

Los mecanismos de creación normativa en la España del siglo XIX a través de la codificación penal

SUMARIO: I. Introducción.–II. La recepción de los planteamientos de la Revolución francesa en España y su incidencia legislativa en la formación del Código penal de 1822: 2.1. Revolución burguesa y codificación en España. 2.2. Las Cortes como protagonistas en la formación de nuestro primer Código penal. 2.3. Reducida pero decisiva intervención del ejecutivo en la aprobación del Código de 1822. 2.4. Una accidentada entrada en vigor. 2.5. La polémica derogación del Código de 1822.–III. El proceso codificador entre la restauración absolutista de Fernando VII y la creación de la Comisión General de Codificación (1823-1843): 3.1. El restablecimiento del Derecho Penal del Antiguo Régimen. 3.2. La codificación en la Década Ominosa (1823-1843). 3.3. Hacia la consolidación del parlamentarismo en España: del Estatuto Real a la Constitución de 1837. 3.4. Los liberales optan por tecnificar la creación legislativa: el surgimiento de la Comisión General de Codificación (19 de agosto de 1843).–IV. La codificación penal en la etapa de transición del Estado Constitucional Liberal al Estado Administrativo: la formación del Código penal de 1848: 4.1. Los conservadores empiezan por donde habían acabado los liberales. 4.2. Los redactores del anteproyecto. 4.3. Comisión de estilo, lectura ante la Comisión General y remisión al Gobierno. 4.4. El Gobierno modifica el anteproyecto (diciembre de 1845 a febrero de 1847). 4.5. El anteproyecto en el Senado. 4.6. Del Senado al Congreso. 4.7. Reticencias frente al trámite parlamentario. 4.8. Corta y limitada intervención del Congreso. 4.9. La sanción real (19 de marzo de 1848). 4.10. Una reforma por decreto: la segunda edición de 1850.–V. La vuelta de los progresistas y la persistencia de la intervención del Ejecutivo en la formación del *Código de Verano* de 1870: 5.1. De la Comisión General de Codificación a la Comisión Legislativa. 5.2. El fugaz paso del proyecto de Código penal por las cortes. 5.3. La dilatada vigencia de un código provisional.–VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos clave en la Historia del Derecho es el de los mecanismos a través de los cuales se concretan las normas en las que se plasma el arma-

zón imperativo que constituye uno de los pilares del Derecho en cualquier época histórica. Y ello porque el conocimiento del proceso de creación normativa refleja con bastante fidelidad el grado de estructuración política y jurídica de una sociedad determinada. Hay etapas en las que es la propia sociedad la que se autonorma mediante la concreción de unos usos inmemoriales que le sirven de base para resolver conflictos concretos, supuesto en el que la norma se plasma por vía consuetudinaria. Por el contrario, en otras etapas el poder político que estructura la sociedad tiende a monopolizar esta función creadora de la norma por la vía escrita. Esta segunda variedad es la que predomina en las sociedades más «estatalizadas» en las que el poder político se ha adueñado de la creación normativa y ha adoptado mecanismos específicos para la creación legislativa¹.

En estas páginas se pretende realizar un acercamiento al estudio de los procedimientos de creación normativa en España en el ámbito concreto de la codificación penal, y más concretamente, en el trascendental período de sus orígenes que extendemos a nuestros tres primeros Códigos penales. Ello por varios motivos. En primer lugar, porque el sistema penal de cualquier ordenamiento jurídico constituye uno de los aspectos más sensibles en el ámbito del derecho público de cualquier Estado. Y es que no en balde se trata del sector del ordenamiento jurídico con mayor capacidad de proteger o, por el contrario, de conculcar los derechos fundamentales, y en general los principios del modelo de Estado liberal que triunfa en Europa a partir de la Revolución francesa y, sobre todo, desde 1848. En segundo lugar, porque la legislación penal es uno de los sectores mejor representados en la historia de nuestra codificación, pues, no en vano, a lo largo de nuestra historia jurídica ha habido nada menos que siete Códigos penales entre 1822 y 1995². Seguir el proceso de creación normativa en este ámbito concreto a lo largo de estos 173 años nos permite descubrir un hilo conductor que nos ilustra sobre la incidencia que tiene en el sistema jurídico la consolidación de la estructura del Estado en este período crucial de nuestra historia constitucional. Y es que, los Códigos penales constituyen desde esta

¹ Como subraya A. GARCÍA GALLO, «Las fuentes del Derecho que primero aparecen en el tiempo parecen haber sido la costumbre y las decisiones judiciales. Sólo en las épocas en que el poder político está muy desarrollado aparece la ley, aunque muchas veces incluso subordinada a la costumbre. Sin embargo, a medida que el poder del Estado se fortalece, la ley, como instrumento de su voluntad, se alza por encima de las otras, que no sólo se subordinan a ella sino que incluso se definen o regulan condicionadas por la ley», *Manual de Historia del Derecho Español*, I, 6.ª ed., Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1975, p. 183. De una manera más escéptica se pronuncia J. LALINDE ABADÍA «[...] Desconociéndose el proceso de formación del Derecho primitivo, hay que suponer que hayan jugado un gran papel la fuerza y la costumbre. Esta última, constituida por prácticas, usos o actitudes adoptados reiteradamente ante un problema, habrá llegado a tener la condición de norma como derecho consuetudinario, especialmente en las relaciones privadas y aún en la imposición de sanciones por los hechos que repugnan a la sociedad [...]», *Iniciación histórica al Derecho español*, 4.ª ed. reformada, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1989, p. 29.

² A saber los códigos de 1822, 1848-1850, 1870, 1928, 1932, 1944 y 1995-1996. Por ello, como sugiere Juan Sainz Guerra, el Derecho penal permite, más que ningún otro sector del ordenamiento codificado, hacer un seguimiento más continuado de la evolución de los mecanismos de creación normativa en el Estado español contemporáneo. J. SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*, Jaén, Universidad de Jaén, 2004, p. 20.

perspectiva verdaderos hitos de la transformación del derecho público en la España contemporánea.

En el presente estudio, sin embargo, sólo examinamos los Códigos penales decimonónicos. Ello responde a una consideración concreta. El hecho de que nuestros Códigos penales de 1822, 1848-1850 y 1870, aparecen en una etapa en la que prevalece en la mayor parte de Europa el modelo liberal de Estado, uno de cuyos principios constitucionales básicos es la limitación de los poderes del Ejecutivo por la vía de la división de poderes. Desde este punto de vista en el modelo de Estado liberal se circunscribe la creación legislativa como una competencia exclusiva del Legislativo. A diferencia de lo que ocurre en el siglo XX, a partir del triunfo, desde la Revolución soviética de 1917, de un modelo de Estado opuesto al liberal, que propugna la total intervención del Estado en todos los ámbitos, incluido el legislativo. Por ello, vamos a limitar nuestro estudio al siglo XIX, porque es en esta centuria donde, desde la perspectiva de los mecanismos de creación legislativa, se ve más claramente hasta qué punto pesa en España la tradición castellana de intervencionismo del poder Ejecutivo en la tarea legislativa, a pesar del triunfo de los planteamientos de la Revolución francesa. De ahí que analicemos en el marco de un período en principio homogéneo, como es el de la formación y desarrollo del modelo liberal de Estado, esta peculiaridad del derecho público español decimonónico consistente en que el monarca, en cuanto ostenta el Poder Ejecutivo, es el gran protagonista de la función legislativa, lo que supone una innegable continuidad con el derecho público del Antiguo Régimen. Este exorbitante protagonismo del Ejecutivo en la creación legislativa llama menos la atención en relación con nuestros Códigos penales del siglo XX, en la medida en que se promulgan en momentos en los que prevalece en Europa un modelo de Estado más intervencionista. El contraste resulta, pues, más claro en el ámbito estricto del siglo XIX y ello explica que analicemos en el presente estudio exclusivamente el proceso de génesis de nuestros tres Códigos penales decimonónicos de 1822, 1848-1850 y 1870. Sobre esta base analizaremos los mecanismos de creación normativa que dan lugar a la promulgación y entrada en vigor de cada uno de nuestros históricos Códigos penales decimonónicos, centrándonos en examinar respectivamente el grado de participación de los poderes legislativo y ejecutivo, y observando los pasos que siguieron hasta que los citados cuerpos legales entraron efectivamente en vigor y generaron jurisprudencia.

II. LA RECEPCIÓN DE LOS PLANTEAMIENTOS DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA EN ESPAÑA Y SU INCIDENCIA LEGISLATIVA EN LA FORMACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1822

2.1 REVOLUCIÓN BURGUESA Y CODIFICACIÓN EN ESPAÑA

El derecho público que triunfa en la Revolución francesa incide en nuestro sistema jurídico tras el estallido de la Guerra de la Independencia. Lo que no

deja de resultar paradójico, en la medida en que este conflicto armado va en principio dirigido contra la ocupación militar de España por las tropas francesas y en consecuencia genera un lógico rechazo de toda influencia procedente de la nueva Francia. No obstante, desde un punto de vista jurídico, la reacción contra la intervención napoleónica genera en España un movimiento de aceptación del constitucionalismo revolucionario francés que acaba con el derecho público del Antiguo Régimen. Es comprensible que el Estatuto de Bayona de 1808 sea una constitución de corte napoleónico, con arreglo al modelo que empieza a triunfar con la constitución de 1799, que Bonaparte da a Francia tras el golpe de Estado del 19 de Brumario. No obstante, es más sorprendente que la Carta de Bayona provoque como reacción, en la España antinapoleónica surgida tras la rebelión madrileña del 2 de mayo, la reunión de las Cortes en Cádiz y la redacción de otro texto constitucional, la Constitución de 1812, que a diferencia de la constitución de Bayona de 1808, se inspira directamente no en el modelo constitucional napoleónico, sino en los textos constitucionales revolucionarios: concretamente en las Constituciones de 1791 y 1793. Motivo por el que en ella se impone un régimen propiamente jacobino con una única asamblea todopoderosa y un monarca cuyos poderes se encuentran muy limitados por aquélla³.

Desde el punto de vista legislativo ello supone que las Cortes recaban la competencia legislativa, especialmente en el ámbito de una codificación cuya puesta en marcha aparece por vez primera en el propio texto constitucional gaditano, en el conocido artículo 258 que establecía el principio de unidad de Códigos, incluido a propuesta del diputado Espiga y Gadea. Con las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812 triunfa en España el modelo jurídico público impuesto por la Revolución francesa, con la consiguiente aceptación del principio de la división de poderes, en virtud del cual la ley se convierte en la máxima expresión de la voluntad popular, y en consecuencia deja de considerarse como regalía exclusiva del monarca, de acuerdo con la vieja concepción jurídico-pública propia del Estado castellano del Antiguo Régimen. A partir de 1810 en España la Ley no puede ser creada por el rey, sino por una Asamblea que actúa en nombre de la Nación y que, en virtud de dicha representación, monopoliza los mecanismos de creación normativa.

Las Cortes gaditanas en virtud del principio descrito desarrollan una intensa labor legislativa que además va a resultar trascendental, ya que desmonta en cuatro años, entre 1810 y 1814, aspectos esenciales del sistema jurídico del Antiguo Régimen en España⁴. La excepción es, sin duda, el ámbito de la codifi-

³ Este proceso se halla detenidamente estudiado y descrito en B. AGUILERA BARCHET, «Las raíces jurídicas del Estado español contemporáneo: la guerra de la independencia y el afianzamiento del sentimiento nacional. Notas para un ensayo de historia constitucional europea comparada», en E. ÁLVAREZ CONDE y J. M. VERA SANTOS, *Estudios sobre la Constitución de Bayona*. Madrid, La Ley-Wolters-Kluwer, 2008, pp. 85-207; J. SAINZ GUERRA, *op. cit.*, pp. 20-27, 32-33 y en concreto acerca de la recepción de las ideas de la Ilustración en materia penal, pp. 55-59.

⁴ Como, por ejemplo, el Decreto de 6 de agosto de 1811 de abolición del régimen señorial, o el Decreto de 8 de junio de 1813 por el que las Cortes garantizaban a los propietarios de tierras el pleno y libre disfrute de su derecho.

cación estricta donde no se produce avance alguno en el período gaditano, y menos a partir de la reinstauración en 1814 del absolutismo por Fernando VII. Sin embargo, la situación cambia durante el Trienio Liberal.

El pronunciamiento de Riego, que como pone de relieve Mirkine-Guetzevitch convierte a esta revolución liberal española en el contexto de la Europa de su tiempo en el «estandarte de todas las revoluciones»⁵, reintroduce el modelo revolucionario francés de preeminencia del Legislativo, y por ello las Cortes del Trienio vuelven a convertirse en la máxima autoridad del Estado. Ello permite entre otras cosas los primeros avances de nuestro proceso codificador, ya que es en este nuevo período de hegemonía de las Cortes en el que va a surgir nuestro primer Código completo, el Código penal de 1822. De hecho, y por lo que interesa a nuestro estudio, este Código se aprueba y desarrolla con una participación muy intensa de la asamblea legislativa. Por eso es particularmente interesante analizar el procedimiento legislativo que permitió su aprobación⁶.

2.2 LAS CORTES COMO PROTAGONISTAS EN LA FORMACIÓN DE NUESTRO PRIMER CÓDIGO PENAL

Desde el punto de vista de su creación legislativa nuestro primer Código penal, el de 1822, se caracteriza porque fue enteramente discutido por el Legislativo en sucesivas sesiones parlamentarias. Ello contrasta con los cauces legislativos del Antiguo Régimen al uso en la España de los primeros Borbones, donde el rey, a través del Consejo de Castilla, se había consolidado en el gran protagonista de la tarea legislativa.

⁵ B. MIRKINE-GUETZEVITCH, «La constitution espagnole de 1812 et les débuts du libéralisme européen : Esquisse d'histoire constitutionnelle comparée», en *Introduction à l'étude du droit comparé : Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1938. Troisième partie. *Le Droit Comparé comme science juridique moderne*, p. 215.

⁶ El Código penal de 1822 no es objeto de nuestra investigación como tal, de hecho existe una bibliografía relativamente abundante sobre el mismo. Sin carácter exhaustivo cabe destacarse los estudios siguientes relacionados especialmente con su vigencia: J. M. ALONSO Y ALONSO, «De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, año II, 11 (febrero de 1946); J. ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 18, 2 (1965); A. FIESTAS LOZA, «Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822», *Revista de Historia del Derecho*, II, 1, Granada, 1977-1978; F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, «Contribución al estudio sobre la aplicación del Código penal de 1822», *Cuadernos de Política Criminal*, 5, Universidad Complutense de Madrid, Instituto de Criminología, 1978; J. R. CASABÓ, «La aplicación del Código penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 32, 2 (1979); J. L. BERMEJO, «Sobre la entrada en vigor del Código penal de 1822», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 66 (1996). Un estudio completo lo sigue ofreciendo J. R. CASABÓ, *El Código Penal de 1822*, tesis inédita, Universidad de Valencia publicada en extracto, Madrid, 1968, y acerca de los debates previos a su promulgación sobre todo, M. TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, Universidad degli Studi di Messina. Dipartimento di Studi Europei e Mediterranei, Sicania University Press, 2008.

Riego inicia su movimiento el 1 de enero de 1820 en Cabezas de San Juan (Sevilla) proclamando la Constitución de 1812. No obstante, no logró entrar en Cádiz y por ello el movimiento estuvo a punto de fracasar. Sólo cuando la Constitución gaditana se proclama en La Coruña, el 21 de febrero, se inicia la cadena de adhesiones que llevarían a Fernando VII a convocar Cortes el 6 de marzo⁷. Desde el 9 de marzo, sin embargo, se constituye una Junta Consultiva que fue la que convocó el 22 de marzo a unas Cortes Constitucionales que, sin embargo, no se reunirían hasta el 9 de julio siguiente.

Uno de los primeros actos de las Cortes, en la sesión del 10 de julio, al día siguiente de su apertura, fue nombrar una Comisión de Legislación. Ello ocurrió en la sesión de 10 de julio de 1820, aunque hubo que esperar hasta el 22 de agosto para que ésta iniciara su actividad mediante la constitución de diversas comisiones especializadas, a una de las cuales le fue encomendada la redacción de un *Código criminal*. Esta Comisión, que quedó integrada en su totalidad por diputados⁸, trabajó de forma eficaz ya que sus miembros sólo tardaron cuatro meses en redactar un Proyecto de Código penal⁹. Una celeridad que probablemente respondió a que el borrador de los diversos títulos fue dividido entre los distintos miembros de la comisión, reservándose la redacción material a José María Calatrava y Vadillo, quien además se encargó de dar un repaso general al texto¹⁰.

⁷ El 3 de marzo de 1820 el conde de La Bisbal, a quien Fernando VII había otorgado el mando del ejército que se reunía en La Mancha para marchar contra los sublevados, proclamó la Constitución de 1812 en Ocaña. El hecho influyó muy decisivamente en el ánimo del rey quien consideró desde entonces el movimiento irreversible. El 6 de marzo el rey decidió convocar Cortes y al día siguiente firmó un decreto por el que aceptaba jurar la Constitución gaditana que acababa con la conocida frase: «marchemos todos y yo el primero por la senda constitucional».

⁸ Y en el campo procesal penal llegó a redactar, e incluso imprimir para su discusión, el Proyecto de Código Procesal Penal, entendido éste ya como norma suplementaria del Código penal que debía ser estructurada en un código aparte. En esta sesión se nombraron a los miembros que compondrían dicha Comisión, y se hizo de la siguiente manera: «[...] Se leyó la lista de los Sres. Diputados nombrados por el Sr. Presidente para componer las comisiones que han de entender en la formación de los Códigos, y es como sigue; [...] Para el criminal los Sres. Marina, Calatrava, Silves, Garely, Hinojosa, Ruiz y Prado, San M. y Navarro (D. F.) [...]. Del mismo modo nombró el Sr. Presidente para la Comisión de Legislación, en ausencia del Sr. Cano M., al Sr. Gascó», *Diario de Sesiones de las Cortes*, sesión del día 22 de agosto de 1820, núm. 49, p. 610.

⁹ Debió comenzar sus tareas en torno a la fecha del 9 de noviembre de 1820 y éste fue presentado íntegramente concluido ante las Cortes en la sesión del 2 de abril de 1821. L. ARRAZOLA, *Enciclopedia española de Derecho y Administración o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias*, Madrid, 1856, t. IX, p. 323. Para más información sobre los acontecimientos previos a su promulgación sobre todo véase, *Diario de Sesiones de las Cortes*, sesión del día 21 de abril de 1821, núm. 53, p. 1131. Código penal. Como no hay constancia de los trabajos o ponencias del Proyecto, ni se conservan las actas de la Comisión, es razonable dudar que éstas llegaran a existir. En este sentido, J. R. CASABÓ *El Código Penal de 1822*, cit., pp. 116-117. Acerca de los debates resulta imprescindible la obra de M. TORRES AGUILAR, *op. cit.*

¹⁰ Es la conclusión a la que llega J. R. CASABÓ, *El Código Penal de 1822*, cit., p. 117. La destacada participación de Calatrava en la redacción del texto de la ponencia es deducida por Baró Pazos sobre la base del estudio de los debates de la Comisión en «Historiografía sobre la codificación del Derecho penal en el siglo XIX», *Doce estudios de historiografía contemporánea*, Santander, Editorial Universidad de Cantabria-Asamblea Regional de Cantabria, 1991, p. 25.

Fue también el propio José M.^a Calatrava quien hizo la presentación de un «Dictamen acerca del Proyecto de Código Penal» elaborado por la Comisión ante las Cortes y procedió a hacer la primera pública lectura del texto de la ponencia ante la Asamblea legislativa en la sesión del 21 de abril de 1821¹¹. Sólo entonces el proyecto se publicó en el *Diario de Sesiones de las Cortes* del 22 de abril de 1821, precedido de un preámbulo o exposición de la Comisión de Cortes¹².

En todo este proceso legislativo sobresale el carácter marcadamente parlamentario que tuvo el proceso de elaboración de nuestro primer Código penal. Y es que, no sólo a lo largo de la citada primera lectura se intercalaron las rectificaciones propuestas por la propia Comisión, sino que se invitó directamente a los diputados a que se estudiaran la ponencia a fin de «ilustrarla con todas las observaciones, ideas y conocimientos». Para dar mayor amplitud a su llamada a la participación la Comisión instó al Gobierno para que enviase ejemplares e impresos del Proyecto a Universidades, Tribunales, Colegios de Abogados, y procediese a la publicación del mismo en la *Gaceta*, para que «intelectuales, literatos y personas instruidas» enviaran sus observaciones¹³. De hecho, es preciso poner de relieve que esta llamada a la participación colectiva por parte de la Comisión redactora del Proyecto tuvo un amplio eco¹⁴.

¹¹ *Diario de Sesiones de las Cortes*, sesión del día 21 de abril de 1821, núm. 53, pp. 1131. Las tres lecturas del Proyecto se prolongarían hasta la sesión celebrada el día 9 de octubre de 1821. Para más información *Vid.*, *Diario de Sesiones de las Cortes*: sesión del día 22 de abril de 1821, núm. 54, p. 1149; sesión de 23 de abril de 1821, núm. 55, p. 1236; sesión de 24 de abril de 1821, núm. 70, p. 1248; sesión de 18 de mayo de 1821, núm. 80, p. 1665; sesión de 22 de mayo de 1821, núm. 84, p. 1756; sesión de 26 de mayo de 1821, núm. 88, p. 1858; 28 de mayo de 1821, núm. 90, p. 1904; 16 de junio de 1821, núm. 109, p. 2303, y 30 de septiembre de 1821, núm. 6, p. 36. La segunda lectura concluiría en la sesión celebrada en Legislatura Extraordinaria del día 1 de octubre de 1821, núm. 7, p. 50, y la tercera en la sesión celebra en Legislatura Extraordinaria el día 9 de octubre de 1821, núm. 15, p. 163. Véase, J. TORRES MENA, «Memorial ajustado en el pleito sobre la codificación que se eleva al Tribunal-Decanato del Colegio de Abogados de Madrid», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 46 (1874), p. 84. La discusión completa del Proyecto de Código Penal está documentada en el *Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821. Discusión del Proyecto de Código Penal*, Madrid: Imprenta Nacional 1822, 3 vols. También recogidos por J. BARÓ PAZOS, «Historiografía», *cit.*, p. 25.

¹² *Discusión del proyecto de Código Penal de 1821*, Imprenta Nacional, t. I, p. 1822.

¹³ *Diario de Sesiones de las Cortes*, sesión de 24 de abril de 1821 núm. 70, p. 1248; de ellas también da cuenta J. BARÓ PAZOS, «Historiografía», *cit.*, p. 27. Se estableció como fecha límite la recepción de aquellas el día 1 de julio de 1821, plazo que sería ampliado hasta el 15 de agosto de 1821, *Diario de Sesiones de las Cortes*, sesión de 16 de junio de 1821, núm. 109, p. 2303.

