

El codificador ante el *crimen nefando*

SUMARIO: I. Substrato histórico-jurídico.–II. El codificador protoliberal.–III. El codificador absolutista.–IV. El codificador moderado.–V. Siglo XIX adelante.

El 21 de abril de 1821 los vocales de la Comisión especial del Código Penal entregan su proyecto a las Cortes constitucionales; en un preámbulo o exposición de motivos hacen balance de sus trabajos y, con el telón de fondo del último acto compilador, enjuician el estado del ordenamiento desde el cual se ha partido¹: «[...] todo parece que se iba preparando para hacer algunas mejoras en la proyectada edición novísima del Código recopilado; mas el objeto no era introducir las saludables innovaciones y convenientes reformas de que tanto necesitaba, sino sostener y conservar el antiguo y vicioso sistema, las mismas bases, las mismas penas, y tantas leyes y títulos intempestivos en el día, como, por ejemplo, los de la Santa Trinidad y de la fé católica, de los judíos y su expulsión de estos reinos, de los moros y moriscos, de los hereges y descomunados, de los adivinos, hechiceros y agoreros, de los juramentos y perjurios, de los sacrilegios, de las usuras y logros, de la sodomía y bestialidad, con otros que no deben ocupar ningún sitio ni insertarse directamente en un buen Código criminal»². Acotado sólo uno de los campos criminológicos mencionados, se observa, ciertamente, que no acceden sodomía ni bestialidad al Proyecto penal que había de madurar en el primer fruto hispano de la Codificación.

¹ Véase José Luis BERMEJO CABRERO, «El proyectado suplemento a la Nueva Recopilación», *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, 50 (1980), pp. 303-326; ID., «Acotaciones a la última fase del proceso recopilador», *AHDE*, 57 (1987), pp. 207-264.

² *Diario de las Sesiones de Cortes. Legislatura Extraordinaria (DSC 1821-1822)*, J. A. García, Madrid, 1871, t. I, apd. al n.º 38, ses. 1-XI-1821, pp. 482-483. Véase Jeremías BENTHAM, *Cartas de Jeremías Bentham, al señor Conde de Toreno, sobre el proyecto del Código penal presentado á las Cortes*, Diego García Campoy, Madrid, 1821, p. 21.

A cuenta de atender enseguida al tenor de sus preceptos en pesquisa de la estrategia despenalizadora, conste, de momento, que la apuesta político-criminal de los legisladores del *Trienio* no obtuvo de primeras el unánime respaldo de las instituciones patrias. Es verdad que tampoco falta, entre las consultadas como mecanismo para instruirse el cuerpo legislativo³, aquélla –el colegio de abogados granadino– que aplaude el expurgo destipificador, aunque interfieran ciertos reparos temerosos de su impacto sobre la sociedad *según el estado de las costumbres*⁴; mas en otros organismos la disconformidad es ya frontal, palmaria, sin ambages: así, las Audiencias de Castilla la Nueva⁵, de Granada⁶ y de Navarra⁷ o las Universidades de Alcalá⁸, de Orihuela⁹ y de Zaragoza¹⁰. José María Calatrava, portavoz de la Comisión y –a lo que parece– autor material del Proyecto en su mayor parte¹¹, es quien epitoma y refuta, con alegato dúplice, las objeciones elevadas: o bien las conductas en cuestión han pasado a reubicarse sistemáticamente –*comprendidas o embebidas*– bajo otros títulos diversos de los tradicionales o bien hay que confirmar su descarte consecutario del nivel de

³ Consúltese *DSC 1821-1822*, t. I, apd. al n.º 38, ses. 1-XI-1821, p. 485.

⁴ «El Colegio de Granada elogia el proyecto; pero aunque conviene con la comision en lo que dice en su discurso acerca de omitirse el incesto, sodomía, bestialidad, judfjos, etc., manifiesta que la idea propagada de que no se castiga esto en el Código, bastaria para desacreditarlo, segun el estado de las costumbres» (*DSC 1821-1822*, t. II, n.º 60, ses. 23-XI-1821, p. 922).

⁵ «La de Castilla la Nueva [...] aunque aprueba la omision del suicidio, sortilegio, adivinacion y otros semejantes, censura la de la sodomía, bestialidad, contrabando, embriaguez por costumbre, vagancia y simple porte de armas prohibidas» (*DSC 1821-1822*, t. II, n.º 60, ses. 23-XI-1821, p. 921).

⁶ «La Audiencia de Granada elogia el proyecto antes de entrar en las observaciones particulares, y propone al fin de su informe que se añadan los delitos de estelionato, sodomía y bestialidad, incesto, estupro simple, embriaguez voluntaria repetida, si no se incluye en el de policia; y lo mismo el juego y armas prohibidas, la vagancia y el abuso de espiga y rebusca [...]» (*DSC 1821-1822*, t. II, n.º 60, ses. 23-XI-1821, p. 921).

⁷ «La Audiencia de Navarra dice [...] que no se establece pena contra el suicidio, los juegos prohibidos, los raptos de monjas, la introduccion en sus monasterios, la heregía, incesto, lenocinio, sacrilegio, sodomía, sortilegio, resistencia á la justicia, bestialidad y otros delitos frecuentes [...]» (*DSC 1821-1822*, t. II, n.º 60, ses. 23-XI-1821, p. 921).

⁸ «La Universidad de Alcalá [...] además de las observaciones particulares que hace, echa de menos los delitos contra sí mismo, y otros que pueden conceptuarse de polfíticos y religiosos á un mismo tiempo (aunque no los expresa), y especialmente el incesto, sodomía, bestialidad etc.» (*DSC 1821-1822*, t. II, n.º 60, ses. 23-XI-1821, p. 922). «La Universidad de Alcalá echa de menos en este título el incesto, la sodomía y la bestialidad» (*ibid.*, t. III, n.º 119, ses. 22-I-1822, p. 1959).

⁹ «La Universidad de Orihuela elogia el proyecto; pero nota que faltan penas contra la holgazanería, incesto, nefando, usura, máscaras, juegos, toros y recreaciones, y sobre caza y pesca» (*DSC 1821-1822*, t. II, n.º 60, ses. 23-XI-1821, p. 922).

¹⁰ «La Universidad de Zaragoza nota la falta de leyes sobre juegos, bestialidad y sodomía» (*DSC 1821-1822*, t. II, n.º 60, ses. 23-XI-1821, p. 922).

¹¹ Véanse José ANTÓN ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 18.2 (1965), pp. 268-269; o Juan Francisco LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española. 5. Codificación penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, v. I, p. 135-145; Juan SAINZ GUERRA, «José María Calatrava o la codificación penal a comienzos del siglo XIX», en Javier Alvarado Planas/Alfonso Serrano Maíllo (eds.), *Estudios de Historia de las ciencias criminales en España*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 355-357; Manuel TORRES AGUILAR, «El proceso de la primera codificación penal y la Constitución de Cádiz», en José Antonio Escudero (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz: 200 años*, Espasa, Madrid, 2011, t. II, p. 460-462.

ilustración que va alcanzando el país¹²; no obstante el orientativo anticipo, propone mayor argumentación hasta el repaso particular de los artículos que van a someterse a la asamblea legislativa. Enfrente, la bandera contraria a la *impunidad de unas acciones que son de suyo tan criminales* la enarbola en la Cámara el parlamentario Marcial López, en cuyo embate quizás lo más destacable sea constatar que, si habla de ofensas a la naturaleza, las buenas costumbres, el pudor y honestidad pública, arrincona en paralelo toda alusión al pecado¹³ (y esto debe registrarse como novedad, ya contrastada por las investigaciones de Tomás y Valiente¹⁴), pareciendo estribar su alarma sobre una moralidad laica que soslaya la infamación divina, antepuesta la deferencia hacia «[...] la idea que á los españoles dará la pretermision de su castigo, cuando hasta de presente lo han tenido tan grande»¹⁵. Será entonces Ruiz Vadillo quien tome la palabra, en segunda instancia por la Comisión¹⁶, para redargüir el reproche y lo hará remitiéndose, a zaga de Calatrava, al título «De los delitos contra las buenas costumbres», cuyo alcance veremos comeditarse a casos sin fuerza, abuso ni engaño, ya de escándalo público; avanzado queda, pues, como indicativo de aquellas razones en que se funda el giro en la política represora, que los referentes o valores no son ya de orden teológico, una moral religiosa, sino que lo preocupante ahora reside en *la importancia de formar buenas costumbres, y de tener las naciones buena moral pública*¹⁷: la distinción –y a esto pretende aten-

¹² Recibe la comisión el reproche de «[...] que faltan los delitos de sodomía, bestialidad, incesto, estupro simple, sortilegio, usura, suicidio y otros delitos contra sí mismos, raptos de monjas é introduccion en sus monasterios para fines carnales, y correspondencia de los eclesiásticos con un soberano extranjero sin autorizacion del Gobierno. Estos delitos ó están comprendidos ó embebidos en otras disposiciones del proyecto, ó son de aquellos que, como dijo la comision en su primer informe, no deben ocupar lugar ninguno en el Código penal de una nacion ilustrada. Cuando llegue el caso, si algun señor Diputado tuviera á bien hacer alguna adiccion sobre cualquiera de estos puntos, la comision dará las razones en que se funda para creer que deben omitirse» (DSC 1821-1822, t. II, n.º 60, ses. 23-XI-1821, p. 927. «La comision cree que se adelanta mucho más no haciendo mencion de esas cosas en el Código que comprendiéndolas en él» (*ibid.*, t. III, n.º 119, ses. 22-I-1822, p. 1959).

¹³ «La falta de penas para algunos de los crímenes, que pueden cometerse ofendiéndose la naturaleza y las buenas costumbres, no deja de ser tambien muy reparable, y la solucion dada por el Sr. Calatrava no desvanece los fuertísimos argumentos que contra esta omision se han hecho, singularmente por la Audiencia de esta córte, pues basta que puedan cometerse, que se hayan cometido, y que esto no sea muy raro por desgracia en España, para que el legislador no deje impunes unas acciones que son de suyo tan criminales, cuanto que por ellas, además de ofenderse el pudor y honestidad pública, ocasionan á la sociedad unos daños que son incalculables» (DSC 1821-1822, t. II, n.º 60, ses. 23-XI-1821, pp. 929-930).

¹⁴ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 226-231. Váyase a la nota 36.

¹⁵ Finaliza López: «[...] y si á esto se añade la idea que á los españoles dará la pretermision de su castigo, cuando hasta de presente lo han tenido tan grande, podrá acaso formarse una idea menos ventajosa, aunque injusta, de los sentimientos del Cuerpo legislativo» (DSC 1821-1822, t. II, n.º 60, ses. 23-XI-1821, p. 930).

¹⁶ Discerniendo cometidos y aportaciones, véanse, para Vadillo, ANTÓN ONECA, «Historia...», p. 269, y LASSO GAITE, *Crónica...*, v. I, p. 145.

¹⁷ «Tercer argumento del Sr. D. Marcial López: “que no se ha prevenido el delito de seducion y otros, de cuyo castigo deben resultar las buenas costumbres de la sociedad”. La comision conoce tan bien como S. S. la importancia de formar buenas costumbres, y de tener las naciones

der el presente estudio— no parece ni mucho menos de matiz, percibiéndose de lo más sugerente, incluso todavía no más que a vista de pájaro, esa coincidencia de ambos antagonistas en los valores que deben tener peso a la hora de escindir ilicitudes.

I. SUBSTRATO HISTÓRICO-REPRESIVO

¿Cuáles eran, como punto de partida, aquella legislación precedente y aquella práctica forense en orden al castigo de las conductas de referencia, que *hasta de presente lo han tenido tan grande*? No hay para qué remontarse a la inveterada punición del crimen contra natura¹⁸: *Liber Iudiciorum*¹⁹, fueros y

buena moral pública: pero esta no se forma principalmente con las leyes criminales, sino más bien con leyes civiles, justas y benéficas, como las que han dictado y dictarán las Córtes, y emanan del Código fundamental del Estado. La libertad, la justa igualdad del ciudadano, los medios cómodos de subsistencia, la instrucción difundida por todas las clases, son medios indirectos para formar la moral pública, que debe descansar sobre las leyes. Y viniendo á ciertas medidas especiales con respecto á las buenas costumbres, la comision ha sido tan escrupulosa que ha dado toda la importancia que debe darse á materia de esta clase, y ha formado un título particular que dice: “De los delitos contra las buenas costumbres”, en el cual ha comprendido la comision desde la pena que debe merecer una palabra indecente ú obscena, hasta la que debe imponerse á los delitos más graves en su género» (*DSC* 1821-1822, t. II, n.º 61, ses. 24-XI-1821, p. 938).

¹⁸ De un modo caracterizado, so pena de la vida (sin embargo, «*Liber Iudiciorum sive Lex Visigothorum*», en *Monumenta Germaniae Historica. Legum sectio I. Legum Nationum Germanicarum. Tomus I. Leges Visigothorum*, ed. Karl Zeumer, Societas Aperiendis Fontibus Rerum Germanicarum Medii Aevi, Hanóver/Leipzig, 1902, III.5.4: «[...] utrosque continuocastrare procuret, y tradens eos pontifici territorii huius, ubi id perpetrari contigerit, sequestratim ardue mancipentur detrusioni, vel inviti saltim luituri commissa, qui voluntarie perpetrasse noscuntur illicita»; y *Fuero Juzgo ó Libro de los Jueces*, Real Academia Española/Ibarra Impresor de Cámara de S. M., Madrid, 1815, III.5.5: «[...] que los castre luego á ambos, é los dé al obispo de la tierra en cuya tierra fizieren el mal. E que los meta departidamiente en cárceles o fagan penitencia contra su voluntad en lo que pecáron por su voluntad»), típicamente por vivicombustión (fueros –v. gr., *Fuero de Cuenca*, ed. Rafael de Ureña y Smenjaud, Academia de la Historia, Madrid, 1935, XII.28: «[...] uterque conburatur»; *El Fuero de Teruel*, ed. Max Gorosch, Almqvist & Wiksells Boktryckeri Ab, Estocolmo/Upsala, 1950, 512: «[...] amos ensenble sean quemados»–, legislación recopilada –cfr. nota 27–), aunque tampoco en exclusiva (v. gr., *Código de las costumbres escritas de Tortosa*, ed. Ramón Foguet/José Foguet Marsal, Querol, Tortosa, 1912, IX.24.3: «[...] deu perdre lo cap enaxi que muyra»; *Fuero Real del Rey Don Alonso el Sabio*, Academia de la Historia/Imprenta Real, Madrid, 1836, IV.9.2: «[...] sean castrados ante todo el pueblo, e despues al tercer dia que sean colgados por las piernas fasta que mueran, e nunca dende sean tollidos»; *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono, glosadas*, ed. Gregorio López, Oficina de Benito Cano, Madrid, 1789, VII.21.2: «e si le fuere prouado deue morir porende», sin mayor precisión ejecutiva). Consultense TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, pp. 226-231; ID., «El crimen y pecado contra natura», en vv. aa., *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, pp. 33-55; Bartolomé CLAVERO, «Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones», *ibid.*, pp. 75-79; Juan SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*, Universidad de Jaén, Jaén, 2004, pp. 734-741; Federico GARZA CARVAJAL, *Quemando mariposas: sodomía e imperio en Andalucía y México (siglos XVI-XVII)*, trad. Lluís Salvador, Laertes, Barcelona, 2002, pp. 65-114.

¹⁹ *Liber Iudiciorum*, III.5.4 y 7, III.6.2 (véase Enrique ÁLVAREZ CORA, «Derecho sexual visigótico», *Historia. Instituciones. Documentos*, 24 [1997], pp. 44-45, 49-51). *Fuero Juzgo*, III.5.5

costumbres municipales²⁰, *Fuero Real*, *Partidas* en Castilla²¹, *Observancias*, *Constitutions* o *Furs* en la Corona de Aragón²², desarrollos jurisprudenciales y doctrinales²³..., una taracea teológico-jurídica capaz de abrazar, allende el estricto coito *extra vas naturale*, la bestialidad, el tribadismo, el onanismo e

y 6, con remisión normativa que se concreta en el canon III del «Concilio de Toledo XVI», en *Concilios visigóticos e hispano-romanos*, ed. José Vives, CSIC/Instituto Enrique Flórez, Barcelona/Madrid, 1963, pp. 500-501. El libro de Mark D. JORDAN, *La invención de la sodomía en la teología cristiana*, trad. Lluís Salvador Graño, Laertes, Barcelona, 2002, puede ser útil, *in totum*, para ahondar en los orígenes del discurso teológico, tan repercusivo en el jurídico.

²⁰ V. gr., Fuero de Alarcón, 285; Fuero de Alcaraz, IV.81; Fuero de Alcázar, 238; Fuero de Andújar, 280; Fuero de Baeza, 303 y 304; Fuero de Béjar, 386 y 387; Fuero de Cuenca, XII.28; Fuero de Iznatoraf, 304; Fuero de Huete, 253; Fuero de Oviedo, 15; Fuero de Plasencia, 108; Fuero de Teruel, 512; Costumbres de Tortosa, IX.24.3; Fuero de Úbeda, XXX.5; Fuero de Villaescusa de Haro, 286; Fuero de Zorita de los Canes, 301; etcétera.

²¹ *Fuero Real*, IV.9.2; *Partidas*, VII.21.2 (véase TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen...», pp. 39-41).

²² *Fueros Nuevos del Reino de Aragón*, «De la vía privilegiada», «De la remisión de los delinquentes, deste Reyno á los otros»; *Observantiarum Regni Aragonum*, VII, «De Iudaeis & Sarracenis», 5; *Constitutions y altres drets de Catalunya*, IX.4.1; *Furs de València*, IX.7.63.

²³ «Leyes sin duda muy duras, pero, pensará el lector, probablemente incumplidas. Mas no sólo sí se cumplían, sino que la doctrina y la jurisprudencia las interpretaban incluso extensivamente, al menos en los siglos XVI y XVII» (TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, p. 228). Entre tantos otros expositores, v. gr., descuellan Diego de COVARRUBIAS, «De matrimonio», p. II, *Opera omnia*, Cramer, Perachon & Cramer Filii, Ginebra, 1724, t. I, p. 249 (VII.5.9 y 10); Gregorio LOPEZ, «Glosas» a *Las Siete Partidas*, f. 72r (VII.21.Proem., glosa c); Antonio GÓMEZ, *Ad Leges Tauri commentarium absolutissimum*, Petri Bruyset & Sociorum, Lugduni, 1761, pp. 478-479 (com. leg. LXXX & c., n. 18); Antonio de LA PEÑA, «Tratado (Orden de los juicios y penas criminales)», *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 17 (1934), pp. 796-797 (III.7); Julio CLARO, *Sententiarum receptorum liber quintus*, Ioannem Gryphium, Venecia, 1568, pp. 60.^a (ep. «Primus»), 167.^a-169.^a (ep. «Sodomía»); Diego CANTERA, *Quaestiones criminales tangentes iudicem*, Cornelius Bonardus, Salamanca, 1589, pp. 505-509 (IV.66-71); Jerónimo CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores, y señores de vassallos, en tiempo de paz, y de guerra*, Iuan Bautista Verdussen, Amberes, 1704, t. I, pp. 477-478 (II.14.19), 612 (II.17.67); Francisco de LA PRADILLA, *Suma de las leyes penales*, Imprenta del Rey, Madrid, 1639, fs. 6v-7r (I.11), 48r-49v (II.31); Lorenzo MATHEU I SANZ, *Tractatus de re criminali*, Anisson & Joannis Posuel, Lugduni, 1702, p. 266 (XLVIII.45 y 46). Con cercanía ya a la época codificadora y meros repetidores, p. ej., Joseph BERNÌ, *Práctica criminal*, Civitas, Madrid, 1995 (facsimil de la edición de Valencia, 1749), pp. 20-22; Francisco María GASPARRO, *Institutiones criminales tribus partibus distributae*, Simonem Occhi, Roma, 1756, pp. 117-118 (III.12); Francisco Antonio de ELIZONDO, *Práctica universal forense de los Tribunales de esta Corte, Reales Chancillerías de Valladolid, y Granada, y Audiencia de Sevilla*, Joachin Ibarra, Madrid, 1764, pp. 256, 282, 293; Pedro Antonio ECHEBARRÍA Y OJEDA, *Los delitos y las penas en el «Diccionario» de Echebarría de 1791*, ed. fasc. Borja Mapeilli Caffarena/Antonio García Benítez, Padilla Libros, Sevilla, 2006, pp. 73-74; Antonio Xavier PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal de España é Indias*, Antonio Espinosa, Madrid, 1791/1798, t. V, p. 130, t. XXI, pp. 102-103, t. XXVII, p. 405; Juan ÁLVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal por principios, ó modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de justicia*, Viuda de Ibarra, Madrid, 1796, t. III, pp. 206-207; o, a lo último, ya siglo XIX, por igual, Ramón Lázaro de DOU Y DE BASSÓLS, *Institutiones del Derecho público general de España*, Benito García y compañía, Madrid, 1802, t. VII, pp. 353-358; en 1803, Juan SALA, *Ilustración del Derecho real en España*, Imprenta Real, Madrid, 1832, t. II, p. 69; en 1807, Senén VILANOVA Y MAÑES, *Materia criminal forense, ó tratado universal teórico y práctico de los delitos, y delinquentes en género y especie, para la segura y conforme expedición de las causas de esta materia*, Librería Hispano-Francesa de Rosa, París, 1827, t. III, pp. 193-194; etcétera.

incluso muy latas molicies²⁴. A sabiendas de que, hasta muy entrado el siglo XIX, buena parte de este Derecho conservó, en uno u otro grado, su vigor cabe la *Novísima*²⁵, baste la consulta a ésta, en cuanto la más propinqua concreción normativa del nefandismo, a las puertas del proceso codificador, mas reducida a la primera de las tres leyes que integran el Título XXX de su Libro XII, dada en 1497 por los Reyes Católicos, pues las otras dos, de Felipe II y de Felipe V, son –con toda la transcendencia evidenciada por Tomás y Valiente²⁶–, normas procedimentales, como lo es en parte la pragmática de Isabel y Fernando: «[...] establecemos y mandamos, que qualquier persona, de qualquier estado, condicion, preeminencia ó dignidad que sea, que cometiere el delito nefando contra *naturam*, seyendo en él convencido por aquella manera de prueba, que según derecho es bastante para probar el delito de heregía ó crimen *laesae Majestatis*, que sea quemado en llamas de fuego en el lugar, y por la Justicia á quien pertenesciere el conocimiento y punicion del tal delito: y que asimismo haya perdido por ese mismo hecho y derecho, y sin otra declaracion alguna, todos sus bienes así muebles como raices; los quales desde agora confiscamos y aplicamos, y habemos por confiscados y aplicados á nuestra Cámara y Fisco. Y por mas evitar el dicho crimen, mandamos, que si acaesciere que no se pudiere probar el dicho delito en acto perfecto y acabado, y se probaren y averiguaren actos muy propinquos y cercanos á la conclusion dél, en tal manera que no que-

²⁴ Véanse TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen...», p. 38; CLAVERO, «Delito...», p. 75; o Bartolomé BENASSAR, *Inquisición española: poder político y control social*, trad. Javier Alfaya, Editorial Crítica, Barcelona, 1981, pp. 295-296.

