de ser cultivo apropiado a dos tendencias opuestas que sobreviven en el carácter español después de un siglo», SALDAÑA, *Adiciones al Tratado de Derecho Penal de Franz von Liszt* (traducido de la 18.ª edición alemana, t. I, Instituto editorial Reus, Madrid, s/d, p. 394.

<sup>11</sup> «Historia del Código Penal de 1822», p. 270.

<sup>12</sup> TORRES AGUILAR, *Genesis*, pp. 88 y ss.

sidad de Salamanca, la obra de Bentham circuló ampliamente por dicha Universidad, que habría de realizar uno de los informes universitarios sobre el entonces proyecto de Código<sup>13</sup>. Por otro lado, existe prueba del contacto de Bentham con diputados de Cádiz, concretamente con el Conde de Toreno con el que mantuvo correspondencia<sup>14</sup>. Sin embargo, es conocida también una cierta displicencia e incluso distanciamiento de Bentham respecto del texto del Código español, probablemente provocada por no haber sido debidamente invitado a participar en su elaboración<sup>15</sup> de la que dijo que sería mejor que se debiera a un autor extranjero<sup>16</sup>.

En todo caso, con independencia de tales avatares, la orientación utilitarista y preventivo general del CP 1822 a la que después me referiré, coincide con los principales postulados benthamianos. Si el derecho debe perseguir la mayor felicidad para el mayor número de personas, la pena es un mal para el condenado que debe imponerse por su utilidad, con el objeto de prevenir actos semejantes y es un bien social porque «...intimida a los hombres peligrosos, tranquiliza a los inocentes y es la única salvaguarda de la sociedad»<sup>17</sup>.

La obra de Beccaria circuló profusamente en ambientes ilustrados españoles y fue citada en el debate parlamentario sobre el Código. La propuesta del italiano, a quien se ha atribuido influencia superior a la de Bentham<sup>18</sup> es, como la de este, utilitaria y preventivo general<sup>19</sup>. Destaca también el humanitarismo por el que se propone la abolición de las penas atroces, no fundamentado solo en razones humanitarias sino también en otras utilitarias: ni la tortura es un método eficaz de descubrimiento del delito y su responsable, ni la efectividad del derecho depende tanto de la gravedad de las penas intimidatorias como de la aplicación pronta y real de sus previsiones, cuestión que, dicho sea de paso, deberían tener en cuenta nuestros legisladores actuales, aficionados hasta el paroxismo al endurecimiento irreflexivo de las leyes penales. Algo similar hay que decir de la idea de proporcionalidad, propuesta para atemperar las penas desmesuradas del antiguo régimen, pero también como requisito para la utilidad intimidatoria<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> TORIJANO PEREZ, *Salamanca, Toribio Nuñez, Jeremy Bentham y el derecho Penal*. Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2009, pp. 259 y ss.

<sup>14</sup> Recogida en *Cartas de Jeremías Bentham al Señor Conde de Toreno sobre el proyecto de Código Penal presentado a las Cortes*. Publicado en Madrid, 1821, Imprenta de don Diego García y Campoy.

<sup>15</sup> ANTÓN ONECA, *Historia del Código Penal*, p. 276. PETIT, *Los Códigos del trienio liberal*, p. 121

<sup>16</sup> *Cartas*, cit. principio 8.º.

<sup>17</sup> BENTHAM, *Teoría de las penas y las recompensas*, tomo I, París, En casa de Masson e hijo, 1826, p. 8

<sup>18</sup> Así, PUYOL MONTERO, «La abolición de la pena de horca en España», *Cuadernos de historia del derecho*, 4, 1997, p. 96. También minimiza la influencia de Bentham, SALDAÑA, *Adiciones*, p. 474.

<sup>19</sup> BECCARIA, *De los delitos y las penas*, (1764) Traducción de Juan Antonio de las Casas. Manejamos aquí la edición de Juan Antonio Deval, Alianza editorial, 2020, p. 64, (capítulo 12, «Fin de las penas») y en p. 73 (capítulo 16 «Del tormento»): el fin de las penas es el «terror de los otros hombres».

<sup>20</sup> BECCARIA, *De los delitos*, ver, caps. 6 («Proporción entre los delitos y las penas», p. 51), 16 («Del tormento», p. 75) y 19 («Prontitud de la pena», p. 82).

En suma, la obra de Beccaria expresa las relaciones entre la justicia y la utilidad desde la perspectiva racionalizadora propia de la época. Y también laica, porque la justicia no procede ni depende de la atribución de potestades por un poder religioso superior, sino del contrato entre los hombres. Ahí está la principal diferencia respecto del que ha sido considerado el «Beccaria español», esto es, Manuel de Lardizábal y Uribe, autor de *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*<sup>21</sup>. En efecto, Lardizábal era un cristiano ilustrado que, pese a partir del contrato social como «primer origen de las penas», afirma el origen divino de la facultad de establecerlas<sup>22</sup>. Lo cierto es que, como veremos, el CP de 1822, junto a su vocación preventiva, acoge también instituciones basadas en la idea de expiación. Por lo demás, la obra de Lardizábal sigue claramente el ideario de Beccaria en cuestiones clave como la proporcionalidad puesta al servicio de la eficacia intimidatoria o la inutilidad de las penas atroces<sup>23</sup>. La misma concepción de la proporcionalidad como exigencia de la utilidad mantuvo Marcos Gutiérrez en su *Práctica criminal de España*: «Si faltándose a tan justa proporción se castigaran con igual pena los delitos desiguales, sería muy defectuosa y funesta toda la legislación criminal y se viciarían en los ciudadanos sus sentimientos de moralidad»<sup>24</sup>.

#### IV. LOS FINES DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822

##### 1. Algunas advertencias previas

Todas las leyes penales suponen una respuesta frente al delito cometido, por lo que pueden entenderse tributarias de la retribución o la expiación y, al mismo tiempo, pretenden intimidar a la ciudadanía para evitar la comisión de delitos, lo que supone atribuirles un fin preventivo general. Como recuerda Silva Forné, el

---

<sup>21</sup> LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, 2.ª edición, Madrid, Imprenta de Repulles, 1828.

<sup>22</sup> LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso*, cit. p. 24. Tras exponer el acuerdo entre los hombres, sigue: «Este es pues, el fundamento y primer origen de las penas. Pero la facultad de establecerlas y regularlas que reside en las Supremas Potestades como un derecho inmanente de la Magestad, esencialmente necesario para el gobierno y conservación de la república, dimana del mismo Dios, supuesta la formación de las sociedades y supuesta la convención de los hombres que cedieron los derechos que les concedía el estado natural, depositándolos en la potestad pública para poder gozar de ellos con más seguridad».

<sup>23</sup> *Discurso*, pp. 42 a 45.

<sup>24</sup> MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, T. III. Madrid, Imprenta de Fermin Villalpano, 1819, p. 36. En p. 55: «Segundo axioma: en los castigos no se debe tener otra mira que la utilidad pública».

escarmiento y el ejemplo estaban presentes ya en las Partidas<sup>25</sup>. Lógicamente, el hecho de que al «escarmiento» le llamemos hoy prevención especial o a la ejemplaridad, «prevención general» no supone un mero cambio nominalista, sino la incorporación de garantías personales, proporción, humanidad y otros límites del poder punitivo, pero ello no impide admitir que tales conceptos se encuentran en el núcleo duro de la imposición de castigos por parte del estado, evolucionando en cuanto a contenido y límites a lo largo de la historia.

De ahí la necesidad de algunas advertencias sobre la interpretación de los fines de la pena en un texto histórico. La primera, que cuando manejamos conceptos como prevención o retribución no siempre coinciden con el estado de las ideas penales vigentes en el momento de redactarse el Código. La segunda, que la pena o su gravedad pueden tener efectos ambivalentes y, por ello ser interpretadas desde distintas orientaciones sin que ninguna de ellas sea la exclusiva. Por ejemplo, la atenuante de arrepentimiento puede ser entendida como menor necesidad de expiación del delito o como renuncia utilitaria a parte de la pena retributiva, y probablemente, se trata de las dos cosas. Y la tercera, que aunque el CP1822 no puede romper absolutamente con ideas históricas y esenciales como la expiación, introduce una racionalidad por la que la realización de la justicia mediante el padecimiento del castigo es un objeto legítimo del derecho penal, pero no es un fin que se agote en sí mismo, sino que se encuentra al servicio de la utilidad preventiva.

Por todo lo anterior, creo que la continuidad de la esencia de las penas hace que la mayor innovación del CP 1822 no se encuentre en los fines que estas persiguen –aunque veremos cómo evolucionan– sino en la misma existencia de un código entendido como sistema que aspira a ordenar coherentemente las normas que contiene, esto es, la idea de sistema jurídico que además, permite al análisis racional de los objetivos que se pretenden. Y en este marco, los fines de la pena pueden verse no ya como objetivos aislados sino inmersos en un contexto sistemático el que pueden resultar mutuamente condicionados o limitados.

## 2. **Retribución y proporcionalidad**

Aun a riesgo de una nueva simplificación, la idea retributiva al modo kantiano, en términos absolutos, pretende la compensación del mal como un

---

<sup>25</sup> SILVA FORNÉ, «La codificación penal y el surgimiento del Estado liberal en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 7, 2001, p. 236 y nota 8. En el mismo sentido, TORRES AGUILAR, sobre la ejemplaridad y la expiación en el antiguo régimen, *Génesis*, p. 12.

fin en sí mismo que reniega de los efectos políticos de la pena. En cambio, la idea de proporcionalidad, aun siendo hija de la retribución, fue concebida por los ilustrados citados como un límite funcional a la utilidad preventiva de la pena que no necesita ser alcanzado inexorablemente, sino que es posible, en determinadas circunstancias, renunciar por razones de utilidad a parte de la inevitable aflicción que provoca la pena.

En mi opinión, este es un rasgo presente en el CP de 1822, coincidente, como hemos visto, con las ideas de Beccaria y también de Lardizábal. Ello se expresa en dos órdenes de cuestiones: la métrica penal y los casos de renuncia a parte de la pena.

En efecto, el CP de 1822 no solo inicia la codificación penal en España, sino también uno de los rasgos más genuinos del sistema de penas español: las reglas de la métrica penal con las que se dirige la labor judicial de individualización y concreción de la pena a partir de los márgenes legales. Por un lado, se establecen reglas matemáticas para las penas accesorias de los partícipes a partir de la pena del autor (2/3 para los cómplices, de 1/4 a 1/2 para los encubridores. Arts. 16 y 17) y por otro, el capítulo IV del título preliminar, con la rúbrica «Del modo de graduar los delitos y aplicar y dividir las penas; de las circunstancias que los agravan o disminuyen, de las penas que se deben aplicar cuando concurren diferentes; y de la exclusión de todo asilo para los que delincan» acoge, entre otras reglas, la división de la pena en tres grados (mínimo, medio y máximo) a concretar según la gravedad del delito, sistema que pervivió hasta el CP de 1995.

En relación a los Códigos Penales posteriores que complicaron todavía más la métrica penal dijo Silvela: «es el deseo llevado hasta la puerilidad de determinar de manera casi matemática, en cantidad y calidad, la pena correspondiente a cada delito, como si una vez especificado en qué consiste la deuda, se quisiera dejar sentado con la misma precisión en qué consiste la paga»<sup>26</sup>.

Y en efecto, la obsesión cuantificadora de la pena, puede ser leída, sin problemas, como expresión de la idea retributiva. Sin embargo, cabe recordar que una de las pretensiones presentes en la elaboración del Código era la superación de las arbitrariedades del antiguo régimen y la humanización de las penas, por lo que la equivalencia entre estas y la gravedad del delito suponía un avance modernizador contra las penas atroces, añadido a la limitación del arbitrio judicial. Y como expresión de la graduación de la gravedad de los delitos, resulta sugerente el estudio de las circunstancias atenuantes y agravantes que aquí no podemos

---

<sup>26</sup> SILVELA, Luis. *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, parte segunda. Madrid, 1903, p. 252.

desarrollar, pero valga el siguiente ejemplo como superación de la antes citada desigualdad en perjuicio de los desfavorecidos socialmente: en el CP 1822 agrava la pena «la mayor instrucción o dignidad del delincuente y sus mayores obligaciones para con la sociedad» (art. 106, 4.<sup>a</sup>), mientras que la atenúan «la indigencia» o la «falta de talento o de instrucción» (art. 107, 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>).

Con todo, lo que pretendo destacar en este punto es que el carácter retributivo de la pena se relativiza por la mencionada concepción utilitaria de la proporcionalidad según la cual caben renunciaciones a parte de la pena proporcionada.

Citemos solo dos ejemplos de lo anterior en el CP de 1822: en relación a la pena de muerte, resulta interesante el artículo 103 sobre los casos en que hubiere más de tres reos, supuesto en el que se decidía por sorteo aquellos que debían ser ejecutados (tres ejecutados si no se llegare a diez condenados, cuatro si se llegare a diez etc.). Los favorecidos por la suerte eran destinados a trabajos perpetuos «después de ver ejecutar la pena capital en sus compañeros». ¿Se trata solo de una muestra del humanitarismo de la época? Quizá puede ser interpretado también así, pero lo que, a mi juicio, no ofrece dudas es que supone una renuncia a la ejecución completa, retributiva y expiatoria de la pena capital, para cuyo efecto intimidatorio no se considera necesario ejecutar a la totalidad de los reos, bastando con la ejecución de algunos de ellos. El hecho de que se decida por sorteo supone descartar que la decisión dependa del grado de culpabilidad del reo o de la mayor o menor gravedad objetiva del delito.

El segundo ejemplo de la línea que venimos comentando, son las disposiciones que otorgan valor atenuante a la confesión y al arrepentimiento. Como comportamientos posteriores al delito que no alteran la gravedad objetiva del mismo, todavía hoy son discutidos en su fundamento: cabe la interpretación en línea expiatoria de la culpabilidad por la que se entiende que esta disminuye cuando el reo demuestra su arrepentimiento, pero cabe también entender que es posible disminuir la punibilidad del hecho atendiendo a la utilidad de favorecer tales comportamientos. Y cabe también una interpretación en clave preventivo especial a la que me referiré más adelante.

### 3. Ejemplaridad y prevención general

Llegamos con ello a la finalidad penal que más frecuentemente se atribuye al CP de 1822<sup>27</sup>, esto es, la prevención general entendida como intimidación o, en términos más modernos, prevención general negativa. Al respecto,

---

<sup>27</sup> La considera dominante, como especialista en el CP de 1822, ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, p. 74.



es inevitable la referencia a la minuciosidad con que se regula la ejecución pública de la pena de muerte (art. 39), incluyendo desde la hora de la ejecución hasta la forma de conducción del reo al cadalso, su vestimenta, el cartel anunciador del delito colgado de su cuerpo, la exhibición del cadáver, etc. Es cierto, como ya he dicho, que la ejemplaridad del castigo es prácticamente inseparable de los objetivos penales de cualquier etapa histórica, por lo que estas disposiciones pueden entenderse como continuación del antiguo régimen. Pero, en todo caso, el hecho de que los legisladores decidieran conservarlo pudo verse favorecido por su coincidencia con la concepción utilitarista de la pena.

Especial interés tiene, en cambio, la circunstancia agravante segunda (art. 106): «La mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos». Es decir, la necesidad preventivo general es motivo para incrementar la pena, lo que sin duda puede ser interpretado como orientación intimidatoria, pero plantea también otras cuestiones.

La primera, fue destacada por Bacigalupo hace años al estudiar la doctrina sobre la fundamentación de las penas en la época moderna anterior a la Ilustración. Recoge este autor que ya Alfonso de Castro en su «De potestate legis poenalis» (1550) consideraba legítimo el incremento de la pena si ello resulta necesario para la prevención general<sup>28</sup>, lo que, de entrada, cuestiona atribuir la opción del CP 1822, exclusivamente a la orientación preventivo general propia de Bentham, Beccaria o Lardizábal. Desde este punto de vista, tal concesión a la prevención general se inscribiría en el histórico afán estatal por la intimidación que también hemos podido apreciar en la ejecución pública de la pena de muerte.

Sin embargo, hay algo más que relativiza esta agravante como expresión de las ideas preventivo generales del pensamiento ilustrado. Me refiero a que, agravando la pena por la necesidad preventiva se quiebra la proporción entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena. En efecto, la gravedad del delito puede ser entendida en el sentido de Beccaria como la dañosidad social del mismo o bien en el de Lardizábal, atendiendo a elementos subjetivos como el dolo, la culpa o la deliberación<sup>29</sup>. Pero si la gravedad de la pena puede depender de la necesidad preventiva, puede resultar también desproporcionada respecto de la pena merecida según la gravedad del hecho o la culpabilidad del

---

<sup>28</sup> BACIGALUPO, «Culpabilidad y prevención en el derecho penal español y latinoamericano», en *Historia, Instituciones, Documentos*, 6, 1979, pp. 16-17. El autor aporta la cita textual de Alfonso de Castro: «El juez está autorizado a agravar la pena más allá de la sanción amenazada para el delito cuando, por ejemplo, otros tomarían al delito cometido como ocasión para cometer otros delitos semejantes. En este caso, la superación de la pena merecida es necesaria porque hay muchos que requieren un ejemplo» (*De potestate legis poenalis*, pp. 209 ss.).

<sup>29</sup> LARDIZABAL, *Discurso*, pp. 99 a 104, en crítica expresa a Beccaria.

autor. Bien es cierto que la citada agravante opera dentro de los límites de la pena señalada para el delito que no puede ser rebasada (art. 108), pero su cuestionamiento de la proporcionalidad concreta permite tanto relativizar su relación con la concepción de esta en el pensamiento ilustrado como apreciar en ella una relación con teorizaciones anteriores.

#### 4. Enmienda y prevención especial

Históricamente, lo que hoy conocemos como prevención especial ha presentado múltiples formulaciones: desde la inocuización (si se concibe como el objetivo genérico de evitar la reincidencia), hasta las múltiples versiones de la intervención educativa o terapéutica sobre el condenado, desde el positivismo criminológico hasta la defensa social moderna o el correccionalismo español.

Más allá de inevitables referencias al escarmiento o la inocuización<sup>30</sup>, la teorización de la prevención especial en la época de la Ilustración es prácticamente inexistente por lo que la relación de algunas normas con la prevención especial, tal como la entendemos hoy, resulta arriesgada. Sin embargo, como se apuntó más arriba al mencionar las renunciaciones a la pena, los artículos 144 y siguientes del CP 1822 se basan en los conceptos de «arrepentimiento y enmienda» para conceder sustitución o rebaja de la pena («pura gracia del juez» dice el art. 147). El hecho de que se mencionen separadamente ambos conceptos, permite aventurar la distinción entre el requisito de carácter moral (el arrepentimiento) y el pronóstico de no reincidencia (la enmienda). O bien, como lamentablemente sigue estando presente en algunas opiniones mediáticas actuales: solo con el arrepentimiento en sentido moral cabe admitir la enmienda del condenado.

Al respecto, Silva Forné aprecia vinculación con la prevención especial, aunque se decanta por razones utilitarias<sup>31</sup>, lo que a mi juicio, no es totalmente contradictorio –en términos actuales– puesto que la utilidad puede ser utilidad preventivo especial. En realidad, creo que en el CP 1822 también se aprecia una cierta relación con la prevención especial, puesto que el arrepentimiento no se ubica solo entre las atenuantes genéricas enunciadas en el artículo 107, sino además en un capítulo autónomo (el IX del título preliminar) rubricado «De la rebaja de penas a los delincuentes que se arrepientan y enmienden y de la rehabilitación de los mismos después de cumplir sus condenas», cuestiones ampliamente

<sup>30</sup> Por ejemplo, BECCARIA, *De los delitos*, p. 64: «El fin no es pues otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales».

<sup>31</sup> SILVA FORNÉ, «La codificación...», p. 275.

reguladas en los artículos 144 y siguientes (sustitución de trabajos perpetuos por deportación, rehabilitación por recuperación de derechos, etc.).

En todo caso, la amplitud de los conceptos señalados permitió a Quintiliano Saldaña –en lo que me parece un ejercicio de voluntarismo–, afirmar que en el CP de 1822 «hállase realizado el sentido correccional de la pena, por obra piadosa del arbitrio judicial» a través de la conmutación de penas, la obtención de derechos civiles y cargos públicos por los deportados, la rebaja penal y la rehabilitación», llegando a afirmar que el CP 1822 es un antecedente de la sentencia indeterminada<sup>32</sup>. Otro correccionalista ilustre, Jimenez de Asúa, –teórico de la sentencia indeterminada–, negó, en cambio, que la idea de corrección mediante la expiación presente en Saldaña, pudiera vincularse a la doctrina correccional española<sup>33</sup>.

Concluimos con dicha discrepancia doctrinal –que resultaría apasionante desarrollar–, para expresar lo que hemos intentado transmitir como relativización de un análisis de los fines de la pena en, prácticamente, cualquier cuerpo legal. Todos los fines teóricos de las penas (retribución, prevención general, prevención especial) pueden considerarse presentes en todo sistema penal, porque cualquiera de ellos admite más de una versión y, además, porque se interaccionan o complementan. La continuidad del CP 1822 respecto de tendencias penales del antiguo régimen no obedece solo a una supuesta debilidad de las ideas nuevas –o vigor de las antiguas–, sino también a la pervivencia de los elementos esenciales de la intervención represiva del Estado. Más que en los fines de las penas, la principal aportación de nuestro primer Código Penal estuvo en la humanización del cruel sistema penal anterior, pero también en la pretensión de racionalizar el castigo planteando la utilidad del mismo y sometiendo las arbitrariedades anteriores al corsé de la legalidad. Pretensiones de la obra codificadora en general que, por cierto, están siendo cuidadosamente desmontadas en el tiempo que nos ha tocado vivir. Pero ésa, es otra historia.

---

<sup>32</sup> SALDAÑA, *Adiciones*, pp. 474-476.

<sup>33</sup> JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. II. Buenos Aires, 1964, p. 135.

# LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822<sup>1</sup>

RICARDO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ  
Magistrado y doctor en Derecho

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Ideas generales

En los pueblos primitivos, era la venganza contra el ofensor por parte del ofendido o su familia o su clan la sanción predominante. Tal venganza fue, en un principio, de reacción ilimitada, encontrando posteriormente restricciones con el tali3n con la finalidad de evitar excesos vindicativos que debilitaban al clan o a la tribu. Signific3 el «tali3n» (ojo por ojo; diente por diente) un gran progreso moral y jur3dico, al igual que la «composici3n», por la cual el delincuente mediante el pago concreto de armas, utensilios o ganado se libraba de la venganza del ofendido y su grupo. Estas –primero la venganza y despu3 el tali3n y la composici3n– fueron las formas originarias de la justicia penal primitiva y que todav3a perviven en las tribus salvajes. En el antiguo Oriente la justicia penal, sin perder el tali3n y la composici3n, tiene un car3cter completamente sacerdotal y teocr3tico. En Grecia existe ya la distinci3n entre delitos privados y p3blicos, comenzando a reafirmarse la justicia penal como funci3n del Estado. Fue en el derecho romano cuando se culmin3 completamente la evoluci3n de la pena privada a la p3blica y la represi3n de los

---

<sup>1</sup> Cap3tulo basado en la *op. La pena de ingreso en prisi3n. Regulaci3n actual y antecedentes hist3ricos* de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y PERE SIM3N CASTELLANO, P., ed. Wolters Kluwer, 2021.

delitos llegó a ser una expresión de la autoridad del Estado como protectora del orden público.

La teoría del derecho y de la pena creada a lo largo de los siglos por Roma se vino abajo por la invasión de los bárbaros o tribus germánicas, menos evolucionadas social y moralmente, y donde predominaba el punto de vista individual y privado frente al político y social, característico de Roma; no obstante, a medida que la invasión del Imperio romano se iba consolidando, estos caracteres germánicos se fueron perdiendo por la influencia de aquel más avanzado derecho de Roma.

También la Iglesia y su derecho han tenido una influencia muy importante a lo largo de los siglos, predominando durante mucho tiempo su derecho frente al secular. Dio el derecho canónico a la pena un carácter moral de expiación y penitencia, reconociendo, siquiera sea inicialmente, la individualización penal y tendencia a la humanización de las penas, conforme al espíritu de la moral cristiana; no obstante, se confió al poder secular la ejecución de las penas más atroces y aceptando el procedimiento inquisitivo, el tormento, la trascendencia de las penas a los familiares del reo, etc.

En la Edad Media y Moderna el Derecho Penal se formó con elementos de los derechos romano, germánico y canónico hasta la Revolución francesa.

Los caracteres del Derecho Penal del Antiguo Régimen, en la época de las monarquías absolutas, eran: las penas se orientaban principalmente a la intimidación general, y la finalidad última de la pena era expiatorio e intimidante, llegando hasta la mayor exasperación afectiva, prodigándose la pena de muerte y los castigos corporales; las responsabilidades por los crímenes más graves trascendían a los parientes próximos del culpable; los jueces, además de las penas ordinarias o legales, podían imponer otras extraordinarias o arbitrarias, cuando lo juzgasen conveniente para mayor ejemplaridad, ya por la mayor gravedad del hecho, ya por la frecuencia con la que se cometiere; las penas eran desiguales, según la condición social del culpable; los delitos más graves eran los de lesa majestad divina y humana: el crimen de herejía y los delitos contra el Rey; y los excesos y los vicios de la justicia penal eran obvios y escandalosos y contra ellos se revelaron los filósofos reformadores.

## **2. La Ilustración. Época de las codificaciones**

La Ilustración fue un movimiento cultural europeo del siglo XVIII (se centra especialmente entre 1715 y 1789), así denominado por su declarada finalidad de disipar las tinieblas de la Humanidad mediante las luces de la razón; esto es, intenta superar la barbarie de los siglos anteriores.

César Beccaria (1738-1794) es un claro ejemplo representativo de la nueva filosofía social europea que impera a partir de la Ilustración. Es autor de un solo libro, «Tratado de los delitos y de las penas»<sup>2</sup>, publicado de forma anónima en 1764, pero de gran influencia en los pensadores y legisladores posteriores.

Beccaria entendió que el derecho penal debía basarse en los siguientes principios: Distinción clara entre pecado y delito; el poder legislativo debe estar separado del poder judicial; racionalidad, prescindiendo del acatamiento en favor del razonamiento de autoridad y de las citas magistrales; Legalidad, esto es, solo las leyes pueden decretar las penas contra los delitos y no la voluntad del juez. La interpretación de la ley corresponde al legislador y no al juez; la justicia penal debe ser pública y el proceso, acusatorio; las pruebas claras y racionales; la tortura debe ser abolida y si el reo es culpable solo se le debería aplicar la pena correspondiente, establecida por la ley; si es inocente, la tortura es inútil para lograr su confesión, y, por tanto, no debe ser objeto de las mismas por un delito no probado, además, un individuo solo puede ser considerado culpable después de la sentencia del juez; igualdad ante la ley, lo que suponía que las penas han de ser las mismas para todos y las leyes deben obligar a todos; el legislador ha de ser dulce, indulgente y humano, pero el juez inexorable, como garantía de la igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley; es necesario fijar plazos breves, pero suficientes para la presentación de las pruebas, para la defensa del reo y para la aplicación de la pena; la gravedad de los delitos debe estar en relación con el daño que producen; estricta proporcionalidad entre delitos y penas, ya que las penas deben ser proporcionadas a los delitos, pues si se destina una pena igual a delitos de diferente cuantía los hombres no encontrarán estorbo para cometer el mayor; la atrocidad de las penas es cuando menos inútil, sino pernicioso, y por tanto deben dulcificarse al máximo; no es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas; combinación entre utilidad de las penas y de la justicia, explicando que cuanto más rápida y próxima al delito cometido sea la pena, más justa y útil será esta ya que ahorra al reo los inútiles tormentos de la incertidumbre y porque siendo la privación de libertad una pena, esta no puede preceder a la sentencia, salvo que la necesidad lo exija; la pena es el precio necesario para impedir daños mayores, y solo en ello encuentra su justificación; la pena de muerte debe ser totalmente suprimida ya que no es útil ya que da a los hombres un ejemplo de crueldad, además, parece un absurdo que las leyes, que son la expresión de la voluntad pública, que detestan y castigan el homicidio, lo cometan ellas mis-

---

<sup>2</sup> BECCARIA BONESANA C., *Tratado de los delitos y de las penas*, (trad. J. A de las Casas), ed. Comares, Granada, 1996.

mas y, para alejar a los ciudadanos del asesinato, ordenen uno público (Beccaria solo ve necesaria la pena de muerte en dos casos: Cuando interese por razones de seguridad nacional y cuando el individuo pueda originar una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida); y es preferible la prevención a la sanción. Hay que evitar el delito; este es el fin primordial de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad, o al mínimo de infidelidad posible. La represión no es la única ni la mejor manera de evitarla comisión de actos delictivos; por ello hay que evitarlos por otros medios, siempre preferibles al castigo.

Montesquieu (1689-1755), otro ilustrado, propone en su conocido libro *Del espíritu de las leyes*<sup>3</sup> la independencia del poder judicial respecto del ejecutivo y sentó las bases de una moral social laica basada en el respeto por los seres humanos y en el individualismo, virtudes totalmente terrenales y humanas. Respecto de los delitos, los clasificó, debido a su importancia, en cuatro categorías: Contra la religión; contra las costumbres; contra la tranquilidad; y contra los ciudadanos. Propuso, igualmente, la abolición de las penas excesivas e inútiles y de la tortura, y que la ley penal debe dirigirse a evitar el delito y a proteger al individuo<sup>4</sup>.

De igual manera, Voltaire (1694-1778)<sup>5</sup> defendió el principio de legalidad, diciendo que los jueces deben ser esclavos de la ley y no sus árbitros, debiendo fundamentar estos las sentencias. Luchó por la reforma de las cárceles y por la abolición de la pena de muerte, que debía –en su opinión– ser sustituida por trabajos forzados, eso sí, perpetuos y que sus labores fueran útiles para la sociedad<sup>6</sup>.

Ya en España, Manuel de Lardizábal (1739-1820)<sup>7</sup> fue el más importante ejemplo del pensamiento ilustrado en nuestro país, ya que trató de conciliar el racionalismo utilitarista propio de la Filosofía de las Luces con el componente ético y correccional que caracteriza la tradición española desde Séneca<sup>8</sup>.

La pena –afirma Lardizábal– ha de ser: Impuesta por una autoridad superior y fijada en una ley (principio de legalidad); contraria a la voluntad de quien la padece (es un mal, no un bien); personal (nadie puede responder por el delito de otro); fundamentada en la culpabilidad del sujeto; proporcionada

---

<sup>3</sup> Charles de Secondat MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, ed. Alianza Editorial, 2003.

<sup>4</sup> BERGALLI, R. y BUSTOS, J., *El pensamiento criminológico*, (2 vol.), ed. Peninsula, 1983.

<sup>5</sup> VOLTAIRE, *Essai les moeurs et l'esprit des nations* (3 vol.), Ginebra, 1759 (1959).

<sup>6</sup> Su pensamiento puede resumirse en su frase: «Castigar, pero castigar útilmente. Si se pinta a la justicia con una venda sobre los ojos, es necesario que la razón sea la guía».

<sup>7</sup> DE LARDIZÁBAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas* (1782), ed. Comares, Granada, 1997.

<sup>8</sup> GARCÍA BENÍTEZ A., *La pena y el modo de producción social*, ed. Padilla Libros Editores & Libros, Sevilla, 2008, p. 85.

al delito cometido; pública (por razones de ejemplaridad); pronta (por razones de justicia y utilidad); irremisible en aras al propio efecto intimidatorio del castigo (importan tanto la irremisibilidad como la severidad del castigo mismo); necesaria (se justifica solo por razones de «absoluta necesidad»); lo menos rigurosa posible, atendidas las circunstancias; útil («pues sería ciertamente una crueldad y tiranía imponer penas a los hombres por sólo atormentarles con el dolor, y sin que de ellas resultase alguna utilidad»).

Respecto de la pena de muerte, afirma que «*imponerla sin discernimiento y con profusión sería cruel y tiránico*», pero la admite por razones de prevención general para delitos especialmente graves.

### 3. España: el inicio de las codificaciones

El Derecho penal moderno nace en España, al igual que en el resto de Europa, a finales del siglo XVIII y principios del XIX, bajo las ideas de la Ilustración. El Derecho penal del Antiguo Régimen, como ya se ha analizado *ut supra*, era fragmentario, cruel y poco definido. En España seguían en vigor la *Novísima Recopilación*, los *Fueros Municipales* y *Las Partidas*, por este orden al ser la prelación que estableció el *Ordenamiento de Alcalá*<sup>9</sup> pero en la práctica los Tribunales solían hacer gala de arbitrariedad, dejando de ceñirse a los textos escritos ya que los tiempos habían cambiado y, así nos encontramos en numerosos escritores de la época<sup>10</sup> la afirmación que no se aplicaban las penas verdaderamente crueles que la legislación vigente, sobre todo *Las Partidas*, herederas del derecho romano, prevenían y, por eso, se había asentado la arbitrariedad en los juicios criminales.

La reforma de las leyes penales bajo la influencia de las ideas de la Ilustración se acomete en España en el reinado de Carlos III. Promulgó este monarca algunas pragmáticas inspiradas en el espíritu humanitario y el utilitarismo de la Ilustración. El Ministro de Justicia, Manuel de Roda y Arrieta, dirigió al Consejo de Castilla, en 1776<sup>11</sup>, un oficio invitando a examinar la cuestión de la pena adecuada al delito de hurto (castigado con la pena de muerte cualquiera que fuese su cuantía y aunque no fuera calificado por una Pragmática de Felipe V

<sup>9</sup> *Ordenamiento de Alcalá*, tít. 28, Ley 1, reproducida en la *Novísima Recopilación*, 3, 2, 3.

<sup>10</sup> Vid., entre otros, DE LOS RÍOS, *Código español del reinado intruso de José Napoleón Bonaparte, o sea colección de sus más importantes leyes, decretos e instituciones*, Madrid, 1845, COLÓN DE LARREA-TEGUI, *Juzgados militares de España y sus Indias*, IV, 3.ª ed., 1817, PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, I, 1848, MARCOS GUTIÉRREZ J., *Práctica criminal en España*, I, 1804.

<sup>11</sup> ANTÓN ONECA, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, que recoge los testimonios de Cerdán de Tallada (en el siglo XVI) y de Lardizábal (en el siglo XVIII), pp. 5 y 6.



de 1743)<sup>12</sup> y la posibilidad de la sustitución de la pena de muerte por una pena de duración, para que fuese más permanente el ejemplo, sirva de corrección o enmienda al reo y sea útil a la sociedad. Propone asimismo Manuel de Roda que se examine la posibilidad de abolir el tormento y dice, por último, «habérsele consultado también sobre la formación de un Código Criminal, en que se recopilen todas las leyes penales, indicando las que no están en uso, evitando la perplejidad que las mismas leyes producen por su contrariedad, oscuridad o variación de costumbres, según la diferencia de tiempo»<sup>13</sup>. En virtud de esta última sugerencia el Consejo de Castilla encargó a Manuel de Lardizábal la formación de un extracto de las leyes penales de la Recopilación, con indicación de sus concordancias con otros cuerpos legislativos españoles.

El triunfo pleno de las ideas de la Ilustración no se produjo en Europa hasta la Revolución Francesa, con la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789<sup>14</sup> y la promulgación de los Códigos Penales franceses de 1791 y de 1810 (Código de Napoleón) y en España hasta que se inicia el proceso revolucionario en las Cortes de Cádiz. Estas abolieron el tormento, los azotes, la horca, como forma de ejecución de la pena de muerte, que fue sustituida por el garrote y la confiscación de bienes<sup>15</sup>. El primer paso, no obstante, se da en la Constitución de Bayona, de 6 de julio de 1808, que formalmente dispone que nadie puede ser preso sin orden legal y escrita (art. 127), declara abolido el tormento (art. 133), suprime la Inquisición (RD de 4 de diciembre de 1808), se suprimen también las penas infamantes y afflictivas para los delitos de contrabando (RD 16 octubre de 1809), el servicio de armas como pena (RD 21 de julio de 1809) y el derecho de asilo en los templos (RD 19 octubre de 1809).

Las Cortes de Cádiz estaban imbuidas de este mismo espíritu<sup>16</sup> y, así, en la Constitución de 1812 se establecía el principio de la personalidad de las

<sup>12</sup> Vid, sobre esta famosa Pragmática, cuya aplicación encontró gran resistencia y sufrió diversas vicisitudes, ANTÓN ONECA, *Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el Proyecto de Código Penal de 1822*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1977, p. 7.

<sup>13</sup> Vid ANTÓN ONECA, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 58 y *El Derecho Penal de la Ilustración...*, pp. 7-8, DE RIVACOBIA y RIVACOBIA M., *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fe, 1964, pp. 38 ss., y CASABÓ RUIZ J. R., *Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787*, separata del *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1969, pp. 320 ss.

<sup>14</sup> En la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 26 de agosto de 1789 se proclamaba el principio de que la ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad, ni a establecer más penas que las estrictamente necesarias; se establece, igualmente, el principio de legalidad de los delitos y las penas y el de igualdad de los ciudadanos ante la ley penal (vid. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal...*, op. cit, p. 48 y JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, I, 3.ª ed., pp. 263 y 264).

<sup>15</sup> Vid. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 59, e *Historia del Código Penal de 1822*, pp. 265 y 266, y JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 756.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ DEVEESA, *Derecho Penal español, Parte General*, Madrid 1974, pp. 85 ss.

penas y se disponía que los Códigos Civil, Criminal y de Comercio fueran los mismos en toda la monarquía (art. 258), se abolió el tormento (art. 303), la pena de la horca (Decreto 24 de enero 1812, sustituida por el garrote), la confiscación (art. 304), la pena de azotes (Decreto 8 septiembre de 1813)<sup>17</sup>, se establece la personalidad de las penas (art. 305), todo ello sin esperar a que se redactase el nuevo Código Penal que no llegó a realizarse por el regreso de Fernando VII y el restablecimiento de la monarquía absoluta impidiendo que se iniciara el proceso de codificación y que se produjese la derogación de toda la legislación liberal de las Cortes de Cádiz. El propio Fernando VII, sin embargo, suprimió el tormento y ordenó por el Decreto de 2 de diciembre de 1819 la formación de un Código Criminal<sup>18</sup>.

El siglo XIX puede ser llamado «el siglo de la codificación». Se abre con dos textos fundamentales, el Código Penal de Austria y el Código Civil de Francia, promulgados con meses de diferencia, el uno por el emperador Francisco II en 1803, y el otro, por Napoleón en 1804<sup>19</sup>. Cierran la centuria otros dos códigos, en cierto modo epigonales, promulgados también con una distancia de poco tiempo: el Código Civil de Brasil en 1916 y el *Codex iuris canonici* de 1917, ambos de larga vigencia, el uno hasta 1994 y el otro hasta 1983.

Ya en nuestro derecho, sobresale por su fortuna el Código Penal de 1848. Ningún otro tuvo tan vasta y tan duradera proyección, desde la Península Ibérica hasta Iberoamérica y Filipinas, países donde fue adoptado casi literalmente y donde, con mayores o menores alteraciones, rige hasta hoy. De él podría decirse, como de Carlos V, que en su área de vigencia no se pone el sol.

En definitiva, podemos afirmar que si se ha llegado a definir el ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una

<sup>17</sup> Piénsese que esta pena estuvo vigente en Inglaterra hasta 1948 y Dinamarca la resucitó en 1902 para volver a abolirla en 1912.

<sup>18</sup> Vid. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 59, e *Historia del Código Penal de 1822...*, op. cit., pp. 266-7 y JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, op. cit., I, p. 756.

<sup>19</sup> Algunos monarcas europeos (Pedro Leopoldo de Toscana, José II de Austria, Federico II de Prusia y Catalina de Rusia) imbuidos de las ideas de la Ilustración, acometen la reforma de las leyes penales. Pedro Leopoldo de Toscana promulgó una famosa ley en 1786 por la que suprimió la pena de muerte, el tormento, trató de establecer una proporción entre la gravedad de las penas y los delitos, limitó el arbitrio judicial, y estableció el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley penal. José II de Austria suprimió la pena de muerte salvo en el Derecho penal militar y Federico II de Prusia abolió el tormento. Catalina II de Rusia dictó una Instrucción para la reforma de las leyes penales.

especie de «Constitución negativa». El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar el Código Penal y ese fue el objetivo de los legisladores tanto del Siglo XIX, como del XX y, ahora, del XXI. Veámoslo.

## II. CÓDIGO PENAL DE 1822

### 1. Historia

La ideología de la Ilustración se refleja en nuestro país en una importante actividad legislatora. Tras el fracaso de las primeras iniciativas debido a la reacción frente a la Revolución francesa la situación cambia decididamente con la Constitución de Cádiz de 1812, que establece la personalidad de las penas, proscribire el tormento, la pena de horca, la de confiscación y la de azotes, y dispone que los Códigos civil, criminal y de comercio fueran unos en todo el Reino. El regreso de Fernando VII supuso la derogación de la nueva normativa, pero el mismo Monarca ordenó, tras la revolución de 1820 que restableció la vigencia de la Constitución de 1812, la formación de un Código Criminal. Así, nació el primer Código español, el de 1822, y, con él, una nueva etapa en la evolución del Derecho Penal histórico español<sup>20</sup>.

Así, la idea de un verdadero Código criminal, que supere una simple recopilación de leyes penales, influenciada por los temas planteados, fundamentalmente, por la obra de Beccaria «Tratado de los delitos y de las penas» (sobre la proporcionalidad de las penas, la de muerte, el tormento, recién traducidos al castellano<sup>21</sup>), determina que el Consejo de Castilla encomiende a Manuel de Lardizábal y Orive<sup>22</sup> para que hiciera un extracto de las leyes penales vigentes, concluido en 1782 con el nombre de «Discurso sobre las penas»<sup>23</sup>.

El Código fue la obra más importante en la tarea legislatora de aquellas Cortes, reflejando el espíritu liberal de aquel frustrado período constitucional.

---

<sup>20</sup> Referente a este cuerpo legal dijo Pacheco, que lo valoró positivamente: «Hay en él algo de Fuero Juzgo y de las Partidas envuelto con el carácter del código de Napoleón»; Bentham, de cuya filosofía utilitarista tomaba de aquél notoria influencia, que calificó al meritado texto de retórico e ilógico (TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho Español*, ed. Tecnos, Madrid, 1983, p. 497).

<sup>21</sup> La primera traducción por Casas en 1774, a las que le siguen las de 1820, 1821, 1822 y 1828.

<sup>22</sup> Lardizábal (1744/1820) formaba parte del Consejo de S. M., Alcalde del crimen y secretario de la Academia Española.

<sup>23</sup> Sigue Lardizábal en su obra a la de Beccaria, si bien no es un fiel imitador. Señala las diferencias Saldaña en el prólogo de su edición de BECCARIA: *El derecho penal (de los delitos y de las penas)*, Madrid, 1935, pp. 24 ss.

Destaca porque, sin dejar de ser el primer código penal español con notables influencias en los subsiguientes, difiere en su estructura y estilo literario del Código de 1848 y posteriores; además, en el ámbito de las doctrinas penales agrupa arcaísmos procedentes de la normativa penal pre existente, con nuevas ideas punitivas y, en fin, desde una perspectiva ético social, que introdujo la presencia de contenidos netamente liberales y personalistas contrastaron ideas de una España fuertemente centrada en el catolicismo, contra reformista, más rural que urbana, casi exclusivamente agrícola y apenas industrial, sin experiencias como Estado liberal en su forma de monarquía constitucional y parlamentaria.

El Proyecto de Código Penal fue redactado por una Comisión, designada por las Cortes el 26 de agosto de 1820. Presentado el Proyecto a las Cortes, estas lo sometieron a discusión artículo por artículo desde el 23 de noviembre de 1821 hasta el 15 de febrero de 1822<sup>24</sup>. El 9 de julio de 1822 fue promulgado el Código, pero se aplazó su entrada en vigor hasta el día 1 de enero de 1823. Su vigencia fue breve pues el país se encontraba ya en plena guerra civil y en abril se produjo la invasión del Ejército de los Cien Mil Hijos de San Luis, mandado por el duque de Angulema, con el fin de restablecer la monarquía absoluta, de acuerdo con lo estipulado en el Congreso de Verona de la Santa Alianza<sup>25</sup>.

El Código Penal de 1822 tiene, sin embargo, gran interés como documento histórico y por su influencia en el Código Penal de 1848<sup>26</sup>. Acusa la influencia del Código de Napoleón de 1810, del derecho histórico español (Fuero Juzgo, Partidas)<sup>27</sup>, la ideología de la lustración y la orientación fundamental se basa en la concepción utilitaria de la pena de los penalistas de la Ilustración, siendo la influencia de la filosofía de Bentham, recogida por Lardizábal, y en menor medida la influencia de Beccaria, Montesquieu y Filangieri. Apenas influye en él Lardizábal, nuestro gran penalista de la Ilustración, probablemente por razones políticas, dada su oposición al principio de la soberanía nacional, que le llevó a enfrentarse a las Cortes de Cádiz, como su hermano Miguel y a servir a Fernando VII después de la restauración de la monarquía absoluta en el período de 1814 a 1820.

---

<sup>24</sup> Los debates fueron sumamente interesantes. Están recogidos en el Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821. Discusión del Proyecto de Código Penal, tres tomos, 1822 (vid. ANTÓN ONECA, *Historia del Código Penal de 1822...*, op. cit., pp. 263 y 264 y 271 ss).

<sup>25</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal: parte general*, ed. Civitas, Madrid, 2010, p. 219.

<sup>26</sup> GARCÍA ARÁN M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, ed. Aranzadi, 1997, p. 24, afirma que «... es el Código típicamente liberal, en el que se proclaman, por primera vez, los grandes principios de legalidad y de proporcionalidad del castigo respecto al delito».

<sup>27</sup> «Hay en él algo de Fuero Juzgo y de las Partidas, envuelto con el carácter del Código Napoleón», decía PACHECO (vid. *El Código Penal, concordado y comentado*, 5.ª ed., I, Madrid, 1881, Introducción, p. LIV; vid. también ANTÓN ONECA, *Historia del Código Penal de 1822...*, op. cit., p. 270).

## 2. Deficiencias y aciertos

Técnicamente era defectuoso por su gran extensión, su casuismo y la inclusión de preceptos de carácter administrativo y procesal<sup>28</sup>, pero, en todo caso, es el primer avance frente a la legislación meramente recopilatoria anterior; esto es, la codificación se funda en la concentración de las normas penales en un solo texto capaz de aclarar a gobernantes y gobernados los conceptos generales del derecho penal «... y en dos partes consecutivas los delitos contra la sociedad y contra las personas», evitándose con esto acudir a textos jurídicos dispares, de época diferentes<sup>29</sup>.

Respecto de los fines de la pena, predomina la preocupación por la prevención general, en la que se ve la influencia directa de Bentham<sup>30</sup>: agravante de «la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos» (art. 106, Segunda); el castigo de los actos preparatorios (art. 5<sup>31</sup>); la pena de declaración de infamia (art. 28 ss.); la muerte civil (art. 53); la pena «de ver ejecutar una sentencia de muerte» (arts. 28 y 62) y la forma severa y solemne prevista para la ejecución de la pena capital, siendo la ejecución pública y minuciosamente regulada en el propio Código, estableciendo diferencias según la índole del delito cometido y seguida de la exposición del cadáver —«permanezca el cadáver del reo expuesto al público, en el mismo sitio, hasta puesto el sol»— (arts. 40 a 46). Se advierte, también, no obstante, la preocupación por la prevención especial al señalarse, por ejemplo, en las disposiciones del capítulo IX del título preliminar «De la rebaja de penas a los delincuentes que se arrepientan y enmienden y de la rehabilitación de los mismos después de cumplir sus condenas» (arts. 144 ss.); la atenuante de «arrepentimiento manifestado con sinceridad inmediatamente después de cometido el delito, procurando voluntariamente su autor impedir o remediar el daño causado por él, o socorrer o desagraviar al ofendido» (art. 107, Quinta); y la de «presentarse voluntariamente a las autoridades después de cometido el delito, o confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando convencido el reo por otras pruebas» (art. 107, Sexta).

---

<sup>28</sup> CEREZO MIR J., *Curso de Derecho Penal Español*, parte general I, 2.ª ed., ed. Tecnos, 1981, pp. 124 ss. (*vid.*, también, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 60, e *Historia del Código Penal de 1822...*, *op. cit.*, p. 278).

<sup>29</sup> SAINZ GUERRA J., en *Estudios de Historia de las Ciencias Criminales en España*, V: AA., ed. Dykinson, 2007, pp. 381.

<sup>30</sup> GARCÍA ARÁN M., *op. cit.*, p. 24.

<sup>31</sup> Art 5: «La tentativa de un delito es la manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de algún acto exterior que dé principio a la ejecución del delito o la prepare».

Entre los aciertos de este Código se suelen señalar:

El establecimiento del principio de legalidad de los delitos y las penas (arts. 1.º y 2.º) y se completaba con el principio de igualdad que equiparaba a todos los ciudadanos ante la ley.

La previsión expresa y la acertada regulación de la autoría mediata.

La agravante de «la mayor instrucción o dignidad del delincuente y sus mayores obligaciones para con la sociedad o con las personas contra quienes delinquiere» (art. 106, Cuarta).

Las atenuantes de «falta de talento o de instrucción» (art. 107, Primera), «la indigencia» (art. 107, Segunda) y «el ser el primer delito y haber sido constantemente buena la conducta anterior del delincuente, o haber hecho éste importantes servicios al Estado» (art. 107, Cuarta).

La amplitud de la eximente de estados de inconsciencia (art. 26).

La indemnización de los declarados absolutamente inocentes después de haber sufrido un procedimiento criminal (capítulo XII del título preliminar, arts. 179 ss.). Y

La amplia protección del secreto profesional (arts. 421 ss.).

### 3. Sobre las penas

Dedica el cap. IV (arts. 101 ss.) a la manera de graduar los delitos, y aplicar y dividir las penas, según la concurrencia de agravantes o atenuantes.

Distingue tres clases de penas: Penas corporales: *Primera. La de muerte*<sup>32</sup>; *Segunda. La de trabajos perpetuos*<sup>33</sup>; *Tercera. La de deportación*; *Cuarta. La de destierro ó extrañamiento perpetuo del territorio español*; *Quinta. La de obras públicas*; *Sesta. La de presidio*; *Sétima. La de reclusión en una casa de trabajo*; *Octava. La de ver ejecutar una sentencia de muerte*; *Novena. La de prisión en una fortaleza*; *Décima. La de confinamiento en un pueblo ó distrito determinado*; y *Undécima. La de destierro perpetuo ó temporal de un pueblo ó distrito determinado*<sup>34</sup>.

Penas no corporales: *Primera. La declaración de infamia, cuya clase pertenece también la de ser declarado indigno del nombre español, de la con-*

<sup>32</sup> La muerte será siempre por garrote (art. 38).

<sup>33</sup> Se trata de una pena heredera de la pena de galeras y que se prodiga a lo largo del texto en muchos supuestos (arts. 47 a 49, 53, 56, 67, 69, 343, 379, 388 a 390, 648, 730 y 787, entre otros).

<sup>34</sup> Se suprimió del Código las penas de «azotes» y la pena de «vergüenza pública», que consistía en la sujeción del condenado a una argolla a fin de que el público hiciera escarnio con él. *Vid. SAINZ GUE- RRA J., op. cit., p. 383.*

*fianza nacional; Segunda. La inhabilitación para ejercer empleo, profesión cargo público en general, ó en clase determinada; Tercera. La privación de empleo, honores, profesión ó cargo público; Cuarta. La suspensión de los mismos; Quinta. El arresto que se imponga como castigo; el cual se declara no ser corporal para los efectos civiles, ni merecer otro concepto que el de meramente correccional; Sexta. La sujeción á la vigilancia especial de las autoridades. Sétima. La obligación de dar fianza de buena conducta; Octava. La retractación; Novena. La satisfacción; Décima. El apercibimiento judicial; Undécima. La reprensión judicial; Duodécima. El oír públicamente la sentencia; y Décima tercia. La corrección en alguna casa de esta clase para mugeres y menores de edad.*

*Penas pecuniarias: Primera. La multa; y Segunda. La pérdida de algunos efectos, para que se aplique su importe como multa; entendiéndose estas penas sin perjuicio de la indemnización de perjuicios y resarcimiento de daños, y del pago de costas judiciales<sup>35</sup>.*

### III. CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL

Mucho ha cambiado la concepción de las penas en la evolución del hombre: primero la pena capital como casi única pena; posteriormente, las penas ya no de muerte pero sí verdaderamente escabrosas en su forma y en su ejecución; de ahí se pasó a la imposición de la pena, además de con criterio deshumanizador y que buscaba la eliminación física del delincuente o su pleno aislamiento y absoluta limitación de movimientos, con el aprovechamiento de la capacidad laboral del delincuente en exclusivo beneficio del Rey, tales como trabajos en las minas, en galeras y, en general, los trabajos forzados. Y no es hasta la época de la Ilustración cuando la pena de prisión se convierte en una pena en que el único derecho al que se le priva al condenado es el de la libertad, situación en la que parcialmente nos encontramos en la actualidad.

Y fruto de la Ilustración es, en nuestro derecho, el Código Penal de 1822. Vendrían después de este primer Código Penal numerosos Códigos Penales hasta llegar al actual vigente de 1995. Así, el de 1848 y reforma de 1950, el de 1870, el Código Penal Carlista de 1875, el de 1928, 1932, 1944, el Texto Revisado de 1963 y el Texto Refundido de 1973, hasta llegar al actual de 1995, que en su escasa vigencia, poco más de 25 años, ha sufrido ya numerosas reformas, más de 30.

---

<sup>35</sup> Desaparece la pena de «confiscación de bienes».

Pero, y a pesar de su escasa vigencia, la relevancia de este Código de 1822 radica en que constituye una ruptura en la propia concepción de lo que se significaba en aquella época la creación del derecho. Las normas dejan de emanar de una camarilla regia y comienza a concebirse como una expresión de la voluntad popular elaborada y discutida públicamente por una Cámara representativa de la soberanía nacional<sup>36</sup>.

Queda todavía mucho camino por recorrer en el cumplimiento de las penas. Y ese sinuoso avance hacia un modelo más justo de cumplimiento de las penas privativas de libertad todavía sigue su curso.

Actualmente tenemos la paradoja que representa que el actual sistema de cumplimiento de la pena de prisión, vista la evolución histórica y la crueldad de los primeros tiempos, representa una conquista social. El principio de legalidad en la ejecución de las penas, los principios de proporcionalidad y reinserción, en suma, la humanización de las penas a la que tanto contribuyó la obra de Beccaría, han eliminado la crueldad añadida a la privación de libertad acordada después de un juicio justo<sup>37</sup>.

Pero no podemos regodearnos en los logros obtenidos olvidando las más que visibles deficiencias del sistema. Pero estas deficiencias del sistema actual del cumplimiento de las penas, especialmente las privativas de libertad, escapan de lo que es objeto de este libro.

---

<sup>36</sup> SAINZ GUERRA J., *op. cit.*, p. 383.

<sup>37</sup> MARCHENA GÓMEZ, M., «Épílogo» en la op. *La pena de ingreso en prisión* de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y PERE SIMÓN CASTELLANO, P., *op. cit.*, p. 482.



# LA PENA DE MUERTE EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822

LUIS ARROYO ZAPATERO

Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale  
Rector honorario de la Universidad de Castilla-La Mancha

## I. LA PENA DE MUERTE SE INSTALA EN EL CÓDIGO DE 1822 CON SOBERANA MAJESTAD

La reina de las penas ha sido la de muerte, y hasta poco tiempo atrás se ejecutaba a hierro, a fuego, y, lo más común, en la horca: por estrangulación por colgamiento, ya en árbol, ya en patíbulo. Al concluir el siglo XVIII coexisten en España la horca con la muerte a yerro, con o sin descuartizamiento simultáneo o posterior, para hacer llegar así con los despojos el mensaje de ley y orden a los confines del territorio de los crímenes cometidos. Predomina la horca, en formal patíbulo o en las ramas de los árboles y el garrote junto al arcabuceo en las ejecuciones militares. En definitiva, al comenzar el nuevo siglo y salvo la cuestión militar, siempre expeditiva y sumaria, lo que compete entre el común de la gente es la horca y el garrote, siempre aquella con tan mal cartel que se reserva para el pueblo llano y para los nobles siempre el garrote.

Las Cortes no pueden por menos de querer superar tanta injusta desigualdad ni despreciar la brutalidad de la horca, por lo que el 24 de enero de 1812 acuerdan su supresión con argumento que merece aquí reproducción:

«Las Cortes generales y extraordinarias, atendiendo a que ya tienen sancionado en la Constitución política de la Monarquía, que ninguna pena ha de ser trascendental a la familia del que la sufre; y queriendo al mismo tiempo que el suplicio de los delincuentes no ofrezca un espectáculo demasiado repugnante a la

humanidad y al carácter generoso de la Nación española, han venido en decretar, como por el presente decretan: Que desde ahora quede abolida la pena de horca, substituyéndose la de garrote, para los reos que sean condenados a muerte<sup>1</sup>».

## II. LO QUE EL CÓDIGO PENAL DISPONE

«Art. 31. Al condenado a muerte se le notificará su última sentencia cuarenta y ocho horas antes de la ejecución.

Art. 32. Desde la notificación de la sentencia hasta la ejecución se tratará al reo con la mayor conmiseración y blandura; se le proporcionarán todos los auxilios y consuelos espirituales y corporales que apetezca, sin irregularidad ni demasía.

Art. 38. El reo condenado a muerte sufrirá en todos la de garrote, sin tortura alguna ni otra mortificación previa de la persona, sino en los términos prescritos en es este capítulo.

Art. 39. La ejecución será siempre pública, entre once y doce de la mañana; y no podrá verificarse en domingo ni feriado, ni en fiesta nacional, ni el día de regocijo de todo el pueblo. La pena se ejecutará sobre un cadalso de madera o de mampostería, pintado de negro, sin adorno ni colgadura alguna en ningún caso, y colocado fuera de la población; pero en sitio inmediato a ella, y proporcionado para muchos espectadores.

Art. 40. El reo será conducido desde la cárcel al suplicio con túnica y gorro negros, atadas las manos, y en una mula, llevada del diestro por el ejecutor de la justicia, siempre que no haya incurrido en pena de infamia. Si se le hubiere impuesto esta pena con la de muerte, llevará descubierta la cabeza, y será conducido en un jumento en los términos expresados. Sin embargo, el condenado a muerte por traidor llevará las manos atadas a la espalda, descubierta y sin cabello la cabeza, y una soga de esparto al cuello. El asesino llevará la túnica blanca con soga de esparto al cuello. El parricida llevará igual túnica que el asesino, descubierta y sin cabello en la cabeza, atadas las manos a la espalda, y con una cadena de hierro al cuello, lle-

---

<sup>1</sup> La bibliografía debe comenzar por la tesis doctoral inédita de CASABÓ RUIZ, Jose Ramón, que es de esperar se edite ahora por el Departamento de Derecho penal de la Universidad de Valencia, *El Código penal de 1822*, Tesis doctoral inédita, Universidad de Valencia, 1968; ANTÓN ONECA, Jose, «Historia del Código Penal de 1822», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 2, 1965, pp. 263-278. Sobre el contexto BARBERO SANTOS, Marino, *Política y Derecho penal en España*, Tucur, Madrid 1977, pp. 23 ss.; 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; Hay una edición especial del *Diario de las actas y discusiones de las Cortes extraordinarias de 1821*, relativas a la discusión del proyecto de Código Penal, dos tomos, Imprenta Nacional Madrid 1821, accesible en línea. GARCÍA VALDÉS, Carlos, *No a la pena de muerte*. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1975, y también en RODRÍGUEZ YAGÜE, C., (edit.) *Clásicos españoles contra la pena capital*, Libros Mundi-UCLM: Ciudad Real 2013, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Sobre la pena de muerte en la legislación española desde las Partidas hasta su abolición*, en VICENTE, Rosario, VIZUETE, Carlos y GARCÍA MORENO, Beatriz, *Geografía de la crueldad. Lugares de ejecución*, 1, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 23 ss.

vando un extremo de esta el ejecutor de la justicia, que deberá preceder cabalgado en una mula. Los reos sacerdotes que no hubieren sido previamente degradados llevarán siempre cubierta la corona con un gorro negro.

Art. 41. En todos los casos llevará el reo en el pecho y en la espalda un cartel que con letras grandes anuncie su delito de traidor, homicida, asesino, reincidente en tal crimen. Le acompañarán siempre dos sacerdotes, el escribano y alguaciles enlutados, y la escolta correspondiente.

Art. 42. Al salir el reo de la cárcel para llegar al cadalso, y a cada doscientos a trescientos pasos en el camino, publicará en alta voz el pregonero público el nombre del delincuente, el delito por qué se le hubiere condenado y la pena que se le hubiere impuesto.

Art. 43. Así en las calles del tránsito como en el sitio de la ejecución debe reinar el mayor orden; pena de ser arrestado en el acto cualquiera que lo turbare, pudiendo además ser corregido sumariamente, según el exceso, con dos a quince días de cárcel, o con una multa de uno a ocho duros. Los que levanten grito o dieren voz, o hicieren alguna tentativa para impedir la ejecución de la justicia, serán castigados como sediciosos, y esta disposición se publicará siempre en los pregones.

Art. 44. Al reo no le será permitido hacer arenga ni decir cosa alguna al público ni a persona determinada, sino orar con los ministros de la religión que le acompañen.

Art. 45. Sobre el sitio en que haya de sufrir la muerte, y en la parte más visible, se pondrá otro cartel que anuncie con letras grandes lo mismo que el pregón.

Art. 46. Ejecutada la sentencia, permanecerá el cadáver expuesto al público en el mismo sitio hasta puesto el sol. Después será entregado a sus parientes o amigos, si lo pidieren, y si no, será sepultado por disposición de las autoridades, o podrá ser entregado para alguna operación anatómica que convenga. Exceptúanse de la entrega los cadáveres de los condenados por traición o parricidio, a los cuales se les dará sepultura eclesiástica en el campo y en sitio retirado, fuera de los cementerios públicos, sin permitirse poner señal alguna que denote el sitio de su sepultura.»

Pudiera a alguien sorprender tan rotunda como circumspecta descripción de la pena y de su procedimiento, sobre todo a quien adolezca de la lastimosa querencia de ver las cosas del pasado con los ojos de hoy. Pero sin nos enfrentamos al pasado con las vistas materiales y espirituales de aquel tiempo comprobaremos, como se verá, que en verdad la configuración de la pena capital del Código de 1822 representa el progreso, la privación limpia y rápida de la vida, sin crueldades innecesarias e igual para todos.

### III. DE LA «CUERDA TIRANTE» AL CÓDIGO PENAL

Las limitadas luces de la llamada ilustración española se ponen muy bien de manifiesto por parte del Conde de Floridablanca cuando recomienda con la metáfora de «la cuerda tirante» lo conveniente que resulta para disuadir a po-

bres o presos el disponer siempre un ahorcado en la picota o su cabeza en una jaula colgando de la puerta de la ciudad. Lo ha sabido ver José Luis Gómez Urdañez<sup>2</sup> en su «Víctimas del absolutismo». En el recurso de la pena capital se recomienda y reclama incluso por quien patrocinó la edición española de Beccaria: conspiraciones en el falso proceso contra el empresario de ópera Nicola Setaro, sañudamente perseguido por los curas de Bilbao, hasta por el conde de Aranda, tan fino embajador en París como compulsivo fornicador.

La vocación popular por los espectáculos de la justicia y, especialmente por las ejecuciones públicas, es un fenómeno general en la época. El gusto por la crueldad carece de límites. Tan del gusto popular fue el horrible espectáculo de la horca y el garrote que los ciegos de Madrid obtuvieron del Consejo de Castilla en 1748, el privilegio de vender en monopolio las «relaciones de los reos ajusticiados en esta Corte<sup>3</sup>, a los que se les suministraba extractos de las sentencias para que con una sociedad de analfabetos pudiera regresar al rosario de la crueldades de no pocos condenados de todos los ejecutados para que rentadas sirva de escarmiento como ha sido uso y costumbre<sup>4</sup>.

Los impresionantes espectáculos de los autos de fe habían sido sustituidos por los más modestos autillos dentro de las iglesias –Francisco de Goya nos dejó uno a todo color– pero la justicia civil sacó fuerzas de flaqueza. Así ocurrió en Valladolid como ha documentado Teófanos Ejido, donde se alternan la plaza Mayor para las gentes de más copete y el Campillo de San Nicolás, casi ya en la salida a Puente Mayor, para los más comunes y, aunque predomina la horca como medio de ejecución se va consolidando el garrote vil, para lo ordinario y el noble para cuantos sean al menos hidalgos. Hasta el cementerio es espacio de discriminación.

Lo que no cesa es el descuartizamiento de los ejecutados y la permanencia de la exposición pública de los despojos en picotas y jaulas cuya retirada estaba severamente prohibida y que obligaba a que los paseos por nuestras ciudades de finales del antiguo régimen estuviesen salpicados de cuerpos humanos hasta un día del año en que por la fiesta se permitía, el día de San Lázaro en Valladolid o el de la Virgen del Pilar en Zaragoza. Se documentan incluso en el seiscientos casos de ejecución en el romano modo de *culleum*<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> *Víctimas del absolutismo. Paradojas del poder en la España del siglo XVIII*, p. 26.

<sup>3</sup> Gómez Urdañez, *cit.*, p. 48.

<sup>4</sup> Gómez Urdañez, *cit.*, pp. 90 y 91.

<sup>5</sup> No se conocen casos de *culleum* en el setecientos, v. para Santiago de Compostela ABEL SOUTO, Miguel, *Algunas ejecuciones en Santiago desde el siglo XVI*, en VICENTE, ROSARIO, VIZUETE, Carlos y GARCÍA MORENO, Beatriz, *Geografía de la crueldad. Lugares de ejecución*, 1, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 53 ss., p. 56.

Se hacen cargo de los restos las cofradías que con el nombre de la Misericordia o de la sangre existían en las ciudades con ese fin, además de para el acompañamiento de reos al lugar del suplicio proceder al enterramiento de lo que no procediera exhibir, que, por cierto, manos y cabeza eran las piezas más solicitadas<sup>6</sup>. En las ciudades con curso fluvial se recurría de modo no infrecuente a una suerte de pena de *culleun*, depositando en un saco los restos de los ejecutados con pinturas alusivas sobre el pellejo. A veces la exhibición pública se mantenía durante años, así en Granada estuvieron expuestas las cabezas de dos amotinados de 1748 hasta 26 años y eso que todos supieron que no había habido motivo alguno y los demás fueron indultados, pero nadie se atrevió a descolgar las cabezas.