¹⁴ Casabó menciona la recepción de nada menos que cuarenta y dos escritos. Algo que deduce de los informes hallados, contando con que de estos informes no se conservan todos, así como de la denuncia por parte de Silvela de su pérdida. J. R. CASABÓ, *El Código Penal de 1822...*, *cit.*, pp. 127-130. Sobre algunos de estos informes: J. A. SAINZ CANTERO, «El informe de la Universidad de Granada sobre el Proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 20, Madrid, 1967, pp. 509-538, y J. CUELLO CONTRERAS, «Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el Proyecto de Código Penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 30, Madrid, 1977, pp. 83-110.

Sólo entonces se reabrieron las sesiones de Cortes para realizar las oportunas rectificaciones al hilo de las observaciones realizadas mediante una segunda y tercera lectura del proyecto. Esta fase del procedimiento legislativo se inició en la sesión del 29 de septiembre y sólo concluyó el 1 de noviembre de 1821 con la inclusión de las variaciones introducidas por la Comisión, fruto de las Observaciones del Tribunal Supremo, Audiencias Territoriales, Universidades literarias, Corporaciones, Colegio de Abogados de Madrid y de individuos particulares¹⁵.

Finalmente, en la sesión de Cortes extraordinarias de 23 de noviembre de 1821 se dio comienzo a la discusión pormenorizada del Proyecto de Código penal, que sería examinado artículo por artículo, caso único en la historia de nuestra codificación penal¹⁶.

2.3 REDUCIDA PERO DECISIVA INTERVENCIÓN DEL EJECUTIVO EN LA APROBACIÓN DEL CÓDIGO DE 1822

Faltaba, sin embargo, el paso esencial de que el texto sometido a debate parlamentario se convirtiese en ley y entrase en vigor, extremo que no estuvo exento de cierta polémica, pues la propia comisión que había elaborado el proyecto de Código criminal aconsejaba suspender su entrada en vigor¹⁷. Para superar este trámite decisivo fue necesaria la intervención del Ejecutivo que instó el cumplimiento de los tres requisitos externos que exigía la Constitución de Cádiz para la entrada en vigor de una ley; a saber: la sanción, la promulga-

¹⁵ *Diario de Sesiones de las Cortes*, Legislatura Extraordinaria, sesión de 23 de noviembre de 1821, núm. 60. pp. 911-931, los informes se encuentran en las pp. 920-931.

¹⁶ Dicha discusión parlamentaria terminó en febrero de 1822 con la aprobación del Código por parte de las Cortes en la sesión de 8 de junio de 1822. La publicación total del texto se verificó en las Cortes el 29 de junio de 1822. Los debates en torno al Proyecto de Código tuvieron lugar durante cincuenta y nueve sesiones de Cortes correlativas que alternaron con otros asuntos. Esta sería la vez que más sesiones se emplearían para los debates en las Cortes en la historia de nuestra codificación penal. Antón Oneca ofrece una valoración bastante negativa de la altura de los debates en su «Historia del Código Penal de 1822...», *cit.*, pp. 263-278. Opinión que no es compartida por Casabó quien considera que se «muestran los diputados a un nivel relativamente alto». De hecho realiza un estudio de los mismos en el que sobresale curiosamente que la gran mayoría de las discusiones parlamentarias giraron en torno a los conceptos comprendidos en el título preliminar. Es significativo que el *Diario de las Discusiones* dedicó casi dos de sus tres volúmenes a los debates de la parte general. Véase J. R. CASABÓ, *El Código Penal de 1822...*, *cit.*, pp. 130-131, y más recientemente M. TORRES AGUILAR, *op. cit.*, quien dedica toda su obra al análisis de dichos debates.

¹⁷ Lasso y Gaité sugiere que hubo una posible confabulación dirigida a retrasar la discusión y aprobación del texto. Véase su *Crónica de la Codificación española*, 5. *Codificación penal*, 2 vols. Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, t. I, pp. 46-48. Ello es verosímil en la medida en que la propia Comisión presentaría un Dictamen solicitando la suspensión de la entrada en vigor del Código, petición que no fue aprobada por las Cortes Extraordinarias y quedó pendiente para la siguiente legislatura. M. TORRES AGUILAR, *op. cit.*; A. FIESTAS LOZA, «Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822», *cit.*, pp. 55-78.

ción y la publicación¹⁸, indispensables para que las leyes decretadas en Cortes se convirtiesen en obligatorias.

Fue concretamente Nicolás María Garely, ministro de Justicia durante los años 1822 y 1823, quien, desoyendo el Dictamen propuesto por la propia Comisión que solicitaba la suspensión de la norma recién aprobada, tomó la iniciativa de cumplir los trámites constitucionales previstos para la definitiva entrada en vigor del Código recién aprobado. Garely consiguió que, en menos de treinta días, el Consejo de Estado emitiera su preceptivo dictamen sobre el Código¹⁹. Lo que permitió que el 29 de ese mismo mes comunicara el ministro de Gracia y Justicia la sanción real, publicada como Ley por las Cortes. Sólo entonces se ordenó pasar aviso al Gobierno para que promulgase el Código. El texto oficial quedaría impreso recogiendo que el Código había sido decretado por las Cortes el 8 de junio y sancionado por el rey el 29 siguiente²⁰. Por último, conforme al artículo 154 de la Constitución de 1812, el Código penal fue mandado promulgar, lo que ocurrió el 9 de julio de 1822, dos años después de la fecha de apertura de las Cortes²¹. Con el trámite de la publicación del Código penal concluyó el procedimiento legislativo²².

¹⁸ La publicación del Código civil de 1889 variaría esta concepción de manifestación de la Ley en su artículo 1.º.

¹⁹ El diputado Oliver, por su parte, en la sesión de 13 de marzo de 1822 presentó una adición por la que proponía que «Desde la publicación de este Código queden derogadas y sin efecto todas las leyes penales promulgadas anteriormente y los tribunales se arreglen «exclusivamente a las contenidas en este Código». *Diario de Sesiones de las Cortes*, sesión de 13 de marzo de 1822, p. 332. También se acordó que, a propuesta del marqués de la Merced y de Alcalá Galiano, «se nombrase una comisión especial que entendiera exclusivamente de rever el Código Penal antes de remitirlo a la sanción de S. M.». Nuevos contratiempos hubieron de sortearse, antes de que Fernando VII sancionara el Código penal. El 22 de abril se notificó la pérdida de la minuta que recogía el texto del Código y se propuso que para salvaguardar la autenticidad de la misma se nombrase una comisión especial con las actas de las sesiones. Se aceptó por el Presidente esta solución nombrándose en la sesión del 12 dicha Comisión compuesta por Gómez Becerra, Trujillo, González Alonso, Robinat y Rey. Esta Comisión presentó el día 21 de mayo un informe en el que señalaba haber «confrontado cada uno de los artículos de dicho Código, no solo con los del proyecto, a cuyo margen se hallaban las notas autorizadas de su aprobación o alteración, sino también con las actas originales, presentando la Congreso la expresada minuta, rubricada al final por los señores de la comisión». J. F. LASSO Y GAITE, *op. cit.*, I, pp. 46-48. En las sesiones de los días 5, 7 y 8 de junio se procedió a dar lectura a la minuta del Código. De las diversas peticiones que trataban de paralizar o de ralentizar el proceso de vigencia de dicho Código da cuenta J. R. CASABÓ, *El Código Penal de 1822...*, *cit.*, pp. 155-163, que, además, ofrece una serie de hipótesis acerca de los intereses no manifestados por los solicitantes de su no entrada en vigor.

²⁰ De acuerdo con los principios constitucionales, dicho Proyecto aprobado debía pasar a la sanción real por la que el rey estudiaría el caso, asesorándose de quien procediere, y, en consecuencia, procedería, o a su sanción o a disponer que se devolviera a las Cortes con su implícita reprobación. En caso del silencio por parte del rey, se entendería sancionado a los treinta días de presentado el Decreto a su consideración. En este sentido, J. M. ALONSO Y ALONSO, *op. cit.*, pp. 2-15, especialmente la p. 9.

²¹ «Artículo 154. Publicada la ley en las Cortes, se dará de ello aviso al Rey para que se proceda inmediatamente a su promulgación solemne».

²² A través de una Real Orden en la *Gaceta de Madrid* el 27 de septiembre 1822. Acerca de las dificultades en torno a su publicación, Alonso y Alonso entiende que la Imprenta Nacional,

2.4 UNA ACCIDENTADA ENTRADA EN VIGOR

La publicación de nuestro primer Código, sin embargo, no se tradujo en su entrada en vigor²³. En la propia *Gaceta* de 27 de septiembre de 1822 en la que se publicaba el Código, se incluyó una Real Orden en virtud de la cual se prorrogaba expresamente la *vacatio legis* hasta el día 1 de enero de 1823²⁴. Este retraso resultaría fatal para la vida del texto legislativo cuya vigencia sería efímera por las circunstancias políticas que provocaron el abrupto final del Trienio, precipitado por la aprobación en el Congreso de Verona (22 de noviembre de 1822) de la intervención militar francesa para restablecer a Fernando VII en la plenitud de sus prerrogativas reales, que se desarrolla entre el 7 de abril y el 1 de octubre de 1823.

2.5 LA POLÉMICA DEROGACIÓN DEL CÓDIGO DE 1822

La vuelta del absolutismo de Fernando VII tras la expedición de los Cien Mil Hijos de San Luis acarrió la derogación del Código de 1822. Algunos autores, sin embargo, matizan dicha derogación, en la medida en que ponen de relieve que los actos del Gobierno constitucional fueron siendo suprimidos y derogados a medida que avanzaban las tropas realistas. Por ello, el profesor Casabó entiende que «no cabe hablar de una fecha de derogación única y válida para todo el país, ya que éstos habrían que seguir el desenvolvimiento de la guerra»²⁵.

La efímera vida del Código penal de 1822 no es óbice, sin embargo, para reconocer, como subraya Antón Oneca, que la mera existencia del Código de 1822 fue indiscutiblemente ya un éxito legislativo, porque tuvo «más influencia sobre el Código de 1848 de lo que acostumbra a decirse», y por contener «preceptos precursores de instituciones modernas»²⁶.

sobrecargada de trabajo, no pudo satisfacer inmediatamente los deseos de quienes redactaron el Código, *op. cit.*, p. 10.

²³ La entrada en vigor y la aplicación del Código penal de 1822 es un tema extraordinariamente polémico, que ha generado una literatura relativamente abundante. Además de los ya citados trabajos *ut supra* nota 6.^a: A. FIESTAS LOZA, *Los delitos políticos (1808-1936)*, Salamanca, Librería Cervantes, 1977; F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, «Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 5.º, Madrid, 1978; J. M. LORENTE SARIÑENA, *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998; E. DE BENITO FRAILE, «Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código penal de 1822», *Foro, Nueva Época*, 8 (2008), pp. 41-68.

²⁴ Dicha prolongada *vacatio legis* se debió muy probablemente a las dificultades inherentes a la extensión del Código que, a juicio del Gobierno, dificultaría su rápida difusión e instrucción por parte de los órganos encargados de su cumplimiento, así como a la conveniencia de que entrase en vigor de modo uniforme en todos los Tribunales del Reino. Ésta es la explicación que ofrece Casabó con base en la Real Orden de 28 de septiembre de 1822 que se remitió a la Audiencia Territorial del Valencia en *El Código Penal de 1822...*, *cit.*, pp. 161-162. En el mismo sentido J. M. ALONSO Y ALONSO, *op. cit.*, p. 10.

²⁵ J. R. CASABÓ, *El Código Penal de 1822...*, *cit.*, p. 163.

²⁶ J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2.^a ed., Madrid, GREFOL, 1986, p. 73.

III. EL PROCESO CODIFICADOR ENTRE LA RESTAURACIÓN ABSOLUTISTA DE FERNANDO VII Y LA CREACIÓN DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (1823-1843)

3.1 EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO PENAL DEL ANTIGUO RÉGIMEN

Con la derogación del texto de 1822 se volvió al anacronismo de la situación anterior dominada por el Derecho penal del Antiguo Régimen²⁷. En este sentido, como advertía uno de nuestros más originales penalistas, Pedro Dorado Montero, con su derogación volvíamos «a quedar nuevamente sometidos a la legislación criminal de las Partidas»²⁸. Del estado de nuestra situación penal de entonces, dio buena cuenta el que llegara a ser presidente del Tribunal Supremo, Lorenzo Arrazola, al comentar cómo únicamente podía paliarse el retraso del todavía *non nato* Derecho penal moderno en España, a través de «una jurisprudencia, arbitraria en verdad, pero que concluyó por prevalecer con beneplácito universal, porque estaba en la conciencia de todos; porque nadie se atrevía a reclamar el cumplimiento de las leyes durísimas escritas en nuestros Códigos y colecciones legales». Lo peor, sin embargo, era la falta de uniformidad concretada, como sigue describiendo Arrazola, en el hecho sangrante de que se juzgaba «de diferente modo en distintos tribunales de los mismos delitos, y es que, «limitándose la jurisprudencia principalmente a la moderación de las penas, no consideraba bien los diversos grados de participación del delito, no establecía un sistema prudentemente graduado de penalidad y era un ejemplo funesto que los encargados de aplicar la Ley fueran los primeros que abierta y paulatinamente la infringieran»²⁹.

²⁷ Las ominosas consecuencias las describe Romero Girón: «las definiciones de los delitos no correspondían a la realidad social, y los tribunales no las aceptaban; las definiciones de las penas, mucho menos correspondían a la realidad social, y los tribunales las dejaban a un lado; y a esto se había sustituido un arbitrio judicial, que comprendía desde los elementos más comunes de todo delito, [...] la imputabilidad de cada delito, hasta las últimas determinaciones de la pena y de su acción represiva, coercitiva, reformadora, ejemplar, etc.». V. ROMERO GIRÓN, «Pacheco y el movimiento de la Legislación penal en España en el presente siglo», *La España del siglo XIX, Colección de Conferencias Históricas celebradas durante el curso de 1885-86*, núm. 30, Ateneo de Madrid, t. III, p. 180.

²⁸ P. DORADO MONTERO, «Balance penal de España en el siglo XIX», *De Criminología y penología*, Madrid, Viuda de Rodríguez Serra, 1906, p. 135.

²⁹ L. ARRAZOLA, *Enciclopedia española de Derecho y Administración o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias*, Madrid, 1856, t. IX, pp. 321 y ss. A tal exacto, para una aproximación en torno al arbitrio judicial anterior a la codificación véase F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal en la Monarquía absoluta, siglos XVI y XVIII*, Madrid, Tecnos, 1969 y *La tortura en España. Estudios Históricos*, Barcelona, Ariel, 1973; B. SCHNAPPER, «Les peines arbitraires du XIII^e au XVIII^e siècle (Doctrines savantes et usages)», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XLII (1973), y su continuación en la misma revista XLII (1974); Y. BONGERT, «Le juste et l'utile dans la doctrine pénale de l'Ancien Régime», *Archives de Philosophie du Droit*, XXVII (1982); A. LAINGUI, «Lois, juges et docteurs dans l'Ancien Droit pénal», *Cahiers de philosophie*

3.2 LA CODIFICACIÓN EN LA DÉCADA OMINOSA (1823-1843)

La vuelta de Fernando VII acabó con el régimen jacobino del Trienio y ello supuso la anulación de la mayoría de las normas aprobadas por «las llamadas cortes»³⁰. Ello, sin embargo, no supuso el detenimiento del proceso codificador, como demuestra la aprobación del Código de comercio de 1829, impuesto por las graves circunstancias económicas en la que queda sumida España tras la pérdida de la mayor parte de los territorios de Ultramar. No obstante, nuestro primer Código de comercio no es elaborado por el legislativo sino por el Gobierno. Algo por otra parte normal si tenemos en cuenta su elaboración en plena Década Ominosa. Ciertamente, se crea una comisión restringida que discute el texto y fija un borrador. No obstante, no hay Cortes a las que someter el anteproyecto, y, a la postre, el Código de comercio de 1829 es esencialmente obra de una persona, un antiguo fiscal liberal, Pedro Sainz de Andino, cuyo criterio prevalece en la redacción final por encima del de los miembros de la Comisión³¹. Esta forma de legislar desde el Ejecutivo, apoyándose en juristas técnicos, no sorprende desde un punto de vista político si tenemos en cuenta que Fernando VII es un monarca absoluto y por eso reimplanta la vieja tradición castellana que hace residir en el monarca la competencia legislativa.

Aprobado el Código de comercio, Fernando VII consideró la necesidad de proseguir la tarea codificadora precisamente en el ámbito del Derecho penal,

politique et juridique de l'Université de Caen, 12 (1988); M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1987. Acerca del juez en el Antiguo Régimen, J. J. SAINZ GUERRA, *La Administración de Justicia en España (1810-1870)*, Madrid, Eudema, 1992, especialmente las pp. 35-58; además, A. NIETO, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel Derecho, 2000, especialmente las pp. 203-204 y pp. 209-210; B. GONZÁLEZ ALONSO, «Jueces, justicia, arbitrio judicial (algunas reflexiones sobre la posición de los jueces ante el Derecho en la Castilla Moderna)», *Vivir el Siglo de Oro. Cultura e Historia en la Época Moderna: estudios en homenaje al profesor Ángel Rodríguez Sánchez*, Universidad de Salamanca, 2003; P. ORTEGO GIL, «Notas sobre el arbitrio judicial *usque ad mortem* en el Antiguo Régimen», *Cuadernos de Historia del Derecho*, vol. extraordinario 211-213 (2004); M. P. ALONSO ROMERO, *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

³⁰ Hay que destacar una notable excepción fiscal, pues Fernando VII mantuvo el impuesto que las Cortes del Trienio habían creado sobre el papel en el que debían extenderse las letras de cambio para preservar su fuerza ejecutiva. Las Cortes habían establecido una escala de cinco clases de papel, aunque se entregaban duplicados de forma gratuita con la compra del papel de la clase correspondiente. Por una Real Orden de 25 de octubre de 1825 el Gobierno disponía la continuación «por un año más del referido impuesto de las letras de cambio [...] para experimentar si el producto merece una mayor consideración que la de los diez meses primeros del año próximo». Y aparentemente el impuesto fue merecedor de tal consideración porque desde entonces se ha mantenido hasta la época presente. Recogido por B. AGUILERA BARCHET, *Historia de la letra de cambio en España. Seis siglos de práctica trayecticia*, Madrid, Tecnos, reimpresión de la primera edición 1989, p. 471.

³¹ Sobre las circunstancias en las que surge nuestro primer Código de comercio la obra de referencia sigue siendo J. RUBIO, *Sainz de Andino y la Codificación mercantil*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950.

pues, mediante un Decreto de 26 de abril de 1829, ordenó urgentemente la creación de un Código criminal, cuya redacción ya se había decretado diez años atrás³².

3.3 HACIA LA CONSOLIDACIÓN DEL PARLAMENTARISMO EN ESPAÑA: DEL ESTATUTO REAL A LA CONSTITUCIÓN DE 1837

El absolutismo de Fernando VII empezó a resultar inoperante a partir de la emancipación de la América española, irreversible tras la derrota de Ayacucho (1824) y totalmente insostenible desde el nacimiento de la futura Isabel II en 1830, como consecuencia de la cuestión dinástica que planteó la no publicación en su momento de la norma aprobada por las Cortes de Madrid de 1789, en principio derogatoria de la vieja Ley Sálica, introducida en nuestro derecho dinástico por Felipe V. Aunque es cierto que desde finales de 1826 el rey se había visto desbordado por los ultras que, dirigidos por su hermano Don Carlos María Isidro, se habían convertido en los abanderados del absolutismo. Concretamente desde el «manifiesto de los agraviados» (noviembre de 1826) que provocó una sublevación militar en Cataluña que el Gobierno de Fernando II no logró controlar hasta el otoño de 1827³³.

La abierta sublevación que protagoniza Carlos María Isidro tras la muerte de Fernando VII (29 de septiembre de 1833) obligó a María Cristina de Nápoles a aproximarse a los liberales para salvaguardar los derechos dinásticos de su hija mayor. Ello tuvo importantes consecuencias desde el punto de vista de la transformación de nuestro derecho público, pues los sucesivos Gobiernos de la Regencia propician el abandono progresivo del absolutismo como modelo de Estado, lo que de entrada se traduce en la consolidación del principio constitucional introducido por las Cortes gaditanas y abolido por Fernando VII con el

³² Conociendo el ahínco con el que el absolutista Fernando VII ordenó la derogación del Código de 1822, no deja de resultar paradójico que siete años más tarde el monarca considerase prioritario adoptar dos medidas ciertamente «revolucionarias» como la reestructuración territorial del Estado y la formación de un Código penal. Y así lo afirmaba él mismo; «[...] no es posible dejar de encarecer con particular elogio [...] las dos grandes empresas de la división del territorio español, y la del Código Penal, que aún es más ardua y sublime, cuya ejecución se ha debido en ésta época a la sabiduría y celo de las Cortes. Sus nombres solos dan bien a conocer la importancia de estas obras capitales, cuya necesidad era notoria, y cuya suma conveniencia, reservada a la necesidad del tiempo, no puede ser todavía manifiesta», Discurso Pronunciado por Su Majestad al cerrarse las Sesiones de las Cortes Extraordinarias de 1821, el día 14 de febrero de 1822, núm. 43, en *Documentos a los que se hace referencia en los Apuntes Histórico-críticos sobre la Revolución de España*, Londres, Impreso por Ricardo Taylor, t. I, p. 309. Sobre esta tardía iniciativa codificadora y el Proyecto a que dio lugar M. D. M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La Codificación penal en España: los Códigos de 1848 y 1850*, Madrid, BOE, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 37-40. La autora recoge como fecha en que se ordena la iniciativa codificadora el 30 de abril de 1829 de acuerdo con J. F. LASSO GAITE, *op. cit.*, I, p. 176.

³³ Los agraviados lograron conquistar en agosto de 1827 las poblaciones de Olot, Cervera, Solsona y Manresa, localidad esta última en la que quedó establecida la sede de una Junta Provincial Superior del Gobierno del Principado de Cataluña. Sobre el conflicto J. TORRAS ELÍAS, *La guerra de los agraviados*, Barcelona, Cátedra de Historia General de España, 1967.

paréntesis del Trienio. En un primer intento a través del Estatuto Real (1834), una carta otorgada, inspirada, al menos en cuanto a la forma de su promulgación, en la vieja *Charte* promulgada veinte años antes por Luis XVIII en la Francia de la Restauración³⁴.