²⁵ Tomando pie en la prelación de fuentes del Ordenamiento de Alcalá, XXVIII.1; Leyes de Toro, I; *Recopilación de las Leyes destos Reynos* (RLR), Catalina de Barrio y Angulo/Diego Díaz de la Carrera, Madrid, 1640, II.1.3; *Novísima Recopilación de las Leyes de España* (NRLE), s. e., Madrid, 1805, III.2.3 (júzguese por Francisco MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Fermín Villalpando, Madrid, 1819, pp. 50-55; o Juan Antonio ALEJANDRE GARCÍA, *Derecho del constitucionalismo y de la Codificación. I*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1980, pp. 121-124), «en el año de gracia de 1800, el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas comprendían aún nuestros códigos criminales, salvo en lo que especial y detalladamente estuviere modificado o reformado por especiales disposiciones» –así relaciona Joaquín Francisco PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, Edisofer, Madrid, 2000, p. 77, el Derecho penal positivo al comienzo de la centuria–. Luis SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, T. Fortanet/M. G. Hernández, Madrid, 1874/1879, t. II, p. 41, ahonda algo más y se preocupa por el Derecho efectivamente invocado y llevado a la práctica en los tribunales de Justicia: «las disposiciones de la Novísima, las de la Nueva no incluidas en ellas y no derogadas, el Fuero Real y el Fuero Juzgo, los Fueros municipales, donde fueren usados y guardados, y últimamente las Siete Partidas: hé aquí el orden de preferencia de nuestros Códigos, según la Novísima Recopilación»; y, apoyándose en las respectivas *prácticas criminales* de Elizondo (1769), Vizcaíno (1797) y Gutiérrez (1804/1806), añade que «puede, sin embargo, asegurarse que, á pesar de que el Fuero Real, el Fuero Juzgo, según la opinion más recibida, y los Municipales donde fueren usados y guardados, tenían legalmente preferencia sobre las Siete Partidas, este Código y las Pragmáticas contenidas en las Recopilaciones era lo único que se citaba y se aplicaba en lo criminal, cuando el uso, la práctica ó la arbitrariedad de los Tribunales no lo modificaba y corregía, como venia sucediendo ántes de la publicacion de la Novísima y sucedió después. [...] La práctica no era muy ajustada á la ley positiva vigente» (*ibid.*, pp. 42-43). Con especificidad para la contemplación del *nefando* –su castigo teórico-práctico diacrónicamente cartografiado–, véase TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen...», pp. 44-45.

²⁶ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, pp. 227-228, 230-231; ID., «El crimen...», pp. 43-45.

dase por el tal delincente de acabar este dañado yerro, sea habido por verdadero hechor del dicho delito, y que sea juzgado y sentenciado, y padezca aquella misma pena, como y en aquella manera que padeciera el que fue convencido en toda perfeccion del dicho delito, como de suso se contiene»²⁷, con lo cual se adentra en las facilidades probatorias que dominan lo restante de la norma. Más de tres siglos después de su primigenia promulgación, al arrancar el XIX, esto es lo que el legislador acaba de revalidar...

La ilación represora, aunque no deje de presentar sus conexiones adjetivas, con la visión del *ius puniendi* real como reflejo del divino²⁸, deberá abordarse desde una perspectiva material o sustantiva, por supuesto que de la mano de Tomás y Valiente, en el contexto de su teoría del delito precodificado²⁹: desde este ángulo, «[...] cuando la ley humana coincide explícitamente con la ley divina en materia grave, la transgresión es delito castigable con pena de muerte física, y es también pecado mortal, con la correspondiente pena de la muerte eterna»³⁰. Tal percepción, ajustada a sistema por la especulación intelectual de jurisconsultos y teólogos³¹, cuenta con todas las bendiciones del poder e impregna el cuerpo social³². Pues bien, identificada la coincidencia, según constata el mismo iushistoriador, «[...] sin duda el pecado-delito que dentro de los relativos a la moral sexual, y aun quizá en general, más horrorizaba y escandalizaba sobre todo durante los siglos XVI y XVII era el de sodomía»³³, dado que no sólo incorpora un caso arquetípico de identidad entre delito y pecado³⁴, sino que en esta última faceta exhibe gravedad de tono mayor en cuanto atentatorio contra la sublime economía de la Creación³⁵. Conforme a la matización de

²⁷ NRLE, XII.30.1 («D. Fernando y D.^a Isabel en Medina del Campo á 22 de Agosto de 1497»), ya incorporada a RLR, VIII.21.1. Consúltese TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen...», pp. 41-44.

²⁸ VOLTAIRE, «Comentario sobre el libro 'De los delitos y de las penas' por un abogado de provincias», apéndice a Cesare de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, ed. Juan Antonio del Val, Alianza Editorial, Madrid, 1968, p. 119, perfila someramente la motivación intensiva desplegada sobre los sodomitas: «la razón perentoria que se daba para esto era que Dios les castigaba de este modo en el otro mundo, y que todo príncipe, todo vicepríncipe y, en fin, todo magistrado era la imagen de Dios sobre la tierra».

²⁹ Particularmente ahora, véase TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, pp. 215, 219, sobre la idea, en la *mentalidad teologista del siglo XVI*, de que, si hay pecados que no son delitos, sí que todo delito es pecado; y consúltese ampliamente Enrique ÁLVAREZ CORA, «Recordando a Tomás y Valiente: la noción de delito en la España moderna», *Rechtsgeschichte*, 17 (2010), pp. 92-125.

³⁰ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, p. 220, pasando a ahondar en los fundamentos de la punición y en la gravedad percibida por la sensibilidad de la época, *ibid.*, p. 227, 229-230; sobre tal base, pena incontrovertida (*cf.* notas 48 y 49) y socioculturalmente impregnada fue siempre la del fuego purificador (v. gr., con su peculiar registro, Francisco de QUEVEDO, «Gracias y desgracias del ojo del culo», *Obras jocosas*, M. E. Editores, Madrid, 1993, p. 130). Depúrese este punto con recurso a la disquisición de ÁLVAREZ CORA, «Recordando...», pp. 97-98, alrededor de las posibles funciones sustantiva o descriptiva del pecado en la conceptualización del delito.

³¹ Acerca de esta cooperación e influencia, de *ese paralelismo entre teólogos y jurisperitos que a la sazón los reúne y discrimina*, consúltese a ÁLVAREZ CORA, «Recordando...», *passim*.

³² *Cfr.* nota 29.

³³ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, pp. 226-227.

³⁴ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, pp. 219-220.

³⁵ Véase TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen...», pp. 34-38, y CLAVERO, «Delito...», pp. 75-76. Váyase también a la nota 72.

Álvarez Cora, el nutrimento de las construcciones dogmático-penales desde la teología, que llega a difuminarse en la última centuria de la Modernidad, declina, por saciedad, sólo en la expresión técnica, pues, como culminación del largo proceso de selectivo trasvase conceptual y metodológico, permanece *–ya esencialmente absorbido–* estructurando toda la teorización de la antijuricidad³⁶.

De igual modo que, al presente intento, bastaba con repasar la normativa que llega hasta la *Novísima Recopilación*, sin mayores demoras genealógicas, tampoco es menester fatigar la doctrina en sus desarrollos a lo largo de todo el período de Monarquía absoluta cuando lo interesante es conocer el Derecho efectivamente aplicado por los tribunales en los mismos aledaños de la Codificación, Derecho acaso no coincidente, por obra y gracia del arbitrio corrector, con las leyes antiguas y anticuadas, aunque en buena medida sí con la sensibilidad social; se trataría de un sistema portador de soluciones a toda costa, *secundum iure* aun cuando las tales pudiesen resultar alguna vez *contra legem* en su dinamismo³⁷. Buena muestra de ello, mediado el siglo XVIII, Berní y Catalá, tras la indefectible consignación de la legalidad en vigor, agrega: «cuyas penas se hallan temperadas con 200 azotes, y diez años de Galeras; y quando el delito se comete con irracional, es puntual la pena de quemarse hombre, y bestia, sin remission»³⁸; sin embargo, sabemos que en estos años la condena al remo había dejado de aplicarse, merced a los avances en la navegación, «[...] bien que si no se han restablecido las Galeras [...], los años de galeras [...] serán de presidio»³⁹ –reajusta Álvarez Posadilla–. Sigamos con José Marcos Gutiérrez, quien, escribiendo ya en los primeros años del siglo XIX, puede tenerse por el práctico del Antiguo Régimen más próximo al orto codificador; abomina, por descontado, de ese *crimen cuyo odioso nombre hace temblar la mano y la pluma al haber de imprimirle en el papel* y lo hace en una diatriba tan enérgica como ampulosa, en la cual, como siempre acostumbraron legisladores y tratadistas, recuerda la Sodoma bíblica y otros oprobiosos ejemplares de la Antigüedad, pasando a revisar la preceptiva criminal histórica,

³⁶ Atiéndase a ÁLVAREZ CORA, «Recordando...», p. 95.

³⁷ Véase Pedro ORTEGO GIL, «De la literatura jurídica al Código Penal: causas y circunstancias en el Derecho histórico español», *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra*, 83 (2007), pp. 241-263, así como, alrededor del carácter doctrinal y judicial del Derecho penal de la Edad Moderna, Enrique GACTO, «Aproximación a la Historia del Derecho penal español», en Bartolomé Clavero *et. al.* (eds.), *Hispania: entre derechos propios y derechos nacionales*, t. I. Giuffrè Editore, Milán, 1990, pp. 507-513, con atención al estilo judicial *contra legem* en tema penal concretado también en los delitos contra la moral sexual (p. 509).

³⁸ BERNÍ, *Práctica...*, p. 21.

³⁹ A este respecto, ÁLVAREZ POSADILLA, *Práctica...*, t. III, p. 35, da razón de que «la pena de Galeras, después que se dexaron, se conmutó en presidio, y era la práctica; pero en el año de 1785 salió Real Cédula con fecha de 16 de Febrero, en que restableciéndolas en la Real Armada, se mandó á los Jueces del Reyno sentenciar al servicio de ellas á los reos que lo mereciesen, como se practicaba antiguamente, y no tengo noticia de que haya orden en contrario; bien que si no se han restablecido las Galeras, como se dice en la citada Real órden, los años de galeras que prescribe la citada Ley recopilada, serán de presidio» (véyase a NRLE, XII.40.10). En torno a la varada de estos *presidios flotantes*, véase Horacio ROLDÁN BARBERO, *Historia de la prisión en España*, Instituto de Criminología de Barcelona, Barcelona, 1988, pp. 15-16. En particular, el encierro del reo sodomita alguna vez llegó a ser incluso mucho más llevadero (compruébese en TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, pp. 230-231).

hasta aducir, en fin, el testimonio de otro práctico de la generación inmediatamente anterior, mas de su cosecha añade a todo esto un estrambote de última hora cuyos pormenores ni se atreve a concretar: *se ha mitigado la severidad, ya no se encienden hogueras ni se instruye de unas horribles disoluciones a la tierna juventud*⁴⁰... ¿Qué se hace, pues? Apoyándose en Vizcaíno y coincidiendo con Lardizábal⁴¹, elucida Gutiérrez que a los reos de sodomía y bestialidad, *horrendo crimen que ha hecho en nuestro siglo y en nuestra Europa muchos progresos*, «[...] para que no mueran desesperados en las llamas, se les da primero garrote, y despues se les quema en el mismo cadalso por el verdugo, quien luego esparce sus cenizas, para que no quede memoria de tan perversos delincuentes»⁴². A esta intermediación de un cierto humanitarismo ejecutivo –*mitigada la severidad*– le es convergente aquel confinamiento, por el momento apenas balbuceante, de tales *horribles disoluciones* a ámbitos de privacidad, siquiera se justifique el cálculo por la ocultación, por la negación de los malos ejemplos (esos que *instruirían* o trastornarían a la juventud), a fin de atrincherar los dominios de una *buena moral pública*⁴³, mas por ahora no queda explicitado a las claras si la traza de disimulo consiste precisamente en canalizar, con ninguna osadía, los ilícitos de siempre a través de la perfrasis y la subrepción, o bien en sustraer intimidades, aun libertinas, al celo de la Justicia. García Goyena y Aguirre repiten todavía en 1842 el informe de aquellos dos autores, Vizcaíno y Gutiérrez: garrote, incineración y aventamiento⁴⁴; pero de un siglo atrás ya nos habían contado Berní o Lardizábal

⁴⁰ Cfr. nota 42.

⁴¹ Vicente VIZCAÍNO PÉREZ, *Código y práctica criminal, arreglado á las leyes de España*, Viuda de Ibarra, Madrid, 1797, t. I, p. 258. Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Joachin Ibarra, Madrid, 1782, pp. 186-187 (V.2.22-23).

⁴² José Marcos GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, Benito García y Compañía, Madrid, 1804/1806, t. III, pp. 189, 191 («pero aunque se imponga á los reos del crimen nefando *contra la naturaleza* la pena capital de fuego, por la práctica de los tribunales, según testifica Vizcaino, para que no mueran desesperados en las llamas, se les da primero garrote, y despues se les quema en el mismo cadalso por el verdugo, quien luego esparce sus cenizas, para que no quede memoria de tan perversos delincuentes; de manera que ni aun se da sepultura á sus tristes reliquias. Mas sin embargo sabemos que respecto á ellos se ha mitigado generalmente en Europa la severidad de las leyes. Ya no se encienden hogueras para consumir en ellas hombres que se han abrasado en una vergonzosa llama, ni con espantosos suplicios se instruye de unas horribles disoluciones á la tierna juventud, que debe tenerse en la mas profunda ignorancia de los vicios con que aun no se ha manchado. Con cuidado vigilante para remover en una sociedad todo lo que pueda impeler ó inclinar sus individuos á la sodomía, defenderá ó recobrará sus derechos la naturaleza, que por medio de delicias nos proporciona las mas dulces satisfacciones en los hijos con que renacemos. / Tambien es un delito contra la naturaleza, y en extremo repugnante á ella la bestialidad ó acceso de un hombre ó de una muger con una bestia [...]; y la sentencia de muerte que se ejecuta, [...] está recibido ejecutar la que se impone á los sodomitas»); intégrese *ibid.*, pp. 90-91.

⁴³ Cfr. nota 17.

⁴⁴ Florencio GARCÍA GOYENA/Joaquín AGUIRRE, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente*, I. Boix, Madrid, 1842, t. VII, pp. 279-280: «tan execrables y feos delitos no pudieron menos de llamar sobre sí toda la severidad de las leyes, y por tanto, sancionaron una pena terrible, la de ser quemados sus cuerpos y confiscados todos sus bienes, pena que la práctica ha templado, dando primero garrote al reo que

que no estaba en uso la hoguera. De un modo u otro, la reprobación jurídico-penal seguía siendo enérgica: diez años de galeras equivalían de hecho a una ejecución capital diferida⁴⁵, diez años de presidio no tanto, pero tampoco serían liviano pasatiempo... Otras fuentes documentan, junto al cadalso –o sea su puesta en escena del garrote–, también la flagelación consignada por Berní y hasta el destierro de por vida como sustitutivo de las galeras en vez del presidio⁴⁶, donde sí que resulta de todas todas innegable el amortiguamiento represivo. Las investigaciones de Tomás y Valiente, en fin, permiten sacar por conclusión que «[...] ni en Castilla ni en la Corona de Aragón se quema a sodomitas a partir de las últimas décadas del siglo xvii y desde luego ya no en el xviii»⁴⁷, a lo cual añade: «[...] no conozco protestas doctrinales contra tales leyes en ningún momento. Pero en la práctica se notan ciertos titubeos a la hora de aplicarlas durante la segunda mitad del siglo xviii»⁴⁸. Empero, ello no significa que se renuncie a una pública vindicta que alcanza los mismos umbrales de la Codificación, aunque la penalidad se rebajase hasta la más *compasiva* horca o incluso hasta el encierro, los azotes o el expelamiento territorial: «[...] ni siquiera en fecha tan tardía se abandonó la persecución de estos delitos; pero no es lo mismo hacer “arrestar y formar causa” contra los sodomitas [...] que quemarlos vivos; de esto último no conozco caso alguno durante el siglo xviii»⁴⁹. El humanitarismo penológico va avanzando posiciones en el campo político-criminal con precedencia a la escisión entre delito y pecado; cuando, a impulsos de *las luces del siglo*, llegue la hora de ésta, se discriminará entre conductas delictivas, acreedoras a los reproches penal y social, y conductas pecaminosas, merecedoras únicamente –pero aún con la mayor contundencia– de sólo éste último; demos ya por sentado que una mudanza tal no se produjo entonces ni brusca ni subversivamente, según habrá ocasión de comprobar a la estela de la intemperancia sodomítica.

II. EL CODIFICADOR PROTOLIBERAL

Si no sólo en el Derecho positivo de reciente sanción, sino en los simultáneos planes para su reforma (así, en el de 1787⁵⁰) nada parece evolucionar,

después es quemado, y sus cenizas echadas al viento por el verdugo». Asimismo, Joaquín ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, ed. Juan B. Cuim, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1977, t. IV, p. 283.

⁴⁵ Así lo aprecian, entre otros, Gregorio MARAÑÓN, *Vida e historia*, Espasa-Calpe, Madrid, 1948, p. 108, o Juan Antonio ALEJANDRE, «La función penitenciaria de las galeras», *Historia 16*, Extra VII (X-1878), p. 54; léasele a Miguel de CERVANTES, *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*, ed. Martín Alonso, EDAF, Madrid, 1966, p. 172, su capítulo XXII de la primera parte.

⁴⁶ GARZA CARVAJAL, *Quemando...*, p. 98 (cfr. nota siguiente).

⁴⁷ TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen...», p. 55 (y lo confirma, v. gr., GARZA CARVAJAL, *Quemando...*, p. 98).

⁴⁸ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, p. 230.

⁴⁹ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, p. 230.

⁵⁰ «Plan y distribución del Código Criminal» de 1787, Prt. I, Tít. VI, en José Ramón CASABÓ RUIZ, «Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787»,

hacia los albores de dicha fase transitoria, en cambio de todo aquello –leyes, jurisprudencia, sentir popular⁵¹–, la regulación que en 1821 proponen los liberales con respecto a las acciones focalizadas pasa por su elisión nominal del Código para, sólo en los supuestos de mayor gravedad, entenderlas *comprendidas o embebidas en otras disposiciones del proyecto*. ¿En cuáles?: de acuerdo con las concordancias de Pacheco⁵², primeramente, dentro de los *delitos contra los particulares*, en las que reprimen los abusos deshonestos mediante sorpresa, fuerza o intimidación que impida a su víctima –innovadoramente generalizada por *persona*– la resistencia, en resumen, *contra su voluntad*⁵³; luego, al final del precepto que pune el abuso a la mujer casada mediante alevosa privación del sentido o aprovechando tal circunstancia, se insiere otra cláusula que parece capaz de contener, también *inter viros*, asaltos contra natura con aquellas mismas tácticas comisivas, pues comprende como sujeto pasivo a *cualquiera otra persona que no sea mujer pública*⁵⁴ (bien es verdad que, en su alumbramiento parlamentario, las aportaciones giran sin fisura en torno al *bello sexo*⁵⁵); asimismo, ya con especificidad tuitiva de la menor edad, opera la interdicción de los abusos cometidos sobre niño o niña impúber⁵⁶; y, por último, se apresta un

ADPCP, 22.2 (1969), p. 336. Véanse *ibid.*, pp. 313-331; Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1981, pp. 396-397; Maximiliano HERNÁNDEZ MARCOS, «Las sombras de la tradición en el alba de la ilustración penalista en España. Manuel de Lardizábal y el proyecto de código criminal de 1787», *Res Publica*, 22 (2009), pp. 39-68. Además, Jeremías BENTHAM, *Cartas de Jeremías Bentham, al señor Conde de Toreno, sobre el Proyecto de Código Penal presentado á las Cortes*, Imprenta de Diego García Campoy, Madrid, 1821, p. 21.