Floridablanca recomendaba a los alcaldes que para dormir tranquilos nada mejor que «la cuerda tirante», pues por no tenerla puesta todos los días, se pierde trabajo y se tiene después más fatiga<sup>7</sup>. La práctica de la pública ejecución con descuartizamiento era propia de la España peninsular y de las ciudades americanas. Así se practicaba reiteradamente en la plaza del zócalo de México, como describo en mi texto sobre delitos y penas en el México de la Nueva España<sup>8</sup> o en Caracas, donde para castigar una revuelta contra empresarios vizcaínos del cacao en 1751 además de ejecutar al principal, derribar su casa y sembrarla de sal se colgaron en su puerta las cabezas de un zambo, un mulato y un canario. Por cierto, en el caso de México citados dieron garrote a dos que alegaban ser vizcaínos y en cambio a la horca subieron al que solo era canario.

#### IV. LA PENA CAPITAL PERTENECE AL PAISAJE DE LAS CIUDADES

Es el siglo XVIII en toda Europa un siglo de crueldad en el que impera la tortura, la pena de muerte en amplia panoplia de modos crueles e inhumanos, los trabajos forzados, especialmente a galeras y unos lugares de encierro y prisión que parecen productos singulares de la poderosa imaginación de Dante y Pirane-

---

<sup>6</sup> Véase el excelente trabajo de juventud de GÓMEZ URDAÑEZ, Jose Luis, *La Hermandad de la Sangre de Cristo de Zaragoza: caridad y ritual religioso en la ejecución de la pena de muerte*, Institución «Fernando el Católico», 1981. Con relatos de gran interés en nuestra *Geografía de la crueldad*, 1, sobre Barcelona, Valencia Nápoles y Venecia.

D. L. 1981.

<sup>7</sup> Gomez Urdáñez, *cit.*, p. 91 y 92, carta al gobernador del Consejo de Castilla en 1778.

<sup>8</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis, *La Ciudad de México vista y leída por un penalista de La Mancha*, recogido en el volumen publicado en abierto: *Por una Política Criminal Humanista*, UCLM, Cuenca 2021, pp. 345 ss.

si. Ya sabemos que la justicia abolicionista de Beccaria corrió peor destino que su propio librito, pues este fue puesto en el índice de libros prohibidos tras la anatema del gran inquisidor quien consideró que no se salvaría ni aun expurgándose y lo más grave es que declaró blasfemia a quienes criticaron la pena de muerte, pues era pena que había creado Dios nuestro Señor. Este calificativo bastaba en el régimen inquisitorial para llevar a la hoguera al más templado y así, nadie en la España de la época se declaró abolicionista<sup>9</sup>. Pero lo que se mantiene forzoso era la crítica a la ejecución cruel, discriminatoria entre clases y grupos sociales, al acompañamiento de los azotes previos a la ejecución, los descuartizamientos del cadáver y en todo caso, el aborrecimiento de la horca en sí.

Todas estas emociones contra la crueldad confirman el ambiente del tiempo cuando se abren las Cortes con el impulso del General Riego y reaparece la legislación de Cádiz y todo lo que el Rey Fernando VII mandó proclamar como si no hubiera existido nunca. Los diputados en noviembre se pusieron a la obra.

El 13 de diciembre de 1811 las Cortes gaditanas ya habían aprobado la llamada «parte judicial de la Constitución», lo que comportaba la abolición del tormento, la confiscación de bienes y las penas infamantes que pudiera trascender a la familia del reo. Allí el diputado Morales Gallero hizo pública reclamación de que se extinguiera la pena de azotes porque lejos de producir<sup>10</sup> el efecto por el cual fue establecida, en la práctica se ha visto que no ocasiona otra cosa que escándalo y desvergüenza en el reo y en el público y, segundo, que se prohíba también la pena de horca, como indigna de una nación civilizada y que se sustituya por el garrote. Lo que a invitación de la presidencia se formula en sendas proposiciones de Ley. Así se abole la horca por decreto de 24 de enero. Cuando se decretó el proyecto de Código de 1822 se aprueba la pena solamente mediante garrote sin referencia alguna que aludiera al debate sobre la horca, que había sido abolida ya conforme a lo expuesto el 24 de enero de 1812<sup>11</sup>.

El Decreto de 22 de abril de 1811 se dedicó a la abolición de la tortura y de los apremios, y prohibición de otras prácticas afflictivas. Las Cortes generales y extraordinarias, con absoluta unanimidad y conformidad de todos los votos, decretan: «Quede abolido para siempre el tormento en todos los dominios de la Monarquía española, y la práctica introducida de afligir y molestar a los reos por los

---

<sup>9</sup> Me he ocupado del destino y consecuencias del anatema del gran inquisidor contra el librito de Beccaria en mi *Francisco de Goya: contra la crueldad del sistema penal y de la pena de muerte*, en *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, coord. por Beatriz García Moreno, UCLM, Cuenca 2014, pp. 213-228 y en PDF con todas las imágenes en <https://www.academic-forabolition.net/material/francisco-de-goya-contra-la-crueldad-de-la-pena-de-muerte>.

<sup>10</sup> DSC. 6, 13 de 1811, folio 2.422 en la edición histórica del Congreso de los Diputados.

<sup>11</sup> Excelente exposición de PUYOL MONTERO, Jose María, *La abolición de la pena de horca en España*, Cuadernos de Historia del Derecho, 4, 1997, UCM Madrid, pp. 91-140.

que ilegal y abusivamente llamaban apremios: y prohíben los que se conocían con el nombre de esposas, perrillos, calabozos extraordinarios y otros, cualquiera que fuese su denominación y uso; sin que ningún juez, tribunal ni juzgado, por privilegiado que sea, pueda mandar ni imponer la tortura, ni usar de los insinuados apremios baxo responsabilidad y la pena, por el mismo hecho de mandarlo, de ser destituidos los jueces de su empleo y dignidad, cuyo crimen podrá perseguirse por acción popular, derogando desde luego cualesquiera ordenanzas».

Las ciudades cuentan en todo Europa con espacios destinados a la ejecución pública de los condenados y a la exhibición de los cadáveres, lo que se realizaba normalmente en las puertas de la ciudad o en los caminos fronterizos, sobre todo para advertencia a quienes se acercan a la localidad<sup>12</sup>. Las ejecuciones capitales se llevan a cabo muy bien organizadas a fin de que el camino hacia la ejecución desde la prisión pudiera ser visto por cuanta más gente mejor. Se identificaban las calles mejores al efecto, que luego toman en las sentencias en cada ciudad el nombre de «las acostumbradas» sin que hubiere de procederse a mayor determinación. Todas las esquinas propicias a la mejor difusión de los pregones se reservan a tal fin y los pregoneros, ayudados por una trompetilla cuyo empleo también está previsto en los presupuestos públicos junto con la sogá, las maderas y otros elementos necesarios para el patíbulo y la ejecución. Todo se encuentra documentado y tasado, y puede verse como ejemplo ya sea en la Tesorería general y Justicia criminal de Valencia, como en las cuentas de las Cofradías de la Misericordia<sup>13</sup>.

El absolutismo fue un verdadero *tiempo de suplicios*, el motor de una formidable explosión de tormentos brutales, condenas y penas capitales<sup>14</sup>. Hay archivos y relatos de la época, pero lo más significativo son los grabados de esos tiempos, desde los de Caillot a los de Goya<sup>15</sup>. Sobre la frecuencia y número de

---

<sup>12</sup> SPIERENBURG, Pieter, *The Spectacle of Suffering. Executions and the Evolution of Repression: From a Preindustrial Metropolis to the European Experience*, Cambridge: 1984, pp. 149-152, FRIEDLAND, Paul, *Seeing Justice Done: The Age of Spectacular Capital Punishment in France*, Oxford: 2012, EVANS, R., *Rituals of retribution: capital punishment in Germany, 1600–1987*, Oxford University Press, Oxford 1996, FRIEDLAND, Paul, *Seeing justice done: the age of spectacular capital punishment in France*, Oxford University Press, Oxford 2012, VAN DÜLMEN, R., *Theatre of horror: crime and punishment in early modern Germany*, Polity Press, Cambridge 1990.

<sup>13</sup> PÉREZ GARCÍA, Pablo y CATALÁ, Jorge A., *La pena capital en la Valencia del XVII*, *Estudis: Revista de historia moderna*, 24, 1998, pp. 203-246.

<sup>14</sup> MUNCHENBLED, Robert, *Le temps des suplices De l'obeissance sous les rois absolus XVe a XVIIIe siècles*, Paris 1992 y DE LAS HERAS, José Luis, *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Universidad de Salamanca 1991, 317 ss.

<sup>15</sup> Además de mí *Francisco de Goya: contra la crueldad del sistema penal y de la pena de muerte*, cit., MOLINA, Alvaro, *Estampas, Artistas y gabinetes. Miserias de la guerra, II, Ahorcados, Jaques Callot*, (web de la Fundación March, [www.march.es](http://www.march.es)); *Princes and Pauper. The Art of Jacques Callot*, Dena Woodall y Diane Wolfthal (Editors), Yale University Press, Houston, 2013.

ejecuciones nos han de bastar algunas referencias significativas. Así, en Valencia a lo largo del siglo XVIII se ejecutaron 885 condenados y 1.200 en el siglo anterior, oscilando entre 14 ejecuciones al año, casi una al mes y dos extras, hasta la segunda mitad del XVII que no parecen ser más de 7 al año, hasta que se incrementa a finales de siglo. De los 885 condenados 17 reos consiguieron un indulto ya subidos al cadalso. En el siglo fueron ajusticiadas 10 mujeres, por parricidio del esposo<sup>16</sup>. El garrote como paliativo del fuego purificador, otra ejecución cruel, aparece solo en 18 ocasiones. Pero los historiadores valencianos señalan que parece hacer reticencias al uso del garrote, quizá porque está vinculado a algunos casos concretos que la opinión habría visto como arbitrarios. Los delitos por los que se impone la pena capital son los mismos en Valencia que en el resto de Europa. La mitad por bandolerismo, un cuarto por asesinato, algo de falsificación de moneda y documentos públicos y unos pocos por sodomía, tanto como herejías y violencias sexuales. De los 802 ejecutados la horca fue el modo general, además de 25 decapitaciones y 23 incineraciones en hogueras, de los cuales fueron casi todos previamente agarrotados. Por lo común tenían lugar las ejecuciones en la valenciana plaza del mercado. Además, Pérez y Catalá comprueban que 1 de cada 12 reos, fueron objeto de atenazamientos y amputaciones<sup>17</sup>. En el recuento valenciano uno de cada cuatro había sufrido tormento judicial y uno de cada seis cuerpos fueron desmembrados y de cada ocho, además, le fue amputada la cabeza. La exhibición pública de la cabeza requería que el verdugo la hirviera en aceite para colocarla después en las puertas de la ciudad o en los caminos reales, por lo común en unas jaulas de hierro. En el privilegio de morir decapitado la efusión de sangre era así el acto postrero de la representación del rango.

## V. EL LAVADO DE PENAS DE MUERTE POR LA PENA DE GALERAS

Hubo años en los que se suspendió la pena de galeras, lo que supondría quizá incremento de las ejecuciones, pues suspendido el servicio como forzados del Rey habría que dar más ejemplo en las ciudades de la Monarquía, especialmente con los más graves crímenes. Se extinguió la primera etapa de la escuadra de galeras en 1748, se ordenó que los reos que hubieran sido condenados a la pena de galeras fuesen destinados a los arsenales de Ferrol, San Fernando y Cartagena, de modo que la pena de arsenales vino a sustituir a la de galeras. Pero

---

<sup>16</sup> PÉREZ y CATALÁ, *cit.*, pp. 210 y 211 para lo que sigue.

<sup>17</sup> CERVELLÓ, Vicenta, *La ejecución de herejes y pervertidos en la plaza del mercado de Valencia*, en *Geografía de la crueldad*, I, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 303 ss.



ante la crisis de seguridad en las costas del Mediterráneo por la falta de «policía marítima» y la renovada presencia de moros en la costa la Real cédula de 16 de febrero de 1785 restableció la pena de galeras y de nuevo se ordenó que se destinara a su servicio a los presos que lo mereciesen, pero todo terminó por Real Orden de 30 de diciembre de 1803 cuando se dispuso que nadie fuese condenado a galeras por la penosísima cuestión de no hallarse estas en estado de servir<sup>18</sup>.

## VI. LA INQUISICIÓN Y LA PENA DE MUERTE

Naturalmente el protagonismo principal de la ejecución de la pena de muerte lo tuvo la Inquisición. El fenómeno es bien conocido, aunque los números no tanto. Gomez Urdañez indica significativamente que solo en tiempo de Godoy, es decir de 1792 a 1808, y solamente en el Tribunal de Logroño, se encausó a 316 reos por proposiciones heréticas, a 31 por supersticiones, a 9 por bigamia, a 10 por protestantes, a 41 por tener libros y pinturas prohibidas y a 60 clérigos por solicitudación, a lo que se añadió un judaizante. Para conseguir sus efectos de control ideológico total sobre la sociedad española a la Inquisición no le hacía falta ejecutar muchas víctimas, le bastaba con la manifestación del poder hacerlo, y cuando lo hacía lo realizaba con todo el teatro máximo posible que deja recuerdo indeleble en la comunidad. Lo cierto es que los procesos indiscriminados, arbitrarios, el ingreso en las cárceles secretas, ya mucho antes que las penas mismas, inquietaba a todos sobremanera. Y como es sabido no respetaban a nadie. Al propio Goya le molestaron dos veces, la primera con motivo de los primeros cuadernos de dibujos «Los caprichos», y luego con el asunto de las majas. El 28 de febrero de 2013 las Cortes gaditanas acordaron la supresión de la Inquisición, –suprimida previamente por la Constitución de Bayona y luego por Napoleón en sus decretos de Chamartin– aunque revivió con el retorno de Fernando VII, para ser suprimida de nuevo por las Cortes del trienio el 9 de marzo de 1820, y reaparecer tras el restablecimiento de los poderes absolutos del Rey por la intervención de los llamados 100.000 hijos de San Luis y solo desaparecida definitivamente en la tardía fecha de 1834<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Ver para España mi «Delitos y penas en el Quijote», Revista *Añil*, *Cuadernos de Castilla-La Mancha*, 1, 1999, pp. 49 ss., disponible en línea. Y no se deben olvidar las galeras que no eran de remo: PRIOR CABANILLAS, J. A., *La pena de minas: los forzados de Almadén, 1646-1699*. Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2003.

<sup>19</sup> LA PARRA, Emilio y CASADO, María Ángeles, *La Inquisición en España, Agonía y abolición*, Catarata, Madrid 2013, ESCUDERO, Jose Antonio, *Estudios sobre la Inquisición*, Marcial Pons, Madrid 2005, también su *Las Cortes de Cádiz y la supresión de la Inquisición: Antecedentes y consecuentes*, en Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años, ed. Espasa Calpe, Madrid, 2011, pp. 285 ss.

## VII. LO QUE LOS DIPUTADOS DEL 12 Y DE LAS CORTES DEL TRIENIO PUDIERON TENER EN LA CABEZA

Pero en orden a calibrar lo que podían tener en la cabeza de memoria histórica reciente los diputados constituyentes y los de las Cortes del 22 creo que podemos estar bien seguros de que tendrían bien presente que la Inquisición se había llevado por delante con largos años de cárcel y de destierros a Melchor de Macanaz y a Pablo de Olavide y muy seguramente a la conformación de la ira contra la Inquisición y contra la tortura se contaría en los constituyentes la persecución del catedrático salmantino Ramón de Salas. Apresado por la Inquisición en septiembre de 1795 y encarcelado durante 15 meses. Su pecado principal era su compromiso con el establecimiento de la asignatura de economía política en la Universidad castellana. Divulgó las doctrinas de Montesquieu, Beccaria y Bentham en lengua española, especializándose en Derecho Constitucional<sup>20</sup>. Lo mismo que su discípulo Toribio Núñez, también jurista y traductor de Jeremías Bentham.

Del imperio de la tortura judicial y de sus horriblos efectos en la opinión de los ilustrados baste con remitir a la lectura del admirado Francisco Tomás y Valiente<sup>21</sup>. No se consiguió incorporar a la Constitución pero el 8 de septiembre de 1813 las Cortes adoptaron el decreto de abolición de la pena de azotes:

«Las Cortes generales y extraordinarias, convencidas de la utilidad de abolir aquellas leyes por las cuales se imponen a los españoles castigos degradantes, que siempre han sido símbolo de la antigua barbarie, y vergonzoso resto del gentilismo, han venido en decretar y decretan: I. Se declara abolida la pena de azotes en todo el territorio de la Monarquía española. II. Que en lugar de la pena de azotes se agrave la correspondiente al delito por qué el reo hubiere sido condenado; y si esta fuere la de presidio u obras públicas, se verifique en el distrito del tribunal, quando esto sea posible. III. La prohibición de azotes se extiende a las casas o establecimientos públicos de corrección, seminarios de educación y escuelas y se prohíbe usar de este y otros castigos con los Indios».

---

<sup>20</sup> GÓMEZ URDÁÑEZ, *Victimas del absolutismo*, cit., pp. 338 ss., ROBLEDÓ HERNÁNDEZ, Ricardo, *La Universidad Española, de Ramón Salas a la Guerra Civil: ilustración, liberalismo y financiación (1770-1936)*, Valladolid: Junta de Castilla y León, TORIJANO PÉREZ, Eugenia, *Salamanca, Toribio Núñez, Jeremy Bentham y el Derecho Penal: el Informe de la Universidad de Salamanca sobre el Proyecto de Código Penal de 1822*, en *Juristas de Salamanca, siglos XV-XX*, ediciones Universidad de Salamanca 2014.

<sup>21</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *La tortura judicial en España*, Crítica, Barcelona 2000 y en *Obras Completas*, I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, pp. 761 ss., ARROYO ZAPATERO, Luis, «La tortura y lo inhumano. Fundamento de su prohibición absoluta» en José María Asencio Mellado (Dir.), *Derecho Probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum Vicente Gimeno Sendra*. Castillo de Luna, 2020.

Jacques Callot, en el catálogo que tituló anticipando a Francisco de Goya: «Les Misères et les Malheures de la Guerre», presenta un muestrario de los horrores capitales en la plaza mayor de la ciudad flamenca durante la guerra de los 30 años, en torno a 1630. La tortura está bien presente como terrible mal inexorable del sufrimiento para averiguación de la verdad. El pie de la estampa dice en francés: «Mira lector cómo la justicia mediante suplicios tan diversos y para la tranquilidad del Universo castiga la malicia de los malvados. Por lo que ves conviene que evites los delitos, y librate así de los castigos»<sup>22</sup>. Muy tremenda impresión debía producir también en las gentes las solemnes procesiones que se organizaban en los días de las ejecuciones principales por «las calles acostumbradas», desde el lugar del tribunal o desde la prisión para proceder a ejecutar la pena de azotes y en su caso la de muerte, lo que se llevaba a cabo en varias estaciones y lugares de gran vista, con pregones y tambores. A los que condenaban a servir en galeras parece que los dejaban tranquilos en la cárcel real hasta emprender el viaje a los puertos de destino. Tenemos buenas descripciones de dichas procesiones en Valencia, Barcelona Venecia, Nápoles y la Ciudad de México<sup>23</sup>.

No resulta fácil hacerse a la idea de lo que pudo representar para las clases dirigentes de la España de fin de siglo el establecimiento al otro lado de los Pirineos de un sistema político que enterraba el dominio de la Iglesia y la idea de Dios y cortaba la cabeza de quienes lo encarnaban en la tierra y ejercían hasta entonces un poder omnímodo e incondicionado<sup>24</sup>.

Este es el contexto intelectual en el que se desenvuelven las gentes ilustradas de la época: que sean las Leyes y no el arbitrio de los Soberanos y los Jueces quienes establezcan los delitos y la penas, que sean estas proporcionadas y desprovistas de crueldades innecesarias, que las penas afecten tan solo a quienes cometen los delitos y no a sus familias, que la tortura se destierre del procedimiento penal, así como las acusaciones secretas y las presunciones de culpabilidad. Y sobre la pena de muerte unos piensan como Beccaria, es decir que se reserve para los excepcionalísimos casos de grave peligro para la Patria y otros que se aplique solo para los delitos más graves y de modo y manera que

---

<sup>22</sup> Vid. *Princes and Pauper. The Art of Jacques Callot*, Dena Woodall y Diane Wolfthal (editores), Yale University Press, Houston, 2013. Grabados número 25, Les supplices, 30 e L'Estrapade y 30 f La pensation, en pp. 112 y 135.

<sup>23</sup> En nuestra *Geografía de la Crueldad*, cit., de la autoría de Vicenta Cervelló, Gonzalo Quintero y Miriam Cugat, Mario Iannuncello Elena Maculan y Arroyo Zapatero, pp. 303, 371,429, 449, 487 respectivamente.

<sup>24</sup> Sobre todo el *affaire* vivido en Bayona y sobre las erróneas creencias de Napoleón de la fácil solución a la cuestión española, resultan de mucho interés las memorias de Napoleón y su recreación por GALLO, Max, *Napoleón*. vol. III, Laffont, París 1977, pp. 218 ss.

en su ejecución se excluya sufrimientos y torturas innecesarias. Todo lo cual lo expone magistralmente Francisco Tomás y Valiente en su Derecho penal de la Monarquía absoluta del año 1969, así como en la presentación de la edición del librito de Beccaria que el mismo hizo del «Tratado de los delitos y de las penas» del Marqués<sup>25</sup>.

### VIII. LA PENA DE MUERTE EN EL PROYECTO DE CÓDIGO Y EN EL DEBATE

Lo que en el programa de Código tienen los Diputados de 1821 es sobre todo rechazos: el de la Inquisición, el de la tortura y el de las crueldades innecesarias, todo ello ha asentado la exigencia de la igualdad, la previsibilidad de las penas en el contexto de lo que hoy llamamos principio de legalidad y la reducción de la gravedad de las penas en base estricta a la necesidad de prevención.

Hoy conocemos bien la discusión del proyecto<sup>26</sup> y el dominio argumental absoluto del diputado José María Calatrava, cuyo conocimiento y habilidad resulta tan impresionante como ignorancia jurídica muestran tantos intervinientes. Sorprende seguir los debates de aquellos beneméritos padres de la patria, rodeados de malas noticias y catástrofes políticas y militares todos los días, discutiendo sobre la definición del delito, su organización bipartita, la condición de voluntarias las acciones humanas, los culpables, y las sutiles diferencias entre la comisión y la omisión o sobre la tentativa y las formas de participación.

La cuestión de la pena de muerte se discute fundamentalmente en dos momentos tras la presentación del proyecto. En primer lugar, en el turno general en el que se inicia el proceso. Ya Calatrava al dar cuenta de los cuarenta informes de Universidades e instituciones sobre el proyecto indica que algunos de estos estiman que «se economiza demasiado la pena de muerte». Pero señala que la Universidad de Alcalá reclama que debe suprimirse o anunciarse su supresión economizándola entre tanto todo lo posible. El Colegio de Madrid esti-

---

<sup>25</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F., *Derecho penal de la Monarquía absoluta*, Tecnos, Madrid, 1992, y en *Obras Completas*, I, pp. 187 ss., TOMÁS Y VALIENTE F., *Presentación del Tratado de los delitos y de las penas*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Cultura y Biblioteca Nacional, Madrid, 1993.

<sup>26</sup> TORRES AGUILAR, Manuel, *Génesis parlamentaria del Código Penal de 1822*, Universidad de Messina, Sicania, Messina 2008, RAMOS VÁZQUEZ, Isabel y CAÑIZARES NAVARRO, Juan, «La influencia francesa en la primera codificación española: el Código Penal francés de 1810 y el Código Penal español de 1822» en MASFERRER, Aniceto, *La codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras y a la francesa en particular*, Aranzadi, Pamplona 2014, pp. 193 ss., COBO DEL ROSAL PÉREZ, Gabriela, *Bicentenario del Código penal de 1822: La defensa penal de la Constitución de 1812 en su contexto histórico institucional*, Dykinson, Madrid 2022.

ma que debe emplearse con mucha sobriedad y que debe reservarse para la alta traición o rebelión y dice el diputado afrontando la propuesta de la Universidad de Alcalá de que se suprima la pena capital: «La Comisión con harto sentimiento suyo ve que no estamos en circunstancias que lo permitan, ni nos dejan la esperanza de verla suprimida tan pronto como quisiera». A lo que poco antes manifestaba que la comisión estaba conforme con el criterio del Colegio de Madrid de que se empleara con mucha sobriedad, quiso cerciorarse el diputado Díaz del Moral de si entre los 40 informes habría alguna persona o institución que se opusiese absolutamente a que se aprobase la pena de muerte, a lo que contesto rotundo Calatrava de que nadie salvo la Universidad de Alcalá, tras lo que se produjo una larga y cuidada argumentación abolicionista por el diputado Moreno (tomo II, 113-115) que terminaba instando la sustitución de la de muerte por trabajos forzados. En turno a favor de conservar la de pena de muerte intervino el diputado Álvarez de Sotomayor apoyándose en Lardizábal y en Filangieri, así como en el Derecho comparado del momento, enfrentando directamente los argumentos de Beccaria y rechazando la esclavitud perpetua, (tomo II, pp., 117-118) argumento que apoya además en Diderot, en un continuado debate si las penas más eficaces por disuasorias con las intensas pero efímeras, como decía el Marques o las intensas o largas cuyos efectos sociales son más permanentes. Milla dice no tienen formada su opinión en tan arduo debate y en el relativo a la comparación entre bienes y males de esta institución.

En este punto toma la palabra el diputado Vadillo (tomo II, pp.121 a 123), miembro de la comisión redactora y autor principal del proyecto con Calatrava y declara con solemnidad que «la comisión a la que pertenece no entrará a examinar las razones que hay para sostener o impugnar la pena de muerte, ni las que la hayan inclinado a que ella deba ser aplicada en ciertos casos. La materia es tan conocida de todos los señores diputados que no hay uno a quien se oculte lo mucho que se ha dicho en pro y en contra ... la comisión no puede menos de aplaudir los sentimientos filantrópicos de los señores que impugnan la pena de muerte, sentimiento que deberá suponerse igualmente en los individuos de la comisión, porque ciertamente lo tiene. Así pues, sí se ha decidido el proyecto por la pena de muerte en ciertos casos, es porque como se ve en el código es porque lo ha creído absolutamente indispensable. He creído también que el apoyo de su dictamen estará no solo en la clase y naturaleza de los delitos a que se impone el proyecto de código, sino en la experiencia de otras naciones que habiendo abolido la pena de muerte, después de algún tiempo se han visto en la necesidad de restablecerla, haré solo esta reflexión, tomada de un escritor filósofo». Y termina: «la pena de muerte dolorosamente la impone la sociedad; es pena que dolorosamente propone la comisión; es pena que dolo-

rosamente la presencia todo particular; pero que es únicamente la justa medida del castigo aplicable a ciertos daños, cuya repetición no parece pueda evitarse sino con tan terrible lección. Es verdad que la pena de muerte no tiene una de las circunstancias que deben tener las penas, que es la corrección del delincuente ... pero se corrige y se asegura a los demás que lo necesiten con el escarmiento». Y se añade en el acta: «declaróse el punto suficientemente discutido y fue aprobada esta pena para pasar a discutir la de los trabajos perpetuos».

Como se puede ver el filósofo inspirador de la posición de la comisión y del diputado que habla es sin duda la de Jeremías Bentham. Es más, no solo la previsión relativamente excepcional de esta pena sino todo el aparato teatral que acompaña la descripción legal de su ejecución responde al pensamiento del filósofo, que se puede ver muy bien en su «Teoría de las penas y de las recompensas»<sup>27</sup> que extraído por de los manuscritos del autor se editó en inglés en tercera edición en 1816 y por vez primera en español naturalmente en Paris en 1826. Allí alega ampliamente Bentham contra el abuso de la pena de muerte y sobre su criterio general contrario, para aceptarla en determinadas circunstancias. Dice así: «Solo hay un caso en que la pena capital podría justificarse por necesaria, y es el de la alta traición o de rebelión». Y continúa afirmando que «el prodigar la pena de muerte es una equivocación de los legisladores correcto» y que cuando se quisiese conservar la pena de muerte *ad terrorem* a pesar de las razones dadas, y que creemos concluyentes, sería necesario que no solo se emplease contra los crímenes que excitan el horror público en supremo grado, contra homicidios acompañados de circunstancias atroces, y sobre todo contra los autores de muchas muertes; y entonces no debería repararse en dar a la pena capital el aparato más trágico posible sin recurrir a tormentos complicados». Y este último punto lo complementa con una cultivada cita a Montaigne: «Todo cuánto excede a una muerte simple me parece pura crueldad». Y reconoce que además de la traición y la rebelión hay un caso en que la pena capital es popular y aún en supremo grado y es el asesinato acompañado de circunstancias atroces o con varias víctimas, «porque la aprobación pública parece fundarse en la analogía de la pena con el delito, en el principio de venganza y quizá también en el temor que inspira el carácter del criminal. La sangre pide sangre y este acto de represalia parece conforme a la justicia natural. Generalmente la pena de muerte es impopular en todos los demás casos». A todas esas consideraciones responde la regulación de la pena de muerte en el Código de 1822 y las previsiones de su aplicación en el

---

<sup>27</sup> BENTHAM, Jeremías, *Teoría de las penas y de las recompensas*, editado por E. Dumont, Masson e hijos, Paris, 1826, y disponible en la Biblioteca digital de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, especialmente pp. 1 a 48, RODRÍGUEZ GIL, Magdalena, *Jeremías Bentham y su recepción en España*.

Introducción a BENTHAM, Jeremy, *Tratados de legislación civil y penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981.

catálogo de los delitos de la Parte especial, que se concentra en los de traición y rebelión, determinadas formas de delito contra la religión católica, el asesinato, la fuga de los condenados a trabajos perpetuos y los incendios. Deben tenerse en cuenta también las relaciones directas de Bentham con los legisladores de 1821, entre otros, José Joaquín de Mora, diputado que hace referencia a sus cartas cruzadas con el filósofo inglés, así como también las cartas entre este y el Conde de Toreno, publicadas también.

Si volvemos ahora sobre la descripción regulatoria de la pena de muerte en el código no podemos sino evocar a Casabó para quien «todo este extraordinario aparato que recuerda a una función teatral viene determinada por el fin preventivo que se atribuye a la pena». Lo reconoce de facto el propio Calatrava cuando ante la configuración de la pena que prevén dice que es inevitable «proponer cierto aparato». No retrocedió Calatrava ante las críticas ante la cadena al cuello y responde que la cadena es solo para los parricidas y en su concepto «habría de llevarse al cadalso con todas las apariencias mismas que si se condujera á un tigre».

Hubo división de opiniones en el asunto del enterramiento de los reos de traición y los parricidas, así como el posible destino anatómico de los cadáveres, que contrasta con la prohibición religiosa tradicional de las autopsias, así como el lugar sagrado o no de los enterramientos (Tomo II, p. 169-171). El diputado Ramonet –todavía en el debate general o de totalidad– leyó un muy largo alegato contra la pena capital en la sesión del 24 de noviembre de 1811 (Tomo II, 231-243). Una curiosa restricción a la pena de muerte es la que se prevé en los casos de más de tres condenados a esta pena: «cuando por una misma causa o por un mismo juicio incurrieren en pena de muerte más de tres reos, no todos deberán sufrirla, aunque –todos deberán ser condenados en la sentencia. Si no, llegaren a diez, la sufrirán tres solos. Si llegaren a diez, cuatro; si llegaren a veinte, cinco; y así sucesivamente, aumentándose por cada diez uno. A este fin serán sorteados todos los comprendidos en la sentencia; y aquellos a quienes no tocara la suerte, serán destinados a trabajos perpetuos después de ver ejecutar la pena capital en sus compañeros...». En la justificación de la cláusula dice Calatrava que se trata de «ahorrar sangre» y les dice a los que protestan por lo aleatorio del sorteo: «No sé cuál será la resolución de las Cortes, pero puedo decir que en ninguna disposición del proyecto me complazco más que en esta, porque la tengo por la más oportuna para *ahorrar sangre* y economizar la pena de muerte cuanto es posible» (art. 103, y debate en Tomo II, pp. 328-339 ss.). Es el *ahorrar sangre* lo que impregna toda la regulación de la pena capital<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> LÓPEZ REY, Óscar, «El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado», en *ADPCP* 2018, pp. 347 ss.

## IX. CONCLUSIÓN

Puede leerse ahora el texto del código cuyos preceptos reguladores de la pena de muerte sobrecogió a todos en la primera lectura. En verdad es una pena de muerte, pero reservada a los delitos más graves y que se ejecuta sin desigualdad social alguna, sin tortura, sin más mortificaciones, en público y en cadalso pintado de negro, sin adorno ni colgaduras que sirva para distinguir la condición social y en sitio proporcionado para muchos espectadores. El público ante el cadalso y durante la conducción al mismo en procesión no se libra de la tradición y responde a lo que se hacía siempre entre nosotros, desde Nápoles hasta las Américas. Se le cuelgan letreros, el pregonero no cesa de relatar el delito, el nombre del autor y la sentencia judicial. El cadáver apenas se expone hasta la puesta del sol, momento en el que se entrega a los familiares. Si lo que nos espanta es la pena de muerte no hay solución, pero si lo que nos conmueve en verdad era la suma de tratamientos arbitrarios desiguales y crueles de la ejecución capital hasta ese momento el Código de 1822 es un gran salto civilizatorio.

Pero el final de esta historia es bien conocido: un testigo presencial tan «ecuánime, moderado y pacífico» como dice Gaspar Gómez de la Serna que fue Ramón de Mesonero Romanos, escribe que el 13 de noviembre de 1823, seis días después de ordenar la ejecución de Riego, Fernando VII el Deseado «lanzó a la Nación en todos los horrores de la saña política, de las venganzas personales, de la persecución contra el saber y el patriotismo»<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, Gaspar, *España en sus Episodios Nacionales*, Madrid 1954, todo lo cual puede leerse en el Episodio Nacional *El Terror de 1824*, de don Benito Pérez Galdós.



# LA MUJER EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822

ANA ISABEL SERRANO ESTEBAN  
Centro de Estudios Garrigues

## I. INTRODUCCIÓN

Podríamos afirmar con Antón Oneca<sup>1</sup> que el germen del texto de 1822 podría encontrarse bajo el reinado de Carlos III, en el encargo recibido por el Consejo de Castilla en 1776 por parte del Ministro Manuel de la Roda, de recopilar en forma de Código Criminal para dar respuesta a diversas cuestiones penales que preocupaban a diversos estamentos sociales de la época, entre las que podemos distinguir, la proporcionalidad de las penas, la necesidad de conmutar la pena de muerte o la abolición de determinadas penas, como el tormento, los azotes o la confiscación, entre otras, producto de la progresiva evolución social. Dichos trabajos preparatorios fueron encomendados por el Consejo de Castilla a Manuel de Lardizábal y tras su preparación, puestos a disposición de los redactores del código.

No hay que olvidar que, debido a la gran influencia francesa de la época nos encontramos ante una tendencia codificadora, ejemplo de la misma la podemos encontrar en el artículo 258 de la Constitución Española de 1812, cuyo tenor nos indica que: «El código civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos en toda la monarquía». Desgraciadamente, y tras la designación de

---

<sup>1</sup> ANTÓN ONECA «Historia del Código Penal de 1822» en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo 18, fasc./mes 2, 1965, pp. 263-278.

dos comisiones legisladoras en 1811 y 1814, respectivamente, ese auge codificador quedó en suspenso tras la anulación de la Constitución de 1812.

Hubo que esperar hasta el reinado de Fernando VII, la restauración de la Constitución Española de 1812 y la elección de nuevas Cortes en 1820, para que el impulso codificador adquiriera un nuevo protagonismo esta vez, de la mano de una nueva Comisión creada al efecto y constituida por juristas tan relevantes como Martínez de la Rosa o Calatrava, cuyos trabajos tras diversos informes de Universidades, Colegios de Abogados o Tribunales, entre otros, dio lugar al Proyecto de Código Penal de 1 de noviembre de 1821. Dicho texto, tras los debates parlamentarios correspondientes, fue decretado el 8 de junio, sancionado por el Rey y mandado promulgar el 9 de julio de 1822<sup>2</sup> aunque su aplicación práctica fue puesta en duda, llegándose a afirmar por Alonso y Alonso, que nunca llegó a tener un uso real y efectivo<sup>3</sup> a pesar de que la Real Orden de 1822 ordenaba que el Código empezara a cumplirse en la península y en las islas adyacentes, a partir del 1 de enero de 1823<sup>4</sup>.

Cualquier estudio de la responsabilidad penal de la mujer bajo el prisma del Código Penal de 1822, exige tener presente la sociedad de la época, en este caso y como ya hemos adelantado, la España de Fernando VII<sup>5</sup>. En aquel momento, no existía una igualdad ni real ni formal entre el hombre y la mujer y, ni siquiera se pretendía. Así, en la propia Constitución Española de 1812<sup>6</sup>, se recogían como derechos que debían ser conservados y protegidos por la Nación «la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen» (art. 4) pero sin recoger la igualdad entre los mismos.

Resulta interesante observar cómo la mujer de forma expresa no merecía la consideración de española recayendo dicha cualidad, entre otros, en «todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas y los hijos de estos» y «en los extranjeros que hayan obtenido de las Cortes carta de naturaleza...» (art. 5), siendo necesario para que al extranjero le fuera otorgada la carta especial de ciudadano que «esté casado con española...» (art. 20). La mujer, por tanto, sufrió una radical exclusión de la vida política del momento, al ser

---

<sup>2</sup> ANTÓN ONECA, *Historia del Código...*, ob. cit *ut supra*.

<sup>3</sup> ALONSO Y ALONSO, «De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, febrero, 1946, p. 10.

<sup>4</sup> CASABÓ RUÍZ, «La aplicación del Código Penal de 1822», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXII, fascículo II, Madrid, 1979.

<sup>5</sup> SILVA FORNÉ, «La codificación penal y el surgimiento del Estado Liberal en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 7, 2001, pp. 233-309.

<sup>6</sup> RICOY CASAS, «Comentarios sobre el principio de igualdad y género en la Constitución de Cádiz (1812)», *Revista de Derecho Político*, núm. 82, 2011, pp. 457-486.

considerada «ser dependiente», al igual que a los menores y a los criados<sup>7</sup> y solo tenía la condición de española por haber nacido de un hombre libre y vecindado en los dominios de las Españas, y no por haber nacido en territorio español.

De este modo, nuestra primera Constitución seguía los pasos de la Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776 en la que se recogen los «derechos innatos del hombre» y de la francesa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en cuyo Preámbulo se refería a los «derechos inalienables, sagrados e imprescriptibles del hombre». A pesar de que la mujer francesa o americana de la época se rebeló contra aquella manifestación del patriarcado reclamando su derecho a constituirse en Asamblea Nacional, en la Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana redactada en 1791 por Olympia de Gouges, o a través de la vindicación de los derechos de la mujer por Mary Wollstonecraft, no existió tal rebeldía en la mujer española debido según Pérez Jaraba<sup>8</sup>, al atraso de nuestra sociedad en esta materia.

Así las cosas, no es de extrañar que se llegue a esta situación tras los pasos de los pensadores de la Ilustración, como Rousseau, quien en el capítulo V de su libro Emilio o de la educación, la mujer había sido creada para el disfrute del hombre y para su agrado.

El que fuera autor de la frase «cuanto más violentas son las pasiones, más necesarias son las leyes para contenerlos» ofrecía una visión residual de la mujer, completamente alejada de la vida pública<sup>9</sup> y centrada en el cuidado y atención de los hijos, relegada, por tanto, al ámbito doméstico mientras que el ámbito público recaía en el hombre quien ostentaba una capacidad plena para ocuparse del resto de asuntos. A pesar de haber tratado ampliamente la desigualdad física y la moral en sus obras, como así hizo en el Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad de los hombres<sup>10</sup>, siguió proyectando una imagen de la mujer sometida a los deseos del hombre, aunque haciéndola merecedora de la conservación de la fe y la virtud y a la que le correspondía «el raro gobierno sobre su gobernante»<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> PÉREZ GARZÓN, «La Pepa era solo para Pepes», en *El País*, 2012, (consulta el 20 de marzo de 2022) disponible en: [https://elpais.com/elpais/2012/03/26/mujeres/1332741720\\_133274.html](https://elpais.com/elpais/2012/03/26/mujeres/1332741720_133274.html).

<sup>8</sup> PÉREZ JARABA, «Familia y Mujer en la Constitución de 1812», en Chamocho Cantudo, M. A. y Lozano Miralles, J. (eds.), *Sobre un hito jurídico. La Constitución de 1812. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos*, Universidad de Jaén, 2012.

<sup>9</sup> RUÍZ-RICO RUÍZ, «La posición jurídica de la mujer en el contexto de la Constitución de 1812» en Chamocho Cantudo, M. A. y Lozano Miralles, J., (eds.), *Sobre un hito jurídico. La Constitución de 1812. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos*, Universidad de Jaén, 2012.

<sup>10</sup> ROUSSEAU, *Del contrato social. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad de los hombres*, Alianza Editorial, 1992.

<sup>11</sup> CALDERÓN QUINTÓS, «La mujer en la obra de Jean Jacques Rousseau», *Revista de Filosofía*, vol. 30, núm. 1, 2005.

Poco o nada se avanzó en los años posteriores, si destacamos que, con la reforma del Código Civil de 24 de abril de 1958, todavía el marido conservaba la administración de los bienes comunes aun habiéndose admitido demanda de nulidad o separación (art. 68), resaltando así la necesidad de que el marido ejerciera la potestad marital no como un derecho sino como una obligación que asumía con el matrimonio hacia la esposa, pues esta tenía una capacidad similar a la del menor emancipado que era necesario completar<sup>12</sup>.

Si la capacidad de obrar de la mujer estaba limitada y diferenciada de la del hombre, también lo era su responsabilidad penal que se asemejaba a la prevista para los hijos sujetos a la patria potestad, según resulta de lo dispuesto en los artículos 561 y 569 del Código, como tendremos ocasión de comprobar.

## II. PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

Desde el punto de vista de la parte general, existen diferencias sustanciales entre el Código de 1822 y el actual de 1995, y no solo, en lo que se refiere al catálogo de penas previstas, sino también desde la diferente respuesta punitiva que se ofrece por el legislador del primer Código Penal español, al hombre y a la mujer.

Para empezar, en el artículo 18 se castigaba como auxiliadora o favorecedora (*fautora*) y no como cómplice, a la mujer que ayudara o cooperara en la ejecución de un delito cometido por su marido, o le suministrara o proporcionara armas, instrumentos o medios para ejecutarlo, sin que se previera el mismo tratamiento para el marido que en iguales casos, auxiliara o favoreciera la ejecución del delito cometido por su esposa. Lo anterior no resulta baladí si se tiene en cuenta la rebaja sustancial de las penas, pues pasábamos a una pena inferior entre la mitad y las dos terceras partes de la prevista para los autores, según se desprende del concurso de los números primero, segundo, quinto y sexto del artículos 16 y 19 del código.

Precisamente este último nos indica que «las mugeres, hijos, nietos ó biznietos que en cualquiera de los casos primero, segundo, quinto y sexto del artículo 16 sean auxiliadores o fautores del delito cometido por sus maridos, padres u otro ascendiente en línea recta, no serán castigados sino con la mitad de la pena señaladas por la ley contra los autores del delito».

En estos casos podemos observar una suerte de «responsabilidad atenuada» en la mujer auxiliadora o «fautora» en el delito cometido por su marido

---

<sup>12</sup> LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Civitas, *Tratado teórico-práctico de Derecho civil*, volumen 1.º, tomo IV, Barcelona, 1963.

con la consiguiente rebaja de la responsabilidad criminal sin que se ofrezca ninguna justificación a esta rebaja de la pena salvo por el hecho de ser mujer.

No es la única diferencia pues si acudimos al artículo 27 del texto, se obliga a la madre, abuela y bisabuela a responder civilmente de las acciones de sus hijos, nietos y biznietos menores de diecisiete años, siempre que se encuentren en su compañía y bajo su inmediata autoridad, pero solo en los casos en los que sean viudas pues con carácter previo y excluyente, dicha responsabilidad recae sobre los padres, abuelos y bisabuelos. Además, en el mismo artículo se recoge la responsabilidad civil del marido por los actos realizados por su mujer, en cuanto alcancen los bienes que correspondan a esta, incluida la mitad de los bienes gananciales.

En el ámbito de las penas, las mismas no podrán ser condenadas a las penas de trabajos perpetuos, obras públicas o presidio siendo sustituidas las mismas por la deportación, en el primer caso, o cumpliendo el tiempo al que hubieren sido condenadas en una casa de reclusión, en los otros dos (art. 67), lo que, en opinión de De Benito Fraile<sup>13</sup>, puede considerarse una atenuación en la pena a imponer por razón de sexo, aunque más que una atenuación suponía una desigualdad punitiva por el mismo motivo pues en el artículo 67 no se recoge de forma expresa que el sexo suponga una atenuación de la responsabilidad penal sino que más bien un supuesto de «sustitución legal» de la pena al recoger el propio precepto de forma expresa, qué pena se impondrá en sustitución de la prevista inicialmente para el delito cometido y castigado con trabajos perpetuos, obras públicas o presidio.

En todo caso, supone un supuesto diferente del previsto en el artículo siguiente (art. 68), pues el mismo contemplaba el modo en el que se debían notificar y ejecutar las penas cuando la mujer se encontraba embarazada que, en todo caso, no podían tener lugar hasta pasados cuarenta días desde el alumbramiento, con la excepción de que la misma expresase su consentimiento y dejando, en todo caso a salvo, la notificación y ejecución de la pena de muerte que no podía llevarse a efecto hasta verificado el parto y superada la cuarentena.

Dicha medida tenía por objeto garantizar la supervivencia y desarrollo adecuado del recién nacido, al menos durante ese intervalo de tiempo, y la plena recuperación y bienestar de la mujer después del parto<sup>14</sup> aunque se antojaba del todo insuficiente para alcanzar una correcta crianza del mismo.

---

<sup>13</sup> DE BENITO FRAILE, «Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822» en *Foro, Nueva época*, núm. 8/2008, pp. 41-68.

<sup>14</sup> OMS, Noticias Departamentales: «La OMS insta a ofrecer atención de calidad a las mujeres y recién nacidos en las primeras semanas cruciales después del parto», 2022, disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/30-03-2022-who-urges-quality-care-for-women-and-newborns-in-critical-first-weeks-after-childbirth>.

El precepto anterior, debe completarse con lo dispuesto en el artículo 97 que se refiere a la necesidad de ejecutar, entre otras, la pena de muerte en cuanto lo permitan las circunstancias.

Así, recoge el precepto indicado: «los jueces y tribunales procurarán, en cuanto lo permitan las circunstancias, que los reos sufran la ejecución de sus sentencias, especialmente las de muerte y las demás corporales que sean oportunas para causar un escarmiento saludable...». Por tanto, esa obligación impuesta a los jueces y tribunales de ejecutar las penas «en cuanto lo permitan las circunstancias» debe entenderse referido en el caso de la mujer embarazada, a que no tendrá lugar hasta transcurridos, al menos, cuarenta días desde el alumbramiento.

Por lo demás, siendo la mujer declarada de forma expresa en el artículo 18, «auxiliadora y fautora» y no cómplice, en los casos en los que ayude o coopere en la ejecución de un delito cometido por su marido, o le suministre o proporcione armas, instrumentos o medios para ejecutarlo, le resultará aplicable el artículo 100 por el que se le impone, además, la pena consistente en ver ejecutar la pena impuesta a su marido, no así la pena de infamia también prevista, al estar expresamente exceptuada para estos casos.

Por último, se excluye de forma expresa la posibilidad de obtener el indulto en los casos en los que se cometa, entre otros, el rapto o la violación forzada de una mujer (art. 160, undécimo).

### III. PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL

Comienza en su parte primera por los denominados «delitos contra la sociedad» (arts. 188 ss.). No obstante, hay que esperar hasta el artículo 364, dentro de los delitos contra la salud pública, para observar un tratamiento específico hacia la mujer. En este precepto se impide a los que ejercieren la medicina, cirugía, farmacia, arte obstetricia o flebotomía, descubrir el nombre de la mujer que haya dado a luz un niño muerto naturalmente, para evitar el padecimiento en su honor, aunque sí deberán dar noticia al alcalde, de todo parto en el que hayan intervenido en el que haya nacido muerto algún niño, con indicación expresa de la causa de la muerte. Como se observa, el legislador de la época opta por una protección casi paternalista de la mujer y del honor de la misma, que podría verse afectado de saberse que ha dado a luz un niño muerto por causas naturales.

Es precisamente el honor de la mujer, el que dará lugar a la tipificación expresa de determinadas conductas, en las que se considerará absolutamente

necesario su salvaguardia, como veremos, por ejemplo, en el delito de raptó (art. 664 ss.).

Como indicábamos y, sin perjuicio de la tipificación expresa de determinadas conductas realizadas por la mujer, como es el caso de aquellos cometidos en su consideración de matrona (art. 424 CP), lo más llamativo es precisamente el tratamiento punitivo que efectúa el Código Penal de 1822 cuando la mujer actúa como sujeto pasivo, precisamente para salvaguardar su honor<sup>15</sup>.

Entre los anteriores, podríamos referirnos al castigo previsto al «juez de derecho ó al alcalde que seduzca ó solicite á muger que litigue, esté acusada ó procesada ante él, ó citada como testigo (art. 492), previéndose como subtipos agravados cuando «sedujese ó solicitase á mujer que se halle presa bajo su autoridad o cuando el juez incurriere en este delito «respecto de mujer de cuya causa conozca» (agravación de segundo grado). En estos casos, es claro que además de protegerse el buen ejercicio de la autoridad y de la administración (de justicia en el caso del juez), se protege el honor de la mujer que se vería afectado por tales acciones ejercidas por quien ostenta la autoridad y; por tanto, actúa en una situación de superioridad relevante sobre la víctima.

Además, se pena de forma expresa al alcaide guardia o encargado de la cárcel o casa de reclusión u otro sitio que, «seduzca ó solicite á mujer que tenga presa bajo su custodia» (art. 493) o a cualquier otro funcionario público que abuse de sus funciones para «seducir ó solicitar á mujer que tenga algún negocio ante él por razón de su empleo ó cargo» (art. 494).

La solicitud, en estos casos, va referida a la proposición de actos de naturaleza sexual, pero en el caso de la prostitución, a cambio de una remuneración económica.

En la misma línea, se castiga dentro el delito de prostitución a «toda persona que sin estar competentemente autorizada ó faltando á los requisitos que la policía establezca mantuviere ó acogiere ó recibiere en su casa a sabiendas mugeres públicas para que allí abusen de sus personas...o la que «en iguales términos se ejercitare habitualmente en este vergonzoso tráfico...». Desde luego, resulta llamativo el hecho de que el Código Penal califique de «vergonzo tráfico» el ejercicio de la prostitución, sin distinguir su carácter forzado o libre,

---

<sup>15</sup> QUESADA MORILLAS, «El delito de raptó en el primer proyecto de Código Penal al amparo de la Constitución de 1812», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, número especial, julio, 2009.

lo que redunda en la afirmación de la protección del honor<sup>16</sup> y la buena reputación como bien jurídico<sup>17</sup>.

Dentro del capítulo VI del título VII, encontramos el castigo a «las desavenencias y escándalos en los matrimonios» (arts. 569 a 572 CP) en los que se contempla las medidas a adoptar por el marido en el ejercicio de su autoridad sobre la mujer, cuando la misma incurra en las faltas de conducta recogidas en el artículo 561, referidas a los hijos sometidos a la patria potestad: se ausenten de la casa sin permiso, cometieren exceso grave, notable desacato o mostraren mala inclinación que no se corrija con amonestaciones y moderados castigos domésticos).

Se observa en este aspecto cómo la capacidad de la mujer se sigue equiparando a la de los menores sujetos a la patria potestad, al permitir el legislador ejercer sobre la misma las mismas correcciones que sobre estos<sup>18</sup>.

En el caso de reincidencia de la mujer, se pondrá a la mujer en la casa de corrección que elija el marido por un tiempo no superior a un año (art. 570).

Si el marido maltrata a la mujer («malos tratamientos a la mujer»), se prevé que sea castigado con una represión por parte del Alcalde y, en caso de reincidencia, podrá ser arrestado o puesto en una casa de corrección, con tal que no exceda de un año de duración.

Obsérvese la desigualdad existente en la pena prevista en ambos supuestos pues la desobediencia al marido («notable desacato»), coloca a la mujer en una situación de poder ser reprendida mientras que, en el caso del marido, debe haber causado un maltrato a su esposa producto del más allá justo ejercicio de su autoridad.

Es también en el título primero de la parte segunda del Código Penal de 1822, denominado «De los delitos contra las personas», donde se aprecia el carácter protector del código con la mujer en atención a su debilidad natural, al exceptuar de la pena prevista para el asesinato, a la mujer soltera o viuda no corrompida y de buena fama, que habiendo tenido un hijo ilegítimo lo matase dentro de las veinticuatro horas siguientes al nacimiento, cuando no haya podido dar a luz en una casa refugio ni exponerle con reserva, con la única finalidad de ocultar o encubrir su fragilidad evitándole, de esta forma, la pena de muerte. En la misma línea, se castiga con una pena de uno a cinco

---

<sup>16</sup> ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, 2006.

<sup>17</sup> MASFERRER DOMINGO «La pena de infamia en la codificación penal española», 1998, disponible en: <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/20/10/03masferrerdomingo.pdf>.

<sup>18</sup> TAPIA BALLESTEROS, «Posición de la mujer en el Código Penal de 1822 e incorporación del “género” como circunstancia sospechosa de discriminación (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo): ¿Se ha avanzado hacia la igualdad?», 2017, disponible en: <https://cutt.ly/dGkba0j>.



años de reclusión, cuando la mujer se provoca su aborto por los mismos motivos descritos (art. 640).

Si la pena por el homicidio voluntario sin premeditación y movido por una ofensa, injuria o deshonra grave era la de reclusión de dos a diez años, y cuatro más de destierro (art. 623); en el caso de que la muerte la llevare a cabo el marido cuando sorprendiere a la mujer en un acto carnal con un hombre, alcanzaba a la de arresto de seis meses a dos años y la destierro, por tiempo entre dos y seis años más veinte leguas en contorno (art. 619). Como se aprecia, la diferencia punitiva es considerable, al igual que la justificación para tal rebaja: la deshonra del marido provocada por la mujer, como bien jurídico protegido<sup>19</sup>.

Y es el honor u honestidad el bien jurídico que resulta afectado con el delito de raptó realizado con el propósito de abusar de una mujer casada haciéndose depender la duración de la pena de destierro a la vida del marido afectado (art. 669). No obstante, si la mujer fuera pública las penas previstas quedarán reducidas a la mitad (art. 670).

También lo es en el delito de adulterio (art. 683) en el que la mujer, además de perder todos los derechos de la sociedad conyugal que le pudiesen corresponder, estaba sujeta a una pena de reclusión de hasta diez años de duración, y cuya concreción se hacía depender de la voluntad del marido.

Es necesario indicar que solo podía ser sujeto activo del delito de adulterio la esposa y el cómplice de esta, no así el marido al que no se le podía acusar de adúltero. Además, era al único al que se le reconocía la facultad de acusar a su esposa, no ya de perdonarla como ocurría en el Fuero Real, el Fuero Juzgo o en Las Partidas<sup>20</sup>.

Respecto al amante de la esposa, y a pesar de realizar la misma conducta necesaria para que surgiera el delito de adulterio, no se le consideraba autor sino cómplice, aunque sufría las mismas penas de reclusión y, además, el destierro del lugar mientras viviera el marido, lo que no solo suponía un doble juicio de valor<sup>21</sup>, sino que reforzaba la idea de que con este delito se castigaba la ofensa producida al honor del marido, y no la honestidad o la moral colectiva<sup>22</sup>.

Como ya hemos indicado, el marido era el único que podía denunciar a la esposa por adulterio, pero existían tres supuestos en los que no era posible: a) cuando hubiere consentido el adulterio, b) si de forma voluntaria y ar-

<sup>19</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1994.

<sup>20</sup> COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, «Algunas consideraciones sobre el delito de adulterio: un proceso de finales del siglo XVIII», *Cuadernos de Historia del Derecho*, 20, 2013, pp. 331-352.

<sup>21</sup> ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia...*, ob. cit., p. 40.

<sup>22</sup> VAELLO ESQUERDO, «El delito de adulterio», 1976, p. 84, disponible en: <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/12321/1/EI%20delito%20de%20adulterio.pdf>.

bitraria la separa de su lado y habitación contra la voluntad de esta o hubiere abandonado de la misma forma, y c) si tuviere a otra mujer (manceba) conviviendo en la misma casa que su esposa.

Así, aunque el hombre mantuviera una relación sentimental con otra mujer con la que conviviera en el mismo domicilio que compartía con su legítima esposa, no podía ser acusado de adúltero, pero sí por la cohabitación a la pena de arresto de dos a ocho meses y a la reparación del daño. La manceba, era desterrada. Como se observa, la desproporción punitiva y desigualdad en ambos hechos era más que evidente, sobre todo si traemos a colación la falta de reciprocidad en el artículo 619 respecto de la muerte de la mujer a manos del esposo cuando fuera sorprendida en acto carnal con otro hombre. No puede sorprendernos si partimos de una sociedad organizada por sexos en el que la mujer se encontraba en una posición jerárquicamente inferior a la del marido, y volcada en una escala de valores en interés de este<sup>23</sup>.

Respecto a la prueba del consentimiento del adulterio, nada se dice pues no define el código en qué consiste o qué debe entender como tal, y queda en una gran imprecisión pues podría admitirse como tal, cualquier acto inapropiado a los ojos del marido si lo interpretamos en relación con el artículo 619, al castigar el homicidio voluntario de la mujer que fuera sorprendida por el marido, no ya realizando un acto carnal sino otro deshonesto y aproximado o de preparación de este.

Por último, vamos a referirnos al estupro, que se encontraba castigado también en el capítulo V, del título I denominado «Del adulterio y del estupro alevoso» y previsto entre los artículos 686 y 689 del código.

El tipo básico del estupro recogido en el artículo 686 del código castiga al que «abuse deshonestamente de una mujer casada ó desposada, haciéndole creer sinceramente, por medio de algún engaño ó ficción bastante para ello, que es su marido ó su esposo legítimo».

Este artículo castiga el abuso deshonesto de una mujer casada o desposada, sin que tenga que consistir en el acceso carnal con la misma, pues el tipo no especifica que dicho abuso suponga yacer con la mujer.

Es reseñable el que se refiera a mujer casada o desposada, aunque sin especificar su carácter público o no. En este aspecto, podemos entender que no es necesario hacer dicha distinción, pues si el legislador lo hubiera querido así, lo habría hecho como hace en el artículo 688.

---

<sup>23</sup> GARCÍA ALBERO «Las perspectivas de género en Derecho Penal: algunas reflexiones» en VV. AA., *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, p. 463.

En la misma línea, el artículo 687 castiga el estupro sobre mujer casada suministrándole licores u otras sustancias que la dejen afectada o incluso privada de sentido y también, a quien cometa este delito contra cualquier otra persona que no sea mujer pública (en el sentido de mujer soltera); y el artículo 688, cuando el abuso se produzca mediante matrimonio simulado, aunque en este ya se distingue según la víctima sea mujer pública o no, con la consiguiente diferencia punitiva.

En último término, el artículo 689 sanciona el estupro cometido mediante casamiento celebrado estando ya el hombre previamente casado u ordenado religiosamente, aunque se hace depender de que la víctima haya sido efectivamente engañada y, que no se ramera conocida como tal.

La distinción que se hace en el estupro entre mujeres públicas y el resto de las víctimas, no es baladí, pues cuando la mujer no ejerce la prostitución el delito se considera mucho más grave y así se refleja en las consecuencias penológicas previstas por el legislador.

Igualmente, por ejemplo, en el artículo 688 cuando el estupro se cometía sobre mujer no ramera conocida como tal, engañándola real y efectivamente mediante matrimonio fingido, la pena prevista era la de obras públicas por tiempo entre ocho y doce años, además del destierro por el mismo tiempo. En cambio, cuando la víctima era ramera, la pena quedaba reducida a entre tres y seis años de obras públicas, y cuatro años más de destierro del lugar donde el delito se hubiera cometido, mientras la mujer viva.

Esta diferencia redundaba aún más en la consideración de la honestidad como bien jurídico protegido, y que implicaba que la mujer de forma alguna hubiere provocado al estuprador<sup>24</sup>, lo que determinaba que la misma fuera sometida a un riguroso juicio de su comportamiento.

Hay que destacar, que se contempla el concurso real entre el delito de bigamia (castigado en el artículo 543 con penas de cinco a ocho años de obras públicas) y el de estupro en el artículo 689 al indicar que: «el que abuse de una mujer engañándola por medio de casamiento que celebre con ella mientras se encuentre casado con otra ó siendo de orden sacro ó regular profeso, sufrirá además de las penas de bígamo según el capítulo tercero, título sétimo de la primera parte, el resarcimiento de perjuicios, y dos años mas de obras públicas, como estuprador alevoso, siempre que la mujer haya sido efectivamente engañada, y no sea ramera conocida como tal». Como podemos observar, la respuesta punitiva dada por el legislador es considerable.

---

<sup>24</sup> ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia...*, ob. cit.

#### IV. CONCLUSIONES

A lo largo del análisis del articulado del Código Penal de 1822, hemos podido comprobar el diferente tratamiento punitivo dado al hombre y la mujer a partir del reconocimiento una «responsabilidad atenuada» sin más justificación que el hecho de ser mujer.

Desde el punto de vista de la parte general del derecho penal, el código no solo contemplaba penas que no podían ser impuestas a las mujeres: trabajos perpetuos, obras públicas o presidio sino además no eran consideradas como cómplices en los delitos de sus maridos sino auxiliadoras o fautoras.

Además de existir excepciones en las notificaciones de las penas a la mujer embarazada, se prohibía el indulto en determinados delitos que afectaban a la honestidad de la mujer.

Desde el punto de vista de la parte especial del Código Penal, podemos afirmar que se aprecian penas más atenuadas para la mujer en aquellos casos en los que se partía de su fragilidad mental natural, como sucedía en el delito de asesinato, mientras que la respuesta ofrecida por el legislador aumentaba en aquellos delitos en los que se la hacía responsable de la honradez y honestidad de la familia.

Por otra parte, no solo no se pretendía frenar el maltrato a la mujer, sino que se permitían las correcciones del marido a su esposa en ejercicio de su autoridad. Si la mujer reincidía en su desacato, era enviada a una casa de corrección por un tiempo máximo de un año, a discreción del marido.

En los delitos en los que resultaba afectada la honestidad, la desigual responsabilidad criminal era patente, como sucedía en los delitos de adulterio y amancebamiento.

Por último, el delito de rapto merecía penas diferentes en atención a si la víctima era honesta o no lo era (mujer pública) al entender que la ofensa sufrida era mayor si estaba casada o si no ejercía la prostitución.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, 2006.

ALONSO y ALONSO, «De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, febrero, 1946, p. 10.

ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822» en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo 18, fasc./mes 2, 1965, pp. 263-278.

CALDERÓN QUINTÓS, «La mujer en la obra de Jean Jacques Rousseau», *Revista de Filosofía*, vol. 30, núm. 1, 2005.

- CASABÓ RUÍZ, «La aplicación del Código Penal de 1822», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXII, fascículo II, Madrid, 1979.
- COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, «Algunas consideraciones sobre el delito de adulterio: un proceso de finales del siglo XVIII», *Cuadernos de Historia del Derecho*, 20, 2013, pp. 331-352.
- DE BENITO FRAILE, «Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822» en *Foro, Nueva época*, núm. 8/2008, pp. 41-68, disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/FORO0808220041A/13518>.
- GARCÍA ALBERO «Las perspectivas de género en Derecho Penal: algunas reflexiones» en VV. AA., *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1994.
- LACRUZ BERDEJO, Derecho de familia. El matrimonio y su economía, Civitas, Tratado teórico-práctico de Derecho civil, volumen 1.º, tomo IV, Barcelona, 1963.
- MASFERRER DOMINGO «La pena de infamia en la codificación penal española», 1998, disponible en: <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/20/10/03/masferrerdomingo.pdf>.
- OMS, Noticias Departamentales: «La OMS insta a ofrecer atención de calidad a las mujeres y recién nacidos en las primeras semanas cruciales después del parto», 2022, disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/30-03-2022-who-urges-quality-care-for-women-and-newborns-in-critical-first-weeks-after-childbirth>.
- PÉREZ GARZÓN, «La Pepa era solo para Pepes», en *El País*, 2012, (consulta el 20 de marzo de 2022) disponible en: [https://elpais.com/elpais/2012/03/26/mujeres/1332741720\\_133274.html](https://elpais.com/elpais/2012/03/26/mujeres/1332741720_133274.html).
- PÉREZ JARABA, «Familia y Mujer en la Constitución de 1812», en Chamocho Cantudo, M. A. y Lozano Miralles, J. (eds.), *Sobre un hito jurídico. La Constitución de 1812. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos*, Universidad de Jaén, 2012.
- QUESADA MORILLAS, «El delito de raptó en el primer proyecto de Código Penal al amparo de la Constitución de 1812», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, número especial, Julio, 2009.
- RICOY CASAS, «Comentarios sobre el principio de igualdad y género en la Constitución de Cádiz (1812)». *Revista de Derecho Político*, núm. 82, 2011, pp. 457-486.
- ROUSSEAU, *Del contrato social. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad de los hombres*, Alianza Editorial, 1992.
- RUÍZ-RICO, RUÍZ, «La posición jurídica de la mujer en el contexto de la Constitución de 1812» en Chamocho Cantudo, M. A. y Lozano Miralles, J., (eds.), *Sobre un hito jurídico. La Constitución de 1812. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos*, Universidad de Jaén, 2012.

■ ESTUDIOS SOBRE EL CÓDIGO PENAL DE 1822 EN SU BICENTENARIO

SILVA FORNÉ, «La codificación penal y el surgimiento del Estado Liberal en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.<sup>a</sup> época, núm. 7, 2001, pp. 233-309.

TAPIA BALLESTEROS, «Posición de la mujer en el Código Penal de 1822 e incorporación del “género” como circunstancia sospechosa de discriminación (Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo): ¿Se ha avanzado hacia la igualdad?», 2017, disponible en: <https://cutt.ly/dGkba0j>.