El Estatuto Real fue desbordado por la sublevación de unos sargentos, en lo que se conoce como el Motín de la Granja, que en el verano de 1836 impusieron a la Regente el restablecimiento de la vigencia de la Constitución de 1812. Con este hecho se inicia la que puede denominarse la cuarta etapa del «Estado Constitucional Liberal»³⁵ que abarca los años 1836-1843. Un restablecimiento que a la postre resultaría efímero, pues en 1837 los más destacados líderes liberales del momento, Salustiano de Olózaga y José María Calatrava, este último ponente del Código de 1822, propiciaron la redacción y aprobación de un nuevo texto constitucional: la Constitución de 1837, manifiestamente inspirados en el modelo de la Constitución belga de 1831, impuesta por los católicos liberales tras la revolución de 1830 que desgajó Bélgica como reino independiente del Reino Unido de los Países Bajos forjado en el Congreso de Viena tres lustros antes³⁶.

³⁴ Por su elaboración, aprobación y contenido, el Estatuto Real tradicionalmente no fue bien considerado por nuestros constitucionalistas, aunque actualmente merece un juicio más positivo, en la medida en que sin duda asienta el parlamentarismo en España, pues aunque no implantara el régimen parlamentario sí acogió el principio de que la legislación debe ser discutida y aprobada en cámaras legislativas, como ha estudiado Villarroya en su clásico estudio *El sistema político del Estatuto Real (1834-1836)*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, y más recientemente C. M. RODRÍGUEZ LÓPEZ-BREA, «La práctica parlamentaria durante el Estatuto Real: peticiones económicas de los procuradores en la legislatura 1834-1835», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 93 (julio-septiembre 1996), pp. 415-430. Además de abrir indiscutiblemente un sistema representativo especialmente a partir del Decreto de 24 de mayo de 1836 por el que se implantó el principio de la elección directa. Sobre este aspecto esencial de la dimensión del Estatuto Real, N. ARAQUE HONTANGAS, «Las primeras elecciones celebradas con el Estatuto Real de 1834», *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 32 (2010), pp. 95-108.

³⁵ Siendo las tres primeras la de las Cortes de Cádiz (1810-1814), la del Trienio Liberal (1820-1823) y la correspondiente a la Regencia de Espartero (1840-1843). Sobre el sentido de la expresión «Estado Constitucional», véase S. ROSADO PACHECO, *El Estado administrativo en la España del siglo XIX: Liberalismo e intervencionismo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 9-10.

³⁶ La revolución que trae en 1830 la Monarquía de Julio a Francia tuvo una amplia repercusión en Europa donde, de entrada, provocó la Revolución belga y la trascendental reforma electoral inglesa de 1832. Los liberales Calatrava y Olózaga por fin entendieron que la inaplicabilidad de la Constitución de 1812 exigía la adopción de un modelo adaptado a la teoría constitucional del momento, con un pragmatismo que permitió que se consolidase definitivamente el principio constitucional en España. Ello es puesto de relieve en un artículo anónimo, publicado el mismo año 1837 en Bruselas: «C'est l'influence de M. Olózaga qui a donné à la nouvelle constitution espagnole son caractère pratique, qui a fait rendre au souverain son importance dans l'état, qui a débarrassé la machine du gouvernement de rouages inutiles ou dangereux, comme le conseil d'état de la constitution de Cadix et la députation permanente des cortès, qui a fait éviter la tendance des législateurs de 1791 et de 1812 à tout régler géométriquement, et qui enfin a mis une nation monarchique en possession d'une charte ou l'élément monarchique n'est plus entièrement sacrifié au principe électif», «L'Espagne depuis la Révolution de La Granja», *Revue Universelle: Bibliothèque de l'homme du monde et de l'homme politique aux XIXe siècle*, Bruxelles-Société Belge de Librairie, Imprimerie de E. Laurent. 5^{me} Année, tome IV, 1837, p. 378.

Podría pensarse, en este sentido, que el triunfo del principio constitucional y del parlamentarismo, tras la aprobación del Estatuto Real en 1834, iba a devolver al poder legislativo la potestad legislativa que ostentaron las Cortes gaditanas y las del Trienio. No obstante, ni las Asambleas Legislativas de Martínez de la Rosa, ni las Cortes resultantes de la reforma constitucional de 1837 –lo que resulta aún más sorprendente–, pusieron en tela de juicio el monopolio legislativo que tradicionalmente venían ostentando los reyes de España³⁷. La liberalísima Constitución de 1837 reconocía, sin embargo, expresamente en su articulado que el poder legislativo era compartido por las Cortes con el rey³⁸.

3.4 LOS LIBERALES OPTAN POR TECNIFICAR LA CREACIÓN LEGISLATIVA: EL SURGIMIENTO DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (19 DE AGOSTO DE 1843)

Que la tarea legislativa fuese constitucionalmente encomendada a las Cortes con el rey era una puerta abierta a la intervención del Ejecutivo en el más alto nivel de la creación normativa. De hecho, fueron los liberales quienes crearon las bases de un sistema de producción normativa que la alejaba de la influencia política en la medida en que volvía a sustraer la tarea al Legislativo, con la creación de una Comisión especializada, integrada por técnicos. Ésta fue la Comisión General de Codificación, que aparece en los últimos meses de la Regencia de Espartero, el 19 de agosto de 1843. Once semanas antes de que Isabel II jurase la Constitución de 1837, el 10 de noviembre de 1843. Los liberales dirigidos por Espartero abandonaban, pues, el jacobinismo de las Cortes gaditanas y de las del Trienio y optaban por otorgar al Ejecutivo el protagonismo en la impulsión y desarrollo de la tarea codificadora, a través de un organismo técnico cuyos miembros eran designados por el Gobierno.

La creación de la Comisión General de Codificación implicaba una nueva dirección en la tarea codificadora a la que dotaba de un instrumento más técnico que político³⁹. Esta Comisión que inició su andadura el 16 de septiembre

³⁷ Sobre los orígenes de la Constitución de 1837 véase J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, «La Constitución española de 1837: una constitución transaccional», *Revista de Derecho Político*, 20 (1983/84), pp. 271-279.

³⁸ Concretamente en su artículo 12 que rezaba: «La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey». El artículo fue respetado literalmente por la Constitución de 1845. Esta grave excepción al principio de la soberanía del Legislativo es analizada por J. FONTANA I LÁZARO, en «La Constitución española de 1837: mito y realidad», en *Haciendo historia: homenaje a María Ángeles Larrea*, vol. coordinado por Juan Antonio Gracia Cárcamo y Rafael María Mieza, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2000, pp. 197-210.

³⁹ «Llegó un día en que el Gobierno comprendió que era errado el camino que llevaba; que con él no podía esperarse nunca el objeto de sus deseos; que los Códigos debían partir todos del mismo centro, y que a las comisiones especiales debía sustituir una general. Esto sucedió el 19 de agosto de 1843». P. GÓMEZ DE LA SERNA, «Estado de la codificación al terminar el reinado de Isabel II», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 39 (1871), p. 295. Y es que como afirma Baró Pazos: «Demostrada, al menos en sus resultados inmediatos, la poca eficacia de las

de 1843⁴⁰, pronto acordó la división de las tareas codificadoras en cuatro Secciones, una de las cuales debía ocuparse de la codificación penal⁴¹. También partió de la Comisión General de Codificación un texto aprobado el 21 de septiembre de 1843 con seis bases generales, de las cuales tres afectaban específicamente a la Codificación penal, concretamente la cuarta, la quinta y la sexta⁴².

Comisiones parlamentarias, de las especiales, o incluso de la labor de los juristas particulares que pusieron su pluma y su ingenio a contribución de la tarea codificadora», se crearía dicho instituto como una «acertada decisión política» a fin de reconducir «todo el esfuerzo codificador desplegado hasta la fecha, por la senda de la oficialidad y la unidad de dirección», J. BARÓ PAZOS, *La codificación del Derecho Civil en España, (1808-1889)*, Santander, Universidad de Cantabria, 1993, p. 89.

⁴⁰ Acerca de la Comisión General de Codificación de 1843, *vid.*, M. D. M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La Codificación penal en España: los Códigos de 1848 y 1850*, *cit.*, pp. 40-46.

⁴¹ Real Decreto de 10 de agosto de 1843, *Gaceta de Madrid* de 20 de agosto de 1843. Esta cuádruple división en Secciones afectó también al orden de los trabajos, pues las dos primeras Secciones quedaron encargadas de redactar los Códigos civil y penal, mientras las dos últimas debían encargarse con carácter prioritario de la elaboración de un Proyecto de Organización de tribunales que, tras ser posteriormente discutido y aprobado en Comisión general, serviría de base para la redacción de los dos anteriores Códigos. Dicho orden ideal finalmente no se cumpliría. Del Informe del 28 de septiembre de 1843 redactado por M. Cortina, se deduce que la Comisión, en su sesión general de 16 de septiembre de 1843, quedó encargada de la formación de los Códigos. Fue en esa misma sesión en la que la Comisión quedó estructurada en cuatro Secciones, recibiendo cada una de ellas la orden de redactar sus respectivos Códigos. Su lectura es altamente esclarecedora del proceso encaminado a la ordenación de la Comisión: «Tengo el honor de decir a V. E. que la comisión encargada de la formación de los códigos en virtud de lo acordado en la sesión general de 16 del corriente en que según manifesté a V. E. en mi oficio de 17 del mismo, después de dividirse en cuatro Secciones, encargándose a cada una de la formación de uno de los cuatro códigos, había nombrado una comisión que redactara las bases generales de la codificación que debían someterse a la aprobación del Gobierno, y había decidido también que las Secciones encargadas de cada uno de los códigos presentasen a la aprobación de la comisión general las bases particulares del suyo, a fin de que entre todos hubiese aquella trabazón y armonía necesaria a la unidad de la obra, ha continuado sus trabajos con el celo y prontitud que la expectativa pública y los deseos de V. E. exigen; y habiendo acordado ya las bases generales de la codificación, que por su roce y contacto con la ley política del reino elegí a V. E. en 22 del corriente, sometiéndolas a la aprobación del Gobierno, ha seguido preparando en cada una de sus Secciones las bases particulares que habían de someterse a la aprobación de la comisión general y va con fecha de ayer me comunica el presidente de las dos Secciones de procedimientos, que unidas ambas, han discutido y acordado las bases comunes de sus respectivos trabajos, pidiéndome señale el día para su examen y aprobación en la comisión general, lo cual he hecho con efecto, citando para junta general, y espero que las Secciones de código civil y penal, si no en esta misma sección, en la próxima inmediata presentarán también concluidos sus respectivos trabajos preparatorios», Informe de 28 de septiembre de 1843, *Gaceta de Madrid* de 1 de octubre de 1843.

⁴² Disponía la base cuarta que «En el Código Penal habrá sanción para los delitos contra la religión católica que profesan los españoles, adecuada a la civilización de la época». En la quinta base se establecía que «La aplicación del Jurado debe quedar limitada por el momento a los delitos de imprenta, por no estimarse llegada la época de extenderlo a los demás delitos». La discusión planteada por el Gobierno en torno a esta base quinta ralentizó el curso de los debates produciendo un retraso en las tareas de la Comisión hasta diciembre de 1843 cuando se adoptó la decisión final que coincidía con la planteada por la citada base quinta. La base sexta establecía que los códigos debían regir solamente en la Península e islas adyacentes sin perjuicio de que, si se estimara conveniente, se extendiera su aplicación con las variaciones oportunas a las provincias de Ultramar.

Aprobadas dichas bases, la Sección de lo Penal comenzó su trabajo con el desarrollo de sus propias bases. El 29 de septiembre de 1843 el Presidente de la Sección del Código penal, Manuel Seijas Lozano⁴³ cuya participación en este proceso codificador sería trascendental⁴⁴, sometió un pliego con dieciocho cuestiones⁴⁵ a la aprobación de la Comisión General cuya resolución serviría de directriz para la elaboración del Proyecto de Código penal. Unas segundas bases, redactadas por la Sección Penal y cuya autoría se le atribuye también a Seijas⁴⁶, no fueron aprobadas por la Comisión General hasta el 6 de noviembre de 1843⁴⁷.

Cuatro días más tarde comenzaba el reinado de Isabel II, aunque los liberales conservaban el poder con Salustiano de Olózaga. No obstante, el Gobierno liberal fue efímero pues duró sólo diez días hasta el 30 de noviembre. Tres días después, el 3 de diciembre de 1843 Luis González Bravo presentaba en las Cortes un Gobierno de transición cuyo principal objetivo era «limpiar» de liberales los ministerios para preparar la vuelta de María Cristina a España. El hombre fuerte del nuevo régimen era el general Narváez erigido en líder incontestable del partido conservador (moderado). Olózaga se vio obligado a exiliarse, por lo que se convirtió a partir de entonces en el enemigo encarnizado de Isabel II, en cuyo destronamiento participó activamente, ya que no murió hasta 1873.

Dichas bases aparecen razonadas en la Exposición de Motivos, *Cfr.* J. F. LASSO Y GAITE, *op. cit.*, I, pp. 258-259.

⁴³ Sobre la figura de Seijas es esencial el estudio de A. MARTÍNEZ DHIER, «Un tránsito del Antiguo Régimen al Estado Liberal de Derecho en España: la figura de Manuel Seijas Lozano, precursor de la codificación penal», *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, 30 (2008), quien habla de Seijas como del Thibaut español. La autoría de dicho Código se atribuyó con anterioridad a F. J. Pacheco, como lo hiciera E. CUELLO CALÓN, «Centenario del Código Penal de 1848. Pacheco penalista y legislador, su influjo en este cuerpo legal», *Conferencia leída en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 65 (octubre 1948), pp. 13-14. Ya algunos penalistas lo pusieron en duda como M. LÓPEZ-REY Y ARROJO, *Derecho penal, Parte Especial: obra ajustada al programa de 24 de junio de 1935 para el primer ejercicio de las oposiciones a ingreso en el cuerpo de aspirantes a la judicatura*, Madrid, Reus, 1935, p. 31. La autoría de Seijas quedará demostrada con J. ANTÓN ONECA, «El Código Penal de 1848 y D. J. Francisco Pacheco», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 18 (1965), pp. 473-495, y posteriormente reiterada por F. CANDIL JIMÉNEZ, «Observaciones sobre la intervención don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 28, 3 (1975) y en «Manuel Seijas Lozano miembro de la Comisión General de Codificación», *ibidem*, t. 34, 2-3 (1981). Posterior y definitivamente A. FIESTAS, *Los delitos políticos... cit.*, pp. 141-142.

⁴⁴ La magnitud de su participación la reconocería él mismo en el Congreso, «Yo tuve, señores, la desgracia, por un error del Señor Cortina, de que se me hubiese encargado la redacción del Código Penal», *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (D. S.)*, sesión de 10 de marzo de 1848, 79, pp. 1714-1715.

⁴⁵ Publicadas por J. F. LASSO Y GAITE, *op. cit.*, I, pp. 259-260.

⁴⁶ Afirmó esto el propio Seijas en el Congreso *D. S.*, sesión de 10 de marzo de 1848, núm. 79, p. 1714.

⁴⁷ Estas bases son publicadas íntegramente por J. F. LASSO Y GAITE, *op. cit.*, I, pp. 261-262.

IV. LA CODIFICACIÓN PENAL EN LA ETAPA DE TRANSICIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL LIBERAL AL ESTADO ADMINISTRATIVO: LA FORMACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1848

La intervención del Ejecutivo en el proceso legislativo a través de la monarquía se consolida tras la llegada al poder de los moderados a partir de diciembre de 1843⁴⁸, con la adopción de dos medidas trascendentales como la sustitución de la Milicia Nacional por una nueva policía de Estado llamada «Guardia Civil»⁴⁹ y la promulgación de una nueva constitución que respetaba la forma de la de 1837, pero en la que se modificaron algunos artículos en un sentido conservador. Se inicia así la etapa de lo que se ha denominado el «Estado administrativo», que como modelo contrapuesto al del «Estado constitucional» se caracteriza por la formación de una Administración burocrática, jerárquica y autoritaria conforme al modelo napoleónico, propugnada por las ideas de personajes de la talla de Francisco Silvela, Javier de Burgos y Alejandro Oliván. Un Estado que a partir de entonces se construye, a lo largo del reinado de Isabel II, a golpe de decreto sin apenas participación del Legislativo y que ve surgir, siguiendo también el ejemplo francés, una nueva jurisdicción, la contenciosa, dirigida a preservar este nuevo Estado administrativo, al margen de los jueces del Antiguo Régimen⁵⁰.

Desde el punto de vista de la creación normativa, durante este período es el Ejecutivo quien de hecho redacta y promulga las normas legales, y más concretamente el Gobierno de turno designado por el monarca al margen de la mayo-

⁴⁸ Tras presidir entre el 20 y el 30 de noviembre de 1843 un efímero gobierno, Salustiano de Olózaga se ve obligado a exiliarse al llegar al Gobierno Luis González Bravo que preside un Gobierno de transición cuyo objetivo es «limpiar» de liberales los ministerios y preparar la llegada al poder del hombre fuerte del moderantismo español, el general Narváez, quien efectivamente se hará cargo del Ejecutivo en mayo de 1844.

⁴⁹ Este cuerpo militar permanente al que se encomienda la misión de mantener el orden público fue creado el 28 de marzo de 1844. A partir de la llegada al poder del general Narváez el 2 de mayo de dicho año, el nuevo jefe del Gobierno encargó la reestructuración y militarización del cuerpo a cargo del duque de Ahumada, V marqués de las Amarillas, fruto de lo cual se promulgó un nuevo decreto el 13 de mayo de 1844 que es el que dio la estructura definitiva al cuerpo, momento a partir del cual se convirtió en uno de los pilares del nuevo Estado que Narváez creará a base de decretos, sin intervención de las Cortes. Sobre este aspecto de la historia de la Benemérita véase D. LÓPEZ GARRIDO, *La Guardia Civil y los orígenes del Estado centralista*, Madrid, Alianza Editorial, 2004, especialmente, pp. 92-96, por lo que respecta a la creación inicial del cuerpo, y pp. 100-114, para lo que el autor llama «la Guardia Civil del duque de Ahumada».

⁵⁰ Una síntesis esclarecedora de este proceso de crecimiento exorbitante del Ejecutivo en detrimento de las prerrogativas del Legislativo en esta etapa del Estado administrativo centrada en el surgimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa es la que ofrece B. AGUILERA-BARCHET, en el «Estudio preliminar» al libro de S. GALERA RODRIGO, *Sistema europeo de justicia administrativa*, Madrid, Dykinson e Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales, 2005; especialmente el epígrafe dedicado a «La defensa judicial del ciudadano contra los actos de poder en el derecho histórico español», particularmente las páginas 37-45 para la etapa decimonónica.

ría legislativa, con arreglo a la práctica española en virtud de la cual el monarca nombra primero al jefe del Gobierno y, acto seguido, disuelve las Cortes para que el nuevo jefe del Ejecutivo logre una mayoría cómoda⁵¹.

Este trascendental cambio de régimen va a incidir de un modo muy importante en el proceso codificador, en el que el Ejecutivo cobra un creciente protagonismo. Lo que propicia importantes avances, entre los que destaca la promulgación del primer Código penal que entraría en vigor de modo duradero, el de 1848. La génesis legislativa del mismo es perfectamente reveladora de cómo se articulan en este período los mecanismos de creación normativa en España.

4.1 LOS CONSERVADORES EMPIEZAN POR DONDE HABÍAN ACABADO LOS LIBERALES

La aproximación «técnica» al proceso codificador que emprende el Gobierno de Espartero en 1843 con la creación de la Comisión de Codificación no va a ser rectificada por los conservadores tras su llegada al poder. De hecho, el cambio de régimen no detiene la tarea codificadora al menos por lo que se refiere a la elaboración del Código penal, y fue precisamente la Comisión General de Codificación la que elevó al nuevo Gobierno presidido por Luis González Bravo, el 7 de marzo de 1844, las segundas bases del proyecto de Código penal redactadas por Seijas que la propia Comisión había aprobado el 6 de noviembre de 1843⁵².

4.2 LOS REDACTORES DEL ANTEPROYECTO

Conocemos con detalle los trabajos que lleva a cabo la Sección Penal de la Comisión General de Codificación, pues gracias a los esfuerzos de Lasso y Gaité se conservan sus actas a partir de la sesión de 2 de octubre de 1844⁵³. De la documentación examinada cabe deducir que los debates en el seno de la Sección Penal se centraron en el Libro I redactado por Manuel Seijas Lozano, cuyo

⁵¹ Aún Juan Negrín, el futuro presidente del Gobierno republicano durante la última etapa de nuestra Guerra Civil, denunciaba en 1918, al final de la etapa constitucional del reinado de Alfonso XIII, esta práctica: «El capital problema político de España consiste en convertir en un verdadero régimen de democracia lo que tiene por nombre monarquía constitucional y es de hecho una autocracia irresponsable. Mientras los Gobiernos sean hechura del monarca y el Parlamento sea hechura de los Gobiernos, no habrá gobernantes ni legisladores aptos [...] Transferencia del poder real de disolver y cerrar las Cortes y separar y nombrar ministros al parlamento mismo, de modo que los Gobiernos y Cortes reales de ahora se puedan transformar en Gobiernos parlamentarios y en Parlamentos populares...». Declaración editorial «Bosquejo de un programa de izquierdas» en *España*, núm. 146 (24 de enero de 1918). *Cfr.* E. MORADIELLOS, *Negrín*, Barcelona, Península, 2006, pp. 92-93.

⁵² La dimisión de Cortina como presidente de la Comisión General de Codificación provocó la desorientación en los trabajos de los comisionados hasta que el 15 de mayo de 1844 asume dicho cargo Bravo Murillo.

⁵³ J. F. LASSO Y GAITE, *op. cit.*, I, pp. 268-302.

anteproyecto fue remitido al nuevo Gobierno el 7 de marzo de 1844. La discusión en torno a la redacción de este primer libro del futuro Código penal duró entre el 2 de octubre de 1844 y el 19 de diciembre de 1845⁵⁴.

Con objeto de no dilatar el procedimiento la Sección Penal de la Comisión encargó la elaboración de los demás Libros a Pacheco y a Seijas, quienes debían ser asistidos por José María Claros y José Castro y Orozco⁵⁵. Estos debieron tardar en torno a dos meses en redactar el anteproyecto correspondiente a los Libros II y III, pues el texto de ambos se discutió en la Sección Penal de la Comisión General de Codificación entre el 12 de marzo de 1845 y el 3 de julio de 1845. Los Libros II y III fueron remitidos al Gobierno respectivamente el 10 y el 15 de julio de 1845, tras ser aprobados por la Comisión. Claros abandonó la Comisión por motivos de salud sin haber presentado su Libro de las faltas, por lo que su elaboración se encargó con carácter urgente a Seijas.