⁵¹ Cfr. nota 47.

⁵² PACHECO, *El Código...*, pp. 1060-1061, 1069, 1079.

⁵³ «Ley del Código penal», de 8 de junio de 1822 (CP 1822), en *Colección de los Decretos y Órdenes Generales Expedidos por las Cortes*, Imprenta Nacional, Madrid, 1822, t. IX, decr. LVI, pp. 211-381, mediando el rapto modulado en los arts. 664 y 665 (art. 666: «Si el reo abusare deshonestamente de la persona robada [...] contra la voluntad de ella, sufrirá ocho años más de obras públicas y destierro perpetuo del pueblo en que habite dicha persona y veinte leguas en contorno») o no (art. 668: «El que sorprendiendo de cualquier otro modo á una persona, y forzándola con igual violencia ó amenazas, ó intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia, intente abusar deshonestamente de ella, sufrirá la pena del raptor, y ocho años mas de obras públicas, con igual destierro si consumare el abuso»). El capítulo contentivo es el dedicado a entender *de los raptos, fuerzas y violencias contra las personas*.

⁵⁴ Artículo 687 *in fine* CP 1822 («El que cometa este propio delito contra cualquiera otra persona que no sea muger pública, conocida como tal, sufrirá una reclusion de cuatro á ocho años, con igual destierro mientras viva el ofendido»).

⁵⁵ DSC 1821-1822, t. III, n.º 127, ses. 30-I-1822, pp. 2070-2071.

⁵⁶ Artículos 671 CP 1822 («El que abusare deshonestamente de niño ó niña que no haya cumplido la edad de la pubertad, será tenido por forzador en cualquier caso, y sufrirá la pena de diez á veinte años de obras públicas, con destierro perpetuo del pueblo en que more el ofendido y veinte leguas en contorno. Si del abuso resultare al niño ó niña una lesion ó enfermedad que pase de treinta dias, se impondrán al reo cuatro años mas de obras públicas. Si la enfermedad ó lesion fuere de por vida, sufrirá el reo diez años de obras públicas, y despues será deportado») y 672 CP 1822 («Si abusare del niño ó niña que no haya llegado á la pubertad un funcionario público ó un ministro de la religion, aprovechándose de sus funciones, ó el tutor, ayo, maestro, director, criado, ó cualquier otro á quien esté encargada la guarda, asistencia ó educacion de la persona forzada, será deportado el reo despues de sufrir diez años de obras públicas. Si del delito resultare al niño ó niña una enfermedad ó lesion de por vida, será condenado el reo á trabajos perpetuos»).

artículo de cierre para no dejar escapar ninguna transgresión intolerable: cualquier otro ultraje público contra el pudor mediante sorpresa o violencia⁵⁷, lo cual, mientras agota a conciencia vicisitudes de sexo impuesto, apenas penetra en los terrenos del simple escándalo, al no disociar uno y otro cuidado con esa fórmula quizás poco dichosa y determinante de que, cuando se esperaba el abarcamiento de la mera publicidad en un hecho ultrajoso que lo sería entonces a la moral social, permanezcamos todavía en los ámbitos del desafuero y la tarquinada, donde el indagador acaba por preguntarse si sólo de ser públicos se corregirían ultrajes sorpresivos o violentos al pudor de las personas... Comoquiera, todos estos números o preceptos resultan aprobados así, tal como habían sido proyectados, sin impugnación alguna⁵⁸; al margen de ellos, en las demás figuras delictivas frente a la sexualidad no consentida el legislador de nuestro primer Código está pensando como sujeto pasivo únicamente en la mujer, por supuesto que ésta también a riesgo de una acometida con designio sodomizador, pero se trata ya de especialidades declinadas desde los casos antevistos: agravaciones en atención al estado civil o estupro alevoso varios⁵⁹, material exorbitante al muy plausible avance conceptual de abrir a entrambos sexos la tradicional inteligencia del rapto como coerción de la libertad de movimientos con móvil atentatorio contra la libertad sexual. No obstante, y en conexión con aquella necesidad remanente de control social represivo, es posible sondear otro bloque temático –otro título, también otra tipología, la de *delitos contra la sociedad*– a la búsqueda de tipos en que subsumir los restos penales de las conductas reconsideradas por el codificador, aquello que se estima aún necesitado de un reproche; así, entre los delitos contra las buenas costumbres aparecen ciertos proceder afines en algunas de sus eventualidades a los descartados sodomíticos: la ejecución de acciones torpes o deshonestas en iglesia o acto religioso, en teatro, plaza, paseo o cualquiera otra concurrencia pública⁶⁰, en

⁵⁷ Artículo 673 CP 1822 («El que cometa cualquier otro ultraje público contra el pudor de una persona, sorprendiéndola ó violentándola, sufrirá una reclusion de cuatro meses á un año, y dos años mas de destierro del lugar en que habite la persona ultrajada y diez leguas en contorno»).

⁵⁸ «Proyecto de Código penal, presentado á las Córtes por la comision especial nombrada al efecto» (PCP 1821), en *DSC* 1821–1822, t. I, apd. al n.º 38, ses. 1.º de noviembre de 1821 (el discurso y texto es de 21 de abril del mismo año), artículos 666, 668, 671, 672, 673, párr. 1.º, y 687, párr. 2.º (confírmese la lectura y aprobación de todos ellos en *DSC* 1821-1822, t. III, n.º 126, ses. 29-I-1822, p. 2060, y n.º 127, ses. 30-I-1822, pp. 2070-2071).

⁵⁹ Artículos 669, 674, 676, 686 y 687 CP 1822 (la mujer casada), 675 CP 1822 (la mujer soltera o viuda), 688 CP 1822 (la mujer no ramera).

⁶⁰ Tras señalar pena de arresto a las palabras torpes o deshonestas (arts. 527 y 528 CP 1822, cuya aprobación a partir de los arts. 529 y 530 PCP 1821 se registra en *DSC* 1821-1822, t. III, n.º 119, ses. 22-I-1822, p. 1959), prosigue «[...] doblándose tambien la pena respecto del que ejecutare del mismo modo alguna accion de la propia clase en cualquiera de dichos sitios. Pero si cometieren alguno de estos delitos los actores mismos en la escena ó espectáculo, ya sean dramáticos, de juegos de manos, títeres ó de cualquiera otra especie de suertes ó habilidades, sufrirán los reos la pena de uno á tres meses de arresto, con una multa de veinte á sesenta duros, y no podrán volver á representar ó ejecutar sus suertes ó habilidades en el reino durante un año» (art. 528 CP 1822, el artículo 530 PCP 1821, coincidente, cuyo *representar ó ejercer* se transforma al fin en *representar ó ejecutar* como sola variante). Con detenimiento tan sólo en la última previsión penológica, sorprende la elección expresiva, porque, a buen seguro, el legislador del *Trienio* no querría

donde todo el quid reside –ahora sí– en la primera y última palabra dichas, esto es en la *ejecución pública*; por remate, otra porción de artículos aborda la *corrupción de jóvenes de uno ú otro sexo*⁶¹, concomitante tal vez, según y como, con los comportamientos en observación.

Creo que con ello queda recorrido todo el espectro de tipos delictivos en los que reacomodar algunas de las acciones que inmemorialmente habían caído dentro del perímetro criminológico del pecado contra natura; al punto se alcanza que ésas que por semejantes vías *escapan* a la destipificación lo logran no por sí mismas, en cuanto *nefandas*, sino en virtud de otras circunstancias confluente a su práctica y que desplazan con radicalidad la repulsa del sistema, sobrexcediendo en no poco el *ilustrado* aplacamiento punitivo que *con una sanción mas moderada* satisfaría ya a un Filangieri⁶²; otra vuelta de tuerca más ha llevado la evolución hasta las cercanías político-criminales de Bentham: de un lado, *seducción ilegítima*, coactiva o violenta entre los *delitos privados contra la persona y el honor*; de otro, *espectáculos obscenos* entre los *semi-públicos contra la persona*⁶³. Así las cosas, enjuicia García Goyena la reconsideración protoliberal de tales contingencias entendiéndola castigada la sodomía, sí, mas *como de paso*, en aquel concepto de abusos torpes realizados contra persona sexualmente indiferenciada, opción político-criminal que le parece criticable, mas no tanto por dejar fuera la carga pecaminosa de la sodomía *per se* como por parangonar, por nivelar ésta y el acceso natural del hombre con persona femenina sin atender a más que al denominador común de *la fuerza real o presunta* desplegada⁶⁴, escrúpulo éste que desazonará a Pacheco en sus acotaciones al

consentir, de darse el caso, la vuelta a escena de suertes o habilidades de exhibicionismo sexual ni al año ni nunca...

⁶¹ Artículos 536 [«Toda persona que contribuyere á la prostitucion ó corrupcion de jóvenes de uno ú otro sexo, menores de veinte años cumplidos, ya por medio de dádivas, ofrecimientos, consejos, engaños ó seducción, ya proporcionándoles á sabiendas casa ú otro auxilio para ello, sufrirá la misma pena espresada en la primera parte del artículo anterior (reclusión de uno a dos años y multa). Los que incurrieren en la propio delito con respecto á niño ó niña que no haya llegado á la pubertad, y los que para corromper á una persona la robaren, ó emplearen alguna bebida, fuerza ó ficción, serán castigados con arreglo al título primero de la segunda parte (delitos contra las personas)»] a 542 CP 1822, que son los números 538 a 544 PCC 1821, a cuyo debate puede asistir en *DSC* 1821-1822, t. III, n.º 119, ses. 22-I-1822, pp. 1960-1961.

⁶² Cayetano FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*, trad. Juan Ribera, Imprenta de Fermín Villalpando, Madrid, 1822, t. IV, p. 236.

⁶³ Jeremías BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal*, extract. Esteban Dumont, trad. Ramón Salas, Imprenta de Fermín Villalpando, Madrid, 1821/1822, t. IV, pp. 54, 64-65. El filósofo londinense divide los delitos en privados, reflexivos, semi-públicos y públicos (*ibid.*, t. II, p. 174, y t. IV, pp. 50-51); entre los segundos, contrarias al honor y la persona, coloca las *prácticas indecentes á vista de otro* (*ibid.*, t. IV, p. 63), mas esta categoría de delitos *contra sí mismo* reúne vicios é imprudencias con designio sólo clasificatorio, «[...] no para someterlos á la severidad del legislador» (*ibid.*, t. II, p. 177); y dentro de la última clase, como *delitos públicos contra la población*, pudieran caer la sodomía y la bestialidad (*cf.* nota 35), pero asimismo, en general, tampoco juzga este ramo *digno tal vez de la atención del gobierno* (*ibid.*, t. IV, pp. 71-72). Véase LASSO GAITE, *Crónica...*, v. I, pp. 51-52.

⁶⁴ Florencio GARCÍA GOYENA, *Código criminal español segun las leyes y práctica vigentes comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, Viuda de Calleja e Hijos, Madrid, 1843, t. I, pp. 269-270: «el Código penal de 1822 calló sobre el pecado ó delito de bestia-

Código venidero⁶⁵; repara asimismo aquél en la posibilidad, con arreglo a la preceptiva trienal, de apreciar y punir *la alcahuetería para el pecado nefando*⁶⁶, sin caer en la cuenta o hacer mención del lance escandaloso. Para ser exactos, la sodomía *stricto sensu* no se descubre castigada ni aun *de paso* (así quizás quepa entenderla reprimida por el Código de 1850, conforme a cierta teoría que ha de requerir su análisis⁶⁷) y cualquier otra diagnosis siempre tendrá algo o mucho de impreciso; de hecho, Sempere Guarinos, coetáneo aunque historiador, más ilustrado que liberal⁶⁸, echa a faltar en el Código la *sodomía voluntaria*⁶⁹ como la echaban en falta aquellas entidades consiliativas que instruyeron a la comisión: porque el pretendido recambio no satisfacía en modo alguno las utilidades hasta entonces remediadas; y es que todo el meollo se condensa en la utilización concebida para las divergentes tipologías delictivas de los enfrentados sistemas: ¿quién perturba el orden social que se desea preservar –el viejo o el nuevo– en la nación?, ¿contra quién se debe guarnecer a la colectividad en bloque y a cada uno de sus individuos?, ¿contra el pacífico sodomita o contra el intimidante forzador y el insolente exhibicionista de su crápula? Contemplado el conjunto que modelaron los liberales, se echa de ver lisa y llanamente que en este *comprenderse o embeberse* dentro de otros tipos penales ha mutado el bien jurídico protegido: ya esa salvaguarda de las buenas costumbres viene referida no tanto a la moral intangible que debe ser preservada a todo trance⁷⁰ como al sosiego, al pudor público, pero ante todo la tutela del Estado ampara –actualicemos terminologías– la indemnidad sexual del ofendido, que lo es restrictamente por ataques violentos o engañosos, de contenidos lúbricos, contra su libertad y su integridad física. El viraje normativo, desde la política criminal validada unos años atrás –no llega a dos décadas– por la *Novísima*, se nos aparece incon-

lidad, y aunque en su part. 2, tit. I, cap. 4, reconoció y castigó el de sodomía, hízolo como de paso envolviéndolo con el delito de fuerza real ó presunta, y castigando en este caso con la misma pena el abuso deshonesto, ora se cometiese en niño ó niña, en hombre ó en mujer. / Yo respeto la autoridad de aquellos legisladores, tanto mas cuanto que en esto hubieron por modelo al Código francés; pero hallo mas justicia y moralidad en nuestras antiguas leyes. La igualdad en la pena supone igualdad en el delito; y á los ojos del moralista y del legislador ¿no hay alguna chocante diferencia entre la sodomía y el acceso natural del hombre con persona femenina?»

⁶⁵ El Código de 1822 había abierto rapto y violación a ambos sexos, el de 1848 devuelve aquél a sus arraigados contornos (arts. 358 a 360) y –luego habrá de examinarse– sólo generaliza la segunda, opción que a PACHECO, *El Código...*, p. 1080, no termina de contentar: «tanto el rapto como la violación son, a nuestro modo de ver, crímenes de compuesta naturaleza; y si la violencia debe ser castigada semejantemente, cualquiera que sea la persona sobre que recaiga, el atentado a la honestidad no nos parece que haya racionalmente de seguir el mismo principio [...]». Circunscribo mi aserto en el área de la Codificación, por supuesto, y remito, para sus afueras, al cotejo con GARCÍA GOYENA, *Código...*, t. II, pp. 136-165.

⁶⁶ GARCÍA GOYENA, *Código...*, t. I, p. 268 (cfr. nota 61).

⁶⁷ Cfr., entre otras pertinentes, la nota 64.

⁶⁸ Véase JUAN RICO GIMÉNEZ, «Ilustración y liberalismo en la obra de Juan Sempere y Guarinos (1754-1830)», *Studia Historica. Historia Moderna*, 19 (1998), pp. 241-259.

⁶⁹ JUAN SEMPERE GUARINOS, *Historia del Derecho español*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Topográfica, Madrid, 1844, p. 542.

⁷⁰ Véase TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen...», pp. 34-38.

medible, tanto como media entre el agravio a DIOS y el solo daño social o personal⁷¹, también entre la lujuria y la violencia⁷².

III. EL CODIFICADOR ABSOLUTISTA

Sin embargo de tanta feracidad o pujanza modernizadora –más bien, justamente por ello–, el pionero articulado va a ser flor de un día: con todos los esclarecimientos, mírese como se mire, escasa proyección cabe reconocer a su efectiva vigencia, tradicionalmente puesta en tela de juicio, desde Alonso y Alonso, por la mayor parte de la historiografía⁷³, pero documentada a satisfacción por Casabó y Fiestas Loza⁷⁴. La llamada *ominosa década* nos devuelve a un tratamiento descriptivo-regulador de la sodomía y la bestialidad con raigambre evidente, y ello a despecho del pujante molde codificado⁷⁵. Examinemos los nonatos proyectos de Código criminal que se suceden y, conocido el Derecho *de lege ferenda*, volvamos a recurrir a los juristas en demanda del Derecho observado en el foro, toda vez que se ha vuelto a la antiquísima –en sus soluciones– *Novísima*... Respecto a lo primero, el Proyecto que entrega la denominada Primera Junta⁷⁶, actuante entre 1829 y 1830, pese a su conciencia de que «no es tampoco leve la dificultad de señalar el límite verdadero entre los pecados y los

⁷¹ Induce TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen...», p. 55, con referencia a las fundamentaciones normativas y doctrinales antecedentes, el viraje ilustrado hacia otros criterios punitivos: daño social directo, proporcionalidad, corrección, humanitarismo...; asimismo, ID., *El Derecho...*, p. 231, analizado por ÁLVAREZ CORA, «Recordando...», pp. 100-101; y Georges VIGARELLO, *Historia de la violación (siglos XVI-XX)*, trad. Alicia Martorell, Ediciones Cátedra/Universidad de Valencia/Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, pp. 144-150, meditando en torno al paso del delito moral al delito social.

⁷² Este aspecto ha sido inquirido con solvencia por VIGARELLO, *Historia...*, pp. 53-54, 58-59, cuyas apreciaciones vienen a corroborarse, v. gr., en el acervo de causas inquisitoriales analizadas por BENASSAR, *Inquisición...*, p. 309.

⁷³ José Manuel ALONSO Y ALONSO, «De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822», *Revista de Estudios Penitenciarios*, 2 (1946), pp. 3-15. Otrosí, v. gr., el penalista ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, t. I, p. 108; o el historiador del Derecho José Manuel PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACÓ, *Curso de Historia del Derecho español*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983, p. 919.

⁷⁴ José Ramón CASABÓ RUIZ, «La aplicación del Código penal de 1822», *ADPCP*, 32 (1972), pp. 333-344; Alicia FIESTAS LOZA, «Algo sobre la vigencia del Código penal de 1822», *Revista de Historia del Derecho*, 2 (1977), pp. 57-77; ANTON ONECA, «Historia...», pp. 273-275; Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, «Contribución al estudio sobre la aplicación del Código penal de 1822», *Cuadernos de Política Criminal*, 5 (1978), pp. 229-235; José Luis BERMEJO CABRERO, «Sobre la entrada en vigor del Código Penal de 1822», *AHDE*, 66 (1996), pp. 967-972; SAINZ GUERRA, «José María...», pp. 373-381; Emilio de BENITO FRAILE, «Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822», *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 8 (2008), pp. 58-68. Complétese en Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y constituciones (1808-1898)*, Alianza Editorial, Madrid, 1989, p. 19; u ORTEGO GIL, «De la literatura...», p. 298.

⁷⁵ Cfr. nota 91.

⁷⁶ «Proyecto de Código Criminal de 1830. Formado por la 1.ª Junta creada al efecto por Real Orden del 30 de abril de 1829» (PCC 1830), en LASSO GAITE, *Crónica...*, v. II, apd. II, pp. 135-196.

delitos»⁷⁷, apercibe en la parte «De los delitos de incontinencia de todas especies»⁷⁸ que los reos de bestialidad o sodomía pasarán a la deportación en una isla⁷⁹, admitiendo a la par las especialidades usualmente recibidas de la complicidad pasiva, la seducción del menor de edad y la fuerza o el temor irresistibles como medios comisivos⁸⁰. El legislador autócrata comienza a –o, mejor, acaba por– dar indicios de alguna indulgencia en el cálculo de la expiación.

Pedro Sainz de Andino, miembro de esta Primera Junta, presentaba en paralelo otro Proyecto de factura personal⁸¹, el cual, aunque evolucionando en ciertos aspectos desde las arraigadas maneras *de lege data* hacia el pensamiento liberal y utilitario, se manifestaba fruto del liberalismo *particularmente en los delitos políticos y los dirigidos contra la religión y buenas costumbres*⁸²; en él, integrados dentro «De los desórdenes, vicios y escándalos contra las buenas costumbres» y bajo el rótulo seccional de «Otros actos de incontinencia lúbrica en que no hay ofensa personal» se comprenden otra vez explícitamente la sodomía y la bestialidad, con reformulación en la que destaca ante todo la desusada escisión en penas diversas para uno y otro caso, saldado el primero con reclusión⁸³ y el segundo con trabajos en presidios y arsenales, castigo éste más gravoso pero impuesto con un

⁷⁷ «Exposición de la Junta elevando el Proyecto el 7 de mayo de 1830», en LASSO GAITE, *Crónica...*, v. II, apd. II, p. 138.

⁷⁸ La sucesora Segunda Junta, en su «Consulta o dictamen de la Segunda Junta, 1832 sobre los anteriores proyectos», en LASSO GAITE, *Crónica...*, v. II, apd. IV, p. 376, enjuiciará que «en el Título 26 y último, ‘De los delitos de incontinencia de todas especies’ no se omite ninguno que deba castigarse: y aunque a los de bestialidad, sodomía e incesto, no se les impone la pena de muerte, se les aplican otras bien alictivas».

⁷⁹ Artículo 323 PCC 1830 («El autor del delito de bestialidad o de sodomía será condenado a quince años de deportación a una isla»). José Ramón CASABÓ RUIZ, «Estudio preliminar» a *El Proyecto de Código criminal de 1830*, Universidad de Murcia, Murcia, 1978, p. 45, estima contextualmente floja la penalidad. Por otra parte, más allá de este delito, no hay espacio para la hipótesis de un atropello sodomítico de varón a varón: el estupro (arts. 350 a 354 PCC 1830) sólo se concibe contra víctima femenina y la fuerza o intimidación ejercidas por uno de los dos varones participantes sobre el otro no califican delito distinto, siendo el culpable condenado por sodomía mientras el violentado se beneficia de la exculpación.