VAELLO ESQUERDO, «El delito de adulterio», 1976, disponible en: <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/12321/1/El%20delito%20de%20adulterio.pdf>.

# **PENAS IMPUESTAS A LAS MUJERES Y SU EJECUCIÓN CON EL CÓDIGO PENAL DE 1822**

GEMA MARTÍNEZ GALINDO  
Universidad Internacional de La Rioja

En nuestra codificación, el Código Penal de 1822 fruto de las ideas ilustradas y humanistas de la Constitución de Cádiz es clave para entender el profundo cambio que se produjo en la reclusión femenina, pasando de un fundamento religioso, a uno judicial y, por último, penitenciario que se consolida durante el siglo XIX y principios del XX.

## **I. MARCO PUNITIVO FEMENINO CON LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1822**

La guerra de la independencia contra los franceses no impidió que las Cortes se reunieran en la plaza sitiada de Cádiz y que iniciaran la gran transformación política, social y económica que llevaron a cabo en España, dando lugar a un régimen liberal-constitucional. La Constitución promulgada el 19 de marzo de 1812 (conocida como «la Pepa»), supone la piedra angular de todo el liberalismo español y fue la reforma política más importante que motivó, como consecuencia de ella, la reforma administrativa, social, económica.

Después de aprobada la Constitución comenzó un proceso legislativo orientado a continuar con la tarea iniciada por las Cortes de Cádiz y la derogación del régimen absolutista de Fernando VII. Este periodo es conocido como Trienio constitucional, en el que las Cortes tuvieron un desarrollo desde marzo de 1820 a septiembre de 1823, siendo elaboradas varias leyes. En el

ramo penal era imperiosa la necesidad de reformar la arcaica, confusa y dispersa legislación que regía en esta materia y ya en el Decreto de 2 de diciembre de 1819 se recogían las razones que abonaban la formación de un Código criminal, en el que se clasificaran «con propiedad y exactitud los delitos con que se perturba el orden público y la seguridad individual y se determine de modo claro y positivo las penas correspondientes para el castigo de los reos y escarmiento de los demás».

Todo ello dio lugar a que se redactara el primer Código Penal español, siendo decretado el texto por las Cortes el 8 de junio, y sancionado por el Rey y mandado promulgar el 9 de julio de 1822, siendo Ministro de Gracia y Justicia Nicolás María Garelli y Battifora, señalándose su entrada en vigor para el 1 de enero de 1823.

El hecho de que existiera un Código Penal que concretase delitos y castigos o penas hizo que la reclusión, y en concreto la femenina, tuviese un marco normativo que requería, por primera vez, de la comisión de un delito y la actuación de un órgano judicial. Téngase en cuenta que nos encontramos en un momento histórico en el que se estaba superando el fundamento de la reclusión del Antiguo Régimen en el que se concebía la privación de libertad como mero depósito de acusados, en espera de juicio, o de condenados en ejecución de las penas o castigos impuestos (que en su mayoría eran la condena a muerte, penas corporales, vergüenza pública y destierro), y en el que la cárcel pública era un lugar de convivencia de hombres y mujeres, insalubre e inhumano, con una mezcolanza de ingresos por cualquier motivo, no solo el delictual.

El panorama de reclusión femenina con el que se encontraron los legisladores ilustrados en los albores del siglo XIX era un internamiento esencialmente religioso y moralizante instituido en nuestro país desde finales del siglo XVI por las obras del protomédico de galeras el Doctor Pérez de Herrera en 1598<sup>1</sup> y la monja bernarda Magdalena de San Gerónimo en 1608<sup>2</sup>, cuyas ideas dieron lugar a la creación de una reclusión en centros denominados «Casas Galestras» o «Galera Real» de mujeres para aquellas féminas delincuentes y para las simplemente inmorales o prostitutas, sin necesidad de comisión de ningún delito, a fin de instruir las, educar las y orientar las hacia el camino recto, según se decía en las obras creadas por ellos. Era una etapa en la que se concebía el

---

<sup>1</sup> Vid. PÉREZ DE HERRERA, «Discursos del amparo de los legítimos pobres, y reducción de los fingidos: y de la fundación y principio de los Albergues de estos Reynos, y amparo de la milicia dellos», Madrid, 1598, Biblioteca Nacional, signatura U. 1058, Discurso cuarto *De la forma de reclusión y castigo para las mujeres vagabundas y delinquentes de estos Reynos*.

<sup>2</sup> Vid. SAN GERONYMO, «Razon, y forma de la galera y cafa real, que el rey nueftro señor manda hazer en eftos reynos, para caftigo de las mugeres vagantes, ladronas, alcahuetas y otras femejantes», que dedica a Felipe III en 1.º de octubre de 1.608, Valladolid, Biblioteca Nacional, signatura R. 8812.



encierro con una finalidad inmediata de servir como instrumento de prevención social, con una preocupación esencialmente moralizadora y religiosa, y con un propósito de castigar, aunque también corregir, la naturaleza viciada de la mujer.

Pensar en la actualidad en ideas como la moralidad en la mujer, la consideración de nuestra concepción femenina como seres débiles e incapaces de decidir su vida, la discriminación por razones de género<sup>3</sup> o las peculiaridades antropológicas de la mujer en contraste con el hombre que motivaba que una religiosa tuviera que crear un lugar específico de reclusión para las mujeres, genera cierta indignación viéndolo desde el prisma actual, pero tenemos que situarnos en un contexto social e histórico en el que el ideario cristiano guiaba a la sociedad, y más aún en el ámbito femenino, con mujeres sometidas siempre a las decisiones del padre o marido y a la moral predominante, lo que unido al aumento que a finales del siglo XVI se produjo de la prostitución y la pequeña delincuencia femenina en general condujeron a crear para ellas, cuando no eran condenadas a pena de muerte, un castigo que, según se decía, se asemejase en rigor y severidad al que se imponía a los hombres, que eran condenados a remar en los barcos del Rey (galeras).

Cuando comenzó la elaboración de la primera legislación penal en nuestro país, este tipo de encierro si bien había sido matizado, con una finalidad más humana y menos religiosa o moral, con la Ordenanza de Luis Marcelino Pereyra para la Galera de Valladolid de 1796<sup>4</sup>, en la que ya se comenzaba a hablar del internamiento por la comisión de delitos, no de pecados, lo cierto es que seguía predominando el ideario religioso en la gobernanza y régimen de estos centros que había motivado su creación. Hay que tener en cuenta que el Código Penal de 1822 nace en el contexto de una legislación cerradamente confesional aunque, al tiempo, en lucha contra el status de la Iglesia Católica, que denota una permanencia de esas ideas religiosas con un sistema punitivo muy severo propio de la época que, claramente, afectó a la reclusión femenina, pues aunque era más humana que en épocas anteriores seguía marcadamente impregnada de los sentimientos católicos de la moral, la decencia y la penitencia cristiana.

Sin embargo, tanto la Constitución de Cádiz promulgada en 1812 como el Código Penal 1822, y las ideas liberales, humanistas y reformadoras del sistema penal motivaron que se instaurara la idea de llevar a cabo un profundo

---

<sup>3</sup> La consideración de la mujer como el sexo débil se mantuvo en el Código Penal de 1822, por ejemplo, cuando se recoge una circunstancia agravante genérica para los delitos contra las personas, prevista en el artículo 106 en su apartado noveno cuando la persona ofendida sea del sexo femenino.

<sup>4</sup> Vid. PEREYRA, «Ordenanza de la Casa Galera de Valladolid», publicada el 16 de agosto de 1796.

cambio en la reclusión femenina, pues aunque la derogación legislativa del Trienio Constitucional fue decretada el 1 de octubre de 1823, tan solo diez meses después de la entrada en vigor, este primer compendio marcó las siguientes décadas y, en el ámbito femenino, dio lugar al comienzo de la época penitenciaria propiamente dicha, concretando qué penas podían imponerseles a las mujeres, pues había exclusiones respecto de las de los hombres, y su ejecución. Como acertadamente decía Antón Oneca, desde el punto de vista actual, este Código Penal de 1822 tiene «aspectos de modernidad superiores a sus sucesores»<sup>5</sup>.

La lectura del Código Penal de 1822 llama la atención por las similitudes con la legislación actual en muchos apartados y su claridad expositiva. El capítulo III, artículos 28 a 100, titulado «De las penas y sus efectos, y del modo de ejecutarlas» recoge por primera vez una enumeración de las penas que deben imponerse por la comisión de comportamientos delictivos y cómo deben ejecutarse. En el artículo 28 se diferencia entre penas corporales (muerte, trabajos perpetuos, deportación, destierro perpetuo del territorio español, obras públicas, presidio, reclusión en una casa de trabajo, ver ejecutar una sentencia de muerte, prisión en una fortaleza, confinamiento en un pueblo o distrito y destierro perpetuo de un pueblo o distrito), penas no corporales (infamia, inhabilitaciones, privaciones y suspensiones de derechos, el arresto, la sujeción a vigilancia de las autoridades, retractación, la satisfacción, el apercibimiento y la reprehensión judicial, escuchar públicamente la sentencia, la corrección en alguna casa para mujeres y menores de edad) y penas pecuniarias (multa y pérdida de efectos).

De ellas, el artículo 67 indica que las mujeres no podían ser condenadas a trabajos perpetuos, obras públicas ni a presidio, de forma que «si cometieren delito á que esté impuesta la pena de trabajos perpetuos, serán deportadas, y si incurrieren en la de obras públicas ó presidio, sufrirán el tiempo respectivo en una casa de reclusión».

En consecuencia, las penas corporales que se aplicaban a mujeres solo podían ser la de muerte, deportación, destierro perpetuo del territorio español, reclusión en una casa de trabajo (que era la Galera de mujeres, y que, como establecía el artículo 59, solo podía tener una duración máxima de 25 años –a diferencia de los hombres, que era perpetua– quedando la pena no corporal de corrección en alguna casa para mujeres para los casos más leves), ver ejecutar una sentencia de muerte, prisión en una fortaleza (aplicando en el mismo sen-

---

<sup>5</sup> ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 18, fascículo 2, 1965, p. 267.

tido, la reclusión en la Galera), confinamiento en un pueblo o distrito y destierro perpetuo de un pueblo o distrito. Y la aplicación tenía un marcado sentimiento paternalista, pues el artículo 68 del Código impedía la ejecución (e, incluso, la mera notificación) de cualquier pena impuesta en Sentencia a una mujer embarazada hasta que pasase la cuarentena, a no ser que ella misma lo permitiese, salvo que fuera condena a muerte que, aunque consintiera, en ningún caso se ejecutaría hasta no dar a luz y pasada dicha cuarentena.

Por otro lado, en cuanto a las penas no corporales o las pecuniarias, no se realiza exclusión alguna para las mujeres, a excepción del lugar de cumplimiento de la pena de arresto que, según establecía el artículo 77, podrían «ser arrestadas en su propia casa las mugeres honestas, las personas ancianas o valetudinarias, y las que vivan de algun arte, profesion ú oficio doméstico». Fuera de estos supuestos, el arresto se cumplía en la cárcel pública, aunque se preveía la separación de los presos preventivos, es decir, los procesados o acusados por delitos y de los hombres y mujeres, convirtiéndose en la reclusión en Galera si se quebrantaba dicho arresto.

El marco punitivo a imponer a la mujer, por tanto, con el primer Código Penal era, esencialmente, condena a muerte –prevista en los artículos 37 a 46<sup>6</sup>– para los casos más graves<sup>7</sup> como los delitos de homicidio y asesinato «voluntario» de los artículos 605 y siguientes; reclusión en la Galera para los delitos graves (como, por ejemplo, reclusión de 15 a 25 años por dar muerte una mujer soltera o viuda a un hijo ilegítimo en las 24 horas siguientes al nacimiento para encubrir su fragilidad y cuando no ha podido dar a luz en casa refugio y cuando tuviera buena fama anterior a este hecho –artículo 612–, provocar el aborto de una mujer con reclusión de dos a seis años –artículo 639– o los delitos de lesiones –arts. 641 y siguientes); y para los delitos leves con una pena inferior a un año como la desobediencia o desacato reiterado de la mujer respecto de su marido (art. 570) o escándalo mutuo (art. 572), la pena de reclusión en una casa de corrección.

Y, como ha descrito Tapia Ballesteros, el delito por antonomasia que englobaba el carácter moral y religioso del tratamiento a la mujer en el Código Penal de 1822 era el de adulterio del artículo 683, en el que «la conexión entre la conducta deshonrosa de la mujer y la violación del honor del marido, como

<sup>6</sup> Se establece en estos preceptos que la ejecución será pública, mediante garrote, sin tortura alguna ni otra mortificación previa de la persona, y se anunciará el día y hora mediante carteles, permitiendo solamente orar a los ministros de la religión que le acompañen.

<sup>7</sup> Precisamente en esta época, como indica VON HETING, en *La pena II, las formas modernas de aparición* traducción al castellano y notas de Rodríguez Devesa, Madrid, 1968, p. 186, es el inicio de la pena privativa de libertad, pues «la crisis de la pena de muerte encontró así su fin, porque un método mejor y más eficaz, excepción hecha de pocos de los casos más graves, ocupaba su lugar».

bien jurídico protegido por el precepto, resultaba tan evidente que solo podía iniciarse la persecución de la mujer de manos de la petición del hombre»<sup>8</sup>. En estos casos, la pena era de reclusión «por el tiempo que quiera el marido, con tal que no pase de diez años», añadiendo el citado precepto que «si el marido muriere sin haber pedido la soltura, y faltare mas de un año para cumplirse el término de la reclusion, permanecerá en ella la muger un año despues de la muerte del marido; y si faltare menos tiempo, acabará de cumplirlo».

Ello además de que, cuando la mujer era sujeto pasivo en los tipos penales la determinación final de la pena se diferenciaba en función de que se tratara de mujer honrada o «ramera», por ejemplo, en el caso del ultraje público (art. 673), del abuso deshonesto de una mujer (arts. 543 y 688) o de las injurias (art. 715).

## II. FUNDAMENTO DE LA RECLUSIÓN FEMENINA Y NORMATIVA REGULADORA

Fruto de este periodo legislativo y que existía ya una normativa penal que determinaba cuáles eran las penas de reclusión impuestas a las mujeres por la comisión de delitos, no reflejando internamiento por hechos simplemente contrarios a la moral o la religión, comenzó a producirse en la práctica una discreta diferenciación en los lugares de reclusión de las mujeres ociosas, mendigas y vagabundas de que hablaba Magdalena de San Gerónimo, o que habían cometido delitos menores a los que me he referido, a las que se recluía en la Casa de Corrección de San Fernando del Jarama, o en hospicios o casas de recogidas, mientras que a las delincuentes mayores (o penadas por delitos de más entidad pero no condenadas a muerte) y las reincidentes (o como también se denominan, incorregibles) se las recluía en las casas de corrección o Galeras, con un fundamento de cumplimiento de las penas impuestas por un órgano judicial<sup>9</sup>, con base en una normativa penal y estando dichos establecimientos bajo esa autoridad judicial y no religiosa. Junto a ellas, en las cárceles comunes permanecían aquellas mujeres que tenían la condición de encarceladas o

---

<sup>8</sup> TAPIA BALLESTEROS, «Posición de la mujer en el Código Penal español de 1822 e incorporación del “género” como circunstancia sospechosa de discriminación (Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo): ¿se ha avanzado hacia la igualdad?», en *Revista Mora*, aceptada el 5 de agosto de 2015, vol. 23, núm. 1, julio 2017, p. 6.

<sup>9</sup> PEREYRA, *op. cit.*, p. 15, afirma que ninguna presa es recibida en la galera «sino en virtud de Real Orden o de sentencia, o auto definitivo bien de esta superioridad exequible por su naturaleza, o mandada ejecutar, bien de Juez por ella comisionado, justicia ordinaria o adelantada del distrito, consultada y devuelta para su ejecución, o mandada notificar y pasada con anterioridad de cosa juzgada».

preventivas, a la espera de que se celebrase el correspondiente juicio para dirimir su responsabilidad penal o en espera de la ejecución de la pena capital.

Los lugares de reclusión, por tanto, eran aparentemente distintos y junto a las normas que se comienzan a aprobar en el ámbito carcelario, se comienza a forjar un encierro reglamentado y penitenciario como reacción frente a delitos, dejando atrás esa idea moralizante de prevención social, aunque tuvieron que pasar varias décadas para consolidar esa nueva concepción, hasta el 9 de junio de 1847 cuando se aprueba el Reglamento para las Casas de Corrección de mujeres del Reino, que supone el inicio de la época legal (pues es la primera y auténtica reglamentación que se dicta en España para las cárceles de mujeres) y penitenciaria propiamente dicha (ya que se dicta para regular el cumplimiento de las penas privativas de libertad), con la secularización de estos establecimientos, a pesar de algunos visos religiosos que todavía se mantenían y pudieran dar a entender lo contrario y con la idea de que la prisión debe, fundamentalmente, corregir. Finalmente, con la disposición reguladora de la Penitenciaría Central de Alcalá de Henares de 1882 se pasa, dentro de la clasificación que hace García Valdés de la etapa religiosa y luego judicial a la, finalmente, penitenciaria<sup>10</sup>.

No se habla ya de la mujer como portadora del mal, a la que había que castigar y moralizar, sino de la delincuente que había cometido algunas de las conductas reflejadas en el Código Penal a la que había que corregir y recuperar para la sociedad, mediante el trabajo, la instrucción y enseñanza elemental.

Paralelamente, se produce un progresivo acercamiento de las prisiones de mujeres a las de hombres y a la equiparación entre ambos sexos en la ordenación de las cárceles y establecimientos que alabó Concepción Arenal<sup>11</sup>. La Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834, como afirma Castejón, marca la línea divisoria en el estudio de la legislación penitenciaria española<sup>12</sup>. La convergencia normativa culmina con la unificación de las regulaciones penitenciarias con el Real Decreto de 1913, que se mantiene hasta nuestros días<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> GARCÍA VALDÉS, «Las Casas de Corrección de mujeres: un apunte», en VV. AA., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, libro homenaje al profesor Torío López, Granada, 1999, pp. 587-592. Vid. también, GARCÍA VALDÉS, *Del presidio a la prisión modular*, Madrid, 1997 p. 25.

<sup>11</sup> Vid. ARENAL, «El visitador del preso», en *Obras Completas*, tomo XIII, moderna edición, Madrid, 1946 (1.ª edición 1891), p. 168, afirmaba que lo precisado respecto al hombre penado era aplicable también a la mujer, añadiendo que era un error tanto «en la prisión como fuera de ella, establecer entre el espíritu del hombre y el de la mujer diferencias esenciales».

<sup>12</sup> CASTEJÓN, *La legislación penitenciaria española*, Madrid, 1914, p. 2.

<sup>13</sup> Con el Real Decreto de 5 de mayo de 1913 se cierra, como afirma GARCÍA VALDÉS, en *Régimen penitenciario de España (Investigación histórica y sistemática)*, Madrid, 1975, p. 37, «una muy trascendente época de su historia legislativa y regimetal».

Con el Código Penal de 1822 la situación de la mujer reclusa en esa España se basaba ya, por tanto, en esa idea de encierro como reacción frente a hechos ilícitos. Sin embargo, hubo poblaciones en las que tardaron en fundarse Galeras o casas de trabajo, como indicaba el Código Penal, específicas de mujeres, lo que ocasionaba que fuesen destinadas a las cárceles públicas, no siempre con la debida separación por sexos, contraria a lo que había dispuesto el artículo 59 de ese Código Penal, que preveía, expresamente, esa separación.

Así ocurrió, por ejemplo, en Burgos, como puso de manifiesto Howard en la visita realizada a la prisión pública<sup>14</sup>, ciudad en la que no se creó casa de corrección para mujeres hasta 1836 como también en Mallorca, Tarragona, Málaga y Murcia. Por el contrario, ya desde hacía tiempo había Galeras en Madrid, Barcelona, Córdoba, Salamanca, Valencia, Valladolid, Zaragoza, Zamora, y Pamplona, entre otras ciudades.

La ejecución, por tanto, de las penas de encierro para las mujeres era bastante caótica, y se tardaron en cumplir las exigencias de la legislación penal, pues los manuscritos y legajos de esas primeras décadas del siglo XIX demuestran que se producía una gran confusión respecto al lugar de reclusión. Los Jueces y Tribunales (los Alcaldes de Casa y Corte), enviaban a los hospicios, casas de recogidas y casas de corrección tanto a las jóvenes viciosas y vagabundas (que no era el espíritu legislativo) como a las que habían cometido delitos leves y graves (fundamentalmente en aquellos lugares en que no había Galera), y a las Galeras, las prostitutas y vagabundas (cuando las casas de recogidas estaban llenas). Esto motivó que, incluso, se confundieran los términos y que volviera a presentarse el problema de convivencia ya surgido en los siglos anteriores, que el legislador quiso evitar: el intercambio de costumbres, pues la delincuente se enseñaba de la prostituta, y esta, a su vez, aprendía el oficio de la delincuencia. Todas las instituciones (casas de recogidas, hospicios, casas de corrección) para refugio y amparo de mujeres en las que los ilustrados habían cifrado sus esperanzas acabaron por tener más que ver con el sistema penitenciario que con el de beneficencia y asistencia social pretendido.

Asimismo, la confusión de establecimientos también dio lugar a que tanto las Galeras como esos otros lugares asimilados se rigieran por las mismas normas: por el Tratado de Magdalena de San Gerónimo, ya obsoleto, por algún capítulo de la Ordenanza de Pereyra para la Galera de Valladolid y por las diferen-

---

<sup>14</sup> Vid. HOWARD, *Etat des prisons, des hopitaux et des maisons de force*, tomo II, París, 1788, p. 21, relata la visita a la prisión pública de Burgos, que lleva a cabo el 8 de abril de 1783, que había 145 hombres y 7 mujeres, estando estas encerradas en sus cámaras o cuartos. El reformador inglés narra, también, que existían cepos o cadenas para el castigo de las faltas contra el orden cometidos en ellas y que no había en el establecimiento sala de torturas.

tes Ordenanzas creadoras de cada una de las Casas-Galeras fundadas en España, como la de Valencia<sup>15</sup>, careciendo de una disposición unitaria y común.

No es hasta el Reglamento de Casas de Corrección de 1847, el Código Penal de 1848 y la posterior Ley de Prisiones de 1849, cuando comienza a observarse una verdadera separación de las delincuentes, pues estas normas determinan que todas las condenadas a pena privativa de libertad superior a arresto, independientemente de cual fuese esta, la cumplirían en las antiguas Galeras, ya denominadas Casas de Corrección de mujeres (aunque el término ya venía empleándose antes incluso de que se promulgase ninguna norma, como ocurría en la Galera de Madrid), repartidas a lo largo de 13 localidades de la geografía española (pasando después a 10), mientras que las penas de arresto menor o mayor que también podían ser impuestas a las féminas delincuentes eran ejecutadas en otros lugares, como en los depósitos municipales y en las cárceles de partido o de capitales de Audiencia, existiendo en esta época departamentos separados de hombres y mujeres.

### III. TRATAMIENTO, RÉGIMEN Y ORGANIZACIÓN DE LOS CENTROS DE RECLUSIÓN FEMENINA

La reclusión en casas de trabajo de las que hablaba el Código Penal de 1822 empezó a tener un marcado sentido de corrección –que da nombre al posterior reglamento– comenzando a aplicarse la redención de la pena como premio por el rendimiento en el trabajo, de carácter era obligatorio y otras rebajas de condena o indultos<sup>16</sup>, iniciándose el camino hacia los principios de reinserción y reeducación de los presos y penados que se consolida en este siglo XIX y en el XX, como idea de «pena-regeneración», fruto de las nuevas corrientes punitivas de ilustres penalistas como Beccaria, Lardizábal y Howard se tiende a la idea que la prisión debe, fundamentalmente, corregir.

Se habla de enmienda, arrepentimiento, regeneración o corrección mediante el trabajo e instrucción (aunque reducida básicamente a la formación cristiana) a través de otros medios más laicos que contrastan con las enseñanzas

<sup>15</sup> Vid. BORULL Y VILANOVA, *Ordenanzas de la Galera de Valencia*, Valencia, 1834.

<sup>16</sup> Se estimulaba a las galerianas mediante la concesión de rebajas de condena o indultos (previstos en el capítulo X del Código Penal de 1822, arts. 156 a 169), que en ocasiones, eran generales (salvo para las que hubieran cometido determinados delitos graves), como fue el caso del otorgado por Real Decreto de 17 de octubre de 1816 con motivo del enlace matrimonial del infante don Carlos, hermano del rey Fernando VII, con la infanta doña María Francisca, como indica MEJIDE PARDO, *Mendicidad, vagancia y prostitución en la España del siglo XVIII. La casa galera y los departamentos de corrección de mujeres*, tomos I y II, Madrid, 1992, p. 1360.

morales y religiosas de la etapa anterior. Las reclusas aprendían un oficio, trabajando en los obradores o salas de trabajo, como método de corrección y de sufragar los gastos de la casa y su propio sustento. Y, de hecho, esta enmienda y regeneración se regulaba con un carácter de redención de la pena, en el capítulo IX del Código Penal de 1822, titulado «De la rebaja de penas á los delincuentes que se arrepientan y enmienden, y de la rehabilitacion de los mismos despues de cumplir sus condenas». El artículo 144 indicaba que el condenado a pena corporal o no corporal superior a dos años, podrá, después que la mitad de la condena, obtener una rebaja de la cuarta a la tercera parte de todo el tiempo que se le hubiere impuesto, indicando el artículo 146 que estas rebajas serían concedidas por el Juez o Tribunal sentenciador, y, en el caso de la Galera de mujeres, se establecía que la solicitud se haría por escrito del Alcaide o Jefe de la casa de reclusión, a los que se obligaba a llevar un libro-registro de todas las presas en el que debía anotar la «aplicación al trabajo», lo que afectase a sus costumbres «y demás acciones», debiendo acompañarse al escrito pidiendo la redención copia certificada de estos asientos del libro-registro con un informe elaborado por él. Esa documentación se remitía al Juez, que tomaba la decisión con los «informes y noticias que tenga por convenientes para asegurarse del arrepentimiento y enmienda» pudiendo concederla o denegarla hasta que considerase que existen más pruebas de su buena conducta, siendo notificada la decisión al Jefe de la casa para que se lo comunicara al reo (art. 148) y teniendo que dar cuenta al Gobierno de las decisiones de rehabilitación (art. 155).

La evolución lógica que se había producido en estos establecimientos era hacia un régimen más humanitario, lo que motivó diferentes proyectos y movimientos para promover profundos cambios, en la organización de las prisiones y en el trato y consideración de los presos en general, y de las mujeres en particular. Con todo esto se pone fin a una época de austeridad, de rigidez y de crueldad, para pasar a una nueva de humanidad y justicia.

Para lograr esa regeneración se determinaba el trabajo en la Galera como método de reforma para lo que tenía que existir unas dependencias específicas y un régimen estricto. La distribución interior de la casa-galera era la siguiente: los dormitorios, en los que se trataban de separar las reclusas con niños del resto; los obradores (o salas donde trabajaban las galerianas); la enfermería; la capilla; los refectorios (que eran los comedores, que debían cerrarse fuera de las horas de almorzar, comer y cenar); y la cocina (donde únicamente podían entrar las reclusas que tuviesen que preparar la comida)<sup>17</sup>. También había un espacio, denomi-

---

<sup>17</sup> En la Galera de Valencia, BORULL Y VILANOVA, *op. cit.*, pp. 15 ss., narra las vicisitudes de construcción de un lavadero como dependencia de la galera.



nado boquete, que constituía el punto de unión entre la casa y el exterior, donde comenzaba la denominada clausura<sup>18</sup>, igual que en los conventos.

En cuanto al régimen, el ingreso en el establecimiento ya no se distinguía por la humillación y el rapado de cabellos significativos de hacía dos siglos y observaba un menor rigor en la aplicación de los castigos y torturas, que no obstante seguían aplicándose a pesar de que en teoría habían sido abolidos por las Cortes de Cádiz<sup>19</sup>. Se llevaba un régimen austero y prácticamente conventual en todas las Galeras y continúan teniendo gran influencia las prácticas religiosas que estaban presentes en los numerosos actos del día.

En cuanto a la clasificación de las penadas, aunque la aglomeración y el hacinamiento era lo más frecuente, al ser comunes los dormitorios –lo que produjo, al igual que en otros centros, problemas de lesbianismo y contagio de enfermedades u otras costumbres que no eran acordes con la moral de la época– se pretendía que tuvieran dormitorios independientes por el tipo de delito, como ocurría en Valladolid<sup>20</sup>, y se establecían unas obligaciones que tenían que cumplir, como la de respetar y obedecer al personal de la casa y, sobre todo, al Alcaide, o guardar silencio desde media hora antes de cerrar los dormitorios hasta media hora antes de abrirlos, con prohibiciones, algunas tan curiosas como la de tomar vino, aguardiente u otro licor, acostarse juntas en la misma cama, echarse en cara los delitos, escribir cartas sin permiso del Alcaide, venderse unas o otras comida, ropas, etc.

Por último, la austeridad reinante en la casa se caracterizaba por la precaria financiación (incluso para hacer frente a los gastos más necesarios) y la escasa alimentación que se daba a las reclusas. Los gastos se sufragaban con el Fondo de Penas de Cámara o Gastos de Justicia, que se nutría con el producto de las multas impuestas por los Tribunales y otras pequeñas aportaciones pero dado que de ese Fondo se demandaban innumerables partidas, que sobrepasaban sus posibilidades, a las Galeras les llegaba una cantidad insuficiente, por lo que se tuvieron que obtener ingresos de otras fuentes, fundamentalmente de limosnas de personas de la nobleza o del clero, hermandades o cofradías. Así se mantuvieron, por ejemplo, las Galeras de Zaragoza y Zamora, y termi-

<sup>18</sup> Vid. PEREYRA, *op. cit.*, p. 9.

<sup>19</sup> Los castigos seguían siendo frecuentes en la práctica y se caracterizaban por la crueldad de los instrumentos punitivos (se decía así, que debía utilizarse el cepo o los grilletes para las que desobedecían; el látigo para las que se resistían; la mordaza para las que maldigan o blasfemen; o la privación de la ración de comida del día, para las que cometieran excesos). Para castigos por faltas graves, la dieta a pan y agua y algunos castigos corporales se mantuvieron incluso tras el Reglamento de Casas de Corrección de 1847.

<sup>20</sup> Vid. PEREYRA, *op. cit.*, p. 20.

nada la guerra de la Independencia, la Galera de Madrid se llegó a sostener con parte del dinero que se sacaba de las entradas a los teatros<sup>21</sup>.

Estos problemas financieros motivaron que la alimentación fuera notablemente escasa, lo que, como afirma Meijide Pardo, se refleja en los partes que rendían los Alcaldes y, más concretamente, en las propias reivindicaciones que formulan las presas en las visitas periódicas de las autoridades competentes<sup>22</sup>.

Con el Real Decreto de 1846, que centraliza en la Dirección General de Presidios la administración de todas las casas de corrección de mujeres, se decide que pasen a ser financiadas por el propio Estado.

#### IV. GOBIERNO Y PERSONAL DE LOS CENTROS DE RECLUSIÓN

En la época en la que se aprueba el Código Penal de 1822 había una clara dispersión gubernativa: cada Galera se encontraba bajo la dirección de una entidad, pública o privada, que dictaba las órdenes regiminales y pautas a seguir en su administración y gobierno.

Por ejemplo, en Valladolid, la Galera estaba regida por la Autoridad judicial; su gobierno y protección pertenecía a las Salas del Crimen, y el mando supremo correspondía a un alto funcionario de la Audiencia o Chancillería, que podía ser el Alcalde más antiguo, denominado Protector de la galera<sup>23</sup>. Y la Galera de Madrid, en 1818 queda bajo la dirección de una Junta compuesta del Presidente y los dos ministros más antiguos de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, pasando después a estar bajo la dirección de la Audiencia Territorial y una Junta directiva<sup>24</sup>.

Con el Real Decreto de 1832 se centralizan en la Secretaría de Estado y del Despacho del Fomento General del Reino la dependencia de las Galeras y fue fundamentalmente con la Ordenanza General de Presidios de 1834 cuando

---

<sup>21</sup> Vid. MADOZ, *Diccionario Geográfico-Estadístico-Histórico de España y sus posesiones de ultramar*, tomo XV, Madrid, 1849, p. 900.

<sup>22</sup> Vid. MEIJIDE PARDO, *op. cit.*, p. 163.

<sup>23</sup> Vid. PEREYRA, *op. cit.*, p. 3. En este mismo sentido, en la cercana galera zaragozana, detentaba la figura del Protector el Alcalde del Crimen de la Audiencia de esta ciudad: vid. Archivo Histórico Nacional, Sección Fondos Contemporáneos, M.º Hacienda, Serie-General, libro 10817, documento de 15 de marzo de 1776, folio 90. Tal era la autoridad de las Salas del Crimen que PEREYRA, *op. cit.*, pp. 39 y 40, determinaba que lo prescrito en esta ordenanza solo podía alterarse por el acuerdo de aquellas, bajo la aprobación del Consejo de Castilla, afirmando también que para su observancia se harían tres copias, autorizadas por el escribano de Cámara y de Gobierno, «una de las cuales existirá en su Oficio, otra en poder del Protector y otra en el del Alcayde».

<sup>24</sup> Vid. CADALSO, *Instituciones penitenciarias y similares en España*, Madrid, 1922, p. 224, que decía que estaba compuesta por el regente y los dos magistrados más antiguos.

se tendió a regularizar las prisiones haciéndolas todas ellas depender de ese único centro gubernativo: el Ministerio de Fomento<sup>25</sup>. A partir de ese momento, el gobierno de las prisiones de discurrió prácticamente en paralelo al de los presidios de hombres y el gobierno superior de todos los presidios y Casas de Corrección de mujeres del Reino estaba a cargo de un Director General, dependiente de Fomento, y los Subdelegados de Fomento, en sus respectivas provincias, eran los Jefes superiores de las casas de corrección<sup>26</sup>.

Este acercamiento culmina con el Real Decreto de 1846 y el Reglamento de Casas de Corrección de 1847 que he mencionado: pasa la administración de todas las Casas de Corrección a la Dirección General de Presidios<sup>27</sup>.

En relación con el personal interior de la galera, si bien se mantienen algunos empleos comunes a todos los establecimientos, surgen diferentes cargos en cada una en función de las necesidades específicas, acabando con esa dispersión el citado Reglamento. Era común el cargo de Alcaide, que se encargaba de la dirección y vigilancia de la cárcel, tenía que prestar fianza y juramento antes de incorporarse a su cargo, recibía un sueldo por su trabajo, vivía con su familia en un departamento de la propia Galera, y recibía derechos de carcelaje (comisión de la venta de las labores que hacían las reclusas), aunque también tenía una prohibición muy restricta de mantener cualquier tipo de relación íntima con las presas, pues el artículo 493 del Código Penal castigaba severamente al Alcaide, guarda o encargado de la cárcel, casa de reclusión u otro sitio, que «seduzca o solicite á muger que tenga presa bajo su custodia».

En esta época, ya se había introducido la participación de las propias reclusas en el régimen de la casa, con la posibilidad de que fueran nombradas para ejercer determinados cargos y destinos de confianza, otorgados en función de su buen comportamiento. Obviamente, esto suponía un gran alivio para las que eran elegidas, ya que gozaban de una serie de ventajas: por ejemplo, quedaban exentas de los servicios o trabajos más duros o, incluso, de la contribución económica diaria para la alimentación. Los oficios que normalmente desempeñaban fueron los de enfermera, barrendera, lectora (que eran las que leían los libros devotos durante la comida) y demandadera, que tenía que ser una presa de gran confianza o, en su caso, alguien externo a la casa,

---

<sup>25</sup> ROMERO Y GIRÓN, «*Estudios sobre Derecho Penal y sistemas penitenciarios*», por C. D. A. Roeder, Madrid, 1875, p. 75, afirma que, a pesar de ser esta tendencia unificadora, no se llevó a la práctica hasta 1846.

<sup>26</sup> Vid. CASTEJÓN, *op. cit.*, p. 14.

<sup>27</sup> Vid. FIGUERROA NAVARRO en *Los orígenes del penitenciarismo español*, Madrid, 2000, p. 61, quien indica que las cárceles de mujeres dependerán ya para siempre del mando de los presidios de hombres.

puesto que suponía la salida a la calle para realizar los recados necesarios. Y, además, según las Galeras se ocupaban los cargos de rectora o gobernadora, celadoras, vicarias o viceceladoras, sacristana (del que tenemos noticia en la galera de Valencia) y otros muchos.

Por ejemplo, en Valladolid, sabemos que en esta época que ahora se analiza había celadoras y viceceladoras (que eran las que se ocupaban del orden y organización de los dormitorios y obradores, sin que pudieran imponer castigos por sí solas), porque así se reguló de forma específica en la Ordenanza de Pereyra para esta Galera<sup>28</sup>. En otras, como Valencia, Barcelona y Madrid el cargo era el de rectora (denominada en la galera de Valencia, gobernadora<sup>29</sup>), que en un principio era una mujer virtuosa del exterior. Sin embargo, a principios del siglo XIX, no se encontraban mujeres «honradas» que quisieran ocupar este puesto y fue preciso valerse de una de las reclusas para ejercer esa función de regir y gobernar al resto y a toda la casa. Tenía que ser, como dicen los manuscritos de la época, «una reclusa que, reconocida de sus anteriores delitos, haya acreditado una conducta arreglada a las máximas de la religión; tenga mucha expedición, y esté dotada de juicio, prudencia y desinterés para no admitir gratificación para disimular faltas». Esta rectora en compensación a lo que dejaba de percibir por no realizar su actividad en los obradores, se le abonaba un sueldo para sufragar su ración de comida diaria y sus gastos<sup>30</sup>.

En definitiva, el panorama de reclusión femenina cambió de forma radical en su fundamento y finalidad, garantías y organización tras la promulgación del primer Código Penal español pues aunque su periodo de vigencia fue corto, sentó las bases de un ingreso por la comisión de delitos, la imposición de una pena por un órgano judicial y de una regeneración, reinserción o corrección mediante un incipiente tratamiento penitenciario, además de sentar las bases —con toda la legislación ilustrada y el profundo cambio social que se produjo durante el siglo XIX— de una igualdad entre los establecimientos de hombres y mujeres, con la misma normativa, organización y gobierno.

---

<sup>28</sup> Vid. PEREYRA, *op. cit.*, p. 11.

<sup>29</sup> Vid. LLORCA ORTEGA, *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del XIX (Apuntes históricos sobre la vida penitenciaria valenciana)*, Valencia, 1992, p. 350, afirma que era similar al posterior cabo de vara que se instauró más tarde en presidios.

<sup>30</sup> Vid. BORULL Y VILANOVA, *op. cit.*, pp. 47 y 48 y MADOZ, *Diccionario Geográfico-Estadístico-Histórico de España y sus posesiones de ultramar*, tomo X, Madrid, 1847, p. 901.

# LA PENA DE VER EJECUTAR UNA SENTENCIA DE MUERTE EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822: ANÁLISIS DESDE LA DOCTRINA DE LOS DERECHOS HUMANOS

SILVIA MARTÍNEZ CANTÓN

Magistrada en comisión de servicios en el TJUE  
Universidad Internacional de La Rioja

VÍCTOR MARTÍNEZ PATÓN

Universidad Internacional de La Rioja

## I. INTRODUCCIÓN

La importancia histórica del Código Penal español de 1822 es cuestión que no presenta controversia y que, sin duda, está adecuadamente justificada en algunos de los meritorios trabajos de este volumen. A pesar de ello, no puede negarse que la doctrina no se ha dedicado de forma abundante a glosar su contenido, y por ello son muchos los aspectos que no han sido tratados, algunos de ellos temas centrales en el análisis de todo código punitivo.

Una de esas cuestiones que sobresalen en importancia y que apenas han sido tratadas es el sistema de penas<sup>1</sup>, con la excepción de algunos estudios específicos sobre concretas penas que han perdurado en nuestra tradición penal, como por ejemplo la pena de prisión<sup>2</sup> o la pena de muerte<sup>3</sup>. Ahora bien, las

---

<sup>1</sup> Constituye una magnífica excepción el capítulo de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ en este volumen, titulado «Las penas en el Código Penal de 1822».

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ y SIMÓN CASTELLANO, *La pena de ingreso en prisión: regulación actual y antecedentes históricos*, Wolters Kluwer, 2021.

<sup>3</sup> CARRETERO SÁNCHEZ: «La discusión sobre la pena de muerte en el primer código penal español de 1822: una perspectiva histórica», *La Ley*, 1998. En el mismo sentido, también el magnífico capítulo de ARROYO ZAPATERO en este volumen titulado «La pena de muerte en el Código de 1822».

penas que ni siquiera llegaron a plasmarse en el Código de 1848 no han sido estudiadas por la doctrina, quizá precisamente por la limitadísima vigencia del Código de 1822, que impidió su aplicación práctica y provocó la ausencia total de jurisprudencia<sup>4</sup>.

Una de esas penas a las que la doctrina no ha prestado atención es la de ver ejecutar una sentencia de muerte, una pena que ha llamado nuestra atención por lo sorprendente que resulta con nuestra perspectiva penal moderna, sobre todo si la analizamos de acuerdo con la doctrina de los derechos humanos.

Precisamente por ello, nos ha parecido de interés no solo dedicar este artículo a explicar esta pena, su conexión con la pena de vergüenza y su equivalente francés de la exposición pública, sino también someterla al análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos con el fin de poner en evidencia las notables diferencias entre la concepción penal de los redactores de 1822 y la nuestra contemporánea, por mucho que aquellos afirmaran dejar atrás la severidad pretérita y abrazar las novedosas ideas ilustradas.

## II. DESCRIPCIÓN DE LA PENA

El artículo 28 del Código Penal de 1822 dividía las penas en tres tipos: corporales, no corporales y pecuniarias<sup>5</sup>. La pena de ver ejecutar a otro estaba ubicada en el numeral octavo de las primeras, y se describe con precisión en los artículos 62<sup>6</sup> y 63<sup>7</sup> CP.

---

<sup>4</sup> Sobre el clásico debate en torno a la entrada en vigor del Código de 1822, resultan relevantes las novedosas aportaciones de LÓPEZ REY: «El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación: en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 71, fasc./mes 1, 2018, pp. 347-401.

<sup>5</sup> En la transcripción de todos los artículos del Código Penal de 1822 se respeta la ortografía original que consta en la edición oficial (Imprenta Nacional, 1822), a salvo de la acentuación de la preposición «a» y la conjunción «o», de la que se prescinde de acuerdo con la norma académica recogida en la *Gramática de la lengua castellana* (RAE) de 1911.

<sup>6</sup> Artículo 62 CP 1822: «El reo condenado a ver ejecutar la sentencia de muerte impuesta a otro, será conducido con el reo principal, en pos de él y en igual cabalgadura; pero con sus propias vestiduras, descubierta la cabeza y atadas las manos. Llevará también en el pecho y espalda un cartel que anuncia su delito de cómplice, auxiliador, encubridor &c., y será comprendido en los pregones, permaneciendo al pie del cadalso o tablado mientras se ejecuta el castigo principal».

<sup>7</sup> Artículo 63 CP 1822: «Si en el acto de sufrir o ser conducido para que sufra la pena de presenciar la ejecución en otro, cometiere el reo algún acto de irreverencia o desacato, será puesto en un calabozo con prisiones inmediatamente que vuelva a la cárcel, y permanecerá en él a pan y agua solamente por espacio de uno a ocho días, según el esceso. Antes de salir de la cárcel para sufrir la pena, se le advertirá de esta disposición. Si el esceso en público consistiere en blasfemias, obscenidades, insultos a la autoridad o a los espectadores, y no se contuviere el reo a la primera advertencia, se le pondrá en el acto una mordaza por el ejecutor de la justicia».

Se recoge en el Código cómo el reo condenado a presenciar la ejecución de la pena de muerte de un tercero debía ir en mula tras el condenado a muerte, con su propia vestimenta y las manos atadas, sin que se permitiera que se le tapara la cabeza. Visible en pecho y espalda, debía portar un cartel con el delito cometido y se pregonaba dicha comisión de la misma forma que la del reo, es decir, al salir de la prisión, al llegar al cadalso y cada doscientos o trescientos pasos. La visión de la pena capital debía ser de pie desde el propio cadalso o tablado y, posteriormente, debía ser conducido de vuelta al lugar de salida. La pena de muerte siempre era ejecutada con el garrote vil, una vez derogada la horca por decreto de 24 de enero de 1812<sup>8</sup>.

El cadalso, pintado de negro, se ubicaba fuera de la población pero siempre en un lugar cercano a ella; de este modo, el recorrido suponía frecuentemente cruzar toda la villa para que la conducción fuera presenciada por todos los habitantes, que salían a ver la ejecución que se llevaba a cabo en días de diario y entre 11 y las 12 de la mañana. Con ello, la pena no constituía únicamente el momento de la ejecución de la otra persona, sino el tiempo que transcurría desde que abandonaba la prisión acompañando al condenado a muerte hasta su regreso.

Si durante el tiempo en que durara la conducción de ida y vuelta y la contemplación de la ejecución el reo profería algún tipo de insulto o vejación o palabra obscena, podía ser amordazado tras una primera advertencia (art. 63 CP). Además, la pena podía prolongarse hasta ocho días en prisión a pan y agua en caso de desacato o irreverencia durante el tiempo que estaba cumpliendo la pena.

Descrita la pena, es preciso indicar cuáles eran los hechos delictivos por los que el Código Penal de 1822 habilitaba para su imposición<sup>9</sup>. Se trataba de los partícipes del delito cuya pena no alcanza la del autor, generalmente la pena de muerte, y para aquellos que estando condenados a pena de muerte se librarán de ella por el criterio de limitación de la cantidad de

---

<sup>8</sup> Artículo 38 CP 1822: «El reo condenado a muerte sufrirá en todos casos la de garrote, sin tortura alguna ni otra mortificación previa de la persona, sino en los términos prescritos en este capítulo». Resulta muy interesante la comparación con el artículo 12 del Código Penal francés de 1810: «Tout condamné à mort aura la tête tranchée». La redacción es idéntica a la dada por la ley de 6 de octubre de 1791. A salvo de la diferencia para ejecutar la pena, el principio expresado en el código español también está en la ley francesa de 1791: «la peine de mort consistera dans la simple privation de la vie, sans qu'il puisse jamais être exercée aucune torture envers les condamnés».

<sup>9</sup> Artículo 100 CP 1822: «Por regla general los auxiliares y fautores, y aun los cómplices, cuando no incurran en la misma pena que los autores del delito, sufrirán siempre la de ver ejecutar la sentencia de estos en su caso, y la de infamia si estuviere impuesta al delito auxiliado o receptado; exceptuándose las personas comprendidas en los artículos 18, 19 y 20».

ejecutados que contiene el artículo 103, y con las excepciones de los artículos 18<sup>10</sup>, 19<sup>11</sup> y 20<sup>12</sup>.

Por todo lo expuesto, entendemos que esta pena refleja abiertamente el utilitarismo de Jeremías BENTHAM, según el cual lo importante no era tanto el sufrimiento del sujeto (la pena subjetiva), como representar una ejecución solemne que quedara grabada en quien la viera: «una pena real que no produce efectos visibles, puede servir para intimidar o reformar a quien está sujeta a ella, pero se perderá su utilidad como ejemplo público<sup>13</sup>». Por ello, la vistosidad de la ejecución tiene un papel primordial en la descripción que hace el Código, y así lo recuerda Antón Oneca cuando afirma que «si la mayor parte de estas instituciones se ordena, como las más modernas, a la prevención especial, la preferida es la general, por medio de la intimidación»<sup>14</sup>. Y todo ello de acuerdo con la vigente Constitución de 1812, en cuyo artículo 24.3 CE<sup>15</sup> se recogían expresamente las penas infamantes.

### III. EL PROYECTO Y LOS INFORMES AL PROYECTO

Al margen de la reubicación de los artículos 64 y 65 del proyecto en los citados 62 y 63 del Código, así como una pequeña matización formal<sup>16</sup>, lo más impor-

---

<sup>10</sup> Artículo 18 CP 1822: Sin embargo de lo prevenido en los cuatro últimos artículos, los que voluntariamente y a sabiendas ayuden o cooperen con sus padres u otro ascendiente en línea recta a la ejecución de un delito en el acto de cometerlo alguno de estos, o les suministren o proporcionen las armas, instrumentos o medios para ejecutarlo, no serán castigados como cómplices, sino como auxiliares y fautores. Lo propio se observará con la muger que en iguales casos ayude a su marido, o coopere con él.

<sup>11</sup> Artículo 19 CP 1822: «Las mugeres, hijos, nietos o biznietos que en cualquiera de los casos primero, segundo, quinto y sexto del artículo 16 sean auxiliares y fautores del delito cometido por sus maridos, padres, u otro ascendiente en línea recta, no serán castigados sino con la mitad de la pena señalada por la ley contra los autores del delito».

<sup>12</sup> Artículo 20 CP 1822: «Las personas receptadoras o encubridoras de sus padres o ascendientes en línea recta, de sus hijos o descendientes en la misma línea, de sus maridos o mujeres o de sus hermanos, no sufrirán por esto pena alguna; escepto si espendieren o distribuyeren alguno de los efectos en que consista el delito, o se aprovecharen de alguno de ellos, sabiendo su procedencia, en cuyo caso serán castigadas con la octava a la cuarta parte de la pena prescrita contra los autores del delito. También se castigará solamente con la octava a la cuarta parte de dicha pena en todos los casos a las personas receptadoras o encubridoras de cualquiera de sus parientes consanguíneos o afines hasta en cuarto grado inclusive, de sus amos, maestros, tutores o curadores, o de aquellos con quienes estuvieren unidas por amistad, amor, gratitud o compañía doméstica de dos meses por lo menos antes de la receptación o encubrimiento, y de una manera que sea conocida en el pueblo respectivo la amistad, amor, motivo de gratitud o compañía.»

<sup>13</sup> BENTHAM: *Rationale of punishment*, ed. Robert Heward, 1830, p. 46.

<sup>14</sup> ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1965, pp. 263-278.

<sup>15</sup> Artículo 24.3 CE 1812: «La calidad del ciudadano español se pierde: (3) por sentencia firme en que se impongan penas aflictivas o difamantes, si no se obtiene rehabilitación».

<sup>16</sup> El artículo 64 del proyecto empezaba «El reo condenado a ver ejecutar la sentencia de muerte» y el legislador le añadió a continuación «impuesta a otro».



tante que ha de señalarse es cómo la pena inicialmente prevista en el proyecto era «la de ver ejecutar una sentencia de muerte, marca o vergüenza», ubicada en el numeral 9.º de las penas corporales del proyectado artículo 29. Al desaparecer en el Código la pena de vergüenza pública (8.º)<sup>17</sup>, y suprimirse igualmente la marca que se añadía a la pena de trabajos perpetuos (2.º), la pena de ver ejecutar una pena quedó reducida a un tercio de los casos para los que había sido proyectada.

En cuanto a los debates parlamentarios, no fueron particularmente extensos en lo relativo a esta pena, pues quedaron en la práctica restringidos a la discusión de cuestiones recogidas en el artículo 63 CP sobre la mordaza y la pena a pan y agua como consecuencia de un mal comportamiento durante el traslado hasta el cadalso. Sobre la primera de ellas, las dudas que afloraban tanto en la Audiencia de Valladolid como en el Ateneo de Madrid consistían en si el exceso requerido en el reo para la imposición de mordaza debía ser juzgado por el juez o si por el contrario se dejaba al arbitrio del ejecutor de la justicia<sup>18</sup>. En opinión del emeritense José María Calatrava, miembro destacado de la comisión del proyecto, era obvio que la competencia correspondía al juez de enjuiciamiento.

Por su parte, y en cuanto a la pena de pan y agua, son dignas de reproducción las palabras del propio Calatrava, que se expresaba en este sentido: «La imposición de la pena a pan y agua, a juicio de la comisión, es utilísima; y en mano de los reos está librarse de ella guardando moderación [...]. Si el señor Milla espera sacar partido de esta clase de personas por medio de la blandura, se equivoca. Más sentirán algunos días a pan y agua que si se les cargase de cadenas [...].»<sup>19</sup>.

Una de las alegaciones que no fue siquiera discutida en las Cortes, dado la derogación de la pena de vergüenza pública y consecuentemente la de condenar a presenciar esta pena, fue la formulada por el Colegio de Abogados de Madrid, que mostraba su inquietud por no identificar con claridad la diferencia entre ambas penas. «¿No sufre este la misma pena igualmente que el otro?»<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Artículo 63 Proyecto CP 1822: «El reo condenado a la pena de vergüenza pública la sufrirá por espacio de una hora atado a un palo con una cuerda que le sujete sin atormentarlo, y sobre un tablado levantado en alguna plaza pública, el cual será conducido en los mismos términos que el reo de trabajos perpetuos; observándose las demás disposiciones de los artículos 40 y 42, en cuanto al cartel, 43, 44, 45 y 46. Las mugeres irán enteramente vestidas, cuidándose de la correspondiente decencia».

<sup>18</sup> *Observaciones del Ateneo Español sobre el proyecto de Código Penal presentado a las Cortes por la comisión especial del seno de las mismas*, 1821: «En el artículo 65 debería espresarse quién ha de juzgar el exceso del reo de que se trata e imponerle la pena; pues que debiéndose ejecutar esta luego que vuelva a la cárcel, parece que se deja al arbitrio del ejecutor de la justicia».

<sup>19</sup> *Diario de las actas y discusiones de las Cortes Extraordinarias de 1821: discusión del Código Penal*. Imprenta Nacional, 1821, tomo II, pp. 229-230.

<sup>20</sup> *Observaciones del Colegio de Abogados de Madrid sobre el proyecto de Código Penal presentado a las Cortes por la comisión nombrada al efecto*, 1821 «La pena de vergüenza pública tiene la ventaja de que sin hacer sufrir al reo, que ordinariamente no tiene vergüenza, sirve de ejemplo a los otros; pero no se ve bien la diferencia que hay entre el reo condenado a la pena de vergüenza pública, y el con-

En nuestra opinión, y basados en las citadas palabras de ANTÓN ONECA sobre la preponderancia de las penas dirigidas a la prevención general y no a la prevención especial, no podemos sino compartir la opinión del Colegio de Abogados de Madrid, y extender su planteamiento a la pena misma de «condena a ver», con independencia de cuál sea la pena que se condena a ver.

#### IV. LA PENA DE VERGÜENZA Y LA PENA DE VER LA EJECUCIÓN EN OTRO: ANÁLISIS DEL EJEMPLO FRANCÉS

Sin ser obviamente penas idénticas, la pena de vergüenza pública y la de ver la ejecución en otro tienen elementos comunes que no pueden pasar inadvertidos. Al margen de que los nombres de ambas evocan realidades muy diferentes, lo cierto es que si se analiza la cuestión con cierto detalle nos encontramos con que el hecho objetivo es básicamente el mismo, pues aquel que es condenado a ver la pena ajena es a su vez condenado, aunque no se diga, a la exposición pública. Y viceversa, el condenado a la vergüenza pública lo es también a presenciar la pena del resto de condenados que sufren la misma pena.

En realidad, puede replantearse la cuestión afirmando que la única diferencia entre ambas penas es que el legislador ponga el foco para designarlas en la prevención general (pena de vergüenza) o en la prevención especial (pena de ver a otro), pero siempre sobre la base de elementos comunes objetivos que son insoslayables.

Resulta pertinente señalar brevemente cómo la pena española de la vergüenza pública tiene un trasunto en la pena francesa de la exposición pública, si bien aquella era más severa por deber el condenado ser expuesto con camisa de fuerza (*carcan*). Nos detenemos en ello brevemente para evitar caer en tópicos que opongan falazmente a una iluminada Francia frente a una oscura España.

Dice así literalmente el artículo 22 del Código Penal de Napoleón (1810):

«Article 22. Quiconque aura été condamné à l'une des peines des travaux forcés à perpétuité, des travaux forcés à temps, ou de la réclusion, avant de subir sa peine, sera attaché au carcan sur la place publique: il y demeurera exposé aux regards du peuple durant une heure; au-dessus de sa tête sera placé un écriteau portant, en caractères gros et lisibles, ses noms, sa profession, son domicile, sa peine et la cause de sa condamnation».

---

denado a presenciar esta pena. ¿No sufre este la misma pena igualmente que el otro? Véase con cuidado el artículo 64, y que se señale después la diferencia, porque apenas se le puede llamar tal el estar al pie del tablado, o sobre él».

Esta pena fue inicialmente modificada por la ley de 28 de abril de 1832, en el sentido de aplicarla pero sin camisa de fuerza, y sin que se pudiera someter a ella a los menores de dieciocho años ni a los mayores de setenta. Del mismo modo, se dejaba al arbitrio judicial la imposición o no de la pena a salvo del caso de los trabajos a perpetuidad<sup>21</sup>.

La pena fue definitivamente derogada en virtud de un decreto de 12 de abril de 1848 dictado por el gobierno provisional de la República Francesa, nombrado dos meses antes (el 24 de febrero de 1848). Como curiosidad, no puede obviarse el hecho de que solo cinco días antes de la aprobación de este decreto (7 de abril) se dictó uno de los más famosos del siglo XIX, el que derogó definitivamente el esclavismo en Francia<sup>22</sup>. De acuerdo con el gobierno provisional de la República, la pena degradaba la dignidad humana e impedía la rehabilitación del reo, constatando que «el espectáculo de las exposiciones públicas apaga el sentimiento de la piedad» social, de tal modo que generaban un daño irreparable al condenado, lo que suponía una «odiosa inequidad» que debía ser suprimida<sup>23 y 24</sup>.

Precisamente en ese mismo año 1848 se promulgó en España el siguiente código penal, en el que no se recogieron ni la pena de vergüenza pública ni la

<sup>21</sup> La redacción del artículo tras la promulgación de la Ley de 28 de abril de 1832 *contenant des Modifications au Code Pénal et au Code D'instruction Criminelle* es la siguiente: «Quiconque aura été condamné à l'une des peines des travaux forcés à perpétuité, des travaux forcés à temps ou de la réclusion, avant de subir sa peine, demeurera, durant une heure, exposé aux regards du peuple sur la place publique. Au-dessus de sa tête sera placé un écriteau portant, en caractères gros et lisibles, ses noms, sa profession, son domicile, sa peine et la cause de sa condamnation. En cas de condamnation aux travaux forcés à temps ou à la réclusion, la cour d'assises pourra ordonner par son arrêt que le condamné, s'il n'est pas en état de récidive ne subira pas l'exposition publique. Néanmoins, l'exposition publique ne sera jamais prononcée à l'égard des mineurs de dix-huit ans et des septuagénaires».

<sup>22</sup> La primera abolición del esclavismo en Francia tuvo lugar el 4 de febrero de 1794, curiosamente más de cuatro años después de la proclamación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Esta abolición fue derogada por la ley de 20 de mayo de 1802 (30 de floreal del año X). El 4 de marzo de 1848, tan solo ocho días después de su nombramiento, el gobierno provisional nombró una comisión de abolición del esclavismo con esta premisa: «nulle terre française ne peut plus porter d'esclaves».

<sup>23</sup> El decreto aparece firmado por todos los miembros del gobierno provisional: Jacques Charles Dupont de l'Eure, Alphonse de Lamartine, Louis Blanc, Louis-Antoine Garnier-Pagès, François Arago, Alexandre Martin (Albert), Adolphe Crémieux, Armand Marrast, Ferdinand Flocon, Pierre Marie de Saint Georges y Alexandre Ledru-Rollin. El texto del decreto puede leerse, por ejemplo, en *Antilles: organisation judiciaire, codes, textes complémentaires et modificatifs*, París, Imprimerie Nationale, 1832, p. 365, y disponible en <https://acortar.link/0cbrge>.

<sup>24</sup> El texto completo del breve decreto se expresaba en estos términos literales: «Considérant que la peine de l'exposition publique dégrade la dignité humaine, flétrit à jamais le condamné et lui ôte, par le sentiment de son infamie, la possibilité de la réhabilitation; considérant que cette peine est empreinte d'une odieuse inégalité, en ce qu'elle touche à peine le crime endurci, tandis qu'elle frappe d'une atteinte irréparable le condamné repentant; considérant, enfin, que le spectacle des expositions publiques éteint le sentiment de la pitié et familiarise avec la vue du crime; Décrète: la peine d'exposition publique est abolie».

de ver la ejecución ajena, de acuerdo con lo que García Valdés denomina evolución «hacia cauces más humanitarios» de la codificación penal<sup>25 y 26</sup>.

## V. ANÁLISIS DE LA PENA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Como primera reflexión, debemos tener en cuenta, no solo que en ese momento no se tenía el mismo concepto de la dignidad que el desarrollado posteriormente a la II Guerra Mundial y en el cual se basan los derechos humanos actuales, sino que, además, bajo la definición de tortura de la Convención contra la Tortura, penar a presenciar una pena de muerte se encontraba en ese momento previsto legalmente, lo cual la excluiría de una definición estricta de tortura o trato inhumano. Por ese motivo, debemos partir de que la revisión que aquí se realiza es exclusivamente desde la perspectiva de aquello que el Estado infligía al penado, no solo con carácter retributivo o preventivo, sino menoscabando su dignidad, con independencia de que estuviera previsto legalmente. Es decir, se revisa la dignidad de la pena en sí. Procede así revisar bajo estos parámetros todo el recorrido legal del cumplimiento de la pena en el orden expuesto con el fin de indicar todas aquellas particularidades que conducían a una humillación innecesaria del reo, justificando así la desaparición casi inmediata de esta pena del catálogo penológico de los posteriores códigos penales.

### 1. La conducción

En cuanto a las circunstancias de la conducción, dos deben ser revisadas conjuntamente. Nos encontramos ante una conducción pública, por una parte, de manos atadas y cara descubierta y, por otra, pregonada al paso del reo portando un cartel con el delito.

Respecto a las esposas del detenido o condenado se ha pronunciado el TEDH en numerosas ocasiones, indicando su adecuación en tanto en cuanto no implique el uso de la fuerza y resulten imprescindibles. Se consi-

---

<sup>25</sup> GARCÍA VALDÉS: «La codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias», *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo 82, 2012, pp. 37-66. A los efectos señalados, *vid.* p. 42.

<sup>26</sup> En el mismo sentido respecto a la pena de prisión, SANZ DELGADO, *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, ed. Edisofer, 2003, pp. 53 ss.

dera imprescindible cuando existe el riesgo de que la persona cometa algún tipo de daño a terceras personas o a sí mismo (*Mouisel v. Francia*, núm. 67263/01, § 47). Sin embargo, el uso de esposas se considera excesivo cuando el esposado se ve sometido innecesariamente a exposición pública (*Henaf v. Francia*, núm. 65436/01, § 48). Por el contrario, cuando la exposición pública de la situación de esposado resulta de breve duración y sin intención de humillar, se estima que el maltrato no alcanzaría el mínimo exigido (*Raninen v. Finlandia*, 16 de diciembre de 1997, § 56). Con ello, debe concluirse que el hecho de que el reo fuera conducido públicamente esposado sin una valoración sobre la necesidad concreta de portar tales esposas únicamente conducía a la deshonra pública.

La conducción comportaba, más allá de las esposas, un alto índice de exposición pública como condenado, por cuanto el recorrido debía realizarlo subido en un mulo, portando un cartel con el delito por el que había sido condenado, acompañando a un reo y con el pregón público cada doscientos o trescientos pasos de los datos concretos de los condenados hasta llegar al cadalso y, en el cadalso, debía permanecer de pie junto al lugar de ejecución. Lo que no se describe es cuánto tiempo debía permanecer allí una vez ejecutada la pena, por cuanto el cadáver del ajusticiado se dejaba expuesto, si bien, a estos efectos probablemente fuera conducido inmediatamente de vuelta a prisión. Tampoco se indica si la vuelta se realiza también con el pregón sobre su participación en el delito en las mismas condiciones que la ida, pero ya solo para él. El TEDH ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre aquellas situaciones en las que los enjuiciados se convierten en víctimas del sistema debido a una excesiva ventilación pública de sus circunstancias durante el enjuiciamiento. Así, en *V. v. el Reino Unido* [GS], núm. 24888/94, se enjuició el caso de unos niños de once años sometidos a un proceso penal y el trato recibido durante la vista. En la sentencia se explica que los menores estaban sentados en una plataforma donde podían ser vistos por el público y por la prensa, que tuvieron que presenciar diversos escenarios hostiles durante la conducción en furgón al tribunal y durante el tiempo que estaban sentados en sala, y que, al término de la vista, el juez acordó levantar la prohibición de publicar sus nombres en prensa incrementando el impacto mediático para las vidas de los menores. Si bien en este caso la Gran Sala acordó que no se había causado maltrato alguno, lo cierto es que no fue un pronunciamiento unívoco, donde 5 de los 17 jueces presentaron su voto particular contrario a dicha decisión. En *Piruzyan v. Armenia*, núm. 33376/07, § 73 (26-6-2012), el acusado fue enjuiciado mientras permanecía en una jaula, donde le vieron todos los declarantes y asistentes al juicio, el TEDH concluyó que tal nivel de seguridad re-

sultaba innecesario para ese caso concreto y que la exposición pública a la que fue sometido en esas circunstancias únicamente tenía la finalidad de humillar a la persona enjuiciada, por lo que estimó que se trataba de trato degradante. De la misma forma, el hecho de realizar una conducción pública en semejantes circunstancias, aún cuando ya se trata de una persona condenada, debe estimarse que dicho tipo de conducción no responde sino a una forma de degradar la condición pública del reo y, por tanto, inadmisibles como forma de ejecución de una pena.

## 2. Obligar a presenciar la ejecución de otra persona

Los pronunciamientos de TEDH sobre las situaciones en las que una persona privada de libertad se ve obligada a presenciar aquello que no desea no son tampoco muy variadas. Así, encontramos el caso *Popovici v. Moldavia*, núms. 289/04 y 41194/04, § 57 (27-11-2007), junto a otros casos semejantes del mismo país, donde examina la indignidad para los presos en celdas sin baño privado donde los demás presos se veían obligados a ver evacuar a sus compañeros de celda. Pero, aparte de esta, la reciente *X y otros v. Bulgaria* [GS], núm. 22457/16, § 62 (2-2-2021), valora como maltrato el hecho de que menores en un orfanato búlgaro –posteriormente adoptados en Italia– fueran sometidos a agresiones sexuales y tuvieran que presenciar palizas a otros compañeros<sup>27</sup>. Lo cierto es que la valoración de este asunto se realizó fundamentalmente desde la perspectiva del cumplimiento del Convenio de Lanzarote, y, pese a todo, se llegó a una ajustada mayoría para la condena a Bulgaria por un voto respecto al incumplimiento del artículo 3 del Convenio en su ámbito procesal, pero no se estimó que hubiera violación alguna en el ámbito sustantivo. Tampoco los votos particulares hacen referencias concretas a esta circunstancia, porque las agresiones sexuales tenían la magnitud suficiente como para convertirse en el tema fundamental del debate. Aun así, el mero hecho de manifestar en los antecedentes de la sentencia la circunstancia por la cual se obligaba a los menores a presenciar aquello que no querían tiene suficiente trascendencia, a nuestro entender, para considerar que pudiera por sí mismo haber sido un supuesto de maltrato, si bien, sin considerar la gravedad que el TEDH podría haber otorgado al mismo.