4.3 COMISIÓN DE ESTILO, LECTURA ANTE LA COMISIÓN GENERAL Y REMISIÓN AL GOBIERNO

El paso siguiente fue el nombramiento de una comisión especial, que podíamos calificar de «comisión de estilo», a la que se encomendó la redacción definitiva del texto del futuro Código penal. En esta tarea se fueron otros cuatro meses, ya que hasta el 9 de diciembre de 1845 no se inició la lectura del texto completo, esta vez ante la Comisión General de Codificación. La lectura fue ya relativamente rápida, ya que diez días más tarde, el 19 de diciembre, la Comisión daba su aprobación definitiva al texto. El 12 de febrero de 1845 se elevaron al ministro, junto con los Libros aprobados, las actas de su discusión que, una

⁵⁴ No se conservan las actas de las reuniones de la Sección de Código Penal anteriores al 2 de octubre de 1844 si es que se redactaron con tal carácter. Lasso y Gaité ha realizado una copia a máquina en la que ha reunido cronológicamente todo el material hallado en torno a los debates de esta Comisión, *op. cit.*, I, p. 266. El propio Pacheco se lamentará de la pérdida del material contenido en los debates cuando aseguraba que «Basta echar la vista sobre las personas que componía aquélla (la Comisión), considerar su ilustración, advertir cómo representaban todas las escuelas filosóficas y políticas, para comprender que nada se habrá propuesto, que nada se habrá aprobado, sin el examen y la confrontación de todas las razones que podían influir en la materia. Aun el secreto mismo de la discusión, aun la confianza con que en ella se procedía, si rebajaban un poco el aparato oratorio de los discursos, aumentaban la verdad, la espontaneidad, la sinceridad de los argumentos. Eran quizá desaliñados, pero también más concluyentes. Es una desgracia que semejantes discusiones no se hayan recogido o se hayan recogido mal. Durante mucho tiempo no asistieron taquígrafos a la Comisión. Cuando asistieron, tomaron los debates con ligereza, sin inteligencia, sin escrupulosidad. Los taquígrafos no eran hombres de ciencia. Los individuos de la Comisión no han corregido sus opiniones. Uno o dos de ellos, a quienes se cometió este encargo, habrán hecho todo lo posible; pero no tenían tiempo ni vagar para tamaña obra», J. F. PACHECO, *El Código penal. Concordado y comentado*, Madrid, Viuda de Perinat y Compañía, 1856, t. I, p. LXI.

⁵⁵ Según se desprende de la comunicación del presidente al ministro el 3 de diciembre de 1844, *Cfr. J. F. LASSO Y GAITE, op. cit.*, I, p. 263.

vez aprobadas y firmadas por todos los miembros de la Comisión, en el Anteproyecto completo de Código penal que sería elevado al Ministerio de Gracia y Justicia el 24 de diciembre de 1845. El texto contenía un voto particular de Domingo María Vila⁵⁶.

Como puede comprobarse el itinerario seguido para la redacción del Anteproyecto de Código penal suponía la adopción de una nueva manera de legislar bien distinta a la llevada a cabo para la redacción del Código penal de 1822. La iniciativa corresponde siempre al Ejecutivo y este no encarga al Legislativo la redacción y discusión del texto, sino a un órgano técnico, la Comisión General de Codificación, que sustituye plenamente a las Cortes en esta fase. Incluso no es la Comisión en pleno la que interviene en la primera fase de la elaboración. Es la Sección correspondiente, en este caso la penal. Y dentro de cada Sección de la Comisión había uno o dos especialistas de renombre sobre los que recaía el peso esencial de la redacción del Código. De modo que, aunque el Código se presentara formalmente como obra del poder legislativo de hecho era, en última instancia, fruto de la actividad de muy pocas personas dirigidas por una figura individual. En el caso del Código de 1848, esencialmente por Manuel Seijas Lozano⁵⁷. Lo cual no fue obstáculo para que el Gobierno a su vez introdujese en el texto innumerables modificaciones.

4.4 EL GOBIERNO MODIFICA EL ANTEPROYECTO (DICIEMBRE DE 1845 A FEBRERO DE 1847)

Desde este momento hasta su presentación ante el Senado, verificada el 13 de febrero de 1847, transcurrieron, sin embargo, catorce meses en los que el texto sufrió innumerables modificaciones a cargo de los cinco ministros de Justicia que se sucedieron en el cargo en dicho período. En su mayor parte fueron introducidas unilateralmente por el Gobierno, ya que únicamente una de ellas se incluyó por iniciativa de la propia Comisión General de Codificación⁵⁸.

⁵⁶ Los debates verificados en la Comisión General de Codificación también están incompletos y de ellos realiza un breve comentario J. F. LASSO Y GAITE, *op. cit.*, I, pp. 266-268. Del voto particular de Vila da cuenta el mismo autor en la misma obra, p. 299. Acerca del mismo véase también A. SERRANO MAILLO, «Voto particular de Domingo M.^º Vila al Proyecto de Código Penal de 1845», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4, Madrid, UNED, 1994.

⁵⁷ Acerca de la autoría del Código penal de 1848 también se recoge una síntesis de los estudios que vincularon la autoría a Siejase así como de aquellos que en un principio lo vincularon más a J. F. Pacheco, en M. D. M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 49-56.

⁵⁸ De todas ellas da cuenta J. F. LASSO Y GAITE, *op. cit.*, I, pp. 303-306. Es de notar que desde su elevación al Gobierno en diciembre de 1845 hasta su presentación ante el Senado el 13 de febrero de 1847 transcurrió mucho tiempo haciendo pensar a muchos autores que se hubieran producido ulteriores modificaciones. Así, Antón Oneca basa sus dudas acerca de ulteriores colaboraciones en las afirmaciones de ciertos vocales de la Comisión como las de J. CASTRO Y OROZCO y M. ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código Penal explicado para la común inteligencia y fácil explicación*, Granada, Imprenta y Librería de Don Manuel Sanz, 1848, pp. 14 y 15. También Sánchez González recoge su parecer acerca de quién verificó tales cambios y entiende que lo hicieron la primera

Por fin, tras cuatro años de tramitación, de sucesivas redacciones y modificaciones, Bravo Murillo, a la sazón ministro de Gracia y Justicia, decidió presentar el proyecto de Código penal ante el Legislativo. No obstante, no lo hizo ante el Congreso sino ante el Senado, la Cámara alta, a priori más controlada por el Gobierno⁵⁹. Lo que podría denotar cierta voluntad del Gobierno de tratar de evitar las dilaciones de un trámite parlamentario que a la postre dilató considerablemente la entrada en vigor del Código de 1822.

4.5 EL ANTEPROYECTO EN EL SENADO

Este intento de eludir discusiones políticas que dilatasen la aprobación definitiva del Código aparece de forma clara en el discurso que el propio Bravo Murillo pronunció ante el Senado con ocasión de la presentación del anteproyecto:

El Código pudo venir a las Cortes por bases, pero entonces hubiéramos caído en el mismo extremo que hoy. La autorización entonces sería para discutir las bases para hacer el Código, y note el Senado que entrando en pormenores el Código no se hubiera formado nunca. El Código ha podido presentarse también de otro modo; ha podido venir según la práctica parlamentaria a discusión minuciosa de artículo por artículo; pero, señores, las leyes no son un fin, son un medio de llegar al fin; por consecuencia, si los medios establecidos embarazan el fin, son medios inútiles. Si la cuestión, pues, hubiera de ser minuciosa, de pormenores, había de impedir que en muchos años tuviéramos Códigos; pues que si algunos años han pasado sin que los tengamos, es claro que el medio no es adecuado. No se diga, y cuidado que ya en otra ocasión lo he dicho, no se diga que eso es contra el sistema parlamentario, contra la libre discusión; lo que es esto es decir la verdad; es verdad, porque a lo mejor sobreviene un acontecimiento cualquiera, y se acaba la legislatura, dejando pendientes los negocios por importantes que sean: [...] si de repente entráramos en la discusión del Código de Comercio, del Civil, del Criminal, de toda Ley orgánica, de Diputaciones, de tribunales, sería preciso someterlo a una discusión continua⁶⁰.

Una semana más tarde de la llegada a la Cámara alta del anteproyecto, concretamente el 20 de febrero de 1847, fue nombrada en el Senado una primera Comisión que debía emitir el preceptivo Dictamen. La caída del Gobierno ocu-

Comisión del Senado de acuerdo con Bravo Murillo dando como explicación a tales cambios el hecho de tratarse de un Código moderado, pero de ideología moderada centrista, así entiende que siendo Bravo Murillo un *conservador autoritario* no escaparía a la tentación de modificar ciertas disposiciones, M. D. M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 64-69, especialmente p. 69.

⁵⁹ Por Real Decreto de 5 de febrero de 1847, se autoriza a Bravo Murillo, ministro de Gracia y Justicia, a presentar a la aprobación de las Cortes el Proyecto de Código Penal formado por la Comisión General de Codificación.

⁶⁰ *D. S., C. S.*, sesión de 15 de febrero de 1848, núm. 31, pp. 494-495. La tramitación en el Senado la estudia M. D. M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 59-65.

rrida el 28 de marzo de 1847 pospuso su elaboración. Fue necesario esperar hasta el 15 de noviembre de 1847 para que el nuevo Gobierno nombrase en el Senado una nueva Comisión el 31 de enero de 1848⁶¹. Aunque en principio la Comisión debía limitarse a elaborar un dictamen sobre cuya base el Senado debía aprobar el paso del anteproyecto de Código penal al Congreso, de hecho el Gobierno aprovechó el trámite para introducir algunas modificaciones, entre las que destacaba la introducción de un plan de reforma inmediata y profunda del Código en el plazo de tres años a la vista de las observaciones que en su caso presentaran los tribunales. Finalmente, en el dictamen la Comisión acordó que debía ser el propio Senado quien debía autorizar la publicación del Código penal, «contenida en el ejemplar adjunto, que ha revisado el Gobierno, como también la Ley provisional que le acompaña»⁶².

El Senado examinó fugazmente el anteproyecto en tres sesiones celebradas los días 14, 15 y 16 de febrero de 1848, en el curso de las cuales lo más destacado fue que algunos senadores echaron de menos que a la hora de fijar el texto definitivo del Código penal no se hubiese consultado previamente a los Tribunales, a las Universidades y demás corporaciones o personas notables⁶³.

⁶¹ La Comisión estaba integrada por un Presidente, F. Olavarrieta y los ponentes: M. Barrio Ayuso, J. Gualberto González, J. A. Castejón y como Secretario, C. Antón de Luzuriaga. Aunque en el seno de la Comisión se entendía que la discusión completa del Proyecto destruiría con enmiendas incoherentes la unidad y armonía del Código, sus miembros entendieron que antes de autorizar el paso del anteproyecto al Congreso debían examinar que el proyecto de Código era aceptable. Véase J. F. LASSO Y GAITE, *op. cit.*, I, pp. 306-308, y M. D. M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 62.

⁶² *D.S., C.S.*, Sesión del 31 de enero de 1848, p. 390 y Apéndice 3.º al núm. 27, p. 104.

⁶³ De las discusiones en el Senado ofrece una síntesis J. F. LASSO Y GAITE, *op. cit.*, I, pp. 310-312. Destaca en las mismas el discurso del propio ministro de Justicia Arrázola quien destaca la necesidad de limitar las modificaciones del texto del anteproyecto en el trámite parlamentario para evitar dilaciones: «Entraré en discusión de pormenores, lo cual no es solo una conveniencia, sino una necesidad. Lo que no puede la Comisión ni el Gobierno, con la forma con que se ha presentado, es admitir enmiendas ni adiciones, porque entonces sería una contradicción. Pedir por autorización la aprobación de un proyecto y admitir las modificaciones, sería contradecirse; pero no es lo mismo examinarlo, oír las razones de una y otra parte, porque lo primero es la autorización; lo demás está en que el Gobierno, oyendo las razones recíprocas, podrá introducir en lo sucesivo, con acuerdo de las Cortes, las modificaciones que estime convenientes, lo cual debe tenerlo en cuenta para tranquilizar la conciencia de los Senadores y de los individuos de la otra Cámara. Así, aun después de concluido el debate, puede darse alguna razón, si bien no bastante para negar la autorización, pero sí muy digna de tenerse en consideración, y esto tiene que hacerlo el Gobierno». El discurso completo de aquella sesión del ministro en *D. S., C. S.*, sesión de 15 de febrero de 1848, pp. 493-497, especialmente en las pp. 492-493. Es de mencionar que, desde la primera intervención, echarán de menos los senadores el que no se consultara previamente a los Tribunales, a las Universidades y demás corporaciones o personas notables. Ésta fue parte de la intervención del obispo de Córdoba, en *D. S., C. S.*, Sesión de 15 de febrero de 1848, núm. 32, p. 488, su discurso completo en las pp. 487-490. El ministro Arrázola dirá a este respecto que a pesar de que «ese método se ha seguido antes en España» y era «ventajoso» «cuando no urgía tanto la necesidad de la Ley que se había de someter a su dictamen». Acerca de los informes que hubieran podido emitir las Universidades y demás corporaciones dirá que «El verdadero reflejo de la anarquía, porque no solo no habría uniformidad, no hablo de los principios cardinales que son los mismos, no solo no se encontrarían dos Corporaciones uniformes, sino que acaso no hallaríamos mayoría de votos» p. 495, su discurso completo en las pp. 493-497. El senador Cabello, por su

4.6 DEL SENADO AL CONGRESO

Tras el paso del Proyecto de Código penal por el Senado quedaba aún el trámite de su aprobación por el Congreso de los Diputados. Los debates en dicha Cámara se iniciaron en la sesión del día 10 de marzo de 1848 con ciertas reticencias por parte del Gobierno respecto a este trámite parlamentario.

El debate del Proyecto en el Congreso sería considerablemente breve, pues el trámite se despachó en cinco sesiones que concluyeron con la aprobación del Proyecto una semana más tarde, el 17 de marzo de 1848⁶⁴. A esta celeridad no fue sin duda ajena la circunstancia del estallido en París de la revolución de febrero de 1848 que abrió un intenso período revolucionario en toda Europa. Unas circunstancias que llevaron al entonces presidente del Gobierno, general Narváez, a solicitar ante las Cortes los plenos poderes, que le fueron concedidos por la Cámara. Así, el presidente del Ejecutivo pudo establecer una suerte de dictadura en materia legislativa y las Cortes no volverían a ser convocadas hasta diciembre de ese año. Como consecuencia de ello el movimiento revolucionario no llegó a triunfar en España.

4.7 RETICENCIAS FRENTE AL TRÁMITE PARLAMENTARIO

En el momento en el que se inicia el examen del proyecto de Código penal en el Congreso es significativo que en los debates se cuestionara el propio procedimiento al cual debía atenerse el Gobierno para desarrollar nuestra incipiente codificación penal⁶⁵. Una cuestión que no quedó ni mucho menos zanjada y que

parte, disentirá del modo en que se trajo el Código a las Cortes, «Para que el Gobierno quiera tener más gloria en su formación que la que hasta ahora le ha cabido, es necesario llevarlos a la discusión. Para ello el Ministro que quisiera formar unos Códigos, debería traer las bases a los Cuerpos Colegisladores, y entonces sería grande la honra del Ministro, le haría inmortal: pero diciendo voy a nombrar una Comisión sin conocer las doctrinas que profesan los individuos nombrados; sin conocer si en tal o cual principio profesan esta o aquella opinión; sin decirles, me propongo en la legislación establecer este o el otro principio en la dirección de la sociedad, ¿se quiere tener grande gloria en la confección de los Códigos?». A lo que sus defensores aseguraron que el resultado de tales informes no hubieran recaído mas que sobre teorías, *D. S., C. S.*, sesión de 15 de febrero de 1848, núm. 31, pp. 490-497.

⁶⁴ *D. S., C. D.*, sesión de 10 de marzo de 1848, núm. 79, pp. 1705-1719; sesión de 11 de marzo de 1848, núm. 80, pp. 1723-1739; sesión de 13 de marzo de 1848, núm. 81, pp. 1742-1759; sesión de 14 de marzo de 1848, núm. 82, pp. 1763-1782; sesión de 15 de marzo de 1848, núm. 83, pp. 1787-1804; sesión de 16 de marzo de 1848, núm. 84, pp. 1809-1828; sesión de 17 de marzo de 1848, núm. 85, p. 1838, y Apéndice al núm 85, pp. 1849-1887. De las discusiones ofrece otra síntesis J. F. LASSO Y GAITE, *op. cit.*, I, pp. 312-315.

⁶⁵ Por ello, no entraremos en el debate respecto al contenido del propio Código, si bien éste únicamente se produjo al hilo de aspectos muy puntuales y concretos sin debatirse efectivamente el Proyecto en profundidad. De dichos debates ofrece una síntesis J. F. LASSO Y GAITE, *op. cit.*, I, pp. 312-315. Acerca de todo el proceso de formación del Código penal y de la tramitación parlamentaria del Código penal de 1848, M. D. M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 21-49 y 57-97, respectivamente. Especialmente interesantes resultan sus conclusiones respecto a las críticas en cuanto a la forma de tramitarse en las Cámaras, la imposibilidad de admisión de enmiendas al articulado, la omisión del trámite de consulta a especialistas o la posible quiebra de las facultades parlamentarias entre otros temas en las pp. 75-96.

se repetiría de modo recurrente en cada una de las legislaturas en las que en nuestra historia constitucional se planteó la conveniencia de elaborar un nuevo Código penal. En el caso del Código de 1848 el debate giró inicialmente en torno a si la discusión en las Cortes era innecesaria, bien por resultar inviable, o bien por ser improcedente⁶⁶. Y es que algunos entendían que dicho foro no era el lugar adecuado para tratar tales asuntos. En este sentido se pronunció el propio Seijas que, como sabemos, fue el máximo responsable de la redacción del Código de 1848, quien entendía que «cuando se trata de confeccionar leyes de cierta extensión no se hace más que viciarlas en la discusión de Cuerpos numerosos, porque falta la unidad de pensamiento que debe presidir a esta clase de leyes»⁶⁷.

Algunos diputados coincidían con Seijas en que la discusión del Proyecto en su totalidad era inviable, sin embargo, entendían que resultaba necesario debatir las bases sobre las que debía trabajar la Comisión redactora del Proyecto⁶⁸. Una

⁶⁶ Su improcedencia se argumentaba al no haberse seguido el «orden lógico de Codificación» anunciado en el Real Decreto de 10 de agosto de 1843, y que muchos diputados echaron en falta. Así, el conde de Fabraquer dirá que: «Yo creo que antes de presentar el Gobierno el Proyecto del Código criminal, debió haber presentado el Proyecto de Código Civil. Saben los Sres. Diputados que en el Código Civil es donde se marcan los derechos y deberes de los ciudadanos, y que el Código Penal no es más que la sanción del mismo Código Civil, es decir, donde se marcan las penas en que incurren los que quebrantaren cualquiera de las disposiciones consignadas en el Código Civil. Importante es, por lo tanto, y sumamente, el Código Civil, porque en él se designan los derechos de los ciudadanos, se deslinda la propiedad y todas las demás garantías de todos los españoles [...]», *D. S., C. D.*, sesión de 10 de marzo de 1848, núm. 79, p. 1711.

⁶⁷ En respuesta al conde de Fabraquer, y al diputado Maldonado, *D. S., C. D.*, sesión de 10 de marzo de 1848, núm. 79, pp. 1713-1714.

⁶⁸ Será la opinión del conde de Fabraquer en *D. S., C. D.*, sesión de 10 de marzo de 1848, núm. 79, pp. 1711-1713. La correcta presentación del Proyecto fue defendida por el propio ministro pues entendía: «[...] que no ofrecía inconveniente para su formación, que no era viciosa la forma en que se ha presentado [...] De varios modos podía haberse presentado un Código: en discusión de bases, en discusión total de pormenores y por autorización. El Sr. Seijas demostró ayer de un modo incontestable que la manera más adecuada de traer aquí esta cuestión, aquella en que con más conocimiento de causa pueden emitir su voto los Representantes del país, es ésta. Un sistema no se concibe sino por pocas inteligencias; no se forma a pellizcos; un mosaico no es una idea sistematizada, y un Código Penal, a cuyos artículos se hubieran presentado seis, ocho, diez, quince enmiendas, ¿qué unidad habría tenido, qué uniformidad, qué coherencia? ¿Dónde hubiera ido a parar el sistema? Luego el codificar, ¿no es una operación facultativa? ¿Bastan la buena voluntad, el buen deseo, la sana razón? No, señores, no es un Código como una ley particular sobre un asunto dado. Sí, pues, ofrecía ese inconveniente la discusión amplia, y ofrecía además el de lo perdurable, porque habría que renunciar a tener Códigos, a lo menos en mucho tiempo, pues vendría un Ministerio que no llevaría adelante la obra solo porque procedía en sus principios de otros Ministros, que tal es la naturaleza del hombre; si pues había ese inconveniente, claro es que la discusión amplia no podía aceptarse. No perdamos de vista, señores, que en suma no tenemos casi nada de nuevo más que la Constitución en materia legislativa. Es una magnífica carroza que marcha sobre ruedas viejas y carcomidas y marcha mal. Por ese camino llegan a desacreditarse las mejores instituciones, pues cuando se ven por un lado la impunidad, por otro el desacierto, por otro la incoherencia y por otro la criminalidad impune, suele decirse que en esta forma de gobierno no puede suceder otra cosa. Así, pues, señores, el Código ha venido en la forma más expedita que podía venir, porque sobre el examen de las bases nada tengo que añadir a lo que con tanta lucidez manifestó ayer el Sr. Seijas. Pero decía el Sr. Laborda ¡si al menos se hubiera oído a las Universidades, a los tribunales, a los Colegios de abogados! Señores, hace medio siglo que ese pensamiento hubiera dado un resultado

postura que también fue rechazada por el mismo Seijas, en un discurso harto revelador de la filosofía legislativa que convertía al Ejecutivo en el gran protagonista de la tarea legislativa en aras de la eficacia normativa. Las líneas generales de su argumentación merecen ser consignadas íntegramente:

Pero dice el Sr. Muñoz Maldonado; debían al menos discutirse sus bases, porque las bases son materia importante y no ofrecen esas dificultades. Pues yo le diré a S. S. que nada podía discutirse menos que esas bases, y la razón es muy sencilla y está al alcance de todos. Los estudios que hacemos todos los jurisconsultos no son, señores, para codificar. El que extiende sus estudios a esos otros de ampliación, a las legislaciones comparadas, a la codificación y demás, no ha formado más que ideas genéricas y formado juicio general en la materia; no hay persona que pueda decir; yo tengo el pensamiento de un Código completo en mi imaginación y sus bases previstas; esto lo hemos tocado en la comisión de Códigos. Yo, señores, tuve la honra de ser nombrado para redactar el proyecto del Código penal. Yo, señores, por un acuerdo provocado por el señor Cortina en la comisión, presenté las bases a la comisión misma en las cuales debía fundar el Código que iba a formular, y estas bases fueron discutidas y aceptadas en un pequeño círculo de personas, las más competentes. Pues bien, señores; yo mismo que las había presentado, tuve que quebrantarlas al formular el Código, y presentarme a la comisión diciendo que era indispensable hacerlo así, y en efecto, señores, lo demostré de tal manera, que la comisión no pudo dejar de decir que si se adoptaban aquellas bases era imposible que se pudieran llevar adelante en todas sus partes. Esto, señores, que me ha pasado a mí, ha sucedido a otros individuos, ha sucedido en otras ocasiones; cuando en el año de 1838 el Gobierno pidió la autorización de que ha hecho mérito la comisión, sin embargo que la concedía, puso, no recuerdo si dos o tres condiciones que yo dije al Sr. Ministro de Gracia y Justicia que no aceptara. Su señoría, por demasiada docilidad o porque no previó las consecuencias que aquellas condiciones iban a producir, las aceptó; yo tuve el honor de que me llamara con otros ilustres jurisconsultos y no pudimos aceptarlas; esas bases se contradecían, se ponían en pugna con los buenos principios para poder formular un buen Código, y tuvimos que hacer una cosa mala, tan mala que nosotros mismos no pudimos aceptarla cuando vinimos a formar parte de la nueva comisión de Códigos. Vea el Sr. Muñoz Maldonado si es fácil traer a Cuerpos de esta naturaleza bases para la formación de un Código, bases a quien hubiera de someterse el encargado de redactar el Código y a las que probablemente no podría sujetarse para realizar un pensamiento lógico, uniforme, en que aprovechase los adelantos de la ciencia y los buenos modelos publicados. Pero dice el Sr. Muñoz Maldonado; sin embargo esto nos hubiera proporcionado el debatir

un tanto positivo y aceptable. Eso se hacía en España antes, pero se hacía cuando había una jurisprudencia inalterable, porque no pensando sino en aplicarla, nadie la alteraba; pero vinieron los sucesos del siglo anterior y todo se sometió a discusión; se desarrollaron todas las teorías, hasta las más extrañas, hasta las utopías pugnaron con los principios, y todavía no se ha cerrado el debate ni se ha deliberado sobre las cuestiones más capitales. ¿Dónde están la unidad de opinión ahora sobre la pena de muerte, sobre el sistema penitenciario? ¿Dónde está sobre la perpetuidad de ciertas penas? ¿Qué habríamos ido a buscar a los tribunales? Lo que hemos encontrado, y no podía hallarse otra cosa, cuando hemos recurrido a ellos [...]. El Código, pues, ha venido en la mejor forma que podía venir», *D. S., C. D.*, sesión de 11 de marzo de 1848, núm. 80, p. 1727.

aquí gran cuestión de la pena de muerte. Yo reconozco como S. S. que atendida la ilustración del Congreso, que atendidos los talentos de los Sres. Diputados, esa cuestión grande, inmensa, habría recibido en el Congreso una magnífica ilustración; esta es una verdad que yo reconozco, y considerando la cuestión bajo este solo aspecto yo no podía dejar de desear lo mismo que S. S.; pero cuando se trata de verdades prácticas es necesario no examinar las cuestiones bajo este punto de vista. ¿Cómo la habría resuelto el Congreso? Esto es lo que debemos examinar, y yo creo firmemente que la hubiera resuelto como la comisión de Códigos ha hecho [...] Señores, cuando la comisión de Códigos se formó, sabe el Congreso que en ella había hombres de todas opiniones, de todas doctrinas, que ningún partido dominó, que ninguna opinión política tenía más preponderancia que la otra; y yo me complazco en reconocer, señores, que a pesar de estar ahí representadas todas las opiniones políticas del país, todas nuestras resoluciones en los puntos capitales, en la imposición de la pena de muerte, en el pensamiento político del Código, nuestras votaciones fueron unánimes; lo mismo votó el Sr. Cortina que voté yo; en todas esas cuestiones hubo una sola persona que tuvo oposición aparte de todos los demás, que repito pensamos de un modo acorde⁶⁹.