⁸⁰ Artículo 324 PCC 1830 («El cómplice de sodomía que se preste voluntariamente a este delito, sufrirá la misma pena; y si hubiere sido seducido, siendo menor de dieciséis años se le apercibirá reservadamente sin otra pena. Ninguna se le impondrá cuando hubiese sido forzado o gravemente amenazado»).

⁸¹ «Proyecto de Código Criminal de 1831. Redactado por don Pedro Sainz de Andino» (PCC 1831), en LASSO GAITE, *Crónica...*, v. II, apd. III, pp. 197-342.

⁸² José Ramón CASABÓ RUIZ, «Estudio preliminar» a *El proyecto de Código criminal de 1831 de Sainz de Andino*, Universidad de Murcia, Murcia, 1978, p. 4.

⁸³ Artículo 582 PCC 1831 («Los que incurran en delito de sodomía sufrirán seis a ocho años de reclusión. / Si el delito se cometiere entre una persona mayor de veinte años y otra menor de dieciséis, aquélla sufrirá irremisiblemente el máximo de dicha pena; y a ésta después de reprimiéndosele judicialmente en audiencia reservada, se le destinará por seis años a una casa de corrección de la juventud, si la hubiere en la provincia, y en su defecto a un Hospicio de beneficencia. / Cuando se hubieren empleado contra el menor de dieciséis años violencias o amenaza grave para seducirlo a que se preste a la sodomía, quedará exonerado de la pena, haciéndose a sus padres, tutores o maestros de quienes dependa, las prevenciones convenientes para evitar la reincidencia, y que vigilen sus costumbres»).

tramo temporal menor⁸⁴. Más allá, se preocupa el proyectista de precaver unas violencias sométicas que ninguno de los otros proyectos que en el tiempo flanquean el suyo se llega a plantear⁸⁵, pero ya como parte «De los delitos de incontinencia con ofensa o daño privado», con asimilación al forzamiento de mujer⁸⁶.

El Proyecto de 1834⁸⁷ sigue en mucho al de 1830, a menudo plegándose a su copia directa, pero es ésta una de las ocasiones en que de algún modo se aparta de él, como elemento del tasado conjunto de donde extrae su individualidad. De raíz, con el evolucionado encabezamiento («De los delitos contra las buenas costumbres» frente a los *de incontinencia*⁸⁸); al penar, reemplazando la deportación por los trabajos de mina y arsenal⁸⁹ que Andino reservaba –con duración menor– sólo a los reos *bestiales*: reunificación punitiva, pues, en el decantado castigo utilitario.

Lo primero que resalta en estas tres regulaciones *in fieri*, frustradas al cabo, es que el reproche legal ante las infracciones de referencia se ha atenuado, pero sólo hasta los márgenes de la práctica forense preexistente, porque la deportación, el presidio, las minas y arsenales siguen siendo graves penas de orden corporal, aflictivas en sus contenidos y en su duración⁹⁰: la pervivencia de estos delitos-pecado, la contención de su penalidad ceñidamente en tales términos son datos de aporte dieciochesco –finisecular a lo sumo, si se quiere–, datos ya derivados por sí solos, sin otro acompañamiento lenificador, hacia la extemporaneidad.

En cuanto al Derecho positivo, si saltamos por encima de la prematura experiencia codificadora y monárquico-parlamentaria, recuperaremos, desde el

⁸⁴ Artículo 583 PCC 1831 («Por el delito de bestialidad se impondrá la pena de dos a cuatro años de obras públicas; y en caso de reincidencia la de cuatro a seis años de trabajos públicos en presidios y arsenales»); cfr. el artículo 36 PCC 1831, con la escala penal, y compruébese en CLAVERO, «Delito...», p. 75, el superior encasillamiento del bestialismo en *la manualística de confesores para reconstruir un ranking de los pecados del sexo* –según particular expresión– en orden a su gravedad (al igual, pero con recurso a fuentes procesales, BENASSAR, *Inquisición...*, pp. 316-319).

⁸⁵ Ténganse presentes las notas 79 y 89.

⁸⁶ Artículo 905 PCC 1831 («Son aplicables a los casos sodomíticos forzados las penas descritas contra el forzamiento de mujer»).

⁸⁷ «Proyecto de Código Criminal de la Tercera Junta. 1834» (PCC 1834), en LASSO GAITE, *Crónica...*, v. II, apd. V, pp. 385-457. A juicio de José Ramón CASABÓ RUIZ, «Estudio preliminar» a *El proyecto de Código criminal de 1834*, Universidad de Murcia, Murcia, 1978, p. 6, «el proyecto responde por completo a la época y pensamiento absolutistas, que ya ni siquiera resultaban admisibles en el momento de su presentación».

⁸⁸ Cfr. nota 78.

⁸⁹ Artículo 238 PCC 1834 («El autor del delito de bestialidad o de sodomía será condenado con la pena de doce a quince años de trabajos en minas o arsenales»); igual que en 1830, el estupro (arts. 257 a 261 PCC 1834) únicamente se entiende factible sobre mujer. Sin innovaciones, completa la regulación el artículo 239 PCC 1834 («El cómplice de sodomía que se prestó voluntariamente a este delito, sufrirá la misma pena; y si hubiese sido seducido siendo menor de diez y seis años, se le apercibirá reservadamente, y no se le impondrá pena alguna cuando hubiese sido forzado o gravemente amenazado»). Sobre la posición relativa de la deportación y los trabajos en minas y arsenales, consúltense los arts. 6.º PCC 1830 y 45 PCC 1834, así como Julián GÓMEZ DE MAYA, *Las penas restrictivas de la libertad ambulatoria en la Codificación española*, Universidad de Murcia, Murcia, 2011, pp. 89-92, 138-139.

⁹⁰ Vuélvase sobre las notas 78 y 79.

siglo XVIII, una línea de continuidad entre 1822 y 1848, cuando el ordenamiento penal retrogradaba hacia el Antiguo Régimen⁹¹, si bien en dos fases deslindables con ninguna dificultad: el neoabsolutismo fernandino y –régimen ya constitucional, pero con normas penales que no lo eran– la apertura liberal de las regencias y de los primeros gobiernos de Isabel II⁹². La jurisprudencia corriente conecta con la de los comienzos de la centuria⁹³, pero, en tanto arriba el logro codificador, hay que ir ajustando esa herencia jurídica con la progresiva normación liberal⁹⁴; para este íterin, sólo hallamos el planteamiento de problemas parciales en la doctrina, como cuando Del Valle Linacero ofrece otra actualización de las reglas de la *Novísima* diversa del temperante arbitrio sobre la pena corporal: el rechazo con rango constitucional de la confiscación de bienes que de antiguo había recaído sobre los nefandarios⁹⁵; o como cuando García Goyena se pregunta, al no hallarlo en las leyes, por el castigo de la alcahuetería en favorecimiento del todavía delictuoso *peccatum*, dictaminando su paridad con la autoría como una suerte de cooperación necesaria⁹⁶.

IV. EL CODIFICADOR MODERADO

Definitivamente pasada la página del absolutismo y recuperados los alientos liberales para el soporte articulario, encontramos trabajando, entre 1844 y 1845 a

⁹¹ Consúltese Eugenio CUELLO CALÓN, «Referencias históricas y de derecho comparado sobre la represión de la homosexualidad», *ADPCP*, 7.3 (1954), p. 499; asimismo, Juan DEL ROSAL, *Principios de Derecho penal español (Lecciones)*, Casa Martín, Valladolid, 1945, t. I, pp. 391-392; y Gabriela COBO DEL ROSAL, «Los mecanismos de creación normativa en la España del siglo XIX a través de la codificación penal», *AHDE*, 81 (2011), p. 931.

⁹² *Cfr.* nota 94.

⁹³ *Cfr.* nota 44.

⁹⁴ Atiéndase a FIESTAS LOZA, «Algo sobre...», p. 77.

⁹⁵ «Esta pena de confiscación de bienes no debe tener lugar en el día, pues el artículo 10 del tít. 1.º de la Constitución actual la prohíbe» (Félix DEL VALLE LINACERO, *Leyes penales vigentes actualmente en España, recopiladas de nuestros códigos, ordenanzas y colecciones de decretos*, Miguel de Burgos, Madrid, 1840, p. 7); igualmente, Joaquín ESCRICHE, *Elementos del Derecho patrio*, Ramón Verges, Madrid, 1840, p. 232. Revítese la «Constitución Política de la Monarquía Española de 18 de junio de 1837», en *Constituciones históricas (ediciones oficiales)*, ed. Raquel Rico Linage, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1989, pp. 89-99, artículo 10: «No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes [...]»; por igual, en la subsecuente «Constitución de la Monarquía Española de 23 de mayo de 1845», *ibid.*, pp. 113-123, artículo 10; con similar redacción ya aparecía en la «Constitución Política de la Monarquía Española de 19 de marzo de 1812», *ibid.*, pp. 19-70, artículo 304: «Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes». Profundícese en el emparejamiento de la confiscación a la sodomía en Miguel PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1999, pp. 303-306, 383-395.

⁹⁶ «Nuestras leyes guardan silencio sobre la alcahuetería para el pecado nefando; el Código penal de 1822, artículo 536, previó no obstante este caso; si llegase á ocurrir, yo entiendo que debería castigarse como el delito mismo, por la regla general de que los que dan consejo ó ayuda deben sufrir igual pena que los reos principales» (GARCÍA GOYENA, *Código...*, t. I, p. 268). Súme-se, sobre el rapto de niños para abusar torpemente de ellos, *ibid.*, t. II, p. 142, hallando precedente una pena capital conllevada por la consumación y la tentativa.

la Comisión General de Codificación sobre Código Penal⁹⁷: se trata ya de los preliminares del que habrá de ser el fecundo corpus de 1848⁹⁸, pero todavía queda mucha labor codificadora de por medio hasta el Proyecto finalmente presentado a la aprobación de las Cortes. De momento, atendamos a los comisionados, que están debatiendo el Título de «Delitos contra la honestidad»⁹⁹; Manuel García Gallardo encara el problema distanciándose con madurada determinación de *la idea religiosa*, para, a trueque, atender *al verdadero análisis del mal común*, del cual resulta el principio programático de que «[...] el legislador no habla de esos actos, sino por fuerza, o por abuso»¹⁰⁰, informante de la reordenación que de nuevo cuño se pretende. En su desarrollo, esta parte del texto de trabajo había sido preparada por José María Claros, quien se resistió a consignar expresamente la sodomía en su ponencia, aunque sin dejar de hacerle hueco dentro del enunciado de la violación, con el empleo del vocablo *persona* en puesto de la tradicional referencia a la mujer, a fin de que no quedaran sin castigo siquiera los actos cometidos con fuerza (del resto, «no sé que haya necesidad de decir nada para penar un delito que la sociedad castiga»¹⁰¹ –aventuraba con remisión al control social informal–). A renglón seguido, tras definir y sancionar la violación consumada e intentada¹⁰², apareja otro artículo equiparando los simples abusos a la tentativa de violación¹⁰³, mas resulta rechazado; a la siguiente sesión lleva Claros, insatisfe-

⁹⁷ Véase María Dolores del Mar SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «La Comisión de Códigos (1843-1846)», *AHDE*, 74 (2004), pp. 321-324.

⁹⁸ Véanse Emilia IÑESTA PASTOR, «La proyección hispanoamericana del Código Penal español de 1848», en Luis E. González Vales (coord.), *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: actas y estudios*, Academia Puertorriqueña de la Historia, San Juan de Puerto Rico, 2003, v. II, pp. 493-520; Bernardino BRAVO LIRA, «La fortuna del código penal español de 1848», *AHDE*, 74 (2004), pp. 23-57.

⁹⁹ Consúltese Aniceto MASFERRER DOMINGO, *Tradicón y reformismo en la codificación penal española*, Universidad de Jaén, Jaén, 2003, pp. 195-196.

¹⁰⁰ En «Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código Penal (1844-1845)» [ACGCP], en LASSO GAITE, *Crónica...*, v. II, apd. VI, a. 14, ses. 25-IV-1845, p. 711: «todas las legislaciones modernas y las antiguas, especialmente las católicas, han querido aplicar el castigo a las acciones nefandas; véanse si no las disposiciones de los Reyes Católicos y de la Ley recopilada. La idea religiosa trascendió en los Códigos antiguos respecto a la penalidad, pero en los modernos atendiendo al verdadero análisis del mal común y a la verificación de esos actos es peor el remedio que la enfermedad, y de ahí el haber limitado el castigo de esos defectos a cuando se cometen con persona que puede suponerse se ha cometido abuso. Digo yo, que si estamos conformes en que no ha de haber desfloramiento voluntario, en lugar de poner violación, que no está consignada en nuestra legislación, podemos usar la palabra estupro y calificar la violación y luego el pecado nefando, este pecado cometido por gente de cierta edad, porque mientras el hombre es menor se pena, pero si no lo es, su alma en su palma. Suponiendo que ha habido especie de violación o por superioridad o por abuso de maestro, está bien colocada esta violencia presupuesta, pues el legislador no habla de esos actos, sino por fuerza, o por abuso y viene bien consignarlo en un capítulo».

¹⁰¹ ACGCP, a. 14, ses. 25-IV-1845, p. 711.

¹⁰² ACGCP, a. 14, ses. 25-IV-1845, pp. 711-712 (arts. 1.º a 3.º).

¹⁰³ «Artículo 4.º: La disposición del artículo anterior es aplicable a cualquier acto deshonesto perpetrado con violencia activa o pasivamente con otra persona» (ACGCP, a. 14, ses. 25-IV-1845, p. 712). «Yo quería que estos actos se equiparasen a la tentativa» –manifiesta Claros–; Gallardo replica: «no; definiéndose la violación está comprendido eso y los Tribunales lo castigarán» (*ibid.*)

cho e insistente, su revisada propuesta («he meditado sobre el artículo [...] que se suprimió y creo que va a quedar un vacío si no se sustituye alguna cosa»¹⁰⁴), conteniendo con él varios de sus compañeros, desde posicionamientos sólo a veces algo menos evolucionados, hasta depurar la versión que, de momento, dan por definitiva¹⁰⁵. En efecto, por boca de Cirilo Álvarez se hacen presentes las manidas hesitaciones pudibundas («no sé si habrá conveniencia en que el Código hable de eso»¹⁰⁶), pero sus colegas se apresuran a acotar la parcela criminológica de la que se está tratando ya con exclusividad, una parcela que en modo alguno puede abandonarse en desamparo por el ordenamiento: los *actos de fuerza y obscenos de hombre con hombre*, comprendida tanto la violación como otros abusos torpes en la persona del prójimo¹⁰⁷.

Con lo dicho, ya puede en buena medida bosquejarse el paisaje político-criminal contemplado –a pesar de alguna que otra regresión discursiva¹⁰⁸– por los disputantes: discurriendo por él, la sodomía ha pasado a considerarse como uno de los varios medios para perpetrar una violación u otro atropello menor; de resultas, puesto que se quiere penar ya sólo cuando medie fuerza o análogo constreñimiento, ha sido despojada de toda sustantividad: como lo expresa el reticente Gallardo, «en este supuesto, en esas monstruosidades contra natura, lo que se quiere evitar es el abuso de violencia, pues tratándose de violación no se va a vengar el pecado, sino la fuerza»¹⁰⁹. Sujeto activo, por ende, no lo es el

¹⁰⁴ «*El Sr. Clarós*: Traigo redactado de otro modo el artículo de violación. He meditado sobre el artículo 4.º que se suprimió y creo que va a quedar un vacío si no se sustituye alguna cosa; así es que después de definir la violación en simple y calificada, viene el artículo que he redactado y dice así: “El que abusare deshonestamente de otra persona empleando los medios señalados en el artículo 1.º, pero sin que intervenga violación, sufrirá la pena de prisión en primer grado, y concurriendo las circunstancias del artículo 2.º, la de 2.º grado”. En diciendo “abusando deshonestamente” se comprenden una porción de actos que tienen lugar» (ACGCP, a. 15, ses. 28-IV-1845, p. 716).

¹⁰⁵ Cfr. nota 154 para la identificación de los vocales que se van incorporando a la controversia.

¹⁰⁶ ACGCP, a. 15, ses. 28-IV-1845, p. 716.

¹⁰⁷ «*El Sr. Gallardo*: El ayuntamiento en uno de los sexos no es para la generación y así es que debe pensarse. O es violación y se debe suprimir del artículo, o si se quiere contraer la violación al ayuntamiento carnal, entonces es menester decir “aun cuando no haya ayuntamiento carnal”. La violación es el abuso torpe de la persona del prójimo y hay abusos que no son violación, pero que son delito. Véase pues cómo debe usarse de la palabra violación diciendo “usando torpemente de sus miembros”. / *El Sr. Luzuriaga*: Esta cuestión lo que me hace pensar es lo siguiente: Las palabras no tienen más significación que la que dé el uso, y violación se ha aplicado al abuso de la mujer con el hombre. Conviniendo con el Sr. Gallardo en que estos actos de fuerza y obscenos de hombre con hombre se deben penar, y reservando los artículos aprobados para la violación, creo que en lugar de este artículo se podría poner otro; porque ha dicho muy bien el Sr. Gallardo, es menester llamar a las cosas por su nombre, y la Ley tiene que hablar de eso, y se habla de sodomía que comprende ésta y todas las clases de circunstancias y abusos de hombre con hombre. Por consiguiente, yo no me opongo a que quede un artículo como dice el Sr. Clarós, pero no siempre hay violación consumada, sino actos que no sean de violación y sin embargo son punibles. Yo creo que no debemos dejar a los tribunales en duda» (ACGCP, a. 15, ses. 28-IV-1845, p. 716).

¹⁰⁸ V. gr., diserta Gallardo: «el ayuntamiento en uno de los sexos no es para la generación y así es que debe pensarse» (ACGCP, a. 15, ses. 28-IV-1845, p. 716).

¹⁰⁹ «*El Sr. Clarós*: Si la Comisión se inclina a comprender los actos que ha expuesto el Sr. Gallardo en la violación, yo diría “El que abusare de otra persona, etc.” [...] / *El Sr. Gallardo*:

simple sodomita: para llegar a verse incriminado, preciso será que, abismándose en la sima del delito, se convierta en forzador... Sin acatar la terminología ni la sensibilidad clásicas (en puridad, transitamos los ámbitos de la violación, no de la sodomía), el debate avanza a vueltas con la arduamente digerible acogida del varón bajo títulos o figuras penales cuyo sujeto pasivo apenas habíase planteado de allí atrás por la técnica legislativa con holgura excedente del sexo femenino¹¹⁰. Este recorrido, cubierto sin contratiempo en el *Trienio*¹¹¹ (el Proyecto fue obra poco menos que personal de un Calatrava convencido y convincente¹¹²), estaba resultando un cuarto de siglo más tarde tan abrupto como inseguro. En las alternativas intervenciones lo que antes sorprende es la indecisión de los codificadores frente a tales conductas de homosexualidad criminalizable, con las que ni conceptual ni sistemáticamente saben muy bien qué hacerse¹¹³, de ahí que, de buenas a primeras, no atinen con la fórmula apropiada para desbordar la diuturna inteligencia de la violación o el estupro, cuya víctima había sido de siempre femínea en exclusiva¹¹⁴. Tampoco dejó de suscitarles problemas la delimitación de proceder críminos: violación, estupro, ayuntamiento carnal punible¹¹⁵..., mas, a despecho de tales vacilaciones, no parecía posible el

El Sr. Redactor del Código ha querido que los delitos contra la naturaleza no se reconozcan como tales, sino cuando se cometen contra menores de edad, debiendo guardar silencio el Código respecto a los mayores. En este supuesto, en esas monstruosidades contra natura, lo que se quiere evitar es el abuso de violencia, pues tratándose de violación no se va a vengar el pecado, sino la fuerza y prueba de eso que no debe ponerse en el artículo, sino, “todo abuso torpe y carnal ejecutado con fuerza sin distinción de edad, ni sexo, será punible”, en cuyo caso hay violación, aunque no haya ayuntamiento carnal. Lo que se venga es el uso torpe de otra persona con violencia y debía ponerse en mi concepto “usar torpemente de sus miembros”» (ACGCP, a. 15, ses. 28-IV-1845, p. 717).

¹¹⁰ «El Sr. Luzuriaga: Para comprender la sodomía es menester poner los dos sexos. / El Sr. Presidente: ¿Quedamos en que se ponga “persona de cualquier sexo” y queda el artículo del Sr. Clarós como está? / El Sr. Goyena: ¿Puede comprender a los dos sexos la palabra violación? / El Sr. Álvarez: El lenguaje común sólo se refiere a la mujer. / El Sr. Gallardo: Yo dije la primera noche estupro y se comprenden los dos sexos. / El Sr. Clarós: En mi artículo se dice “el que abusando de otra persona, sin llegar al caso de violación, tiene pena de prisión de 2.º grado”. / Quedaron definitivamente aprobados los artículos 1.º y 4.º del Capítulo 1.º de este Título y dicen así: / “Artículo 1.º: El delito de violación ejecutado en persona de uno y otro sexo, usando de fuerza o empleando el terror, o hallándose la persona ofendida privada de razón o de sentido naturalmente o a virtud de un artificio culpable, será castigado con la pena de reclusión”. / “Artículo 4.º: El que abusare deshonestamente de otra persona empleando los medios señalados en el artículo 1.º, pero sin que intervenga violación, será castigado con la pena de prisión de primer grado. / Concurriendo algunas de las circunstancias designadas en el artículo 2.º, la pena será la prisión de 2.º grado”» (ACGCP, a. 15, ses. 28-IV-1845, p. 717). Tiempo después, en la lectura definitiva, se volverá sobre esta preceptiva con problemáticas discrepancias y con enmiendas de notable calado (cfr: notas 120 a 123).