---

<sup>27</sup> Ver más ampliamente en LIEFAARD, VALENTINE y VAN DIJCK: *Victims of 'vulnerability': balancing protection, privacy and participation of child victims in X and others v. Bulgaria*, Strasbourg Observers, 26 de abril de 2021.

### 3. Castigo por proferir determinadas expresiones

Respecto al castigo por proferir determinadas expresiones, que podía consistir en amordazar en el primer aviso y de permanecer hasta ocho días a pan y agua en prisión en los subsiguientes, cabe decir que no hay muchos supuestos relativos al amordazamiento de prisioneros. Encontramos el caso de *Tahsin Acar v. Turquía* [GC], núm. 26307/95, § 36, 217, 236, donde el TEDH concluye que los actos de detención de una persona que transportaron amordazada e hicieron desaparecer, no pudo determinarse que fuera realizado por las fuerzas del orden y, por tanto, no son atribuibles al Estado. En sentido totalmente opuesto se manifestó en el caso de *Canan v. Turquía*, núm. 39436/98, § 17 (26-6-2007), donde el cuerpo se encontró amordazado. El TEDH entendió que, debido a que los hechos se produjeron en una zona militarizada junto con otras circunstancias, todo apuntaba a que la detención se había cometido por miembros del ejército y, tras maltratar a Canan, habían acabado con su vida. En definitiva, no se disponen de casos sometidos al Tribunal respecto al amordazamiento de prisioneros o detenidos, lo cual permite afirmar de manera categórica que dicha práctica ha sido desterrada, precisamente por su carácter coactivo y porque genera una situación total de indefensión para aquella persona cuya capacidad de hablar se ve totalmente anulada.

### 4. Permanencia en prisión a pan y agua

En cuanto a la permanencia en prisión a pan y agua, con independencia de si dicha pena pudiera ser o no proporcionada, aspecto este que pertenece a la política criminal de cada Estado, existe ya una postura consolidada del Comité de Prevención de la Tortura (CPT). Este ha indicado que una persona privada de libertad debe, entre otros, ser provista de comida adecuada, lo cual se describe como acceso a una cantidad suficiente y con valor nutritivo<sup>28</sup>. El CPT ha desarrollado esta idea indicando que debe haber un mínimo de tres comidas diarias suficientemente nutricionales y caloríficas, añadiendo que deben tenerse en cuenta las circunstancias dietéticas personales por motivos religiosos o de salud o incluso de edad<sup>29</sup>. Así, para un anciano que no tiene capacidad para masticar, entregar un trozo de pan podría resultar totalmente inadecuado por cuanto no podría llegar a comerlo. Se añade la forma en que se

<sup>28</sup> CPT / Inf (2021) 5, sección 68.

<sup>29</sup> CPT / Inf (2021) 5, sección 70.

facilita dicha comida, debiendo ser de una forma digna y en condiciones salubres, llegando a considerar que poner un cuenco con la comida en el suelo no reúne tales condiciones (70). Adicionalmente, a Bulgaria y a Grecia, tras las visitas a sus centros en el año 2008, se les recomendó que una de las tres comidas servidas a las personas privadas de libertad fuera caliente<sup>30</sup>. Igualmente, el TEDH en *Tabesh v. Grecia*, núm. 8256/07, § 42 (26-11-2009), insiste en la idea de un plato caliente al día. Pese a la regulación tan detallada del Código de 1822 sobre la ejecución de las penas, no se llega a establecer tales concreciones, y como es obvio por la brevísima vigencia del Código, carecemos de jurisprudencia.

## VI. CONCLUSIÓN

En las páginas que preceden hemos planteado una revisión completa de una de las penas más peculiares de las recogidas en el Código Penal de 1822, comparándola con la conexas pena de vergüenza pública y su trasunto francés de exposición pública.

Partiendo de los hechos históricos, hemos considerado oportuno analizar esta pena de ver la ejecución en otro de acuerdo con la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, lo que se ha hecho con el fin último de someter a crítica las grandilocuentes palabras que la comisión de redacción del proyecto del Código Penal profería cuando señalaba que «bien podrá asegurarse, sin temor de aventurar el juicio, que el código penal de las Españas será digno de contarse entre los códigos más célebres de la Europa culta, merecerá la estimación de las naciones sabias, el reconocimiento del pueblo español, la veneración de la edad presente, y que perpetuará la memoria de la legislatura del año de 1821 en las generaciones futuras»<sup>31</sup>. Sin duda acertó el redactor de este discurso introductorio en que el Código Penal de 1822 ha perpetuado en nuestra memoria, pero quizá nuestro juicio al respecto no sea el que José María Calatrava y sus compañeros de comisión suponían.

---

<sup>30</sup> CPT / Inf (2010) 29, Secciones 26 y 27, 31/5/2009 y CPT / Inf (2009) 20, secciones: 17 y 18, 1/12/2008.

<sup>31</sup> *Proyecto de Código Penal presentado a las Cortes por la comisión especial nombrada al efecto*, Madrid, 1821, p. XIX.



# **LA OMISIÓN DEL DEBER DE IMPEDIR Y NOTIFICAR HECHOS DELICTIVOS, Y DEL CASTIGO, PERSECUCIÓN Y ENTREGA DE DELINCUENTES (BREVE ANÁLISIS DEL CAPÍTULO VI DEL CÓDIGO PENAL DE 1822)**

MIGUEL BUSTOS RUBIO  
Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad Internacional de La Rioja

En el capítulo VI del Código Penal de 1822, bajo la rúbrica de «De la obligación que todos tienen de impedir los delitos y de noticiarlos a la autoridad; y de la persecución, entrega o remisión de los delincuentes» se previeron un conjunto de artículos (un total de 12, que comprendían desde el art. 122 y hasta el art. 133) en los que se instituyeron una serie de obligaciones positivas en pro de la salvaguarda de ciertos intereses y derechos ciudadanos<sup>1</sup>.

Estos tipos penales, siendo muy variados, supusieron en aquel momento (junto a la regulación de otros como el primigenio delito de omisión del deber de socorro, entonces previsto en el art. 698<sup>2</sup>) el reconocimiento expreso, por

---

<sup>1</sup> Ampliamente: ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», *ADPCP*, núm. 18-2, 1965, pp. 263 ss.

<sup>2</sup> Que rezaba como sigue: «Todo el que pudiendo hacerlo sin perjuicio ni riesgo suyo no prestare el socorro que esté en su arbitrio a cualquiera persona que halle herida, maltratada, acometida por un agresor injusto, o constituida en otro conflicto que requiera los auxilios de la humanidad, será reprendido, y sufrirá un arresto de uno a seis días, o pagará una multa de diez reales de vellón a tres duros; observándose lo prevenido en el artículo 128 del título preliminar respecto del que desempeñare esta obligación como allí se expresa». Por cuestiones de espacio, y aunque nos encontramos también aquí con un delito de omisión pura, no entraremos a analizar los elementos típicos de este delito. Para mayor abundamiento cfr.: BUSTOS RUBIO, *La tipicidad objetiva en el delito de omisión del deber de socorro personal*, ed. UCM, 2013.

parte del legislador del momento, de una máxima hoy más que consagrada en nuestro sistema penal<sup>3</sup>: los delitos pueden cometerse por acción (los más) y en ocasiones también por omisión (los menos)<sup>4</sup>. Es dentro de esta última categoría, la de los delitos de omisión, donde debemos enmarcar con carácter general estos injustos que ahora comentamos.

Resulta de todo punto llamativo que ya en el Código Penal de 1822, primer Código Penal español del conjunto de los ocho que hasta la fecha se han aprobado (1822, 1848, 1850, 1870, 1928, 1932, 1944 y el actual de 1995) se regulasen de una manera tan extensa y, nos atrevemos a aseverar en términos generales, también certera (de inmediato esgrimiremos por qué) un conjunto de delitos omisivos. Quizá esto no debería sorprender dado que se trató del primer Código de corte liberal que se aprobaba en nuestro país, seguramente influido por otros textos promulgados con anterioridad en el entorno europeo (como pudiera ser el caso de Francia)<sup>5</sup>. No obstante, como hoy es de sobra sabido, a pesar de que la omisión es una *vieja conocida* del sistema penal, la dogmática de los delitos omisivos se ha venido cimentando con posterioridad, e incluso de manera muy reciente. Como evidencia Silva Sánchez «el problema de la *punibilidad de las omisiones* y, más en concreto, el de la posible equiparación de algunas de ellas con las comisiones activas de delitos preocupa a los juristas desde la antigüedad. La discusión sobre el *concepto de omisión* como problema jurídicopenal es, sin embargo, un fenómeno mucho más reciente»<sup>6</sup>.

## I. LA OMISIÓN DEL DEBER DE IMPEDIR DELITOS Y DE NOTIFICARLOS

En primer lugar, el artículo 122 CP 1822 señalaba que «toda persona que vea cometer o que sepa que se va a cometer un delito está obligada a impedirlo, siempre que pueda hacerlo sin perjuicio ni riesgo suyo, o a dar aviso inme-

---

<sup>3</sup> Como bien señalase CASABÓ RUIZ, «La aplicación del Código Penal de 1822», *ADPCP*, núm. 32-2, 1979, p. 333, «resulta sorprendente el escaso conocimiento que se tiene de nuestra codificación penal, pese a que su desarrollo y consagración se produce en el siglo pasado. La influencia enorme de las doctrinas extranjeras en la ciencia penal española, junto con cierto desprecio hacia el Derecho positivo –recordemos que a Groizard reiteradamente se le ha calificado de “leguleyo” y no digamos a Viada–, posiblemente haya conducido a la despreocupación por las fuentes de donde manan las ideas, instituciones y preceptos hoy vigentes y que, en definitiva, sirven para explicarlos y mejor comprenderlos».

<sup>4</sup> *Vid.*: BUSTOS RUBIO, *La tipicidad objetiva en el delito de omisión...*, ed. UCM, 2013, p. 33.

<sup>5</sup> *Vid.*: CAÑIZARES NAVARRO, «El Código Penal de 1822: sus fuentes inspiradoras. Balance historiográfico (desde el s. XX)», *Glossae: European Journal of Legal History*, núm. 10, 2013, pp. 108 ss.

<sup>6</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, 1989, p. 3 (cfr. la amplia bibliografía allí citada).

diatamente para que lo impida a la autoridad, ministro de justicia o fuerza armada más inmediata, bajo la pena de represión y un arresto de uno a seis días, o una multa de diez reales vellón a tres duros».

En segundo término, el artículo 123 CP 1822 instituía que «todos están asimismo obligados, bajo igual pena, a auxiliar, siempre que puedan sin perjuicio ni riesgo suyo, para detener a un delincuente, o para socorrer a una persona acometida por un agresor injusto, o reducida por este a estado que requiera pronto socorro».

En tercer lugar, el artículo 124 CP 1822 señalaba que «todo el que se halle presente cuando una autoridad legítima o ministro de justicia pida auxilio contra algún delincuente, o para precaver algún delito, está obligado a dar el que pueda sin perjuicio ni riesgo suyo, bajo la pena de represión y un arresto de dos a doce días, o una multa de uno a seis duros».

Como fácilmente se colige, en estos preceptos normativos nos encontramos ante tipos de omisión pura en los que se sancionaba meramente el no-hacer desvalorado con independencia del resultado. Esencialmente estos delitos se dirigieron a tutelar intereses relacionados con las víctimas (al menos en primer término). El primero de estos preceptos instituía dos obligaciones positivas de carácter alternativo: (a) impedir personalmente la comisión de un delito del que se tenga conocimiento o que se estuviese cometiendo, siempre que no exista perjuicio ni riesgo propio para ello, o bien, caso de no cumplirse con lo anterior (b) avisar de forma inmediata a la persona competente. Ocurría algo similar para el caso del artículo 123, que obligaba un mandato de actuación positiva siempre que no concurriese perjuicio ni riesgo propio a la hora de detener a un delincuente o socorrer a una persona víctima de delito. E idéntica estructura aparece como telón de fondo en el antiguo artículo 124, que instituía un mandato de actuación (de auxilio o socorro) cuando fuese reclamado por autoridad siempre que pudiera cumplirse con tal deber sin perjuicio ni riesgo para la persona obligada.

En otros preceptos del CP 1822 se establecen similares deberes positivos de actuación, para casos más concretos. Con estas modalidades delictivas se trató principalmente de ir más allá de la tutela de intereses de las víctimas de delitos (como ocurría con los tipos señalados líneas atrás) y proteger también intereses imbricados con la Administración de Justicia, estableciéndose la obligación de denunciar delitos. Así el artículo 125 CP 1822 estipulaba que «todo español que vea cometer, o que sepa que acaba de cometerse, o que está tramado un delito grave de los que por la ley merezcan pena corporal o de infamia, y que pertenezcan además a la clase de delitos públicos, cuya acusación esté permitida por medio de acción popular, está obligado a dar noticia de ello a la autoridad más inme-

diata, lo más pronto que sea posible sin perjuicio ni riesgo suyo, bajo la pena prescrita en el artículo 122; y a ninguno que dé tales noticias en cumplimiento de esta obligación se le impondrá responsabilidad alguna por ellas, ni se le causará vejación, molestia ni extravío, excepto si intervinere calumnia». En este caso, además, el precepto del artículo 126 CP 1822 estableció que «la obligación prescrita en el artículo precedente es mucho más estrecha con respecto a las conspiraciones contra la Constitución, o contra la sagrada persona del Rey, y a los delitos contra la seguridad y tranquilidad del Estado, o contra la seguridad o salud pública. Los que vean cometer, o sepan que acaba de cometerse, o que está tramado, o que se está tramando alguno de estos delitos, y no dieren noticia de ello a la autoridad más inmediata, lo más pronto que les sea posible sin perjuicio ni riesgo suyo, sufrirán la pena de dos a ocho años de presidio, si el delito fuere de traición. Si el delito fuere diferente, pero que merezca pena de obras públicas por más de doce años, u otra corporal más grave, se castigará al que no dé cuenta de él, sabiéndolo, con una reclusión de seis meses a dos años, y una multa de veinte a cincuenta duros; y si fuere más leve el delito, con un arresto de quince días a un año, y una multa de cinco a veinte duros». Como se puede comprobar, de igual manera que acontecía para el resto de los preceptos ya enunciados también en esta ocasión el deber positivo de actuación («dar noticia», esto es, *denunciar*) se exige desde la norma solo para los casos en que no concurra «perjuicio ni riesgo» para la persona obligada (sobre este extremo en particular, y por considerarlo de máximo interés al objeto de nuestro análisis, volveremos de inmediato).

Respecto de las dos últimas figuras analizadas, relativas a la obligación de dar noticia de los delitos en los supuestos que allí se señalan, en el artículo 127 CP 1822 se contempló una circunstancia que decretó la impunidad para ciertos casos de delitos tramados o intentados por determinados familiares, en los términos que siguen: «exceptúense de lo dispuesto en los dos últimos artículos los que no den noticia de los delitos cometidos, tramados o intentados por sus padres, abuelos, hijos o nietos, cónyuges, amos, maestros, tutores o curadores, parientes consanguíneos o afines, hasta en cuarto grado inclusive, o por personas con quienes estuvieren unidos por amistad, amor, gratitud o compañía doméstica de dos meses por lo menos antes de la ejecución o trama del delito, y de una manera que sea conocida en el pueblo respectivo la amistad, amor, motivo de gratitud o compañía; sin perjuicio de que sean castigados como merezcan en el caso de complicidad, auxilio, receptación o encubrimiento».

Por su parte, el artículo 128 CP 1822 recogió una cláusula de carácter premial señalando que «toda persona que por cualquiera de los actos espontáneos expresados en los artículos 122 hasta el 126 inclusive, y sin ejecutarlos por interés ni agravio personal, ni por razón de autoridad, empleo o cargo pú-

blico que ejerza, haga a la sociedad el servicio de precaver un delito a que esté impuesta pena corporal, o infamatoria, o de contribuir al arresto de un delincuente, o de salvar o contribuir a que alguna persona se salve de un agresor injusto, o de socorrerla en el daño o conflicto que este le haya causado, o de dar ocasión con las noticias oportunas a la autoridad competente para que haya sido descubierto y castigado un delito de la clase expresada, contraerá un mérito, y se hará acreedor a que el juez respectivo le dé gracias en audiencia pública a nombre del Gobierno; y además se anotará la acción meritoria en los libros del ayuntamiento para que siempre conste; y si lo apeteciere el interesado, se le dará también una certificación gratuita que lo acredite»<sup>7</sup>. El artículo 129 CP 1822, no obstante, completó el anterior precepto señalando: «exceptúense de la disposición precedente los que hayan tenido alguna complicidad, intervención voluntaria, o culpa en el delito o trama de que den noticia. Los que en este caso la den a la autoridad competente por un efecto de arrepentimiento y desistimiento voluntario antes de haberse cometido el delito, o descubierto la conjuración o maquinación para cometerlo, y antes de haberse empezado a proceder judicial o gubernativamente sobre ello, de manera que la noticia dada sea causa de que se precava oportunamente el daño, serán relevados de toda pena por aquel hecho, y quedarán únicamente por uno a cuatro años bajo la especial vigilancia de las autoridades. Los cómplices, auxiliares, receptadores o culpables de cualquiera otro modo en el delito, o en la conjuración o maquinación para cometerlo, que después de cometido, o de tener noticia las autoridades de la conjuración o maquinación, o de estarse procediendo judicial o gubernativamente sobre ello, descubran, aunque sea voluntariamente, cuanto sepan en su razón, no se eximirán por eso de la pena respectiva. Pero en el caso de conjuración o maquinación contra el Estado, contra la Constitución o contra la sagrada persona del Rey, contra la seguridad o salud pública, que todavía no haya llegado a tener efecto ni esté bastante averiguada, aunque haya llegado a noticia de las autoridades, y se esté procediendo sobre ello, el cómplice, auxiliador o culpable que, hallándose en plena libertad, se presente, y descubra voluntariamente el delito y los demás reos, siendo causa de que se sepa y remedie lo que de otra manera no se podría

---

<sup>7</sup> Razones de economía de espacio aconsejan limitar el comentario en esta disposición normativa. Baste con señalar cómo en la misma se establece una cláusula de carácter premial (*prämientheorien*), sumamente discutida en el seno de la doctrina penal más actual, desde la que se concibe que la función de premiar no ha de formar parte del contenido del Derecho penal, pues dicha idea no se avendría con un Derecho penal moderno ni tampoco con la estructura relacional entre el sistema jurídico-penal y los ciudadanos administrados, al exceder de su función con unos tintes claramente paternalistas. En tal sentido *vid.*: PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código penal español*, ed. Dykinson, 2008, pp. 181-182.

saber ni remediar, podrá obtener una rebaja de la mitad de la pena en que hubiere incurrido. Si en los casos expresados hiciere igual descubrimiento voluntario después de hallarse preso, y hubiere incurrido en pena de muerte o de trabajos perpetuos, se le podrán conmutar estas en la de deportación».

Las dos cuestiones más significativas y determinantes, a nuestro juicio, de este conglomerado de tipos penales, ya para el año 1822, son las que siguen:

Por un lado, la incorporación de delitos omisivos de carácter amplio en el Código Penal. Ciertamente, como ya aventurábamos al comienzo, hoy nadie discute que el delito pueda ser cometido tanto por acción como por omisión. No en vano el propio artículo 10 de nuestro actual Código Penal así lo recoge. En el CP de 1822 fueron varios preceptos los que ya aludieron de forma expresa a la *omisión* como forma de comportamiento humano, más allá de estos que ahora estamos sometiendo a revisión. Pero para llegar a dicha conclusión ha sido preciso transcurrir por una dilatada evolución histórica en la que se han ido configurando y asentando de forma progresiva los elementos definitorios y configuradores de los delitos omisivos.

Un vistazo a los Códigos penales contemporáneos nos permite constatar con cierta facilidad que, pese a la admisibilidad de la omisión como forma de comportamiento penalmente relevante, la acción sigue siendo la regla general, siendo los omisivos unos tipos penales auténticamente excepcionales. Esto se desprende ya de la estructura del propio CP de 1822. El legislador de entonces fue consciente de esa excepcionalidad de los delitos omisivos. La razón hoy aparece como meridianamente clara: se trata de normas que no se limitan a prohibir, en mayor o menor medida, una cierta conducta activa exteriorizada, voluntaria o imprudente, que atente contra un determinado interés digno de protección, sino que exige del sujeto una actuación positiva en cumplimiento de un cierto deber que se delimita en la norma penal. Así ocurrió con el deber de impedir el delito, detener al delincuente o auxiliar a la autoridad que lo requiera, mandatos que se comprenden en la propia redacción de los tipos penales. En los delitos omisivos se exige, por tanto, un deber de *actuación positiva* dirigido (igual que acontece con la prohibición dimanante de los delitos activos) a lograr la intangibilidad de un bien jurídico-penal<sup>8</sup>.

De los tipos penales del año 1822 que ahora sometemos a este breve comentario se desprende la avanzada idea de que el Derecho penal no solo debía trabajar sobre normas prohibitivas (delitos de acción) sino también sobre nor-

---

<sup>8</sup> BUSTOS RUBIO, «Limitación de mandato en los delitos de omisión propia: una reivindicación desde las ideas de Derecho penal mínimo e inexigibilidad», *CPC*, núm. 112, 2014, p. 99.

mas imperativas que podían obligar a los ciudadanos a enfrentar deberes de actuación en pro de la incolumidad de ciertos bienes jurídicos. Esas normas, caso de omitirse, podían generar ciertos efectos nocivos desde el punto de vista social (no entraremos aquí, dado lo limitado del espacio del que disponemos, a analizar la legitimidad y el interés objeto de protección en cada uno de los tipos penales enunciados en estas páginas, en ocasiones ciertamente cuestionables desde la óptica y límites del Derecho penal contemporáneo). Por tanto, ya en el Código Penal de 1822 se dejó patente una idea sumamente avanzada para el momento: el Derecho penal no debía agotarse en el mero aseguramiento de esferas de libertad ajenas de forma negativa mediante el establecimiento de delitos activos, sino que, en ocasiones, siquiera fuese excepcionalmente, también debía establecer relaciones positivas de ayuda para determinados bienes necesitados de protección penal<sup>9</sup>.

Debe reconocerse la existencia de un principio basilar del Derecho moderno, que hoy identificamos en la institución del *neminem laedere*, esto es, en la prohibición de dañar a los demás. Ya señaló Cicerón que la principal tarea de la justicia debía ser *no dañar a nadie*. Todos tienen, pues, el derecho de no ser dañados en su esfera de libertad y la consiguiente posibilidad de llevar a cabo todo comportamiento que no ocasione riesgo ni daño ajeno. Este principio, que en el ámbito anglosajón tuvo su principal reflejo en el *harm principle*, o *principio del daño* formulado por Mill en su obra «On Liberty»<sup>10</sup>, implica que solo la ofensa lesiva frente a otros (*offence to others*) podía desencadenar una respuesta penal. En nuestro sistema continental parte de este pensamiento se recoge en el principio garantista de ofensividad, lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos, y hace que, como se aventuró, la regla general sea el establecimiento de delitos de acción.

Sin embargo, como se desprende del Código Penal de 1822 en los delitos que estamos comentando, pronto se entendió que la sociedad no se podía conformar con el aseguramiento de la libertad ciudadana por medio del establecimiento de prohibición de acciones lesivas, a través de una protección exclusivamente negativa, pues también se debían manejar instituciones de carácter positivo que merecían, ya en aquel momento, la atención del sistema penal.

---

<sup>9</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Reflexiones acerca del delito de omisión de socorro debido», *CPC*, núm. 78, 2002, p. 593.

<sup>10</sup> «Que la única finalidad por la que el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás [...]. La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás». Cita tomada de: VON HIRSCH, «El concepto de bien jurídico y el "principio del daño"», en Heffendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ed. Marcial Pons, 2007, p. 39.

Empero, las limitaciones que hoy se dimanan de principios como el ya mentado de ofensividad y otros como el de *ultima ratio* del modelo penal, sumado al hecho de que los delitos omisivos suponen una mayor intromisión en las libertades individuales, han terminado por convertir a estos tipos de delitos en una lógica excepción en nuestro Derecho penal.

La instauración de mandatos positivos por parte del Derecho penal debe observarse bajo una luz diferente de la que alumbraba los delitos de acción: aquellos primeros no podían dejar de resultar excepcionales al no limitarse a *prohibir dañar* a los demás (principio básico del momento, como se señaló) sino a exigir u ordenar una salvaguarda positiva de bienes ajenos ante situaciones de necesidad. Y todo ello bajo la amenaza de sanción penal. Ciertamente, quien cumple con las disposiciones derivadas del *neminem laedere* todavía cuenta con un universo cuasi infinito de posibilidades de comportamiento en libertad; por el contrario, con un establecimiento máximo de deberes positivos ese espectro de libertad se cercena notablemente, incluso corriendo el riesgo de derivarnos hacia un modelo totalitario<sup>11</sup>.

La configuración de deberes positivos a través de los delitos de omisión no tiene por qué suponer un problema (más bien por el contrario; puede ser una ventaja para el modelo de protección de los bienes jurídicos más importantes para la vida en sociedad) si aquellos se encuentran dogmáticamente normativizados de forma acorde con el modelo de garantías penales imperante, y si además los tipos penales omisivos se encuentran delimitados típicamente de forma idónea. Es en este punto donde, de nuevo, deben alabarse las bondades de estos tipos penales previstos en el Código Penal de 1822.

Precisamente por ello, porque los delitos omisivos son más excepcionales al invadir de forma mucho más profunda la esfera de libertad ciudadana (pues el comportamiento del sujeto ahora ya no se limita a no-hacer lo que la norma del delito de acción le prohíbe hacer, sino precisamente a hacer lo que la norma del delito de omisión le exige realizar) se enfatizó en la idea y la necesidad de limitar los tipos de omisión, no solo en lo que se refiere a su delimitación conceptual-normativa desde un punto de vista dogmático, sino ya desde su propia configuración típica.

Relacionado con la idea anterior (y esta es la segunda cuestión que, a nuestro juicio, debe destacarse de la regulación del momento) resulta digno de alabanza el importante esfuerzo limitador del mandato positivo de actuación que desde la propia ley se manifestó en el Código Penal de 1822, mediante el concreto recurso a la cláusula que obligaba al sujeto a actuar cuando se pudie-

---

<sup>11</sup> BUSTOS RUBIO, *CPC*, núm. 112, p. 102.



ra hacer «sin perjuicio ni riesgo suyo», lo que nos pone sobre la pista de que el legislador de la época ya era consciente de la aludida necesidad de limitar los delitos omisivos frente a los más habituales delitos de acción. Esta cuestión entronca con la dogmática más avanzada de los delitos de omisión que ha perdurado hasta nuestros días, y que hoy exige constatar una serie de elementos normativos que son predicables de cualquier tipo omisivo, a saber: (a) la existencia de una situación típica configurada en la redacción normativa, de manera cierta y determinada, (b) la ausencia de una acción concreta, igualmente exigida en el tipo penal, y (c) la capacidad o posibilidad de realizar dicha acción esperada y determinada, exigida por el tipo (lo que, según la mayoría de la doctrina, exige constatar el conocimiento, por parte del sujeto activo, de la *situación típica*, y después la concreta capacidad para cumplir con el mandato dimanante de la norma)<sup>12</sup>. Es precisamente en relación con este último elemento, el relativo a la *capacidad* del sujeto obligado a cumplir con el mandato exigido, donde se despliega toda la significación de la cláusula apuntada: el sujeto solo se encontraba obligado a actuar en el caso de que pudiera hacerlo porque no existía perjuicio ni riesgo para su propia persona.

Esta disposición, que aparece también en nuestro actual Código Penal de 1995<sup>13</sup> (así, verbigracia, en el artículo 195 CP, que obliga a socorrer a persona desamparada cuando se pueda hacer *sin riesgo propio o ajeno*; o en el artículo 450 CP, que determina al sujeto obligado a impedir la comisión de ciertos delitos igualmente cuando pueda cumplirse con tal deber *sin riesgo propio o ajeno*), posee una clara función de limitación del deber exigido, ya desde la propia configuración típica del delito<sup>14</sup>. Como bien ha explicado Gimbernat los sujetos obligados a actuar siguiendo el mandato establecido en estos tipos penales «en muy raras ocasiones podrían sufrir menoscabos en sus bienes jurídicos, pues en el momento en que la acción de salvamento encierra algún riesgo para su persona [...] el Código Penal les exime de cualquier obligación de intervenir, ya que este sólo exige esa ayuda cuando puede llevarse a cabo sin riesgo propio ni de terceros»<sup>15</sup>.

La cláusula incorporada a estos delitos en el Código Penal de 1822 deriva claramente del principio de exigibilidad en el sistema penal, lo que dota nuevamente a la norma de un marcado cariz garantista; como ya señalase Henkel

<sup>12</sup> HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, ed. Ministerio de Justicia, 1987, p. 308.

<sup>13</sup> HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1996*, ed. Tirant lo Blanch, 1997.

<sup>14</sup> BUSTOS RUBIO, «La cláusula “sin riesgo propio o ajeno”: su función limitadora del deber en los delitos omisivos», *Revista Penal México*, núm. 7, 2015, p. 33.

<sup>15</sup> GIMBERNAT ORDEIG, «Imputación objetiva y conducta de la víctima», *ADPCP*, núm. 58-3, 2005, p. 740.

«la idea de exigibilidad tiene un ámbito de aplicación especialmente importante en los delitos de omisión»<sup>16</sup>. No obstante, a pesar de que actualmente no se ponga en duda el fundamento de esta cláusula (como decimos, apoyado en la inexigibilidad de otro tipo de conducta, pues precisamente tiene el efecto de contener la conducta exigida en los delitos omisivos) la discusión que se ha suscitado en las últimas décadas viene más bien referida a la verdadera naturaleza jurídica que tal disposición debe poseer. Así desde considerar que la misma afecta a la culpabilidad (donde, en efecto, se inserta la idea general de exigibilidad o inexigibilidad de una conducta reprochable al autor del delito), pasando por el entendimiento de esta como causa de justificación, hasta llegar a la consideración de la misma como causa de atipicidad<sup>17</sup>.

El principio general de inexigibilidad en Derecho penal no es privativo del estadio de la culpabilidad, sino que se extiende a todo el Ordenamiento jurídico y a diferentes niveles, pues es un elemento informador del conjunto del mismo. Según nuestro parecer<sup>18</sup>, y de forma muy resumida, debemos entender que esta cláusula acota directamente la tipicidad del hecho, de tal manera que cuando se produzca ese riesgo desaparece directamente la situación típica que daría nacimiento al mandato positivo de actuación. Y ello es así porque el tipo penal, como elemento que define lo que puede ser ordenado o estar prohibido, puede acoger en su propia configuración elementos que contengan la necesidad de la conducta, sin que sea menester acudir al nivel de la antijuridicidad donde deba estudiarse un hipotético conflicto de intereses. El hecho de que el principio de tipicidad exija *determinación* en el momento de configurarse la situación típica, sumado a la excepcionalidad de los delitos omisivos de la que antes se habló, es razón suficiente para sostener que la concurrencia de este tipo de riesgos convierte directamente en atípica la situación normativa y, consecuentemente, hace desaparecer la obligatoriedad de actuar. Es más: cuando nos encontramos, como ocurre con estos tipos penales en el Código de 1822, con una imposición de determinados deberes o mandatos de actuación positiva (que hoy denominamos *delitos de omisión propia*) y no con meros mandatos de prohibición (*delitos de acción*), la discusión no consiste tanto en valorar si la conducta está o no prohibida, sino directamente en establecer, con suma determinación dado el mayor nivel de invasión de libertades ya señalado para esta tipología de delitos, cuándo existe el mandato de actuación bajo pena de responsabilidad omisiva.

---

<sup>16</sup> HENKEL, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, ed. Euros Editores, 2005, p. 86.

<sup>17</sup> BUSTOS RUBIO, *Revista Penal México*, núm. 7, 2015, pp. 33 ss.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 36 ss.

Ya por último se debe considerar que, con todo el avance que esta regulación (y las ideas que de ella se desprenden) supuso en el año 1822, aún no se observan en aquel momento cláusulas que eximan del cumplimiento de dichos deberes también cuando el riesgo o peligro sea *ajeno*, y no solo propio (al contrario de lo que acontece hoy en los ejemplos ya aludidos bajo el paraguas del actual Código Penal de 1995).

## II. LA OMISIÓN DEL DEBER DE CASTIGO, PERSECUCIÓN, ENTREGA Y REMISIÓN DE DELINCUENTES POR PARTE DE LAS AUTORIDADES

A partir del artículo 130 CP 1822 se vinieron a establecer ciertas obligaciones de auxilio y para la persecución de delitos y entrega de delincuentes por parte de las autoridades. De este modo, el precepto señalado instituía que «todas las autoridades civiles, militares o eclesiásticas, sean judiciales o gubernativas, o de cualquiera otra clase, están obligadas a auxiliarse recíproca y eficazísimamente luego que sean requeridas en forma legal, y sin aguardar aviso u orden del superior respectivo, para precaver y castigar los delitos, y para la persecución, entrega y remisión de los delincuentes sujetos a cada jurisdicción, bajo las penas del capítulo noveno del título de delitos de los funcionarios públicos». El artículo 131 CP 1822, por su parte, expresaba que «toda autoridad civil, militar o eclesiástica que en sus respectivos súbditos descubra delincuente, o halle pruebas o indicios de delito correspondiente a otra jurisdicción, está obligada bajo iguales penas a dar inmediatamente noticia circunstanciada de todo a la autoridad que deba conocer, y a poner a disposición de esta el reo y sus efectos, y todos los comprobantes del delito que haya podido adquirir».

Como fácilmente se colige nos encontrábamos ante delitos especiales que determinaban el círculo de posibles sujetos activos a aquellos que estuviesen revestidos de *autoridad civil, militar o eclesiástica* (esta última autoridad se comprende dada la influencia de la Iglesia Católica del momento en la vida institucional española). Como se observa, desaparece aquí la cláusula limitadora del deber a la que se aludió páginas atrás, con toda seguridad al suponer delitos de omisión para casos concretos en los que los sujetos obligados tienen una serie de deberes y obligaciones ineludibles en consideración a su cargo. De hecho, si nos aproximamos al interés objeto de protección todo parece apuntar al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia en materia penal.

Por su parte, el precepto contenido en el artículo 132 CP 1822 se encontraba más próximo a la conculcación de deberes por parte de ciertas autorida-

des en el desempeño de sus funciones ante la comisión de un delito flagrante. El mentado precepto señalaba que «además de las autoridades y ministros de justicia a quienes toque inmediatamente el cargo de impedir los delitos y arrestar y perseguir a los delincuentes, todo magistrado o juez civil, de cualquiera clase que sea, los jefes políticos, los regidores de los pueblos, los jefes y oficiales militares, sean del ejército o armada o de la milicia nacional, los comandantes de cualquiera fuerza armada, los alcaldes de barrio o de cuartel, los alguaciles de los tribunales o juzgados civiles, y los de los alcaldes, cuando unos y otros lleven las insignias de sus empleos, o sean conocidos generalmente en el pueblo, están obligados, so pena de represión y multa de uno a ocho duros, a practicar u ordenar por sí, siempre que vean cometer algún delito in fraganti, el arresto o persecución del delincuente, y a dar para ello en el acto a nombre de la justicia todas las disposiciones oportunas [...]».

# LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822

VÍCTOR MARTÍNEZ PATÓN  
Universidad Internacional de La Rioja

## I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es sin duda alguna el tema que más interés ha atraído a la doctrina penal en los últimos decenios<sup>1</sup>. Los debates han sido encendidos, las tesis doctorales numerosas, y las conferencias y congresos se cuentan por centenares. No es para menos: se trata de una modificación legislativa que introduce un cambio en el sujeto penal, lo que por sí mismo altera los cimientos del orden jurisdiccional penal.

Si aceptamos acriticamente que esta responsabilidad penal corporativa ha sido introducida en nuestro Código Penal por primera vez en virtud de la LO 5/2010, de 22 de junio, el título de este capítulo puede ser leído como un oxímoron, equivalente a si predicáramos trilateralidad de un polígono cuadrilátero<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> En palabras del Excmo. Sr. Marchena Gómez, presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, «En los últimos diez años, pocas materias, como la que afecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, han concentrado con tanto interés la atención de la dogmática» (prólogo a MARTÍNEZ PATÓN, *Conversaciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ed. Bosch, Barcelona, 2021, p. 13).

<sup>2</sup> Esta afirmación repetida en términos absolutos, merecería cuando menos muchos matices. Empezando porque la exposición de motivos de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, afirmaba que en su articulado se «aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas». Para ulteriores matizaciones puede leerse por ejemplo, en relación con las consecuencias accesorias del artículo 129 CP y sus antecedentes, a FERNÁNDEZ TERUELO, «Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP», en Quintero Olivares y Morales Prats (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001, pp. 273-294. Del mismo modo, en MARTÍNEZ PATÓN, *Conversaciones*, el ministro Belloch Julbe hace un recorrido preciso sobre los precedentes (pp. 27-51).

Nuestro propósito es precisamente el de demostrar que no nos hallamos ante un oxímoron, y que bien al contrario es posible sostener que el Código Penal de 1822 no rechazaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Al menos, pretendemos abrir líneas que puedan enriquecer el debate, analizando los hechos desde perspectivas novedosas.

Con tal fin, resulta imprescindible desmontar en primer lugar dos mitos históricos sobre los que se ha construido la *communis opinio* histórica sobre la responsabilidad corporativa, y presentar brevemente las grandes líneas de la doctrina jurídica clásica. Solo después estaremos en disposición de analizar el texto del propio Código para concluir, es preciso adelantarlo, que si bien en el articulado no había disposiciones específicas que sostuvieran la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tampoco había ninguna que la prohibiera, y que nada impide interpretar ese silencio, de acuerdo con la tradición histórica, en el sentido de aceptación y no de negación de las corporaciones como sujeto de imputación jurídico-penal<sup>3</sup>.

## II. DECONSTRUCCIÓN DE LOS MITOS HISTÓRICOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Cuando sostenemos que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una novedad recentísima en nuestro derecho (LO 5/2010), y negamos por lo tanto cualquier precedente, lo hacemos básicamente sobre dos ideas fuerza, en cierto punto contradictorias. La primera de ellas es que la irresponsabilidad corporativa es norma heredada del derecho romano, como demuestra la frase *societas delinquere non potest*, y consecuentemente se ha mantenido invariada en el ordenamiento jurídico español desde entonces. La segunda pone el foco en la Ilustración, movimiento antropocéntrico que habría suprimido cualquier forma de responsabilidad diferente de la individual como consecuencia del proceso de holización<sup>4</sup>.

Basta el mero enunciado para constatar la contradicción que anunciábamos, pues si la primera premisa histórica fuera verdadera en términos absolutos, supondría *eo ipso* la negación de la segunda. Asumiendo acríticamente ambas como ciertas, habríamos necesariamente de encontrar alguna interpretación no absoluta de la primera, que nos llevara por ejemplo a sospechar que

---

<sup>3</sup> La tesis que aquí vamos a desarrollar ya estaba apuntada en MARTÍNEZ PATÓN, *La doctrina societas delinquere non potest*, ed. BdeF, Buenos Aires, 2019, pp. 317 ss.

<sup>4</sup> Sobre la idea de holización puede leerse a BUENO MARTÍNEZ, «Precisiones en torno a la idea de holización», *El Basilisco* (42), 2010, pp. 19-80.

la «oscura» Edad Media habría negado el principio romano, y que la luz de la Ilustración habría supuesto en este punto concreto el renacimiento de la idea romana expresada por la frase *societas delinquere non potest*.

Con el fin de aclarar estas cuestiones analizamos a continuación el contenido histórico real de ambas tesis, en la medida en que la posición que adoptemos al respecto va a ser fundamental para analizar el objeto de nuestro capítulo.

## 1. El derecho romano y el brocardo «*societas delinquere non potest*»

Contra lo que de forma más o menos inconsciente hemos considerado durante decenios, el derecho romano sí conoció la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>5</sup>. Y así fue unánimemente aceptado hasta mediados del siglo XIX, cuando SAVIGNY forzó la interpretación de los textos romanos para hacerles decir lo que nunca habían dicho, y hallar así un precedente de autoridad para lo que no era sino una novedosa innovación del Código Penal de Baviera (1813): que las personas jurídicas no podían delinquir<sup>6</sup>.

Cuestión diferente, y bien curiosa, es la relativa al brocardo *societas delinquere non potest*<sup>7</sup>. Atribuido acriticamente al derecho romano por el simple hecho de que está redactada en latín, lo cierto es que fue un invento del penalista alemán FRANZ VON LISZT en su *Handbuch* de 1881, formulado con el fin de describir el principio vigente desde el citado Código de Baviera y negar su validez, defendiendo así que las *societates delinquere possunt*<sup>8</sup>. Cuando el manual de VON LISZT se popularizó, a partir de la edición publicada en 1900, otros autores empezaron a repetir el brocardo pero sin atreverse a atribuírselo

<sup>5</sup> Nuestra tesis sobre el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho romano está ampliamente desarrollada en MARTÍNEZ PATÓN, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho romano», *Revista General de Derecho Romano* (30), 2018.

<sup>6</sup> Artículo 49 (Código de Baviera, 1813): «Wenn die Mehrheit oder Gesamtheit der Mitglieder einer Gemeinde, Zunft oder andern Korporation ein Verbrechen begangen hat, sollen bloß die schuldigen Einzelnen, nicht die gesellschaftliche Vereinigung selbst als der strafbare Theil angesehen werde» (Si ocurre que la mayoría o la totalidad de los miembros de una comunidad, de un cuerpo profesional o de otro tipo de corporación comete un crimen, solo se considerará culpable a cada uno de los individuos aislados y no a la asociación colectiva).

<sup>7</sup> Para el desarrollo completo de cuanto se presenta en brevísimo resumen, véase MARTÍNEZ PATÓN, «El origen no romano del brocardo *societas delinquere non potest*», *Revista General de Derecho Romano* (36), 2021.

<sup>8</sup> VON LISZT, *Das Deutsche Reichsstrafrecht*, 1881, p. 100: «Da die Zurechnungsfähigkeit eine Art der Handlungsfähigkeit ist, so kann nur der Mensch Subjekt eines Deliktes sein. Und zwar nach positivem Rechte nur das Einzelindividuum, nicht aber die Kollektivpersönlichkeit. Societas delinquere non potest» (Dado que la imputabilidad es un tipo de capacidad de obrar, solo el hombre puede ser el sujeto del delito, y conforme al Derecho positivo solo lo puede ser el individuo, no la personalidad colectiva. *Societas delinquere non potest*).

a Von Liszt, simplemente porque no sabían si era o no invento suyo<sup>9</sup>. Y así, una frase popularizada en los albores del siglo xx empezó rápidamente a considerarse antigua y propia del corpus clásico del derecho romano<sup>10</sup>.

Esta confusión con la frase *societas delinquere non potest* generó a su vez una revitalización de la tesis de Savigny, que tomó nuevo vigor en detrimento de toda la tradición previa, que nunca había sostenido que el derecho romano rechazara la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>11</sup>. Y de este modo, en España y los países de nuestro entorno triunfó la tesis falsa de que Roma tenía como principio de su derecho la irresponsabilidad penal corporativa, difundida con tanta impregnación que llegó a citarse incluso en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo<sup>12</sup>.

## 2. La Ilustración, contraria a la responsabilidad penal corporativa

De acuerdo con un principio tomado de las ciencias positivas, los políticos revolucionarios franceses transformaron la sociedad política francesa del Antiguo Régimen mediante un proceso holizador en virtud del cual las antiguas corporaciones, concebidas como totalidades atributivas, fueron abolidas y sustituidas por una sociedad en la que cada uno de los individuos pasaba a tener relación directa con el Estado, en igualdad de derechos y obligaciones con el resto de sus conciudadanos. Obviamente, si las corporaciones desaparecían, desaparecía todo aquello que de ellas podía predicarse, incluida su responsabilidad penal, en coherencia con el proceso humanizador del derecho penal iniciado por Beccaria que ponía al hombre en su centro.

Esta versión, comúnmente difundida, debe ser sometida a la crítica emanada del análisis de los concretos textos contemporáneos de aquellas transfor-

---

<sup>9</sup> En el siglo XIX solo se conoce un uso de la frase, además de los de Von Liszt. Concretamente el croata OGORELICA, que la utilizó en un artículo de 1897: «Stranke i zastupnici stranaka u kaznenom», *Mjesečnik pravničkoga društva u Zagrebu* (23), p. 466.

<sup>10</sup> Por ejemplo, FLORIAN afirmaba en 1910, solo diez años después de su popularización, que el principio era «vecchio»: «La disputa é ora vivissima: ma noi crediamo che debbasi tenere saldo il vecchio principio *societas delinquere non potest*», en *Trattato di diritto penale*, 1910, vol. 1, parte I, p. 272.

<sup>11</sup> El primero en sostener que la frase provenía del derecho romano fue el ministro finlandés MANNIO, que en 1917 escribió «*Societas delinquere non potest*: kuuluu jo roomalaisoikeudesta periytynyt oppiauselma» (*Societas delinquere non potest*: así reza la frase doctrinal heredada del derecho romano). «*Yhteisöllisestä juridisesta henkilöstä*», *Lakimies*, 1918, p. 70.

<sup>12</sup> STS 1699/1972, de 2 de diciembre (ponente Excmo. Sr. Ángel Escudero del Corral): «no existen formas que directamente la declaren y que revocaren el dogma romano *societas delinquere non potest*».



maciones, tanto los ensayos filosóficos o jurídicos como las propias normas, tanto las que fueron sustituidas como las emanadas de aquellos cambios.

Francia había incorporado a su Ordenanza Criminal de 1670 (título XXI) normas expresas sobre cómo debía hacerse el proceso contra corporaciones, de tal modo que parecería razonable hallar comentarios sobre la necesidad de la derogación de tal responsabilidad corporativa en Beccaria, Voltaire<sup>13</sup>, Marat<sup>14</sup> o en cualquiera de los numerosos contemporáneos franceses preocupados por la justicia criminal. Sin embargo, todos ellos guardaron silencio y tan solo consta una brevísima referencia al respecto: un seguidor secundario de Beccaria llamado Antoine Joseph Thorillon se expresaba en estos términos: «La sagesse des loix qui sont réunies sous ce titre [XXI] frappe l'esprit»<sup>15</sup>.

Así pues, si ningún ilustrado francés se manifestó contrario a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el único que habló al respecto fue para defenderla con vehemencia, nada permite sostener un rechazo unánime, sino más bien lo contrario. Cuando menos, deberemos aceptar que los ilustrados no tenían interés por la reforma del derecho penal corporativo, lo que es tanto como sostener su tácita aceptación.

Por otro lado, es preciso señalar que el fin de las «corporaciones» de origen feudal no supuso en absoluto el fin del contrato de sociedad, sino antes bien su multiplicación, en lógica consecuencia de una revolución de marcado carácter burgués<sup>16</sup>. Por ello, nada impedía que las nuevas sociedades mercantiles (que nada tenían que ver con las viejas *corporations*) tuvieran responsabilidad penal conforme al no derogado título XXI de la Ordenanza de 1670, según puede comprobarse en la jurisprudencia posrevolucionaria de la Corte Constitucional<sup>17</sup>.

Frente a la situación de Francia, es preciso señalar que la realidad germánica es radicalmente diferente, pues la redacción del Código de 1813 se le encargó a Anselm Von Feuerbach, quien había enunciado en 1801 su tesis de que las personas jurídicas no podían delinquir, lo que había hecho partiendo de las posiciones expresadas por Ferdinand Hommel<sup>18</sup> y basadas a su vez en el subjetivismo kan-

<sup>13</sup> VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité*, Londres, 1777.

<sup>14</sup> MARAT, *Plan de législation criminelle*, París, 1780.

<sup>15</sup> THORILLON, *Idées sur les loix criminelles*, París, 1788, t. II, pp. 293-298, artículos 418-426.

<sup>16</sup> KAPLAN, *La fin des corporations*, Fayard, París, 2001.

<sup>17</sup> GEBARA, señala en este sentido las sentencias de la Corte de Casación de 5 de mayo de 1815 y otra de 6 de agosto de 1829 y 24 de septiembre de 1830 (*La responsabilité pénale des personnes morales*, 1945, pp. 49-72).

<sup>18</sup> HOMMEL, *Rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvenientium*, 1769, tomo V, observatio DCI, p. 1: «Quaestio valde dubia: an universitas vel familia delinquere possit? Si iura gentium spectes, affirmantur; iure civili autem [...] negatur» (La pregunta es muy dudosa: ¿puede una corporación o una familia delinquir? En lo referente al derecho de gentes sí, pero en lo referente al derecho civil [...] no).

tiano. Naturalmente, Feuerbach introdujo ese principio en el código de 1813, que fue asumido primero por el Código de Prusia (1851) y posteriormente por el Código Imperial de 1871, y que ha permanecido inmutado hasta la fecha.

### 3. Conclusiones

De acuerdo con lo que someramente se ha señalado, constatamos cómo las tres ideas fuerza de carácter histórico sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas son sencillamente falsas: ni el derecho romano rechazó la responsabilidad corporativa ni enunció la frase *societas delinquere non potest*, y tampoco los revolucionarios ilustrados franceses rechazaron que las corporaciones pudieran ser sujeto de responsabilidad penal.

Así pues, y demostradas falsas tales teorías, parece oportuno estudiar cuál había sido la posición tradicional de la doctrina. En ausencia de tesis relevantes entre los ilustrados franceses, y dado que los redactores españoles del Código de 1822 estuvieron influidos por ellos y no por FEUERBACH, resulta fundamental presentar con brevedad un estado de la cuestión de la doctrina<sup>19</sup>.

### III. LA DOCTRINA SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Desde que Juan Basiano (m. 1197), jurisconsulto de la tercera generación de autores boloñeses, desarrolló su tesis favorable a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ningún autor negó que las corporaciones pudieran ser sujetos jurídico-penales hasta Blackstone (1765) en Inglaterra y Hommel (1769) en la Europa Continental.

Durante esos seis siglos, numerosísimos fueron los autores que dedicaron páginas a la cuestión, que se entendió tan relevante que su estudio alcanzó no solo a los juristas, sino también a filósofos de la talla de SANTO TOMÁS. El gran filósofo medieval le dedicó al tema algunas páginas de su *Summa Theologica*, concluyendo a favor de que las personas jurídicas sí pueden cometer delitos aunque introduciendo una disquisición fundamental: lo que no pueden es ser sujeto de todas las penas que se imponen a las personas físicas. En concreto, no pueden imponérseles ni las penas corporales ni las espirituales. Esta doctri-

---

<sup>19</sup> SALDAÑA GARCÍA-RUBIO, *Capacidad criminal de las personas sociales*, 1927, p. 8: «Nuestro derecho civil es romano; el derecho penal de nuestra era, elaborado en Italia, es de origen francés».

na estuvo vigente en el derecho canónico desde el Decreto de Graciano hasta la promulgación del vigente Código de 1983, que fue el primero en rechazar la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>20</sup>.

En este brevísimo repaso no podemos pasar por alto entre los autores medievales al primer autor de un tratado de derecho penal, que fue Alberto de Gandino (1286). En ese primer tratado de derecho penal hay una parte dedicada al derecho penal de las personas físicas, y una parte dedicada al derecho penal de las personas jurídicas<sup>21</sup>.

De forma equivalente, a principios del siglo xvii Nicolás Losa (1601) publicó el primer manual de derecho de sociedades, en que dedica una de las cinco partes en que se encuentra dividido el libro al derecho penal de sociedades<sup>22</sup>.

Por ello, no puede resultar sorprendente que el más famoso penalista pre-revolucionario, Próspero Farinacio, escribiera en 1589 al hablar de la responsabilidad penal de las personas jurídicas lo siguiente: «hodie universitates propter earum delicta saepe numero puniri absque controversia videmus»<sup>23</sup>.

La aplicación práctica de esta doctrina unánimemente favorable a la responsabilidad penal de las personas jurídicas tampoco era desconocida. Pongamos un ejemplo, muy popular entre la doctrina francesa del siglo xviii. En 1561, durante el último año de la regencia de Catalina de Médicis en el trono francés, un joven alumno de Teología de nombre Jean Tanquerel pretendía defender en la Universidad de la Sorbona una tesis doctoral del máximo interés: se preguntaba Tanquerel que, dado que los súbditos franceses le deben obediencia al rey de Francia porque ha sido elegido rey por la gracia de Dios, si tal obligación de obediencia se mantendría si el rey fuera excomulgado. Pues bien, al pobre de Tanquerel no le dejaron leer su tesis, y lo que es más, el Parlamento de París condenó a la Universidad de la Sorbona con la prohibición de enseñar Teología durante cuatro años, pues era en el seno de esos estudios en los que se había permitido la defensa de esa tesis<sup>24</sup>. Traducida la situación a términos actuales, el tribunal condenó a la Facultad de Teología a la pena

<sup>20</sup> Sobre este primer rechazo del derecho canónico a la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede leerse ZALBIDEA GONZÁLEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CIC de 1917 y en la legislación actual», *Revista Española de Derecho Canónico* (191), 2021.

<sup>21</sup> *Tractatus de maleficiis*, 1286.

<sup>22</sup> *Tractatus de iure universitatum*, 1601.

<sup>23</sup> Prospero FARINACIO, *Praxis et theoria criminalis*, 1589, III, XIV, 2: «Creemos que hoy no existe controversia sobre el hecho de que las corporaciones son condenadas con frecuencia por sus propios delitos».

<sup>24</sup> Philippe BORNIER, *Conférences des nouvelles ordonnances de Louis XIV*, 1678, p. 321, que no cita el nombre del estudiante. La sentencia del caso Tanquerel puede leerse en *Arrest de la Cour de Parlement contre Jean Tanquerel* (1561), *Traité des droits et libertés de l'Église gallicane* (Pierre DUPUY, 1731, t. I, pp. 50-54 – 1.ª ed. 1639–), *Les recherches de la France* (Étienne PASQUIER, 1568, libre III, ch. XVI, n. 201, 208 y 211).

interdictiva de suspensión de actividades, recogida actualmente en el artículo 33.7c de nuestro vigente Código Penal<sup>25</sup>.

Para concluir, es preciso señalar que tras la novedad germánica de Hommel (1769), recogida parcialmente por Malblanc (1792) y asumida plenamente por Feuerbach (1801), la doctrina alemana del siglo XIX estuvo lejos de ser unánime defensora de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Fue precisamente en los años veinte del siglo XIX cuando se propuso por parte de la doctrina la necesidad de reintroducir la responsabilidad penal corporativa. Así, en 1822 fue Christoph Martin quien publicó un viejo discurso de Vosmaer (1775) en tal sentido<sup>26</sup>, y Sintenis (1825) quien dedicó su tesis doctoral al mismo propósito<sup>27</sup>.

#### IV. LOS TEXTOS DEL CÓDIGO PENAL DE 1822

Partiendo de cuanto antecede, es momento de presentar los artículos del Código Penal de 1822 de cuya interpretación depende cuál sea nuestra posición sobre la existencia o no de reconocimiento tácito de responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro primer Código Penal. Son los siguientes:

«Artículo 1. Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena. En toda infracción libre de la ley se entenderá haber voluntad y malicia, mientras que el infractor no pruebe o no resulte claramente lo contrario<sup>28</sup>.

Artículo 10. Todo español o extranjero (sic) que dentro del territorio de las Españas cometa algún delito o culpa, será castigado sin distinción alguna con arreglo a este código, sin que a nadie sirva de disculpa la ignorancia de lo que en él se dispone; salvas las escepciones (sic) estipuladas en los tratados existentes con otras Potencias<sup>29</sup>.

Artículo 27. Además de los autores, cómplices, auxiliares y receptadores de los delitos, las personas que están obligadas a responder de las acciones de otros serán responsables, cuando estos delincan o cometan alguna culpa, de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que correspondan;

---

<sup>25</sup> Artículo 33.7c) CP: «Suspensión de sus actividades por un tiempo que no podrá exceder de cinco años».

<sup>26</sup> MARTIN, *Selectarum dissertationum et commentationum iuris criminalis collectio*, 1822, Disertación X, vol. 1, pp. 329-393. El discurso de VOSMAER se titulaba *Specimen iuridicum inaugurale exhibens doctrinam de imputatione ad delicta universitatis*, y fue pronuciado en la Universidad de Leiden el 3 de febrero de 1775.

<sup>27</sup> SINTENIS, *De delictis et poenis universitatum*, 1825.

<sup>28</sup> *Código Penal de 1822*, título preliminar, capítulo I, «De los delitos y las culpas».

<sup>29</sup> *Código Penal de 1822*, título preliminar, capítulo II, «De los delincuentes y culpables, y de los que responden de las acciones de otros».

pero esta responsabilidad será puramente civil, sin que en ningún caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables. Los que están obligados a responder de las acciones de otros son los siguientes:

Quinto. Los amos y los gefes (sic) de cualquiera establecimiento respecto del daño que causen sus criados, dependientes u operarios, con motivo o por resultas de servicio trabajo en que aquellos los empleen; debiendo ser esta responsabilidad mancomunadamente con los que causen el daño, y sin perjuicio de que el amo o gefe (sic) pueda repetir después contra ellos si se hubieren escedido de sus órdenes<sup>30</sup>».

Como puede verse, el Código guarda silencio sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ahora bien, si partimos de la literalidad del artículo 27 («sin que en ningún caso se pueda proceder criminalmente [...] contra dichas personas responsables»), esperaríamos hallar en esa nómina a las corporaciones, pero lo cierto es que estas no aparecen y tan solo, entre otros, figuran los «amos y gefes de cualquier establecimiento», pero no el «establecimiento» mismo. Dado que en el artículo primero se presume el dolo, y en el 17 se habla de que los autores pueden ser españoles o extranjeros, y las personas jurídicas también tienen nacionalidad, ningún elemento permite negar de manera taxativa que las corporaciones fueran sujeto de responsabilidad penal. Esta es la tesis que vamos a defender a continuación.

## V. EL SILENCIO DEL LEGISLADOR DE 1822 SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ¿UN SILENCIO POSITIVO?

Una vez desmontados los mitos históricos sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y presentados los artículos relevantes del Código, estamos en disposición de interpretar el silencio del legislador de 1822. Porque lo cierto e indudable es que el legislador guardó silencio, y no se expresó ni en el sentido de reconocer responsabilidad penal a las personas jurídicas ni en el sentido de negársela.

Ese mismo silencio se mantendrá idéntico en los siguientes códigos penales hasta la reforma de 2010, con las importantes matizaciones ya señaladas en la nota segunda de este capítulo. También resulta excepcional en este sentido el Código Penal del Protectorado de Marruecos (1914), que igual que el Código de 1928, permitía la imposición de medidas de seguridad a las personas jurídicas.

---

<sup>30</sup> *Código Penal de 1822*, título preliminar, capítulo II, «De los delincuentes y culpables, y de los que responden de las acciones de otros».

Centrándonos pues en el silencio del Código de 1822, y aunque hasta la fecha la doctrina no ha desarrollado esta idea, parece que siempre se ha entendido que la preterición reflejaba el tajante rechazo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El planteamiento que nos hacemos nosotros es si la cuestión puede ser analizada de otra manera, y si esa otra manera se adapta mejor a los hechos, según vamos a sostener.

En primer lugar, es preciso partir de la evidencia de que el silencio puede ser hipotéticamente tanto positivo como negativo, y que solo el contexto histórico puede aclararnos cuál ha de ser la correcta interpretación. Por ello, procede plantearnos ahora si ese contexto histórico general es también de aplicación en España, pues de ello va a depender necesariamente la interpretación del silencio. En este sentido, no resulta inoportuno traer a colación cómo el Código Penal de Prusia (1851) guardó también silencio en oposición al de Baviera (1813), del que era heredero. La interpretación de ese silencio sin embargo no es dudosa, pues tenía un precedente expreso e indubitado: como señaló GOLTDAMMER, resultaba superfluo escribir un precepto de tan «manifiesta evidencia<sup>31</sup>». La pregunta es, ¿puede interpretarse igual nuestro Código Penal de 1822?

En primer lugar, es preciso señalar que la doctrina española no es excepción a cuanto se ha señalado en los epígrafes anteriores, pues desde el salmantino Antonio Gómez (1555), se mostró partidaria unánime de la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>32</sup>. Salvo error u omisión, ningún autor español anterior a 1822 defendió jamás la irresponsabilidad penal de las corporaciones. Tampoco Lardizábal, que siguiendo a Beccaria, no introdujo comentario alguno sobre las personas jurídicas en su célebre obra (1782). Y como ya dijimos hablando de los ilustrados franceses, puesto que esta obra se publicó en un momento en que nadie ponía en duda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, su silencio debe ser interpretado en el sentido de que no consideraba necesaria la reforma del derecho penal corporativo, al que en consecuencia daban por válido. En este sentido, no es ocioso recordar que el título completo de la obra de Lardizábal es *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes de España para facilitar su reforma*.

En cuanto al derecho positivo, carecemos en España de una norma equivalente a la Ordenanza Criminal francesa de 1670; de hecho, en las fechas inmediatamente anteriores a la promulgación del código de 1822 seguían en vigor las normas contenidas en la Novísima Recopilación, con las Partidas, el Fuero Real,

---

<sup>31</sup> GOLTDAMMER, *Materialien zum Strafgesetzbuch*, 1851, tomo I, p. 332 (*apud* MARTÍNEZ VIADEMONTE, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 1928, p. 7).

<sup>32</sup> *Variarum resolutionum iuris civilis*, 1555, liber III (*De delictis*), 1, 52.: «bene potest delinquere saltem improprie et fecte per rectores et gubernatores eius, et poterit ex tali delicto puniri» (bien puede delinquir impropriadamente y de manera ficticia a través de sus rectores y gobernadores y por tal delito pueden ser castigadas).

y el Fuero Juzgo como derecho de aplicación supletoria<sup>33</sup>. Esto supone una dificultad que no podemos obviar, pues no existen normas positivas expresas relativas al proceso a personas jurídicas. Sin embargo, teniendo en cuenta que el arbitrio judicial era consustancial al sistema, y que este se construía tanto sobre las normas como sobre una doctrina unánimemente partidaria de la responsabilidad penal corporativa, es muy probable que reglas como la contenida en el Fuero Real sobre el homicida desconocido refugiado en una casa, fueran de aplicación analógica por ejemplo en las ciudades<sup>34</sup>. Tal vez ese fuera el caso de la ciudad cordobesa de Fuente Obejuna (1476), recreado magistralmente por Lope de Vega en su magistral obra de 1613, donde al repetir que Fuenteovejuna fue quien mató al comendador los habitantes no estaban encubriendo a nadie, sino confesando la responsabilidad corporativa de la ciudad<sup>35</sup>.

Puesto que la vigencia del Código de 1822 fue brevísima, no es posible hallar ejemplos jurisprudenciales que nos aclaren cómo fue interpretado en aquel momento el silencio sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>36</sup>. Sí contamos sin embargo con dos testimonios muy valiosos sobre cómo se interpretó el mismo silencio en el siguiente Código Penal, el de 1848.

El primero de ellos es un texto de Alejandro Groizard, en un comentario al Código Penal publicado en 1865 en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* bajo el título de «Ensayo de un comentario al Código Penal». Al hablar del artículo 1 y los sujetos delictivos, GROIZARD plantea el problema de la responsabilidad penal corporativa, concluyendo enérgicamente con este párrafo<sup>37</sup>:

«Digámoslo una vez más. Fulminar penas en globo contra un pueblo, contra un Ayuntamiento, contra una corporación, contra una reunión de personas cualquiera, herir del mismo modo a todos los individuos que la constituyen, así a los inocentes como a los culpables, es siempre injusto y puede llegar a ser bárbaro. Se ha hecho algunas veces en los tiempos modernos y quizás se vuelva a hacer; mas contra tales hechos han protestado siempre y protestarán de nuevo todas las conciencias rectas, todas las inteligencias esclarecidas».

---

<sup>33</sup> TORRES AGUILAR, *Génesis Parlamentaria del Código Penal de 1822*, editorial Sicania Università degli Studi di Messina, 2008, pp. 13 y 40.

<sup>34</sup> *Fuero Real*, libro IV, título XVIII (de los omecillos), Ley III: «Todo orne que fallaren muerto livorado en alguna casa, e non sopieren qui lo mató, el morador de la casa sea tenido de mostrar qui lo mató; si non, sea tenido de responder de la muerte, salvo el derecho para defenderse, si puidiere».

<sup>35</sup> Una completa narración de los hechos aparece por ejemplo en COVARRUBIAS, *Tesoro de la lengua castellana o española*, s. v. «fuente».

<sup>36</sup> Sobre la clásica discusión al respecto, es de muy relevante lectura el reciente artículo de LÓPEZ REY, «El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación», *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (71), 2018.

<sup>37</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, «Ensayo de un comentario al Código Penal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (tomo XXVI), 1865, p. 40. A la responsabilidad penal corporativa le dedica las pp. 33-40.

Como puede leerse, Groizard, que es firme defensor de que las personas jurídicas no sean sujetos de responsabilidad penal, se ve no obstante en la obligación de reconocer que en tiempos próximos a 1869 «algunas veces» se había atribuido responsabilidad penal a determinadas corporaciones. Precisamente ese año 1869 la Constitución reconocería expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>38</sup>.

En el mismo sentido se expresa la exposición de motivos del proyecto de Código Penal de 1884, redactado por el ministro Francisco SILVELA. Decía así<sup>39</sup>:

«Resuélvase en el proyecto una cuestión que ha preocupado con justicia a los tribunales, y que ha sido materia de empeñados debates [...] y que debe elevarse a otra altura para ser juzgada sin apasionamientos de partido ni estímulos de vana popularidad: tal es la de si la responsabilidad criminal se limita a la personalidad en su concepto individual, o alcanza también a las corporaciones o personalidades jurídicas y colectivas».

Es decir, que lejos de cerrarse el debate como aspiraba Groizard, sabemos que en 1884 el ministro de Gracia y Justicia reconoce que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es cuestión que ha preocupado a los tribunales y que ha generado «empeñados debates», todos ellos planteados necesariamente en torno al silencio del Código de 1848.