Que Manuel Seijas como autor principal del proyecto manifestara su clara oposición a que el proyecto, o simplemente sus bases, fueran examinados por la Asamblea Legislativa no deja de ser comprensible. Lo que, sin embargo, resulta sorprendente es que el rechazo a que el proyecto de Código penal fuera discutido en las Cortes recibiese el pleno respaldo de la mayoría de los diputados, una postura que fue defendida de modo rotundo por algunos de ellos como Pardo Montenegro⁷⁰, Roncali⁷¹ o Calderón Collantes⁷².

⁶⁹ En respuesta al conde de Fabraquer, y al diputado Maldonado, *D. S., C. D.*, sesión de 10 de marzo de 1848, núm. 79, pp. 1713-1714 y en respuesta al diputado Maldonado, *D. S., C. D.*, sesión de 10 de marzo de 1848, núm. 79, p. 1714.

⁷⁰ El diputado Pardo Montenegro dirá que «[...] no puede entrarse en una discusión amplia y detenida sobre él en Cuerpos tan numerosos como este Congreso, y de ello tenemos un ensayo, una experiencia poco feliz por cierto en las Cortes del año 21, en las que después de tres meses de continuos trabajos, fatigas y desvelos en la discusión del Código criminal, el resultado fue, a juicio de personas muy competentes, una obra llena de imperfecciones y defectos, permítaseme decirlo, sin que por eso trate de rebajar en lo más mínimo la conocida ilustración y celo de sus autores. Así es que varias Naciones, y algunas de ellas de las que están más adelantadas en la carrera de la civilización, han formado y establecido sus Códigos sin haberse discutido previamente en las Asambleas legislativas. Napoleón, por ejemplo, encargó al Consejo de Estado la formación de los Códigos que dio a la Francia y que le elevaron a la altura de uno de los grandes legisladores del mundo; los Estados de Suecia pidieron al Rey que nombrase una comisión para formar el Código Penal [...] y pudiera citar otros muchos ejemplos que omito en obsequio de la brevedad [...]», *D. S., C. D.*, Sesión de 10 de marzo de 1848, núm. 79, p. 1705.

⁷¹ Roncali dirá «Yo entiendo que esta discusión no ha debido girar sobre el fondo del Código, en que, como ha dicho muy bien el Sr. Ministro de Gracia y Justicia, se ha adoptado la forma más conveniente para traerle a la deliberación del Congreso, no presentando a discusión sus pormenores ni aun sus bases, sino prefiriendo poner a la vista del Congreso el Código mismo para que sobre él recaiga la autorización solicitada por el Gobierno. Esto supuesto, creo yo que la cuestión ha debido ser cuestión de necesidad, cuestión de conveniencia, cuestión de oportunidad, y casi pudiera decirse cuestión de confianza», *D. S., C. D.*, sesión de 11 de marzo de 1848, núm. 80, p. 1730.

⁷² Calderón Collantes dirá en respuesta a la impugnación de Fernández Baeza basada en el modo con el que se había presentado a los Cuerpos Colegisladores que «[...] es cosa ventilada ya

Por supuesto no todos los diputados eran partidarios de soslayar el debate parlamentario. Algunas voces se alzaron desde el escaño para defender la conveniencia de que el proyecto de Código penal fuese examinado en el Congreso, por cuanto se trataba de una norma legal y como tal su aprobación era plena competencia de la Asamblea Legislativa. Era la opinión del diputado José Alonso quien defendía su postura en los términos siguientes:

Hace días, señores, que el Congreso no se ocupa más que en autorizaciones; para todo autorizaciones. Parece que nada puede hacerse sino por medio de estas autorizaciones. Pero yo estoy y estaré siempre en oposición con ellas, porque no creo que podemos hacer la abdicación y delegación que envuelven de las facultades legislativas en el Gobierno, y yo nunca asentaría a esa abdicación y delegación aunque un Ministerio compuesto de amigos míos viniese a pedir las. ¿A qué venimos a este recinto, señores? ¿Cuál es nuestra misión aquí? ¿Es legislar, o es delegar nuestras facultades para que en nuestro nombre lo haga el Gobierno? Nosotros venimos aquí a legislar, a proponer, a discutir los proyectos de ley que creemos convenientes a nuestro país, los que el Gobierno presente y los que en uso de su iniciativa propongan los Sres. Diputados; a velar por los intereses del país, a impedir que a sus individuos se les causen daños que no deben causársele. Esta es nuestra misión, estas nuestras facultades. Yo considero que las facultades que tenemos en este sentido son obligaciones, son deberes, no son derechos que podamos renunciar. Hoy tratamos de otra autorización que también es de las más importantes, de las más graves, de las que más se deben tomar en consideración, pues se trata de dar a la Nación un sistema penal que yo dudo mucho esté muy de acuerdo con las luces del siglo y con la humanidad de la civilización presente, que sea confor-

de muchos años, si todo aquello que la Constitución exige que se haga por medio de una ley puede hacerse por medio de una autorización libre y espontáneamente concedan los Cuerpos Colegisladores y sancione la Corona. El sistema de autorizaciones que todos los Gobiernos han seguido sucesivamente es la mejor contestación que pudiera yo dar sobre este punto; pero todavía hay que decir que si en alguna materia, según la opinión de todos los partidos, era indispensable la autorización, era precisamente en esta de Códigos, y con especialidad tratándose del Código criminal. Dice el Sr. Fernández Baeza que podía haberse adoptado uno de dos recursos; o someter a la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores las bases del Código, o discutir el Código mismo como se hizo en 1821. En cuanto a las bases, yo no puedo convenir con S. S. ni con nadie en que sea posible descender a discutir las, porque en un Código criminal todas son bases. Si, por ejemplo, se hubiera discutido la cuestión de la pena de muerte por delitos comunes, ¿qué se conseguiría con eso? ¿Qué adelantaría la sociedad con que esta cuestión se hubiera resuelto por sí misma? ¿Y la cuestión de la graduación de los delitos y de las penas? [...] Si todas estas son bases, esto sería verdaderamente discutir todo el Código [...] es cierto que en el año 21 se sometió a discusión el Código Penal; pero precisamente el ejemplo que entonces se dio deberá haber movido al Gobierno a presentar el proyecto en esta forma porque entonces se emplearon muchísimas sesiones en la discusión del Código, y el resultado fue que después de discutido y aprobado no pudo plantearse. Esto hubiera sucedido ahora si se hubiese traído a una amplia discusión, y esto sucederá siempre, porque el Código Penal es menester que sea una emanación legítima de ciertos principios, de cierto sistema que se adopte, bueno o malo. Pero si se adoptan principios, y después en la deducción de las consecuencias hay tantos pareceres como individuos, vendrá a desnaturalizarse el sistema, y en vez de una legislación ordenada y sistemática tendremos un cuerpo de cien cabezas. Precisamente ese es el gravísimo escollo que presenta la discusión [...]», *D. S., C. D.*, sesión de 11 de marzo de 1848, núm. 80, p. 1738.

me a la dignidad de un pueblo que se dice regido por instituciones liberales, que sea conforme a sus hábitos, a sus costumbres, al pundonor y hasta al orgullo nacional. Esta autorización se ha combatido por varios señores; veo que algunos Sres. Diputados la consideran como un voto de confianza, lo cual creo que es la razón, y no la que dijo ayer el Sr. Nocedal, de que estén casi desiertos estos bancos; la han combatido otros señores atacando varios de los puntos que comprende este Código [...]»⁷³.

4.8 CORTA Y LIMITADA INTERVENCIÓN DEL CONGRESO

La polémica se saldó de manera ecléctica pues, si al final el proyecto se discutió en las Cortes, el debate sobre Proyecto de Código penal se limitó a tan sólo cinco sesiones en las que se trataron solamente algunos delitos en concreto, ya que el Gobierno impuso una votación en bloque, de modo que los diputados, o rechazaban el Proyecto en su totalidad o lo apoyaban sin reservas. Ciertamente, aunque se dio a los diputados la opción de sugerir sus opiniones acerca del articulado, no obstante, los asuntos que se trataron por esta vía fueron pocos. La actitud del Gobierno fue enérgicamente denunciada por diputados como el

⁷³ D. S., C. D., sesión de 14 de marzo de 1848, núm. 82, pp. 1779. Por su parte Pidal se pregunta si «¿[...] debemos aprobarlo en la forma que se presenta, es decir, por autorización? El otro día demostró Nocedal que en estos Cuerpos no se debe entrar nunca jamás en cuestiones técnicas, en cuestiones facultativas; porque en efecto, es regla constante que nadie debe hacer sino aquello que puede hacer bien; los Cuerpos numerosos, los Cuerpos no facultativos no pueden hacer bien un Código; son Cuerpos meramente políticos; si hay algunos artículos en el Código que se refieran a hechos políticos, se discutirán perfectamente; pero en cuanto a los demás yo me fiaría mejor de 10 o 12 jurisconsultos que se reunieran separadamente, que trabajasen de buena fe y entre quienes estuviesen representadas todas las opiniones en cierto grado, que de una Asamblea numerosa de esta clase», p. 1775.

Y, aún iba más lejos el diputado Laborda, tras asegurar que dicho Proyecto debía prosperar, compartiendo: «[...] la extrañeza que me ha causado el ver que la prensa periódica de todos los colores ha abandonado este negocio de interés tan vital renunciando a su principal misión, que es la de ilustrar la opinión pública [...] hubiera deseado [...] que el Gobierno hubiera presentado algunas bases a los Cuerpos Colegisladores, las cuales formasen la estructura de este Proyecto de tanta importancia, puesto que ya era sabido de todos que no se podía entrar en una discusión detenida y razonable de los artículos. De esta manera con las discusiones luminosas de los Cuerpos Colegisladores se hubieran podido vencer las dificultades de que nos habló el Sr. Seijas, como se vencieron las que se presentaban al discutirse las bases que sirvieron de fundamento para la Constitución de 1837. Hubiera querido también, y no se crea que mis exigencias son exageradas, pues todas se dirigen al mejor acierto; hubiera querido, repito, que ya que esto no se hizo, después de concluido el trabajo por la comisión, que se hubiese oído la respetable opinión de los tribunales, de las Universidades y Colegios de abogados, cuyas opiniones hubieran servido de mucho peso en una materia tan grave, pues entra por mucho en ella la índole, las costumbres y el carácter de las respectivas provincias, no menos que las propensiones mayor o menor a cometer tales o cuales delitos y cuya represión no veo muy fácil en ciertas y determinadas épocas [...] pero sin duda el Gobierno renunció a esto por no retrasar la publicación del Código», D. S., C. D., sesión de 11 de marzo de 1848, núm. 80, p. 1723.

conde de Fabraquer⁷⁴ y o Fernández Baeza en dos discursos memorables en los que hicieron una encendida defensa del debate parlamentario. Destaca sobre todo el de Fernández Baeza que constituye todo un alegato en favor respetar el procedimiento legislativo establecido en la Constitución, por cuanto: «quiere ésta (la Constitución) que todas las leyes, aun las más insignificantes, cuánto más una tan interesante como ésta, se discutan en ambos Cuerpos Colegisladores, y luego recaiga la sanción Real». Por eso denunciaba que:

Aquí se nos dice por el Gobierno; *ahí tienes este Código; puede tener defectos; téngalos o no, te pongo en el conflicto de elegir entre nada o algo aunque malo; entre no tener Código o tenerlo con defectos*. Así nos ha argüido el Sr. Ministro de Gracia de Justicia; *No tenemos nada; más vale algo*. Pero yo no puedo menos de decir a S. S.; *no tenemos nada, es verdad; más vale algo; pero ese algo sea lo más perfecto posible, y algo más perfecto podemos hacer*. Contestando ayer el Sr. Seijas a las observaciones que otros señores hicieron antes que yo sobre esta materia, dijo con mucha razón [...] que los Códigos en toda su extensión no pueden discutirse en el Congreso. Tiene razón S. S., con- vengo en que es muy difícil, no en que no pueda ser, porque tenemos el ejemplo de las Cortes de 1821, en las cuales se discutió el Código Penal; pero es muy difícil, y haría que el remedio llegase muy tarde o nunca acaso en el estado en que nos hallamos. Pero hay una diferencia inmensa de que no se discuta el Código a que no se puedan discutir las bases, los puntos de partida, las cuestiones capitales. Cuando se trata de señalar penas, nadie más tiene derecho de fijarlas que los que lo tienen por Constitución el de dar las leyes⁷⁵.

⁷⁴ El conde Fabraquer dirá que «[...] Pero ¿debía haberse presentado en la forma que se ha hecho? [...]. La forma en que se ha presentado este Código es tal, que no le queda al Congreso ningún arbitrio más que conformarse de todo punto con él o negarle del todo su voto, porque no puede discutirse ninguna de sus disposiciones [...]. Creo que hubieran debido presentarse y discutirse las bases en los Cuerpos Colegisladores, y que debatidos en ellos los principios fundamentales y conocida su voluntad, haberse después extendido por el Gobierno los pormenores. Las bases esenciales de este Código eran objetos demasiado importantes para que ocupasen la atención de los Diputados y Senadores y se fijasen de un modo explícito y conveniente. Por ejemplo, una de ellas era esta ¿Se había o no de conservar la pena de muerte? Esta es una cuestión que por su gravedad e importancia bien merecía ser debatida y con detención. No es una cuestión que en el día puede decirse que es de pura doctrina, porque Estados hay en Europa en que está abolida semejante pena; uno de ellos es el de la Toscana; y yo, que he estado en ese país y visitado los establecimientos penales, he visto muchos, porque en los presidios están marcados los delitos en la espalda del vestido, por homicidio voluntario, y aun por parricidio, que es ciertamente uno de los delitos más horribles. En Prusia también se ha abolido la pena de muerte en muchos delitos que antes la tenían impuesta; y en estos momentos saben todos los Diputados que proclamada la República francesa por las dos célebres jornadas de 24 y 25 de Febrero, el Gobierno provisional una de las cosas que miró como una conquista que había hecho la revolución era la abolición de la pena de muerte, y desde luego la decretó para los delitos políticos, comprometiéndose a presentarla para los demás en las primeras sesiones de la Asamblea nacional que ha de convocarse. Por lo tanto, siendo una cosa que la civilización moderna ha hecho mirar como conveniente en algunas Naciones europeas, creo que era un punto digno de ocupar a los legisladores españoles y muy propio del siglo XIX, y no hubiera estado de más que se debatiese, lo que no puede hacerse en la forma que ha presentado este Código el Gobierno», *D. S., C. D.*, sesión de 10 de marzo de 1848, núm. 79, p. 1712.

⁷⁵ *D. S., C. D.*, sesión de 11 de marzo de 1848, núm. 80, pp. 1732-1733.

A pesar de la elocuencia de Fernández Baeza el Proyecto de Código penal pasó fugazmente por el Congreso, gracias a que la mayoría de los diputados estaban de acuerdo en que lo más importante era que la Codificación penal debía ante todo producirse. Realidad que no dejó de subrayar el propio ministro de Gracia y Justicia, cuando, al hilo de los debates, recordó en la segunda sesión al Congreso que no se había levantado a hacer uso de la palabra un solo diputado que no reconociese de entrada, la necesidad que había de un Código, y segundo, «la bondad relativa del presente»⁷⁶.

De todas formas no fueron necesarias más sesiones porque al final lo único que se discutió en Cortes fue la Ley por la que el Congreso autorizaba al Gobierno a aprobar el Código penal. Una norma que tenía cuatro artículos, de los cuales sólo suscitaron algún debate el 1.º y el 3.º. En estas condiciones tras apenas una semana de debates, el 17 de marzo de 1848 la Asamblea Legislativa autorizaba al Gobierno a promulgar el Código penal⁷⁷. Ello suponía una reduc-

⁷⁶ D. S., C. D., sesión de 11 de marzo de 1848, núm. 80, p. 1726. La excepción la plantearán posteriormente Gómez de la Serna: «Señores, vamos a destruir la obra de once siglos, y quizá a dar leyes para muchas generaciones. Así, no puedo menos de lamentar que esta clase de cuestiones pasajeras que se tomen con tanta frialdad por el Congreso siendo de interés vital para nuestro país, y que valen más que otras cuestión pasajeras que se agitan diariamente en el círculo de la política. Un Código representa un sistema completo de moral y un sistema completo de legislación; toca a las leyes políticas, toca a las garantías individuales, que son la base de las leyes políticas, y necesitan grande atención y cuidado, mucho más cuando la discusión está encerrada en límites tan cortos que es indispensable circunscribirla a algunos puntos capitales. Quizá dimane la frialdad con que esta cuestión ha sido acogida por el Congreso de haberme dirigido los ataques a ciertos pormenores por algunos señores que, estando conformes con el principio, creían que no debían autorizar algunas de las disposiciones particulares del Código. Yo voy a hacer una oposición mayor; yo voy a manifestar que no estoy por la codificación, principio que hubiera convenido discutir en los Cuerpos Colegisladores; yo voy a fijar la atención sobre una cuestión interesante. ¿Debe o no seguirse codificando? ¿Debe o no aprobarse el Código presentado? [...]», D. S., C. D., sesión de 14 de marzo de 1848, núm. 82, p. 1764. Así, negará categóricamente la promulgación del Código asentándose en sus criterios historicistas contrarios a la Codificación en general, a lo que se le sumará Pidal al ponerse en contra de la Codificación: «el Señor La Serna al impugnar el artículo 1.º de la Ley que se discute ha creído, y ha creído en mi concepto con razón, que se podían volver a reproducir en toda su extensión la discusión general que antes se había suscitado sobre la totalidad del Proyecto. Yo creo lo mismo; creo que S. S. ha estado en su derecho, y creo que las cuestiones que S. S. ha tocado, particularmente las cuestiones generales (se refiere especialmente a la codificación) deben discutirse aquí [...] al tratar un asunto de tanto interés [...] yo estoy en tesis general contra la codificación, y creo que sin grandes razones, sin grandes motivos, no se debe codificar [...] ¿Hay en los momentos actuales estos motivos urgentes y poderosos para hacer un Código Penal de planta en España? Yo me contesto a mí mismo, sí, hay estos motivos hay estas razones. Yo, que soy tan contrario a la codificación en general, autorizo con mi voto al Gobierno y le apoyo a la codificación penal», D. S., C. D., sesión de 14 de marzo de 1848, núm. 82, p. 1772. Sosteniendo que en materia penal «las leyes de la Recopilación son todas ellas dadas *ab irato* y no han podido observarse por los Tribunales que tuvieron que invadir esa legislación y crear una jurisprudencia contraria a la Ley» como modo de justificar así la presentación del Código penal por el Gobierno, D. S., C. D., sesión de 14 de marzo de 1848, núm. 82, p. 1774.

⁷⁷ Esta Ley autorizando al Gobierno para plantear el Código penal fue la que más debates suscitó aunque acabó siendo aprobado en la sesión de 15 de marzo de 1848. El tercero se debatió y

ción drástica del número de sesiones, cinco comparadas con las cincuenta y nueve Sesiones que emplearon las Cortes del Trienio a la discusión y aprobación del Código de 1822. El procedimiento legislativo que llevó a la promulgación del Código penal de 1848, el primero de nuestros Códigos penales que alcanzó vigencia estable y continuada, evidencia el claro protagonismo que tuvo en todo el proceso de su elaboración el Gobierno a través de la Comisión General de Codificación y, más en concreto aún, la propia Sección de lo Penal, que se convirtió en la auténtica depositaria técnica de la iniciativa legislativa, en la medida en que redactó el Código de manera autónoma y sin sujeción a bases algunas impuesta por las Cortes⁷⁸.