¹¹¹ Cfr: notas 53 a 58.

¹¹² Véase, v. gr., Antonio ALCALÁ GALIANO, «Memorias», *Obras escogidas*, ed. Jorge Campos, Atlas, Madrid, 1955, t. II, p. 163. Cfr: nota 11.

¹¹³ Véase VIGARELLO, *Historia...*, pp. 150-156.

¹¹⁴ Véase, alrededor del sujeto pasivo de la violación durante la Edad Moderna, Victoria RODRÍGUEZ ORTIZ, *Mujeres forzadas. El delito de violación en el Derecho castellano (siglos XVI-XVIII)*, Universidad de Almería, Almería, 2003, pp. 67-69.

¹¹⁵ «El Sr. Luzuriaga: Para ser lógicos, era necesario que ese artículo se comprendiera en el estupro porque hemos confundido la violación de la mujer y la violación del hombre. Es preciso

retroceso en una percepción laica del delito que maduraba por sus pasos contados, de tal suerte que la caracterización típica tenía que ser ya definida *por todo lo que envuelve violencia*, sin consideración al sexo ofensor u ofendido: así se obró a la postre, consignando la comisión transgresiva con abuso en paralelo a la violenta ¹¹⁶.

Puestos, en fin, «[...] en el caso de revisarlo todo para uniformarlo y quitar las contradicciones e incoherencias que puede haber» ¹¹⁷, se concluye con la lectura del Proyecto. Contra lo apetecido por los concurrentes ¹¹⁸, torna a desatarse la discusión entre ellos a cuenta de los preceptos que amparan la honestidad ¹¹⁹, en conflicto el alcance de los abusos deshonestos ¹²⁰ y su correspondencia correctiva. Decidida la enmienda en este punto, la toma a su cargo el presidente de la Comisión, Bravo Murillo; entre las cláusulas revisadas rezan las actas que «[...] se leyó la siguiente sobre sodomía», aun sin que en aquélla se exprese la palabra, que ha llegado a hacerse tabú normativo parapetada tras el intencional eufemismo de *atentado contra el pudor cometido en persona de uno u otro sexo* ¹²¹, siempre contando con la concurrencia de las circunstancias

pues confundir el estupro del hombre, si bien esto me suena muy mal. / *El Sr. Clarós*: Aquí está comprendido el abuso de sexo respecto a las obscenidades que se pueden cometer. / *El Sr. Ruiz de la Vega*: todos esos actos contra natura convendría ponerlos aparte haciendo la oportuna distinción de cuando se ejecutan con violencia o sobre menores de edad. Pónganse pues aparte los actos de torpeza y háganse allí todas las graduaciones que se quieran, pero de modo que no puedan confundirse nunca con los actos naturales. / *El Sr. Gallardo*: El adulterio tiene un Capítulo aparte, la bigamia otro, el incesto otro; dejemos pues todo esto a un lado y queda aquí el ayuntamiento carnal en las maneras que le puede haber. Puede ser natural, ya contra natura con el mismo sexo o con el otro, pero no puedo convenir en que se agrupe aquí en el adulterio e incesto todo lo demás. Circunscribiéndonos ahora a esas liviandades, vamos a ver si se pueden colocar en un mismo Capítulo todas con las distinciones convenientes. / *El Sr. Seijas*: Yo creo que basta uno sólo con las diversas graduaciones. / *El Sr. Clarós*: A pesar de lo que diga el Sr. Gallardo creo que todo lo que envuelve violencia debe estar comprendido bajo un mismo artículo» (ACGCP, a. 16, ses. 30-V-1845, p. 728).

¹¹⁶ ACGCP, a. 16, ses. 30-V-1845, p. 728: «Se aprobó el artículo 20, con sustitución de la palabra “obscenamente” a la de “deshonestamente”».

¹¹⁷ ACGCP, a. 55, ses. 16-IX-1845, p. 1028.

¹¹⁸ Véase ACGCP, a. 56, ses. 6-XII-1845, pp. 1030-1031.

¹¹⁹ ACGCP, a. 63, ses. 16-XII-1845, p. 1084.

¹²⁰ Objeta el vocal Peña Aguayo que «el abuso deshonesto es palabra muy vaga, porque no se sabe si se refiere al acto consumado o a otra cosa más pequeña. Yo creo que el espíritu que aquí domina es de una cosa consumada, por eso la pena es prisión menor»; repone García Gallardo que «todo tocamiento torpe es abuso deshonesto» y que «la ley recopilada habla mucho menos, diciendo el delito nefando y nadie ha tenido dificultad», así que «por abuso debe entenderse todo acto que se comete contra el uso natural»; insiste aquél en que «es menester calificar hasta qué punto llega ese abuso deshonesto», porque «[...] cosas menores no pueden ser castigadas con las penas de estupro»; empero, siempre un mismo prejuicio, «la dificultad está en que el Código no puede mancharse con ciertas definiciones» –interviene Seijas–; con voluntad de zanjar la cuestión discierne Luzuriaga que «aquí se habla con abuso deshonesto ejecutado con violencia o intimidación», dando a entender que tales circunstancias califican la acción, al margen de su contenido; y quisiera dirimir Ruiz de la Vega: «siempre es preciso fiar algo a la discreción y prudencia de los jueces», pero se aplaza la deliberación hasta el siguiente día (ACGCP, a. 63, ses. 16-XII-1845, p. 1085).

¹²¹ Así, «[...] se leyó la siguiente sobre sodomía presentada por el mismo señor: “Todo atentado contra el pudor cometido en persona de uno u otro sexo en cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior será castigado con prisión correccional”. / *El Sr. Ortiz de Zúñiga*: ¿Cuán-

calificativas de la violación, bastante modificadas ya, en clave de desmenuzamiento, con respecto al primer consenso: «cuando se hacía con intimidación o fuerza», «cuando se hacía en persona que careciere de sentido o razón por cualquier causa» y «cuando fuese en una menor de doce años aunque no concurren las circunstancias [...] anteriores»¹²². La única discrepancia subsistente era ya de penalidad, optándose en resumidas cuentas por dejar un cierto margen al arbitrio judicial en el recorrido de la escala punitiva¹²³ para condenar un delito designado con recurrente frecuencia dentro del distendido ambiente de trabajo codificador como *sodomía* –capciosa, falaz sinécdoque–: sodomía sí, o cualquier otra acción concupiscente, pero calificada por la violencia física o psíquica que coerce a una víctima; de ahí que la herrumbrosa terminología jamás sobrepase los confines del contraste de pareceres a puerta cerrada para alojarse en el texto puesto en limpio.

Más allá, quedaban aún, tras los lances de fuerza, otras necesidades criminológicas por cubrir, como la corrupción, la seducción del menor de edad, rebosante el desasosiego acerca del potencial represor –nunca explicitado con literalidad– contra demasías sométicas de esos tipos que están diseñando¹²⁴; y, yendo adelante, le llegaba el turno al escándalo público, único caso en el que no se

to dura esa prisión? / *El Sr. Presidente*: De seis meses a tres años. / *El Sr. Ortiz de Zúñiga*: Leve pena para un delito de sodomía; yo entiendo que es necesario subir un poco la pena. / *El Sr. Presidente*: Dejar la prisión menor. / *El Sr. Peña Aguayo*: ¿Y cuando se comete contra una persona mayor de doce años? / *El Sr. Presidente*: Si hay violencia ya está castigada. / *El Sr. Ortiz de Zúñiga*: Yo estoy conforme con la redacción, pero no con la pena (ACGCP, a. 64, ses. 17-XII-1845, p. 1087).

¹²² ACGCP, a. 64, ses. 17-XII-1845, p. 1087 (véase sobre la nota 110).

¹²³ «*El Sr. Ruiz de la Vega*: El abuso deshonesto de persona de uno y otro sexo con las circunstancias indicadas en el artículo anterior incurrirá en la pena de prisión menor; cualquiera otro atentado contra el pudor con las mismas circunstancias será castigado con prisión correccional. / [...] / *El Sr. Presidente*: Creo que en el conflicto en que estamos es menester adoptar un medio y es el dejar al arbitrio de los tribunales una pena u otra. Decir, el que abusare deshonestamente de personas de uno y otro sexo, concurriendo las circunstancias del artículo anterior será castigado según la gravedad del hecho con prisión menor o correccional. No podemos pasar de dejarlo a la calificación de los tribunales. Poner una escala no puede ser porque es materia en que hay mucha diversidad. / *El Sr. Peña Aguayo*: Que elija entre las dos y recorra su escala. / Se adoptó la idea del Sr. Presidente» (ACGCP, a. 64, ses. 17-XII-1845, pp. 1088-1089), la idea del presidente y la de Ruiz de la Vega, porque en la sesión anterior había sido el valedor del arbitrio judicial (*cfr.* nota 120).

¹²⁴ «Se leyeron el epígrafe del Capítulo 7.º y el artículo 20 que eran así: / “Capítulo 7.º: Corrupción y prostitución de menores”. / “Artículo 20: El mayor de edad que sin violencia abusare deshonestamente de la persona de un menor de diecinueve años será castigado con la prisión de 1er grado y una multa de 20 a 200 duros”. / *El Sr. Gallardo*: Yo me opongo al artículo porque se introducen aquí mil cosas que no son de este lugar. / *El Sr. Clarós*: Hemos penado primero los atentados contra la castidad con violencia, y ahora tratamos de los que se cometen sin ella. Leeré los artículos relativos a los abusos con violencia (leyó). Son artículos que merecen aplicación especial. / *El Sr. Seijas*: El delito mayor no es la violencia, ésta es una circunstancia que es la de abusar de sexo o no, y esa división la han hecho todos los Códigos del mundo. / *El Sr. Clarós*: La violencia caracteriza la mayor gravedad del delito. / *El Sr. Luzuriaga*: Caeremos en ridículo si ponemos juntos los dos sexos. / *El Sr. Presidente*: La cuestión es si hay delitos con violencia y sin ella. / *El Sr. Goyena*: Sin violencia no hay delito. / *El Sr. Seijas*: El abuso de un menor de edad ¿no se pena? / *El Sr. Gallardo*: Es la práctica. / *El Sr. Álvarez*: Este artículo está demás porque aquí será seducción, no violencia, y llevaría a investigaciones de otra especie; por consiguiente, yo creo que no es necesario. / *El Sr. Clarós*: Es menester poner la seguridad de las personas al abrigo de la

defiende a sujeto pasivo individual, sino ampliamente colectivo: la sociedad, agraviada ante obscenidades cometidas con aquella nota, ya graduadas como delictivas¹²⁵, ya con correspondencia dentro «De las faltas contra la moral pública y las buenas costumbres como mera ofensa al pudor»¹²⁶. Así quedaba la cuestión en los prolegómenos de la fructificación codificadora, con un solo apunte más: extemporáneamente, en medio de la puesta en común que acaba de escrutarse, todavía resonaba bien rancia preocupación en boca de uno de los futuros divulgadores del Código, al preguntar Ortiz de Zúñiga por el *atroz delito de bestialidad*, siguiendo la lacónica contestación de otro participante no menos cursado, Vizmanos: «nada se dice de eso»¹²⁷, ya ni aun veladamente.

De estos preliminares a la sazón del Código de 1848, en los primeros meses del año llegaba el Proyecto final ante las cámaras legislativas¹²⁸, primero, al Senado, desarrollándose su examen a mediados del mes de febrero, aunque sin alusión alguna a este tipo de comportamientos¹²⁹. Pasó el Proyecto por el Congreso en el mismo marzo de su promulgación; el día 10, apenas embarcadas sus señorías en la discusión del dictamen de la Comisión sobre autorización al gobierno para plantear el Código Penal, el primer diputado en hacer uso de la palabra, Pardo Montenegro, saca ya el tema a colación y su discurso parece perseguir, de entrada, la variedad de facetas asociadas a la polémica sancionatoria; sin ahorrar el consabido repaso bíblico y paleonormativo¹³⁰, hácese cargo de la *dureza y atrocidad en las penas*, sensible a las *costumbres, la filosofía y las luces del siglo*, pero no hasta el

seducción por medio de una penalidad más o menos fuerte» (ACGCP, a. 16, ses. 30-V-1845, pp. 727-728).

¹²⁵ «Sin discusión se aprobaron el epígrafe del Capítulo 6.º (*sic*, por 8.º) y el artículo 22 con sólo la diferencia de usar la palabra obscenidad en lugar de deshonestidad que decía antes, y son así: / “Capítulo 8.º: Obscenidad escandalosa”. / “Artículo 22: La persona que ejecutare públicamente o con escándalo un acto de obscenidad, será castigado con la pena de arresto de 2.º grado, el destierro o una multa de 10 a 100 duros”» (ACGCP, a. 16, ses. 30-V-1845, p. 729). Véase *ibid.*, a. 66, ses. 19-XII-1845, p. 1099.

¹²⁶ Se proyectaba en sendos artículos referentes a la ejecución en público, bien de un acto sexual, bien de mera ofensa al pudor: «Artículo 6.º: El que en paraje público ejecutare un acto sexual sufrirá el arresto de primer grado y una multa de 5 a 50 duros. / Si el hecho se realizare en lugar sagrado, el arresto será de segundo grado» y «Artículo 7.º: El que en un paraje público ejecutare un hecho de los que conocidamente ofenden el pudor sufrirá una multa de uno a diez duros. / Si el hecho fuere en agravio de persona determinada, sufrirá el autor el arresto de segundo grado» (ACGCP, a. 52, ses. 9-IX-1845, p. 1012). Rechazose aquél, como concurrente con el supravisto delito (*cf.* nota antecedente), y aprobándose con agravación punitiva el segundo: «Artículo 7.º: El que en un paraje público ejecutare un hecho de los que conocidamente ofenden el pudor sufrirá el arresto de primer grado y una multa de 2 a 20 duros. / Si el hecho fuere en agravio de persona determinada, sufrirá el autor el arresto de segundo grado» (*ibid.*).

¹²⁷ ACGCP, a. 64, ses. 17-XII-1845, p. 1088.

¹²⁸ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado. Legislatura de 1847 a 1848* (DSCS 1847-1848), Viuda e Hijos de J. Antonio García, Madrid, 1877, apd. 3.º al n.º 27, ses. 31-I-1848, pp. 399-435. *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados. Legislatura de 1847 a 1848* (DSCCD 1847-1848), Viuda e Hijos de J. Antonio García, Madrid, 1877, t. III, apd. 3.º al n.º 76, ses. 3-III-1848, pp. 1593-1629.

¹²⁹ DSCS 1847-1848, n.º 30, ses. 14-II-1848, pp. 469-476; n.º 31, ses. 15-II-1848, pp. 467-497; n.º 32, ses. 16-II-1848, pp. 501-515.

¹³⁰ DSCCD 1847-1848, t. III, n.º 79, ses. 10-III-1848, p. 1706.

extremo de avenirse con la impunidad de unos actos que adjetiva de corrido como irracionales, antinaturales y degradantes: bien se contentaría con verlos «[...] siquiera en el número de las faltas, ya que no en el catálogo de los delitos antes de imponerse moralizante, melindroso silencio»¹³¹. A Lorenzo Arrazola, ministro de Gracia y Justicia, tocaba contestar como superior responsable gubernamental del Proyecto sometido a la cámara y al hacerlo apela tan sólo a la virtualidad correctora de aberraciones que reviste la educación y a una supuesta estadística criminal referente a *un hecho que casi no se conoce* ya¹³²; sin pero ni contra –y conforme enseguida habrá de verse–, reservó su mejor dialéctica para la literatura científico-jurídica. Luego del lance de recibo a cargo del titular ministerial, serán Claudio Moyano, en primer término, y, sobre todo, Manuel Seijas Lozano quienes en rigor tomen sobre sí la responsabilidad de responder con mayor consistencia por la comisión redactora, escogiendo aquél los dos argumentos en cuya operatividad sobre el ánimo de los parlamentarios más podía confiar, dos argumentos que, bien mirado, se imbrican en uno sólo: a la afirmación capital «[...] de que no todos los pecados son delitos, por más que todos los delitos sean pecados», debe acompañar un inferido adelgazamiento de la represión delictiva hasta reducirse no más a «[...] ciertas calificaciones genéricas dentro de las cuales los Tribunales pueden hallar esos excesos»¹³³, es decir esos pecados que sí son delitos. Asimismo haciéndose

¹³¹ «Yo no quiero, no puedo querer hoy una dureza, una atrocidad semejante en las penas, porque á ello se resiste abiertamente la suavidad de nuestras costumbres, la filosofía y las luces del siglo; pero no comprenderlos siquiera en el número de las faltas, ya que no en el catálogo de los delitos, vale tanto como decir que de hoy en adelante podrán perpetrarse á la sombra de la impunidad, á pesar de que tan contrarios y repugnantes son á la razon, á la naturaleza misma, y que hasta parece que envilecen y degradan la especie humana. ¿Qué es esto, señores? ¿Dónde estamos? ¿Qué ejemplares tan funestos, qué escándalos tan terribles van á darse á este país que se precia de católico? *Animus meminisse horret*. Yo no quiero, no debo extenderme más sobre este particular [...]» (*DSCCD* 1847-1848, t. III, n.º 79, ses. 10-III-1848, p. 1707).

¹³² «Sobre esto, señores, ha habido tambien mucha variedad en la opinion; no porque no tenga una alta gravedad el hecho á que se refiere la indicacion segunda de S. S., sino porque se ha observado una cosa, que esta es una de aquellas aberraciones de la humanidad que corrijen la ilustracion, el ejemplo, las costumbres, la educacion, como decia Cárlos III de la blasfemia. [...] Esa es la verdadera medicina, el remedio eficaz. Pues digo, contestando al Sr. Pardo Montenegro, que en el mismo caso que la blasfemia se puede considerar lo que es objeto de su segunda observacion. Así no ha habido necesidad de hacer suposiciones de que pueda existir y darle cabida en el Código. Pero se ha observado por fortuna una cosa, sea por el progreso de la humana inteligencia, sea por el cambio de las costumbres, sea por el aumento y refinamiento de gozes que distraen la humana flaqueza hácia otro rumbo, la estadística criminal presenta un contraste consolador que autoriza la pretericion que se hace en el Código de pena para un hecho que casi no se conoce ya. Y cuando ya va desapareciendo una cosa, cuando va precipitada á lo último del declive, tendria algo de extraño que la legislacion se empeñara en detener lo que va de caída» (*DSCCD* 1847-1848, t. III, n.º 79, ses. 10-III-1848, pp. 1707-1708). No obstante, véase LORENZO ARRAZOLA, «Bestialidad», en *id. et al., Enciclopedia Española de Derecho y Administracion, ó Nuevo Teatro Universal de la Legislacion de España é Indias*, Antonio Rius y Rossell, Madrid, 1852, t. VI, p. 419.

¹³³ «Señores, este defecto podrá ser, y lo es, un pecado muy grave; pero prescindiendo de que no todos los pecados son delitos, por más que todos los delitos sean pecados, por más que sea cierto lo que ha dicho el Sr. Ministro de Gracia y Justicia de que esos excesos quedan condenados por la reprobacion universal, por el escándalo que ellos mismo causan, porque los rechaza toda persona de mediano sentido y mediana religiosidad, hay tambien el que en este Código se encuentran ciertas calificaciones genéricas dentro de las cuales los Tribunales pueden hallar esos excesos.

portavoz de la comisión, mas con toda la autoridad que le confiere el señero papel desempeñado en su seno, Seijas Lozano¹³⁴ compendia la doctrina del Código en este terreno, abundando en la distinción entre pecado y delito: «la religion, pues, es una cosa, y el derecho es otra», precisamente «todo aquello [...] que no dañe á la sociedad ni sea perjudicial á otro individuo, lo cual, referido «[...] á los hechos que yo no nombraré, sólo acontece al mediar el escándalo o la violencia¹³⁵. Aunque el razonamiento no fue poderoso para acallar todas las discrepancias y conciencias»¹³⁶,

Hay un capítulo que trata de los delitos de moralidad: pues bien; en ese capítulo se habla de delitos por falta de honestidad, y ahí pueden encontrar los jueces esos defectos de sodomía» (*DSCCD* 1847-1848, t. III, n.º 79, ses. 10-III-1848, pp. 1710-1711). Sobre la autoridad de esta indicación de Moyano construyen Goyena y Aguirre su tratamiento del *grave delito de sodomía* (cfr. nota 137).

¹³⁴ Véanse, v. gr., Enrique GACTO FERNÁNDEZ, *Derecho del Constitucionalismo y de la Codificación. II*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, p. 51; José ANTÓN ONECA, «El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», *ADPCP*, 18.3 (1965), pp. 482-484, 487-488 y, sobre todo, 491; también Alejandro 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), pp. 425-464.