## VI. CONCLUSIONES

Por cuanto hemos presentado, creemos estar en disposición de afirmar que la comisión redactora del proyecto de Código Penal, encabezada por el emeritense José María Calatrava, no rechazó la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De acuerdo con Beccaria y Lardizábal, simplemente mostraron desinterés sobre el derecho penal corporativo, poniendo todo el foco en el otro derecho penal, el que consideraban necesario modificar. Como bien señala Torres Aguilar, la pretensión del legislador de 1822 nunca fue introducir un cambio revolucionario en el ordenamiento jurídico-penal, sino simplemen-

---

<sup>38</sup> Artículo 19: «A toda asociación cuyos miembros delinquieren por los medios que la misma les proporcione, podrá imponérsele la pena de disolución. La autoridad gubernativa podrá suspender la asociación que delinca sometiendo incontinenti a los reos al juez competente. Toda asociación cuyo objeto o cuyos medios comprometan la seguridad del Estado, podrá ser disuelta por una ley».

<sup>39</sup> SILVELA Y DE LE VIELLEUZE, *Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1884* («Delitos cometidos por medio de asociaciones, empresas o personalidades colectivas. Disposiciones especiales sobre los delitos cometidos por medio de la prensa periódica»). El Proyecto Silvela fue presentado al Congreso de los Diputados el 29 de diciembre de 1884 (Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, ap. 1 al núm. 54).



te corregir todo aquello que fuera necesario, manteniendo aquello que fuera digno de conservarse<sup>40</sup>.

Tras siglos de tradición en los que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no había sido puesta en duda, el legislador de 1822 tendría necesariamente que haber dejado expresa su derogación si tal hubiera pretendido, ya fuera en el discurso inicial del proyecto de 1821, ya fuera en los debates parlamentarios. O incluso en el propio articulado del Código, como había hecho Baviera en 1813. ¿Por qué no siguió la comisión española el reciente modelo alemán, si esa era también su voluntad?

Pero nada de ello ocurrió, por lo que todo parece indicar que la pretensión del legislador fue la de reconocer validez a toda la doctrina precedente y aceptar a las personas jurídicas como sujeto de responsabilidad penal. Parafraseando las citadas palabras de Thorillon, la sabiduría de aquellas normas no merecía cambio alguno.

No puede negarse que el caso español es más confuso que el francés, y desde luego que el alemán, pues nuestro legislador optó por un silencio que acompañó a los códigos penales hasta el año 2010. Ahora bien, sabemos cómo interpretó parte de la doctrina y de la jurisprudencia ese mismo silencio en el código de 1848, y por ello, en nuestra modesta opinión, puede al menos ensayarse la interpretación de que esa fue igualmente la voluntad del legislador de 1822, la de reconocer aun tácitamente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

---

<sup>40</sup> TORRES AGUILAR, *Génesis Parlamentaria* 2008, p. 9.

### III. PARTE ESPECIAL

## LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO JUEZ EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822: LA FRUSTRADA PRIMERA REVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA

LUIS RODRÍGUEZ RAMOS  
Catedrático de Derecho penal y abogado

#### I. INTRODUCCIÓN

El primer código penal español bien se merece un homenaje en el segundo centenario de su promulgación, a pesar de su corta y parcial vigencia<sup>1</sup>, siendo uno de los motivos la indemnización a los acusados declarados inocentes como novedad muy progresiva<sup>2</sup>, tan progresiva que aún no se ha implantado en el ordenamiento jurídico español o, para ser más exactos como se verá *ut infra*, la implantación ha sido muy limitada por abarcar solo, y por obra y gracia del Tribunal Constitucional, a los que hayan sufrido prisión preventiva. Si la primera revolución de la Administración de justicia española tuvo lugar a impulsos de

---

<sup>1</sup> Por todos, LÓPEZ REY, O., «El Código penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, T. 71, 2018, pp. 347 ss.

<sup>2</sup> Destacan loatoriamente esta novedad, entre otros, CUELLO CALÓN (*Derecho penal*, T. I. Parte general, Bosch, 1929, p. 109, considera «la indemnización a los inocentes» «una hermosa institución, desconocida por completo en nuestra legislación vigente»), JIMÉNEZ DE ASUA (*Tratado de Derecho penal*, T. I, Losada, 1950, p. 572, que incluye este punto entre los que convierten este código en «documento interesante, superior a su tiempo y, en determinados puntos, a la legislación posterior») y ANTÓN ONECA («Historia del Código penal de 1822», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, T. 18, 1965, p. 277, que manifiesta: que este código «nos ofrece, desde nuestro punto de vista actual, aspectos de modernidad superiores a los de sus sucesores», considerando en el relato como uno de tales aspectos «la indemnización a los declarados absolutamente inocentes después de haber sufrido un procedimiento criminal»).

la Revolución Gloriosa de 1868, está aun pendiente la segunda<sup>3</sup>, que entre otras tareas incluye la expansión de la responsabilidad patrimonial del Estado Juez, para así, con más de dos siglos de retraso, se alcance el nivel al que se llegó en el decimonónico trienio liberal que generó nuestro primer código penal.

La indemnización del «absolutamente absuelto» figura en el título preliminar, que rotula su capítulo XII «De las indemnizaciones a los inocentes» y cuyos tres artículos dicen lo siguiente:

«Artículo 179. Todo el que, después de haber sufrido un procedimiento criminal, fuese declarado absolutamente inocente del delito o culpa sobre que se hubiere procedido, será inmediata y completamente indemnizado de todos los daños y perjuicios que hubiere sufrido en su persona, reputación y bienes, sin exigírsele para ello costas ni gasto alguno; y si lo apeteciere, se encargará de representar sus veces en la demanda de indemnización un promotor fiscal, como si se procediese de oficio. Sin embargo, siempre que no haya alguna imposibilidad que lo estorbe, se hará la indemnización en la misma sentencia que declare absolutamente inocente al procesado. Si esto no pudiese verificarse, se declarará y hará la indemnización por el orden prescrito en el código de procedimientos».

«Artículo 180. Si el procedimiento criminal hubiere sido en virtud de acusación particular, el acusador hará la indemnización; y en el caso de que el juez hubiere cooperado, por malicia, ignorancia ó negligencia á la injusticia del procedimiento, sufrirá igual responsabilidad mancomunadamente con el acusador».

«Artículo 181. Si el procedimiento hubiere sido de oficio, causado por malicia o culpa del juez, hará este la indemnización íntegramente; pero si el juez hubiere procedido con arreglo á las leyes, aunque después resultase la absoluta inocencia del tratado como reo, será este indemnizado por el Gobierno, ya pecuniariamente, ya con alguna honra ó merced, según las circunstancias de la persona y lo que se determine en la sentencia; debiendo verificarse siempre que la indemnización sea efectiva y capaz de compensar todos, los daños, perjuicios y molestias sufridos por el inocente».

## II. ANÁLISIS DE ESTOS PRECEPTOS

### 1. Inocencia «absoluta» e indemnización efectiva, total e inmediata

Estos artículos del Código Penal de 1822 declaran como titular del derecho de indemnización, «de todos los daños y perjuicios que hubiere sufrido en

---

<sup>3</sup> Sobre este tema puede verse, del autor de estas páginas, «Reformas constitucionales de la Justicia penal. Necesario salto cualitativo del siglo XVIII al XXI», *Diario La Ley*, 2 de enero de 2015, «En 1870: la primera revolución de la justicia penal. Urgencia de la Segunda tras 150 años», *Diario La Ley*, 11 de febrero de 2020, «La segunda revolución de la Justicia penal», *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, tomo II, Aranzadi, 1919, pp. 1125 a 1139.

su persona, reputación y bienes» –artículo 179–, o de «daños, perjuicios y molestias» –artículo 181–, sufridos a consecuencia del proceso, al absuelto en sentencia firme siempre que pueda ser considerado «absolutamente inocente», supuesto en el que no parecen encajar el sobreseído durante la instrucción, el perdonado por la víctima, el indultado o amnistiado, ni tampoco se extendería dicho derecho al absuelto por prescripción o por falta de prueba plena pero existiendo indicios racionales para incoar y proseguir el proceso. Por otra parte, tampoco se hace alusión al hecho de haber sufrido o no prisión preventiva, si bien tal factor generaría especiales y más graves «daños, perjuicios y molestias» merecedores de mayor indemnización, pues no en balde el legislador liberal exige (art. 181 *in fine*) que dicha indemnización sea «efectiva y capaz de compensar «todas» esas consecuencias indemnizables.

El artículo 179 añade como notas de la indemnización su «inmediatez» y, en términos redundantes a su carácter «total» ya mencionado, utiliza el adverbio «completamente indemnizado». Esta totalidad o plenitud de la indemnización incluye los ya mentados «daños, perjuicios y molestias», que son los daños y los perjuicios materiales y morales, daños emergentes y lucros cesantes, que obviamente incluyen las costas procesales.

## 2. Sujetos obligados a indemnizar: acusador particular, juez o Gobierno

Los sujetos obligados a indemnizar en distintos supuestos son el acusador particular, el Juez y el Gobierno. El acusador particular –artículo 180– en régimen de responsabilidad objetiva, es decir, aplicando el principio del vencimiento tanto a las costas como a las demás causas de indemnización.

El juez, en cambio –artículos 180 y 181–, solo responderá en un régimen de responsabilidad subjetiva si, en la iniciación y/o la prosecución del procedimiento terminado en «absoluta inocencia», «hubiere cooperado, por malicia, ignorancia ó negligencia á la injusticia del procedimiento», supuesto en el que sufrirá igual responsabilidad mancomunadamente con el acusador», pero «Si el procedimiento hubiere sido de oficio, causado por malicia o culpa del juez, hará este la indemnización íntegramente».

El mismo artículo 181 deriva la responsabilidad de indemnizar al Gobierno<sup>4</sup> «si el juez hubiere procedido con arreglo á las leyes, aunque después resultase la absoluta inocencia del tratado como reo», otorgándole el privilegio

---

<sup>4</sup> Hoy se consideraría una «responsabilidad patrimonial del Estado Juez».

de sustituir el pago en dinero por «alguna honra ó merced» «según las circunstancias de la persona y lo que se determine en la sentencia».

En este Código Penal de 1822 no se incluye al Estado y otras entidades públicas como responsables civiles subsidiarios (macomunados, dice este código), aunque tampoco se les excluye, por lo que podría interpretarse el artículo 27 supuesto «Quinto»<sup>5</sup> en el sentido de ser aplicable a los entes públicos.

### 3. Procedimiento para determinar y recibir la indemnización

El artículo 179 determina, respecto al procedimiento de cobro de la indemnización, que no se le pueden exigir al absuelto «costas ni gasto alguno; y si lo apeteciere, se encargará de representar sus veces en la demanda de indemnización un promotor fiscal, como si se procediese de oficio. Sin embargo, siempre que no haya alguna imposibilidad que lo estorbe, se hará la indemnización en la misma sentencia que declare absolutamente inocente al procesado. Si esto no pudiere verificarse, se declarará y hará la indemnización por el orden prescrito en el código de procedimientos».

## III. MERECIDAS ALABANZAS DE ESTA INSTITUCIÓN

Como se verá *infra*, esta disposición que viene a reconocer la pertinencia de indemnizar al paciente de un error judicial por el normal o anormal funcionamiento de su Poder judicial, merece las mayores y mejores loas, máxime cuando aun está pendiente de instaurarse en España, a pesar de haber transcurrido dos siglos y sí haberse instaurado en otros países del entorno. Se trataba de una previsión legal acorde con los principios de la Constitución de 1812 de la que trae causa, aun cuando en la misma no exista una expresa declaración de los derechos y libertades del ciudadano. La Monarquía parlamentaria o el Estado liberal en general es personalista, en el sentido de poner al ciudadano y a sus derechos y libertades fundamentales en el centro del orden político y social, en contraste con los Estados «transpersonalistas» que

---

<sup>5</sup> «...serán responsables de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias... Quinto: los amos y los gefes de cualquier establecimiento respecto al daño que causen sus criados, dependientes u operarios, con motivo o por resultados del servicio o trabajos en que aquéllos los empleen; debiendo ser esta responsabilidad mancomunada con los que causen el daño, y sin perjuicio de que el amo o jefe pueda repetir después contra ellos si se hubieren escedido de sus órdenes...».

sitúan a los súbditos al servicio del rey absoluto o del Estado totalitario, como se fundamenta de inmediato.

El Código Penal de 1822 es en gran medida personalista, teniendo en cuenta el momento histórico en el que nace<sup>6</sup>, fiel al modelo de un Estado liberal en el seno de un régimen monárquico parlamentario, en el que desaparecen los súbditos al transformarse en ciudadanos. Un Estado personalista, en contraste con la antigua monarquía absoluta y los futuros estados totalitarios nacidos del hegelianismo de izquierdas y de derechas, que son «transpersonalistas», término de Recasen Siches<sup>7</sup>, discípulo español de Kelsen, Estado personalista que en su maduración considera un derecho del ciudadano la indemnización por los daños y perjuicios, materiales y morales, derivados del normal o anormal funcionamiento, tanto del Estado-administración, como del Estado-legislador y, en fin, también del Estado-juez.

La justificación de la existencia del derecho a ser indemnizado por este error judicial (error consistente en someter a un procedimiento penal a un ciudadano por una sospecha, más o menos fundada, de ser sujeto activo de un delito, sospecha que finalmente resulta no ajustarse a la realidad), nace del mandato *alterum non laedere*, del aforismo *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*<sup>8</sup>, y si el Estado-juez ha causado daños y perjuicios por error, el paciente debe tener derecho a una indemnización<sup>9</sup>. Ciertamente que no todos los sobreseimientos y absoluciones son idénticos, y en ocasiones la iniciación y el mantenimiento de un procedimiento penal está justificado, pero por ello el legislador liberal condicionó el carácter erróneo de la absolución merecedora de indemnización utilizando el adjetivo «absolutamente», exigiendo que la declaración de inocencia no tuviera sombras que eliminaran su rotundidad.

<sup>6</sup> Ver TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, Sicania, 2008, pp. 9 a 18.

<sup>7</sup> *Tratado general de filosofía del Derecho*, Pudrrua, 2013, pp. 502-503.

<sup>8</sup> BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho procesal penal*, t. II, Aranzadi, 2019, pp. 2843.

<sup>9</sup> Sobre esta materia puede verse, del autor de este artículo, «La irresponsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia. El *Ancien Régime* persiste en el siglo XXI», *Diario La Ley*, de 11 de abril de 2012, «La irresponsabilidad patrimonial del Estado juzgador. Anacronismos absolutistas o totalitarios a erradicar», *Diario La Ley*, de 1 de diciembre de 2013, «“Malversaciones” endémicas de la Justicia penal. Necesaria “civilización” de la condena en costas y de la responsabilidad patrimonial del Estado-juez», *Diario La Ley*, de 24 de febrero de 2014, «Apariencia y realidad de la responsabilidad patrimonial del Estado Juez (Limitada vigencia del artículo 121 CE)», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 38, UNED 2016, pp. 411-431, «La responsabilidad patrimonial del Estado Juez», *Litigación penal*, directores: G. Rodríguez-Ramos Ladaria y S. Díez Ríaza, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pp. 671-684, «¿Progresión o regresión constitucional?. Irrupción del populismo judicial y del Derecho penal de autor», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 43, UNED 2019, pp. 201 y 210.

#### IV. POSTERIOR E INACABADA EVOLUCIÓN HISTÓRICA

##### 1. Siglos XIX y XX, hasta la Constitución de 1978

La Constitución de 1812 había limitado la responsabilidad de la Administración de Justicia a la personal de los jueces y magistrados por infracción de ley y/o por delito, pauta que siguieron las posteriores de 1845, 1869 y 1876. Tuvieron que pasar más de setenta años para que la Ley Azcárate de 7 de agosto de 1899 diera un leve paso a favor de los derechos del erróneamente condenado, estableciendo en su artículo 3 que «cuando en recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar, según el derecho común, pudiendo obtener del Estado la indemnización de los perjuicios sufridos por virtud de la sentencia anulada, cuando el Tribunal o Juez sentenciador haya incurrido en responsabilidad y no pueda hacerse efectiva», responsabilidad que sigue siendo subjetiva, no objetiva, en cuanto que su devenga solo sería posible previa responsabilidad declarada del órgano sentenciador.

Casi treinta años después el Código Penal de 1928, en su artículo 183 *in fine*, dispone que sobre los ingresos procedentes de los cobros de las penas de multa, se practicará «anualmente una liquidación para que el 25 por cien de lo recaudado sea adjudicado definitivamente al Estado, como compensación de los gastos judiciales no satisfechos, y *el resto quede a disposición del Presidente del Tribunal Supremo, para que en la forma y por el orden que reglamentariamente se disponga, sea aplicado a indemnizar a las víctimas de errores judiciales que hayan sido declarados por los Tribunales, y en lo posible a las de delitos que no puedan ser indemnizados*». Pero hubo que esperar hasta la Constitución de 1931 para dar un paso más firme hacia el establecimiento de una responsabilidad objetiva del Estado Juez, al disponer en su artículo 106: «Todo español tiene derecho a ser indemnizado de los perjuicios que se le irroguen por error judicial o delito de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos, conforme determinen las leyes.—El Estado será subsidiariamente responsable de estas indemnizaciones». Y posteriormente, mediante la Ley de 24 de junio de 1933, se introdujo un último párrafo en el artículo 960 de la Ley de enjuiciamiento criminal, relativo al recurso extraordinario de revisión, mejorando lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Azcárate antes citada en los siguientes términos: «Cuando en virtud de recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar según el derecho común, las cuales serán satisfechas por el Estado, sin perjuicio del derecho de éste a repetir con-

tra el Juez o Tribunal sentenciador que hubiere incurrido en responsabilidad o contra la persona declarada directamente responsable o sus herederos». Esta disposición es la primera expresión de una responsabilidad patrimonial objetiva y directa del Estado Juez, de la que no se tendrán nuevas muestras hasta la Constitución de 1978, si bien ha permanecido vigente desde entonces.

## 2. Evolución tras la promulgación de la Constitución vigente

El artículo 121 de la vigente constitución dispone: «Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley». Este precepto tardó siete años en alcanzar regulación legal, hasta que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 dedicó el título V de su libro III a la «Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia», que en sus artículos 292 a 296 reguló, de un modo excesivamente sucinto, el error judicial genérico (sin definirlo), el error específico del investigado o condenado luego sobreseído o absuelto que ha sufrido prisión preventiva y el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

La defectuosa configuración legal del error judicial y la desastrosa interpretación jurisprudencial de esas escuetas normas, han mantenido y mantienen a los justiciables absueltos o sobreseídos en peor situación en la que les colocaba los comentados artículos del Código Penal de 1822. Siguiendo un orden cronológico, la primera aberración jurisprudencial se centró en la elaboración de un concepto de error judicial inconstitucional, al configurarlo las salas del Tribunal Supremo, incluida la llamada «Del artículo 61»<sup>10</sup>, como una especie más del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, cuando el citado artículo 121 CE lo plantea como una alternativa al anormal funcionamiento, que interpretado sistemáticamente con la previsión constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado Administración<sup>11</sup>, que no distingue entre normal y anormal funcionamiento de los servicios públicos como fuente de perjuicios indemnizables<sup>12</sup>, habrá que llegar a la conclusión que el «error judicial» debe formar parte del género «normal funcionamiento», partiendo de que es estadísticamente normal que los juzgados y tribunales puedan

<sup>10</sup> Tal es así, que la Abogacía del Estado considera el error.

<sup>11</sup> Artículo 106.2 CE.

<sup>12</sup> El artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sigue hablando del tradicional «funcionamiento normal o anormal».



equivocarse y que los ciudadanos deban tener derecho a una indemnización en tales supuestos, al ser ciudadanos de un Estado de Derecho y no súbditos de una monarquía absoluta o de un estado totalitario.

Pero como se ha anunciado, el Tribunal Supremo ha optado por una vía aberrante a la hora de interpretar el anémico artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder judicial enunciator –más que regulador– del error judicial, crítica ya expuesta por el autor de estas líneas hace años<sup>13</sup>, y al exigir que el error indemnizable sea craso, evidente, patente e hiperbolado con otros muchos adjetivos, tanto respecto a la versión de los hechos como a la interpretación de la normas, inconscientemente lo estaban convirtiendo en una prevaricación judicial, imprudente si no dolosa, castigada en los artículos 446 y 447 del Código Penal, mutándose entonces esta inconstitucional interpretación de la responsabilidad patrimonial, causada por el error judicial, en una responsabilidad civil subsidiaria derivada del delito, es decir, que «para este viaje no hacían faltas esas alforjas», circunstancia que aumenta la aberración del concepto jurisprudencial de error judicial.

En lo atinente al error judicial específico del artículo 294 de la Ley orgánica del Poder judicial, regulador de los supuestos de sufrimiento de presión

---

<sup>13</sup> Ver nota 9. Respecto a los diversos supuestos de ese genérico error, la STS de la Sala 3.ª, Secc. 1.ª, de 8 de septiembre de 2011, recuerda que: tanto la Sala del artículo 61, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (por todas, STS 23-2-2011 y 31-5-2011) como esta Tercera, vienen declarando en relación con las características que ha de reunir el error, lo siguiente: a) «sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial, pues este procedimiento no es, en modo alguno, una nueva instancia en la que el recurrente pueda insistir, ante otro Tribunal, una vez más, en el criterio y posición que ya le fue desestimado y rechazado anteriormente»; b) «el error judicial, considerado en el art. 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como consecuencia del mandato contenido en el art. 121 de la Constitución, no se configura como una tercera instancia ni como un claudicante recurso de casación, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el correspondiente Tribunal de Justicia haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales», no pudiendo ampararse en el mismo «el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales»; c) «el error judicial es la equivocación manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la Ley»; d) «el error judicial es el que deriva de la aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido» y «ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, viciada de un error craso, patente, indubitado e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas, que rompan la armonía del orden jurídico»; e) «no existe error judicial cuando el Tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica», «ni cuando se trate de interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico»; f) «no toda posible equivocación es susceptible de calificarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especiales cualificados en los que se advierta una desatención del juzgador, por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del derecho fundada en normas inexistentes, pues el error judicial ha de ser, en definitiva, patente, indubitado e incontestable e, incluso, flagrante»; y g) «no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductorios de un factor de desorden, originador del deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de declarar la culpabilidad del juzgador». La STS de la Sala 3.ª, Secc. 4.ª, de 21 de mayo de 2012, se remite igualmente a esta sentencia al igual que las actuales.

preventiva seguida de sobreseimiento o sentencia absolutoria, los reproches deben dirigirse también al legislador y a la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo. Al legislador hay que reprocharle la reducción del ámbito de la responsabilidad patrimonial estatal a los supuestos en los que la absolución o el sobreseimiento responda a la «inexistencia del hecho», dejando sin indemnización a los ciudadanos que hubieran sufrido prisión preventiva devenida en infundada en los demás casos. Esta limitación, tras veinticinco años de vigencia, fue declarada inconstitucional, en autocuestión planteada por el propio Tribunal, en la Sentencia 85/2019 de 19 de julio, seguida de muchas otras, considerando que atentaba tal reducción a los derechos fundamentales de igualdad y presunción de inocencia, y sin embargo no al derecho fundamental a la libertad del artículo 17, exclusión criticable por las razones expuestas por el autor de estas líneas en otra publicación <sup>14</sup>.

Pero también merece otro reproche la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo. Esta Sala inicialmente hizo una interpretación positiva y extensiva para la vigencia real y efectiva de los derechos fundamentales del justiciable, al considerar como «hecho inexistente» el que generara absolución o sobreseimiento por atipicidad de los hechos <sup>15</sup>, y también configurando el concepto de «inexistencia *subjetiva* del hecho» para incluir en el ámbito de los supuestos indemnizables aquellos en los que, existiendo el hecho típico, se demostraba con prueba plena la inexistencia de la participación del investigado o acusado en esos hechos. Pero esta última interpretación, tan loable, fue suspendida mediante Sentencia de 23 de enero de 2010, a raíz de la dictada por el Tribunal Europeo de derechos humanos de 13 de julio de 2010 (Caso Tendam) que declaró conculcado el derecho a la presunción de inocencia (art. 6.2 del Convenio) al distinguir la jurisdicción española, tras una sentencia absolutoria, entre un absuelto por existencia de prueba plena a su favor y otro que lo haya sido por inexistencia de prueba plena en su contra <sup>16</sup>. El cambio de criterio, en detrimento de los derechos fundamentales antes expresados, se operó al ser descalificada esa distinción del absuelto o sobreseído por presencia de pruebas plenas de descargo y los que lo fueran por la ausencia de pruebas plenas de cargo, refugiándo-

<sup>14</sup> «Responsabilidad patrimonial del Estado-juez por padecer prisión preventiva el luego absuelto», [www.abogacia.es](http://www.abogacia.es), 2019/10/25.

<sup>15</sup> La STS, Sala 3.<sup>a</sup>, Sec. 5.<sup>a</sup> 1.348/2019 recuerda este criterio reiterando las SSTS de la misma Sala de 29 de mayo, 5 y 26 de junio de 1999, 13 de noviembre de 2000, 4 de octubre de 2001 y 14 de junio de 2011.

<sup>16</sup> Sentencia de 23 de noviembre de 2010. La Sentencia más reciente de la Sección 5.<sup>a</sup> 1.348/2019 da una explicación del cambio de criterio, si bien obvia relatar el contenido completo de la STEDH, sec. 3.<sup>a</sup> de 13 de julio de 2010 que declaró la conculcación del derecho a la presunción de inocencia en los términos expuestos en este mismo párrafo del texto principal.

se la Sala en un regreso a la interpretación estricta gramatical, considerando que el hecho es solo el objetivo y no el subjetivo. Finalmente, la derogación de dicha exclusión por el Tribunal Constitucional dejó sin sentido tal distinción.

## V. LA PENDIENTE SEGUNDA REVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA

La actual celebración del segundo centenario del Código Penal de 1822 acaece dos años después del CL Aniversario de la que viene llamándose la Primera revolución de la Administración de Justicia, dado que en el año 1870, en pleno sexenio liberal nacido de la Revolución Gloriosa de 1868, se promulgaron la Ley provisional reguladora del Poder judicial (vigente con modificaciones que han sido reformas, revoluciones), el Código Penal de esa fecha (que fue la base de los posteriores de 1932 y 1944) y la Ley provisional reguladora del indulto (vigente con leves modificaciones)<sup>17</sup>. La previsión de los artículos 179 a 181 del Código de 1922 sigue tan pendiente de implantación en la legislación española como la llamada Segunda revolución de toda la Administración de Justicia, particularmente en lo atinente al orden jurisdiccional penal, en la que la implantación de una nueva Ley de enjuiciamiento penal exigirá un cambio radical de la planta judicial procedente de la mentada Ley orgánica del Poder judicial, cuya primera célula es el partido judicial cuando debe pasar a ser la provincia el ámbito territorial básico, además de configurar la Fiscalía como órgano instructor.

Se debe pues conceder el debido homenaje al Código Penal de 1822, al tiempo que se exige al legislador y al Gobierno, así como a todos los partidos políticos, que implanten estas ampliaciones de la responsabilidad patrimonial del Estado Juez, para que los ciudadanos españoles dejen de padecer estos tics que son inercias de la Justicia de la monarquía absoluta y/o de lo que el régimen franquista tuvo de Estado totalitario.

---

<sup>17</sup> Ver nota 3.

# **EL ORIGEN DE UNA POLÉMICA INACABABLE: «LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO» Y EL CÓDIGO PENAL DE 1822**

RAFAEL REBOLLO VARGAS  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Barcelona

## **I. CONSIDERACIONES PREVIAS**

En el título III del Código Penal de 1822<sup>1</sup>, bajo la rúbrica «De los delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y orden público», se ubican nueve capítulos, artículos 274-362, donde se incriminan una serie de comportamientos heterogéneos algunos de ellos con una relación muy difusa con la denominación del título. En todo caso, el objeto de análisis en las páginas que siguen se circunscribe a los dos capítulos que, en realidad, se corresponden con la tutela de la seguridad interior del Estado, es decir, el capítulo primero, destinado a la «Rebelión, y del armamento ilegal de tropas» (arts. 274-279); y, al capítulo II, donde se tipifican los delitos de «Sedición» (arts. 280-289), al que le siguen unas «Disposiciones comunes a los capítulos precedentes (arts. 289-298),

Como es sabido una de las grandes discusiones que se suscitan sobre el Código Penal de 1822 son las dudas sobre su aplicación material. Sea como fuere el Código fue inicialmente aprobado por las Cortes el 8 de junio de 1822,

---

<sup>1</sup> Sobre las influencias doctrinales del Código, *vid.* TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, ed. Sicania, Messina, 2008, p. 86.

sancionado por el Rey y mandado promulgar el 9 de julio de 1822. No obstante, como señala Antón Oneca<sup>2</sup>, una Real Orden publicada en la Gaceta de 27 de septiembre, afirmaba que el volumen del Código impedía que se «comunique y circule con la celeridad de otras leyes», por lo que acordaba su entrada en vigor a partir del 1 de enero de 1823. El mismo autor señala que no se ha encontrado resolución alguna sobre la suspensión de la vigencia del Código Penal, aunque, también es cierto que, desde principios de 1823, con la entrada en nuestro país de los «Cien mil hijos de San Luis» y con su avance progresivo se iba restableciendo el Gobierno absoluto de Fernando VII, sin perjuicio del Decreto promulgado en el Puerto de Santa María, el 1 de octubre de 1823, donde el monarca decreta la anulación de todos los actos del llamado «Gobierno constitucional, de cualquier clase y condición que sean»<sup>3</sup>.

Llegados a este punto es necesario insistir que, más allá de las bondades o de las dudas que pueda suscitar el contenido del Código Penal de 1822, uno de los interrogantes que se le anuda es el de su aplicación real. No obstante, aunque fuera de manera irregular, o brevemente y de forma imperfecta, parece que hay un cierto acuerdo de que se aplicó, con todos los matices que se quieran, en determinadas zonas del país. Ahora bien, una vez derogado volvieron a imperar normativamente la Novísima Recopilación, Los Fueros y las Partidas<sup>4</sup>, como fuentes supletorias, esto es, la vieja normativa penal de la monarquía absoluta<sup>5</sup>.

Sin embargo, en directa relación con lo dicho al inicio, se trata de un texto que presenta unas muestras de modernidad superiores a Códigos penales posteriores, como es el hecho de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos, el amplio tratamiento de los estados de inconsciencia y su consideración como eximente, o la de otras atenuantes como la falta de talento o de instrucción del delincuente o la no criminalización de las faltas<sup>6</sup>; así como, en sentido contrario, la consideración de agravantes como la mayor instrucción o dignidad del delincuente y sus mayores obligaciones con la sociedad o con las personas contra las que delinquire. Sin olvidar, por otro lado, que hubo cuestiones que fueron ampliamente debatidas, como la pena de muerte, la pena de

---

<sup>2</sup> ANTÓN ONECA, «Historia del Código penal de 1822», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 1965, p. 274.

<sup>3</sup> ANTÓN ONECA, «Historia del Código penal de 1822», ob. cit., p. 275, igualmente, CASABÓ RUÍZ, «La aplicación del Código penal de 1822», en *ADPCP*, 1979, p. 343.

<sup>4</sup> ANTÓN ONECA, «Historia del Código penal de 1822», *ibidem*.

<sup>5</sup> TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, ob. cit., p. 261.

<sup>6</sup> TERRADILLOS BASOCO, «Constitución de 1812 y sistema penal: ¿un ensayo garantista?», en *La Constitución de 1812. Reflexiones jurídicas en la víspera del Centenario*, Diputación de Cádiz, Cádiz, 2006, p. 130.

vergüenza pública, la tentativa, la codelincuencia, el fuero eclesiástico y, cómo no, entre los delitos en particular, los delitos religiosos<sup>7</sup>.

## II. ALGUNAS DE LAS RAZONES SOBRE LA DEMORA EN LA ENTRADA EN VIGOR DEL CÓDIGO PENAL DE 1822

Creo que no es aventurado afirmar que uno de los motivos que dificulta la entrada en vigor del Código Penal de 1822 es la innegable pugna entre dos sectores propios de una época determinada, por una parte los que se podrían denominar «moralistas tradicionales y teólogos clásicos», en palabras de Torres Aguilar, que pretendían mantener estructuras y privilegios del antiguo régimen; y, por otro lado, un sector que defendía no solo las nuevas corrientes del Derecho penal, sino que pretendía impregnarlo con las tendencias propias de la época de las luces. Se trataba, en suma, de sustituir una legislación medieval impregnada por un arbitrio judicial caprichoso, por un sistema «Ilustrado». Una muestra de esa, llámenosla así, pugna entre esos dos sectores es la discusión sobre los denominados delitos religiosos, tipificados en el capítulo III, del título primero, «De los delitos contra la religión del Estado», (arts. 227-241).

Previsiones en el Código Penal de 1822, alrededor de la identificación entre Iglesia-Estado que impregnan la España de principios del siglo XIX y que, con mayor o menor incidencia, no han dejado de estar presentes, incluso, en clave constitucional actual (*vid.* art. 16.3 CE). Sea como fuere, lo cierto es que el contexto social y político de nuestro país propicia que la Constitución española de 1812 se posicionara abiertamente acerca de la confesionalidad del Estado. Así, en el Discurso Preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión el Proyecto de Constitución, se afirma:

«la declaración solemne y auténtica de que la religión católica, apostólica, romana es y será siempre la religión de la Nación española, con exclusión de cualquier otra, ha debido ocupar en la ley fundamental del Estado un lugar preeminente, qual corresponde á la grandeza y sublimidad del objeto...».

Declaración que no se corresponde con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en cuyo artículo X se dispone que: «Ningún hombre debe ser molestado por razón de sus opiniones, ni aun por sus ideas religiosas, siempre que al manifestarlas no se causen trastornos del orden público establecido por la ley.»

---

<sup>7</sup> ANTÓN ONECA, «Historia del Código penal de 1822», ob. cit., p. 278.

En efecto, la confesionalidad del Estado, como se concluía en el artículo 1 del Estatuto de Bayona, tiene un importante protagonismo en el texto constitucional que va más allá de su reconocimiento expreso en el artículo 12 como la «religión de la Nación española...», y de otorgar fórmulas retóricas al Rey, como «el tratamiento de majestad Católica» (art. 169), o de que, este, en su advenimiento al trono preste juramento bajo una fórmula determinada en la que se haga referencia a la «gracia de Dios...» (art. 173) o, incluso, de la preceptiva presencia de cuatro eclesiásticos en el Consejo de Estado, sobre un total de cuarenta miembros (art. 232) o del papel que se atribuye a la Juntas electorales de Parroquia para el nombramiento de los Diputados a Cortes (arts. 34 ss.).

A mi parecer, hay dos circunstancias que ubican cuál es el grado de influencia de la Iglesia en aquel momento histórico. El primero es el mantenimiento del fuero de los eclesiásticos al dirimir las controversias con los Tribunales y, tan importante como el anterior, la previsión en el artículo 366 de la Constitución de 1812, referido a la obligatoriedad de enseñar: «á los niños á leer, escribir y contar, y el catecismo de la religión católica...».

La influencia de la Iglesia y la confesionalidad en el sentido más extremo del término a favor de un determinado credo, además de la identificación entre lo español y lo católico era una constante que los constituyentes ilustrados no pudieron impedir, lo que suponía una «intolerante represión de los disidentes<sup>8</sup>».

En ese contexto de «intolerable represión de los disidentes», es imprescindible recordar los artículos 227 ss. del Código Penal de 1822, donde se considera traidor y se condena a la pena de muerte a: «Todo el que conspirase directamente y de hecho á establecer otra religión en las Españas, ó á que la Nación española deje de profesar la religión católica, apostólica y romana». Precepto que iba acompañado de un elenco de ilícitos de lo más variopinto, donde se incriminaba la enseñanza o propagación pública de doctrinas contrarias a los dogmas de la religión católica, apostólica y romana (art. 229), o la introducción, venta o distribución en nuestro país de libros contrarios a la religión (art. 231). Previsiones que, como señala ANTON ONECA, motivó que el Conde de Toreno, uno de los Diputados más activos en la discusión del Código Penal, llegara a afirmar: «Hasta cierto punto la ley de Partida no ha sido tan rigurosa como ésta... porque cuando incurran en herejía por primera vez, el obispo los llame y trate de disuadirlos del error y, si insisten en él se les queme<sup>9</sup>».

---

<sup>8</sup> TERRADILLOS BASOCO, «Ideología y valores religiosos en la Constitución de Cádiz. Protección jurídico penal», en *Marginalidad, cárcel, las «otras» creencias: primeros desarrollos jurídicos de «la Pepa»*, Servicio de Publicaciones de la Diputación de Cádiz. Estudios Constitucionales, núm. 7, 2007, p. 163.

<sup>9</sup> ANTON ONECA, «Historia del Código penal de 1822», ob. cit., p. 273.

Esa tensión entre distintos sectores es una de las claves para la demora en la entrada en vigor del Código Penal, esto es, los que representaban el tradicionalismo más conservador del antiguo régimen y los que promovían una remoción de las estructuras del Estado. Desacuerdos que se reflejan en la existencia de otras discrepancias de índole jurídico, como fue la falta de un Código de procedimientos, la inexistencia del jurado (al que se hacían referencias en el texto del Código Penal)<sup>10</sup> o, por otro lado, la falta de casas de corrección, de establecimientos para obras públicas y la ausencia de centros para el cumplimiento de «trabajos perpetuos<sup>11</sup>». A lo que se respondía que la escasez de medios y las dificultades que implicaban la ejecución de esos establecimientos suponía suspender la entrada en vigor del Código Penal, por lo que no se podía esperar a la reforma de esas instituciones<sup>12</sup>.

A lo anterior se debe añadir la existencia de diferencias de índole político relacionadas con la extrema dureza del Código en determinados delitos y, en particular, de comportamientos que, hasta entonces, eran considerados carentes de relevancia penal a pesar de que estaban regulados en una pragmática de Carlos III. Se trataba de la incriminación de los motines (art. 299) y de las asonadas (art. 300). En los primeros se prevenían penas de reclusión de seis meses a tres años para los cabecillas; mientras que para los responsables de las asonadas la pena era de dos meses a un año de prisión o reclusión. Circunstancias que, como decía, propiciaron que un importante número de Diputados obstaculizaran la entrada en vigor del Código Penal de 1822<sup>13</sup>.

Sin perjuicio de la tensión entre esos sectores antagónicos que representaban y defendían criterios absolutamente dispares, contribuye, todavía más, al aumento de la tensión el hecho de que el sector liberal se dividiera, a su vez, en dos bloques, los denominados «moderados» y los «exaltados». Como señala De Bartolomé Cenzano<sup>14</sup>, los primeros eran partidarios de acometer las reformas con una cierta prudencia para no acentuar los efectos de la crisis económica y mantener al Rey dentro del marco constitucional. Sin embargo, la otra ala de los liberales, los denominados «exaltados», eran partidarios de acelerar las reformas para desactivar a los sectores absolutistas. En ese empeño, contaban con los primeros movimientos ciudadanos en las grandes ciudades además de las asociaciones patrióticas. En relación con ellas, hay que destacar que se

<sup>10</sup> TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, ob. cit., pp. 210 ss.

<sup>11</sup> CASABÓ RUÍZ, «La aplicación del Código penal de 1822», ob. cit., p. 335.

<sup>12</sup> TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, ob. cit., pp. 243, 248.

<sup>13</sup> CASABÓ RUÍZ, «La aplicación del Código penal de 1822», ob. cit., pp. 335.336. Igualmente, TORRES AGUILAR, M., *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, ob. cit., p. 258.

<sup>14</sup> DE BARTOLOME CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.



trataba de sociedades de base popular, que se reunían en cafés para debatir cuestiones políticas y que disponían de una capacidad de convocatoria importante. Una actividad constante que provoca una ofensiva gubernamental para limitar mediante un proyecto de ley la libertad de reunión orientado a disolver las sociedades patrióticas. Texto que genera un debate sobre el orden público donde se vislumbraban sin ambages la existencia de dos posiciones encontradas entre los dos grupos liberales<sup>15</sup>. Motivo por el que, en ese contexto, lo denominados «exaltados» se oponían abiertamente a la criminalización de los motines y de las asonadas, además de cuestionar la dureza penológica del Código.

Sin embargo, por si lo anterior no fuera suficiente, surgieron nuevas incidencias que contribuyeron a demorar la entrada en vigor del Código Penal, como fue el caso del extravío de la minuta del Código Penal, es decir, la copia del texto que debía servir para la sanción real y, que, finalmente, fue localizada en las dependencias de la Secretaría de las Cortes, lo que propició que surgieran nuevas dudas acerca de la autenticidad del texto que, finalmente, fue sancionado por el Rey y promulgado el 9 de julio de 1822. No obstante, como ya he referido, una Real Orden publicada en la Gaceta de 27 de septiembre prolongaba la «vacatio legis» hasta el 1 de enero de 1823. A pesar de todo, el Tribunal Supremo consideró insuficiente el plazo, por lo que formuló una consulta al Gobierno, quien la trasladó a las Cortes y a la comisión de codificadora de procedimiento, quien propuso la suspensión de la vigencia del Código hasta que no se publicara la Ley procesal «en cuyo intermedio el Gobierno tendrá preparados del mejor modo posible los establecimientos de castigo y corrección que son indispensables para la aplicación y clasificación de las penas que el mismo Código establece<sup>16</sup>». Dictamen cuya votación fue rechazada en Cortes y que se devolvió a la Comisión, por lo que formalmente ya no había obstáculos para un nuevo aplazamiento para la aplicación del Código Penal<sup>17</sup>.

### III. LEYES ESPECIALES (BANDOS Y JURISDICCIÓN MILITAR) Y EL CÓDIGO PENAL DE 1822

El reinado de Fernando VII fue una época llena de oscilaciones políticas que excede con creces el objeto de este trabajo. Sin embargo, por lo que aquí

---

<sup>15</sup> BALLBE MALLOL, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, 3.ª edición, Ed. Arazandi, Pamplona, 2020, p. 75.

<sup>16</sup> TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, ob. cit., p. 260.

<sup>17</sup> LÓPEZ REY, «El Código penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación...» ob. cit., pp. 363-362. Asimismo, ANTÓN ONECA, «Historia del Código penal de 1822», ob. cit., p. 274, TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, *ibidem*.

interesa, es necesario recordar que la formación de un nuevo ejército en Andalucía para sofocar la sublevación de las colonias de América es aprovechada por Rafael del Riego para sublevarse contra el régimen absolutista el día 1 de enero de 1820, en Cabezas de San Juan (Sevilla). Movimiento que progresivamente se va extendiendo por todo el país, lo que obliga a Fernando VII a jurar la Constitución de 1812 el día 7 de marzo, así como a restablecer las demás leyes promulgadas por la Constitución de Cádiz; sin olvidar que nombra a Agustín Argüelles nuevo presidente del Gobierno, cuya primera decisión fue la convocatoria de elecciones y la proclamación de una amnistía política<sup>18</sup>.

En ese contexto de signo progresista, como muy bien señala García Rivas<sup>19</sup>, se aprobaron una serie de leyes especiales, en principio, en defensa de la Constitución que, posteriormente, pasaron al Código Penal de 1822 y que incorporaron algunos delitos políticos<sup>20</sup>, que, dos siglos más tarde continúan vigentes en el Código Penal. Me refiero, en particular, a los delitos de rebelión y de sedición.

La primera de las leyes especiales es el Decreto LV, de 22 de octubre de 1820, «Reglamento acerca de la libertad de imprenta», donde se incriminaban en el artículo 6 lo que se consideraban abusos de la libertad de imprenta, para en el apartado segundo del mismo precepto referirse expresamente a la publicación de máximas y doctrinas dirigidas a excitar la «rebelión» o la perturbación de la tranquilidad pública, Más adelante el título III se refería a la «Calificación de los escritos, según los abusos especificados en el título anterior», disponiéndose en el artículo 11 que serán calificados como «subversivos» los que conspiren directamente a trastornar o destruir la religión del Estado o la Constitución actual de la Monarquía; mientras que en artículo 13 se dispone que los escritos en que se publiquen máximas o doctrinas dirigidas a excitar la rebelión o la perturbación de la paz pública se calificaran con la nota de «sediciosos».

Decreto que, más tarde, se incorporó en buena medida al título IX del Código Penal de 1822, artículo 592, «De los delitos y culpas de los impresores, libreros y otras personas en el abuso de la libertad de imprenta<sup>21</sup>». Por otro lado, llama la atención el que, por primera vez, aparece en la legislación española una referencia a los delitos de rebelión y de sedición anteriores a la

<sup>18</sup> DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, ob. cit., p. 173.

<sup>19</sup> GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar en Derecho penal*, ediciones de la UCLM, Albacete, 1990, p. 56. Igualmente, *vid.*, SANDOVAL, *El delito de rebelión*, Valencia, 2013, p., 30.

<sup>20</sup> FIESTAS LOZA, *Los delitos políticos (1808-1936)*, Salamanca, 1977, pp. 98 ss.

<sup>21</sup> FIESTAS LOZA, *Los delitos políticos (1808-1936)*, ob. cit., p. 83.

promulgación del Código Penal de 1822, que es donde se normativizan esos ilícitos<sup>22</sup>.

La segunda de las disposiciones es el Decreto de 17 de abril de 1821, por el que se establecen las «penas que habrán de imponerse a los conspiradores contra la Constitución é infractores de ella». Texto que, en buena medida, fue incorporado en su casi totalidad al Código Penal de 1822<sup>23</sup>.

En todo caso, más allá de esas coincidencias, me interesa destacar dos notas del Decreto. La primera es la incriminación en su artículo 1 de quienes conspirasen directamente y de hecho «á trastornar ó destruir ó alterar la constitución de la monarquía española, ó el gobierno monárquico ó moderado hereditario que la misma constitución establece...será perseguido como traidor, y condenado a muerte». En este precepto, como afirma Ballbé, el objetivo es evidente y la tendencia está clara. La de asegurar para siempre lo que nuestros grandes hombres de Estado llaman el orden legítimo y, su vez, alejar a dos tipos de personas muy incómodas: «los críticos severos y los competidores indolentes<sup>24</sup>. Asimismo, el artículo 2 del mismo texto preveía la pena de muerte para aquel que conspirase para establecer otra religión en España o a que se dejara de promover la religión católica, apostólica y romana. Bases jurídicas de protección del sistema constitucional que, en todo caso, eran similares a las que existían en el absolutismo para los delitos de lesa majestad y traición<sup>25</sup>. Por otro lado, en el artículo 34 dispone que todos los delitos contra la Constitución causarán desafuero y serán juzgados por la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, existe también un Decreto de esa misma fecha, de 17 de abril de 1821 (II): «Sobre el conocimiento y modo de proceder en las causas de conspiración», donde se establece que la conspiración o maquinaciones directas contra la Constitución, la seguridad interior y exterior del Estado o contra la sagrada e inviolable persona del rey, serán juzgados militarmente en Consejo de Guerra (art. 1.2).

Es evidente que existe una contradicción entre ambos Decretos en relación con la jurisdicción encargada de conocer esos delitos y, que Fiestas Loza,

---

<sup>22</sup> GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar en Derecho penal*, ob. cit., p. 56.

<sup>23</sup> FIESTAS LOZA, *Los delitos políticos (1808-1936)*, ob. cit., pp. 88 ss. *Vid.* asimismo, nota a pie de página núm. 249, donde la autora establece las equivalencias entre los preceptos del Código Penal y el Decreto de 17 de abril de 1821.

<sup>24</sup> BALLBÉ MALLOL, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, ob. cit., p. 81.

<sup>25</sup> BALLBÉ MALLOL, ob. cit., p. 80. Igualmente, *vid.* la nota 17 trae a colación una aseveración de Bentham, recogida en sus cartas al Conde de Toreno, donde el citado autor afirma: «¿La muerte, para proteger la Monarquía, para proteger la libertad! ¡Dios qué doble y terrible centinela, y cómo situáis los pueblos entre dos fuegos!».

atribuye a que la primera de las disposiciones, si bien decretada en la misma fecha que la segunda, había sido discutida y aprobada por las Cortes en octubre de 1820. Aunque, en ese corto espacio temporal, continúa la citada autora, la situación política del país había mutado de una forma alarmante, por lo que las Cortes toman la decisión de que los conspiradores contra la Constitución fueran juzgados por Consejos de Guerra<sup>26</sup>.

La tercera disposición, a la que acabo de aludir, de 17 de abril de 1821 (II), regula el «conocimiento y modo de proceder en las causas de conspiración». Este Decreto, conocido como «Ley Marcial» fue un instrumento que permitió la publicación de bandos. Seguidamente me referiré a algunas cuestiones relacionadas con sus previsiones, pero, nótese que es un texto anterior a la entrada en vigor del Código Penal de 1822 y que este, además, dispone de una vigencia temporal muy limitada, apenas unos meses y, quizá, no en la totalidad del territorio nacional. En ese mismo orden de consideraciones, no se olvide que el siguiente Código Penal no se aprueba hasta el año 1848, de modo que, al menos durante ese tiempo, los bandos y la jurisdicción militar disponen de un marco normativo que permite gobernar el país, *de facto*, bajo un régimen de excepción.

Volviendo al texto del articulado, en el artículo 1 se dice que son objeto de la ley: «las causas que se formen por conspiración ó maquinaciones directas contra la observancia de la Constitución, ó contra la seguridad interior o exterior del Estado, ó contra la sagrada é inviolable persona del Rey constitucional». La primera cuestión que llama la atención, al igual que ocurría en el Reglamento acerca de la libertad de imprenta de 22 de octubre de 1820, (donde se aludía a escritos sediciosos cuando ese concepto no se incorpora hasta el Código Penal de 1822), es la referencia a los delitos contra la «seguridad interior o exterior del Estado», delitos que se introducen con posterioridad al Código Penal de 1822, con lo cual, la facultad de la que disponían las «autoridades políticas» de subsumir en ellos los comportamientos que consideraran atentatorios contra la seguridad interior y exterior del Estado era ilimitada; delitos que serán juzgados militarmente en Consejo de Guerra ordinario (art. 2.3).

En otras palabras, es la «autoridad política» la que dicta el bando y la jurisdicción militar quien juzga a los conspiradores. En efecto, en el artículo 4 se dispone que para «precaver la resistencia y el consiguiente desafuero... las Autoridades políticas harán publicar sin la menor dilación, bajo su más severa responsabilidad, un bando con la expresión de la hora, para que inme-

---

<sup>26</sup> FIESTAS LOZA, *Los delitos políticos (1808-1936)*, ob. cit., pp. 109-110. Vid. igualmente, SANDOVAL, *El delito de rebelión*, ob. cit., p. 32, nota núm. 10.

diatamente se dispersen los facciosos y se restituyan á sus hogares respectivos». Todo ello, sin perjuicio, como se dispone en el artículo 13, que, en «todos los demás casos» los reos de estos delitos serán juzgados por la jurisdicción ordinaria con derogación de todo fuero.

Como pone de manifiesto García Rivas, esta Ley permite la posibilidad de mantener la normalidad constitucional cuando, de hecho, se vive un régimen de excepción<sup>27</sup>. Afirmación que viene corroborada en el artículo 7, donde se dispone que, con independencia de la publicación del bando por parte de las Autoridades políticas, asimismo, adoptaran cuantas medidas resulten convenientes para «dispersar cualquier reunión de facciosos». En efecto, la Ley permite perseguir supuestos de reunión o de manifestación que nada tienen que ver con actos contrarios a la Constitución<sup>28</sup>. Es más, se trataba de un contexto que trastocó seriamente el sistema de libertades y que fue la causa de que las Constituciones posteriores apenas se aplicaran, ya que las algunas provincias vivieron, casi ininterrumpidamente, bajo los estados de excepción<sup>29</sup>.

#### IV. LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO

Como decía unas páginas atrás, el título III de la Parte Primera del Código Penal de 1822, bajo la rúbrica «De los delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y el orden público», agrupa un total de nueve capítulos. El primero de ellos tipifica los delitos de rebelión y el armamento ilegal de tropas (arts. 274-279), mientras que el capítulo II está destinado a los delitos de sedición (arts. 280-288), a lo que cabe añadir unas disposiciones comunes a los dos capítulos anteriores, (arts. 289-298); mientras que el resto de ellos estaría destinado a los delitos contra la tranquilidad y el orden público, de los que no nos podemos ocupar en este momento, de modo que me centraré en los delitos políticos del título, esto es, en los de rebelión y sedición que, en realidad son los que afectan a la seguridad interior del Estado.

Con el Código Penal de 1822, el resto de los delitos políticos se reducen a las conspiraciones directas contra la Constitución o contra la seguridad interior o exterior del Estado ya que los atinentes a la «sagrada e inviolable persona del Rey constitucional» (art. 219) se subsumen en el título I (arts. 188 ss.),

---

<sup>27</sup> GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar en Derecho penal*, ob. cit., p. 57.

<sup>28</sup> TURRADO VIDAL, «Antecedentes históricos de la Ley de seguridad Ciudadana, en *Boletín de Documentación del Ministerio del Interior*, núm., 128, 1992, p. 25.

<sup>29</sup> ALONSO DE ESCAMILLA, «La legislación histórica de orden público», en *El nuevo Derecho penal español, Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 927.

bajo la rúbrica «De los delitos contra la Constitución y el orden político de la Monarquía», a cuyos autores se considerará «traidores» y a quienes se les aplicará la pena de muerte<sup>30</sup>.

### 1. El delito de rebelión y el armamento ilegal de tropas

El Código tipifica en el artículo 274 el delito la rebelión como «el levantamiento ó insurrección de una porción más o menos numerosa de súbditos de la Monarquía, que se alzan contra la patria y contra el Rey, ó contra el Gobierno supremo constitucional y legítimo de la Nación, negándole la obediencia debida, ó procurando sustraerse de ella, ó haciéndole la guerra con las armas...».

La primera cuestión que llama la atención es que se trata de una redacción trufada de conceptos vagos e indeterminados, carente de la mínima taxatividad y, además, con una sucesión de elementos subjetivos cuya equiparación es sorprendente dado que el desvalor que se infiere de los mismos es absolutamente heterogéneo. En todo caso, las notas esenciales que constituyen el comportamiento típico son los siguientes:

a) Levantamiento o insurrección.

b) Ese levantamiento o insurrección es de carácter colectivo y, por lo tanto, llevado a cabo por una «porción más o menos numerosa de súbditos». Sin embargo, en ningún lugar se precisa cuál es el volumen de las personas que participan en el levantamiento o insurrección, aunque la lógica nos lleva a pensar que debería tratarse de un movimiento de una cierta entidad o, de hecho, que fuera un movimiento de una dimensión importante ya que en el delito de sedición se requiere que el levantamiento se lleve cabo por «la mayor parte de un pueblo ó distrito, ó el de un cuerpo de tropas ó porción de gentes» que, en todo caso, se ejecute por más de cuarenta individuos.

c) Ese levantamiento o insurrección se dirige contra el Gobierno supremo, Constitucional y legítimo de la Nación o contra «la patria y contra al Rey». Más allá de que ese alzamiento vaya dirigido contra las instituciones políticas fundamentales del Estado, es decir, el Gobierno de la Nación, me interesa destacar dos cuestiones. La primera de ellas es la referencia al Gobierno supremo, Constitucional y legítimo de la Nación, por lo que, como

---

<sup>30</sup> FIESTAS LOZA, *Los delitos políticos (1808-1936)*, ob. cit., p. 104.

pone de manifiesto Fiestas Loza<sup>31</sup>, parece que en utilización de esa fórmula perdura el recuerdo de la anterior etapa absolutista y el reinado de José I. La segunda particularidad es la referencia al alzamiento dirigido contra «la patria y contra el Rey», de lo que se infiere que ambos están indisolublemente ligados y que un alzamiento dirigido contra el rey es, a su vez, un alzamiento contra la patria.

d) Por otro lado, en cuanto al elemento subjetivo, se requiere que la finalidad perseguida por los rebeldes sea la de negar la obediencia debida, sustraerse a ella o haciéndole la guerra con las armas. Finalidades absolutamente heterogéneas y de un desvalor absolutamente distinto, ya que no es lo mismo los comportamientos caracterizados por la desobediencia al Gobierno de la Nación que hacer la guerra; sin embargo, el legislador de la época les dispensa el mismo tratamiento a efectos punitivos.

El Código, una vez consumada la rebelión, lo que tendrá lugar una vez que hayan sido requeridos por la autoridad para que depongan sus propósitos y no desistan, diferencia entre tres clases de rebeldes en atención a su contribución. Para los de primera clase, a los califica como traidores, sufrirán la pena de muerte. Los reos de segunda clase, serán condenados a la pena de deportación; mientras que los de tercera clase serán condenados a la pena de dos a doce años de obras públicas, con la particularidad de que se incluyen en esta tipología los que hubieren prestado «algún auxilio a abrigo a los rebeldes». Nótese, una vez más, la indeterminación del adjetivo «algún», esto es, cualquier acto que se entendiera de colaboración implicaba una pena particularmente dura con una horquilla punitiva amplísima. Finalmente, el artículo 279, recogiendo, también distintos comportamientos que son calificados como de tercera clase prevé la imposición de una pena de reclusión de ocho a quince años, con el añadido de que si se tratase de un funcionario público ello conllevaría la pérdida de sus empleos sueldos y honores.

## 2. El delito de sedición

El Código Penal de 1822 destina el capítulo II, del título III, artículos 280-288, a los delitos de sedición, para el que emplea una técnica similar a la utilizada en la incriminación de los delitos de rebelión, a los que el artículo 281 reenvía de forma expresa para diferenciar entre tres clases de reos, en atención al grado de implicación en la comisión delictiva.

---

<sup>31</sup> FIESTAS LOZA, *Los delitos políticos (1808-1936)*, ob. cit., p. 99.

En todo caso, en la descripción típica del precepto se configura el delito de sedición como:

«... El levantamiento ilegal y tumultuario de la mayor parte de un pueblo o distrito, ó el de un cuerpo de tropa ó porción de gentes, que por lo menos pasen de cuarenta individuos, con el objeto, no de sustraerse de la obediencia del Gobierno de la Nación, sino de oponerse con armas ó sin ellas á la ejecución de alguna ley, acto de justicia, servicio legítimo o providencia de las autoridades, ó de atacar ó resistir violentamente a estas ó á sus ministros, ó de escitar la guerra civil, ó de hacer daños a personas ó á propiedades públicas ó particulares, ó de trastornar ó turbar de cualquier otro modo y á la fuerza el orden público».

Como se puede observar, la técnica legislativa seguida no es de las más afortunada ya que, de nuevo, se trata de un precepto abierto donde se emplean una serie de fórmulas indeterminadas que generan una inseguridad jurídica evidente. Sea como fuere, entre los elementos esenciales del delito de sedición se pueden distinguir:

a) La sedición se caracteriza por un levantamiento ilegal y tumultuario, mientras que en la rebelión se refiere a un levantamiento o insurrección.

b) Ese levantamiento es de «la mayor parte de un pueblo ó distrito, ó el de un cuerpo de tropa ó porción de gentes, que por lo menos pase de cuarenta individuos». La indeterminación típica es palmaria, ya que solo se le puede dotar de contenido material cuando en el levantamiento participen más de cuarenta individuos. En el caso de que el número de los intervinientes sea inferior, según lo dispuesto en el artículo 288, los delitos aplicables serán los previstos en los artículos 322, 336, 349 o 352 del Código Penal.

c) No sustraerse a la obediencia del Gobierno de la Nación. En el delito de rebelión ya destacamos el hecho de que la desobediencia al Gobierno de la Nación era una de las modalidades típicas previstas en el tipo que se equiparaban a otras conductas particularmente graves como era el hecho de hacerle la guerra con las armas y que, ahora se descarta como como modalidad de la sedición.

d) Las finalidades de la sedición perfilan una serie de elementos subjetivos en el que se equiparan una serie de propósitos completamente inconexos que comportan unos desvalores con una entidad difícilmente comparable. Es el caso, entre otros, de oponerse con armas o sin ellas a la ejecución de alguna ley, con la de «escitar la guerra civil» o «hacer daños a personas o propiedades públicas o particulares».

Al igual que sucede en el caso de la rebelión, se trata de un delito cuya consumación exige que los sediciosos hayan sido requeridos por la autoridad para que cesen sus actividades y, a pesar de ello, insistan en su propósito. Asimismo, se diferencian tres clases de reos diferentes, proveyéndose para los de



primera clase una pena de trabajos perpetuos; para los de segunda clase una pena de seis a veinte años de obras públicas; mientras que para los de tercera, la pena prevista es de reclusión de cuatro meses a cuatro años.

Finalmente, en los artículos 289 a 298 se prevén una serie de disposiciones comunes para los delitos de rebelión y sedición, formula que se ha reproducido en la mayoría de nuestros Códigos penales y que ha estado vigente hasta el Código Penal de 1995, donde se estipulan distintas previsiones concursales por la comisión de otros delitos o, entre otras, se convienen diversas consecuencias para los que no se sometan al requerimiento de la autoridad y, con ello, no depongan su actitud rebelde o sediciosa, Aunque, más allá de lo anterior, creo que es necesario evidenciar la previsión del artículo 295, donde se dispone que si los rebeldes y sediciosos no atendieran los requerimientos de la autoridad (arts. 293-294), «se podrá desde luego usar las armas y de todo el rigor militar contra los rebeldes y sediciosos, y tratarlos como á enemigos públicos».

En definitiva, parece que no es aventurado anticipar que de una rúbrica tan genérica como la «Seguridad interior del Estado», se derivan unas connotaciones autoritarias de las que se puede inferir que el bien jurídico «seguridad» no aparece ligado a la tutela de los gobernados, sino con la de los gobernantes, por lo que la seguridad del Estado se identifica con la de los gobernantes<sup>32</sup>. Esa noción de «seguridad estatal» es clave para entender el concepto de «delincuencia política», ya que los delitos que se agrupan bajo esa forma de criminalidad «consisten precisamente en ataques a la seguridad del binomio Estado-Gobierno». Interpretación que es inevitable concluir de la rúbrica «Seguridad interior del Estado» de los primeros Códigos penales españoles<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar...*, ob. cit., p. 121.

<sup>33</sup> SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión...*, ob. cit. p. 127.

# DE LOS QUE REHÚSAN AL ESTADO LOS SERVICIOS QUE LE DEBEN

RAMÓN BONELL COLMENERO  
Universidad Complutense de Madrid

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho penal surge de la necesidad de establecer una serie de instituciones y garantías para la protección de las personas frente al poder punitivo del Estado.

El supuesto de hecho de las proposiciones en el ámbito de la juridicidad penal se representa por el delito, cuyas consecuencias son la pena, donde esta se integra con los elementos constitutivos de la culpabilidad.

El delito es conceptualmente el nudo del derecho penal, de cuya teoría, en el campo del incumplimiento de los deberes y obligaciones civiles, dependen las garantías que el derecho penal nuclear proporciona a los derechos de los autores y partícipes como a la seguridad jurídica, donde es inequívoco que el derecho penal aporta todo un sistema de garantías y límites. Puesto que nos encontramos ante toda una serie de preceptos que regulan delitos de simple actividad. Estos preceptos analizados, aparecen como nueva forma de criminalidad, resultando difícil de encajar en la estructura de un Código Penal dictado bajo un pensamiento liberal no intervencionista, en cuyo alcance cabe tener presente que, partimos del tratamiento de una serie de supuestos, que aluden a la falta de cumplimiento, de una serie de deberes y obligaciones, dirigidos contra intereses del Estado.

La Constitución de Cádiz de 1812 incorpora un elenco de leyes y decretos, que desarrollan los postulados teóricos del liberalismo clásico, propio de la época, como los principios de igualdad, libertad o propiedad. Principios que aspiran a modernizar la sociedad española del momento, y distanciarse de la sociedad estamental del Antiguo Régimen.

El Código Penal de 1822 introduce los delitos que afectan a los que rehúsan al Estado los servicios que le deben. La incorporación de esta serie de preceptos del artículos 573 al 591, con la intención manifiesta de perseguir con todo rigor y en toda su amplitud el fraude y, el incumplimiento de toda una serie de deberes y obligaciones civiles. Esta serie de delitos con los comportamientos descritos en los artículos lesionan la confianza en el orden establecido.

El incumplimiento de los deberes y obligaciones civiles no es un fenómeno del siglo XVIII, aunque es en este en el que se toma conciencia de su dimensión, de su importancia, adquiriendo la categoría de delito por el Código Penal, concretamente en la primera parte del Código Penal de 1822, título VIII, capítulo único, artículos 573-575.

El progreso de la civilización ha ensanchado los puntos de vista de la lucha contra la delincuencia y los medios de defensa. Ahora se ha visto superada la estrecha idea de que la pena representaba el único caudal con que contaba la sociedad para prevenir las actividades de sus miembros.

Una vez más la política frustra un intento de reforma, en el primer periodo 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 señalar el 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. Al restaurarse, en enero de 1820, el régimen constitucional, restablecida la Constitución de 1812, inmediatamente se adoptan las medidas necesarias para la promulgación del que iba a ser primer código penal español. El 20 de agosto de 1820 las Cortes nombraron una comisión para que procediese a la elaboración de un proyecto de Código Penal.

En abril de 1821 quedó concluido el proyecto, que se leyó en las Cortes, y fue impreso y remitido a las universidades, tribunales de Justicia, colegios de abogados y otras corporaciones para que lo informaran. Recibidos los dictámenes, que resultaron bastante contradictorios, la Comisión introdujo las variaciones que estimó más aconsejables y así retocado, se discutió en las Cortes

artículo por artículo, entre noviembre de 1821 y febrero de 1822, siendo aprobado por estas y sancionado por el rey.

Antes de leerlo, ya me lo imaginaba, pero me ha gustado cerciorarme de ello, siguiendo los debates en el pleno del congreso, indica Manuel Torres Aguilar, en *Génesis parlamentaria del Código Penal de 1822*, página 234, consta que el 24 de enero de 1822, el título VIII, «De los que rehúsan al Estado los servicios que le deben» resultó aprobado con extraordinaria rapidez.

Me consta que estos temas, todo lo relacionado con los deberes de carácter patrio, patrimonial y tributario, siempre se pasa rápido, sin mayor detenimiento, como sucede con el análisis y estudio de los presupuestos generales del Estado, que son aprobados entre octubre y diciembre, pasando por el Congreso de los Diputados y el Senado, con todos los festivos, puentes e incluso acueductos que tienen esos meses, incluso aprobándolos antes de que llegue el día de Navidad, si hay consenso y mayoría precisa.