4.9 LA SANCIÓN REAL (19 DE MARZO DE 1848)

Tras la autorización de la Cámara legislativa, el propio Código penal fue aprobado por un Real Decreto de 19 de marzo de 1848, que fue sancionado por la reina Isabel II. En él, junto con el texto del Código penal, se acompañaba la Ley provisional que recogía las normas que debían regir su aplicación como Ley en la Península e islas adyacentes desde el día 1.º de julio siguiente. La

aprobó en la sesión de 15 de marzo. Finalmente, se aprobó el artículo 4.º y último de la Ley de autorización en la sesión de 16 de marzo sin discusión, como ocurrió con el 2.º y se rechazaron las tres enmiendas presentadas por los diputados Gómez de la Serna, que planteaba sustituir la pena de muerte y de cadena perpetua por la de extrañamiento en el artículo 167 sobre inducción a la rebelión. Esta enmienda aparece firmada también por Gálvez Cañero, Gascó, Tomás Pérez, Jaén y el marqués de Albaida, *D. S.*, sesión de 11 de marzo de 1848; Mayans que trató de negar la autorización al Gobierno que contenía el artículo 3.º de la Ley de autorización y de reformar la segunda regla de la Ley provisional adjunta al Código en lo referente al vidrioso sistema de valoración de la prueba por la certeza legal con la convicción del juzgador, a lo que entendía que se oponía el Código que marcaba rigurosamente la pena que debía imponerse, *D. S., C. D.*, sesión de 11 de marzo de 1848, y Martín que junto a los diputados Muchada, Orozco, marqués de Abadía, Sagasti y Huelves adicionaba al artículo 3.º de la Ley citada que en las reformas que se introdujesen no podía extenderse la pena de muerte en la sesión del Cortes de 10 de marzo de 1848, *D. S.*, sesión de 10 de marzo de 1848, núm. 79, p. 1705. El texto del Proyecto de Ley, aprobado definitivamente por el Congreso sobre autorización al Gobierno para plantear el Código penal se publicaría el 17 de marzo. Y quedó redactado y publicado de la siguiente manera en el *D. S., C. D.*, sesión de 11 de marzo de 1848, Apéndice núm. 85, p. 1849, en el que además se publica ya el texto del Proyecto íntegro: «Artículo 1.º El proyecto de Código Penal presentado por el Gobierno y la ley provisional que para su aplicación acompaña, se publicará desde luego y se observarán como ley en la Península e islas adyacentes desde el día que señale el Gobierno, dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la sanción Real. Artículo 2.º El Gobierno propondrá a las Cortes dentro de tres años, o antes, si lo estimare conveniente, las reformas o mejoras que deben hacerse en el Código, acompañando las observaciones que anualmente por lo menos deberán dirigirle los tribunales. Artículo 3.º El Gobierno hará por sí cualquiera reforma, si fuere urgente, dando cuenta a las Cortes tan pronto como sea posible. Artículo 4.º El Gobierno adoptará las disposiciones convenientes para la ejecución de esta ley». También recoge las reformas, M. D. M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 69-75.

⁷⁸ De su tramitación en el Congreso, así como de las críticas a la forma de dicha tramitación las Cámaras en el da cuenta, M. D. M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 69-75 y pp. 75-76.

versión final, sin embargo, ofrecía nuevos elementos de discusión, pues, como pusieron de relieve algunos diputados, las modificaciones introducidas a última hora distorsionaban la unidad del conjunto⁷⁹.

A pesar de ello la propia aprobación del Código de 1848 resultaba meritoria, en la medida en que gracias a este texto el ordenamiento jurídico español rompió en el ámbito penal con el Antiguo Régimen. Por ello se ha llegado a afirmar que el Código aprobado por el Gobierno Narváez «diseñó una nueva concepción de nuestro Derecho penal, y marcó la pauta de la legislación posterior»⁸⁰. Antón Oneca, aunque considera que el Código de 1848, desde el punto de vista político es obra de un Gobierno moderado, de corte *autoritario liberal*, valora el hecho de que, en comparación con el régimen punitivo propuesto por el de 1822, el de 1848 fue «el primer Código estable sustitutivo de la terrorífica legislación del antiguo régimen». Si bien es cierto, añade, «en vez de darse para dulcificar la represión, se dio en buena parte para asegurarla en la delincuencia política, cohibiendo el arbitrio judicial, [...], que podía ser peligroso para el Gobierno»⁸¹. En la misma línea, Jiménez de Asúa, desde su exilio argentino, reconocía la trascendencia de la ley penal de 1848 al afirmar que un siglo después seguía siendo el modelo de referencia para los autores del Código penal franquista de 1944. Concretamente afirmaba que «el Código de 1944 no es otra cosa que una reforma más del Código de 1848, y las modificaciones son en su mayoría precipitadas y torpes»⁸².

⁷⁹ Sobre el procedimiento de aprobación del Código penal, resultan en todo caso dignas de mención las palabras de José Castro y Orozco y de Manuel Ortiz de Zúñiga, vocales de la Comisión General de Codificación, cuando aseguran que «aquél ha pasado antes de su publicación por tantas y tan diferentes manos que no sólo ha perdido por partes la conexión y unidades debidas, sino que ha quedado diminuto en muchas y contradictorio en otras ocasiones. No se crea que porque tuvimos la honra de ser vocales de la Comisión redactora hemos de dar forzosamente explicación a lo que para nosotros no la tiene por más que se la hayamos buscado [...] Con el Código ha pasado lo que suele acontecer con las copias que corren de mano en mano. Artículos hay que son completamente nuevos para nosotros, y otros figuran tan desfigurados que difícilmente podemos reconocerlos. En honor a la justicia y a la imparcialidad que debe caracterizarnos, aplaudimos algunas de las reformas introducidas en la última revisión por el Gobierno, mucho más cuando ésas fueron nuestras propias convicciones en las conferencias de la Comisión». J. CASTRO Y OROZCO y M. ORTIZ DE ZÚÑIGA, *op. cit.*, pp. XIV-XV. Cfr. J. F. LASSO Y GAITE, *op. cit.*, I, p. 303, quien en las páginas siguientes ofrece varias hipótesis acerca de las personas que pudieron modificar el contenido de los trabajos preparados por la Comisión una vez que quedaron éstos en manos de los distintos Gobiernos que lo tuvieron en su Despacho.

⁸⁰ J. BARÓ PAZOS, «Historiografía...», *cit.*, p. 31. Acerca de las novedades introducidas por el nuevo Código, M. D. M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 100-149.

⁸¹ J. ANTÓN ONECA, *Derecho...*, *cit.*, p. 75.

⁸² L. JIMÉNEZ DE ASÚA, «Don J. F. Pacheco en el Centenario del Código español», *El Criminalista*, IX, Buenos Aires, 1951; en un mismo sentido y con una ideología bien distinta F. CASTEJÓN, «Apuntes de Historia política y legislativa del Código Penal de 1848», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (núm. extraordinario), t. 25 (1953), pp. 105-113, donde afirma que el Código de 1848 se mantenía «casi incólume a través de las reformas de 1850, 1870, 1932 y 1944». Cfr. J. BARÓ PAZOS, «Historiografía...», *cit.*, pp. 31-32.

4.10 UNA REFORMA POR DECRETO: LA SEGUNDA EDICIÓN DE 1850

La entrada en vigor del Código penal de 1848 no resultó, sin embargo, del todo pacífica en la medida en que el Gobierno dos años más tarde procedió a reformar de modo sustancial este cuerpo legal.

La misma Ley de 19 de marzo de 1848 que autorizaba al Gobierno a publicar el Código penal facultaba al Ejecutivo para que, en caso de urgencia, pudiera realizar cualquier reforma dando a posteriori cuenta a las Cortes. El artículo 2.º del Real Decreto de 19 de marzo de 1848 recogía ya que el Gobierno propondría a las Cortes dentro del plazo de tres años las reformas convenientes, acompañando las observaciones que, al menos anualmente, deberían dirigirse a los Tribunales, una iniciativa que ya había sido propuesta por los diputados en el breve paso del proyecto de Código penal por el Congreso⁸³. De acuerdo con ello, antes de que terminara el propio año 1848 el Gobierno realizó algunas rectificaciones de ciertos artículos con aclaraciones del sentido de algunas referencias de índole general en las que se resolvían cuestiones de procedimiento⁸⁴. Fue un primer paso, que se vería completado dos años después con una reforma más profunda del Código penal que no pasó por las Cortes, ya que se verificó directamente por el Gobierno por decreto.

Partiendo de las observaciones de los Tribunales⁸⁵ y de los acuerdos de la Comisión codificadora, el ministro Arrazola realizó una extensa reforma penal en virtud del Decreto de 7 de junio de 1850⁸⁶. Por Real Orden de 9 de junio

⁸³ Así, Mayans denunciará la precipitación con la que se estaba despachando el Código sin escuchar a los Tribunales. «Yo no conozco, no digo un Código con la grave importancia que el presente, sino una ley de menos gravedad y trascendencia en que, sea por gobiernos representativos o absolutos, se haya procedido con la irregularidad que se ha procedido en este caso [...] Véase, señores, si es posible discutir esta clase de trabajos en Cuerpos más o menos numerosos, y sobre todo, véase si en ningún país, haya clase de gobierno que sea, se procede con la precipitación que se ha procedido en el nuestro. No se entienda por esto que yo defiendo absolutamente que un Código deba traerse a los Cuerpos Colegisladores y discutirse artículo por artículo; no quiero decir eso, a pesar de que lo encuentro practicable y acaso conveniente en circunstancias dadas; pero lo que quiero decir es, que entre esta discusión general minuciosa del proyecto y la conducta que ha observado el Gobierno, hay un término medio muy razonable que quisiera se hubiera seguido», *D. S., C. D.*, sesión de 16 de marzo de 1848, núm. 84, pp. 1810-1811. Su discurso completo en pp. 1809-1813.

⁸⁴ Debe recordarse que a los dos meses o poco más de la vigencia del Código, dictó el Gobierno tres Decretos con refrendo de Arrazola, de 21, y dos del 22 de septiembre de 1848. Todos estos Decretos pasaron antes por la Comisión General de Codificación. Destacamos entre otras reformas las que consideramos más sustanciales: Real Decreto de 30 de mayo de 1849 modificaría los artículos 46 y 47 del Código sobre la extensión de las costas dejando sin efecto la redacción del artículo 47 dada por el Decreto de 21 de septiembre de 1847. «En la misma ley por la que se puso en vigor el Código de 1848 se disponía que el Gobierno dentro de tres años, o antes si lo estimaba conveniente, propondría a las Cortes las reformas y mejoras que en él debieran introducirse, acompañando las observaciones que habían de dirigirse anualmente los tribunales. No fue cumplida esta prescripción, pero por varios decretos se hicieron aclaraciones, adiciones y reformas, hasta la más general de 30 de junio de 1850», J. ANTÓN ONECA, *Derecho...*, cit., p. 76.

⁸⁵ Leg. 5 de Código Penal. *Cfr.* J. F. LASSO Y GAITE, *op. cit.*, t. I, p. 5.

⁸⁶ Sobre el alcance de esta reforma, *vid.*, J. F. LASSO Y GAITE, *op. cit.*, I, pp. 318-321.

de 1850 ordenó de hecho la publicación de una segunda edición del Código penal y de la Ley provisional dictada para su ejecución. Dicha orden fue llevada a cabo por medio de otro Real Decreto de 30 de junio de 1850, que acompañaba el texto refundido del Código penal y de la Ley provisional para su ejecución, quedando enteradas de todo ello las Cortes el día 9 de noviembre de 1850⁸⁷.

La reforma de 1850 fue sobre todo una respuesta a las agitaciones revolucionarias que sacudían Europa en 1848⁸⁸. El régimen de Narváez reafirmaba por esta vía su carácter autoritario a través de modificaciones consistentes en endurecer las penas de determinados delitos políticos y en la introducción de una punición genérica a determinados actos preparatorios, como son la conspiración y la proposición para delinquir.

Diversas corporaciones –Tribunales de justicia, Colegios de Abogados– y destacados juristas como Pacheco que, además de criticar el Código penal le auguraban una corta vida, mostraron su honda insatisfacción ante las modificaciones de 1850⁸⁹. Pero durante la vigencia del régimen moderado y de la Constitución de 1845, era muy difícil alterar de nuevo el Código penal, especialmente, para suavizar penas. Por ello hubo que esperar a un nuevo cambio constitucional, concretamente el propiciado por la Revolución de 1868.

V. LA VUELTA DE LOS PROGRESISTAS Y LA PERSISTENCIA DE LA INTERVENCIÓN DEL EJECUTIVO EN LA FORMACIÓN DEL CÓDIGO DE VERANO DE 1870

La «Revolución gloriosa», al traer consigo la promulgación de una nueva Constitución hizo necesaria la reforma del Código penal de 1850. En este sentido se manifestaba el propio Eugenio Montero Ríos cuando, en su Discurso de Apertura de los Tribunales el 15 de septiembre de 1870, decía que, «era necesario suprimir en el Código penal de 1850, digno de todo elogio, todo lo que lastimaba las preciosas libertades por primera vez recogidas en la Ley Fundamental»⁹⁰.

Podría pensarse que la recuperación del poder por los liberales progresistas, después de un cuarto de siglo de Gobiernos casi exclusivamente conservadores,

⁸⁷ D. S., C. D., sesión de 14 de noviembre de 1850, núm. 10, p. 125.

⁸⁸ Acerca de la transformación del Código de 1848 en el de 1850, M. D. M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 267-309.

⁸⁹ En cuanto a las modificaciones realizadas en 1850 asegura Oneca que éstas fueron de escasa monta; se declararon siempre punibles la proposición y la conspiración, se reprimieron más severamente algunos delitos, principalmente los de atentado, desacato y desórdenes públicos. Responde a una variación de matiz dentro de una misma política (tanto el Código de 1848 como la reforma de 1850 se dieron siendo jefe del Gobierno Narváez) para apretar los resortes del poder después de las agitaciones revolucionarias de 1848, J. ANTÓN ONECA, *Derecho...*, *cit.*, p. 76. Acerca de las críticas al nuevo texto que modificaba el Código de 1848. M. D. M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 312-329.

⁹⁰ «Discurso de Apertura de los Tribunales leído el 15 de septiembre de 1870», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 37 (1871), p. 244.

se traduciría en una reimplantación del jacobinismo legislativo, vigente durante las Cortes de Cádiz y durante el Trienio Liberal. No obstante, no fue así. Lo más paradójico es que esta tendencia a la intervención exorbitante del Ejecutivo no es patrimonio ni mucho menos monopolio de los Gobiernos moderados conservadores, especialmente de los presididos por Narváez, sino que es una constante de nuestro derecho público decimonónico como demuestra el Código progresista de 1870, el llamado *Código de verano* que con el pretexto de su «provisionalidad» apenas pasó por las Cortes y fue esencialmente obra del Ejecutivo.

Si el Código penal de 1848 puede considerarse un claro producto legislativo del decenio moderado, el Código de 1870 es indiscutiblemente una muestra del progresismo liberal que triunfa en la «Gloriosa». Cabría pues pensar a priori que los mecanismos legislativos que presiden su elaboración, aprobación y entrada en vigor debieron ser radicalmente distintos de los vigentes en el régimen que cae en 1868. Concretamente, cabría esperar un mayor protagonismo de las asambleas legislativas en la formación del nuevo cuerpo normativo penal, en consonancia con el progresismo de las Cortes del Trienio que permitió alumbrar un Código penal, el de 1822, que prácticamente fue elaborado por el Legislativo a lo largo de innumerables sesiones. Sin embargo, la realidad fue bien distinta. El progresismo del nuevo régimen no rompió con la inercia legislativa de los moderados y el nuevo Código penal fue otra vez esencialmente obra del Gobierno. Si acaso cabe ver una acentuación del grado de incidencia de la política en la legislación. No en vano una de las primeras medidas que adopta el nuevo régimen es abolir la Comisión General de Codificación y sustituirla por una comisión nombrada ad hoc. Con un manifiesto abandono del espíritu «técnico» que presidió la elaboración del Código de 1848 y una creciente injerencia política en el proceso legislativo.

Este sorprendente continuismo, perfectamente revelador del arraigo en la España del último tercio del siglo XIX del espíritu del «Estado administrativo», como modelo estatal que se construye esencialmente desde el Ejecutivo, merece un análisis pormenorizado del proceso de elaboración del *Código de verano*⁹¹.

⁹¹ La literatura jurídica sobre el Código de 1870 es muy abundante. Buena parte es contemporánea a su promulgación. Sin ánimo de exhaustividad cabe citar los principales trabajos que dan una visión global del mismo y con mayor visión histórica: R. NÚÑEZ BARVERO, *La reforma penal de 1870*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1969; J. ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1870», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 23, 2 (1970). Por su parte BARÓ PAZOS ha dedicado un encomiable estudio a la Codificación penal donde recoge un detallado análisis de dicha literatura, «Historiografía...», *cit.*, pp. 34-39. En torno a aspectos más concretos del propio Código son muchos los comentarios que se han hecho y, salvo alguna excepción, en su gran mayoría a cargo de la penalística que, con motivo de la celebración del centenario del Código, impulsó su estudio al celebrar una serie de conferencias en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en 1970. Cabe citarse los siguientes: M. COBO DEL ROSAL, «El sistema de penas y el arbitrio judicial en el Código Penal de 1870»; J. DEL ROSAL, «La palabra y la expresión en el Código Penal de 1870, en el libro de la Real Academia de Jurisprudencia»; J. LATOUR BROTONS, «Las libertades religiosas en el Código penal de 1870»; F. OLESA MUÑO, «Sistemática de los delitos contra la vida en el Código Penal de 1870»; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Dogmática de los delitos contra

5.1 DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN A LA COMISIÓN LEGISLATIVA

La llegada al poder del progresismo militante acarreó, como era de esperar, una nueva crisis de la Comisión General de Codificación. Esta Comisión que venía trabajando ya desde hacía quince años consecutivos fue, una vez más, sustituida por el viejo sistema de Comisiones legislativas especiales. La dimisión en pleno de la Comisión General de Codificación en diciembre de 1868⁹² fue aceptada el primero de octubre de 1869, por un Gobierno presidido por el regente Francisco Serrano en el que el ministro de Gracia y Justicia era Manuel Ruiz Zorrilla⁹³. Al día siguiente se creó en las Cortes, por Decreto de 2 de octubre de 1869, una Comisión Legislativa que fue dividida en dos Secciones: Civil y Penal⁹⁴.

la vida en el Código Penal de 1870», *Commemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización del Poder judicial y del Código Penal de 1870*, Madrid, 1970; J. LATOUR BROTONS, «Las libertades religiosas en el Código penal de 1870». También fuera del campo del Derecho penal, J. M. PÉREZ PRENDES, «La prensa y el Código Penal de 1870», *Hispania*, [Madrid] 119 (1971).

⁹² Que lo haría de la siguiente manera: «Como Regente del Reino, vengo en admitir la dimisión que con fecha 2 de junio último han presentado M. Cortina, P. Gómez de la Serna, J. González Acevedo, P. Bayarri, M. García Gallardo, Cirilo Álvarez y F. de Cárdonas de los cargos de Presidente el primero y de individuos los demás de la Comisión de Codificación; quedando altamente satisfecho del incansable celo y de la inteligencia con que los han desempeñado, y de los eminentes servicios que con tanto desinterés han prestado al país y a la ciencia». Decreto de 1 de octubre de 1869, *Gaceta de Madrid* de 5 de octubre de 1869. Tras dos intentos más de dimisión de la Comisión General finalmente se admitiría y el primero de octubre de 1869 se tramitarían los efectos de la dimisión que presentó la Comisión creada en 1856. Uno protagonizado el 2 de junio de 1869 y otro el día 9 de julio de 1869 sobre esto, *vid.* J. F. LASSO Y GAITE, *op. cit.*, I, pp. 435 a 437, y Decreto 2 de octubre de 1869, *Gaceta de Madrid* de 3 de octubre de 1869.

⁹³ En virtud del Decreto de 23 de diciembre de 1868, *Gaceta* de 24 de diciembre de 1868 derogaría el anterior Decreto de 8 de agosto de 1868 y reorganizaría la Comisión de Códigos, relevó de sus cargos a sus integrantes nombrando a los nuevos miembros de la citada Comisión. El primero de octubre de 1869 admitió la dimisión de los anteriores miembros y, al día siguiente, se crearía la Comisión Legislativa. Se disolvía así la Comisión General de Codificación que venía trabajando ya desde hacía quince años reemplazándola por una Comisión Legislativa más vinculada ahora al ministro.

⁹⁴ Integrada por un presidente; N. M. Rivero (también fiscal del Tribunal Supremo) y los vocales; S. D. Madrazo, A. Groizard, P. Gómez de la Serna, L. Figuerola, P. González Gutiérrez, J. M. Fernández de la Hoz, C. Martos (ambos miembros de las dos Secciones) y Eugenio Montero Ríos. Decreto 2 de Octubre de 1869, *Gaceta de Madrid* de 3 de octubre de 1869. Esta Comisión Legislativa sería una de la más fructíferas en materia penal pues, como sabemos, sería la que consiguiera promulgar el Código penal de 1870; culminó las tareas iniciadas por la Comisión en 1856 la Ley de Enjuiciamiento Criminal autorizada su entrada en vigor por un Decreto de 22 de diciembre de 1872 que, a pesar de haber sido escrita años atrás, sería ahora cuando recibiría su redacción final y su promulgación (derogada por la Ley de 14 de septiembre de 1882); la Ley de 18 de junio de 1870 que establecía el recurso de casación en las causas criminales (derogada por la Ley de enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1872) y la Ley para el ejercicio de la gracia y de indulto (32 arts.). Todo ello sobre la base del Decreto de unificación de fueros de 6 de diciembre de 1868; La Ley Orgánica del Poder Judicial denominada también «Provisional sobre organización del poder judicial» que entró en vigor el 15 de septiembre de 1871.

Por otra Orden del Regente del reino de 2 de diciembre de 1869, se dio traslado al presidente de la Sección Penal del encargo de redactar un proyecto de reforma del Código penal, para el que debían tenerse en cuenta los trabajos efectuados por la antigua Comisión General de Codificación.

No poseemos las actas y demás trabajos de la Comisión Legislativa que se encargó de los Libros II y III, pues, sólo consta la constitución de la nueva Comisión Legislativa el 8 de octubre de 1869⁹⁵. Sin las actas de las sesiones no podemos conocer la participación efectiva que tuvieron sus miembros en la redacción del anteproyecto, aunque es opinión generalizada que tuvo una destacada intervención el propio ministro de Gracia y Justicia, Montero Ríos, en el cargo desde el 9 de enero de 1870, auxiliado por los miembros de la Sección Penal de la Comisión Legislativa, muy particularmente por Groizard⁹⁶. Hay que reseñar que los primeros preparativos encaminados a redactar el que llegaría a ser el Código de 1870 se iniciaron antes de que triunfase la «Gloriosa», en el marco del proceso de revisión del Código de 1848 que se inicia en 1864 y corre a cargo de Pedro Gómez de la Serna a la sazón presidente de la vieja Comisión General de Codificación⁹⁷.