¹³⁵ «De otros delitos nos ha hablado el Sr. Pardo Montenegro, y acerca de ellos séame permitido recordar un hecho histórico. Señores, cuando la religion ha sido el gran resorte de la sociedad, cuando el clero era el regulador de ella, entonces la legislacion penal tenia un tipo por el cual se regia; entonces el delito era el pecado: examínense los Códigos de la Edad Media hasta nuestros dias, y veremos que esta era la norma de la sociedad; no se buscaba nunca el verdadero origen de los delitos para establecer las leyes, no; delito era pecado. Estas eran las ideas dominantes, era la filosofía de aquellas épocas, y á ella tuvo que acomodarse el legislador, sin que trate de censurarle por ello, pues si así no lo hubiere hecho hubiera sido el objeto de animadversion, como sucedió hasta cierto punto con nuestro legislador sábio. / Pero, señores, los tiempos han cambiado, la ciencia ha buscado los principios del derecho, y éste tiene hoy una existencia propia y peculiar suya. La religion, pues, es una cosa, y el derecho es otra. ¿Qué es el derecho? El derecho es la facultad de obrar, la facultad que todo individuo tiene de hacer todo aquello en que no dañe á la sociedad ni sea perjudicial á otro individuo. / Los actos que están dentro del derecho nunca pueden penarse por la ley, porque el que así obra, obra en virtud de un derecho, y el que obra con derecho á nadie ofende. Haga aplicacion ahora el Sr. Pardo Montenegro de esta doctrina á los hechos que yo no nombraré y de que S. S. se ha ocupado, y pregúntese á sí mismo: ¿se perjudica en ellos á la sociedad? No. ¿Se perjudica al individuo? Tampoco. Pues entonces ¿para qué ocuparse de ellos? Hay un solo caso en que puede ofenderse á la sociedad y al individuo, ó por mejor decir, dos casos: primero, cuando se ofende el pudor, y ese caso está previsto por la ley y comprendido en los delitos de escándalo; y segundo, la violencia, que penada está también. Quiere decir, que la comision al definir estos delitos y al expresarlos los ha colocado en su verdadero lugar, los ha penado cuando lo son, y los ha eximido de pena cuando no lo merecen» (*DSCCD* 1847-1848, t. III, n.º 79, ses. 10-III-1848, p. 1718).

¹³⁶ Aun el diputado Corzo volverá a la carga algunas sesiones más adelante: «señores, en el catálogo de los delitos echo de ménos tres que hasta ahora han sido comprendidos como tales en nuestras leyes: ¿y qué razon habia para comprenderlos aquí tambien? No hablaré de uno de que ya se ha hecho mencion estos dias en el Congreso, y que yo no nombraré por no faltar á las reglas de la decencia. Señores, no entro yo ahora en la cuestion, cuestion algo delicada, de si este es un hecho que no ofende á la sociedad ni á ninguno de sus individuos. Yo creo, señores, que todo lo que está en abierta lucha con las leyes de la naturaleza, que todo aquello que repugna á la religion y á la moral y degrada á la especie humana, corrompe las costumbres y por consiguiente perjudica á la sociedad» (*DSCCD* 1847-1848, t. III, n.º 81, ses. 13-III-1848, p. 1754). Y Antonio María Coira, que no se quiere dar por enterado de la novedosa política penal, se le dirigirá en estos términos: «dijo tambien S. S. que faltaban en el Código algunos delitos de que nos habló el Sr. Pardo Montenegro, y esta es una verdad, porque es posible que haya de darse el caso, y dándose el caso no hay pena ninguna, por más

es lo cierto que el Proyecto se hizo Código con este sistema expuesto por su más significado artífice, el que tipificaba abusos deshonestos a persona de uno u otro sexo mediante el empleo de fuerza o intimidación, hallándose la víctima privada de razón o de sentido por cualquiera causa o siendo ésta menor de doce años cumplidos, aunque no concurriese ninguna de las dos circunstancias previamente expresadas¹³⁷. A seguida de la violación se castiga el estupro perpetrado sobre doncella con abuso de autoridad, sobre hermana o descendiente, en todo caso por un varón cualificado sobre una mujer¹³⁸; pero, además, «cualquiera otro abuso deshonesto cometido por las mismas personas y en iguales circunstancias»¹³⁹ —donde encajaría el que se infiera a hermano o descendiente masculino— cierra una batería de delitos que se complementan con la simple falta reservada a las ofensas públicas al pudor mediante acciones deshonestas¹⁴⁰, rindiendo viaje así, desde el *crimen*, en

que el Sr. Seijas nos haya dicho que siempre que hubiera violencia existía pena. Esto no es responder, no es contestar á lo que se pregunta» (*ibid.*, n.º 84, ses. 16-III-1848, p. 1821). Nada replica ya al respecto el disconforme Antonio CORZO, *Código penal reformado*, S. Omaña, Madrid, 1850, pp. 97-98, cuando se enfrenta como expositor jurispericial al Código.

¹³⁷ «Real decreto, mandando que el Código penal y la ley provisional que dicta las reglas oportunas para la aplicacion de sus disposiciones, se observen con ley en la Península é Islas adyacentes desde el día 1.º de Julio del corriente año», de 19 de marzo de 1848 (CP 1848), en *Colección Legislativa de España (CLE)*, Imprenta Nacional, Madrid, 1849-1850/Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1870-1891, t. XLIII, n.º 163, pp. 206-305, artículos 355 («El que abusare deshonestamente de persona de uno ú otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado según la gravedad del hecho con la pena de prisión menor á la correccional») y 354 CP 1848. «Aunque el epígrafe de este capítulo del Código se refiere solamente á la violacion, castigándose en sus disposiciones el abuso deshonesto de persona de uno ú otro sexo, en las que se halla comprendida el grave delito de sodomia, según se declaró por un Sr. Diputado en el congreso al discutirse el proyecto del Código penal, y penándose tambien otras ofensas al pudor [...]» (Florencio GARCÍA GOYENA/Joaquín AGUIRRE, *Febrero ó Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislacion hoy vigente*, Gaspar y Roig, Madrid, 1852, t. V, p. 315).

¹³⁸ Artículo 356, párrs. 1.º a 3.º, CP 1848.

¹³⁹ Artículo 356, párr. 4.º, CP 1848 [y el culpable «(...) será castigado con la prision correccional»].

¹⁴⁰ «Los restantes abusos deshonestos de que se desentiende la ley, no son punibles á no ser que ofendan de una manera pública al pudor ó buenas costumbres, en cuyo caso se estiman como faltas» (Nicolás de PASO Y DELGADO/Bernardo de TORO Y MOYA, *Nociones del Derecho penal español así comun como excepcional, para el uso de los cursantes de jurisprudencia*, Astudillo y Garrido, Granada, 1848, p. 675), pudiendo tratarse de «[...] actos de liviandad habidos con muger ú hombre ó con seres no humanos, si se cometen escandalizando» (*ibid.*, p. 679), con precedentes en NRLE, III.19.14 o XII.25.10, sendas pragmáticas de Carlos IV. Empero, tal como venían planteados y corregidos, sólo se estaba atendiendo a satisfacción de la sociedad a escándalos de más bajo espectro... (véase José de CASTRO Y OROZCO/Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código Penal explicado, para la comun inteligencia y fácil aplicacion de sus disposiciones*, Manuel Sanz, Granada, 1848, t. II, p. 319). Así fue establecido en principio el tenor del artículo 471.1.º CP 1848: «Se castigarán con la pena de arresto de cinco á quince días, ó una multa de 5 á 15 duros: / 1.º Los que públicamente ofendieren el pudor con acciones deshonestas»; el cual viose afectado por cierto «Real decreto, haciendo algunas modificaciones en varios artículos del Código penal», de 21 de septiembre de 1848, en *CLE*, t. XLV, n.º 586, pp. 105-110, artículo 15, que lo deja así: «Incurrén en las penas de uno á cinco días de arresto, de 1 a 10 duros de multa y reprension: / 1.º. Los que públicamente ofendieren al pudor con acciones ó dichos deshonestos» (véase María Dolores del

la *contravención*¹⁴¹, ya *leve* (y esto, sólo sacado a pública plaza) lo que sin distinciones corriera siempre como *criminal* y *atroz*.

Al contemplar esta regulación y su apología sorprende a primera vista la insistencia en amenguar la visibilidad del cambio normativo, y es que –se temía y se había temido ya en 1821– «[...] la idea propagada de que no se castiga esto en el Código, bastaría para desacreditarlo, según el estado de las costumbres»¹⁴²: a fuerza de repetir que en substancia todo sigue más o menos igual, con el vicio silenciado, pero subsumido en las holguras de la preceptiva en vigor, el argumento debía sosegar escrúpulos, los propios o los de la pública opinión; que no llegó a tanto lo prueba el dato ponderado por el abogado Auriolos Montero: «efectivamente en nuestro foro no pueden ya castigarse como delitos [...] la sodomía simple, la bestialidad [...]»; y esta novedad ha sido tan mal recibida por muchos, que ella indudablemente ha dado causa á la mas fuerte de cuantas censuras se han dirigido contra el nuevo Código»¹⁴³. Lorenzo Arrazola, ministro de Gracia y Justicia que rubricó los dos Códigos de 1848 y 1850, da fe de las distorsiones engendradas por la nueva política penal, en colisión con sensibilidades aprensivas en extremo¹⁴⁴: si todo el proceso que vamos examinando refleja la crónica de su superación y concluyente derribo, la resistencia a doblegar unas

Mar SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 242); no sería la última ni la más relevante alteración que se le procurase... (cfr. nota 150).

¹⁴¹ Véase, v. gr., Aniceto MASFERRER DOMINGO, *Tradición...*, p. 121; ID., «La ciencia del Derecho penal en la codificación decimonónica. Una aproximación panorámica a su contenido y rasgos fundamentales», en Alvarado Planas/Serrano Maíllo (eds.), *Estudios...*, p. 305.

¹⁴² DSC 1821-1822, t. II, n.º 60, ses. 23-XI-1821, p. 922 (cfr. nota 4). En 1848, amedrenta a base de similares augurios, p. ej., José BELTRÁN Y PÉREZ, «Observaciones al Código penal», *La España*, 134 (V-22-IX-1848), p. 4: «la mayor parte del vulgo no le conoce todavía, y otra lo sabe por una especie de confusa tradición á que no se resuelve á dar crédito. ¡Ay del día en que le haya comprendido y saboreado, en que haya sacado las inducciones que naturalmente se desprenden de las disposiciones del Código [...]!»

¹⁴³ Ildelfonso AURIOLOS MONTERO, *Instituciones del Derecho penal de España, escritas con arreglo al nuevo Código*, Ramón Rodríguez de Rivera, Madrid, 1849, p. 249.

¹⁴⁴ «No bien se había promulgado el Código penal de 1848, cuando los prelados eclesiásticos, los tribunales, y lo que es mas de notarse sobre el punto que ventilamos, las autoridades gubernativas superiores, acudieron á S. M., esponiendo que empezaban á repetirse escesos que no podía evitar su persuasión, ni alcanzaban á castigar [...]; y varias audiencias del reino hacen ver que penden en ellas numerosas causas de oficio en que habría que sobreseerse, cuyo resultado inevitable sería el multiplicarse los mencionados escesos con grave escándalo del país. De aquí las instantáneas reformas en el Código, y el espediente de su razón, de que tenemos conocimiento, sería el mejor comprobante de los principios que sostenemos, y del abandono en que por oposiciones decorosas al género humano, que él desmiente sin cesar, quedan, ó habrán de quedar la sociedad, la moral y las costumbres públicas» (ARRAZOLA, «Bestialidad», p. 422). Lo cierto y verdad es que las inquietudes forenses a cuenta de los viejos delitos, del artículo 20 CP 1848 (el principio de retroactividad de la ley penal favorable) y de las emergidas lagunas criminógenas rara vez dimanaban del replanteamiento del *nefando* (sólo inventariamos el caso de la Audiencia de Oviedo: cfr. nota 219) y los problemas derivados del enjuiciamiento de acciones u omisiones que con arreglo a la antigua legislación eran delitos y que habrá que sobreseer o cuya impunidad se prevé embarazosa, trasladados a las exposiciones elevadas desde las Audiencias de Barcelona (SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación...*, pp. 155, 160, 173), Zaragoza (*ibid.*, pp. 165, 167, 174) o Valencia (*ibid.*, pp. 153-154, 169), seleccionan o se ilustran con otros de los tipos obsoletos.

banderas raídas por los vientos racionalistas perfila esta metamorfosis punitiva como no exenta de alternancias en su desenvolvimiento.

Esculcado el proceso desde la actualidad da la impresión de que, una vez implementada la política reformista, su decurso únicamente podía conducir adelante; empero, tampoco nos sorprende el asistir al tira y afloja de rigor entre lo viejo y lo nuevo, un derrotero éste siempre proclive a ambiguas regresiones o, cuando menos, a pasajeros estancamientos; así, sin aguardar a la reordenación integral del Código, ganándole sólo unas tres semanas, se adiciona al original en vigor, entre otras modificaciones ya numerosas, una cláusula de veladas o dúctiles posibilidades¹⁴⁵... Efectivamente, ésta no es originaria de la refundición de 1850, pero el retoque, por previo decreto de 7 de junio¹⁴⁶, apenas tuvo vida independiente, conforme patentiza la fecha de aquella *edición oficial reformada* –del 30 del mismo mes–, a la cual enseguida pasó incorporada con autonomía ordinal¹⁴⁷. Esta actualización completa, a la que el primigenio Código viene sometido con dos años de vigencia, mantiene, reenumerados, los operantes preceptos de 1848¹⁴⁸, a la vez que, patente el riesgo de dejar a descubierto algún tramo de criminalidad, contendrá ese otro artículo con origen en la constatación de un vacío legal –antes, curiosamente, bien satisfechas sus necesidades en los comienzos gestatorios de 1845¹⁴⁹–, indisimulable carencia que una sociedad como la decimonónica no podía menos que acusar en lo más íntimo: se trata de la defensa ante los casos más punzantes de escándalo público, rescate de una solitaria contingencia en que el nefandario podría atentar, ahora no contra las personas, sino contra la sociedad. La previsión del Código anterior, en el que estos sucedidos sólo caían en la consideración de faltas no había de parecer suficiente: pasó el enjuto tipo con leves variantes en la punición al Código renovado, más, por añadidura, un llamamiento a la prudente califica-

¹⁴⁵ GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 315: «las disposiciones que llevamos espuestas, y que se leen en este capítulo del Código penal, no comprendían ciertos actos deshonestos que produciendo grave escándalo y trascendencia, debían ser castigados por la ley. Tales eran por ejemplo los actos deshonestos cometidos en público entre personas de uno y otro sexo y de consentimiento de ambas [...]. Para imponer pues el condigno castigo á estos actos y otros semejantes, se adicionó á este capítulo por decreto de 7 de junio de 1850 la disposición siguiente [...]» (la referencia, del 355 CP 1848, pasa a ser el art. 365 del Código de 1850). Ahora bien, da la impresión de que, en este caso, el escoliasta no considera los excesos sodomíticos de índole homosexual como abarcables por una figura de estupro cuya víctima no puede ser sino doncella (véase *ibid.*, p. 320).

¹⁴⁶ «Real decreto, reformando varias disposiciones del Código penal», de 7 de junio de 1850, en *CLE*, t. L, n.º 503, pp. 199-215, artículo 46.

¹⁴⁷ El artículo 355 CP 1848 se desdobra en 364 y 365 del Código de 1850.

¹⁴⁸ «Real decreto, determinando que el Código penal y la ley provisional dictada para su ejecución quedan refundidos, y la numeración, artículos y reglas de los mismos coordinados ó modificados según la edición reformada y única oficial á que corresponde el siguiente texto», de 29 de junio de 1850 (CP 1850), en *CLE*, t. L, n.º 593, pp. 366-493, artículo 364 (apenas retocado expresivamente –y para bien– en su remate penológico: «El que abusare deshonestamente de persona de uno ú otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado según la gravedad del hecho con la pena de prisión correccional á prisión menor»), integrado con el 363, y artículo 366, párr. 4.º

¹⁴⁹ *Cfr.* nota 125.

ción de su publicidad por los juzgadores de acuerdo con las concomitantes circunstancias subjetivas y espacio-temporales¹⁵⁰; acumulativamente, ese prístino y tan parco reproche penal quiso apuntalarse entonces con su paralelo delito, definido por la gravedad o transcendencia del escándalo, pero caracterizado, en contraste con el tratamiento de 1822¹⁵¹, por una expansión de la posible escena, desde un objetivo paraje público hasta un inespecífico contexto en el que se ofendan el pudor o las buenas costumbres, y esto ya entraña subjetivar el tipo¹⁵². En cuanto a la bestialidad, su posible enjuiciamiento se repliega hasta estas modalidades públicas o escandalosas, no cupiendo, por descontado, una incriminación bajo ninguna otra circunstancia¹⁵³, mas aquéllas igualmente identificadas en la ley por la repercusión social y no por el marco comisivo.

En buena sistemática, debe seguir ahora el acudimiento a la doctrina, a los comentaristas de los preceptos que acaban de invocarse, mas preciso es subrayar de antemano la especial cualificación o autoridad de su mayor parte, cocineros –vale por codificadores– antes que frailes –o anagogistas de la ley–: varios vocales de la Comisión General de Codificación¹⁵⁴, algunos diputados, incluso el ministro de Gracia y Justicia, se convirtieron al poco en expositores de la obra normativa a la que habían contribuido con tan complementarios encajes, constituyendo, en suma, lo más granado de la ciencia jurídico-penal de su tiempo¹⁵⁵. En ellos la paráfrasis transita un mismo espacio de beneplácito (el contraste nace de la diversa latitud interpretativa) e incluso en quienes fulguró la reticencia durante la gestión legislatora¹⁵⁶ ha acabado por prevalecer la conformidad con el estatus resultante. Bien puede servir aquí el cotejo de tales

¹⁵⁰ Ya retocado tempranamente el precepto por aquel R. D. de 21 de septiembre de 1848 cit. (*cf.* nota 139), aún como artículo 471 CP 1848 obtuvo más estable redacción con el Real Decreto de 7 de junio de 1850 *cit.*, artículo 61 (véase SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación...*, p. 293), según pasó acto seguido a la revisión íntegra que puede recibir ya consideración de nuevo corpus penal, si bien bajo reordenado guarismo, como artículo 482 CP 1850: «Incurrir en las penas de uno á cinco dias de arresto, de 1 á 10 duros de multa y reprension: / 1.º. Los que públicamente ofendieren al pudor con acciones ó dichos deshonestos. / [...] / Los Jueces y Tribunales calificarán prudencialmente cuando hay publicidad [...], segun las circunstancias del lugar, tiempo y personas y escándalo producido por la falta».

¹⁵¹ *Cf.* nota 60.

¹⁵² También la enmienda de este artículo 355 CP 1848 fue obra del Real Decreto de 7 de junio de 1850, artículo 46 (véase SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación...*, p. 292; Emilia IÑESTA PASTOR, *El Código Penal español de 1848*, Universidad de Alicante/Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 713-716, 758, 761), accediendo ya a la nueva edición oficial como su artículo 365 CP 1850: «Serán castigados con la pena de arresto mayor á prision correccional y reprension pública los que de cualquier modo ofendieren el pudor ó las buenas costumbres con hechos de grave escándalo ó transcendencia no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código. / En caso de reincidencia, con la de prision correccional á prision menor y reprension pública».

¹⁵³ Véanse PASO Y DELGADO/TORO Y MOYA, *Nociones...*, p. 679; y Juan Domingo de ARAMBURU Y ARREGUI, *Instituciones de Derecho penal español arregladas al Código reformado en 30 de junio de 1850*, Benito González, Oviedo, 1860, p. 265.

¹⁵⁴ Véase, a este mismo respecto, su nómina en PACHECO, *El Código...*, p. 85.

¹⁵⁵ Cuentan entre los que TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, pp. 624-625, agrupara bajo el rubro de *legisladores y exégetas*.

¹⁵⁶ Así, uno de los colegisladores menos dubitativos en la defensa del tratamiento pretérito, Antonio Corzo, elude por completo el tema en cuanto parafrase (*cf.* nota 136).

textos con vistas a esquematizar posturas y aducciones, liberadas de servidumbres oratorias en el sosiego de la página científica. Entre los así convocados, con certeza se sabe que no es Joaquín Francisco Pacheco el autor del mal llamado a veces *Código Pacheco*¹⁵⁷; sin embargo, pudo ponderarse que sus renombrados *comentarios* más semejan la exposición de motivos que podría firmar un legislador¹⁵⁸; otro tanto se ha atribuido a Tomás María Vizmanos y Cirilo Álvarez, asimismo firmantes de otros *Comentarios al Código Penal* y «abogados é individuos de la comision que lo redactó»¹⁵⁹; también integrante de ella fue otro manualista que ya tenemos consultado como sistematizador del Derecho penal precedente, un García Goyena que parece aclimatarse sin apuro al molde articulado, a no deberse las adaptaciones en exclusiva a los otros autores concurrentes a su reedición del *Febrero*: Aguirre, Montalbán o Vicente y Caravantes; por último, pertenecieron igualmente al órgano codificador tanto Castro y Orozco —uno de los motores principales de la revisión de 1850¹⁶⁰— como Ortiz de Zúñiga, autores de su particular *Código penal explicado*. Restan, ulteriormente, aquellos otros niveles en la tramitación de acercamiento expedito por semejantes cauces: todos los intérpretes hasta aquí alistados pueden calificarse como *codificadores*¹⁶¹, pero es posible además —en cierto modo y un sentido amplio— penetrar en la mente de los *legisladores* a través de los *Elementos* de Gómez de la Serna y Montalbán, representantes de la nación en las Cortes que aprueban el Código, como también, en principio, promete idéntico interés el juicio del ministro del ramo, Lorenzo Arrazola, quien, ya en funciones de enciclopedista jurídico, construye su artículo a partir del recuerdo de las sesiones parlamentarias en que se contendió sobre tan escabrosos escollos. Por lo demás, a tales

¹⁵⁷ Véanse ANTÓN ONECA, «El Código...», pp. 491-495; Francisco CANDIL JIMÉNEZ, «Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código Penal de 1848», *ADPCP*, 28.3 (1975), pp. 405-442; José Antonio SAINZ CANTERO, *Leciones de Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 226; o SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación...*, pp. 49-56.