El primer Código Penal, es decretado por las Cortes el 8 de junio, sancionado por el rey, y mandado promulgar el 9 de julio de 1822.

Con la promulgación del texto se habían completado todos los requisitos formales necesarios para su entrada en vigor, sin embargo, estimó el Gobierno por una serie de razones, que en el presente caso no debía ser así, y publicaron una Real Orden aplazando la vigencia para la península e islas adyacentes hasta el primero de enero de 1823, tal y como pone de manifiesto José Ramón Casado Ruiz, en *La aplicación del Código Penal de 1822*<sup>1</sup>.

Siguiendo a Joaquín Francisco Pacheco, el penalista español más importante de la época señala en *El Código Penal concordado y comentado*, I, 1848, página 57 «El Código de 1822 es un Código científico. La ciencia del Derecho y la buena filosofía inspiran la mayor parte de sus disposiciones. Digno del siglo, mejorando inmensamente la situación penal de la nación. Pero es a veces demasiado duro: transige demasiado con antiguas preocupaciones españolas...»

El código de 1822 estableció el principio de legalidad de los delitos y penas, sirviendo de base para códigos posteriores como la definición legal del delito o el catálogo de atenuantes y agravantes. Uno de los artículos más estudiados en el artículo 12 que establecía: «Son delincuentes ó culpables sujetos á la responsabilidad que les imponga la ley, no solamente los autores del delito o de la culpa, sino también los cómplices, los auxiliadores y fautores, y los receptadores y encubridores».

---

<sup>1</sup> CASADO RUÍZ, J. R., *La aplicación del Código Penal de 1822*. Este trabajo se envió en su momento como colaboración al libro homenaje al profesor Antón Oneca, vid. ANTÓN ONECA, José, *Historia del Código Penal de 1822*, url: <http://agora.edu.es/descarga/articulo/2796460.pdf>.

Fuentes inspiradoras del Código fueron en cierto modo los textos nacionales, y de manera especial, los tratadistas y códigos extranjeros, o como indicaba la comisión, los códigos de mayor crédito y reputación en Europa. Los penalistas españoles recibieron en primer término la influencia de las obras de Filangieri y Bentham, tal y como queda plasmado en los debates y en el contenido del Código.

El código de 1822 optó por un concepto restrictivo del autor, cómplices, auxiliadores, defraudadores, receptores y encubridores. Hay en él notoria influencia de Beccaria, de Filangieri, y de Bexon, pero por encima de estos el que más influjo operó sobre su contenido fue Jeremías Bentham, cuyo utilitarismo se traduce en el plano jurídico, en una concepción ejemplarizante de la pena, que el Código trata de llevar a la práctica. La doctrina ha destacado que la modernidad del Código de 1822 supera a los posteriores. Es claro que el objeto de análisis no es el derecho positivo, sino un derecho ideal que debe ser elaborado con ayuda de la razón y del que las leyes estatales han de extraer un contenido. De este planteamiento, se deduce su vinculación al liberalismo político, a los dos pilares de este, la legalidad como medio para defender la aplicación de los principios jurídicos y los derechos fundamentales, y la humanización en la sanción penal. La sanción penal, el castigo del delito pretende evitar que se perturbe la seguridad de la convivencia humana, con lo que aspira a un fin claramente preventivo. Así se trata de un código penal con normas que reflejan la preocupación del momento histórico, en que se deben aplicar, que reflejan una humanización general del sistema punitivo, con respecto a la protección de los intereses afectados, frente a las normas precedentes y la cristalización de una serie de garantías firmes frente al poder del Estado.

Este código penal no estuvo vigente mucho tiempo, incluso se ha puesto en tela de juicio su misma aplicación, dado que, en abril de 1823 con la entrada de los «Cien mil hijos de San Luis» y con el decreto de 1 de octubre de 1823, se pone fin al Trienio Liberal, y se volvió al Derecho Penal del Antiguo Régimen, la vuelta al absolutismo supuso en el ámbito penal el retorno a la legislación medieval, propia del Antiguo Régimen, la Nueva Recopilación, los Fueros y las Partidas. Aunque su vigencia formal se ahogaba en el contexto de la ilustración, que influía en los juzgadores, lo que no impedía, que, en cualquier caso, *de facto* se aplicasen las penas. Esta situación de amplísimo arbitrio judicial provocaba inseguridad jurídica, enfrentándose frontalmente con las bases del pensamiento liberal.

Por todo ello, ha quedado probado que el Código entró en vigor, con aplicación real de cierta cédula de Fernando VII, por la que el monarca anulaba algunas actuaciones de los juzgados realizadas conforme a él.

Con la regencia de María Cristina se aprobó la Constitución de 1845 y por tanto se establece un nuevo código penal en 1848. Este código penal se reformaría y, en él permanecieron hasta esa fecha tres categorías de delitos: delitos graves; delitos menos graves; y faltas.

La falta de concienciación cívico-tributaria, a la vez de la falta de ejemplaridad por parte de los gobernantes, provoca un incumplimiento ejemplar por parte de los ciudadanos. Estos ciudadanos, no súbditos, ven que más que el precio de la civilización y del estado de bienestar que desean, se encuentran desencantados, debido a la corrupción, con lo cual nadie se sentía atraído a cumplir con sus obligaciones, y por ello la presión fiscal se concentra en los que cumplen, pagando con sus tributos, cumpliendo, frente a la calidad de los servicios que son prestados por las administraciones públicas, en una sociedad decadente, impidiendo al Estado llevar a cabo sus cometidos principales.

De tal forma que se asigna al Derecho Penal la función de conservar valores ético-sociales fundamentales caracterizando a la conducta tipificada, como aquella que lesiona los valores ético-sociales, siguiendo a Welzel<sup>2</sup>, la misión del Derecho Penal reside pues en asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores de acto mediante la conminación penal y el castigo de la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico manifestada efectivamente. A través del castigo de la inobservancia de los valores de la conciencia jurídica, protege al mismo tiempo los bienes jurídicos a los que están referidos aquellos valores de acto.

El 9 de marzo de 1820, Fernando VII se vio obligado a aceptar oficialmente el triunfo de la revolución con el juramento de la Constitución y el nombramiento de una Junta, suponiendo el primer triunfo del liberalismo español en lucha abierta, además de la primera oportunidad para ejercer el poder de forma práctica, y no de forma teórica como en las Cortes de Cádiz. Se desarrollan leyes y decretos, provenientes de aquellas que entonces ni siquiera llegaron a promulgarse y otros, que, promulgados, no pudieron ponerse en práctica. La diferencia será también cualitativa, ya que en 1820 se inaugurará una etapa en la que el nuevo sistema se extenderá a toda España, a todas las instituciones; en definitiva, a todo el ámbito del Estado y de la nación. Se llevó a cabo la reforma administrativa de la Hacienda, se tendió al ahorro del gasto

---

<sup>2</sup> WELZEL, H. *Derecho Penal alemán*, trad. J. Bustos Ramírez y S. Yañez Pérez, 11.ª ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1970, pp. 12-13.

público, el control de los funcionarios, y de los ingresos, así como atender el pago de los gastos más urgentes. Los medios arbitrados para recabar fondos fueron el recurso al crédito mediante un préstamo solicitado a los comerciantes y el mantenimiento del sistema tributario del Antiguo Régimen para evitar el colapso de la Hacienda que, con un cambio brusco e indiscriminado, podría encontrarse totalmente privada de medios. Estos objetivos no llegaron a alcanzarse en su totalidad porque los medios utilizados, de carácter marcadamente conservador, chocaron con las aspiraciones de libertad preconizadas por la nueva legislación y en los que la ciudadanía puso todas las esperanzas.

El plan de Hacienda consistía en aumentar los ingresos del erario, sin aumentar los impuestos y equilibrar el presupuesto. Estos objetivos solo podrían alcanzarse aumentando la riqueza interna, con la colaboración de la propia Hacienda y de la acción gubernamental.

El primer programa económico del Trienio Liberal contempló los siguientes puntos: necesidad de conocer la verdadera situación del país, recopilando datos fiables, reparación de las pérdidas ocasionadas por la guerra, con el consiguiente sacrificio para el erario; protección al trabajo; cotización sobre el producto líquido de las rentas; elaboración de un presupuesto de gastos de acuerdo con las posibilidades de los contribuyentes.

Reflejo de la situación del país, el efecto de este programa es una reducción de los ingresos, debida al retroceso de la actividad económica. Con una intención de dejar vivir al contribuyente, y favorecer la producción, la situación atrasada del país, que ni siquiera había comenzado la vertebración de un mercado nacional, que tenía que despojarse todavía de las viejas estructuras, no podía resolverse en tres años. El malestar de los campesinos, imputable a la política económica y fiscal, se incrementó como consecuencia de las malas cosechas de 1822, creando las condiciones adecuadas para un gran levantamiento rural. Tengamos en cuenta que siempre donde ha habido una mayor economía informal ha sido en la agricultura, ante un incremento del control, provoca evidentemente la reducción de la renta personal disponible, unida a unos tributos basados en la capacidad económica y no en la capacidad contributiva, provoca la indignación.

## II. EL TIPO OBJETIVO

Por su caracterización como ilícito, forma parte del Derecho penal, cabe plantear que el ataque se lleva a cabo contra el orden económico, financiero y presupuestario, que constituye el bien jurídico que se intenta proteger.

A continuación, vamos a analizar el tipo penal de las distintas modalidades del delito, la conducta típica de este delito viene descrita en el artículo, y lo que expresa es que el delito se puede cometer tanto por acción como por omisión, por lo que, sería delito realizar una declaración incorrecta como omitir la declaración.

Partimos de la primera regulación del tipo, teniendo en cuenta que, en cuanto a su ubicación, carece de sistemática, junto con las distintas figuras que lo han acompañado, va a ser, a partir de entonces, muy diversa, provocando el cambio de ubicación en los códigos posteriores, en cuanto a su localización, dentro de la legislación, ha condicionado la forma en la que se han interpretado todas las figuras relativas a la evasión tributaria, desde la óptica del derecho penal.

El Código Penal de 1822, estableció en el título VIII, todo lo referente a «De los que rehúsan al Estado los servicios que le deben», con capítulo único estando comprendidos los artículos 573 a 590, dentro de la parte I del Código Penal, «De los delitos contra la sociedad».

Un delito pluriofensivo, también denominado delito compuesto o complejo, partiendo de un delito único en el que resultan ofendidos varios bienes jurídicos al mismo tiempo, puesto que por medio de este se trata de proteger en primer lugar el patrimonio del erario público, y además tutela de forma indirecta la integridad del orden económico en sentido estricto, siendo imprescindible para el cumplimiento de la planificación presupuestaria, conseguir las finalidades recaudatorias, obtención de los recursos necesarios para cumplir con la autorización de los gastos públicos.

El objeto inmediato de la protección penal es el interés patrimonial que se protege, que es la recaudación, el cumplimiento con los deberes y las obligaciones civiles.

El bien jurídico protegido recae sobre la protección de los intereses económicos de la Hacienda Pública, tanto en su vertiente de ingreso público, como en la de gasto público. Proteger a la Hacienda Pública implica a su vez defender los intereses económicos del Estado, identificando erario público con Hacienda Pública, circunscribiendo esta concepción estática, que toma la base de la Hacienda Pública, estando constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde al Estado y sus organismos. Siendo el bien jurídico protegido en estos supuestos analizados el patrimonio, en concreto en la defensa del erario, abarcando desde el propio derecho de los deberes del Estado, en defensa de la Hacienda Pública en todos los sentidos desde la recaudación hasta la defensa en interés del Estado.



### III. TIPO SUBJETIVO

La necesaria presencia de una intención de incumplir la obligación. La falta de alusión expresa al dolo es irrelevante, pues las acciones y omisiones imprudentes solo se castigan cuando expresamente lo disponga la Ley. La exigencia de dolo, además, se encuentra implícita en la expresión se negare a pagar, o de incumplir un deber u obligación civil, según sea el caso.

Actúa dolosamente el que sabe lo que hace y quiere hacerlo, por lo que ha de haber conocimiento y voluntad de incumplir una concreta obligación de dar, hacer o no hacer.

Se considera un supuesto de simulación como manipulación intencionada del ordenamiento mercantil al servicio de la defraudación, concurriendo el tipo subjetivo.

La responsabilidad penal, como elemento subjetivo del delito de defraudación tributaria, surge de la ocultación de bases tributarias, la ficción de beneficios fiscales o gastos deducibles inexistentes.

Es delictiva la elusión del pago de tributos alcanzada a través de elementos engañosos.

Para que exista responsabilidad penal es necesario que la intervención sea dolosa. En consecuencia, es necesario que el órgano judicial ofrezca la justificación del proceso seguido para afirmar que el sujeto intervino en los hechos con pleno conocimiento y prestándose a la intervención en la operación delictiva, sin descuidar el deber de motivación cuya exigencia debe ser particularmente rigurosa en los casos en los que el elemento subjetivo del delito debe inferirse a partir de indicios.

### IV. SUJETO ACTIVO

La aplicación de los principios penales provoca que se cambien, con respecto al imputado, los roles de sujeto pasivo en la relación jurídico-tributaria por los de sujeto activo en el campo penal. Puesto que en el ordenamiento jurídico financiero tributario, el sujeto pasivo es el contribuyente, frente al sujeto activo que es la administración pública que ostenta la competencia para exigir el cumplimiento financiero tributario. Sujeto activo de la obligación tributaria solo puede serlo un ente público, soliendo identificarse este concepto con el del titular del crédito tributario o acreedor de la deuda tributaria. Sujetos pasivos, deudores y obligados tributarios, frente a la Administración pública ocupando el lado pasivo de la obligación. Sujeto pasivo es el titular pasivo de

cualquier obligación. Los sujetos pasivos en el Derecho tributario son, por tanto, los titulares pasivos de cualquier obligación derivada del tributo.

En el ámbito penal, el sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, cualquier obligado que produzca el resultado dañoso. Sujeto activo será siempre el ciudadano que actúa de propia mano y sin complicidad; es posible, sin embargo, la cooperación necesaria y solo la coautoría si existe una obligación compartida.

Estos delitos estudiados, pueden ser cometidos por todo aquel que lleve a cabo las acciones u omisiones constitutivas del tipo penal, sin que la condición de autor directo requiera de ningún otro requisito adicional.

El asesor puede resultar partícipe como inductor, cooperador necesario, cómplice o encubridor si concurren los requisitos precisos que acrediten su participación en cualquiera de las formas expresadas.

Existe cooperación necesaria del asesor en la comisión del delito junto al administrador, al considerarse probado el acuerdo de ambos para incorporar una serie de facturas falsas, y cometer el tipo delictivo.

## V. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

El cumplimiento de los deberes y obligaciones del ciudadano, en el marco de conseguir los recursos para financiar las labores de la administración y gestión pública de la época, es un fin y un mandato que se impone a todos los contribuyentes. Con el propósito de mejorar la eficacia en la prevención y corrección del cumplimiento de los deberes y obligaciones, aparece regulado en la Parte Primera, De los delitos contra la sociedad, en el título VIII De los que rehúsan al estado los servicios que le deben, con un capítulo único al respecto de esta materia.

Estableciendo la obligación. Los deberes y obligaciones son dos figuras jurídicas distintas, que no deben confundirse por las siguientes razones: el deber es general e indeterminado; la obligación en sentido técnico es un vínculo jurídico entre dos sujetos determinados (acreedor y deudor), al que deben sumarse como elementos esenciales la causa y una prestación determinada.

En la base de todo deber jurídico hay siempre un deber moral; pero no todo deber moral engendra un deber jurídico.

Las obligaciones se basan en la *soluti retentio*, pero no es su único efecto, la obligación puede ser extinguida, no solamente por el pago, puede verse afectada su extinción por compensación, condonación, prescripción. Las deu-

das tributarias podrán extinguirse de las siguientes formas: mediante el pago, por prescripción, por compensación y por condonación.

En los deberes no se encuentran los elementos esenciales de una obligación en sentido técnico, ya que con frecuencia están indeterminados los sujetos o la prestación.

El imperativo de cumplimiento de un deber da nacimiento a una obligación exigible. Este es el verdadero efecto jurídico que se reconoce a la figura en la praxis jurisprudencial, y en la doctrina científica.

Prestaciones tributarias e inherentes a la aplicación de los tributos, en cuanto a la determinación de la base imponible.

Siguiendo a Lago Montero<sup>3</sup>: llamamos prestaciones tributarias e inherentes a la aplicación de los tributos al conjunto de prestaciones, objeto de deberes y obligaciones, consistentes en dar, hacer, no hacer o soportar, que el administrado ha de satisfacer a la Administración tributaria o, a otros administrados, con motivo de la aplicación de los tributos.

Siguiendo a Pérez de Ayala, y González García<sup>4</sup>, los deberes tributarios, obligacionales o no, pueden consistir en deberes de dar, por una parte, y deberes de hacer, no hacer o soportar, por otra.

El objeto de toda obligación es la prestación, y esta consiste en un dar, hacer o no hacer alguna cosa. La prestación tributaria por excelencia es el objeto de la obligación tributaria material, originada por la realización del hecho imponible. Junto a esta, eje nuclear del Derecho tributario, la Ley y la doctrina distinguen otras prestaciones, que pueden ser objeto de deberes u obligaciones, que presentan la característica común de ser inherentes a la aplicación del tributo. Siguiendo a M. Cortés Domínguez, Ordenamiento tributario español, 1, 4.<sup>a</sup> edición, Madrid, Civitas, 1985, pp. 245 y 246, señala: es bien sabido que a la producción de la prestación principal anteceden generalmente, una prolija lista de prestaciones, sin las cuales la prestación principal pecuniaria no podría realizarse, refiriéndose a la más importante y trascendental de las prestaciones que se derivan de las normas tributarias, lo que hoy conocemos por obligación tributaria en sentido estricto.

El mandato es claro y conciso, así es como conseguimos, que a través del imperio en la aplicación normativa, cumplir y hacer cumplir, a través de la normativa, para poder conseguir el desarrollo del estado, organizar y gestionar

---

<sup>3</sup> LAGO MONTERO, J. M., *La sujeción a los diversos deberes y obligaciones tributarios*, ed. Marcial Pons, p. 23, Madrid 1998.

<sup>4</sup> PÉREZ DE AYALA, J. L. y GONZÁLEZ GARCÍA, E., *Curso de Derecho Tributario*, I, 6.<sup>a</sup> ed. EDERSA, Madrid, 1991, pp. 118 y 119.

los haberes de la Administración en orden, traduciéndose en la mejora en bienestar, en progreso.

Cumpliendo la ley, respetando el principio de legalidad, no haciendo fraude de ley con los ciudadanos.

El incumplimiento de esta obligación, tiene su manifestación más reprochable en el Código Penal de 1822, como expresión de una profunda insolidaridad ciudadana, de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, cabe destacar que el artículo 573 establece que contraviniendo a la obligación que todos los españoles, sin distinción alguna, tienen de contribuir a las necesidades del Estado en proporción de sus haberes, se negare a pagar la cuota que en el reparto de las contribuciones públicas le hubiese tocado.

Tengamos en cuenta la situación, de deuda en la que vive el Estado, uno de los problemas a los que se enfrenta cualquier gobierno es su organización, y la de una Hacienda pública, con una organización administrativa que gestionar. Y la cuestión trascendental es la diferencia que se produce entre la recaudación real y la prevista, lo cual se une al angustioso y endémico estado de la deuda que exige aumentar los ingresos como recurso ordinario y los préstamos como recurso extraordinario.

La difícil situación recaudatoria se ve reflejada en la investigación desarrollada sobre «Los debates parlamentarios y la vida política española, 1810-1873» plasmados por Carmen García García en «Las reformas de las haciendas locales en los primeros periodos constitucionales» *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* número 93, julio-septiembre de 1996, se refleja en los presupuestos aprobados entonces, marcados por el déficit y una importante caída de la recaudación. El éxito o el fracaso, tanto entonces como ahora, depende de la situación económica. Incidiendo en la crisis recaudatoria. El mismo problema enfocado con distintas opciones para solucionarlo, a través del cruce y la trazabilidad de la información sobre las operaciones y actividades desarrolladas, utilizando inteligencia artificial, para el análisis de datos y su impacto en el sistema fiscal, lo tenemos hoy.<sup>5</sup> Tal y como desarrolla el Plan de Control Tributario y Aduanero de 2022, consolidación e impulso del uso de la tecnología en el análisis de los riesgos y la selección de los contribuyentes objeto de comprobación.

---

<sup>5</sup> Vid. BONELL COLMENERO, R., «Inteligencia artificial, análisis de datos e impacto en el sistema fiscal», en F. Serrano Antón (dir.) *Inteligencia artificial y administración tributaria: eficiencia administrativa y defensa de los derechos de los contribuyentes*, ed. Thomson Reuters, 2020.

Además, el artículo 573 señala la obligación que todos los españoles, sin distinción alguna<sup>6</sup>, tienen de contribuir, cuestión resuelta formalmente por el vigente artículo 31 de la Constitución española de 1978, al establecer que:

«1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.

3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley».

Por lo tanto queda puesto de manifiesto que no todos los integrantes de una comunidad cumplen de manera constante y espontánea las obligaciones sustanciales que les imponen las normas, es verdad que pueden indicar con respecto a los servicios que les deben la crítica a la prestación de los servicios debidos, pero es la falta de recursos el que el servicio o la actividad prestada pueda no estar a la altura de lo debido, esa es la cuestión si partimos que los tributos son el precio de la civilización y no de la corrupción.

De tal forma que obliga al Estado a prever ese incumplimiento, lo cual implica configurar en forma específica las distintas transgresiones de la época, reflejados en la parte primera del título VIII, capítulo único del Código Penal de 1822, y determinar las sanciones que corresponden en cada caso.

La clave de que en la parte primera del título VIII, capítulo único del Código Penal de 1822, abarque conductas que van desde las previstas en los artículos 573 a 591, muestra desde la incipiente regulación en materia de incumplimiento de las obligaciones tributarias –artículos 573 y 574–, hasta cualquier prestación de servicios de carácter público artículo 591.

Si partimos de la naturaleza jurídica, el legislador busca restringir la libertad de acción del individuo a favor del bien jurídico protegido que es en este caso el bien público, identificado en el conjunto de la protección de los delitos patrimoniales previstos en el Código Penal en tanto se atenta contra el patrimonio del Estado y de la comunidad, por que Hacienda Pública somos todos, además que se actúa impulsado por los mismos intereses que justifican su inclusión en la esfera del Derecho Penal, con carácter de *ultima ratio*.

---

<sup>6</sup> La falta del cumplimiento de los deberes y obligaciones debidos, quedan reflejados por PRESTON, Paul, en *Un pueblo traicionado*, ed. Debate, 2019, url: <https://www.youtube.com/watch?v=meRGgi7VWRs>.

La distinción entre Derecho Penal propiamente dicho y Derecho Penal Administrativo era ya conocida en el Derecho Territorial General Prusiano de 1794, pero no fue acogida en el Código Penal de 1822. Sin embargo, fue James Paul Goldschmidt, quien desarrollara posteriormente en 1902 el concepto de Derecho Penal Administrativo. Más adelante podemos encontrarnos en la doctrina española, con el maestro Sainz de Bujanda<sup>7</sup> a la cabeza, considerando de forma prácticamente unánime que es el principio de legalidad penal el que ha de ser tomado como punto de partida para determinar la proyección que el principio de legalidad haya de tener en materia tributaria sancionadora. Por lo tanto, podemos encontrarnos en la doctrina distintas posiciones, desde autores que defienden su posición con la regulación correcta contenida en el Código Penal, frente a la que defiende que debería quedar insertada y estrictamente recogida en el ámbito del régimen sancionador administrativo. La calificación de delito frente a contravención. La infracción tributaria considerada como contravención y no delito. Siendo delito toda agresión directa e inmediata a un derecho ajeno, mientras que hay contravención cuando se perturbe, mediante la omisión del deber, obligación y ayuda requerido, la actividad que desarrolla el Estado para materializar esos derechos.

Tengamos presente como han señalado De Urbano Castrillo y Navarro Sanchís<sup>8</sup>, que la dogmática del derecho sancionador y, en particular, de las sanciones tributarias, no ha experimentado un desarrollo conceptual tan profundo y detallado como el que rige en el Derecho penal.

## VI. CONCLUSIÓN

La lucha contra los que rehúsan de a la Administración pública los servicios debidos, impuso al legislador la necesidad de recurrir al derecho penal, a fin de intensificar la protección del bien jurídico tutelado, a través de una sanción penal.

Con todo ello, se pretende la defensa del erario, en el marco de un equilibrio correlativo con el deber impuesto al Estado de realizar un gasto público conforme al principio de equidad, eficiencia y economía. El desequilibrio de esta balanza bien porque el ciudadano no cumple, con sus deberes y obligacio-

---

<sup>7</sup> SAINZ DE BUJANDA F., *Organización política y Derecho financiero en Hacienda y Derecho*, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1962, p. 460; *Sistema de Derecho Financiero*, tomo I, vol. II, ed. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1985, pp. 597 ss.

<sup>8</sup> DE URBANO CASTRILLO, E. y NAVARRO SANCHÍS, F. J., *La Deuda Fiscal. Cuestiones candentes de Derecho Administrativo y Penal*, ed. Wolters Kluwer, 2009, p. 37.

nes, trae consigo el desorden económico caracterizado por el endeudamiento del estado, déficit, indisciplina presupuestaria. Es por ello, por lo que, en defensa del erario público, se contemplan todos los supuestos marcados desde el precepto 573 al 591 bajo el título de los que rehúsan al Estado de los servicios que le deben atendiendo a la situación de la época, no tan distinta a la que vivimos hoy en día, partiendo de la regulación del delito fiscal a las obligaciones establecidas de defender la patria y sus intereses.

No obstante, esta regulación no colmó las expectativas creadas entorno a su eficacia para desalentar el incumplimiento de los deberes y obligaciones, pero sirvió de advertencia y de una incipiente concienciación cívico-tributaria con respecto a sentar los deberes y obligaciones como ciudadanos hacia el Estado.

Tengamos en cuenta como recuerda Barbero Santos en su *Política y Derecho Penal en España*, que el influjo de los cambios políticos en las leyes punitivas es particularmente visible en España. Un recorrido por la historia de la codificación penal española lo confirma plenamente.

El Código Penal de 1822 constituyó la principal aportación legislativa del trienio liberal, que se abre con el levantamiento de Rafael del Riego en Cabezas de San Juan y se cierra con la llegada de los «cien mil hijos de San Luis» al mando del Duque de Angulema.

El texto que analizamos de 1822, es técnicamente defectuoso, refleja la influencia como he señalado de Bentham, Beccaria, y en general de los penalistas de la ilustración, recogiendo expresamente el principio de legalidad de los delitos y de las penas.

Tengamos en cuenta que, el Código de 1822, a pesar de tener una vigencia temporal muy reducida en España, su valor histórico, destaca por ser el primer Código Penal español en influir sobre textos extranjeros, particularmente en Hispanoamérica. Sirva de ejemplo que el Código de 1822 fue Código en El Salvador durante gran parte del siglo XIX.

La intervención en una materia tan compleja como esta, entonces en 1822, como en la actualidad no se puede en modo alguno pensar que se va a resolver con el instrumento penal, que en general no es solución para nada. Hemos comprobado entonces como ahora que la potencia sin control no sirve de nada, si no hay o los hay pero no funcionan de forma efectiva, organismos y servicios de regulación y control que posibiliten el cumplimiento de los deberes y obligaciones civiles, además de resultar imprescindible un cuerpo de sanciones administrativas, para que la introducción del cuerpo legal penal tenga sentido. El Derecho penal debe de utilizarse una vez que se dan los niveles instrumentales señalados, y para aquellos casos más graves en que el conflicto no tiene otra solución posible.

En definitiva, el impacto del Derecho penal en los supuestos analizados plantea desde el punto de vista de la política criminal, junto a la dogmática, una serie de desafíos, para conseguir el cumplimiento eficaz y efectivo del ordenamiento jurídico.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, J., *Historia del Código Penal de 1822*, url: <http://agora.edu.es/download/articulo/2796460.pdf>.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. «El delito fiscal en España» *RFDUCM*, núm. 56, 1979.
- Barbero Santos, M., *Política y Derecho Penal en España*, Tucarc Ediciones, 1977.
- BONELL COLMENERO, R., «Concienciación cívico-tributaria...», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, vol. XLVIII (2015), pp. 181-202, <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5009645.pdf>.
- BONELL COLMENERO, R., «Inteligencia artificial, análisis de datos e impacto en el sistema fiscal», en F. Serrano Antón, (dir.) *Inteligencia artificial y administración tributaria: eficiencia administrativa y defensa de los derechos de los contribuyentes*, ed. Thomson Reuters, 2020.
- DE URBANO CASTRILLO, E. y NAVARRO SANCHIS, F. J., *La Deuda Fiscal. Cuestiones candentes de Derecho Administrativo y Penal*, ed. Wolters Kluwer, 2009.
- GARCÍA GARCÍA, C., «Las reformas de las haciendas locales en los primeros periodos constitucionales», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, número 93, julio-septiembre de 1996, url: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/27400.pdf>.
- LAGO MONTERO, J. M., *La sujeción a los diversos deberes y obligaciones tributarios*, ed. Marcial Pons, Madrid 1998.
- PACHECO y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, I, Madrid 1848.
- PÉREZ DE AYALA, J. L. y GONZÁLEZ GARCÍA, E., *Curso de Derecho Tributario*, I, 6.ª ed. EDESA, Madrid, 1991.
- PRESTON, P., *Un pueblo traicionado*, ed. Debate, 2019.
- SAINZ DE BUJANDA F., *Organización política y Derecho financiero en Hacienda y Derecho*, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.
- SAINZ DE BUJANDA F., *Sistema de Derecho Financiero*, tomo I, vol. II, ed. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1985.
- TORRES AGUILAR, M., *Génesis parlamentaria del Código Penal de 1822*, ed. Sicania, 2008.
- WELZEL, H., *Derecho Penal alemán*, trad. J. Bustos Ramírez y S. Yañez Pérez, 11.ª ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1970.



# LA TUTELA DE LA SALUD: MAGIA Y CURANDERISMO EN EL CP DE 1822

PAZ LLORIA GARCÍA  
Catedrática acreditada de Derecho penal  
Universidad de Valencia

## I. INTRODUCCIÓN: EL CUIDADO DE LA SALUD EN LA HISTORIA Y SU PROTECCIÓN PENAL

Una de las mayores preocupaciones a lo largo de todos los tiempos ha sido y es el cuidado de la salud y la lucha contra la enfermedad. Los modos de llevar a cabo esta actividad varían en atención a los conocimientos que la ciencia proporciona en cada momento pero también depende de factores que tienen que ver con la situación económico-social e incluso, con la situación geográfica.

Ya en la antigua Grecia se habla de los sujetos que ejercen la medicina y que se clasifican en atención también de las personas que reciben el servicio. Así, Moliné<sup>1</sup> nos habla de la medicina sagrada ejercida por los adivinadores, la popular de los ensalmadores y la de escuela que corresponde a un saber racional. Por su parte, López Terrada informa de que los poderosos acudían a médicos privados, la de clase media a la asistencia domiciliaria y los desprotegidos se hacían atender por curanderos. La misma autora, siguiendo a López Piñeiro, advierte que la aparición de la medicina escolástica no supone la

---

<sup>1</sup> MOLINÉ: «Charlatanes y curanderos. Orígenes, métodos y lenguaje», en *TONOS DIGITAL*, núm. 2, noviembre de 2001, p. 1.

eliminación de las creencias mágicas, quizá por la escasez de médicos, sobre todo en las zonas rurales, pero también por las dificultades a la hora de obtener los títulos y licencias que autorizan a ejercer la cirugía y el resto de actividades paramédicas del momento<sup>2</sup>. Esta última circunstancia se señala, concretamente, para Castilla<sup>3</sup>.

La Inquisición tuvo un especial interés en estas actividades al relacionarlas con la brujería, sobre todo cuando eran ejercidas por mujeres<sup>4</sup>, que eran las encargadas de mantener en muchas ocasiones las costumbres y las que recibían las instrucciones para la realización de preparados y el uso de hierbas medicinales. Aunque no solo ellas ejercían como curanderas o santiguadoras. También los hombres actuaban como tales, en una mezcla de magia y saber popular contra el que se estableció una gran lucha, tanto por la Inquisición como por los gobiernos civiles a lo largo de los siglos.

La confusión entre medicina y religión es algo connatural al propio proceso evolutivo del conocimiento, lo que resulta razonable si atendemos a las palabras de Quintano Ripollés cuando afirma que «las enfermedades, la muerte y la salud, eran [...] dones gratuitos que se distribuían caprichosamente entre los dioses [...] sin que el legislador laico osase entrometerse»<sup>5</sup>.

En todo caso, la idea es castigar a curanderos, sanadores y videntes<sup>6</sup> por el peligro que para la salud tenían sus actuaciones<sup>7</sup>. Al situarse al margen de los conocimientos oficiales la sanción obedecía a quedar fuera del marco normativo de control<sup>8</sup>.

---

<sup>2</sup> No existe un concepto unitario de médico, sobre todo en la Edad Media. Se habla de distintas actividades que tienen que ver con la sanación, bien sea por la aplicación de técnicas –como los cirujanos o sacamuelas– bien con la prescripción de sustancias medicinales –boticarios o drogueros–.

<sup>3</sup> LÓPEZ TERRADA, «El pluralismo médico en la Valencia foral. Un ejemplo de curanderismo», en *Estudis: Revista de Historia Moderna*, núm. 20, 1994, pp. 169 a 171.

<sup>4</sup> Vid. FIKÁ HERNÁNDO, *et al.*, «Curanderos, sanadores y santiguadoras en Lanzarote», en *Enfermería Avanzada*, 26 de junio de 2011, pp. 2 a 6.

<sup>5</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, tomo IV, editorial Revista de Derecho Privado, 1967, pp. 256 y 257.

<sup>6</sup> Rojo Vega disecciona el trabajo de Alonso Argüello y Castrillo –*Discurso sobre el charlatanismo médico y quirúrgico, que en obsequio a la verdad, desengaño de crédulos y destierro de curanderos*, 1796– y encuentra hasta ocho clases de charlatanes, incluyendo a los boticarios y a los que «se meten a médicos». (ROJO VEGA, «Cirugía y curanderos en el noreste de España» en *Revista Española de Investigaciones Quirúrgicas*, vol. XIII, núm. 3, 2010, p. 137).

<sup>7</sup> Es prematuro hablar de un concepto de salud pública que no se consolida hasta mediado el siglo XIX. (DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, Aranzadi, 1996, pp. 163 a 216).

<sup>8</sup> MOMMSEN señala que ya en épocas anteriores a la Ley Cornelia se castigaban conductas similares, atendiendo a las precauciones públicas que se tomaban contra el abuso de los *venenum* (excitantes, filtros, bebedizos, medicamentos o venenos) y, particularmente contra la elaboración industrial y venta de estas sustancias que serán también recogidas por la Ley Cornelia. (*Cfr.*, MOMMSEN: *El derecho penal romano*, traducción de P. Dorado, Madrid, 1914, p. 114).

Así, en el Fuero Real ya se encuentran disposiciones que sancionan a aquellos que ejercen el arte de curar sin tener licencia o título para ello<sup>9</sup>. La Ley I, título XVI, libro IV, castiga al que ejerce la medicina (físico) sin haber sido aprobado como «buen físico», incluso *cuando no existía una efectiva lesión de la vida o la integridad*. Bastaba con realizar alguno de los actos descritos en la ley. Si como consecuencia de la acción se producía algún daño a la vida o a la salud, la pena aumentaba.

En Las Partidas también encontramos referencias similares. La Ley VI del título VIII de la partida VII establece la pena de destierro por cinco años en una isla a los «que se meten por sabidores e no lo son en la Física y la Cirujía», refiriéndose tanto a los que actúan sin ningún tipo de titulación como a los que estando en posesión de algún conocimiento sanitario (boticarios) rebasan la esfera de sus competencias.

También la Nueva y la Novísima Recopilación atienden a esta idea, aunque con matices. En las partidas lo que se exige es ser perito en la ciencia de curar, mientras que en la Novísima, al igual que en el Fuero Real, esta exigencia parece que viene incluida en el requisito de estar en posesión de un título, que es lo que garantiza la pericia<sup>10</sup>.

En el título XVI del libro III de la Nueva Recopilación bajo la rúbrica «De los Protomédicos examinadores y su jurisdicción» se regulan los métodos para garantizar la pericia de Físicos, Cirujanos, Embalsamadores, Boticarios y Especieros<sup>11</sup>. El título XVIII del mismo libro establece la obligación de examen de los Barberos fomotomianos<sup>12</sup>. La novedad es que la misma exigencia se extiende a los herradores en el título XIX<sup>13</sup>, lo que supone la tutela de la salud de los animales. Se puede observar como en este momento se tutelan bienes jurídicos relativos a las profesiones médicas y «parasitarias». En la Novísima se separan por títulos los requisitos de examen para médicos, cirujanos, sangradores, parteras, boticarios y herradores<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Según López Terrada es curandero aquel que ejerce la medicina sin estar titulado (*Estudis: Revista de Historia Moderna*, núm. 20, 1994, p. 170).

<sup>10</sup> En este sentido se pronuncia DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión del Código penal y otras leyes penales. Decretos de 24 de enero y 28 de marzo de 1963*, Barcelona, 1964, p. 121.

<sup>11</sup> *Recopilación de las Leyes destes reynos, hecha por mandado de la Magestad Católica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor que se ha mandado imprimir, con las leyes que despues de la vltima impresion se han publicado, por la Magestad Católica del Rey don Felipe Quarto el Grande nuestro Señor*, Madrid, 1640, pp. 299 a 309.

<sup>12</sup> Libro III, título XVIII, Ley I (*Recopilación de las Leyes...*, cit., p. 311).

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Dentro del libro VIII, el título XI se dedica a los médicos, el título XII a los cirujanos y sangradores, el título X a las parteras, el título XIII a los boticarios y el título XIV a los herradores. (Los textos de estas Leyes se han consultado en la *Novísima Recopilación de las Leyes de España, en que se reforma la Recopilación publicada por el Señor Don Felipe II. en el año de 1567, reimpressa últimamente en el*

Esta línea de protección de la salud individual mediante el castigo de aquellos que realizan artes médicas se recoge también en el Código Penal de 1822, del que paso a ocuparme<sup>15</sup>.

## II. EL CÓDIGO PENAL DE 1822

Aunque se puede afirmar con Quintero Olivares que no existe continuidad entre este texto y las partidas y que tampoco podemos pensar en el mismo con los criterios actuales<sup>16</sup>, el cuerpo punitivo de 1822 responde a esa idea codificadora que se instaura en el siglo XIX. Se trata de recopilar, ordenar y según Torres Aguilar «clarificar el panorama normativo vigente» en el Antiguo régimen<sup>17</sup> que, como he dicho anteriormente, no abandona la idea de luchar contra los charlatanes y curanderos, sin dejar de lado el espíritu del Fuero Juzgo o las propias Partidas.

### 1. Estructura y posición sistemática

Sin entrar en el momento histórico en el que surge el código<sup>18</sup>, ni en la discusión sobre su efectiva aplicación o no<sup>19</sup>, me voy a centrar en la estructura que presenta el texto de 1822 y la posición sistemática que ocupa el artículo 365, precepto principal en relación con el castigo de charlatanes y curanderos, aunque no por ello el único de interés en este tema<sup>20</sup>.

---

de 1775: Y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones Reales, y otras providencias no recopiladas y expedidas hasta el de 1804, Madrid, 1850).

<sup>15</sup> Estas referencias sirven para situar el contexto histórico-normativo que, a decir de Torres Aguilar, pueden ayudar a comprender la génesis del nuevo texto (*Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, Sicania, 2008, pp. 1 a 18).

<sup>16</sup> QUINTERO OLIVARES, *Pequeña historia penal de España*, IUSTEL, 2017, p. 29.

<sup>17</sup> TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria...*, cit., p. 10.

<sup>18</sup> Vid. ÁLVAREZ MARTÍNEZ/VIZMANOS, *Comentarios al Código penal*, tomo I, Madrid, 1848, pp. XXXII ss., ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822» en *ADPCP*, 1965, pp. 263 ss., CUELLO CONTRERAS, «Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822», en *ADPCP*, 1977, pp. 83 ss., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, et al., *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias*, AKAL, 1988, pp. 9 ss., PACHECO, *Código Penal concordado y comentado*, vol. I., 4.ª ed., Madrid, 1848, pp. LIV ss., SAINZ CANTERO, J., «El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822» en *ADPCP*, 1967, pp. 509 ss., y TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria...*, cit., pp. 67 ss.

<sup>19</sup> Antón Oneca reconoce su efectiva aplicación, pero duda de que fuera duradera (*ADPCP*, p. 275), también, Alonso y Alonso (ALONSO Y ALONSO, «De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822» en *REP*, núm. 11, 1946, pp. 2 ss.) y Quintero Olivares (*Pequeña historia penal...*, cit., p. 30). La tesis contraria la defienden Álvarez García y Casabó Ruiz (respectivamente en «Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822» en *CPC*, núm. 5, 1978, pp. 228 ss., y «La aplicación del Código penal de 1822» en *ADPCP*, 1979, pp. 333 ss.).

<sup>20</sup> Cfr. también artículos 363, 364 y 374.

La estructura del Código de 1822 era distinta a las que posteriormente han sido habituales. La parte general se recogía en un título preliminar (con trece capítulos y ciento ochenta y seis artículos), donde se distinguía entre delitos y culpas y recogía las bases filosóficas que lo inspiraban. La parte especial se dividía en dos: una primera dedicada a los delitos contra la sociedad y la segunda que se ocupaba de los delitos contra los particulares.

En la primera parte es donde encontramos el artículo 363, encuadrado en el título VII dedicado a los delitos contra la salud pública<sup>21</sup>. El capítulo I está dedicado por entero a aquellos que «sin estar aprobados ejercen la medicina, cirugía, farmacia, arte obstetricia ó flebotomía»<sup>22</sup>. El primer precepto es el artículo 363, cuyo análisis procede realizar a continuación.

## 2. Análisis del artículo 363: el ejercicio de actividades sanitarias sin autorización

El precepto castiga a los que sin autorización ejercen las actividades sanitarias más importantes de la época. Esto es, a los que sin haber cubierto los trámites legales, actúan como verdaderos profesionales sanitarios o parasanitarios, en un tipo básico y otro agravado claramente delimitados, cuando establece:

«Artículo. 363. Cualquiera que sin legal aprobacion, conforme á los reglamentos respectivos, ejerciere la medicina, cirugía, farmacia, arte obstetricia ó la flebotomía, pagará una multa de veinte y cinco á doscientos duros, y sufrirá una reclusión de uno á seis meses, si por su impericia no se hubieren seguido males de consideracion á los pacientes á quienes asistió ó suministró remedios. Pero si se hubieren verificado estos males, acreditados en debida forma, la reclusión será de uno á seis años, ademas del pago de la multa, y sin perjuicio de la mayor pena que le correspondiere, si hubiere usado de título falso, con arreglo al título quinto de esta primera parte».

El tipo básico se refiere al ejercicio de los actos característicos de las profesiones incluidas (*asistió ó suministró remedios*), por quienes no están legalmente aprobados (*legal aprobación*) para ello. El legislador pretendía proteger el daño que se podía derivar de la impericia de aquellos que, sin estar capacitados, ejercieren artes como la medicina o la farmacia. Esta lesión se

<sup>21</sup> Que según Torres Aguilar no generó ninguna discusión. (*Génesis parlamentaria...*, cit., p. 232).

<sup>22</sup> La rúbrica completa es: «De los que, sin estar aprobados, ejercen la medicina, cirugía, farmacia, arte obstetricia ó flebotomía». El texto de los preceptos de los Códigos de 1822, 1870, 1928, 1932 y 1944 se han tomado de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *et al.*, *Códigos penales...*, cit.

castiga con pena de multa y reclusión de uno a seis meses si el resultado «no hubiese supuesto males de consideración». Esta presunción de la efectiva causación del mal, si es de consideración, llevará a la aplicación del tipo agravado. Esto, junto a la rúbrica del título, induce a pensar que lo protegido es la salud de aquellos que reciben los servicios.

El tipo agravado se perfecciona cuando de la ejecución del tipo básico los males eran de consideración, con la exigencia de haber quedado suficientemente demostrados. La pena en este caso es distinta, ya que mientras que la multa permanece inalterable, la prisión pasa a ser de uno a seis años. Pena no demasiado elevada si se compara con el ambiente punitivista de la época y que solo se comprende si se atiende al mayor valor que posee la tutela de los intereses del Estado frente a los colectivos, lo que justifica la posibilidad de castigar en concurso la falsedad en su caso.

### 3. El artículo 365: curanderos y charlatanes

Como ya he dicho, el artículo 363 no era el único que regulaba la intrusión en profesiones sanitarias. Dentro del mismo capítulo, el artículo 365 contempla el castigo de aquellos que sin ser o presentarse como especialistas titulados ejercen el charlatanismo y la sanación por medios alejados de lo ortodoxo, en la línea histórica de represión de estas actividades. El precepto dice:

«Artículo. 365. En conformidad de la disposición del artículo 363, y con sujeción á las penas establecidas en él, por ningún motivo ni bajo pretexto ó denominacion alguna se permitirán curanderos ó charlatanes, ya sea en la ocupación de asistir á enfermos, ó ya en la de dar ó vender remedios simples o compuestos de ninguna especie. Cualquiera persona que sin autorizacion competente venda ó suministre remedios simples ó compuestos de cualquiera especie, aunque se titulen preservativos ó de cualquier otra manera, será tambien castigado con arreglo al artículo 363».

El legislador, siguiendo su técnica detallista, crea una norma de recogida que relaciona directamente con el artículo 363. Las razones de una regulación independiente de una conducta aparentemente igual a la ya prevista son diversas.

En primer lugar, creo que se continua con una tradición punitiva que tiene que ver con la distinción entre los que «ejercen» como profesionales, de los que se «presentan» como practicantes de la actividad curativa a través de métodos tradicionales y alternativos, por su gran abundancia en la época y para prevenir la credulidad de un pueblo poco instruido y con pocos recursos económicos, lo que se puede deducir también de la no inclusión del término «ejer-

cer», que parece que en el artículo 363 se reserva para los que aparentan ser profesionales por los métodos y técnicas empleados.

En segundo lugar, y desde un punto de vista normativo, se produce una ampliación de la conducta típica cuando el precepto dice «asistir», «dar» o «vender», sin vincularlo al ejercicio. Se incluye, por tanto, como nueva modalidad la venta de remedios «simples o compuestos». La importancia de esta división radica en que este precepto no afecta a los boticarios, pues estos lo que tienen prohibido es la venta de productos compuestos en el artículo 373, pero sí están autorizados a vender los productos simples. En todo caso, hay una remisión completa a la pena prevista en el artículo 363, aplicando una u otra dependiendo de la gravedad del resultado lesivo que se produzca, lo que vuelve a configurar el tipo como un delito cualificado por el resultado de lesión producido y, por lo tanto, a tomar en consideración como objeto de tutela la salud de aquellos que reciben los servicios de los embaucadores.

Sin embargo, este argumento no es lo suficientemente consistente para mantener la regulación autónoma que contiene el artículo 365. Al margen de las consideraciones realizadas con carácter general al inicio de este trabajo, en relación con la dificultad de comparar este texto con la idea actual de un código, y por ende, con la dificultad de aplicar criterios interpretativos actuales, considero que la razón de esta regulación específica estriba en la pretensión del legislador de no querer equiparar la conducta de aquellos que de por sí se denominan «charlatanes» o «curanderos» con la de los que, realizando actos de profesión reconocida, merezcan una mayor confianza por quienes los que se someten a sus recomendaciones. Y esta conclusión, además de por las razones apuntadas anteriormente, se puede apoyar también en la constatación de que, a diferencia de lo que sucede en el artículo 363, en el que es objeto de análisis no se incluye la posibilidad de una penalidad añadida por el uso de título falso<sup>23</sup>.

En tercer lugar, en el siguiente inciso del mismo precepto parece existir una reiteración de la conducta, y no solo en relación con el inciso anterior, sino también con respecto a la regulación existente en el artículo 374, encuadrado en el mismo título, pero esta vez en el capítulo II.

No obstante, la reiteración mencionada entre los dos supuestos del artículo 365 responde de nuevo a la técnica excesivamente casuística empleada a lo largo de todo el Código. El legislador, en su afán de no dejar nada a la

---

<sup>23</sup> Una argumentación en contra podría ser la de que si esta era la pretensión del legislador, no estaría justificada una equivalencia de penas. Pero, precisamente es aquí, en la posibilidad del concurso, donde esa razón pierde fuerza.

interpretación, recalca que, en caso de que la entrega o venta no se realice por «charlatanes» o «curanderos» o por personas que actúen como farmacéuticos, también deben ser castigados conforme al artículo 363. Lo que produce un concurso irresoluble entre estos dos preceptos, como explico después.

#### 4. Análisis del artículo 374. Los boticarios

El artículo 374 se incardina en el capítulo III del título IV bajo la rúbrica «De los que venden géneros medicinales sin ser boticarios»<sup>24</sup>. Es un precepto que plantea cuestiones de cierta complejidad. Castiga a todo aquel que sin estar examinado y aprobado vendiere o suministrare vegetales medicinales que pudieran ser nocivos para la salud. Dispone:

«Artículo. 374. Ninguna persona sin estar examinada y autorizada con arreglo á la ley podrá vender, distribuir ni suministrar vegetales medicinales, secos ni frescos, que puedan ser nocivos á la salud, bajo la pena del artículo precedente»<sup>25</sup>.

Si comparamos esta redacción con la del artículo 363 vemos que los requisitos vuelven a ser los mismos: realizar una conducta de venta, entrega o distribución de medicamentos por persona que no posee la correspondiente autorización o aprobación, como si la tuviera (aunque aquí no se hace referencia al título falso).

Sin embargo, y aunque la conducta se asemeja más a la prevista en el artículo 363, los verbos típicos emparentan mejor con los descritos en el artículo 365 para los charlatanes y curanderos. La existencia del precepto analizado podría justificarse, aunque con matices<sup>26</sup>, con las mismas razones que exponíamos para el supuesto de los charlatanes, de no existir la regulación del segundo inciso del artículo 365. Si en él se castiga a cualquiera que sin autorización competente venda o suministre remedios simples o compuestos, se presenta un concurso aparente de normas entre las

---

<sup>24</sup> En este capítulo se recogen también los artículos 373 y 375 que describen las conductas de los que sin ser boticarios están autorizados para la venta de sustancias medicinales. Estas nada tienen que ver con el delito que nos ocupa.

<sup>25</sup> El artículo 373 es el precepto anterior: «artículo 373. Ningún droguero, especiero ni comerciante podrá vender, distribuir ni suministrar de cualquier otra manera géneros medicinales que no sean simples, enteros y por mayor de cuarteron arriba, so pena de una multa de diez á cien duros».

<sup>26</sup> En relación con el primer inciso del artículo 365 alegaba, entre otros, el argumento de la mayor confianza que podía depositarse en una persona a la que se supusiera con título, aunque este no viniera exigido por el tipo. Este no lo puedo esgrimir aquí, ya que el segundo inciso del 365 se refiere a cualquier persona sin distinción, del mismo modo que hacen los artículos 363 y el 374.



conductas de venta y suministro, no así con respecto a la de distribución, que es única en el artículo 374.

Si se comparan ambos preceptos se observa que la diferencia parece estar en la cualidad del producto. En el primer supuesto (art. 365) se habla de cualquier tipo de remedio; en el segundo, (art. 374) lo que queda penado es la venta, distribución o suministro de vegetales medicinales que puedan ser nocivos para la salud. Sin embargo, el dato que permitirá resolver el conflicto con las conductas de venta y suministro será el del resultado producido. Si este consiste en la efectiva lesión del interés tutelado, se aplicará el segundo supuesto del artículo 365 de acuerdo con lo que determine el artículo 363 (según la gravedad del daño). Por el contrario, si la conducta supone una puesta en peligro del bien jurídico, el precepto aplicable sería el artículo 374 ya que se configura como un delito de peligro cuando dice «que puedan ser nocivos para la salud».

No obstante, quedaría por solucionar el conflicto existente entre el artículo 363 y el segundo inciso del artículo 365 con las conductas de suministro. Aquí se detecta una coincidencia absoluta. En ambos, el sujeto activo puede ser cualquiera. Por lo demás, en el primer caso, debe carecer de la aprobación legal para ejercer la farmacia; en el segundo, de la autorización competente. Y, de acuerdo con la rúbrica del capítulo II donde se hallan ubicados, hay que entender que la legal aprobación y la autorización son expresiones equivalentes.

En este supuesto no es posible acudir ni a la diferencia del resultado exigido ni a la penalidad, por ser el artículo 365 un precepto incompleto que se remite, precisamente, al artículo 363. Parece, pues, que se produce un problema aparentemente insalvable. Nuestro primer codificador, quizá por la celeridad con la que realizó el trabajo<sup>27</sup> quizá por la falta de técnica en este primer cuerpo punitivo codificado, incurrió en la doble incriminación de una conducta que no tiene más transcendencia que la puramente teórica al ser, en la práctica, idéntica su punición.

## 5. El artículo 364. La necesidad de inscripción en el ayuntamiento

Pese a que el texto de 1822 no distinguía entre infracciones graves y leves, podemos encontrar entre sus preceptos un indicio de lo que, en su día,

---

<sup>27</sup> Cfr. ALVAREZ MARTÍNEZ/ VIZMANOS: *Comentarios...*, cit., p. XXXVII.

constituyeron las faltas de los artículos 572 y 576<sup>28</sup> (división desaparecida, como es sabido, tras la reforma del Código Penal de 2015). El artículo 364 establecía:

«Artículo 364. Los que obtuvieren la aprobación espresada en el artículo anterior deberán hacerla constar en el ayuntamiento del pueblo de su domicilio ó residencia so pena de una multa de ocho á veinte duros. Por el mero hecho de hacer constar dicha aprobacion en el ayuntamiento, quedan obligados los que pretendieren hacer uso de ella á dar parte inmediatamente al alcalde del pueblo de toda persona muerta violentamente ó herida, á cuyo reconocimiento ó curación asistiesen, y de cualquiera otra en quien ejerciendo su facultad advirtieren señales de envenenamiento, ó de otra violencia material, cometida contra la misma persona, con espresion individual de su nombre, señas, calidad y habitacion, y de la causa ó circunstancias de la muerte, herida, envenenamiento ó violencia. La misma obligación tendrán relativamente á dar noticia al alcalde de todo parto á que asistieren, en que naciere muerto algun niño, manifestando igualmente la causa de la muerte; pero cuando el niño nazca muerto naturalmente, no deberán descubrir el nombre de la parida, cuyo honor pueda padecer. El defecto del cumplimiento de estas obligaciones se castigará con un arresto de ocho dias á dos meses, y una multa de seis á treinta duros».

Se establece, pues, la obligación de comunicar la condición de la profesión que se ejerce, a fin de que la autoridad pueda conocer quiénes están capacitados en el Municipio para ejercer; y poder comprobar a través de ello que llevan a cabo las tareas de comunicar todo aquello que pueda provocar una alteración en la vida del Municipio (muertes violentas, lesiones, abortos, etc.) y que pueda ser constitutivo de delito.

De este modo, se puede decir que el inciso primero del artículo 364 del Código de 1822 recuerda la regulación de la falta del artículo 572 vigente tras la reforma del año 1989. El fin perseguido es similar: tener control de las personas tituladas en profesiones con transcendía social y con ello, además, dotar de una especie de sistema de denuncia de hechos violentos que pudieran ser constitutivos de delito, para que pudieran ser perseguidos, en su caso.

---

<sup>28</sup> El artículo 572 del Código Penal tras la reforma de 1989 castigaba con multa de 10.000 a 100.000 pesetas al titulado o habilitado que ejercite su profesión sin hallarse inscrito en el respectivo colegio, corporación o asociación oficial, siempre que fuera exigido reglamentariamente dicho requisito, mientras que el artículo 576 castigaba a los facultativos que apreciando señales de envenenamiento o de otro delito en una persona o un cadáver, no dieran parte a las autoridades.

### III. LA VUELTA A LA LEGISLACIÓN MEDIEVAL: REAL CÉDULA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1828 Y TEXTOS POSTERIORES

Siendo cierto que este trabajo tiene por objeto el análisis de las conductas de charlatanismo y sanación en el Código de 1822, no me resisto a hacer alguna referencia a lo que ocurrió en el período que medió entre la derogación del Código de 1822 y la promulgación del de 1848, cuando estuvieron vigentes como consecuencia del absolutismo de Fernando VII la Novísima Recopilación, los Fueros y las Partidas. En este momento, Castro y Orozco y Ortiz de Zúñiga hablan de la vigencia de una Real Cédula de 10 de diciembre de 1828 que era Ley penal regia para los intrusos en las facultades de medicina y cirugía<sup>29</sup>.

Dicha norma, dedicada a regular el «régimen y gobierno de los Colegios de Medicina y Cirugía, y de los Profesores que ejerzan estas facultades»<sup>30</sup>, nace con fin de crear la especialidad de médicos-cirujanos y reagrupar algunas de las diferentes especialidades médicas que existieron a lo largo de los siglos XVIII y XIX.

En la exposición que introduce el reglamento se dice que este se ha dictado por el convencimiento del rey:

«De las grandes ventajas que se seguirán á mis vasallos, cuya felicidad procuro por todos los medios, de que un mismo sugeto desempeñe por sí solo la Medicina y Cirugía, sin cuyos estudios reunidos no pueden formarse perfectos Profesores, respecto de que la ciencia de curar es única en su objeto, idéntica en su estudio, inseparable en la práctica, nacida en la misma época, y dividida únicamente por razones de conveniencia particular, la sola capaz, juntamente con la ambicion, de mantenerla separada»<sup>31</sup>.

El capítulo XXIX, recogía una prohibición de ejercer estas profesiones sin el título expedido por la Real Junta Superior Gubernativa de Medicina y Cirujía, permitiendo el párrafo segundo el ejercicio con los antiguos títulos a aquellos que los hubieran obtenido con anterioridad a la disposición analizada<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> CASTRO Y OROZCO Y ORTIZ DE ZÚÑIGA, *El Código penal explicado*, tomo II, Granada, 1848, pp. 159 y 160.

<sup>30</sup> DE NIEVA, *Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII, y Reales órdenes, resoluciones y reglamentos generales*, tomo decimotercio. Madrid, 1829, p. 392.

<sup>31</sup> DE NIEVA, *Decretos del Rey...*, *cit.*, p. 392.

<sup>32</sup> Creada por la misma Real Cédula en el párrafo 1.º del capítulo primero. DE NIEVA, *Decreto del Rey...*, *cit.*, pp. 393 y 394.

En el número 3.º es donde encontramos la sanción penal. Así se establece:

«3.º A los sugetos que ejercieren sin el competente título de Médico-Cirujanos, Médicos, Cirujano-Sangradores ó Parteras, se les exigirán las multas, é impondrán las penas que se prescriben en las leyes del Reino y en varios decretos Reales, y en particular en el de doce de Mayo de mil setecientos noventa y siete expedido contra los intrusos en el ejercicio de la Cirugía. Y conforme á lo dispuesto en él MANDO: que los trasgresores en esta parte sufran por la primera vez la multa de cincuenta ducados; doble por la segunda con destierro del pueblo de su residencia, de Madrid y Sitios Reales diez leguas en contorno; y que por la tercera paguen la multa de doscientos ducados, destinándolos á uno de los presidios de Africa, ó de America: bastando para la imposición de estas penas que las Justicias sean sabedoras de semejantes excesos, ya de oficio, ya á requerimiento de parte, sin sujetar la prueba á forma de juicio, por ser comunmente las referidas infracciones de notoriedad pública. Las mugeres que ejercieren el Arte de Partear sin título, solo estarán sujetas á las referidas penas pecuniarias»<sup>33</sup>.

Tanto las sanciones establecidas como el procedimiento para aplicarlas («sin sujetar la prueba á forma de juicio»), reflejan el ambiente político del momento y la vuelta a la inseguridad propia de la legislación medieval que, por un breve lapso de tiempo, parecía haber sido relegada. El recuerdo del castigo a curanderos y charlatanes se contiene en el párrafo 8.º del mismo capítulo, donde se establece:

«8.º Para precaver los repetidos daños y perjuicios que ocasionan á la salud pública muchos curanderos y charlatanes, que con trasgresión de las leyes usan diversos remedios bajo el colorido de específicos y secretos con que alucinan al vulgo con grave detrimento de aquella»<sup>34</sup>.

La distinción se sigue manteniendo entre los que se fingen médicos y los que realizan actos de charlatanería y vuelve a estar en la idea de mayor o menor confianza que puede tener el afectado por tal actividad. Para la aplicación de esta normativa se dictaron una serie de disposiciones que regulaban la competencia para imponer las sanciones correspondientes<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> DE NIEVA, *Decretos del Rey...*, cit., p. 489.

<sup>34</sup> Resulta cuanto menos curioso que, después de reiterar la intención de proteger los daños que se pueden derivar para la salud (en el párrafo quinto entre otros se decía: «... á fin de cortar de raíz los continuos males que acarrea la tolerancia de los curanderos é intrusos en el ejercicio de la Ciencia de curar») imponiendo a curanderos y charlatanes las mismas penas que a los que ejercían actos médicos, se establezca la posibilidad de dar un premio a aquellos que de la realización de una conducta intrusa obtuviera un medicamento de utilidad. (DE NIEVA, *Decretos del Rey...*, cit., pp. 490 y 491).

<sup>35</sup> Reales Órdenes de 23 de noviembre de 1845, 17 de febrero de 1846 y 7 de enero de 1847. La primera no figura en el tomo correspondiente de la *Colección de Decretos*, sin embargo el texto viene citado en CASTRO Y OROZCO y ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código penal explicado...*, cit., p. 160. Las otras dos se recogen en la *Colección legislativa de España (continuación de la colección de decretos)*, tomos XXXVI y XL, Madrid 1848 y 1849, respectivamente.

#### IV. CONCLUSIONES

Tras lo expuesto, se puede afirmar que en el CP de 1822 no se plantea ningún problema en orden a determinar el interés del legislador de proteger a los ciudadanos frente a actuaciones imperitas en el ámbito de la salud, bien por carecer de autorización para su ejercicio, bien por utilizar métodos y técnicas al margen de la medicina académica.

Tanto la casuística como la sistemática del texto estudiado no deja lugar a dudas. El interés tutelado es el que se recoge en la rúbrica del título IV, la salud pública, y las profesiones son aquellas destinadas a este fin: todas las que se ocupen de ayudar a la salud, recogidas de un modo expreso en el artículo 363 y tácitamente en los preceptos dedicados en exclusiva a la regulación del peligro que se pudiera derivar de las acciones de los que sin ser boticarios ejercieren como tales (arts. 365 inciso 2.º y 374).

También parece evidente que el interés en perseguir a los que utilizan métodos alternativos a la medicina oficial no decayó con la reaparición de la legislación del antiguo régimen, y que su castigo no era debido, precisamente, a razones religiosas, sino a evitar la confusión entre divinidad y ciencia, entre fantasía y realidad, pensamiento casi uniforme hasta el siglo XIX, y que se puede ver reflejado en la literatura desde la Grecia clásica. En la actualidad, el legislador no persigue específicamente a los curanderos y adivinadores, más allá de lo que permitan los tipos de estafa, muestra de que el pensamiento mágico se tiene por olvidado, o no.

# INMORALIDADES Y VICIOS DEL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL CÓDIGO DE 1822: LOS ARTÍCULOS 492 A 495 CP<sup>1</sup>

MARGARITA BONET ESTEVA  
Profesora titular del Derecho Penal  
Universitat Autònoma de Barcelona

## I. INTRODUCCIÓN

En términos contemporáneos podríamos afirmar que la corrupción depende del desarrollo institucional y de la impunidad de esta. El desarrollo institucional, a su vez, puede vincularse al modelo de administración pública. Y a esta sigue un sistema extractivo o inclusivo; uno que depende de una élite y su misión es obtener riquezas para esa élite o bien, si se pretende redistribuir esta riqueza<sup>2</sup>.

Señalar los puntos de ruptura que la codificación llegó a suponer e identificar el proceso de transformación en lo que fueron los primeros delitos desde una perspectiva moderna es imprescindible para tomar decisiones sobre hacia dónde vamos y para dar la relevancia debida a un código y un articulado de tan efímera vigencia<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Han contribuido como incansables asistentes de investigación y documentalistas Charlotte Peschko y Clàudia Fleta, excelentes aprendices de jurista, sin las cuales no hubiera podido escribir esta aportación. A ellas mi afectuoso reconocimiento.

<sup>2</sup> BOSCH GRAU, *La patria en la cartera*, ed. 2.<sup>a</sup>, Ariel, Barcelona 2022, pp. 12 ss.

<sup>3</sup> Sobre la entrada en vigor y su efímera vigencia destacan los artículos monográficos ANTÓN ONECA, «Historia del Código penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Volumen 18, BENITO FRAILE, «Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Pe-

## II. EL CÓDIGO PENAL DE 1822 COMO INSTRUMENTO DE MODERNIZACIÓN INSTITUCIONAL

Los delitos cometidos por funcionarios que se ubicaron en el título VI del CP 1822 son un claro reflejo de que el legislador liberal del código penal en esta materia tiene una finalidad concreta, más allá de la de racionalizar el sistema legal y judicial en general<sup>4</sup>. El código penal cerraría un sistema, que acabase con la arbitrariedad, que sujetase a los funcionarios a los principios constitucionales de la misma manera que los ligaba con anterioridad al monarca, por una parte, y consolidase un régimen jurídico que garantice el cumplimiento de su función, por otra<sup>5</sup>. Para ello se elabora un catálogo de las características morales, y de estilo de vida de jueces y funcionarios yendo mucho más allá de aquellas centrales de la mala gestión de lo público<sup>6</sup>.

Esta es justamente la clave del cambio que afecta a los funcionarios; dejan de servir al monarca absoluto y responder ante él para estar al servicio del pueblo y responder ante las nuevas instituciones que lo representan.<sup>7</sup> El llamado derecho tradicional español recogido, en las postrimerías del siglo XVIII, por la Novísima Recopilación contenía las conductas impropias de empleados públicos como infracciones próximas a los delitos de Lesa Majestad<sup>8</sup>.