Si algo llama la atención en el proceso de redacción del Código de 1870, comparado con los que condujeron a la aprobación de los Códigos anteriores de 1822 y 1848, es que fue sorprendentemente rápido. El proceso lo inicia el propio Montero Ríos mediante un Decreto de 30 de mayo de 1870 por el que presenta a la aprobación de las Cortes un proyecto de ley de reforma del Código penal de 1850. El nuevo texto fue leído y publicado en el mismo día en el *Diario de Sesiones*⁹⁸. Y poco más tardó en formarse una Comisión *ad hoc* para dictaminar dicho Proyecto⁹⁹. Ni qué decir tiene que en estas condiciones en pocos días estuvo listo el preceptivo dictamen, que fue abiertamente favorable a la adopción del Proyecto

⁹⁵ Ofrece un estudio comparado con el Código de 1850 de las reformas que planteó el Proyecto J. F. LASSO Y GAITE, *op. cit.*, I, pp. 442-451.

⁹⁶ En este sentido entre otros J. M. ANTEQUERA, *La codificación moderna en España*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1886, p. 112, donde alude a Montero Ríos como al autor de la reforma.

⁹⁷ Aunque tales trabajos no pasaron sin embargo del libro I. Lasso y Gaité sintetiza muy claramente los trabajos preliminares que parten del estudio y extractado de las Observaciones e Informes de los Tribunales y Colegios de Abogados sobre la aplicación del Código Penal dirigidos por Gómez de la Serna, en *Crónica...*, *cit.*, t. 5, I, pp. 418-433. Las reuniones de la Comisión presididas por Gómez de la Serna en torno a tales propuestas comenzarían en los meses de mayo de 1865. Las sesiones que se conservan en torno a estos debates son únicamente las del 18, 22 y 25 de abril de 1864 en sus páginas 419-438. En ellas dio tiempo a revisar solamente el Libro I antes de que la revolución afectara directamente a la estabilidad y a la continuidad de los trabajos de la citada Comisión. Así lo cuenta F. DE CÁRDENAS, «Memoria histórica de los trabajos de la Comisión», *Revista de Legislación*, Madrid, 1871, p. 181.

⁹⁸ Apéndice 3.º al núm. 293. *Vid.*, también en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 37, Sección parlamentaria, p. 47.

⁹⁹ Comisión integrada por los diputados: Santiago Diego Madrazo, presidente; León Moncasi, Francisco de Paula Villalobos, Cristóbal Pascual y Genis, Venancio González, Ignacio Rojo Arias y Telesforo Montejo, secretario, *D. S.*, *Cortes Constituyentes*, sesión de 31 mayo de 1870, y núm. 295.

como Ley, con la salvedad de una leve modificación del Proyecto inicial, concretamente la eliminación del catálogo de las penas de la de sujeción a la vigilancia de la autoridad, porque fue considerada ineficaz¹⁰⁰.

5.2 EL FUGAZ PASO DEL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL POR LAS CORTES

El 10 de junio de 1870, sólo once días después de la promulgación del Decreto ministerial por el que se daba a conocer el proyecto de Código penal que debía presentarse ante las Cortes, el Dictamen y el proyecto de ley pasaban al Congreso de los Diputados¹⁰¹. Hay que señalar que el nuevo proyecto no pasó previamente por el Senado, simplemente porque la Cámara alta no se reunió entre 1868 y 1871¹⁰². Lo cual sin duda contribuyó a aligerar el trámite parlamentario.

En la propia sesión de 10 de junio de 1870 se imprimieron y repartieron entre los diputados los dictámenes relativos a las reglas a que había de ajustarse la reforma del Código penal¹⁰³. Y los diputados dispusieron de un solo día para estudiar la nueva propuesta de Código penal y preparar su discusión en las Cortes¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Dictamen de la Comisión de las Cortes en *D. S., Cortes Constituyentes, C. D.*, sesión de 10 de junio de 1870, Apéndice 9 al núm. 303, párrafo 4.º.

¹⁰¹ *D. S., Cortes Constituyentes, C. D.*, sesión del 10 de junio de 1870, núm. 303, p. 8773.

¹⁰² La Constitución de 1869 también mantuvo el sistema bicameral, Congreso de los Diputados y Senado, como cuerpos colegisladores iguales en facultades excepto en los casos previstos en la Constitución de 1869. El Senado de la Constitución de 1869 se reunió en cuatro legislaturas desde 1871 a 1873, (1871-1871), (1872 primera), (1872 segunda) y (1872-1873). El Real Decreto dado el 14 de febrero de 1871 que convocó las Cortes reunidas en su artículo primero convocaría a Cortes ordinarias para que se reunieran el 3 de abril de 1871, *vid.*, *D. S., C. S.*, sesión de 2 de abril de 1871, núm. 1, p. 3, y *D. S., C. D.*, sesión de 3 de abril de 1871, núm. 1, pp. 1-3 en la que se verifica dicha apertura de las Cortes conjuntas.

¹⁰³ *D. S., Cortes Constituyentes, C. D.*, 10 de junio de 1870, núm. 303, p. 8773, el Dictamen se encuentra en su Apéndice 8.º al núm. 303.

¹⁰⁴ De ello da cuenta el diputado Romero Girón que en la sesión del 13 de junio se quejaría de la manera en que se estaba procediendo: «El viernes anterior se leyó el dictamen de la comisión encargada de darlo sobre el proyecto de ley reformando varios artículos del Código Penal, cuando no se había repartido entre los Sres. Diputados el ejemplar impreso del Código para que pudieran enterarse de él, no aún en el mismo viernes se repartió; al menos yo no lo he recibido hasta la noche de ayer [...] yo no tengo más que un ligero conocimiento del proyecto de ley, pues no he hecho más que una rápida lectura de él a altas horas de la noche pasada [...] se trata de un proyecto de ley que siquiera se discuta en forma de autorización, comprende seiscientos y tantos artículos [...] yo me permitiría rogar a la Mesa que tuviese en cuenta estas observaciones para señalar la discusión del Código Penal para dentro de algunos días [...] pero esto no obsta para que tanto el que tiene la honra de dirigirse a las Cortes, como los demás Sres. Diputados quieran estudiarlo y examinarlo con el preciso detenimiento, nada más, para dar un voto en conciencia y poder decir al país. Ahí está la reforma del Código Penal; creemos que es buena, creemos que debes aceptarla y que debe regir como ley. Ruego, pues, a la Mesa que tenga presente estas observaciones para cuando llegue el caso de poner a las orden del día la discusión del Código Penal». *D. S., Cortes Constituyentes, C. D.*, sesión de 10 de junio de 1870, núm. 305. En la sesión del día siguiente se leía por primera vez y pasaba a la comisión la enmienda del diputado Romero Girón al dictamen sobre la reforma del Código penal en la que los diputados que la suscribían proponían a las Cortes que el

Algo tan poco complejo por cuanto el proyecto de ley que debían aprobar las Cortes se limitaba a un solo artículo, por el que lisa y llanamente se autorizaba al ministro de Gracia y Justicia para plantear como ley provisional el proyecto adjunto de reforma del Código penal.

Se dedicaron sólo tres Sesiones al debate de la reforma del Código penal. Ni siquiera se llegó, pues al número de cinco que requirió la aprobación del Código de 1848, y desde luego muy lejos de las cincuenta y nueve empleadas en el caso del Código de 1822.

La discusión en el Congreso del proyecto de nuevo Código penal tuvo lugar los días 13, 15 y 17 de junio de 1870, bajo la presidencia de Ruiz Zorrilla. En la primera de estas sesiones, la del 13 de junio, el diputado Romero Girón criticó la celeridad con la que se pretendía que una cuestión tan trascendental fuese despachada por las Cortes. Concretamente, el diputado evocó la necesidad de contar con más tiempo para tener siquiera un ligero conocimiento de un Código que afectaba a temas sustanciales de la Constitución, ya que «después de todo, el exigir que votásemos sin conocerlo, sería exigir un voto incondicional que yo creo que nunca los señores diputados pueden ni deben dar, sobre todo en lo que se refiere a los derechos individuales, cuyo ejercicio está consignado en la Constitución, a libertades porque hemos tanto peleado y tanto sufrido». No obstante, el diputado acto seguido se curaba en salud, y para evitar posibles represalias políticas se apresuró a afirmar inmediatamente que no entraba «a discutir el proyecto, que probablemente será bueno, porque las condiciones de ilustración y la alta capacidad del Sr. Ministro de Gracia y Justicia son una garantía de acierto [...]»¹⁰⁵.

La opinión de Romero Girón fue, además, un hecho aislado por lo que el proyecto pasó fugazmente por el Congreso sin pena ni gloria. De las tres sesiones en las que la Asamblea Legislativa se ocupó del tema, la única interesante fue la del día 15 de junio, porque en ella se trataron las cuestiones más enjundiosas que contenía el Dictamen de la Comisión de Cortes.

Al inicio de la misma se aceptó, previa conferencia con el Gobierno, una enmienda de Romero Girón para adicionar el artículo único con el párrafo siguiente: «Esta Comisión propondrá Dictamen definitivo, y éste se discutirá con preferencia a otros asuntos, tan pronto como las Cortes reanuden sus Sesiones»¹⁰⁶. De dicha enmienda se valdría el Gobierno para posponer el debate a su promulgación. Ello evidentemente propició que ésta nunca tuviera lugar¹⁰⁷.

artículo único sometido a su deliberación se adicionara con las siguientes palabras «Esta comisión propondrá dictamen definitivo, y éste se discutirá con preferencia a otros asuntos tan pronto como las Cortes reanuden sus sesiones», Apéndice 4.º al núm. 308.

¹⁰⁵ D. S., *Cortes Constituyentes, C. D.*, sesión de 13 de junio de 1870, núm. 305, p. 8797.

¹⁰⁶ Presentada el día anterior. *Vid.*, D. S., *Cortes Constituyentes, C. D.*, sesión de 14 de junio de 1870, pp. 8858 y Apéndice 4.º al núm. 306. D. S., *Cortes Constituyentes, C. D.*, sesión de 15 de junio de 1870, p. 8882.

¹⁰⁷ Dicha enmienda de Romero Girón que pretendía, provocar a su tiempo, y cuando pudiera ser, una discusión amplia, y por la que comprometía al Gobierno a discutir con preferencia a otros asuntos tan pronto como las Cortes reanuden sus Sesiones. Tal compromiso fue suscrito por el ministro de Gracia y Justicia, que aseguró que, «[...] el Gobierno, que no solamente desea, sino que verá con gran satisfacción una discusión amplísima del Código Penal, tan pronto como las

Con un recordatorio de tal compromiso comenzaría su discurso Francisco Silvela en el que renunciaba a entrar «[...] en el examen detenido de todas y cada una de las reformas que entraña el nuevo Código, y de las que debiera, a mi entender, entrañar para ser completa; esta discusión queda aplazada para la legislatura próxima, y entonces es cuando podrá tener lugar con verdaderas condiciones de altura y de importancia». No obstante, aunque fuese a entrar en vigor de una manera provisional, no renunciaba Silvela a debatir «acerca de lo que es ese Código, para que las Cortes y el país sepan cuál es la autorización que se va a votar, siquiera sea para que rija por un breve espacio de tiempo [...]»¹⁰⁸.

La intervención de Silvela se dirigió, por otra parte, esencialmente a aplaudir una legislación que protegiera el matrimonio religioso, y censuraba el establecimiento de penas personales para las coaliciones para abaratar o alterar el precio de los objetos, coaliciones que se consideran verdaderos delitos «[...] de suerte que las relaciones que a mi entender son y debían considerarse por el Gobierno como perfectamente armónicas, entre el capital y el trabajo; de suerte que el acto, a mi entender completamente libre, y sobre todo dentro de los principios proclamados por la Constitución del 69, perfectamente legítimo de reunirse los obreros para procurar subir o bajar los salarios, está castigado en este Código ni más ni menos que lo estaba en el Código de 1848»¹⁰⁹. También Silvela criticó que el Proyecto de Código penal se sometiese a la aprobación de una sola Cámara en contra de lo previsto en la Constitución¹¹⁰ y, finalmente, lamen-

Cortes se reúnan, porque aspira a que el Código Penal sea la garantía más legítima de todos los derechos y de todos los poderes que en la Constitución se reconocen y organizan, acepta también la enmienda», *D. S., Cortes Constituyentes, C. D.*, sesión de 15 de junio de 1870, p. 8882.

¹⁰⁸ El discurso de Silvela se centrará exclusivamente, pues, en un breve examen de la cuestión política respecto de los derechos fundamentales «[...] Por primera vez, Sres. Diputados, se va a tocar, por medio de la ley, al sagrado de los derechos individuales, y preciso es confesarlo, no se hace con mano sobradamente ligera. No es, Sres. Diputados, de estos bancos, ni de mi humilde personalidad, de donde debe salir una censura para esto; pero es imperante que conste, y que conste con toda claridad, que el proyecto presentado pesa sobre los derechos individuales, y pesa con mano, a mi entender muy dura [...]», con ello, comentará las disposiciones que regulan los delitos perpetrados con mediación de la imprenta, del que realizará una dura crítica a la propuesta del Código, el derecho de reunión y asociación, la inviolabilidad del domicilio, reconoce echar en falta «[...] ese celo exquisito, esa especie de solicitud extraordinaria que esperaba yo ver en lo que se refiere a las detenciones arbitrarias; porque son tantos y tan multiplicados los abusos que en nuestra historia política se han cometido en este particular, que esperaba ver cierto lujo de disposiciones y de garantías que son consecuencia ordinaria de los inveterados y frecuentes abusos cometidos en un sentido dado». *D. S., Cortes Constituyentes, C. D.*, sesión de 15 de junio de 1870, p. 8883, su discurso completo en las pp. 8883-8888.

¹⁰⁹ *D.S., Cortes Constituyentes, C. D.*, sesión de 15 de junio de 1870, p. 8886.

¹¹⁰ «Uno de los delitos previstos en el Código y expresamente castigados en él (y esta es una disposición ciertamente no de interés, pero que a mí me ha llamado la atención, que me ha parecido bastante curiosa y que os la expongo para que sea conocida) es el de mantener reunido uno solo de los Cuerpos Colegisladores; y aún cuando perfectamente comprendo, aún cuando ni por un momento se me puede ocurrir la idea de que el actual Gobierno de S. A. pueda incurrir en semejante delito por tener reunido sólo este Cuerpo, yo, sin embargo, recomiendo a vuestra atención la disposición de los distinguidos autores del Código, que han creído que había algo no muy bueno, algo que debía considerarse en el porvenir como un delito, en mantener solo reunido uno solo de los Cuerpos Colegisladores, cuando la Constitución ha establecido los dos como garantía de los

tó que: «esta discusión viniera tan pronto; (pues) yo creía que el Gobierno, cediendo a las indicaciones reiteradas de los Sres. Romero Girón y Figueras, diferiría la discusión de este proyecto, y daría lugar a que se entrara en ella de una manera detenida y profunda; pero no ha sucedido así, y precipitadamente, a la ligera, me he visto obligado a hacer estas observaciones para que se fije el país en las nuevas disposiciones del Código que va a regir este verano¹¹¹».

La intervención de Silvela fue contestada por los diputados Venancio González¹¹² y Sánchez Ruano¹¹³ a quienes a su vez replicó el propio ministro Mon-

derechos de los ciudadanos, dando a los españoles la seguridad de que sus bienes, deberes y derechos no serían regulados sino mediante la deliberación, la discusión y el voto de las dos Cámaras», *D. S., Cortes Constituyentes, C. D.*, sesión de 15 de junio de 1870, p. 8887.

¹¹¹ «He indicado al principio que no entraba en la cuestión de fondo; y es tan importante esta indicación, que creo que debo repetirla al final. Yo no anticipo cuál sea mi opinión sobre las reformas que he analizado, y menos cuáles sean las que a mi juicio se deberían hacer; me limito a declarar que esas reformas están en el Código, y me reservo, para cuando la discusión venga sosegada y tranquila, entrar, si mis fuerzas me lo permiten, en el examen resuelto y profundo de estas cuestiones; pero yo quiero dejar sentado desde ahora que en el Código, tal como está redactado, se introducen por primera vez reformas y hacen modificaciones de los derechos individuales por el Gobierno de S. A.; modificaciones y reformas que alcanzan a cuanto pudieran desear para reprimir y aniquilar los derechos individuales consignados en la Constitución los que quisieran aplicar este Código de una manera que estoy seguro que el Gobierno de S. A. no querrá emplear, pero que estaría dentro de su letra y espíritu. Pero conste y sepa el país que estas modificaciones se proponen y se hacen, y que dependerá el que no se apliquen de la benevolencia, del liberalismo, de la confianza que en la cordura del pueblo español tenga el Gobierno; pero no en las garantías que para los escritores no para los diferentes partidos políticos que se asocien, establezca la ley. Yo bien sé que siguiendo el Gobierno tal como hoy está organizado, no digo con este Código, con otro mucho más restrictivo y tiránico, no peligrarían la libertad no ninguno de los derechos individuales, porque todos los Ministros los tienen escritos en el fondo de su corazón; pero no puedo menos de lamentar que se siga aquí el camino de escribir leyes para no aplicarlas ¿Cómo he de creer yo, por ejemplo, que el Sr. Rivero haya de llevar a la barra de los tribunales, como indudablemente podría llevarlos con este Código, el programa de *El Legitimista* o el de *La Igualdad*? Para esto se necesitan antecedentes conservadores que su señoría no tiene; pero conste que por este Código puede hacerlo; y si pudiendo no lo hace, el país lo deberá a su benevolencia y a la confianza que en la cordura del mismo país tenga; pero en el Código tal como está, todo eso y mucho más, podría hacer», *D. S., Cortes Constituyentes, C. D.*, sesión de 15 de junio de 1870, p. 8888.

¹¹² Al turno de Silvela le contestaría Venancio González en una defensa a ultranza de la postergación del debate parlamentario a la promulgación del presente Proyecto de Código «[...] Discutimos si debe suspenderse la discusión para no dar simplemente una autorización, sino para que haya una discusión tan detenida y tan levantada como lo exige la reforma del Código Penal en la próxima reunión de las Cortes; si debemos autorizar hoy por la urgencia de las circunstancias la publicación del Código aplazando la discusión para esa época, o si estamos en el caso, porque no se puede discutir hoy por lo avanzado de la estación, de dejar de publicar el Código, cuya necesidad de reforma reconocen los Sres. Diputados. Y ¿cómo no reconocerla? Pues qué ¿no sabe todo el mundo que hay muchos artículos del Código en abierta oposición con el texto de la Constitución? Pues qué ¿no reconoce todo el mundo los conflictos en se encuentran los tribunales cada día, teniendo que considerar como delitos, con arreglo al Código, muchos hechos que no son delitos conforme a la Constitución? [...] el Sr. Silvela cree que no es tan urgente la reforma del Código, y que sin duda no debíamos llevarla a cabo ni aún con este carácter de interinidad limitada sin una discusión detenida, en la cual ha entrado S. S., por más que haya hecho alusión de que no entraba [...]». *D. S., Cortes Constituyentes, C. D.*, sesión de 15 de junio de 1870, p. 8888, discurso completo pp. 8888-8889.

¹¹³ Seguidamente intervino Sánchez Ruano con un tono bastante conformista con la precipitación de la reforma, aunque crítico con algunos de los planteamientos del Código como, por ejem-

tero Ríos atendiendo a cuestiones concretas para retirarse de modo inmediato¹¹⁴, se limitó a aclarar las dudas planteadas por el diputado Sánchez Ruano, relativas a los gritos de los «vivas» susceptibles de constituir delito, la regulación del desacato y el artículo relativo a las faltas en materia de prensa. Con ello terminó no sólo la intervención del ministro, sino en propia presencia en el debate, pues no esperó a que contestaran y salió de las Cortes inmediatamente tras su discurso. Esta sesión de 15 de junio concluyó con una petición cursada a la Comisión de Cortes de incorporar una adición planteada por el diputado Rafael Prieto, para que, por el artículo 2.º se autorizase «al Ministerio de Ultramar para plantear en las Islas de Puerto Rico el Código penal, adicionándolo con las prescripciones relativas a los delitos y penas sobre esclavitud y suspendiendo aquellos artículos que no pueden aplicarse mientras que en dichas provincias ultramarinas no se promulgue la constitución porque deban regirse¹¹⁵».

El problema al que había aludido Silvela y otros era que el artículo 52 de la Constitución de 1869 disponía que ningún proyecto de ley podría ser aprobado sin haber sido votado artículo por artículo, en cada uno de los Cuerpos Colegisladores. Eso sí, se admitía como excepción la de los Códigos o leyes que por su extensión no se prestaran a dicha discusión, aunque en este caso, sus respectivos proyectos debían ser sometidos íntegros a las Cortes. El citado precepto constitucional pretendía, pues, reivindicar la potestad legislativa de las Cortes, sin embargo, su segundo apartado dejaba nuevamente abierta la puerta para la reiteración de delegaciones legislativas o de leyes de autorización¹¹⁶. Lo que sería hábilmente utilizado por el Gobierno para aprobar sin más dilación el nuevo Código penal¹¹⁷.

plo, cuando declara que; «[...] Yo siento mucho que el Código reformado haya venido tan tarde, y de un modo tan precipitado; pero hubiera sentido más que no hubiera venido de ninguna manera. Siento mucho que haya presidido un criterio conservador en la mayor parte de las reformas que en él se introducen; pero hubiera sentido mucho más que hubieran continuado rigiendo las disposiciones absurdas del anterior Código. Yo deploro grandemente las disposiciones relativas a la imprenta que aquí se establecen; pero hubiera deplorado mucho más que continuaran las existentes [...] Yo hubiera deseado que las reformas referentes a los derechos individuales hubieran venido mejor; pero hubiera sentido mucho más que no hubieran venido de manera alguna, y nos encontraríamos como hoy, con sentencias contradictorias y en una especie de caos en el cual no puede vivirse ni moral ni materialmente [...]», «[...] Yo, con arreglo a las teorías de la ciencia, soy enemigo de las penas perpetuas; por consiguiente, todo lo que a esto se refiriera en la reforma del Código del señor Ministro, lo contradigo y lo rechazo [...]». *D. S., Cortes Constituyentes, C. D.*, sesión de 15 de junio de 1870, pp. 8889-8890, discurso completo en las pp. 8889-8891 y 8892-8893.

¹¹⁴ El diputado Sánchez Ruano en su turno de contestación al ministro se lamentará de dicha ausencia «[...] Siento que la causa que obliga al Sr. Ministro de Gracia y Justicia a salir del salón me impida explicar algunas consideraciones respecto de la imprenta y el régimen a que queda sometido [...]». *D. S., Cortes Constituyentes, C. D.*, sesión de 15 de junio de 1870, p. 8892.