¹⁵⁸ Es Vicente ROMERO GIRÓN, «Pacheco y el movimiento de la legislación en España en el presente siglo», en vv. aa., *La España del siglo XIX*, Ateneo Científico, Literario y Artístico, Madrid, 1886/1888, t. III, p. 182, quien lo encarece; abundando en la apreciación de sus *comentarios* Quintiliano SALDAÑA, «Historia del Derecho penal en España», adiciones a Franz von Liszt, *Tratado de Derecho penal*, Reus, Madrid, 1999, t. I, pp. 497-498, o ANTÓN ONECA, «El Código...», pp. 494-495; si bien no faltan ocasiones a lo largo de los *comentarios* en que se distancia y hasta contrapone al Código que comenta (una de ellas, precisamente en la penalidad del escándalo público en materia de buenas costumbres —cfr. nota 179—) y en el que en calidad de comisionado hubo de poner las manos en alguna medida (véase, en fin, *ibid.*, pp. 481-488, 491-495).

¹⁵⁹ Tomás María de VIZMANOS/Cirilo ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código Penal*, J. González y A. Vicente, Madrid, 1848, t. I, p. III. Compruébese cómo los presenta en cuanto *legisladores* ANTÓN ONECA, «El Código...», p. 495.

¹⁶⁰ Juan Carlos MONTERDE GARCÍA, «Incidencias en la trayectoria de la Comisión General Penal de Codificación (1858-1863). La actuación del ministro Fernández Negrete y sus consecuencias», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 26 (2008), p. 205.

¹⁶¹ Véanse LASSO GAITE, *Crónica...*, v. I, pp. 299-302; o Magdalena RODRÍGUEZ GIL, «El Diario de Sesiones: un “prisma” de la codificación penal del siglo XIX», en Eduardo Fuentes Ganzo/José Luis Martín (dirs.), *De las cortes históricas a los parlamentos democráticos. Castilla y León. S. XII-XXI*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 420.

autoridades –de interpretación digamos que *cuasiauténtica*¹⁶², casi siempre con el apuntado talante o apego corporativo a la labor conjunta– ya no es mucho lo que logra allegar la pléyade de escoliastas no vinculados por algún título con dicha génesis normativa¹⁶³, y es que no en vano colma el grupo congregado la crema del magisterio penalista contemporáneo.

Dos aspectos de pura táctica requieren su realce, el primero doctrinal: la no remitida ni acallada retórica contra el pecado (siempre presente al menos la protesta moralizante), como justificando el innovador posicionamiento político-criminal, el cual importa mucho que no resulte confundido con irreligiosidad ni, peor aún, con depravación amoral¹⁶⁴. El otro, repercusivo ya en lo jurídico, declara y bendice la maniobra legislativa de mantenerse en una *estudiada generalidad* definitoria, sin *descender a denominaciones indecorosas* de las que no debe hacerse casuismo¹⁶⁵: es lo que, verbigracia, hace ponderar a Pacheco cómo «[...] la nueva ley ha estado prudente en lo que ha dicho y en lo

¹⁶² Véase SILVELA, *El Derecho...*, t. II, pp. 166-167.

¹⁶³ V. gr., PASO Y DELGADO/TORO Y MOYA, *Nociones...*, pp. 663, 674-675, 679; AURIOLES MONTERO, *Instituciones...*, pp. 244-245, 249; José VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal reformado, comentado novísimamente*, Alejandro Gómez Fuentesnebro, Madrid, 1851, pp. 12, 402-403; ARAMBURU Y ARREGUI, *Instituciones...*, pp. 265, 270, 272, 278; etcétera. Atiéndase a SALDAÑA, «Historia...», p. 462.

¹⁶⁴ Así, PACHECO, *El Código...*, p. 1094; ARRAZOLA, «Bestialidad», pp. 418, 420; VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. II, p. 365; GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* (1852), t. V, p. 315; CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. II, pp. 324-325; Pedro GÓMEZ DE LA SERNA/Juan Manuel MONTALBÁN, *Elementos de Derecho penal, de España, arreglados al nuevo Código*, Librería de Sánchez, Madrid, 1848, p. 351, etcétera.

¹⁶⁵ Como principios generales de actuación, «necesario es que la ley fortalezca con sanciones penales lo que se llama las buenas costumbres, vínculo fortísimo de la sociedad civil: pero necesario es tambien que el legislador proceda con grande pulso no solamente para castigar aquellos actos contrarios á la honestidad en cuanto son perjudiciales al estado civil, sino tambien para guardar hasta en su mismo lenguaje la decencia que exige de los ciudadanos; porque, no hay que olvidarlo, el legislador ha de enseñar con su ejemplo, y debe espresar sus preceptos de tal suerte que nunca pueda en ellos encontrarse la enseñanza de los vicios» (VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. II, p. 365). Más en concreto, y tratando el artículo 355 CP 1848, CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. II, p. 324, opinan que «la estudiada generalidad que se observa en la redacción de este artículo y en el último párrafo del siguiente, permite que puedan aplicarse sus penas á excesos que merecen un justo castigo, pero que no deben ser mencionados casuísticamente; porque al peligro de ser diminuta cualquier enumeracion de esta clase, por prolija que fuese, se agregaría la necesidad de descender á denominaciones indecorosas». Y en torno al supuesto de estupro del artículo 356, párr. 4.º, CP 1848, añaden que «ya se advirtió en el comentario precedente la saludable latitud y prudente reserva con que se trata el casuismo de ciertos repugnantes delitos, así en el dicho artículo anterior como en el último párrafo del presente» (*ibid.*, p. 331). Sin embargo, incluso desde su perspectiva debía de faltar algún castigo, puesto que acogérán con beneplácito, en 1850, la adición de las ofensas al pudor o las buenas costumbres con grave escándalo o trascendencia. Confundiendo como Pacheco el artículo 365 CP 1850 que nos concierne con el 364 (cotéjese la nota 179), Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA/José de CASTRO Y OROZCO, «Notas y observaciones sobre las reformas de Código y sus motivos», en *Código penal reformado*, S. Saunaque, Madrid, 1850, p. 62, celebran: «los dos párrafos de que consta este artículo 364 son adicionados, para comprender en él los hechos que de cualquier modo ofendieren el pudor ó las buenas costumbres, que fueren de grave escándalo ó trascendencia, y no estuviesen previstos expresamente en otros artículos del Código. / La opinion pública habia echado de menos la sancion penal para ciertos actos deshonestos que urgia reprimir con un justo castigo».

que ha omitido»¹⁶⁶; de la generalizada identificación entre el codificador y el académico no podía sino resultar esta simpatía perceptiva que a todos los anotadores pone de acuerdo en la conveniencia de preservar el recato en el lenguaje mediante la prudente veladura de operaciones y circunstancias particularizadas. Tomándose en el foro enciclopédico el desquite de su poco preparada defensa ante las Cortes¹⁶⁷, habla el ministro Arrazola, como contrapunto de esa *estudiada generalidad*, de otra *estudiada pretericion*¹⁶⁸, ejercida sobre esas *actividades placenteras en cuya enunciación la imaginación de los casuistas del siglo XVII es de una riqueza maravillosa*¹⁶⁹, pero tan sugerentes sus denominaciones que, levantado el dique del pudor por la sociedad y el Código, sólo Vizmanos y Álvarez Martínez osan ya pronunciarlas siquiera en muy reducido número¹⁷⁰, también propicios, como Pacheco, a estimar aquél «[...] tan notable por lo que contiene como por lo que calla»¹⁷¹, aunque «el exámen de los artículos manifestará [...] que no existen esas omisiones ú olvidos encontrados con poca fortuna por algunos censores superficiales del código»¹⁷², sino un desentendimiento, una inhibición de la jurisdicción criminal a favor de la sacramental o penitencial siempre que los actos, excluido algún abuso, pasen en la obscuridad y el secreto¹⁷³. Con una cierta obstinación, insisten Vizmanos y Álvarez en que «en el presente capítulo se comprenden tambien las sanciones penales que se han juzgado acomodadas para el castigo de delitos distinguidos en las antiguas leyes con los nombres de *incesto y sodomía ó contra naturam*, asi como de *lenocinio*, aun cuando no se hayan empleado prefiriendo usar de locuciones genéricas, que hacen innecesario el definir las palabras técnicas»¹⁷⁴, sólo para guardianes del secreto, «[...] y no han comprendido su espíritu ni meditado sus disposiciones los que en este punto han tachado á la nueva ley de manca ó incompleta porque no designaba con sus nombres propios ni definia, como hicieron nuestros antiguos códigos, algunos actos ofensivos al pudor y repugnantes á la misma naturaleza»¹⁷⁵. A

¹⁶⁶ PACHECO, *El Código...*, p. 1094.

¹⁶⁷ Véase la nota 132, con la posterior reflexión de ARRAZOLA, «Bestialidad», p. 419: «hemos indicado que en el Código criminal se hizo una absoluta pretericion sobre el delito de *bestialidad*, y casi igual del de *sodomía*. Algunos diputados pidieron razón de ello en la discusion habida en el Congreso para plantearlo. El ministro de Gracia y Justicia de aquella época, hoy uno de los autores de la *Enciclopedia*, reconoció el hecho: supuso que la razon que habrian tenido los autores del proyecto del código, habria sido la inverosimilitud de que se realizasen crímenes de tal índole, que la actual civilizacion parecia rechazar».

¹⁶⁸ ARRAZOLA, «Bestialidad», p. 418. Complétese en la nota 215.

¹⁶⁹ Véase TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen...», p. 55; y cfr. mi nota 71.

¹⁷⁰ VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. II, pp. 375, 377.

¹⁷¹ VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. II, p. 365.

¹⁷² VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. II, p. 377.

¹⁷³ Cfr. nota 212.

¹⁷⁴ VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. II, p. 377.

¹⁷⁵ VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. II, p. 365. Tenían éstos prefijados sus propósitos: «no renunciaremos nosotros tampoco a la decencia; pero nos proponemos demostrar que en el presente título y en el libro III del código se encuentran comprendidos con sanciones proporcionadas todos los actos perjudiciales á la sociedad en tanto que son contrarios á la honestidad» (*ibid.*, pp. 365-366). «La disposicion del artículo 355 y la final del 356 abarcan por consi-

ojos vistas, dan los glosadores aquí en mezclar conceptos con demasiada ligereza o acaso intención, porque ¿qué contiene en su apreciación o, mejor, hasta dónde se extiende ahora la *estudiada generalidad*?; casi con la péñola encogida, ellos mismos excluyen, a pesar de todo, los actos que *pasan en la oscuridad y el secreto*¹⁷⁶, y, según su propia percepción, para los sí abarcados, «la palabra *abuso* es significativa»¹⁷⁷, si bien el terreno pantanoso desafía al investigador algo más allá, entre las infracciones contra la sociedad. Aceptas tales coordenadas, valga la síntesis de Gómez de la Serna y Montalbán: «sólo deben ser penados los hechos que producen escándalo, los que demuestran un abuso malicioso de la sencillez é inocencia de personas de corta edad [...] y los que se llevan á cabo por medio de la violencia»¹⁷⁸; son la fuerza o intimidación, la seducción o engaño que, con el escándalo de 1850, sistematiza también Pacheco¹⁷⁹, confirmando cómo «en cualquiera otro caso, corresponde al confesonario, y de ninguna suerte al foro»¹⁸⁰, toda vez que –remachan aquellos autores– «el código, en conformidad con estas doctrinas, ha dejado de contar como delitos algunos hechos que recibían semejante calificación en nuestras antiguas leyes; en lo cual no podemos menos de convenir que ha obrado acertadamente»¹⁸¹. Dígase de ello lo que se quiera, sólo con una buena dosis de ofuscación o insipiencia, que ni se sospechan en tan avezados juristas como Vizmanos y Álvarez, o con el sofismo dialéctico del político es posible negar

guiente todos aquellos actos contrarios á la honestidad que nuestras leyes habían distinguido con nombres propios, aquí omitidos como innecesarios, porque la palabra *abuso* es significativa y comprende los que pueden hacerse respecto de uno ú otro sexo, según ya dejamos anteriormente indicado» (*ibid.*, p. 381).

¹⁷⁶ Cfr. nota 212.

¹⁷⁷ Cfr. nota 175.

¹⁷⁸ GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...*, p. 351; véanse *ibid.*, p. 357, sobre el artículo 355 CP 1848, y pp. 359-360, sobre el 356, párr. 4.º, CP 1848.

¹⁷⁹ «No hablemos de la bestialidad, pecado repugnante, que si se cometiera en público casi debería probar la locura, y que, cometido en secreto, no tienen las leyes interés alguno ni en averiguar ni en reprimir por medio de penas. / No hablemos (de la sodomía, que) está penada por nuestro Código en algunos casos, aunque no encontramos expreso su nombre. Cuando haya fuerza o intimidación, cae bajo el artículo 365: cuando haya seducción o engaño, bajo el último párrafo del 366. En cualquiera otro caso, corresponde al confesonario, y de ninguna suerte al foro» (PACHECO, *El Código...*, pp. 1094-1095). La referencia son los artículos 364 y 366, párr. 4.º, CP 1850; pero el fragmento de Pacheco pide una mínima rectificación material: su inexacta alusión en realidad debe remitir a los artículos 364 y 366 (en el tratado del juriconsulto ecijano aparecen trascartados los artículos 364 y 365, también éste –su 364– interesante a nuestros ojos por contener los supuestos de escándalo público –véase *ibid.*, pp. 1063-1064–). Respecto a los casos de escándalo, aprueba la incorporación de 1850: «Este artículo es añadido por la reforma. Quizá hacia falta, porque en materia de atentados contra el pudor no puede preverse específicamente todo, y es útil alguna declaración y sanción genérica. Pero quizá también no era este el sitio más apropiado [*sic*], en un capítulo de violación: y asimismo se nos figura que para una previsión supletoria y tan general, la pena es demasiado fuerte» (PACHECO, *El Código...*, p. 1063 –complétese con *id.*, *Estudios de Derecho penal*, S. Compagni, Madrid, 1854, pp. 126-127, 131–; y ahora explana el autor el artículo 365 CP 1850, por más que le coloque erróneamente el número 364, porque lo seguro es que el artículo de nuevo cuño era el 365, como bien puede comprobarse por la *Gaceta de Madrid* n.º 5833, de 15-VII-1850, p. 2; o la *CLE*, t. L, n.º 593, p. 442).

¹⁸⁰ PACHECO, *El Código...*, p. 1095.

¹⁸¹ GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...*, p. 351.

que el tratamiento legal del *nefando* ha variado medularmente, que ha dejado de castigarse el pecado contra DIOS para penarse no más el delito contra las personas o la sociedad, violencias, abusos, impudicias exhibicionistas de curso contra natura o alternativo..., esto al menos tomada una distancia de siglo y medio largo, con la perspectiva de hoy en día. Y ya sabemos que la distancia llega a disimular las sinuosidades del camino hasta hacerlo parecer recto: podrá proponerse con verdad, sí, que la ley no está incompleta, que tales conductas ayer penadas no merecen un lugar entre el articulado, pero nadie será capaz de calzarlas en ninguna de las reglas punitivas que componen el nuevo corpus. ¿Nadie?: enseguida contemplaremos cómo el ministro Arrazola lo procura de firme...

Por el momento, considérese que la sodomía, la bestialidad sin transcendencia pública habían sido castigadas desde antiguo con constancia: si lo *pasado en la oscuridad y el secreto* salía de algún modo a la luz, si venía a ser descubierto, ora por casualidad, ora por diligencia, ora por confesión, el poder represor del Estado caía sobre los salaces protagonistas del extravío; ahora no, ahora sólo se vindican, con ceñimiento al decir legal, los abusos mediante fuerza o engaño (y son esta fuerza y este engaño sexualmente desplegados lo que sustituye al escueto ejercicio libidinoso en el punto de mira del legislador) o el alarde ostensible del vicio. Separándose de las aseveraciones, sugeridas o abiertamente proclamadas en el Congreso, con prolongación en Vizmanos o Arrazola, de que todo permanece poco más o menos igual, sólo que bajo una discreta punición de explicitud reducida, pero tan eficiente como aquella desechada, en las publicaciones académicas del resto de divulgadores jurídicos que anduvieron en el proceso germinal del Código florece, en general y con diversos grados, esta más evolucionada explanación de los rumbos aperturistas en el segmento criminológico que se analiza: al preconizar la ley, la elocuencia proponíase persuadir de la bondad de obrar en un determinado sentido novedoso; al divulgarla, se precisa ya convencer en cuanto a las excelencias del camino recién emprendido, asentando sus directrices sobre una interiorización por el cuerpo social, hasta desvanecer toda mitificación de hipotéticas eficacias pasadas. Ahora bien, el caso del ministro Arrazola tiene algo de sorprendente: tras confesar en la *Enciclopedia* su mal aviso de 1848 y distanciándose de la que juzga insuficiente prevención del Código por sí mismo auspiciado —aunque le consagrara al parecer mezquino estudio¹⁸²—, entona la palinodia el primero y se felicita por el aditamento, en 1850 y todavía bajo su gestión¹⁸³, del delito de escándalo grave¹⁸⁴; hasta ahí nada anormal, lo insólito es la tesis incriminadora que retuerce a cuenta de las neocodificadas *ofensas al pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o transcendencia*: sin dejar de hacerse cargo, sordo temor hábilmente conjurado, de los límites que la literalidad del añadido precepto demarca, empero, «no pudiendo dudarse que el esceso que es

¹⁸² Cfr. notas 132 y 167.

¹⁸³ Véase Braulio DÍAZ SAMPEDRO, «Lorenzo Arrazola: semblanza de un gran político y un gran jurista», *Cuadernos de Historia del Derecho*, 11 (2004), pp. 124-125, 129-131.

¹⁸⁴ ARRAZOLA, «Bestialidad», pp. 419-423.

objeto del presente artículo sea siempre que recibe publicidad un grave escándalo, aun atendida la civilización que se invoca para suponerlo inverosímil, cuanto más la religión única del Estado, no hay duda tampoco en que debe ser castigado al tenor del precitado artículo [...]. El sistema del Código no consiente que la bestialidad se acuse, ni castigue *específicamente*, pues en tal concepto es notorio que no la comprende; pero se acusará y castigará bajo la fórmula genérica de esceso, ó *hecho de grave escándalo* [...]. La duda estará únicamente en la cuestión de hecho, esto es en la apreciación de la gravedad, ó levedad del escándalo. La ley, en los innumerables casos á que puede aplicarse el artículo 365, lo ha dejado al arbitrio prudencial de los tribunales, y es casi lo único que podía hacerse»¹⁸⁵. Con superior énfasis desenvuelven esta ecuación Tomás Vizmanos y Cirilo Álvarez: a mayor abstracción descriptiva, más amplio recorrido en la escala de penas y, por ende, expandidas atribuciones al arbitrio judicial¹⁸⁶; una cosa pide la otra y, a la postre, ya que no se ha querido pormenorizar siquiera en el más somero plano, sino que se ha optado por una descripción tan lata como para que en su puesta en práctica quepa casi todo, el discernimiento de conductas criminosas se cede al juzgador, que se alargará más o menos según su personal criterio y el paulatino encauzamiento jurisprudencial. Pero prosigue Arrazola con su dictamen: «por lo que hace a nuestra opinión, la índole del esceso de que vamos hablando es tal; choca de tal suerte con la civilización, con la religión y costumbres del país, que el hecho solo de la publicidad, según la define el Código, es ya escándalo grave, y hay trascendencia á la desmoralización, y á la corrupción del género más repugnante [...]»¹⁸⁷. Sin embargo, ello supuesto, el Código no define otra publicidad que la tan elástica de las faltas por ofensa pública al pudor¹⁸⁸, a todas luces ineficiente acá. Da la impresión de que Arrazola reduce la cuestión a puro nominalismo: como bestialidad no, ni como sodomía, pero *velis nolis* el hecho acabará castigándose como grave escándalo

¹⁸⁵ ARRAZOLA, «Bestialidad», pp. 419-420.

¹⁸⁶ Del artículo 355 CP 1848 extraen VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. II, p. 375: «en este artículo se comprenden todos los actos contrarios á la honestidad ejecutados con personas de uno ú otro sexo, y que sin llegar á la violación se hayan cometido con alguna de las circunstancias espresadas en los tres números del artículo anterior. Los actos impúdicos que el derecho canónico designa con los nombres de *mastupratio* y *mollities*, deben pues ser castigados con las penas de *prisión menor á la correccional*, é igualmente todos aquellos actos que sin constituir acceso ó cóito ilícito con violencia pueden comprenderse bajo las palabras genéricas de *abusar deshonestamente*, usadas con tanta discreción por el legislador, como juzgamos que la ha habido al dejar bastante latitud al juez para aplicar el castigo según la gravedad del hecho, y sobre todo según las circunstancias y escándalo producido. Las penas desde *prisión menor hasta la correccional* divisibles en tantos grados no pudieran designarse conjuntamente para otros delitos cuyo carácter y circunstancias cabe deslindar, y para los cuales debe la pena ser precisa y casi inflexible: por el contrario, en los que comprende el artículo 355 es necesario remitirse á la prudencia del juez, y cuanto más vaga es la ley al definir el delito, mayor amplitud debe haber en la pena. Aquí por consiguiente, como en casos análogos, las reglas de los grados fallan, según tenemos advertido en los comentarios del libro I, porque altas razones de conveniencia exigen muchas veces que el legislador se aparte del rigor de los principios» (léase, entonces, la glosa al art. 84 CP 1848, *ibid.*, t. I, p. 329).