Uno de los mayores retos de los gobiernos liberales será conseguir vincular el ejercicio de los cargos públicos a la Constitución española de 1812, en concreto a los fines establecidos en el artículo 13, estableciendo la obligación de juramento en su artículo 374. En consecuencia, de una parte, los cargos públicos no deben tener prerrogativas y, además, deben servir al bien común. Pueden identificarse dos frentes de actuación; regular las conductas de jueces y empleados públi-

---

nal de 1822», BERMEJO CABRERO, «Sobre la entrada en vigor del Código Penal de 1822» *Anuario de Historia del Derecho Español*. Issue 66 (1996) FORO. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 8 (2008), CASABO RUIZ, «La aplicación del Código penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 32, 1979, LÓPEZ REY, «El Código penal de 1822», publicación, vigencia y aplicación, *ADPCP*, 2018, pp 347 ss.

<sup>4</sup> TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, SICANIA University Press, Università degli studi di Messina, 2008, p. 10.

<sup>5</sup> BAHAMONDE/ MARTÍNEZ, *Historia de España. Siglo XIX*. Ediciones Cátedra, Madrid 1994, p. 131, TORRES AGUILAR, *Génesis...*, pp. 64 ss.

<sup>6</sup> GIL NOVALES, *El trienio liberal*, Siglo XXI editorial, Madrid 1980, pp. 62 ss., MOLINER PRADA, «En torno al Trienio Constitucional (1820-1823)», *Rúbrica contemporánea*, vol. 1, núm. 1, 2012, pp. 10 ss.

<sup>7</sup> MASFERRER DOMINGO, *Tradición y reformismo en la codificación española*, publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 2002, p. 192.

<sup>8</sup> DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 159, en referencia a conductas delictivas de los funcionarios públicos en los libros III, IV y V de la Novísima Recopilación. Defendía su proximidad que no identidad.

cos y fijar un procedimiento de responsabilidad y, muy importante, evitar que estos sujetos torpedeen el nuevo estado desde dentro mediante los variopintos delitos contra la constitución. Sin embargo, la efímera, dudosa y dispar aplicación del código no conseguiría ser el cierre de un sistema penal no solo ordenado sino sistematizado y adherido a unos iniciáticos principios del estado moderno<sup>9</sup>. El legislador liberal se encuentra con un amplio cuerpo de cargos públicos, gran parte de estos ligados a los estamentos privilegiados de la sociedad, acostumbrados a una actuación arbitraria, a que el cargo sea un medio de enriquecimiento, en resumen, a detentar una gran parte del poder institucional en España<sup>10</sup>. Por eso, la burocracia, la caótica estructura institucional que debía dirigir el liberalismo en España estaba en manos de funcionarios de los más diversos tipos, alineándose la mayoría con el Antiguo régimen, con el Absolutismo y la Iglesia<sup>11</sup>.

### III. DE CÓMO SE GENERA LA BUROCRACIA Y SUS PRÁCTICAS

De Toledo y Ubieto nos recordaba que «[...] tampoco se puede hablar de un repentino surgir de una poderosa organización funcionarial, sino de una paulatina configuración y crecimiento de esta; [...]»<sup>12</sup>. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que lo que se denomina reformismo borbónico, es más bien una reorganización institucional señalando que ya servía al mantenimiento de la estructura social y el continuismo<sup>13</sup>. Podría considerarse, pues, que pretendía reorganizar la estructura institucional española con diferentes niveles de centralización territorial construida a través de los Decretos de Nueva planta y llevada a cabo por Felipe V en la que se transita de los consejos a las secretarías del rey<sup>14</sup>. Una de sus claves fue el Real Decreto

<sup>9</sup> BARRACHINA JUAN, *La función pública. Su ordenamiento jurídico*, Parte General, PPU, Barcelona, 1991, p. 89.

<sup>10</sup> FUENTES, «La formación de la clase política del liberalismo español. Análisis de los cargos públicos del Trienio Liberal», *Historia Constitucional* 3, 2002, pp 21 a 23.

<sup>11</sup> GIL NOVALES; *El trienio...*, p. 61.

<sup>12</sup> DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación...*, p. 158.

<sup>13</sup> DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación...*, p. 160 basándose en TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*. Tecnos, Madrid, 1992, p. 111.

<sup>14</sup> También es de sumo interés una segunda fase, de nivel local o municipal, llevada a cabo principalmente por Carlos III con el objetivo de mejorar la recaudación y la gestión de la economía productiva. Mediante instrucción real recogida en el auto del consejo de 5 de mayo de 1766 el cuerpo electivo de Diputados y Personeros del común quiso crear un estamento de funcionariado local más cercano al pueblo y que además cercenara el dominio de las oligarquías locales tanto en la recaudación como en la fijación de precios RODRÍGUEZ ROMERO, «Elecciones de Diputados y Síndicos Personeros. Elecciones en Marbella en el Sexenio Absolutista (1814-1819). Un atisbo de libertad en medio del tiempo», *Ciliana*, núm. 20/1, 2007-2008, p. 72.



de 18 de enero de 1721 por el que se reconocía el derecho al cargo público y la inamovilidad de los funcionarios que perseguía desligar a los oficiales de las Secretarías y que la permanencia de estos en el cargo no dependiera de una decisión arbitraria del correspondiente secretario del rey<sup>15</sup>. El mismo autor apunta que era difícil acreditar la «insuficiencia o demérito del sujeto» porque, como se mencionó, no había un corpus legal de referencia unívoco por lo que se convirtió en costumbre añadir a la documentación de nombramiento del cargo y a los contratos de servicios un listado de situaciones de demérito. Por ello, para juzgar la arbitrariedad con la existencia de justa causa se empleaba el *arbitrium boni viri* que, según Nieto no hacía más que poner de relieve la necesidad de listar cuales eran las justas causas. De tal manera que en esas cláusulas anexas se estaban tipificando las infracciones específicas del ejercicio del cargo. El mismo Nieto califica esta técnica casuística de «eficaz pero evidentemente rudimentaria» y acabaría dando lugar a un protoderecho disciplinario en el que se distinguía aquellas causas justas más desarrolladas y relacionadas con la infracción de deberes relacionados con el cargo y el contenido del nombramiento (*delicta nominata*) junto a otras conductas más difusas e imprecisas que podrían entenderse como excesos en el ejercicio del cargo y que llevó a los *delicta innominata*<sup>16</sup>. Sin embargo, debe estar alerta porque aunque la nomenclatura y la tipificación de estas cláusulas conduzcan a nuestra mente contemporánea a establecer un vínculo entre el nacimiento de las sanciones disciplinarias para los empleados públicos de diferentes clases y el derecho penal moderno, todo este entramado se origina en relaciones contractuales mucho más cercanas a los principios del Derecho Civil, puesto que sus consecuencias más que penas en sentido estricto son «medios para mantener el orden y la disciplina dentro de las relaciones de servicio y para asegurar los deberes oficiales»<sup>17</sup>. Se entra en el siglo XIX sin una normativa unificada, estructurada y concreta en la que subsisten normas de origen romano, feudal y canónico en el cuerpo de la Nueva Compilación que conviven con listados concretos *ad hoc* de infracciones y una desigual aplicación territorial<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, *Los delitos...*, p. 84.

<sup>16</sup> NIETO GARCÍA, «Problemas capitales del Derecho disciplinario», *RAP*, núm. 63, 1970, p. 50.

<sup>17</sup> NIETO GARCÍA, «Problemas...», p. 60.

<sup>18</sup> Existe documentación y literatura sobre los diferentes trabajos de sistematización y modernización del derecho durante el siglo XIX, también son conocidas las diferentes interpretaciones sobre si se pretendía solo una sistematización y puesta al día recopilatoria de las leyes ya vigentes o la finalidad, en cuanto a las leyes criminales, era ir más allá recogiendo los principios ilustrados y construyendo un primer código penal en el sentido moderno, TORRES AGUILAR, *Génesis...*, pp. 43 ss.

#### IV. EL DECRETO DE 24 DE MARZO DE 1813 DE «REGLAS PARA QUE SE HAGA EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS»

La imperiosa necesidad y urgencia por tener un instrumento formal para estructurar las bases la Administración pública de la que debería de ser la nueva sociedad da como fruto el Decreto del título que cumplirá una función sistematizadora<sup>19</sup> y convertirá esas infracciones contractuales en delitos en el Código de 1822<sup>20</sup>.

Los empleados públicos constituidos por jueces, cargos políticos y otros funcionarios debían desligarse del servicio al rey y adherirse a la constitución como se pretendía del mismo rey. Los avatares políticos no permitieron las conductas de traición o deslealtad con la monarquía constitucional de cualquiera, con especial mención a empleados públicos, y no se desarrollarán hasta el Decreto VI de 17 de abril de 1821<sup>21</sup>.

Volviendo al Decreto de 1813, esta norma recoge tanto los *delicta nominata* como los *delicta innominata*, además de atentados contra la moral que se movían entre lo eclesiástico o canónico y la jurisdicción civil. De ahí, que en el contenido de las infracciones se vaya desde la prevaricación hasta las solicitudes sexuales, las incontinencias y otras inmoralidades. El decreto sirvió de base para la posterior estructura del título VII y tipificó lo que podría analizarse como una primera versión de los delitos de funcionarios aunque con diferencias de matiz entre las inmoralidades de jueces y las de los otros funcionarios. Uno de los aspectos donde se muestran las carencias de formación del legislador y la premura por dar respuesta a lo que se entendía como un problema grave es el complicado sistema de quejas e instancias para entender de las infracciones que encontramos en la parte final de la norma<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> VÁZQUEZ-PORTOMENE SEJAS, *Los delitos...*, p. 88.

<sup>20</sup> ROJAS BENÍTEZ, *La tutela penal de la función pública desde el actual delito de malversación*, Ratio Legis, Salamanca, 2009, p. 22, remitiéndose a la inédita tesis de CASABÓ RUIZ, *El código penal de 1822*, Valencia 1968 (ejemplar mecanografiado consultable en los archivos de la Universitat de València).

<sup>21</sup> «era necesario exigir en los empleos públicos, tanto civiles como eclesiásticos, no solo aptitud para desempeñar sus cargos respectivos, sino pruebas positivas de su adhesión al sistema constitucional, no solo en aquella legislatura [1821], sino en las anteriores de 1811, 1812, y 1813.» MOLINER, «En torno...», pp 10, en referencia a la intervención en Cortes del diputado radical Juan Romero Alpuente, que puede encontrarse en ROMERO ALPUENTE, J, (Gil Novales, editor) Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 1.ª ed., pp 371-72.

<sup>22</sup> LORENTE SARIÑENA; *Las infracciones a la constitución de 1812*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 66.

## V. EL ARTICULADO DEL CÓDIGO PENAL DE 1822 (ARTS. 492 A 495)

En estos preceptos se regulan lo que podríamos llamar conductas relacionadas con los vicios de los jueces y empleados públicos; tanto del ejercicio de su cargo como privados en el sentido de estilo de vida y con abuso de su posición. En cuanto a los sujetos se tienen en cuenta cuatro tipos de servidores públicos; el juez de Derecho o alcalde (art. 492.1), el juez de hecho (art. 492.2), los alcaides, guardas o encargados de cárceles, casas de reclusión u «otros sitios» (art. 493) y cualquier otro funcionario (art. 494). Esta diferenciación en los cargos es de extrema importancia pues, en función de la relevancia del cargo una misma infracción tiene mayor reproche y, por lo tanto, una diferencia en cuanto a la pena sustancial. Así ocurre en los delitos de seducción o solicitud sexual (art. 492) en el que si la conducta la realiza un juez de derecho o alcalde (téngase en cuenta que los alcaldes tenían facultades para juzgar) los autores perderán «su empleo ó cargo, y quedará inhabilitado perpetuamente para volver á ejercer la judicatura [...] si la misma conducta la realizare un juez de hecho «sufrirá además de la inhabilitación un arresto de dos meses á un año». Es más, si esa seducción o solicitud sexual la llevare a cabo el alcaide, guarda o encargado de la cárcel, casa de reclusión «ú otro sitio» la pena consistiría en «ser privado de su cargo, y no podrá obtener otro alguno público en el espacio de cuatro á diez años y si lo mismo lo hiciere «cualquier otro funcionario público que abuse de sus funciones para seducir ó solicitar» la pena se concretará en la pérdida del empleo o cargo y reprensión. También debe tenerse en cuenta que esto se prevenía «sin perjuicio de cualquiera otra pena que como particular merezca por su delito» es decir, el castigo por separado de la materialización de esa seducción o solicitud en otro delito como, por ejemplo, alguno de los contenidos en el capítulo IV (de los raptos, fuerzas y violencias contra las personas; y de la violación de los enterramientos). Es imprescindible tener en mente que en este momento aún no se habían formado delitos que tuvieran como centro el sexo o lo que, denominamos, libertad sexual. La relevancia de las conductas sexuales no tenía entidad por ellas mismas sino, como se tratará, en tanto supongan una alteración a la moral y el orden público.

A pesar del ingente material elaborado para la discusión parlamentaria de este código, son pocas y hasta contradictorias las menciones que se encuentran en los Diarios de sesiones de las Cortes sobre este articulado<sup>23</sup>. Así, por ejem-

---

<sup>23</sup> El proceso de debate para la elaboración del Código está minuciosamente tratado en TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria...* pp. 127 ss.

plo, desde la fiscalía de la Audiencia de Mallorca estimaron excesivas las penas del artículo 492<sup>24</sup> mientras, el sentido era el contrario en las aportaciones del Ateneo Español<sup>25</sup>. A estas penas de pérdida de empleo o cargo público, inhabilitaciones perpetuas de diferente tipo, reprensión y arresto que hemos comparado en los artículos 492 a 495 *ab initio* referidos a una misma conducta seductora o solicitadora de mujer dentro del ejercicio de los respectivos cargos deberemos añadir, inhabilitaciones temporales, enmienda, suspensión de empleo o cargo u hasta reclusión en aquellas modalidades de conductas inapropiadas en las que se involucra violencia<sup>26</sup>.

En cuanto a las conductas delictivas escogidas, relacionadas con conductas sexuales públicas y escandalosas pueden distinguirse tres tipos. Las dos primeras dependen del ejercicio del cargo y la tercera del modo de vida; la seducción y solicitud de «mujer que litigue, ó esté acusada ó procesada ante él, o citada como testigo» (art. 492 *ab initio*) «que se halle presa bajo su autoridad» (art. 492 segundo inciso) ambos con respecto a jueces de derecho o alcaldes «cuya causa conozca» (art. 492 *in fine*) con respecto al juez de hecho, «que tenga presa bajo su custodia» en el caso de alcaides, guardas o encargados (art. 493) y en el caso de cualquier otro funcionario «que tenga algún negocio ante él por razón de su empleo o cargo» (art. 494). A las anteriores, más o menos claras, se les añade una de amplio espectro y contenido difuso que es la «incontinencia pública y escandalosa» referida al ámbito íntimo de la vida sexual. Así pues, esta primera conducta sexual del ámbito privado pero ejercida con escándalo del artículo 495 CP 1822 abre el abanico al segundo grupo de actividades privadas que conocidas públicamente o ejercidas con escándalo violan no solo esa discreción a la que se refiere Masferrer sino también la modestia, pues se centran en modos de vida disolutos o en la relajación de costumbres<sup>27</sup>. El artículo 495 complementa estas desviaciones de la moral pública con otros comportamientos de la vida privada de las personas: la embriaguez repetida, el juego prohibido, la dilapidación económica o prodigalidad o, y esta es especialmente indeterminada, «tener con

<sup>24</sup> *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, Legislatura 1821-1822, extraordinaria, enero 1822, pp 1955-1956.

<sup>25</sup> *Observaciones del Ateneo Español sobre el Proyecto de Código penal, Presentado á las Cortes por la comisión especial del año de las mismas*, Madrid, Imprenta de Albán y Compañía, 1821. p. 80.

<sup>26</sup> Sobre la gravedad o reiteración en contenido de algunas de estas penas en la parte general del código CRYÓSÓLOGO PALENCIA, *Observaciones sobre el Código penal*, Santiago, Imprenta D. Juan Baustista Moldes, 1822, pp 17-19, *Informe de la Universidad de Salamanca sobre el proyecto del Código penal, que van a discutir las Cortes extraordinaria*, parte primera, Salamanca, Imprenta Nueva, 1821, pp. 14 ss.

<sup>27</sup> MASFERRER, «La distinción entre delito y pecado en la tradición bajomedieval y moderna. Propuesta revisionista de la historiografía europea y anglosajona», *AHDE*, 2017, p. 736.

igual escándalo una conducta relajada o vergonzosa por cualquier otro concepto» seguida, cual orden de importancia por el desempeño del cargo «con conocida ineptitud o desidia habitual».

## VI. SEDUCCIONES, SOLICITUDES A MUJER E INCONTINENCIAS ESCANDALOSAS

### 1. La moral sexual de los empleados públicos

La literatura especializada nos recuerda que se llega a la codificación con una rígida moral sexual difícil de encontrar formalizada en el disperso aparato jurídico dieciochesco, más allá de los delitos canónicos o contravenciones de los mandamientos o sacramentos. Se coincide en que la asimilación de la Contrarreforma católica y la interiorización de los contenidos del Concilio de Trento no llevan repentinamente a una estricta vigilancia de la moral sexual en el sentido de la publicidad de estas conductas sexuales o lo que se denomina «escándalo». Más difícil resultó a los monarcas absolutos la represión de conductas en la intimidad que eran vistas como normales y hasta saludables<sup>28</sup>. A ello debe añadirse las interrelaciones entre los fueros eclesiástico y ordinario, que no de delito y pecado<sup>29</sup>, y dentro de estos lo que constituía herejía o no, para conocer de estas causas que se originaban tanto en conductas bien definidas como otras de misterioso contenido<sup>30</sup>. Se avanzó, con respecto a esta situación, que aquí el foco no debería dirigirse hacia los delitos sexuales o sexualidades criminales, sino en delitos contra la moral, el orden público o la seguridad del individuo. El control de las pasiones tomista y sus ideas sobre la ejemplaridad de sus vidas y la separación de que no todo pecado es, a su vez, delito. El giro de la permisividad bajomedieval al rigor moral no solo se produjo por la traslación del Concilio de Trento durante el reinado de Felipe II mediante

---

<sup>28</sup> MASFERRER, «La distinción...», p. 699.

<sup>29</sup> Extensamente sobre la cuestión MASFERRER, «La distinción...», pp. 696, en el que se manifiesta en contra de los posicionamientos de TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho...*, 235 ss., y en *Crimen y pecado...*, y CLAVERO, «Noción y escala...», pp 60-64, en TOMAS Y VALIENTE, CLAVERO, HESPANHA, BERMEJO, GACTO y ÁLVAREZ ALONSO; *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Alianza Universidad, Madrid, 1990, por lo que hace a la denominada por Tomas y Valiente «tríada» de elementos sobre la que se constituía todo delito; el pecado, el daño común y la ofensa a la víctima.

<sup>30</sup> RAMOS VÁZQUEZ, «Vigilancia de la moral sexual en la Castilla del siglo XVIII», *Revista de la Inquisición, Intolerancia y Derechos Humanos*, vol. 23, 2019, p. 157, en referencia a la llamadas incontinencias, pero debe tenerse también en cuenta las solicitudes o *sollicitatio ad turpia*, ampliamente desarrolladas en SARRIÓN MORAN, *Sexualidad y confesión: la solicitud ante el Tribunal del Santo Oficio (siglos XVI-XIX)*, ediciones Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010.

la Real Cédula de 12 de julio de 1564 sino cuando, más tarde, los regímenes absolutistas concibieron tal unión como elemento cohesionador social creando los estados confesionales. Ramos analiza cómo se produce el paso de la permisividad de las relaciones sexuales fuera del matrimonio entre personas solteras a un régimen de control moral eclesiástico y civil que podría entenderse que gira, en torno a tres ideas nucleares: la conducta sexual desordenada, la publicidad y el escándalo de tales conductas y si la causa era secreta o no. Por esos motivos no podemos leer el texto de 1822 ni los precedentes en clave de libertad sexual contemporánea, ni tampoco pretender que el proceso de secularización lleva a una mayor tolerancia hacia esta clase de delitos pues no se esta juzgando el tipo de sexualidad, ni tan solo se centra aún en la mujer como víctima, se trata de la trascendencia de determinadas conductas contra las buenas costumbres o la moral de la época<sup>31</sup>.

Estas conductas sexuales desordenadas podían ser de amplio espectro y comprender desde el adulterio hasta las más indefinidas seducciones, solicitudes y misteriosas incontinencias, pasando por amancebamientos y prostitución. Todas ellas concebidas desde dos ejes; el matrimonio como aseguramiento de la finalidad reproductora y las mujeres como objetos de tentación y perdición de los hombres, en definitiva, además de como pecados o faltas canónicas, como ataques contra la paz pública y social o el orden público y el orden social<sup>32</sup>. Pues la moral sexual se construye de forma más estricta en torno a las mujeres, que tienen como muestra de su licenciosa vida los embarazos; el precio, un gran abanico de conductas, faltas o delitos, y unas penas sensiblemente más altas<sup>33</sup>. El enjuiciamiento, ya fuere eclesiástico, aunque hubiere sujetos seculares, ya fuere ordinario, o mixto<sup>34</sup> presentaba unas diferencias de trato en función del sexo de las autoras y su clase social. Aunque, en principio, los procedimientos se abrían a instancia de parte, normalmente el marido. Se han encontrado algunos en los que las características de la publicidad y escándalo llegados a párrocos, corregidores y jueces llevaron a estos a

<sup>31</sup> MASFERRER, «La distinción...», pp. 696-98 pp. 713-714, RAMOS VÁZQUEZ; «La Vigilancia...» pp. 173-76.

<sup>32</sup> La persecución histórica de la herejía y la inclusión de conductas como la sollicitación entre estas mediante los Edictos de Fe, no es ajeno a este proceso, sin embargo, queda muy lejos del objetivo planteado. SARRIÓN MORA; *Sexualidad...*, p. 64.

<sup>33</sup> RAMOS VÁZQUEZ, «La Vigilancia...» p. 177.

<sup>34</sup> Referidos a los delitos considerados *mixti-fori*, que teniendo una raíz en los delitos canónicos de algunos seculares también eran entendidos como atentados contra el orden social, permitiendo permeabilidad que no identidad entre ambas jurisdicciones. Un ejemplo del cual sería el adulterio que ya fue introducido en las 7 partidas, Ramos, I, p. 157, MASFERRER; «La distinción...», p. 724-725.

iniciar los procedimientos<sup>35</sup>. Además, estos podían declararse secretos y librar, especialmente a las mujeres, de la exposición pública de su conducta desordenada en función del estatus social de su familia que permitía la causa secreta y también el desarrollo secreto de parto y nacimiento que solía ser el rumor de embarazo o de encuentros sexuales lo que constituía escándalo<sup>36</sup>. En esa discriminación, influía en los juzgadores, ordinarios o eclesiásticos, la demostración de la honestidad o buena conducta de la persona juzgada<sup>37</sup>. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estos criterios se desarrollan y se aplicarán a la mujer, así cristalizarán avanzada la Codificación delitos ya tradicionales que se centran en la moral u honestidad sexuales por sí mismas, pero también en cuanto elementos de la honra del hombre. Ambos aspectos, en la época que se trata, se focalizan más en la fama que en la tipología concreta de la actividad sexual. En los delitos de funcionario, podemos intuir que la honradez y moralidad que se juzga es la de los hombres empleados públicos, pues las mujeres no lo eran<sup>38</sup>. No sabemos, dada la efímera vigencia del código<sup>39</sup>, si en su enjuiciamiento se hubieran ponderado también las características morales de la mujer como actora en el caso, como sujeto tentador ante el cual el empleado público hubiera debido contener sus pasiones. No obstante el tratamiento canónico de la solicitud en confesión podría darnos muchas pistas sobre lo que hubiera podido suceder.

## 2. Seducción, «solicitud a muger» e incontinencias

Ante la escasez de referencias documentales concretas de la época hay que ceñirse, a las de los comentaristas inmediatamente posteriores cuando hacen lo propio con el Código de 1848 que si bien recorta o elimina algunas de las inmo-

---

<sup>35</sup> Sin embargo, debe aclararse, que el hecho de que algunas de esas conductas irregulares fueran pecado no las lleva automáticamente a ser delito, sino que la moralidad católica y el pecado dan un punto de partida desde el que construir moderadamente y con corrección técnica las infracciones civiles y penales, MASFERRER, «La distinción...», p. 709, adhiriéndose al análisis de ALVAREZ CORA, *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, Madrid, Dykinson, 2012, pp. 15-20.

<sup>36</sup> Muy interesante a este respecto el análisis de causas de archivos secretos realizado por Ramos y que le llevan a dichas conclusiones, p. 179-180.

<sup>37</sup> Aún sin poder valorar la bondad de la metodología historiográfica, resulta de interés la lectura sobre ese trato anteriormente en ARCURI, «Represión sexual y de género en la confesión: los manuales de confesores de la Edad Moderna (siglos XVI-XVII)», *ex aequo*, núm. 37, pp. 81-93.

<sup>38</sup> Precisión que encontramos en ALTÉS, «Solicitud sexual. Funcionario público y de prisiones», en Latorre Latorre (coord.), *Mujer y Derecho penal* Tirant lo Blanch, Valencia 1995, p. 102.

<sup>39</sup> BENITO FRACLE, Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822, *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 8, 2008, pp. 58 ss. especialmente rico en fuentes LÓPEZ REY; «El Código penal...»

ralidades tratadas mantiene la solicitud como la mayoría de los siguientes<sup>40</sup>. Así Pacheco<sup>41</sup> incidirá en ese carácter contra lo público y la moral social. Mientras que Gómez de la Serna y Montalbán<sup>42</sup> se fijarán en dos efectos; «la inmoralidad que demuestra el que se prevale de sus funciones para satisfacer su torpe deseo» y la disyuntiva en que coloca a la mujer «o de ceder a su seductor o de recelar en otro caso la pérdida de sus derechos». El desdoblamiento de acciones típicas se convirtió en cuestión polémica: se trataba de saber si seducir y solicitar incluyen la misma conducta, cual es el objetivo último de esta y hasta dónde debe llegar. Por otra parte, no cabe ni plantearse que el sujeto pasivo fuera un hombre, pues, aunque estas conductas se produjeran, eran totalmente rechazadas desde un punto de vista moral y solo cabía perseguirlas cuando se produjeran y la sodomía fuere un ilícito penal en sí mismo. Para Altés<sup>43</sup> la introducción de una conjuntiva entre ambas acciones las distingue y las transforma en alternativas, es más no descarta que el delito se pudiera cometer acumulando ambos verbos y posicionándose así en contra al concepto de acción de Ferrer Sama en sus comentarios, en que ambos verbos se concatenaban con la intención de obtener un coito vaginal heterosexual, por lo cual se solicitaba para conseguir la seducción<sup>44</sup>.

En realidad, el planteamiento de Ferrer Sama ya se desarrollaba en los procesos canónicos del Santo Oficio hasta la desaparición de la Inquisición<sup>45</sup>. Se pueden encontrar documentadas, causas canónicas por este tipo de infracciones o contra el sexto y el noveno mandamiento a partir del siglo XVI, siendo una de estas el «sexo en el confesionario» o «solicitud en confesión» o «solicitatio ad turpia»<sup>46</sup> con lo que ya estamos entrando de lleno en el primigenio contenido material de la seducción y la solicitud. La solicitud consistía en la falta o pecado que cometía un confesor cuando tenía trato sensual o carnal con la feligresa<sup>47</sup>. Estas incluyen desde palabras a gestos que tengan una finalidad

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ; *Derecho penal español*, ed. 10, Dykinson, Madrid, 1995. pp. 1133 ss.

<sup>41</sup> PACHECO, *Código penal concordado y comentado*, Madrid 1876, Imprenta de Manuel Tello, comentando los artículos 302-303 del CP 1848, concordancia de los artículos 492 y 493 CP 1822.

<sup>42</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J., *Elementos del Derecho Civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica*, tomo 3.º, MSEIS, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, 1851, p. 307.

<sup>43</sup> ALTÉS, «Solicitud sexual...», p. 101.

<sup>44</sup> FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, en 4 volúmenes, Murcia, Sucesores Nogués 1946-56.

<sup>45</sup> Pueden encontrarse causas canónicas datadas en 1819, SARRIÓN MORA: *Sexualidad ...* p. 78.

<sup>46</sup> SÁNCHEZ-ORÓ, «Sexualidad, vida conyugal e Inquisición en Ciudad Rodrigo (siglo XVI-XVII)», Comunicación a las Jornadas de Historia y Cultura de Ciudad Rodrigo, Centro de estudios Mirobrigüenses, noviembre de 2010, Ayto. de Ciudad Rodrigo, 2011, p. 311., SARRIÓN MORA, *Sexualidad...*, p. 15.

<sup>47</sup> ARCURI, «Represión sexual...», p. 87 ss., desarrolla una teoría de dominación patriarcal de las mujeres a través del instrumento de la confesión que si bien como penalista no puedo valorar supone una lectura recomendable.



de seducción de la feligresa, propiamente denominada, penitente<sup>48</sup>. Se daban dos puntales religiosos imprescindibles para insertar estas prácticas como muy graves tras la Contrarreforma; la obligación de confesar como requisito del perdón de los pecados y la afectación a la imagen o fama de la Iglesia del conocimiento público de estas conductas que se producían en espacios sagrados y en la práctica del sacramento y de la penitencia, que era el instrumento de purificación de la lujuria<sup>49</sup>. Por ello<sup>50</sup>, si la solicitud era propuesta antes, durante o, después de la confesión, el número de denuncias que acumulaba el solicitante, tipo de actos y lugares donde se produjeron y la fama, categoría y condición de la familia a la que perteneciera a la mujer eran muy importantes. De esta manera, adquiriría casi más relevancia la evaluación moral paralela y pública de la mujer que la petición del religioso<sup>51</sup>. Y también pueden apreciarse en las denuncias que se conservan que se distingue entre la solicitud y la consumación de la solicitud pudiéndose considerar tal, actos de seducción (palabras, regalos, o tocamientos simples con ropa) o un acto sexual pleno, cosa que ocurría pues eran corrientes los desplazamientos al domicilio para la confesión o la búsqueda de lugares discretos en los que extraños no pudieran escuchar el detalle de los interrogatorios<sup>52</sup>.

Sarrión Mora confirma que la solicitud dejó de ser un peligro para la Iglesia católica cuando se rompió su vinculación a la herejía y pasó a ser un «mero problema de malas costumbres»<sup>53</sup>. Puede intuirse que si tal y como se expuso, gran parte del funcionariado de la época que nos ocupa tenía relación con el clero y que este estamento fue uno de los resistentes al cambio de régimen en esa amalgama de conductas de no adhesión a la nueva situación institucional, se diera especial atención a las inmoralidades en la prestación del servicio y las conductas sexuales aquí presentadas y encontraran un lugar en el texto definitivo no por su carga de lujuria o pecado, ni por su atención a la mujer sino por su afectación pública a las buenas costumbres o moral social. Así tendrían más

---

<sup>48</sup> «... podemos considerar solicitud toda incitación sexual que el confesor ha hecho al fiel y tiene alguna relación espacio-temporal con el sacramento de la penitencia» SARRIÓN MORA, *Sexualidad...*, p. 15.

<sup>49</sup> SARRIÓN MORA, *Sexualidad...*, p. 75

<sup>50</sup> Sobre las instrucciones y el trato de las faltas cometidas por el confesor en la misión de obtener esa información se extiende ARCURI, «Represión sexual...», p. 84-85. Tanto en la obra de esta, como en la de SARRIÓN MORA, *Sexualidad...*, y la comunicación de SÁNCHEZ-ORÓ, «La sexualidad...», pueden encontrarse análisis de expedientes en Andalucía, Cuenca y Ciudad Rodrigo respectivamente.

<sup>51</sup> La polémica dentro del seno de la Iglesia de cual fue ardua, produciéndose diferentes bulas papales entre la que destaca la de Gregorio XV: *Universi Dominici Gregis* de 30 de agosto de 1622 dirigida a toda la Cristiandad, tal y como nos explica extensamente, SARRIÓN MORA, *Sexualidad...*, p. 67 ss.

<sup>52</sup> SÁNCHEZ-ORÓ, «La sexualidad...», p. 312, debe tenerse toda la controversia sobre cómo y en qué lugares debía realizarse la confesión y considerar la tardía inclusión de las rejillas en los confesionarios mediante cartas otorgadas del Consejo de la Inquisición de 1709.

<sup>53</sup> SARRIÓN MORA, *Sexualidad...*, p. 84.

sentido las aparentemente contradictorias afirmaciones sobre estos delitos encontradas en el Informe del Ateneo Español promoviendo «la necesidad de que brille en los empleados el pundonor y la delicadeza, y que desaparezcan las bajezas que ofenden a una clase tan distinguida», para inmediatamente después, frente al contenido del artículo 495 preguntarse por la finalidad de la mezcla de conductas públicas y privadas entre ellas el cargo de incontinencia pública<sup>54</sup>. Después de todo este recorrido, la incontinencia se consolida como la actividad sexual entre personas solteras sin mediar precio, ni llegar al amancebamiento<sup>55</sup>. Y, en mi opinión se fijará como último escalón del sexo indecente por conocido públicamente, como elemento corruptor o, tal vez desde un punto de vista más moral como la última de las cesiones a las pasiones sexuales en la que el incipiente estado debe intervenir para asegurar la honradez de sus empleados.

---

<sup>54</sup> *Observaciones del Ateneo Español sobre el Proyecto del Código penal. Presentado a las Cortes por la Comisión especiales de las mismas*, respecto a los artículos 459 y 497 del Proyecto de 1821, pp. 79 ss.

<sup>55</sup> Merece especial atención la siguiente reflexión sobre qué papel se les otorgaba a las solteras «Se trataba este de un grupo de mujeres consideradas de condición vil o infame que, por elección o por desesperación, trataban de vivir solas buscando la compañía o soporte económico de los hombres [...]» RAMOS VÁZQUEZ, «La Vigilancia...», p. 179.

# CORRUPCIÓN Y ABUSO DE PODER: LAS PRÁCTICAS CASTIGADAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822

MARÍA JESÚS ESPUNY TOMÁS<sup>1</sup>

Profesora Emérita de Historia del Derecho y de las Instituciones  
Universidad Autónoma de Barcelona

*En memoria del Prof. Dr. Antonio Moliner Prada*

## I. EL CONCEPTO POLISÉMICO DE LA CORRUPCIÓN

Intentaremos identificar la corrupción y el abuso de poder delimitando su significado en el contexto de los artículos 451-526 del Código Penal de 1822. Este término ha cambiado a través del tiempo y de las influencias ideológicas. Lógicamente no puede reducirse a una palabra, sino que engloba una serie de prácticas generalmente atribuidas a la gestión de los titulares de instituciones públicas (desde la administración local a la alta administración del Estado). Los delitos asociados a la corrupción son: la malversación de fondos públicos, la prevaricación, el cohecho y el tráfico de intereses que se conectan a otros delitos como la falsedad documental, las negociaciones prohibidas a los funcionarios y el fraude<sup>2</sup>. Su inclusión en el Código Penal servirá para la prevención y en su caso, el castigo.

---

<sup>1</sup> Este capítulo se enmarca en el proyecto «La corrupción política en la España contemporánea en perspectiva comparada. Bases de datos, cartografía y análisis histórico (1810-2016), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (HAR2017-86545-P). Por su parte se inserta en el SGR «Política, Institucions i Corrupció a l' Època Contemporània» (PICEC) (2017SGR818), y en la red temática europea GDRI/CNRS-824 «Politique & Corruption. Histoire et sociologie comparées à l' époque contemporaine».

<sup>2</sup> RUBI Casals y MONIER (eds.), «Modernización y corrupción política en la Europa contemporánea», *Ayer*, 115 (2019), presentación «Los favores y los sermones», pp. 13-21, SABÁN, *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 13-17.

Un primer análisis a través de los diccionarios jurídicos enmarca el sentido estricto de los conceptos asociados al término. Así, en Escriche, la corrupción está unida al abuso de poder: «el crimen de que se hacen culpables los que estando revestidos de alguna autoridad pública, sucumben a la seducción; como igualmente el crimen que cometen los que tratan de corromperlos; de suerte que la corrupción puede considerarse como activa y como pasiva; activa por parte de los corruptores, y pasiva de los corrompidos»<sup>3</sup>. Se determina a los sujetos ejecutores de las actividades corruptas: así el cohecho es «el soborno, la seducción o la corrupción del juez u otra persona para que haga lo que se le pide, aunque sea contra justicia»<sup>4</sup>. Y aún se señala su procedencia etimológica: «esta palabra viene, según unos, de la voz latina *coemptio* que significa compra en común o en mala parte, y según otros de la voz castellana *conhecho*, como acción simultánea de dos o que uno ejecuta con otro»<sup>5</sup>; la malversación de caudales públicos, se atribuye al: «empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o que consistiere que otro los sustraiga»<sup>6</sup>. Otra fórmula es la descripción de las formas de cometer el delito de falsedad: «con palabras, con escritos, con hechos o acciones o por su uso»<sup>7</sup>. Especialistas en el análisis histórico de la corrupción establecen unos ámbitos de distintas convivencias<sup>8</sup>: políticas (favoritismo, abuso de autoridad o de poder), económicas (la malversación de fondos públicos), jurídicas (cohecho, prevaricación) y morales (inmoralidad política y administrativa).

<sup>3</sup> ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, vol. I, Madrid, Librería de la señora viuda e hijos de Don Antonio Calleja Editores, 1847, p. 605, DE LA ESCOSURA, *Diccionario universal del derecho español constituido*, vol. I, Madrid, Imprenta J. Mata González, 1852, pp. 226-234, *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo noveno, Barcelona, Francisco Seix, editor, pp. 709-710, voz, «corrupción» término redactado por C. Bernaldo de Quirós.

<sup>4</sup> *El Zurriago*, 22 (1822), con referencia a una cantidad que se decomisó por la justicia; *El Zurriago*, 24 (1822), Madrid, Imprenta de Alejo López García, a cargo de M. T. y Cerro, pp. 4-7 dedica uno de los «Gozos a los moderados» a los tribunales, DE REVILLA, *Exposición de perjuicios para la sociedad en que se desatienda a los Magistrados, Eclesiásticos y Funcionarios públicos civiles y militares o Memoria acerca de la necesidad de reparar los daños causados por abuso de poder*, Madrid, Imprenta de Don León Amarita, 1822, *El Apéndice a El Zurriago*. Cuatro números solamente (enero-febrero 1823). Constan a los periódicos «pasteleros» (liberales templados), critican a los masones y hacen la guerra a los abusos de poder.

<sup>5</sup> ESCRICHE, *Diccionario razonado*, p. 529.

<sup>6</sup> BIEC y CARAVANTES, *Suplemento al Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, de don Joaquín Escriche, por Juan M.<sup>a</sup> Biec, Magistrado de la Audiencia de Madrid y José Vicente Caravantes, doctor en Jurisprudencia, Madrid y Santiago, Librerías de don Ángel Calleja, editor, 1851, p. 489.

<sup>7</sup> ESCRICHE, *Diccionario razonado*, pp. 768-769.

<sup>8</sup> RUBI y TOLEDANO, «La corrupción general del siglo. Palabras y discursos sobre la corrupción política en la España del siglo XIX», *Ayer* 115/2019 (3), 131-157. En el mismo sentido, ANDUJAR, «Metodología para investigar la historia de la corrupción. Algunas propuestas», *Investigar la historia de la corrupción*, cit. pp. 53-73.

Las tendencias políticas liberales utilizaban los debates de la corrupción para afirmar su derecho a dirigir un gobierno moral<sup>9</sup>. El abuso contra ley del que se derivaba la palabra *corruptela*, desarrolló diferentes significados que se recogieron en las normativas legales y de esta forma se llegó a reconocer de forma más o menos velada a la corrupción política<sup>10</sup>. Jens Ivo Engels asocia el concepto de la corrupción al beneficio privado obtenido por medio del abuso en el ejercicio de cargos públicos<sup>11</sup>. De la que se atribuía a jueces y magistrados se pasó a la de los cargos y de los empleados públicos, de forma paralela a cómo la influencia y el favoritismo circuló por los nuevos espacios de poder favoreciendo el amiguismo político<sup>12</sup>. El problema de la corrupción ha sido tratado en los últimos años por numerosos estudiosos que han dado nuevos enfoques desde perspectivas interdisciplinares vinculadas a diferentes formaciones académicas<sup>13</sup>. La inmoralidad política se halla con frecuencia en los escándalos históricos de corrupción<sup>14</sup>. Más allá de sus significados lingüísticos, en términos políticos se identifica con el abuso de poder<sup>15</sup>.

Emilio La Parra identifica la existencia de tres focos de corrupción; la camarilla real y el entorno cortesano en el centro de los casos que se producen en el siglo XIX, los Ministerios que canalizan su actividad corrupta básicamente en la venta de empleos, compra de fincas, colocación de sus allegados de forma

<sup>9</sup> ENGELS, «La nueva historia de la corrupción. Algunas reflexiones sobre la historiografía de la corrupción política en los siglos XIX y XX», *Ayer, Revista de Historia contemporánea*, número dedicado a: Modernización y corrupción política en la Europa contemporánea, 115/2019 (3): 23-49.

<sup>10</sup> RUBI y TOLEDANO, «La corrupción general del siglo. Palabras y discursos sobre la corrupción política en la España del siglo XIX», *Ayer* 115/2019 (3), pp. 131-157. ESCRICHE, *Diccionario razonado: corruptela*, «La mala costumbre o el abuso introducido contra ley o derecho», p. 605.

<sup>11</sup> ENGELS, «Corruption as a Political Issue in Modern Societies: France, Great Britain and the United States in the Long 19th Century», *Public Voices*, 10, 2 (2008), pp. 68-84.

<sup>12</sup> RUBI y TOLEDANO (eds.), «¿Qué puede aportar la investigación de la corrupción política al conocimiento histórico?» en *Investigar la historia de la corrupción: conceptos, fuentes y métodos*, Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, 2021, pp. 9-16.

<sup>13</sup> DE RIQUER, RUBI y TOLEDANO, «Más allá del escándalo. La historia de la corrupción política en la España contemporánea» en DE RIQUER, *et al.* (dirs.), *La corrupción política en la España contemporánea. Un enfoque interdisciplinar*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 47-80, RUBI, «La représentation de la corruption: L'Espagne dans la construction du libéralisme politique (1840-1868)» en DARD, *et al.* (dirs.), *Scandals et corruption à l'époque contemporaine: les coulisses du politique dans l'Europe contemporaine*, Paris, Armand Colin, 2014, pp. 162-180, WENCES, DE LA NUEZ y SEOANE PINILLA, *La idea de corrupción en los siglos XVIII y XIX. Forjas y resignificaciones*, Madrid, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2022.

<sup>14</sup> LUJÁN, «Un fermento de corrupción: María Cristina de Borbón en el juicio político de las Cortes constituyentes de 1854-56», RUBI y TOLEDANO, «Doña Virtudes, María Cristina de Habsburgo-Lorena (1885-1902). ¿Una reina moral frente de un sistema corrupto?» en ESPUNY, VALLÉS y VELO (coords.), *De-recho, Historia y corrupción con perspectiva de género*, Madrid, Dykinson, 2021.

<sup>15</sup> GIL NOVALES, *El Trienio Liberal*, Madrid, Siglo XXI de España editores, segunda edición, corregida, 1989, pp. 36-38; RUIZ MORALES, «La corrupción como delito en el pensamiento del siglo XIX. Un esbozo de su conformación jurídico-penal en la historia desde la filosofía». *Revista Socio-Jurídicas*, 21 (2), 331-356; CARANTOÑA, «La historiografía sobre el Trienio Liberal: entre el estigma del fracaso y el enfoque militante», *Pasado y Memoria, Revista de Historia Contemporánea*, 22, pp. 19-52.

arbitraria en cargos, pagos con descuentos abusivos, etc. y los jueces y los empleados públicos de las provincias, que permitían el tráfico ilícito de mercancías, o intercambiaban sentencias mediante sobornos<sup>16</sup>.

La lucha contra la corrupción supone la ruptura con una situación anterior, presentada como un tiempo caótico marcado por los favores y los abusos en toda Europa. Así sucede en Francia en el cambio de normas legales de los Códigos de Napoleón y especialmente de forma extensiva en el artículo 183 del CP francés y posteriormente se encontrará en la *old corruption* británica de la primera mitad del siglo XIX<sup>17</sup>.

## II. EL TÍTULO VI DEL CÓDIGO PENAL DE 1822

Así describía el cura liberal don Juan Antonio Posse en sus *Memorias* la apertura de las nuevas Cortes de 1820, tras el restablecimiento de la Constitución: «Reunidas las Cortes ordinarias, fueron a ellas la mayor parte de los vocales que lo habían sido en las extraordinarias, como lo más brillante y lo más sabio de la nación, y más conducentes para consolidar la obra que habían comenzado. Yo desconfiaba de sus luces y de su buena fe [...] eran unos pasteleros que no pensaban sino en sus colocaciones y en las de sus amigos, para lo cual aumentaban los sueldos. En efecto, los Argüelles, los Torenos y otros de los que habían gobernado los cuatro años anteriores de la Constitución fueron empleados, y no tardaron de dar pruebas de su avaricia y de su celo contra los mejores hombres de la nación»<sup>18</sup>.

La discusión de este título VI en el pleno de las Cortes se inició con el artículo 453 del Proyecto (art. 451 en el texto) que definía el delito de prevaricación

---

<sup>16</sup> LA PARRA LÓPEZ, «Notas sobre corrupción en el reinado de Fernando VII», DE RÍQUER, *et al.* (dirs.), *La corrupción política en la España contemporánea*, pp. 233-245, el autor sigue a BLAQUIERE en su obra *An Historical Review of the Spanish Revolution, including some account of religion, manners and literature in Spain* (1822) y recoge mucha de la información acerca del momento histórico, MORA, es el autor de la traducción del inglés de los *Consejos que dirige a las Cortes y al Pueblo Español* Jeremías Bentham (1820), PRESAS, publica también en francés, *Pintura de los males que ha causado á la España el gobierno absoluto de los dos últimos reynados y de la necesidad del restablecimiento de las antiguas cortes; ó de una carta constitucional dada por el rey Fernando*, Burdeos, Imprenta de R. Laguillotiére y Cía. (1827), en relación a esta última obra, existe en la Biblioteca Económica Carandell (UAB) una Carta-Orden por la que se manda recoger los ejemplares de la mencionada obra, descrita con toda su título, «escrita en Burdeos, cuyo autor es José Presas», también alude a la obra de QUIN, *Memorias históricas sobre Fernando VII, rey de España / publicadas en inglés y en francés por Michael J. Quin*, tomo I, p. 207.

<sup>17</sup> MONIER/PETITEAU, «Introduction» en ENGELS, MONIER y PETITEAU, *La politique vue d' en bas. Pratiques privées et débats publics 19e-20 siècles*, París, Armand Colin/Recherches, 2011, pp. 15-25;

<sup>18</sup> HERR, (ed.), *Memorias del cura liberal don Juan Antonio Posse con su discurso sobre la Constitución de 1812*, Madrid, Centro e Investigaciones Sociológicas, Siglo XXI, 1984, p. 249 y MOLINER PRADA, «En torno al Trienio Constitucional (1820-1823)», *Rubrica Contemporánea*, vol. 1, núm. 1 (2012), pp. 29-45,

a través de las personas que lo ejecutaban<sup>19</sup>. Calatrava recoge las observaciones de la Universidad de Valladolid que quería suprimir este capítulo distinguiendo los delitos cometidos «a sabiendas» de las faltas por «ignorancia o descuido». La Audiencia de La Coruña y Don Pedro Bermúdez consideraron demasiado rigurosas las disposiciones de este título contra los funcionarios públicos, opinión a la que se sumó la Audiencia de Valencia. El Ateneo intentó (sin éxito) incluir «de oficio» a continuación de los «que proceden criminalmente» en el apartado segundo. Defendiendo a la Comisión, Calatrava señalaba que se habían tenido todas las consideraciones posibles a los funcionarios. Otra cuestión objeto de debate fue la distinción entre los jueces de hecho y los de derecho y una descripción bastante lamentable de la institución del jurado (Díaz del Moral/conde de Toreno) contestada con un cierto enfrentamiento por parte del Sr. Calatrava<sup>20</sup>.

En la segunda sesión se debatieron los artículos correspondientes a sobornos, cohechos y regalos a los que ejercen algún empleo público (arts. 454-463). La discusión del artículo 465 y siguientes del Proyecto (arts. 463-467 del CP) corresponden al «extravío, usurpación y malversación de caudales y efectos públicos por los que los tienen a su cargo», recoge las intervenciones del Sr. Calatrava, contestado a los diferentes ponentes o a los comentarios emitidos (Fiscal de la Audiencia de Mallorca, Ateneo). Especialmente con relación a la pena de obras públicas señalada para el funcionario público cuya malversación o usurpación superaba los cinco mil duros, en el caso que superase los cincuenta mil duros, la pena sería de diez años de obras públicas y deportación<sup>21</sup>.

Una vez aprobados los artículos, fue decretado por las Cortes el 8 de junio de 1822 y tras la sanción real se promulgó el 9 de julio siguiente<sup>22</sup>. Ello

---

<sup>19</sup> TORRES AGUILAR, *Génesis Parlamentaria del Código Penal de 1822*, Messina, Sicania University Press, 2008, pp. 233-234 y el resumen final de los debates, pp. 247-252; PINO ABAD, *La malversación de caudales públicos en la España decimonónica*, Madrid, Tecnos, 2019, pp. 102-107.

<sup>20</sup> *Diario de las Sesiones de Cortes. Legislatura extraordinarias*, sesión del 21 de enero de 1822, núm. 118, pp. 1940-1947. Finalmente se suprime en el texto los jueces de hecho en el artículo que los integraba en el concepto de prevaricadores.

<sup>21</sup> *Diario de las Sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria*, sesión del 22 de enero de 1822, núm. 119, pp. 1949-1962; PINO ABAD, *La malversación de caudales públicos*, pp. 117-111.

<sup>22</sup> *Código Penal Español*, Madrid, Imprenta Nacional, 1822; Sobre la vigencia y la aplicación del Código, ALONSO ALONSO, «De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, año II, 11 (1946), pp. 2-15, FIESTAS, «Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822», *Revista de Historia del Derecho*, II, 1 (1977-78), pp. 55-78, DE BENITO, «Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822», *Foro Nueva época*, 8 (2008), pp. 41-68, BERMEJO, «Sobre la entrada en vigor del Código Penal de 1822», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 66 (1996), pp. 967-972, ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 18 (1965), pp. 263-278, LÓPEZ REY, «El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 71, 1 (2018), pp. 347-401.

no es óbice para que aparezcan aclaraciones y polémicas respecto a su entrada en vigor<sup>23</sup>.

### III. LOS DELITOS Y LAS CULPAS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS

La responsabilidad de los funcionarios públicos estaba presente en la Constitución de 1812, cuyo artículo 374 ordenaba: «Toda persona que ejerza cargo público, civil, militar o eclesiástico, prestará juramento, al tomar posesión de su destino, de guardar la Constitución, ser fiel al Rey y desempeñar debidamente su encargo»<sup>24</sup>. Las Reglas para que se hiciera efectiva esta responsabilidad se promulgaron por el Decreto de las Cortes Generales CCXLIV de 24 de marzo de 1813; esta disposición estaba dividida en dos capítulos, el primero contemplaba las disposiciones relativas a Jueces y magistrados formado por XXXIII artículos, la segunda parte integraba en XVII artículos los procedimientos a seguir en los supuestos de los demás empleados públicos. Esta norma recuperaba con «toda su fuerza y vigor» los decretos de las Cortes de 14 de julio de 1811 y de 11 de noviembre de 1811»<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> *Gaceta de Madrid*, número 283 de 27 de septiembre de 1822, p. 1408. Real Orden circular sobre el Código Penal; *Diario Constitucional Político y Mercantil de Barcelona*, núm. 120, 30 de abril de 1822, pidiendo que se sancione por el rey el proyecto de Código Penal «sin perjuicio de que la comisión especial de códigos proponga las adiciones o variaciones que crea conveniente», pp. 1-2; *Diario Constitucional Político y Mercantil de Barcelona*, núm. 316, 12 de noviembre de 1822, p. 2, informa de que en Baza, «a proposición del señor juez de primera instancia, don Juan Víctor Navarro, se está leyendo el Código Penal a cuyo fin la tertulia se ha hecho, por ahora, diaria», TORRES AGUILAR, *Génesis Parlamentaria*, pp. 253-258, ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal», pp. 274-275, BERMEJO CABRERO, «Sobre la entrada del Código Penal de 1822», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 66 (1996), pp. 968-972, DURBÁN MARTÍN, «Leyes y Juzgados», Rújula/Frasquet (coord.), *El Trienio liberal: una mirada política*, Granada, Comares, 2020, pp. 122-123, COBO DEL ROSAL, «Los mecanismos de acción normativa en la España del siglo XIX a través de la codificación penal», *Anuario de Historia del Derecho español*, tomo LXXXI (2011), pp. 921-969.

<sup>24</sup> DE ESTEBAN, *Las Constituciones de España*, edición de Madrid, Taurus, 1982, p. 95, RICO LINAGE, *Constituciones Históricas. Ediciones Oficiales*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2.ª Edición, 1994, p. 66. En el artículo 131, 25 de la Constitución de 1812, se otorgaba como una de las Facultades de las Cortes: «Hacer efectiva la responsabilidad de los secretarios de Despacho y demás empleados públicos».

<sup>25</sup> Decreto CCXLIV. Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos. Colección de los Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde 24 de febrero de 1813 hasta el 14 de septiembre del mismo año, tomo IV, pp. 20-29; Decreto LXXXVI. Responsabilidad de las Autoridades en el cumplimiento de las órdenes superiores. Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811, tomo II, pp. 176-177; Decreto CVII. Sobre la observancia de los decretos del Congreso nacional. Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde el 24 de septiembre de 1811 hasta igual fecha de 1812, tomo II, pp. 30-31; Decreto LXXXVI. Responsabilidad de las Autoridades en el cumplimiento de las órdenes superiores. Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811, tomo II, pp. 176-177.



Los delitos de prevaricación, de sobornos, de cohecho, de malversación, de extorsión y de estafas, así como el tráfico de influencias, de fraudes y de exacciones ilegales, y también las negociaciones prohibidas a los funcionarios, determinan a su vez a un conjunto de personas que pueden ser incluidas como posibles sujetos de determinadas infracciones. Sin duda la Comisión redactora quiso hacer frente de forma amplia al fenómeno de la corrupción en sus diferentes manifestaciones.

Los delitos y culpas de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos integraban el título VI de la primera parte<sup>26</sup>. Estaba dividido en XII capítulos y estos en artículos (451-526) que van de la prevaricación hasta unas disposiciones comunes de cierre a los doce capítulos precedentes, y a alguno de los títulos anteriores (arts. 523-526)<sup>27</sup>.

## 1. La prevaricación de los funcionarios públicos

Tomemos el delito de prevaricación como un ejemplo de desviación en el ejercicio del cargo público<sup>28</sup>. En los primeros artículos dedicados a la prevaricación («Son prevaricadores»), podemos observar los rasgos o cualidades esenciales de los sujetos activos que se hallan detallados en el artículo 451 CP<sup>29</sup>. Así aparecen los jueces de derecho o árbitros de la misma clase o los funcionarios públicos de cualquier clase a los que se determina debido a su actividad delictiva. No sólo se detalla de forma pormenorizada el grupo de personas que pueden ser sujetos activos, sino que define las distintas modalidades de prevaricación que pueden ser llevadas a cabo por ellos. La dureza de las penas que se imponen, no se corresponde en ocasiones a la gravedad del hecho por el afán de

<sup>26</sup> IÑESTA PASTOR, «Los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos en la codificación penal española del siglo XIX», DE RIQUER, *et alii*, *La corrupción política*, pp. 585-597.

<sup>27</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Universidad de Santiago de Compostela, 2003, pp. 83-89. El autor señala la consolidación de los delitos «en el ejercicio del cargo» dentro de la codificación penal española. Señala el abandono del término «empleado» del Decreto de 1813 por el de funcionario. En cuanto a las figuras apunta su casuismo y la falta de claridad.

<sup>28</sup> GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, p. 283: «La prevaricación es un delito gravísimo, ya por la inmoralidad que supone en el agente, ya por el mal que acarrea a la sociedad», DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, Publicaciones de Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1979, pp. 158-161; Otro de los delitos regulados por el título VI del Código Penal 1822, la malversación de caudales públicos, cuenta con una magnífica obra en PINO, *La malversación de caudales públicos en la España decimonónica*, en donde dedica un análisis exhaustivo a los numerosos trabajos dedicados al estudio de este delito, pp. 14-17.

<sup>29</sup> CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, tomo II, parte especial, duodécima edición, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1967, p. 349: «El Código Penal de 1822 previó estos delitos, pensándolos, cuando tenían lugar en causa criminal, con criterios de tipo talional».

la Comisión en intentar evitar el delito, a través del ejercicio de la intimidación, infringiendo el principio de proporcionalidad.

Veamos en concreto que sucede con dichos sujetos activos. En cuanto a *los jueces de derecho o árbitros* de la misma clase que *a sabiendas juzgan contra ley* por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública o de tercero interesado<sup>30</sup>. La expresión *a sabiendas* equivale a ciencia segura, conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia. Además, los que del mismo modo *proceden criminalmente* contra alguna persona, o la complican en algún procedimiento criminal, sabiendo que no lo merece. Finalmente, los que, *a sabiendas contra la ley*, dan consejo alguno de los que litigan ante ellos con perjuicio de la parte contraria, o proceden de cualquiera otro modo contra las leyes, ya haciendo lo que prohíben, ya dejando de hacer lo que ordenan.

Por otro lado, *los funcionarios públicos de cualquiera clase, que ejerciendo alguna autoridad, sea judicial gubernativa, o alguna superioridad en su ramo respectivo*, nieguen, rehúsen o retarden *a sabiendas* y del modo referido la administración de justicia, la protección, desagravio, u otro remedio que legalmente se les pida, o que la causa pública exija, siempre que deban y puedan ponerlo<sup>31</sup>. Y los que siendo *requeridos en forma legal por alguna autoridad legítima, o por legítimo interesado, o advertidos por superior competente*, rehúsen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependa de sus facultades para la administración de justicia, ejecución de las leyes, o cualquiera otro negocio del servicio público. También, los que *hallándose encargados por su empleo u oficio público* de averiguar, perseguir o castigar los delitos, o de proceder contra los delincuentes, o de ayudar o cooperar de cualquier otro modo a la administración de la justicia o a la ejecución de las leyes, dejan de hacerlo, *ya obrando contra el inocente, ya favoreciendo al culpado, ya faltando por otro estilo a su precisa obligación*. Y por último, los *demás empleados y cualesquiera otros funcionarios públicos* que de alguna de las maneras del párrafo primero, abusan *a sabiendas de sus funciones*, perjudicando a la causa pública o a alguna persona, o protegen, disimulan o toleran del mismo modo los delitos de subalternos o dependientes, o dejan de poner, sabiéndolo, el oportuno remedio para reprimirlos y castigarlos. Los prevaricadores perderán sus empleos, sueldos y honores, y no podrán obtener cargo alguno público.

---

<sup>30</sup> CUELLO, «Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla», pp. 91-97. *A sabiendas* cumple una finalidad específica para los autores del proyecto, al precisar el término *voluntario*.

<sup>31</sup> El retraso en el cumplimiento de una ley o un decreto del Congreso nacional por jueces y magistrados y empleados públicos se halla también recogido en el Decreto CVII de 11 de noviembre de 1811.

Así pues, son dos las características del sujeto activo; el desempeño de una función pública, ejercicio de una autoridad, judicial o gubernativa o alguna superioridad en un ramo concreto de la actividad pública, y por razón de este cargo la posibilidad de realizar una serie de acciones punibles. La pena que se les impone, consiste básicamente en la pérdida de los empleos, sueldos y honores, aunque si cometieren otro delito que tuviera señalada alguna otra pena, serían también condenados. Los dos artículos 452 y 453 hacen una referencia a los jueces de derecho o árbitros públicos que además deberían oír públicamente la sentencia y ser apercibidos con publicidad en el tribunal del pueblo donde se haya cometido el delito<sup>32</sup>. Si la prevaricación del juez o funcionario público fuera en una causa criminal, debía cumplir el tiempo de prisión y la misma pena que injustamente hubiese hecho sufrir a aquella persona. Sin embargo «las voces de funcionarios» son limitadas y se encuentra a faltar una equiparación a jueces, árbitros, funcionarios gubernativos o aquellas personas que tienen una cierta autoridad<sup>33</sup>.

## 2. De los sobornos, cohechos y regalos que se hagan a los que ejercen algún empleo o cargo público

La tradición histórico-jurídica del concepto penal de cohecho se ha tipificado en los códigos penales españoles como la admisión por los funcionarios de regalos en consideración a su cargo. El capítulo II del título VI del CP de 1822 recoge en los artículos 454-462, los delitos derivados de los sobornos, cohechos y regalos que se hagan a los que ejercen algún empleo o cargo público y se consideran por la doctrina los antecedentes inmediatos de esta figura<sup>34</sup>. La distinción entre «cohecho activo» se refiere la conducta del particular que corrompe al funcionario público y en el «cohecho pasivo» se hace referencia al funcionario que se deja corromper<sup>35</sup>.

El sujeto del delito es, en los ocho artículos, el juez de hecho o de derecho, árbitro de cualquier clase, o funcionario público (art. 454). Pero nos encontra-

<sup>32</sup> *Diario de las Sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria*, sesión del 22 de enero de 1822, núm. 119, p. 1950; MASFERRER, *Tradición y reformismo en la Codificación Penal española*, Jaén, Universidad de Jaén, 2003, pp. 176-177.

<sup>33</sup> SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho Penal en España*, Jaén, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, 1.ª edición, marzo, 2004, pp. 494.

<sup>34</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, «Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado “cohecho de participación”», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6 (2001), pp. 151-180; IÑESTA PASTOR, *El Código Penal*, p. 674.

<sup>35</sup> OLIVER, «Aproximación al delito de cohecho», *Revista de Estudios de la justicia*, 5 (2004), pp. 83-115.

mos también (art. 455) con el funcionario público que ostenta unas atribuciones concretas estrechamente derivadas del encargo recibido: proveer alguna dignidad, cargo o oficio o comisión del Gobierno, o de hacer las propuestas para su provisión o de intervenir en ello por razón de su destino. El círculo corrupto se amplía con el *ámbito familiar* o con *persona interpuesta* (intermediarios) que admiten *a sabiendas*, o *se convenga en admitir* algún soborno, cohecho o regalo, y en su consecuencia hacen alguna cosa contraria a su obligación, es decir una acción positiva o dejan de hacerla, absteniéndose (art. 456); aunque no llegue a incurrir en la pena de prevaricación, sufrirán las mismas que se imponen a los prevaricadores.

La llamada por la doctrina «corrupción activa» es el hecho de corromper o sobornar a funcionarios públicos para que realicen actos relacionados con el ejercicio de sus funciones o se abstengan a realizarlos. Aparece una regulación ambivalente, *aunque no se llegue a hacer una cosa contraria a su obligación o dejar de hacer la otra*. Ello sucede cuando las personas expresadas, incluyendo a la familia y a una persona interpuesta, *admitan a sabiendas*, o *se convengan en admitir* algún soborno o regalo para hacer cosa contraria a su obligación o dejar de hacer alguna a que esté obligada. En todo caso la persona será privada de su empleo o cargo, no podrá obtener otro alguno público en cuatro años, ni el juez podrá volver a ejercer más la judicatura, y sufrirá una prisión de dos a seis meses (art. 457). Sólo el intento de corrupción, aunque la dádiva o el presente no sean aceptados, consuman el delito. El elemento corruptor sería un elemento interno de este delito.

Se observa un mayor rigor hacia los sujetos activos de este capítulo, así, por el hecho de admitir simplemente un regalo además del legítimo salario, aunque sea justo el acto que deba ejecutar o dejar de hacerlo, supone la pérdida de su cargo o empleo, y la imposibilidad de tener otro público en dos años, ni el juez ejercer más la judicatura (art. 458). Los jueces de hecho o de derecho, o cualesquiera otros funcionarios públicos que ejerzan alguna autoridad, sea judicial o gubernativa, y los demás empleados con sueldo del Gobierno, en el caso de que admitan regalo, de cualquiera clase que sea, de subalterno suyo, o de alguno que tenga pleito, causa o negocio oficial ante ellos, o de otros que hagan el regalo en consideración de estas personas; serán apercibidos y suspensos de empleo y sueldo, y de todo cargo público por dos meses a un año, y el regalo se considerará como soborno para la pena pecuniaria. Iguales penas sufrirán si resultare haber admitido algún regalo que se les haya hecho en consideración al pleito, causa o negocio oficial antes o después de este (art. 459).

Un cambio respecto incluso a los otros capítulos del mismo título es que aglutinan las penas en los artículos 460-462, situándolas en relación a los textos

precedentes. Así, en los artículos del 454 al 457, los que hagan el soborno, cohecho o regalo para alguno de estos casos sufrirán una reclusión de uno a tres años, sin perjuicio de otra pena mayor si estuviere señalada al delito que hagan cometer con el soborno, conforme al artículo 15 del título preliminar. Si el soborno en estos casos no hubiere sido aceptado, el sobornador será reprendido, y sufrirá un arresto de dos a seis meses, y una multa equivalente al precio de lo ofrecido. Pero los que hayan sobornado, cohechado o regalado, o procurado sobornar, cohechar o regalar con el fin de obtener el ser propuestos para dignidad, cargo, oficio o empleo público, sufrirán, además de las penas prescritas respectivamente en este artículo, la de perder lo que hayan obtenido por tal medio, y no poder obtener cargo alguno público en adelante.

Los que en cualquiera de los casos de los artículos 458 y 459 hagan el regalo, serán apercibidos, y sufrirán un arresto de ocho a treinta días. Si no se les hubiere aceptado, serán reprendidos, y pagarán una multa equivalente al precio de lo ofrecido. Incluso fuera de los casos expresados en el artículo 459, los funcionarios públicos que comprende, no podrán recibir ni admitir regalo alguno de los que se han llamado de tabla o de costumbre, bajo la pena de apercibimiento, y la de pagar, mancomunadamente con el que hiciere el regalo, una multa equivalente a su importe.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

Los delitos que se recogen en el título VI del Código Penal de 1822 estaban presentes en nuestro derecho histórico y se convertirán en referentes en la posterior penalística española. El Decreto de 24 de marzo de 1813 marcaba ya una diferenciación clara entre los magistrados y jueces y los demás funcionarios públicos. La cualidad de ostentar una autoridad, judicial o gubernativa de carácter público situaba al sujeto del delito en una situación de superioridad que le permitía ejecutar una serie de actuaciones abusivas que quedaban normalmente impunes.