¹¹⁵ Véase el Apéndice primero al núm. 307, que es de esta misma sesión de 15 de junio.

¹¹⁶ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones 1808-1978*, Madrid, Alianza, 1989, p. 25.

¹¹⁷ «[...] Mando a todos los Tribunales, Justicias, Jefes, Gobernadores y demás Autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, de cualquiera clase y dignidad, que lo guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar en todas sus partes [...]». El regente Francisco Serrano y Domínguez mediante la fórmula del artículo único, el 18 de junio promulgó la ley. Las Cortes habían decretado la autorización al ministro de Gracia y Justicia, Eugenio Montero Ríos, para plantear como Ley

Tras ser revisado el texto resultante por la «comisión de estilo», pasó a votarse el proyecto de ley de autorización al ministro de Gracia y Justicia para promulgar provisionalmente la reforma del Código penal¹¹⁸.

En la última sesión que las Cortes dedicaron a la reforma del Código penal, la celebrada el 17 de junio, se acordó su publicación junto con la de la Ley decretada y sancionada por las Cortes Constituyentes para plantear como provisional la reforma del Código penal. Quedaba así el Gobierno comprometido a reanudar los debates parlamentarios del Código penal¹¹⁹. La provisionalidad acabó durando casi sesenta años.

La entrada en vigor del Código de 1870 se produjo por el Decreto de 30 de agosto de 1870¹²⁰. Un precepto en el que se otorgaba un período de *vacatio legis* especial para propiciar un mejor conocimiento del texto legislativo, tanto por los jueces y tribunales, que habían de aplicarlo, como por la ciudadanía. Algo tanto más importante cuanto que en la disposición final contenida en el artículo 626 del Código de 1870 se disponía la derogación de todas las leyes penales generales anteriores a la promulgación del Código¹²¹.

provisional el Proyecto que, aprobado por las Cortes el día anterior, reformaba muy profundamente el entonces vigente Código penal de 1848-1850. Así, la Ley aprobada en Cortes el 17 de junio recibirá su sanción oficial por parte del regente y será suscrita por Eugenio Montero Ríos, el 18 de junio de 1870. A través de este único artículo se establecía que la Comisión nombrada por las Cortes para informar sobre dicha autorización propondría un Dictamen definitivo acerca de la reforma disponiendo que dicha reforma se discutiría con carácter preferente tan pronto como las Cortes reanudasen sus sesiones; «[...] La comisión nombrada por las Cortes para informar sobre esta autorización propondrá dictamen definitivo acerca de la reforma, el cual se discutirá, con preferencia a otros asuntos, tan pronto como las Cortes reanuden sus sesiones». Por un Decreto de 30 de agosto, dispuso el regente que el Código penal reformado y aprobado por dicha Ley, se observó en la Península e islas adyacentes desde su publicación oficial en la *Gaceta* el 1 de septiembre de 1870, cuyo texto fue insertado en el suplemento del día anterior, del que hizo edición oficial el Ministerio de Gracia y Justicia. El Código penal de 1870 entraba, pues, en vigor por Decreto de 30 de agosto de 1870 de Francisco Serrano, regente del reino. Fue suscrito asimismo por Laureano Figuerola ministro de Hacienda, actuando como interino del ministro de Gracia y Justicia, todo ello, en aplicación de la autorización concedida al Gobierno por la Ley de Cortes de 17 de junio de 1870.

¹¹⁸ *D. S., Cortes Constituyentes, C. D.*, sesión de 17 de junio de 1870, Apéndice 3.º núm. 308, pp. 1-47, contienen la publicación del texto del Código y la Ley decretada y sancionada por las Cortes Constituyentes para plantear como provisional la reforma del Código penal.

¹¹⁹ «Las Cortes Constituyentes de la Nación española, en uso de su soberanía, decretan y sancionan lo siguiente: Artículo único. Se autoriza al Ministro de Gracia y Justicia para plantear como ley provisional el adjunto proyecto reformando el Código Penal. La comisión nombrada por las Cortes para informar sobre esta autorización, propondrá dictamen definitivo acerca de la reforma, el cual se discutirá con preferencia a otros asuntos tan pronto como las Cortes reanuden sus sesiones. De acuerdo de las Cortes se comunica al Regente del Reino para su promulgación como ley. Palacio de las Cortes 17 de junio de 1870 [...]», *D. S., Cortes Constituyentes, C. D.*, sesión de 17 de junio de 1870, Apéndice 3.º al núm. 308, pp. 1-47, que contiene además la publicación del Código penal aprobado por las Cortes.

¹²⁰ «Artículo único. El Código Penal, reformado y aprobado por la ley de 17 de Junio último, se observará en la Península e Islas adyacentes, desde publicación oficial, a tenor de lo dispuesto en la ley de 28 de Noviembre de 1873».

¹²¹ «Disposición Final: Art. 626. Quedan derogadas todas las leyes penales generales anteriores a la promulgación de este Código, salvo las relativas a los delitos no sujetos a las disposiciones del mismo, con arreglo a lo prescrito en el art. 7.º».

5.2 LA DILATADA VIGENCIA DE UN CÓDIGO PROVISIONAL

La aceleración que presidió el procedimiento de elaboración, aprobación y promulgación del nuevo Código de 1870 provocó un aluvión de erratas. Ello explica que hubiere de rectificarse a los pocos meses de su publicación. A ello se aludía expresamente en la Exposición de Motivos del Decreto de 1 de enero de 1871, que precedía la primera reforma del *Código de verano*, y que afectaba nada menos que a 26 artículos¹²².

Por otra parte, hay que destacar el carácter considerablemente «represor» de este Código presuntamente progresista, evidenciado por las numerosas críticas que recibió por su escaso respeto de los derechos individuales¹²³, entre los

¹²² En el texto se reconocía que la edición oficial de la reforma verificada en el Código penal contenía «erratas de copia y de imprenta y aun omisiones que, sin ser graves, pueden influir, no obstante, en la administración de justicia y en la inteligencia con que los tribunales interpretan y aplican preceptos legales», motivo por el que el ministro procedía a su corrección. De las modificaciones que aportó la reforma da cuenta J. F. LASSO Y GAITE, *op. cit.*, t. 1, pp. 470-472. De este Decreto cabe destacar la falta de mención de la Comisión Legislativa y el comentario de Luis Silvela que lo tachó de inconstitucional al asegurar que «[...] Vino después el Decreto de todos conocido, inconstitucional, de D. Eugenio Montero Ríos, Decreto llamado de correcciones, y que no fue reforma introducida porque las Cortes la votasen, sino que fue reforma introducida en el Código penal tomando por pretexto el que se habían cometido omisiones y errores en la impresión del Código; de tal manera, que era un fe de erratas del Código de 1870. Se dedicó desde septiembre último con todo celo al minucioso trabajo de estudiar y anotar las imperfecciones de la clase indicada que se hallaban en la obra, sometiéndolas después al examen y más elevado criterio de la Comisión de las Cortes Constituyentes, encargada de emitir su dictamen sobre la reforma que aquellas habían provisionalmente autorizado. Y la Comisión aceptando el trabajo presentado por el Ministerio y ampliándolo con el resultado de sus propias observaciones, lo incluyó en su dictamen con el título de Correcciones que debían hacerse en la reforma del Código; dejando para la segunda parte de aquél, las reformas que según su propio juicio debían también hacerse y las cuales por su gravedad alteraban sustancialmente la obra. La Comisión había acordado dar cuenta de su dictamen a las Cortes en la sesión de la noche del 30 de diciembre que acaba de terminar. Pero el infausto acontecimiento de la muerte del Ilustre Conde de Reus, General Prim, Presidente del Consejo de Ministros, ocurrida en aquella memorable noche, afectó los sentimientos de la Cámara hasta el punto de que la Comisión creyese que no estaba en el caso de llevar a ejecución su acuerdo. Y sin embargo el Ministro que suscribe considera, si no necesario, por lo menos altamente conveniente, introducir en el texto del Código Penal que provisionalmente está en vigor las correcciones por él mismo presentadas a la Comisión y por ésta aceptadas por su grande influencia, que inmediatamente se habrá de sentir en la más recta administración de Justicia [...] Y sin embargo, habrá de someterse lo dispuesto en este decreto al examen y aprobación de las próximas Cortes, llamadas también a discutir y aprobar con las alteraciones que en su alta sabiduría acuerde, la obra de la reforma total del Código que hoy rige como Ley provisional». *Diario de Sesiones del Senado*, sesión de 29 de enero de 1887, núm. 13, p. 256.

¹²³ Son especialmente sangrantes las palabras de Emilio Castelar «[...] yo podría hablar de ese Código Penal que ya está dando sus resultados en los escritores conducidos a las cárceles [...] ¿Y qué Ministro podría quedarse con ese Código Penal que ha ahogado todos los derechos individuales?», *D. S., C. D.*, sesión de 3 de noviembre de 1870, p. 9117. Así pues, con razón afirmaba Saldaña que «Nuestro Código Penal es hijo de la habilidad política, se le presenta como provisional, con promesa formal de discutirle en otoño [...] y lleva rigiendo casi medio siglo». Q. SALDAÑA, en su traducción y notas al *Tratado de Derecho penal de Franz Von Liszt*, Traducido de la 18.^a edición alemana y adicionado con la *Historia del Derecho penal en España*, Madrid, Hijos de Reus, 1914, t. 1, p. 505.

que destaca, como pone de relieve Pérez Prendes, el de libertad de imprenta. Una situación tanto más escandalosa si se tiene en cuenta que en la Constitución de 1869 dichos derechos aparecían incólumes¹²⁴. Lo que sin duda permite comprender en gran medida que el Código de 1870 no fuese reformado en la Restauración.

Resulta singular que, a pesar de sus evidentes defectos, y de que fue promulgado con carácter provisional, el *Código de verano* nunca llegara a ser derogado bajo el régimen canovista pese a las reiteradas conminaciones que exigían su revisión, sistemáticamente ignorada por los sucesivos Gobiernos¹²⁵. El hecho es que fue perfectamente compatible con la Constitución de 1876 y, que con el breve paréntesis de la vigencia del Código primorriverista de 1928¹²⁶ el *Código de verano* estuvo en vigor nada menos que hasta 1932, lo que lo convierte en nuestro Código penal más longevo. En la actualidad muchos penalistas han visto en ciertos aspectos del Código de Primo de Rivera una técnica superior al de 1870. Su entrada en vigor acogió las más duras críticas. Muchas de carácter científico pero muchas más de carácter meramente político y de estilo esencialmente periodístico. A tal exacto, es preciso

¹²⁴ J. M. PÉREZ-PRENDES, *op. cit.*, p. 579. En dicho trabajo maneja abundantemente las actas de los *Diarios de Sesiones*. Vid., asimismo, J. BARÓ PAZOS, «Historiografía...», *cit.*, p. 37.

¹²⁵ Baró Pazos comenta los proyectos que trataron de reformar el Código de verano, que con innegable calidad técnica pretendían la adaptación de la legislación penal a la Constitución de 1876, así como los avances de la evolución de la ciencia jurídica, y perfeccionar el Código de 1870 en aquello que pudo ser el producto de la improvisación por las especiales circunstancias políticas en que fue elaborado, y comenta que las reformas posteriores introducidas en nuestra legislación penal lo fueron, una vez más, al compás de las circunstancias políticas, «Historiografía...», *cit.*, p. 39; vid. también los textos en J. F. LASSO Y GAITE, *op. cit.*, I, pp. 493-651; J. ANTÓN ONECA, «Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 25 (1972), pp. 249-287, y «Los antecedentes del nuevo Código penal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 154 (1929), pp. 30-61.

¹²⁶ El Código penal de 1928 fue derogado tras la instauración de la Segunda República esencialmente por haber sido elaborado bajo un régimen dictatorial. El resultado fue que, por consideraciones políticas, el más que obsoleto y anacrónico *Código de verano*, tras haber pasado doce lustros, volvió a entrar en vigor y sólo desapareció definitivamente tras la entrada en vigor del nuevo Código penal republicano de 1932. Las voces mayoritarias entendían que había que derogar el Código por completo y obviar cualquier tipo de término medio, esto es, para construir había necesariamente que destruir. He ahí una vez más, la inevitable inercia que ha guiado la codificación penal en España. Ello sin tener en cuenta el caos que en los tribunales dicha apasionada derogación provocaría. En este sentido, caben ser mencionadas figuras de total actualidad, como la punición de la conducción de automóvil sin carnet o la tenencia ilícita de armas, en un momento social como lo era el de 1930, que en el de 1870 eran consideradas como faltas. Por ello, con la derogación en 1928 se beneficiaron no pocos reos como lo demuestran las sentencias del Tribunal Supremo, que, al hilo de su derogación se vieron obligados a dejar impunes semejantes actos en virtud del principio de la retroactividad de la Ley penal más favorable al reo, como ejemplos citamos las siguientes sentencias: ejemplos del primero lo serán las siguientes sentencias: STS de 5 de enero de 1932, núm. 4 y la STS de 29 de enero de 1932, núm. 44; STS de 17 de mayo de 1932; del segundo lo serán: STS de 15 de diciembre de 1931, núm. 140; STS de 21 de marzo de 1932, núm. 107; STS de 29 de marzo de 1932, núm. 121; STS de 7 de abril de 1932, núm. 135, STS de 9 de mayo de 1932, núm. 176.

tener en cuenta que en 1928 la popularidad inicial de la dictadura primorriverista había desaparecido sustituida por un estado de manifiesta hostilidad en la opinión pública¹²⁷. Es de mencionar también, que durante el periodo transcurrido entre la derogación del Código de 1928 y la entrada en vigor del de 1932, se generó cierta Jurisprudencia que, haciendo uso del principio contenido en el artículo 23 del Código penal de 1870, no pudo impedir la aplicación del Código de 1928 por resultar más favorable para el reo¹²⁸.

VI. CONCLUSIONES

Todo lo expuesto demuestra que la concepción resultante del triunfo de los postulados de la Revolución francesa que convierte a la Asamblea legislativa, como representante de la Nación, en el gran protagonista de la creación normativa, sólo triunfa realmente en España en la etapa del Estado constitucional, esencialmente con las Cortes gaditanas y con el Trienio liberal. Ya que en el período, en principio «progresista», que se inicia con el motín de la Granja y culmina con la aprobación de la Constitución de 1837 se recupera en gran medida el monopolio legislativo que tradicionalmente

¹²⁷ En estas circunstancias, las valoraciones que se hicieron del nuevo Código distaban mucho de ser objetivas. Consideran Rodríguez Devesa y Serrano Gómez que «la crítica (al Código), lo mismo que el aplauso, han estado fuertemente influidos por la carga emocional política que provocó la Dictadura» ya que el Código de 1928 presenta, «junto a defectos técnicos más copiosos de lo que sería menester, indiscutibles progresos, que en parte han pasado a la legislación posterior», J. M. RODRÍGUEZ DEVESA y A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 17.ª ed., Madrid, Dykinson, 1994, p. 109. También D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte General*, Madrid, Editorial Universitas, 1996, p. 120. En el mismo sentido J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General*, t. I, Introducción, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 2004, p. 140. Y es que cabe destacar que incluso en el momento de su publicación le encontraron aportaciones benéficas sus máximos detractores. *Vid.*, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Derecho Penal conforme al Código de 1928*, primera ed., t. II, *Parte Especial*, Madrid, Hijos de Reus, 1929, p. 211; J. ANTÓN ONECA, «Los antecedentes...», *cit.*, pp. 53-54. Todos nuestros penalistas coinciden a la hora de señalar el carácter autoritario del Código de 1928, así sírvase como ejemplos las afirmaciones de Cerezo Mir que reconoce dicho carácter, si bien ello de manera matizada ya que entiende que su inspiración política fue autoritaria, pero sin un completo desarrollo ya que, al permanecer en suspenso la Constitución de 1876, se relegó a una Ley especial posterior la regulación de buena parte de los delitos contra la seguridad interior del Estado, manteniéndose de momento vigentes los preceptos del Código penal de 1870, J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal...*, *cit.*, pp. 139-140, o en igual línea G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1978, Civitas, p. 44. Todo lo cual no impide que los autores mencionados valoren positivamente algunos aspectos puntuales del citado Código. En el mismo sentido, *vid.*, L. MORILLAS CUEVA, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley penal*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 142. También le reconoce «indiscutibles aciertos», G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal...*, *cit.*, p. 44.

¹²⁸ Como ejemplo de ello, STS de 9 de junio de 1933, núm. 184, pues el delito de disparo de arma de fuego no aparecía contenido en el Código penal de 1928.

venían ostentando los reyes de España¹²⁹. No en vano la liberalísima Constitución de 1837 reconocía expresamente en su articulado que el poder legislativo era compartido por las Cortes con el rey. Y ya en la etapa de la regencia del también liberal Espartero el Gobierno crea un organismo, la Comisión General de Codificación, que a partir de entonces se convertirá en el motor del proceso de formación de Códigos. En este sentido resulta muy significativo el escaso protagonismo que tienen las Cortes sucesivas, tanto en regímenes conservadores como en regímenes progresistas, en la elaboración de los Códigos penales de 1845 y 1870. Ambos cuerpos de legislación criminal son esencialmente un producto del Ejecutivo y la intervención parlamentaria se reduce a la mínima expresión, cinco sesiones para el Código de 1845 y solamente tres para el de 1870. Todo lo cual lleva a preguntarse si en el fondo de este exorbitante protagonismo del Ejecutivo en la tarea codificadora subyace en última instancia la pervivencia del intervencionismo legislativo regio que arranca del final de la Edad Media y se mantiene hasta el estallido de la Guerra de la Independencia en los primeros compases del siglo XIX. De hecho, la inercia que deja en manos del Ejecutivo lo esencial de los mecanismos de producción normativa en España es tan fuerte, que ya en el siglo XX no se verían afectados por los bandazos de la oscilación política entre Monarquía y República o entre un sistema constitucional o de dictadura primorriverista o franquista, como evidencian los procesos de formación de los Códigos penales de 1928, de 1932, de 1944, y en gran medida hasta el que condujo a la aprobación del propio Código penal vigente de 1995 ya en pleno régimen democrático.

Con la excepción del Código penal de 1822, que sí fue discutido por las Cortes del Trienio artículo por artículo, a partir del Código de 1848 las Cortes tienen una intervención mínima en la elaboración de la norma penal. El Código de 1848 fue el resultado de un larguísimo proceso que se inicia el 19 de agosto de 1843 y sólo concluye cuando el anteproyecto llega a las Cortes, nada menos que el 13 de febrero de 1847. El proyecto sólo se debate en unas pocas sesiones parlamentarias en el curso del año 1848, al final de las cuales se autoriza al Gobierno a desarrollar y promulgar el Código. Y las Cortes no intervinieron en absoluto en la segunda edición que se promulgó en 1850, que fue obra exclusiva de un ministerio que se limitó a informar a las Cortes a posteriori. Es especialmente significativo el caso del Código penal *progresista* de 1870 que apenas fue discutido por las Cortes del Sexenio que sólo le dedicaron unas tres sesiones, frente a las nueve sesiones que dedicó la Asamblea legislativa correspondiente al que sería el Código de 1845.

La elaboración del Código de 1870 fue más rápida pero no más participativa, ya que el texto estuvo en comisión entre octubre de 1869 y junio de 1870 y

¹²⁹ Sobre los orígenes de la Constitución de 1837, véase J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *op. cit.*, pp. 95-103.

las Cortes sólo tuvieron tres sesiones para autorizar al Gobierno a promulgar el *Código de verano*, con el público compromiso nunca cumplido de volverlo a debatir posteriormente¹³⁰.

GABRIELA COBO DEL ROSAL

¹³⁰ Adelantándonos en parte a lo que será un próximo estudio, el Código de 1928 sustituirá al Código de 1870 tras un largo proceso administrativo, y si bien es cierto que no pasó por las Cortes sí pasaría por la Asamblea Nacional donde paradójicamente el texto fue ampliamente debatido. Vid. *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional* (y sólo para esta nota por su extensión Ss. para Sesión): Ss. de 10 de octubre de 1927, núm. 1, pp. 1-15, y Ap. 1 al núm. 1, pp. 1-3; Ap. 3 al núm. 1, pp. 1-3; Ss. de 29 de octubre de 1927, núm. 2, pp. 1-4; Sesión de 23 de noviembre de 1927, Ap. 1 al núm. 2, en el que se publicará el Proyecto de Código penal, pp. 1-116; Ss. de 27 de noviembre de 1927, Ap. 1 al núm. 3, pp. 1-116 (Proyecto de Código penal); Ss. de 23 de noviembre de 1927, Ap. 1 al núm. 3, pp. 1-34 (Primera parte no impresa del Ap. en que se publicó el Proyecto de Código penal); Ss. de 18 de enero de 1928, núm. 10, pp. 335-347; Ss. de 20 de enero de 1928, núm. 12; Ss. de 14 de febrero de 1928, pp. 453-453 y Ap. 4.º al núm. 13, pp. 1-8; Ss. del 15 de febrero de 1928, núm. 14, pp. 497-498; Ss. de 30 de febrero de 1928, Ap. 1 al núm. 20; Ss. de 15 de marzo de 1928, Ap. 1.º al núm. 17, pp. 1-10; Ss. de 27 de marzo de 1928, núm. 17, pp. 648-669; Ss. del 28 de marzo de 1928, núm. 18, pp. 688-704; Ss. del 29 de marzo de 1928, núm. 19, pp. 719-745; Ss. del 30 de marzo de 1928, núm. 20, pp. 761-786 y Ap. al núm. 20, pp. 1-6; Ss. plenaria de 21 de mayo de 1928, núm. 21, pp. 789-794; Ss. plenaria de 30 de octubre de 1928, núm. 30, pp. 39-47. En torno a este tema vid., COBO DEL ROSAL, G.C., «Los mecanismos de creación legislativa tras la derogación del Código penal de 1928: Tres Códigos penales entre 1931-1932», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 80, segundo cuatrimestre, Madrid, 2011, pp. 181-223. En cuanto al posterior Código republicano de 1932 que sustituirá al por segunda vez derogado Código de 1870, su Ley de bases fue discutida en tan sólo un par de horas. En este sentido, no es casual que la mayoría de las normas que contribuyen decisivamente a formar el Estado en la década conservadora 1844-1854, sean de carácter reglamentario y revistan la forma de Decretos que no pasan por las Cortes. D. S., *Cortes Constituyentes*, Ss. de 16 de junio de 1932, Apéndice 7.º al núm. 185; D. S., *Cortes Constituyentes*, Ss. de 6 de septiembre de 1932, núm. 230. Finalmente, el Código penal de 1944 sólo pasó por comisiones gubernativas, lo que no le impidió que recogiese parte de la normativa del Código de 1932 y que estuviese vigente cincuenta y un años, dieciocho de los cuales bajo un régimen democrático.

MISCELÁNEA