# LOS DELITOS DE RELIGIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822: EL SISTEMA MORAL COMO FUNDAMENTO DE LOS DELITOS DE RELIGIÓN

CARLOS BARDAVÍO ANTÓN  
Universidad Internacional de La Rioja

## I. INTRODUCCIÓN: JERARQUIZACIÓN Y SISTEMA MORAL

Es España, seguramente, el país de los de su entorno donde más tiempo ha durado la ultraprotección de la religión católica especialmente en su tutela penal bajo el imperio del Estado (*secularización de los delitos religiosos*). A principios del siglo XIX la sociedad seguía un modelo jerarquizado Estado-religión (Dios/Rey/individuo) bajo el lema contranapoleónico «Rey, patria y religión», una unidad imperante del catolicismo que se plasmó en la Constitución de la pepa, especialmente en el artículo 12 como forma presunta de tolerancia de la libertad de culto (eliminación de la Inquisición, abolición de los privilegios del clero, desamortización de sus bienes) pero intolerante contra herejes y sectas. Así, la tradición católica en esa España y el momento de guerra dejaron vacío el debate de la tolerancia religiosa para otro tiempo, concibiéndose la religión como *ley fundamental*. Los antecedentes punitivos de los llamados delitos de religión demuestran el mayor interés por proteger sentimientos religiosos estratificados y jerarquizados en el poder, condenando no solo la herejía sino aquellos vinculados a lo místico (brujería, la magia, la superchería)<sup>1</sup>. Recuerda Pé-

---

<sup>1</sup> AGUILAR ROS, «Religión y capacidad de obrar (los no católicos en el derecho romano-visigodo)», Goti Ordeñana (edit.), *Aspectos socio-jurídicos de las sectas desde una perspectiva comparada*, The Oñati Internatio-

rez-MADRID que la evolución histórica de los delitos religiosos constata la confusión entre delito y pecado<sup>2</sup>.

## II. LA CONSTITUCIÓN DE 1812 COMO FUENTE DE LOS DELITOS DE RELIGIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1822

Antesala de la Constitución gaditana es el Decreto de 22 de abril de 1811 por el que quedó derogado el *tormento* y que se plasmó luego en el artículo 303 de la Constitución, lo que significó cierta humanización de las penas junto a otros artículos que propiciaban un proceso judicial más garantista (acortamiento plazos de detención, oralidad, motivación de las resoluciones y las penas, etc.)<sup>3</sup>. A pesar de los vaivenes de la Constitución de 1812, se aprecia en ella la lucha entre el poder civil y religioso, entre el liberalismo ilustrado que envolvía a la Constitución y el tradicionalismo absolutista en favor de la iglesia<sup>4</sup>. Su artículo 12 formulaba el principio religioso en «(l)a religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera»<sup>5</sup>. Posteriormente se prohibió el derecho de asociación a quienes formaran hermandades, cofradías u otras corporaciones sin conocimiento y licencia del Gobierno (art. 316 CP de 1822). Los Decretos de 1824 y 1825 persiguieron penalmente las sociedades secretas como delitos de lesa majestad con pena capital. En este sentido, se implantó una especie de *confesionalidad doctrinal, dogmática y excluyente* a pesar de la abolición de la Inquisición<sup>6</sup>. Sin embargo, el artículo 371 de la Constitución rea-

---

nal Institute for the Sociology of Law, 1991, p. 215; *Deorum injuriae Diis curae, crimen extraordinarium*, CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, Parte especial, t. II. 14.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por César Camargo Hernández, Barcelona, 1975, pp. 112 ss., MARTÍNEZ-PEREDA, *Magia y delito en España*, pról. Julio Caro Baroja, Laida, 1991, p. 106, PÉREZ-MADRID, *La tutela penal del factor religioso en el Derecho español*, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, 1995, p. 38, PRAT, *El estigma del extraño. Un ensayo antropológico sobre sectas religiosas*, 3.<sup>a</sup> ed., Ariel, 2007, SÁNCHEZ TEJERINA, «Los delitos religiosos y la Inquisición española», *Discurso leído en la solemne apertura del curso académico 1934-35*, Universidad de Oviedo, 1934, pp. 59 y 60 y p. 73.

<sup>2</sup> PÉREZ-MADRID, *La tutela penal del factor religioso en el Derecho español*, 1995, p. 91.

<sup>3</sup> Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «Constitución de 1812 y Código penal de 1822 (algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal)», *RDPC*, 3.<sup>a</sup> Época, núm. 9, 2013, pp. 149 ss.

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ SARASOLA, *La Constitución de Cádiz, Origen, contenido y proyección internacional*, Madrid, 2011.

<sup>5</sup> BARRERO, «Sobre la libertad religiosa en la historia constitucional española», *REDC*, núm. 61, enero-abril, 2001, p. 140.

<sup>6</sup> Decretos de 22 de febrero de 1813; ANTÓN ONECA, «Historia del Código penal de 1822», *ADPCP*, tomo 18, fasc./mes 2, 1965, pp. 265, nota 2, p. 687, GARCÍA GARCÍA, «El primer Código Penal español de 1822 y su regulación de la religión católica», *D y O*, núm. 7, 1999, pp. 346 ss., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «Constitución de 1812 y Código penal de 1822», *RDPC*, pp. 151 ss., RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, Parte especial, 17.<sup>a</sup> ed. 1994, p. 922, nota 4, ROJAS BUENDÍA, «La libertad de conciencia y el derecho de asociación en la Constitución española de 1812», *RH*, núm. 20, 2014.

firmaba la libertad de pensamiento, la publicación de ideas políticas e imprenta, lo que en principio era una clara reafirmación de los principios de la Ilustración pero limitada en las manifestaciones contra la religión católica.

### III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE RELIGIÓN COMO DELITOS CONTRA EL ESTADO Y LA CONSTITUCIÓN

En 1787 hubo un primer intento de ideación de Código Penal en España («Plan y distribución del Código Criminal») que se basó, al parecer, en motivos de protección de la religión<sup>7</sup>. Hubo que esperar al trienio liberal para que se materializara. El CP de 1822, a pesar de sus dudas sobre su aplicación (escasa o nula)<sup>8</sup>, supone la primera codificación de las leyes del reino lo que lo sitúa en un hito histórico, y sus principios (legalidad, prohibición de retroactividad, humanidad e igualdad de las penas) trascendieron en los siguientes códigos españoles pero también en los latinoamericanos. El CP de 1822 criminalizó en su artículo 227 como traidor con la pena de muerte la conspiración directa y de hecho para establecer en las Españas otra religión que no fuere la católica o para que dejase de profesarla. Además, se criminalizaba el *plagio* consistente en la propagación pública de doctrinas contrarias a los dogmas de la religión católica, la introducción o tenencia de libros contrarios a ella (arts. 229 a 232) y la apostasía de la fe católica (art. 233).

Más allá de las tesis abolicionistas<sup>9</sup>, el debate sobre la virtualidad del bien jurídico en los delitos de religión se inició en el propio CP de 1822 y dura hasta nuestros días<sup>10</sup>. Este debate se centra entre los que defienden un bien jurídico de protección de la conciencia<sup>11</sup>, los partidarios de que se trata de un bien jurídico contra los sentimientos religiosos y/o la libertad religiosa (de la comunidad o creyentes)<sup>12</sup>, y quienes defienden un bien jurídico pluriofensivo<sup>13</sup>. Tradicionalmen-

<sup>7</sup> CASABO RUIZ, «Los orígenes de la codificación penal en España», *ADPCP*, núm. 22-2.º, 1969, p. 319 y nota 28; CASABO RUIZ, *El Código penal de 1822*, Universidad de Valencia, tesis doctoral inédita, 1968.

<sup>8</sup> MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «Constitución de 1812 y Código penal de 1822», *RDPC*, pp. 160 ss.

<sup>9</sup> Ampliamente, LIÑÁN GARCÍA, «La protección del factor religioso en el nuevo Código Penal español (ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)», *REDC*, núm. 58, 2001, p. 823; PÉREZ-MADRID, *La tutela penal del factor religioso*, 1995, pp. 141-156.

<sup>10</sup> CÁMARA ARROYO, S., «Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», *ADPCP*, vol. 69, núm. 1, 2016, pp. 123-145.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ-CORONADO, «La tutela penal de la libertad religiosa», *ADEE*, núm. 2, 1986, p. 48.

<sup>12</sup> LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho penal*, Parte especial, 3.ª ed., Dykinson, Madrid, 1992, p. 236.

<sup>13</sup> FERREIRO GALGUERA, J., *Protección jurídico penal de la religión*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1998, p. 194; MORILLAS CUEVA, *Los delitos contra la libertad religiosa (Especial consideración del artículo 205 del Código penal español)*, pról. José Antonio Sainz Cantero, Universidad de Granada, 1977, pp. 30 ss.



te se han barajado varias alternativas sobre el bien jurídico de los delitos de religión<sup>14</sup>: el atentado a la religión como valor fundamental de la sociedad, el quebrantamiento del orden público, del sentimiento religioso, o del derecho individual de la persona. En la actualidad, Morillas Cueva va más allá y entiende que el bien jurídico es la misma sociedad, puesto que no se precisa la afección real al sentimiento religioso<sup>15</sup>. López Alarcón<sup>16</sup> ubica estos tipos como atentado contra la libertad religiosa colectiva e individual. De manera similar, Pérez-Madrid defiende la libertad religiosa en toda su amplitud como derecho individual y a la vez colectivo<sup>17</sup>. De otra opinión Martín Sánchez refiere que el bien jurídico protegido es el Derecho a la formación de la conciencia «contra el empleo de diversos medios ilegítimos que impiden su ejercicio»<sup>18</sup>. Sin embargo, cabe decir, que el alcance y significado del propio título de la sección en el CP de 1822 lleva a considerar, por su momento histórico, que la protección se ceñía a la confesión de la iglesia católica como expresión de un único sentimiento legítimo en los ciudadanos de aquel tiempo, y esto a pesar de contradecirse con ello la esencia del derecho a la libertad de conciencia<sup>19</sup>.

#### IV. LOS «DELITO DE RELIGIÓN» Y «CONTRA LA RELIGIÓN»

##### 1. Introducción

El CP de 1822 tiene una dudosa vigencia y aplicación<sup>20</sup>. Se suma su complejo y discutido proceso de elaboración de 1787 a 1822<sup>21</sup>, su clara influencia

---

<sup>14</sup> MORILLAS CUEVA, *Derecho penal español*, Parte especial, 2.<sup>a</sup> ed., revisada, Cobo del Rosal (coord.), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 1070 y 1071, PÉREZ-MADRID, *La tutela penal del factor religioso*, 1995, pp. 156 ss.

<sup>15</sup> MORILLAS CUEVA, *Los delitos contra la libertad religiosa*, 1977, pp. 101 y 102 y p. 206, *Derecho penal español*, Parte especial, 2005, p. 1070.

<sup>16</sup> LÓPEZ ALARCÓN, «Tutela de la libertad religiosa», Ferrer Ortiz (coord.), *Derecho eclesiástico del Estado español*, Ediciones Universidad de Navarra, 1996, pp. 160 ss.

<sup>17</sup> PÉREZ-MADRID, *La tutela penal del factor religioso*, 1995, p. 153.

<sup>18</sup> MARTÍN SÁNCHEZ, *El Derecho a la formación de la conciencia, y su tutela penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 326.

<sup>19</sup> CÁMARA ARROYO, S., «Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa», *ADPCP*, pp. 134 y 135.

<sup>20</sup> CASABO RUIZ, «La aplicación del Código penal de 1822», *ADPCP*, T. 32, fasc./mes 2, 1979, pp. 333-344, FIESTAS, «Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822», *RHD*, II, 1, 1977-78, pp. 55-77.

<sup>21</sup> Sobre la codificación, ANTÓN ONECA, «Historia del Código penal de 1822», *ADPCP*, pp. 263-278.

doctrinal de la Ilustración (Beccaria, Bentham, Filangieri y Rossi<sup>22</sup>) y los recelos de los conservadores.

La ubicación sistemática de los delitos contra la religión tiene cierta lógica técnica<sup>23</sup> y ya nos anticipa su relevancia en el CP. Se ubican dentro de la Parte primera «De los delitos contra la sociedad», en el título primero «De los delitos contra la Constitución y el orden político de la Monarquía», en el capítulo «De los delitos contra la religión del Estado», en los artículos 227 a 241 (al igual que en el plan de CP de 1787: delitos contra la religión)<sup>24</sup>. La ubicación sistemática de estos delitos fundamenta que se criminalizasen en esta época ciertas conductas con la máxima sanción, concretamente con la pena capital pública en cadalso mediante el garrote (sin tortura, se elimina la horca), es decir, no se trata de delitos contra la libertad exactamente, a pesar de ser otra cara de la moneda pero más específica<sup>25</sup>, sino de delitos contra el Estado.

Merece destacar aquí la definición de delito y sus elementos subjetivos en el CP de 1822, lo cual tuvo una amplia discusión. La terminología del artículo 1, voluntariamente y con malicia, trajo problemas de interpretación sobre el dolo y la culpabilidad<sup>26</sup> ya que el CP castigaba excepcionalmente los delitos culposos a diferencia de otros códigos<sup>27</sup>.

Asimismo, cabe resaltar que sin ser estrictamente delitos de religión (o contra la religión) hay otros delitos en el CP de 1822 de clara reminiscencia del poder religioso. El artículo 637 criminalizaba al que «aplique o haga tomar droga o confección que pueda ser nociva a la salud». El artículo 766 castigaba a «cualquiera que con algún artificio o engaño, práctica supersticiosa u otro embuste semejante hubiese sonsacado a otro dinero, efectos o escrituras o le hubiese perjudicado de otra manera en sus bienes...»<sup>28</sup>. Y el 771 sancionaba «al que abusando de la debilidad o pasiones de un menor o de un interdictado hubiere conseguido hacerle firmar una escritura de descargo por razón de pres-

<sup>22</sup> ANTÓN ONECA, «Historia del Código penal de 1822», *ADPCP*, pp. 271, MANJÓN-CABEZA OLMEIDA, «Constitución de 1812 y Código penal de 1822», *RDPC*, pp. 146 ss., MORILLAS CUEVA, *Los delitos contra la libertad religiosa*, 1977, pp. 27-58, PÉREZ-MADRID, *La tutela penal del factor religioso*, 1995, pp. 55 ss. y nota 82, SANTAMARÍA LAMBÁS, «La escasa incidencia de la Ilustración para la tutela penal de la Libertad de Conciencia en el Derecho Español», *RD*, vol. IV, 1993, pp. 127-144.

<sup>23</sup> PÉREZ-MADRID, *La tutela penal del factor religioso*, 1995, pp. 58 ss.

<sup>24</sup> CASABO RUIZ, «Los orígenes de la codificación penal en España», *ADPCP*, p. 332.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ DEVEESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, Parte especial, 1994, pp. 322 ss., PACHECO, *El código Penal comentado y concordado*, II, 6.ª ed., corregida y aumentada, Imprenta y fundición de Manuel Tello, Madrid, 1888, pp. 45 ss.

<sup>26</sup> La Comisión omitió *a sabiendas*, CUELLO CONTRERAS, «Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822», *ADPCP*, T. XXX, 1, 1977, pp. 93 ss., se discutía sobre la teoría ética del dolo, ANTÓN ONECA, «Historia del Código penal de 1822», *ADPCP*, pp. 273 ss.

<sup>27</sup> CUELLO CONTRERAS, «Análisis de un informe anónimo», *ADPCP*, pp. 98 ss. y nota 39.

<sup>28</sup> PÉREZ-MADRID, *La tutela penal del factor religioso*, 1995, pp. 55 ss.

tamo, o percibido de estas personas alguna cosa vendida, empeñada, cambiada, alquilada o depositada sin intervención de autoridad legítima»<sup>29</sup>. También, el CP de 1822, además de exigir comportamientos que no atentasen contra la religión del Estado, imponía a sus funcionarios y eclesiásticos ciertos deberes para no perjudicar al Nuevo Régimen, y establecía agravantes por la condición de eclesiástico (arts. 211 a 213, 321, 323 y 324, 325, 424, entre otros)<sup>30</sup>. Cabe recordar que el artículo 183 CP establecía que los eclesiásticos que cometieran algún delito eran juzgados por los jueces y tribunales civiles, lo que suponía una innovación en detrimento del poder eclesiástico, salvo cuando incurran contra la disciplina eclesiástica. Como puede apreciarse, esta forma sistemática de configurar los delitos generaba problemas concursales<sup>31</sup>.

Asimismo, en este conjunto de delitos no estrictamente religiosos también se pueden citar los *delitos contra el respeto a los difuntos*, pues si bien se ubican dentro de los delitos contra las personas, lo cual, no resta, en nuestra opinión, su trascendencia en el ámbito de protección funcional de la religión a través de la protección inmediata del respeto a los difuntos<sup>32</sup>, por lo que, en nuestra opinión, este tipo de delitos protegen más bien el simbolismo del respeto a la vida de los seres humanos que a la propia muerte, esto es, la memoria sobre los vivos, no estrictamente a los muertos.

Los artículos 247 y 248 establecen *disposiciones comunes* que afectan a los delitos tratados. El artículo 247 se trata de un tipo de recogida que obliga a la censura. Criminaliza a cualquier sujeto que de algún modo contradiga disposición legal de la constitución. Se trata de un *delito de resultado* que precisa dolo. Se agrava en caso de realizarse por funcionario público, pero en este caso se criminaliza también conductas imprudentes por descuido o falta de instrucción, lo que parece referir incluso una imprudencia leve. Asimismo, el CP de 1822 introduce ciertas *atenuantes* aplicables a este tipo de delitos<sup>33</sup>.

## 2. Los tipos: conducta típica, elementos objetivos y subjetivos

Se trata de delitos en los que el sujeto activo puede ser cualquiera, salvo, por ejemplo, el del artículo 233 que solo puede ser un español. El sujeto pasivo

---

<sup>29</sup> Los artículos 766 y 771 eran *delitos imaginarios*, PACHECO, *El código Penal comentado y concordado*, 1888, p. 55.

<sup>30</sup> GARCÍA GARCÍA, «El primer Código Penal español de 1822», *D y O*, pp. 360 ss.

<sup>31</sup> GARCÍA GARCÍA, «El primer Código Penal español de 1822», *D y O*, pp. 357 ss.

<sup>32</sup> PACHECO, *El código Penal comentado y concordado*, 1888, p. 43.

<sup>33</sup> Por ejemplo, la falta de talento, ANTÓN ONECA, «Historia del Código penal de 1822», *ADPCP*, p. 277.

siempre es el Estado, la Nación española, salvo en casos especiales que también puede ser el ministro de la religión o el funcionario público como en el caso del artículo 237. Los tipos, si bien suelen referirse a conductas que por su disposición suelen señalarse de acción, permiten la omisión, máxime en casos en los que el sujeto activo sea un sujeto especial que con la infracción del deber pueda cometer el resultado, o en casos de elevación del riesgo. Además, los tipos en análisis anticipan notoriamente la barrera de punibilidad a diferencia de otros tipos penales al tratarse de delitos de máxima importancia como es la protección de la Nación y de la religión.

Sánchez Tejerina clasifica los delitos de religión en los siguientes grupos: delitos contra la religión y el dogma, blasfemias, sacrilegio, irreverencias y ultrajes, extralimitaciones de los eclesiásticos<sup>34</sup>, clasificación que vamos a seguir para su análisis.

#### a) DELITOS CONTRA LA RELIGIÓN Y EL DOGMA

El artículo 227 se trata de un *delito de traición* sancionado con la pena capital a pesar de encontrarse dentro de los delitos contra la religión (del Estado), por este motivo versa de un delito común donde el sujeto activo del tipo puede ser cualquiera, incluso un católico bautizado, en definitiva, se sanciona como traidor a la patria, lo cual llama la atención porque en otros artículos se castiga exclusivamente al español<sup>35</sup>. El tipo centra la conducta típica en *conspirar* en establecer otra religión en las Españas (incluso de ultramar) o en que la Nación deje de profesar la religión católica. La conspiración ha de ser *directa* y de *hecho* lo que significa que criminaliza un acto preparatorio que ha de ser directamente realizado por los autores, sin intermediarios ni instrumentos y, de hecho, por ellos mismo. Al tratarse de una conspiración el tipo se remite para su comprensión y alcance al artículo 4 y 6, de modo que en principio exige dos o más personas que hayan *resuelto* cometer el delito, no basta con la simple proposición no aceptada. Se trata de un acto preparatorio<sup>36</sup> especialmente punible puesto que el artículo 6 no sanciona la conjuración no intentada salvo en los casos especialmente expresados en el Código como en este caso, esto es, en principio parece que no se precisa para la consumación el inicio de la ejecución delictiva.

<sup>34</sup> SÁNCHEZ TEJERINA, «Los delitos religiosos en el Derecho histórico», *Discurso leído en la solemne apertura del curso académico 1934-35*, 1934, pp. 48-50.

<sup>35</sup> GARCÍA GARCÍA, «El primer Código Penal español de 1822», *D y O*, p. 352.

<sup>36</sup> PACHECO, *El código Penal comentado y concordado*, 1888, pp. 12 y 14.

Se trata también de un *delito de tendencia* ya que el tipo penal exige un dolo directo que a la vez precisa de la resolución común. De este modo se exige que la conspiración tenga cierta idoneidad de que la finalidad se cumpla contra la Nación. En este sentido, el tipo se refiere a la Nación en el más puro sentido político. En verdad, este tipo penal no criminaliza la predicación salvo que se emplee otro delito para ello, por eso no es un delito de religión *estricto sensu* sino contra la religión católica, esto es, se permiten las demás religiones siempre y cuando no atenten gravemente contra la católica<sup>37</sup>.

El artículo 228 se trata nuevamente de un delito *contra la religión* católica (o contra el dogma) pero en este caso se exigen medios comisivos tasados, mediante palabras o por escrito, en verdad, con los medios por los que normalmente se puede realizar la conducta típica que describe como es la propagación de máximas o doctrinas, por lo que resulta innecesaria dicha tasación de medios. De este modo se trata de un delito de *simple actividad*<sup>38</sup> sin peligro concreto, acaso de *peligro hipotético*, que a diferencia del de conspiración puede realizarse por un solo sujeto. Además, cabe la tentativa al tratarse la conducta típica de una forma de resultado material (propagar). La clave del tipo es su vertiente subjetiva pues nuevamente se trata de un delito de *tendencia* que exige un dolo directo en *destruir* o *trastornar* la religión del Estado, no la simple imprudencia (ignorancia) o el error (ligereza).

El tipo penal del artículo 229, a diferencia del anterior, incluye la propagación y la enseñanza con carácter público contrarias a la religión católica (*delito contra la religión*), lo que exige notoriedad o al menos posibilidad de conocimiento por una gran masa y lo que constata que se trata más cercanamente de un delito de *peligro hipotético* si bien contra la libertad de opinión. De este modo también se trata de un delito de traición o contra el dogma<sup>39</sup>. El tipo exige una continuidad que se circunscribe en un elemento normativo del tipo, esto es, después de declaradas como contrarias por la autoridad eclesiástica. En este sentido, el tipo es más benigno a diferencia del anterior pues permite la propagación o enseñanzas diferentes a la católica salvo cuando se declara su antinormatividad (plus de antijuricidad), lo que, en nuestra opinión, lo sitúa en un *delito permanente*, es decir, exige un estado de propagación y/o enseñanza antes pero también después de la declaración de contrariedad. Lo llamativo es que sea la autoridad eclesiástica la que pueda declarar su contrariedad pues como hemos explicado se tratan más bien de tipos de traición

---

<sup>37</sup> PACHECO, *El código Penal comentado y concordado*, 1888, pp. 12 y 13 y p. 44.

<sup>38</sup> Serían *delitos de opinión* sin peligro, MIRA BENAVENT, J., *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 107-110.

<sup>39</sup> PACHECO, *El código Penal comentado y concordado*, 1888, p. 45.

contra el Estado que contra la propia religión católica. No obstante, la pena de reclusión se agrava en caso de que el sujeto activo sea extranjero no católico.

De otra parte, el artículo 230 criminalizaba la *simple actividad* de dar a conocer mediante la imprenta (*diera a luz*) escritos que versen sobre la sagrada escritura y los dogmas. Se criminaliza solo en el caso de que no exista licencia del ordinario eclesiástico o sin observación de la ley (elemento negativo del tipo). Es un *tipo de censura* de la libertad de expresión escrita, de modo que se puede realizar dolosa o imprudentemente. El tipo del artículo 231 CP se refiere a las conductas del tipo anterior señalando la misma pena para los que realicen conductas preparatorias de *dar a luz* mediante la introducción, venta o distribución de un libro contrario a la religión, y exige un dolo directo, a sabiendas de que dicho libro está prohibido. Más llamativo es el delito del artículo 232 al criminalizar la *posesión* de un libro contrario a la religión, y requiere el dolo directo sobre la prohibición.

Por otro lado, sobre el delito del artículo 233 se ha comentado que ilustra la tradición medieval de un delito de *ofensa a Dios*<sup>40</sup> o contra el dogma<sup>41</sup>, pero no internamente sino externamente, públicamente (mediante escrito, sermón, ministerio en el extranjero). El tipo no criminaliza la apostasía interna o de conciencia aunque se pudiese revelar de algún modo (práctica privada de otra religión), lo cual constata cierta libertad de conciencia, pero no de culto en sentido amplio<sup>42</sup>. Singularmente el sujeto activo ha de ser español, lo cual llama la atención pues para el legislador era más grave que la apostasía proviniera de quien tiene la nacionalidad<sup>43</sup>. El delito establece las penas de pérdida de empleo, sueldos, honores y la nacionalidad, lo que constata también que se trata de un delito de traición. Y, gráficamente, el tipo establece una causa de impunidad a través del *arrepentimiento voluntario* (sincero), por lo que parece exigir la publicidad (declarar la irracionalidad de la apostasía).

## b) EL DELITO DE BLASFEMIA Y ESCARNIO

La blasfemia significa etimológicamente del griego *forma de herir*, motivo por el cual se ha tratado en un sentido teológico como un delito de *desacato a Dios* o de *injuria o difamación* contra Dios y los Santos<sup>44</sup>. De este modo

<sup>40</sup> MORILLAS CUEVA, *Los delitos contra la libertad religiosa*, 1977, p. 110.

<sup>41</sup> PACHECO, *El código Penal comentado y concordado*, 1888, p. 45.

<sup>42</sup> PACHECO, *El código Penal comentado y concordado*, 1888, pp. 37 y 38.

<sup>43</sup> GARCÍA GARCÍA, «El primer Código Penal español de 1822», *D y O*.

<sup>44</sup> TERUEL CARRALERO, «El delito de blasfemia», *ADPCP*, 1951, pp. 553 y 554.

existe aquí cierta confusión en los límites entre pecado e injusto penal. Sin embargo, el sujeto pasivo no es Dios, pues la concepción teológica del momento impedía pensar que algo menor a Dios le pudiera proteger.

En concreto, el artículo 234 CP 1822 criminalizaba la blasfemia o el escarnio de la fe católica con la pena de prisión. El delito se centra en la conducta típica de blasfemar<sup>45</sup> o prorrumpir, y se criminaliza más gravemente en caso de publicidad. La blasfemia se refiere a emitir de cualquier modo manifestaciones que vejen a Dios, la virgen o los Santos. A diferencia, prorrumpir se refiere a la agresividad y fuerza de la manifestación. En ambos casos se trata de una especie de *injuria grave* contra el sentimiento de una religión pues el tipo hace depender la diferencia de la gravedad en la publicidad y la privacidad de los tipos de injurias y calumnias, pero se trata de una injuria que puede atacar no solo a un particular sino también a la propia confesión, de lo que se desprende que, en principio, precisa de un resultado material objetivo, la ofensa (lo cual permite la tentativa), pero a la vez de resultado jurídico, la idoneidad para ofender, y no la mera actividad, de modo que se precisa el *animus injuriandi* de dañar el sentimiento religioso.

### c) SOBRE LOS DELITOS DE SACRILEGIOS, IRREVERENCIAS Y ULTRAJES

En primer lugar, el artículo 235 gira en torno a la conducta de ultrajar o escarnecer, que a diferencia de blasfemar o prorrumpir se centra en el ultraje como forma de *desprecio* o *minusvaloración*, o en el escarnio como forma de *burla*. En ambos casos se exige dolo y un elemento subjetivo de lo injusto en ofender a particulares y/o a la propia confesión, pero referido a través de objetos de culto religiosos. Se requiere que estos objetos han de estar en un lugar destinado al ejercicio de culto religioso o en un acto en que se realice el culto, por lo que en caso contrario el comportamiento es atípico. El tipo, entonces, criminaliza una forma de falta de respeto al simbolismo de los objetos religiosos más unido a un delito contra los sentimientos.

El artículo 236, similarmente al anterior, sanciona actos contra el culto pero por causar daños a los objetos destinados al mismo. Precisa también de dolo directo sobre el conocimiento de tal cualidad, pero no parece exigir una intencionalidad ultrajante o de escarnio, si bien en conexión al anterior se da por entendida, lo que supone un error de técnica legislativa<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> TERUEL CARRALERO, «El delito de blasfemia», *ADPCP*, pp. 548 ss.

<sup>46</sup> PACHECO, *El código Penal comentado y concordado*, 1888, p. 26.

El artículo 237 se trata de un delito especial agravado al de las injurias comunes. Las conductas típicas son herir, maltratar, ultrajar o injuriar a ministros de la religión católica en sus funciones. El tipo permite el concurso de delitos con el de la afección personal, por lo que el sujeto pasivo no sólo es el Estado sino también en este segundo caso el ministro o el funcionario público. De esta manera se trata de un tipo de especial protección de las funciones religiosas en virtud de la cualidad del sujeto pasivo vinculado al ejercicio del ministerio religioso, salvo que las ofensas se realicen fuera de sus funciones, en cuyo caso será una injuria común.

Por otro lado, Pacheco tildaba al artículo 238 de cierta intolerancia religiosa<sup>47</sup>. El tipo sancionaba la reunión tumultuaria, alboroto, desacato o desorden, esto es, un tipo de resultado que impida, retarde, interrumpa o turbe el culto público o de la función religiosa en el templo u otro lugar donde se esté ejerciendo. El tipo sancionaba con las mismas penas actos de resultado como impedir y conductas menos graves como el peligro concreto mediante el retardo, la interrupción o la turbación. Si bien el tipo no hace expresa mención a un elemento subjetivo parece referirse a una fórmula dolosa y directa. Y el artículo 239 se trata de un *tipo agravado* del delito de hurto o robo de objetos sagrados, especialmente agravado en función de la gravedad de la acción y/o el resultado del hurto o robo.

#### d) DELITOS DE EXTRALIMITACIONES DE LOS ECLESIASTICOS

Estos delitos vetan la libertad de expresión y opinión de los propios clérigos para controlar de este modo sus funciones<sup>48</sup>. En concreto, el artículo 240 sancionaba a un sujeto activo especial, al eclesiástico secular o regular que en ejercicio de sus funciones califique antirreligiosa, herética o sospechosa a una persona o doctrina que en el momento no esté declarada por la autoridad. Dicha autoridad se refiere, en principio, a la eclesiástica si bien también podría ser el Estado por el sentido de protección del Estado de estos delitos. El tipo combina un delito de resultado, la calificación antirreligiosa o herética, pero también uno de peligro abstracto que es la calificación sospechosa puesto que no precisa de una calificación claramente antirreligiosa o herética. Además, el tipo incorpora una cláusula concursal con el delito de injurias.

De otra parte, el artículo 241 penaba las actividades *supersticiosas* y *heréticas* de los propios clérigos, si bien otros artículos a lo largo de la parte es-

<sup>47</sup> PACHECO, *El código Penal comentado y concordado*, 1888, p. 31.

<sup>48</sup> SANTAMARÍA LAMBÁS, «La escasa incidencia de la Ilustración», *RD*, pp. 127-144.



pecial penaban las lesiones y las estafas al respecto. La conducta típica es enseñar o predicar pero requiere que sea repugnante con un ánimo tendencial de perjudicar a la religión y al pueblo. Se trata entonces de un delito de *peligro*<sup>49</sup>. El tipo establece una causa de impunidad cuando el autor ponga remedio tras el apercibimiento del obispo, esto es, se refiere a que deje de enseñar o predicar y parece que exige también que se solucionen los perjuicios causados en dicha comunicación, lo que lleva a considerar que se trata una conducta post-delictiva con efectos de causa de impunidad que precisa realmente del arrepentimiento manifiesto, es decir, una comunicación del error de lo enseñado o predicado. Esta forma de impunidad era controlada por el obispo, quien podía imponer sanciones disciplinarias conforme al Derecho canónico. Sin embargo, no operaba en caso de que fuera grave la conducta, se trataría del agotamiento del delito, pudiendo los jueces imponer medidas para impedirlos.

Se ha criticado<sup>50</sup> que ambos artículos no tienen una ubicación sistemática correcta, sin embargo, en nuestra opinión, tiene el sentido de que también estos delitos tratan de proteger la *funcionalidad* de la religión en el Estado.

---

<sup>49</sup> Un veto a la libertad de opinión, MIRA BENAVENT, J., *Los límites penales a la libertad de expresión*, 1995, pp. 107-110.

<sup>50</sup> PÉREZ-MADRID, F., *La tutela penal del factor religioso*, 1995, p. 91.

# **DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD DE LOS PARTICULARES: DE LAS ESTAFAS Y ENGAÑOS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1822**

SILVIA VERDUGO GUZMÁN  
Fundación San Pablo – CEU Andalucía

## **I. INTRODUCCIÓN**

Hacia finales del siglo XVIII y primera parte del XIX se encontraban revolucionarias ideas provenientes especialmente de territorio francés, que en España también chocaron –en buena medida– con los postulados existentes en ese periodo histórico, y principalmente en torno a las monarquías imperantes. Así por ejemplo con afán codificador, a partir del Código Civil francés de 1804, el resto de territorios europeos también buscan recopilar las legislaciones vigentes, y en materia penal<sup>1</sup> es un modelo que posteriormente tomaron en cuenta también los países latinoamericanos que se independizaban de la Corona Española.

En aquella época revolucionaria, liberal, y enfocada en torno a los postulados filosóficos de la Ilustración, poco a poco va dejando de lado las monarquías absolutas, pues, «[...] latía un conjunto de nuevos principios procedentes de aquellas corrientes que aspiraban a superar un Derecho penal, como el del antiguo régimen, que en absoluto podía sostenerse en una nueva

---

<sup>1</sup> Según Torres Aguilar, «(e)n los inicios, pues, del siglo XIX la legislación penal que aplicaban los tribunales era la contenida en la Novísima Recopilación, las Partidas, el Fuero Real y el Fuero Juzgo como Derecho supletorio», TORRES AGUILAR, *Génesis Parlamentaria del Código Penal de 1822*, ed. Sicania Università degli Studi di Messina, 2008, p. 40.

realidad social y política como la que se abre en el tránsito del setecientos al ochocientos»<sup>2</sup>.

A propósito de los mandatos constitucionales relativos a la necesidad de redactar códigos únicos, en la España de 1812 se encontraba sancionado por el rey Fernando VII y mandado a promulgar el 9 de julio, el CP español de 1822<sup>3</sup>, aunque no fue hasta el 1 de enero de 1823 cuando realmente estuvo vigente en toda la península ibérica e islas adyacentes<sup>4</sup>.

El proyecto del CP de aquel entonces, se encuentra un Preámbulo que contiene las consideraciones más importantes en torno a su formación<sup>5</sup>. Se trataba de reflexiones que la Comisión especial nombrada a tal efecto expone por la labor desarrollada y los motivos generales que impulsaron el desarrollo del texto penal codificado<sup>6</sup>.

En las siguientes páginas, corresponde hacer un análisis al texto contenido en la Parte Segunda del Código de 1822, bajo la rúbrica «Título III. De los delitos contra la propiedad de los particulares». Y cabe advertir que además especialmente a partir de los delitos que están bajo el «Capítulo V. De las estafas y engaños», encontramos una figura que contiene la primera sanción penal tipificada de conductas que se podían cometer en torno a las actividades deportivas –de aquel entonces–, es decir, nos encontramos en los orígenes del Derecho penal en el deporte tipificado en España. Así, las defraudaciones, trampas o apuestas de un jugador con la intención de obtener algún beneficio económico, se sancionaban con diversas medidas de índole penal según su gravedad. Quizás la explicación se encuentra porque en esos tiempos, deportes modernos como el fútbol, el críquet, el golf, la caza, las carreras de caballos y el boxeo, tenían masivos seguidores entre la aristocracia y el pueblo,

---

<sup>2</sup> TORRES AGUILAR, *Génesis Parlamentaria del Código Penal de 1822*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>3</sup> Así, «[...] elegidas las Cortes de 1820, se designó el 26 de agosto –en cumplimiento del mandato de la Constitución relativo a los Códigos únicos que habían de regir en toda la monarquía– ... la Comisión que había de redactar el criminal inició los trabajos el 9 de noviembre, siendo presentado el Proyecto el 22 de abril [...]», en ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal*, 1965, p. 267.

<sup>4</sup> Autores dudan de su efectiva aplicación y vigencia como Código, en CASABO RUIZ, «La aplicación del Código penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Criminales*, 1995, pp. 334 ss.

<sup>5</sup> El tránsito entre el Código Penal de 1822 al de 1848 encuentra diferencias importantes que vienen a declarar con verdadera seriedad jurídica a este último, pues, «(e)l primero fue palenque en que lucharon las ideas del antiguo régimen con las reformistas aportadas por la filosofía de la Ilustración. El segundo está más depurado de supervivencias y, compuesto con mayor reposo y en tiempos de mejor técnica, es más sistemático y de superior estilo», en ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», *op. cit.*, p. 263.

<sup>6</sup> Destacaba la Comisión de legislación en su Exposición a las Cortes, «la configuración de la embriaguez como eximente o atenuante; la eliminación de las penas de deportación y la estricta limitación de la de marca a los condenados a trabajos perpetuos; la eliminación del asilo en sagrado y, en general, todas las indulgencias, gracias, absoluciones concedidas “a los delincuentes por motivos de religión y de una mal entendida piedad”, limitando el uso del indulto en casos muy específicos», en TORRES AGUILAR, *Génesis Parlamentaria del Código Penal de 1822*, *op. cit.*, p. 80.

por lo que junto a la diversión se encontraban apuestas de objetos como dagas o espadas, además de dinero<sup>7</sup>. En este sentido, es interesante porque se trata de un tipo penal que se asimilaría a la sanción de los amaños y fraudes de nuestros tiempos bajo el delito de corrupción en el deporte vigente desde el año 2010, que a día de hoy siguen siendo un problema presente en la sociedad española<sup>8</sup>. En definitiva, los orígenes de las estafas y fraudes del CP de 1822, se analizará a continuación.

## II. APROXIMACIONES AL TÍTULO III. DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD DE LOS PARTICULARES. CAPÍTULO V. DE LAS ESTAFAS Y ENGAÑOS

Hace siglos hay registros que demuestran la existencia de hombres que intentaban apropiarse de lo que no les pertenecía, sea mediante engaños, robos o similares, por lo que se trataba de conductas perseguidas y reguladas normativamente<sup>9</sup>.

Aunque desde el Derecho Romano se tipificaban fraude y engaños como conductas que atentan contra la propiedad<sup>10</sup>, es cierto que la relación entre Derecho penal y Derecho privado explicaría la regulación de los delitos contra

---

<sup>7</sup> Con razón, «(a)lgunos promotores, seguramente, introdujeron en los programas hípicas carreras de perros y de otros animales. El público apostador y los curiosos acudían en cantidades tan grandes como para hacer rentable poner precio a las entradas, y estos, poco a poco, fueron conquistando ciertos espacios y comodidades, a cambio del pago de su entrada», en SALVADOR, *El deporte en occidente. Historia, cultura y política*, editores Cátedra, Madrid, 2004, p. 901.

<sup>8</sup> Muchos acaudalados lores organizaban carreras entre sus sirvientes, e incluso se dio el caso de corredores –caballeros sin recursos– que no pertenecían al estamento servil, aunque sí al de la pobreza, se alquilaban a los señores con la intención de ganar apuestas y de camino entrar a servirles, en SALVADOR, *El deporte en occidente. Historia, cultura y política, op. cit.*, p. 907.

<sup>9</sup> Cabe recordar, «(t)an pronto como un hombre poseyó un bien, otro lo codició, y trató de obtenerlo mediante engaño. El Código de Hammurabi sanciona la venta del objeto robado y la alteración de pesas y medidas. Las Leyes de Manú asimilan al robo la venta de un objeto ajeno y castigan al que vende grano malo por bueno, cristal de roca colorada por piedra preciosa, hilo de algodón por hilo de seda, hierro por plata, etc.», en ZAMORA PIERCE, «El fraude», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, n. 178, Ciudad de México, 2003, p. 171.

<sup>10</sup> Así, «(p)ara los romanos, el fraude era dolo malo, definido por Labeón como toda astucia, falacia o maquinación empleada para engañar, burlar y alucinar a otros. Podía ser perseguida por medio de una *actio doli* de carácter civil, con tal que tuviera los elementos de astucia grande y evidente. Por otra parte, dentro del concepto de *furtum*, se incluye tanto la apropiación indebida como la sustracción de cosas y las violaciones de la posesión logradas mediante astucia y engaño, entre las que se señala el hecho de hacerse entregar dinero simulándose acreedor. Además, el *falsum* encierra una noción genérica bastante homogénea en torno a la idea de engaño (*fallere*), dentro de la cual se comprenden las más diversas variedades de delitos que presentan el elemento común del engaño como procedimiento, sea que se trate de un testimonio, que con ello se lesione el derecho de propiedad o la fe pública, sea que se trate de un medio circunstancial o de un delito recurrente», en ZAMORA PIERCE, «El fraude», *op. cit.*, p. 171.

la propiedad<sup>11</sup>, pero desde aquel entonces los problemas de superposición normativa en muchas ocasiones impedían distinguir claramente cuando aplicar la vía civil y penal<sup>12</sup>. Es una cuestión que a día de hoy acarrea dificultades en la delimitación del dolo presente en los contratos civiles y la interpretación del engaño bastante, propio de los delitos de estafa.

En la edad media la regulación descrita en el Derecho Romano sigue presente en la normativa española sin clara diferenciación entre los delitos de falsificación, de robo y de fraude<sup>13</sup>. Posteriormente, en el Código de 1822 se tipificaban los tipos que afectan a la propiedad, que actualmente encuentra al delito de estafa como aquel en que el bien jurídico protegido es el patrimonio, y no la propiedad.

Centrados en el engaño, como elemento principal en aquellos delitos que existen en relación a las defraudaciones, y que lo diferencia de otros ilícitos contra el patrimonio como una búsqueda de obtener beneficios económicos, corresponde hablar de las estafas. En el siglo XVIII eran conocidas diferentes actividades en que primaba el elemento suerte, la magia, las mentiras o trampas. Así, hechizos, encantos, brujerías u objetos para la buena suerte eran conocidos entre las personas y utilizados de una u otra forma según el objetivo deseado: sanación de enfermedades, para la fortuna, el amor, etc. Fue conocida la estafa del tesoro, en que buscadores de tesoros recorrían los pueblos eligiendo a sus víctimas, a quienes contaban como historia verídica que bajo su casa había escondido un tesoro que fue dejado por sus ancestros<sup>14</sup>. La persecución penal de aquel entonces se hacía difícil por diversos factores, incluido el terri-

---

<sup>11</sup> Así, «(l)a autonomía del Derecho penal no es, sin embargo, absoluta, puesto que el ordenamiento jurídico forma una unidad y todas sus ramas concurren a la determinación de los bienes e intereses reconocidos en él como legítimos, así como a su distribución y protección», en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1108.

<sup>12</sup> Por lo expuesto, «[...] resulta que en Roma había una superposición normativa en la represión de los engaños fraudulentos, los cuales eran considerados, en ocasiones, como *furtum*, otras veces como *falsum* o bien como *stellionatus*; a más de poder ser reclamados en vía civil mediante la *actio doli*», en ZAMORA PIERCE, «El fraude», *op. cit.*, p. 172.

<sup>13</sup> En este sentido, «[...] el título XVI de la Partida VII enumera una serie de conductas asimilables a lo que fue estelionato romano y comprensibles en el actual delito de fraude, bajo la denominación de “engaños” a los que define diciendo: *Dolus en latín, tanto quiere decir en romance como engaño: é engaño es enartamiento que hacen algunos omes los unos á los otros, por palabras mentirosas ó encubiertas é coloradas, que dicen con intención de los engañar é los decebir [...]*», en ZAMORA PIERCE, «El fraude», *op. cit.*, p. 172.

<sup>14</sup> El *modus operandi*, «[...] requiere, generalmente, un plan bastante estudiado y elegir a las víctimas con sumo cuidado [...] estos buscadores de tesoros profesionales no actúan solos, sino respaldados por algún cómplice. El cómplice les servirá como sujeto activo o pasivo del engaño: activo, por realizar parte de los supuestos hechizos o manipulaciones necesarias para sacar el tesoro, o pasivo, porque sólo se encarga de reforzar la fama en las cualidades que se supone posee el estafador», en PEDRÓS CIURANA, «Estafadores y crédulos: la inquisición valenciana ante la superstición a principios del siglo XVIII», *Estudis: Revista de Historia Moderna*, núm. 34, Valencia, 2008, p. 308.

torial, sin embargo, una vez identificado y procesado el infractor la pena impuesta debía servir de ejemplo para el pueblo<sup>15</sup>.

Por lo anterior, presentaba el CP de 1822, el capítulo V. De las estafas y engaños, en el artículo 766. «Cualquiera que con algún artificio, engaño, superchería, práctica supersticiosa ú otro embuste semejante hubiere sonsacado á otro dineros, efectos ó escrituras, ó le hubiere perjudicado de otra manera en sus bienes, sin alguna circunstancia que le constituya verdadero ladron, falsario ó reo de otro delito especial, sufrirá la pena de reclusión por el tiempo de un mes á dos años, y una multa de cinco á cincuenta duros, sin perjuicio de la mayor pena que merezca como ladron, falsario ó reo de otro delito, si juntamente lo fuere».

Del tipo penal descrito se confirma entonces que los principales engaños presentes ya desde el Derecho Romano, se encuentran también en el CP de 1822<sup>16</sup>.

### III. ORÍGENES DEL DERECHO PENAL EN EL DEPORTE. DEFRAUDACIONES Y TRAMPAS

Datos antiguos demuestran el interés por el deporte entre agrupaciones humanas de diversos lugares del orbe. En este sentido, con el transcurso del tiempo se hizo cada vez más evidente que los deportes se encontraban inmersos en oscuros círculos de actividades ilícitas en relación al uso de sustancias y métodos dopantes, actos violentos entre deportistas y aficionados, corrupciones, trampas y apuestas, problemas a día de hoy presentes de una forma cada vez más cuestionable, en que el objetivo y los valores intrínsecos del deporte van siendo enmascarados bajo actitudes y conductas intolerables a toda luz disciplinaria, llegando a traspasarse los límites de una competitividad que deja de ser sana superándose las barreras de los valores deportivos, tales como el *fair play* o juego limpio<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Cabe recordar que, «(e)l Derecho penal de la Edad Moderna, como es conocido, presentaba una serie de notas características que lo habían venido definiendo a lo largo de varias centurias. En primer término, la pena no tenía más fin que el de la intimidación general y el castigo del culpable con un carácter vengativo o retributivo si se prefiere, configurándose como un medio ejemplificador para el resto de los miembros de la sociedad que veían así cuál podía ser la suerte de cualquiera que actuara en sentido parecido al penado. La pena normalmente era desproporcionada con relación al delito y adquiría un carácter cruel en su ejecución, que solía ser pública para cumplir el fin ejemplarizante que le venía asignado. La escenificación, pues, era consustancial a la ejecución de la pena con la finalidad de cumplir la función señalada. Además la pena solía tener un fin utilitarista para con la sociedad, desde un punto de vista económico [...]», en TORRES AGUILAR, *Génesis Parlamentaria del Código Penal de 1822*, *op. cit.*, pp. 12-13.

<sup>16</sup> Según ZAMORA PIERCE, «(l)as principales maneras de engaño son dos: la primera es cuando se hace por palabras mentirosas o arteras; la segunda es cuando preguntan a un hombre sobre alguna cosa y él calla engañosamente, no queriendo responder, o si responde dice palabras encubiertas», en ZAMORA PIERCE, «El fraude», *op. cit.*, p. 171.

<sup>17</sup> Cfr. VERDUGO GUZMÁN, *Dopaje deportivo. Análisis jurídico-penal y estrategias de prevención*, editorial J. M. Bosch, Barcelona, 2017, pp. 31 ss.

Por lo anterior, el deporte no podía quedar ajeno al Derecho penal, y se justificaba que sería necesario el ejercicio del *ius puniendi*, pero siempre como *ultima ratio* cuando fallan las herramientas disciplinarias y administrativas<sup>18</sup>. Actualmente, y producto de la expansión económica global del deporte, es una cuestión que no puede cambiar frente a la comisión de diversos ilícitos cada vez más preocupantes y en algunos casos descontrolados en muchos países, tales como apuestas, corrupciones, blanqueo de capitales, etc.

No cabe en este momento hablar de los orígenes del Derecho penal en el deporte, pues desde la antigüedad era conocida la comisión de diversos delitos. Así por ejemplo, se documentaba que los egipcios apostaban en los juegos de tablero; aunque los sobornos y conductas fraudulentas en los Juegos de Olimpia eran sancionados con multas económicas que serían pagadas por el propio atleta corruptor o corrompido<sup>19</sup>. Pero cabe destacar que en aquella época se remarcaba el llamado espíritu deportivo e igualdad entre competidores –actuales valores olímpicos– con énfasis en la expresa prohibición de humillación del vencido por el vencedor<sup>20</sup>.

Dejando de lado el uso de la violencia y dopaje, desde una perspectiva netamente económica, apuestas y amaños eran famosos durante el Imperio Romano, especialmente en torno a carreras de cuadrigas y los combates entre gladiadores, pues se llenaban los estadios de personas dispuestas a ver esos

---

<sup>18</sup> En este sentido, «(e)l papel del Derecho penal en general, y del relacionado con las actividades deportivas en particular, debe dirigirse hacia su limitada utilización e intervención, surgiendo, una vez más, el problema de los límites entre lo penalmente relevante y aquellas infracciones que no deben tener consecuencias penales sino administrativas o, incluso, meramente disciplinarias», en DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal del Deporte*, editorial Bosch, Barcelona, 2010, pp. 98 ss. Algo similar expone Morillas Cueva, «[...] el Derecho penal puede actuar en relación al deporte con todos sus instrumentos y tipos punitivos, y es cierto también que existen infracciones penales que tienen una mayor relación dentro de la estructura deportiva y especialmente en el ámbito de la práctica profesionalizada», en MORILLAS CUEVA, «Derecho penal y deporte», Prados Ruiz (dir.), *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, n. 1, septiembre 2006, edita Junta de Andalucía. Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Sevilla, 2006, p. 39.

<sup>19</sup> Entonces, «(s)obre el momento preciso del inicio de los Juegos de Olimpia nada puede decirse con exactitud, si bien suele considerarse como fecha fundacional al año 776 a. C., en que se habrían organizado las primeras competiciones por orden de Ifito, rey de Élide [...]», en HALDÓN CONTRERAS, «Las normas del deporte en la antigüedad grecorromana», Verdugo Guzmán (dir.), *Tratado de Derecho Deportivo*, editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 67 ss.

<sup>20</sup> Luego, «(e)n estos principios los atletas participantes asumen lo que hoy es el llamado Código Olímpico en la formulación de la época destacando concepciones clásicas que hoy día constituyen auténticos principios esenciales de la organización disciplinaria deportiva de nuestro país y de sistemas parecidos al nuestro, tales como los siguientes: “ Toda intención de corromper a los árbitros y a los contrincantes será castigada con el látigo” (art. XI), “ Todo participante contra el que no se presentase su adversario será declarado vencedor” (art. XII), “ Todo participante que se sintiese maltratado en sus derechos podía apelar al Consejo Olímpico” (art. XIII), “ Las decisiones y sentencias del árbitro no serían nunca anuladas” (art. XIV)», en GUERRERO OLEA, «Capítulo 2. El movimiento olímpico. Las federaciones deportivas internacionales», en Palomar Olmeda (dir.), *Derecho del Deporte*, 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 112.

espectáculos, pero con un entusiasmo adicional, de índole económico y por la posible obtención de beneficios si el atleta favorito salía vencedor<sup>21</sup>.

Varios siglos después, avanzada la edad media, son pocos los deportes y eventos a destacar en Europa, especialmente por su acento más estratégico-militar que uno netamente lúdico, aunque entre pueblos y reinos sí se practicaban algunas modalidades deportivas.

Pero dando un gran salto, ciertos deportes tienen sus comienzos en Inglaterra; fue el boxeo a eso de los siglos XVII y XVIII como una necesidad de protección o diversión entre las clases sociales<sup>22</sup>. Ya a contar del siglo XVIII, destacaba el desarrollo masivo de apuestas entre la gente de las clases bajas en carreras de caballos y luego de perros galgo, la esgrima, el críquet, entre otros<sup>23</sup>. Evidentemente, las preocupaciones entre las autoridades existían porque la gente apostaba incluso lo que no tenía, endeudándose y dejando de trabajar y cosechar los campos, fomentándose las peleas y la comisión de variados delitos como consecuencia de la búsqueda de fortuna y una mejor suerte.

#### IV. VÍNCULO ENTRE DERECHO PENAL ESPAÑOL Y LAS TRAMPAS O FRAUDES EN EL DEPORTE

Durante el Siglo de Oro Español –siglos XVI y XVII–, cabe hacer énfasis en la realización de fiestas y diversión, a lo cual se agregan juegos de distinta índole, que por supuesto buscaban también fama y prestigio entre los caballeros, sin olvidar la espada, armadura y su capa<sup>24</sup>. Avanzada la época renacentis-

---

<sup>21</sup> Y así, los primeros amaños y corrupciones aparecen con los casos de atletas que se dejaron perder por una cantidad de dinero o por jueces que dieron el triunfo en un juego a quien no lo merecía.

<sup>22</sup> Se exponía que los espectáculos se fueron organizando a partir de combates improvisados en los que algunos lores con humor y con ganas de apostar, incitaban a las gentes del pueblo a pelear, y los gratificaban por alguna cantidad de dinero, en SALVADOR, *El deporte en occidente. Historia, cultura y política, op. cit.*, p. 913.

<sup>23</sup> La influencia inglesa queda manifiesta en esos tiempos, pues sus reglamentos se impusieron en deportes como natación, remo e hípica, junto a los perros deportivos y caza, construyendo yates deportivos, las porterías para jugar fútbol, los guantes de boxeo, cronómetros y aparatos deportivos, cuidando dimensiones, pesos y materiales, en SALVADOR, *El deporte en occidente. Historia, cultura y política, op. cit.*, p. 896.

<sup>24</sup> Señalan evidencias que, «[...] vencer al adversario y demostrar valor, gallardía, fuerza y destreza, sobre todo cuando los señores podían pavonearse ante las damas, era algo que se encuentra en el carácter de cualquier pueblo con pretensiones de potencia hegemónica, elevando la estimación de los juegos deportivos [...]. En los festejos populares, como ferias, romerías, bodas, etc., se establecían carreras, saltos y lanzamientos, sobre los que se apostaba con sus correspondientes premios, que se distribuían entre los mejores corredores que solían consistir, por ejemplo, en un retal de buen paño, un sombrero, una daga o cualquier otro objeto», en SALVADOR, *El deporte en occidente. Historia, cultura y política, op. cit.*, pp. 785-786.



ta, la tradición ecuestre es conocida por toda Europa central, que además era practicada por aristócratas y por el pueblo con estilismo, elegancia y con una normativa perfectamente preestablecida<sup>25</sup>.

Sin embargo, el descontrol social se producía en torno a la gente que apostaba lo que tuviese –o no– con tal de divertirse o encontrar fortuna. En España, las costumbres francesas e inglesas llegaban rápidamente adaptándose a la realidad socio-cultural de aquella época, y junto a estas también estaban curiosos métodos para atraer la suerte en el juego incluidos el uso de amuletos o talismanes diversos<sup>26</sup>.

La expansión de la práctica de deportes por diversas clases sociales se enfocaba más en la gente humilde, que bajo la pobreza y el endeudamiento era propensa paralelamente a la comisión de distintos delitos cada vez con más frecuencia, por lo que se necesitaba de un control estatal o monárquico, como es en el caso de las apuestas deportivas<sup>27</sup>.

El CP de 1822 viene a regular lo anterior, siendo el primer delito en relación al deporte que está codificado. Es un tipo penal que en los tiempos actuales se ubica entre los delitos relativos al orden socioeconómico<sup>28</sup>, pero que en aquellos tiempos se encontraba entre los que atentan a la propiedad, referido a los beneficios económicos obtenidos en forma ilícita en un contexto deportivo<sup>29</sup>. Y señala-

<sup>25</sup> Cabe agregar, «(e)n casi todos los torneos, juegos de cañas, carruseles o lidias solían participar los reyes de las respectivas naciones, sobre todo en España y Francia. Estos divertimentos brillantes y costosos, obligaban a los nobles a lucir suntuosos y rebuscados atuendos, tenían asegurados la contemplación del pueblo dándole al conjunto un importante aire festivo y espectacular. Todo esto no era sólo puro alarde, ya que había carreras de velocidad, cabalgadas, lance de cañas, estafermos y concursos de sortijas que enfrentaban a los participantes en competiciones dotadas de premios», en SALVADOR, *El deporte en occidente. Historia, cultura y política*, op. cit., pp. 856-857.

<sup>26</sup> El perfil socioeconómico del jugador o solicitante de suerte suele ser el de una persona con escasos recursos pero con oficio, «[...] bien porque habían perdido una suma importante en una mala jugada anterior, o bien porque pretendían ganar siempre y enriquecerse a través de este método, buscaban la ayuda de gitanas o de entendidos en cuestiones mágicas para que compusiesen algún tipo de amuleto que les hiciese ricos. Un comentario de un conocido especificando quién puede prestar la ayuda necesaria será suficiente para que el interesado se desplace allá donde sea necesario, para conseguir su talismán», en PEDRÓS CIURANA, «Estafadores y crédulos: la inquisición valenciana ante la superstición a principios del siglo XVIII», op. cit., p. 313.

<sup>27</sup> En muchas ocasiones los juegos y carreras provocaban enfrentamientos entre pueblos, ganadores y vencidos, donde cantidades importantes de objetos o dinero apostado se perdían.

<sup>28</sup> Y afirma MORILLAS CUEVA, «(m)ención aparte merecen los comportamientos relacionados con los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico que si bien presentan más lejanos a las realidades deportivas concretas son materias al menos a referenciar con carácter general porque de alguna manera inciden en el desarrollo de las competiciones deportivas, sobre todo en las más profesionalizadas. Piénsese en los delitos de estafa, apropiación indebida, etc.», en MORILLAS CUEVA, «Derecho penal y deporte», op. cit., p. 41.

<sup>29</sup> Se encuentra documentado que, «(m)uchas eran las maneras a través de las cuales se podía conseguir ganar en el juego como: la utilización de piedras adobadas o piedras imán, la realización de una serie de nudos para que los que perdían ante uno no pudiesen dañarle, escribir sobre la piel de una anguila su nombre con sangre, etc.», en PEDRÓS CIURANA, «Estafadores y crédulos: la inquisición valenciana ante la superstición a principios del siglo XVIII», op. cit., p. 313.

ba el texto en el artículo 767. «El jugador que usando trampas en el juego, hubiere ganado malamente alguna cantidad, sufrirá un arresto de quince días á cuatro meses, y pagará una multa del tres tanto de dicha cantidad, sin perjuicio de las demás penas en que incurra si jugare juego ó cantidad prohibida».

Por temas de espacio no es posible analizar detalladamente el delito, sin embargo, cabe destacar algunas ideas. Por una parte, llama la atención que el artículo 767, se refiera al jugador que «usando trampas en el juego, hubiese ganado malamente alguna cantidad...». Aunque no se sabe con certeza si el sujeto activo era un jugador profesional o aficionado, parece estar claro que se refiere a quien realizando trampas<sup>30</sup> obtiene un beneficio económico.

Parece ser que en el tipo subjetivo no se considera la culpa, sino que directamente se comete con dolo, donde se encuentra el engaño, como elemento clave en estos delitos, pues se expone que se comete si «hubiese ganado malamente».

Respecto a las penas, aunque no se ha podido comprobar con datos concretos su efectividad, cabe destacar que la pena principal aplicable al jugador sería la de arresto por hasta cuatro meses: es cuestionable el sentido y aplicación práctica de esa pena de tan baja; aunque parece ser que la multa «del tres tanto de dicha cantidad», sí es más efectiva y con efectos disuasorios para el autor que actuaba de mala fe y haciendo trampas.

Finalmente, se encuentra otro tipo penal en el Código de 1822 que considera agravadas las penas de los artículos 766 y 767, sancionando con reclusión al infractor con penas de prisión de entre dos y cinco años. Así, señalaba el artículo 768. «Los que ejercen habitualmente ó por costumbre los engaños y trampas de que tratan los dos artículos precedentes, serán condenas á una reclusión de dos á cinco años».

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Parecía ser un problema importante la realización de trampas y engaños en la sociedad europea a eso de los siglos XVIII y XIX, por lo que especialmente en España, el primer CP de 1822 reguló las defraudaciones que en aquellos tiempos se producían especialmente en torno a la propiedad de los particulares. Esto se confirma con la estafa del tesoro, o también y donde se ha puesto énfasis, con los causados a propósito de la expansión de diversos delitos en el

---

<sup>30</sup> *Trampa*. 6. Contravención disimulada a una ley, convenio o regla, o manera de eludirla, con miras al provecho propio. 7. Infracción maliciosa de las reglas de un juego o de una competición. 8. Ardid para burlar o perjudicar a alguien. *Diccionario de la Real Academia Española*, actualización 2021.

deporte, mediante estafas, trampas y apuestas que los acompañaban, en que además llama la atención que las preocupaciones existían entre las autoridades cuando la gente del pueblo dejaba de producir y trabajar el campo, para apostar y probar suerte, aunque no tuviese más que pobreza, siendo propensos especialmente los hombres a la comisión de diversos ilícitos, además de los problemas documentados respecto a las familias que se dejaban abandonadas por el juego y el alcohol.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, José, «Historia del Código Penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal*, 1965.
- CASABO RUIZ, José Ramón, «La aplicación del Código penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Criminales*, 1995.
- GUERRERO OLEA, Antonio, «Capítulo 2. El movimiento olímpico. Las federaciones deportivas internacionales», en A. Palomar Olmeda (dir.), *Derecho del Deporte*, 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, «Derecho penal y deporte», Á. Prados Ruiz (dir.), *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, núm. 1, septiembre 2006, edita Junta de Andalucía. Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Sevilla, 2006.
- PEDRÓS CIURANA, María Luisa, «Estafadores y crédulos: la inquisición valenciana ante la superstición a principios del siglo XVIII», *Estudios: Revista de Historia Moderna*, núm. 34, Valencia, 2008.
- SALVADOR, José Luis, *El deporte en occidente. Historia, cultura y política*, editores Cátedra, Madrid, 2004.
- TORRES AGUILAR, Manuel, *Génesis Parlamentaria del Código Penal de 1822*, editorial Sicania Università degli Studi di Messina, 2008.
- VERDUGO GUZMÁN, *Dopaje deportivo. Análisis jurídico-penal y estrategias de prevención*, editorial J. M. Bosch, Barcelona, 2017.
- VIVES ANTÓN, Tomás (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- ZAMORA PIERCE, Jesús, «El fraude», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, núm. 178, Ciudad de México, 2003.

## Gregorio M<sup>a</sup> Callejo Hernanz (Logroño, 1972)

Magistrado. Ingresó en la carrera judicial en 2001 y ha desarrollado su trabajo especialmente en el ámbito penal. Ha sido profesor de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Barcelona y Universidad Antonio Nebrija.

Sus publicaciones científicas se han centrado en el ámbito de la Historia del Derecho Penal y en concreto de la Historia del pensamiento jurídico penal ultraconservador español con trabajos como *El pensamiento punitivo reaccionario español; pervivencia en el siglo XIX y principios del XX y su influencia en el primer Franquismo*, *La pena de muerte en el pensamiento reaccionario español o Jaime Balmes*, *Jerónimo Montes e Isaías Sánchez Tejerina, la continuidad de una propuesta de derecho penal integrista y esencialista en España*.

## Víctor Martínez Patón (Madrid, 1981)

Antiguo alumno de la École Normale Supérieure de París, es abogado y profesor de derecho penal en la Universidad Internacional de La Rioja. Doctor en Derecho (Universidad Autónoma de Madrid) y doctor en Ciencias Criminales (Universidad París Nanterre), también es licenciado en Filología Clásica y Derecho. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia, es especialista en responsabilidad penal de las personas jurídicas, tema del que ha publicado dos monografías: *La doctrina 'societas delinquere non potest'* (2019) y *Conversiones sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas* (2021).

El primer Código Penal español fue promulgado hace doscientos años. El texto es un monumento excepcional en la procelosa historia del Derecho Penal de nuestro país. Visto con la perspectiva de todo este tiempo transcurrido, el Código de 1822 es una suerte de foto fija de una sociedad convulsa en lo político y exhausta tras una guerra aterradora. Jurídicamente supone un intento de transición entre el Derecho Penal de la Novísima Recopilación (vetusto y anclado en el Antiguo Régimen) y el movimiento penal de la Ilustración; el resultado fue un precipitado complejo, lleno de tensiones entre tradición y modernidad.

La presente obra es un homenaje crítico a un Código más que meritorio y a los valientes miembros de la Comisión parlamentaria que llevaron a cabo la redacción del texto con una decidida voluntad modernizadora.

La metodología utilizada en esta obra que presentamos pretende dar un enfoque integral del mismo, ofreciendo una primera parte con un amplio contexto histórico para transitar luego por la parte general y especial del texto histórico.

La participación de historiadores del Derecho, penalistas y otros profesionales jurídicos intenta, de este modo, dar una visión completa del poliedro ideológico-penal que contienen los ochocientos dieciséis artículos del Código.

Su propia falta de vigencia real y el trágico destino de muchos de los que participaron en su redacción, no dejó de ser un efecto de esa dramática convulsión política que eclosiona con la victoria reaccionaria tras la invasión de los Cien Mil hijos de San Luis y el comienzo de la *Década Ominosa*. No obstante lo cual, su influencia en el propio Código de 1848 y en diversas leyes penales de otros países, dotan de una justa trascendencia a este fascinante documento que intenta glosar críticamente esta obra.