¹⁸⁷ ARRAZOLA, «Bestialidad», pp. 419-420.

¹⁸⁸ Artículo 482, párr. 2.º, CP 1850 (*cfr.* nota 150).

en cuanto traspase el valladar del secreto, en cuanto llegue a oídos sensibles...; habrá otro tipo de escándalos cuya calificación quepa dejar en leve, pero en éste toda publicidad aboca sin vuelta de hoja a tildarlo de grave y a penar como delito, aun con el desagrado de ver cómo, todavía, «[...] su pena es bien leve, por cierto, por lo menos en los casos de reincidencia, ó en que el escándalo llegase al extremo»¹⁸⁹; parecer el del ministro antagónico del emitido por Pacheco, a quien, puesto que mira el precepto con otros lentes, con visión más benévola, se le «[...] figura que para una previsión supletoria y tan general, la pena es demasiado fuerte»¹⁹⁰, pero es que éste (preocupado desde su célebre «Introducción» a los *Comentarios* por la *crudeza* punitiva sobre tales conductas¹⁹¹) sin duda tenía en la cabeza otros usos, *supletorios*, residuales en cierta manera, como de cierre, bastante ajenos a la omnímoda función que en Arrazola identifica la gravedad escandalosa con cualquier forma y grado de publicidad: a la exhibicionista, por descontado, mas también a la negligente por insuficiencia de cautela o sigilo y aun a la fortuitamente desvelada.

Ciertamente, con la perspectiva del historiador, el campo de batalla se contrae a un plano de eficacia o amenaza escandalizativa para el todo comunitario, no al del menoscabo a la particular incolumidad sexual de sus individuos (antes sin reprensión condenatoria *in concreto* en cuanto que apareciese asociado a un abominable comercio que lo eclipsaba¹⁹²). Tomando sólo aquel ámbito en consideración, apenas se verá distanciarse el horizonte moral, por más que se deslice desde una moralidad religiosa hacia otra pública o social; ello a falta de saber si los alcances de la segunda consiguieron estirarse en definitiva hasta unos caducos confines trasuntados de la primera, como tortuosamente quería Arrazola, lo cual nos deja ante una postrera incertidumbre, aunque a pocas averiguaciones, en vista de que los repertorios jurisprudenciales de la época no hacen expreso mérito de tal doctrina, se ha de extraer como impresión bastante verosímil que de ella no hubo, al menos durante el período histórico de la Restauración, mucho más que ese apresto teórico, luego desdeñado por la sociedad y el foro. Recurramos a las selecciones de criterios seguidos por éste; verbigracia, a la amplia obra de Marcelo Martínez Alcubilla: pese a no allegar ningún ejemplo en su *Diccionario de la jurisprudencia penal de España*, cuyo rastreo remonta hasta sentencias del año 1846¹⁹³, no obstante, en su otro *Diccionario de la Administración española, peninsular y ultramarina*, canaliza la entrada *sodomía* por el «[...] título “Delitos contra la honestidad” en donde ni siquiera se ha querido nombrar tan repugnante delito por mas que le alcance la sancion del artículo 365»¹⁹⁴, por supuesto que del Código de 1850. Alcubilla conoce como nadie la práctica judicial de la época: ¿sabe, entonces, que la sodomía

¹⁸⁹ ARRAZOLA, «Bestialidad», p. 419.

¹⁹⁰ PACHECO, *El Código...*, p. 1063.

¹⁹¹ PACHECO, *El Código...*, p. 77.

¹⁹² *Cfr.* nota 72.

¹⁹³ Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la jurisprudencia penal de España*, Viuda e Hijos de A. Peñuela, Madrid, 1874, pp. 337-338, 454-456.

¹⁹⁴ Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española, peninsular y ultramarina*, Viuda e Hijos de A. Peñuela, Madrid, 1869/1870, t. XII, p. 715.

halla cabida de suyo, tal cual, sin recortes, en el delito de grave escándalo porque en todo caso será pública a poco que trascienda y por mucho sigilo que guarden sus actores?; esto es: ¿está levantando acta con lo dicho de la aceptación por los altos magistrados de la que podría designarse como doctrina *Arrazola*? Nada nos aclara al ocuparse del *escándalo*¹⁹⁵ ni de la *moralidad pública*¹⁹⁶, contentándose con remachar que aquél «[...] caracteriza á ciertos delitos y faltas, sin cuya circunstancia no existirían», justo el nudo gordiano trabado por Arrazola: ¿debe apreciarse escándalo en todo caso conocido de sodomía? Uno puede pensar que el abogado y lexicógrafo jurídico ha dejado en esta ocasión a un lado el *usus fori* para plegarse, no a la vidriosa amplificación del ex ministro, sino a aquel otro discurso del *todo sigue igual* que disimulaba en qué condiciones algo, una parte del todo, iba a seguir o podría seguir igual; pero también tal concepto de la cláusula analizada se presta a inferir que ha *comprendido su espíritu* y ha *meditado sus disposiciones* –según lo expresaron Vizmanos y Álvarez¹⁹⁷– hasta prorrogar todavía, con las galas de la codificación, el mismo radio criminalizador de antaño.

Dentro del grave escándalo del Código Penal cabe, en buena armonía, una comisión en público paraje, mas, con bastante probabilidad, el típico caso de gimnasia *contra naturam* sorprendida –y delatada– por un tercero intruso en ajenas intimidades¹⁹⁸ ni siquiera tornó a plantearse judicialmente al amparo de extensivas exégesis; desde luego, jamás escaló, como problema, las eminencias de la magistratura. Así parece desprenderse del posterior coleccionismo jurisprudencial hasta un cierto punto del devenir de estos tipos, con un *escándalo* que aflora en variopintos terrenos, pero siempre excéntricos al nefando¹⁹⁹, aunque sí es verdad que el Tribunal Supremo manejó una concepción respecto a él subjetivada en la sensibilidad del cuerpo social, cabalmente *escandalizado*, antes que objetivada a través de la perpetración en público, y esto abona el sentir de Arrazola: si bien tomando en consideración actos escandalosos de linaje extravagante a lo sexual, cierta sentencia dice del precepto que en el corpus

¹⁹⁵ MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración...*, t. VI, p. 619.

¹⁹⁶ MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración...*, t. IX, pp. 444-447.

¹⁹⁷ Cfr. nota 175.

¹⁹⁸ Véase, v. gr., Rafael CARRASCO, *Inquisición y represión sexual en Valencia: historia de los sodomitas (1565-1785)*, Laertes, Barcelona, 1985, *passim*.

¹⁹⁹ Siempre con referencia al amancebamiento, a la embriaguez o incluso asociado al desacato: v. gr., *Jurisprudencia criminal. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos de casación y competencias en materia criminal, desde la instalación de sus Salas Segunda y Tercera en 1870*, ed. José María Pantoja, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1874/1888, t. IX, n.º 1819, pp. 220-223; t. XV, n.º 3648, pp. 548-586; t. XVII, n.º 4173, pp. 317-319; t. XXXVIII, n.º 29, pp. 75-76. José María PANTOJA, *Repertorio de la jurisprudencia criminal española*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877, apd. 1.º, pp. 134 y 152. Pedro SAENZ HÉRMUA Y ESPINOSA, *Diccionario recopilador de los puntos de derecho resueltos en sentencias del Tribunal Supremo de Justicia desde 1838 hasta fin de diciembre de 1883*, Manuel G. Hernández, Madrid, 1886, t. III, p. 26. Santiago OLIVA Y BRIDGMAN, *Novísimo diccionario de legislación y jurisprudencia*, Salvador Manero Bayarri, Barcelona, 1889, t. III, pp. 256-257. Eugenio CUELLO CALÓN, «Escándalo público», en *Enciclopedia jurídica española*, Francisco Seix, Barcelona, 1910, t. XIV, p. 460.

penal de 1870 sucede, a la letra, al de 1850²⁰⁰, que «[...] se refiere á aquellos hechos en que [*sic*] por su propia índole y naturaleza ofendan el pudor y las buenas costumbres, con grave escándalo, entendiéndose que existe éste desde el instante en que aquellos son públicamente conocidos; de modo, que el concepto del escándalo, en el sentido de dicho artículo, significa la ofensa que su conocimiento produce en los sentimientos de recato y morigeración propios de personas cultas», no obstante admitir como una de las circunstancias que entran en alguna medida a calificar la acción, el «[...] haberse además realizado sin ninguna clase de reserva»²⁰¹, lo cual parece valuarse como agravatorio, pero sin que ello implique que una toma de precauciones hubiera deshecho la fundamentación. No puede negarse que el tipo había sido construido con toda premeditación para funcionar según tan polivalentes registros y, bajo los más vetustos postulados, resultaba hacedero un continuista asedio de toda maniobra nefanda, atento incluso a su menor traslucimiento a la comunidad, para castigar ahora quizás sí *de paso* –como había dicho García Goyena de una sodomía advenediza a la sombra del corpus penal de 1822²⁰²–, mientras el arsenal represor del Código apunta formal, presuntamente hacia otros objetivos. El avance, entonces, confrontado esto con el panorama teologizante de la Edad Moderna, pararía en un mínimo corrimiento del espectro criminoso: todo episodio contranatural había sido a la par pecado y delito, ambas cosas aun cuando jamás llegara a descubrirse; ahora continuaba sin merma siendo aquello –caída, culpa, deuda religiosa–, pero dejaba de estimarse delictivo cuando el ejecutante se condujera tan hábilmente como para recatar *su secreto*. Preponderará con el tiempo la vía verdaderamente reformista, pero todavía le resiste el subterfugio de unos juristas que se repliegan bajo la manida consigna gatopardesca de cambiarlo todo para que al cabo nada cambie...

Inventariada la reaccionaria postura (reaccionaria, mas solapada tras modernas categorías), interesa ahondar en la teorización de ese otro remozamiento advenido, a impulso de otros jurisconsultos, sobre el sector de criminalidad puesto en observación. Para los comentaristas mesurados frente a una parcela de *libertinaje* que entienden sustraíble al Derecho penal, aquélla que se materialice sin grave escándalo ni transcendencia, la destipificación no anula el

²⁰⁰ «Ley, autorizando al Ministro de Gracia y Justicia para plantear como provisional el adjunto proyecto de reforma del Código penal», de 17 de junio de 1870 (CP 1870), en *CLE*, t. CIII, n.º 370, pp. 905-1032, artículo 456 (descendiente de aquel artículo 365 CP 1850, con mudanza sólo en la penalidad): «Incurrirán en la pena de arresto mayor y reprensión pública los que de cualquier modo ofendieren el pudor ó las buenas costumbres con hechos de grave escándalo ó transcendencia no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código». Contra esta continuidad, no habían faltado meditados intentos en los que se «propone nueva redacción al artículo 365, para que pueda aplicarse a hechos inmorales que en determinadas circunstancias produzcan escándalo público», como hace el informe de Francisco de Cárdenas a particular encargo del sucesor de Arrazola, el nuevo ministro González Romero (LASSO GAITE, *Crónica...*, v. I, p. 378).

²⁰¹ «Casación por infracción de ley. Sala Segunda», sentencia de 12 de julio de 1888, en *Colección Legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo en Materia Criminal: Salas Segunda y Tercera*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1890, 2.º sem. 1888, n.º 56, pp. 201-202.

²⁰² *Cfr.* nota 64.

pecado, según lo dicho, no exorciza el cierto desorden social, aunque *de menor cuantía*, siempre generado y del que tampoco cabe despreocuparse sin más. Antes bien, se sienten comprometidos a aportar algún remedio que satisfaga en lo posible la necesidad abierta: ceñida la acción penal a los supuestos típicos que hemos ido viendo, otros hechos no signados con las características delictivas descritas por el Código deberán abandonarse a la confesuría²⁰³ o, sobrepasada en algo la intimidad, a la reprobación de la conciencia pública²⁰⁴, llevando «[...] suficiente pena en el escarnio y menosprecio con que el público castiga la brutalidad de sus autores»²⁰⁵. Por supuesto, Arrazola tiene algo que decir al respecto: su interpretación del sistema del Código no consiente que nada de esto se encomiende al sólo castigo divino ni aun al desprecio de la sociedad; éste por exiguo y, en consecuencia, ineficaz²⁰⁶, aquél «[...] porque nunca entendemos que la sociedad castiga pecados, ni lo entiende ella misma, que en los delitos á que nos vamos refiriendo ve y castiga solo un hecho externo, contrario á la ley, á la moral, á las costumbres, al decoro y pública decencia, que ella garantiza, y está obligada á proteger»²⁰⁷. Aún, otro medio de salvaguarda de la escrupulosidad comunitaria –claro es que, de suyo, tendencialmente subjetivizada– sugiere el propio ex ministro: la acción gubernativa; pero de nuevo es para combatir su hipotética virtualidad en orden a aquietar los desasosiegos de que supone víctima a la sociedad por efecto de la aberración incluso en sus

²⁰³ Véase PACHECO, *El Código...*, p. 1095. A propósito, quede constancia, con todas las prevenciones ante el ordenamiento extraño, aun inserto, de que en 1919 España otorga el pase regio al *Codex iuris canonici* de 27 de mayo de 1917 («Real decreto concediendo el pase al 'Codex iuris canonici' promulgado por la Constitución Apostólica Providentissima Mater de Su Santidad Benedicto XV», de 19 de mayo de 1919, en *Colección Legislativa de España. Legislación y Disposiciones de la Administración Central (CLEAC)*, Reus, Madrid, 1919/1934, t. LXV, n.º 135, pp. 333-334): lo reseñable es su expresa utilización de los vocablos *sodomía* y *bestialidad* a la hora de penalizar atentados contra las buenas costumbres (*Codex iuris canonici*, c. 2357 –seglares–, c. 2358 –clérigos minoristas– y c. 2359.2 –clérigos *in sacris*–). TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, p. 618, tiene puestos los puntos sobre las íes de la conjugación canónica con el laicismo del Estado liberal: éste sólo podía y pretendía admitir el *Codex* como ley civil en España restringidamente para *cuestiones mixtas en las cuales el ordenamiento español remita al canónico*.

²⁰⁴ GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...*, p. 351.

²⁰⁵ VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. II, p. 365.

²⁰⁶ «Hay hechos que repugnan: que es mas decoroso al género humano, y á la dignidad del hombre el no suponerlos posibles: contra los cuales por otra parte parecen suficiente garantía moral el desprecio de la sociedad, la civilizacion y la religion del país, cuando esta es sobre todo la religion sublime y pura del Evangelio» (ARRAZOLA, «Bestialidad», p. 420). «Se invocan como garantía la religion y la civilizacion; el desprecio de la sociedad y el sentimiento decoroso de la dignidad del hombre: se invocan, decimos, como garantías, y en efecto lo son; pero cuya eficacia en este punto no conviene exagerarse, ni es posible, sin desconocer la historia del género humano» (*ibid.*, p. 421).

²⁰⁷ ARRAZOLA, «Bestialidad», p. 421. «Es menester distinguir, se dice, entre el delito y el pecado, y eso es cierto: y pues el pecado es una ofensa á Dios, es menester dejar á Dios el juicio y la vindicacion de sus propias ofensas. [...] Hay siempre que reservar algo al propio decoro, al sentimiento de la propia dignidad» (*ibid.*, p. 420), mas, «[...] si tal razon debiese entrar por algo, ¿hay algun crimen de los que castiga la sociedad que deje de reunir en lo moral el concepto de pecado?» (*ibid.*, p. 421), aprovechable aporte a las meditaciones de ÁLVAREZ CORA, «Recordando...», pp. 100-101, alrededor de la separación entre delito y pecado hacia el siglo XIX.

mínimos ecos, así que procede justificando el rechazo por el utilitarismo, por la volubilidad de la política administrativa²⁰⁸.

Imaginados tres círculos concéntricos en la recriminación moral –de menor a mayor: penitencia, infamia social, penalidad–, parecería congruente concluir que, con las nuevas líneas directrices, se procura salvaguardar una parcela de privacidad, sustraerla a la acción o fiscalización pública del Estado para que cada conciencia se entienda consigo misma en lo que no exceda del fuero interno o de la velada esfera doméstica, para que la sola deshonra siga a quien, sin grave escándalo ni transcendencia, sin publicidad buscada o sobrevenida, se le conozca el extravío nefando –ya nos consta el severo desacuerdo de Arrazola, tal vez de Vizmanos y Álvarez, o de Alcubilla–; y cabe respaldar el pretendido corolario con la intuición de que, de ser así, ello no desdeciría mucho de una de las vigas maestras del liberalismo²⁰⁹, pero esto no podrá certificarse a tan poco costo. Resulta que García Goyena y Aguirre sopesan (y valórese cómo los siguen reputando *delinquentes* pese a todo...) que «[...] si el acto fuese privado y voluntario de parte de ambos delinquentes, [...] la ley cree menor mal la impunidad en tal caso, que el escándalo, que resulta de la investigación de tan degradantes misterios»²¹⁰. Luego solamente se trataba de precintar la privacidad en prevención de que a su contacto se contaminase el cuerpo social, no de un acotamiento protector de la intimidad, sino de su selladura –*la oculta impu-*

²⁰⁸ «Invócase, en fin, la acción gubernativa como un recurso supletorio, y aun providencia, y nosotros reconocemos su eficacia relativa» (ARRAZOLA, «Bestialidad», p. 421). «Y pues todo no puede prevenirse, ni puede castigarse: pues que lo que rara vez sucede, por necesidad se sustrae á las circunstancias de actualidad en la formación de la ley; pues que esta por lo tanto ha de resultar ineficaz ó rigurosa, lo que conduce al escándalo práctico de la crueldad del derecho; ó de la arbitrariedad en su aplicación; es indispensable por lo tanto, y mas conducente dejar algo á la acción gubernativa, mas flexible en sus formas, y mas acomodable á todos los tiempos, y á todos los casos, apreciados individualmente y en concreto con todas sus circunstancias» (*ibid.*, p. 420). «Pero ¿es posible esperar todo de un poder, por necesidad flexible, condenado á participar de las tendencias y exigencias de la política, á ser apasionado, y á luchar por lo tanto no pocas veces con la dificultad de ser justo? ¿Ha de esperarse mas de una autoridad, en parte desarmada, pues no puede desarrollar siempre medios proporcionalmente enérgicos al mal que ha de corregir; que de una ley, siempre armada, porque es perpétua: siempre eficaz porque llega hasta el estrañamiento, y la muerte: siempre justa porque es impasible: siempre independiente porque lo es de la política, y de la *actualidad*, pues trata solo de lo pasado: siempre, en fin, formidable, porque es armada, impasible y justa?» (*ibid.*, pp. 421-422). Llama Arrazola a la especie de dejación del Estado en esta materia «[...] la teoría dominante; el actual sistema europeo de codificación en lo criminal. Lo que sucede en estos casos es, que viniéndose la necesidad de represión sobre la sociedad y sobre los legisladores, sobre la administración y sobre las leyes, tienen estas que ser suplidas por la prudencia gubernativa, no siempre segura, y difícilmente uniforme, como que en ella la persona reemplaza á la ley, con la inevitable inestabilidad y heterogeneidad del personal administrativo; ó por la jurisprudencia de los tribunales, no sin riesgo de arbitrariedad, haciendo así preponderar el derecho consuetudinario sobre el derecho escrito, lo que tiende por su naturaleza á inutilizar en parte el mecanismo filosófico y sistemático de la codificación [...]» (*ibid.*, p. 421).

²⁰⁹ Me refiero –obvio es– al receloso confinamiento de la autoridad y gestión políticas en beneficio de la autonomía individual (v. gr., Harold J. LASKI, *El liberalismo europeo*, trad. Victoriano Miguélez, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 14 y 71-75).

²¹⁰ GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 315. Ya de antes tenía meditado GARCÍA GOYENA, *Código...*, t. I, p. 271, que «[...] la moral pública ha ganado muy poco en que los autores la hayan echado de casuistas en materia tan resbaladiza».

nidad²¹¹— a fin de evitar que por una mal concebida vindicta pública se viese inficionada la sociedad con lo que por su espontáneo alcance nunca hubiera traspasado los lindes de la obscuridad y el secreto²¹². Secundariamente sí que aparece, tras el temor al escándalo, una acumulada reserva ante *pesquisas odiosas sobre la vida privada de los ciudadanos para el descubrimiento de los más íntimos secretos del hogar doméstico*²¹³, pero la motivación de esa renuncia descansaba sobre el convencimiento de ser, en tales niveles, peor el remedio que la enfermedad, por eso es que ni la ley debía entrar en sicalípticos detalles ni la acción de la autoridad pública descender hasta contraproducentes indagaciones irradiantes e incitativas quizá al mal²¹⁴. Una vez más, Arrazola tiene que contrarrestar escrúpulos reductores de dicha acción²¹⁵, acaso «[...] convertidos

²¹¹ Glosando el artículo 355 CP 1848, amonestan CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. II, pp. 324-325: «los que teniendo á la vista el precepto de este artículo, y de los que le siguen, echen aun de menos castigos especiales para excesos feos y abominables; que reflexionen cuán preferible es la oculta impunidad de algunos hechos que menguan la dignidad del hombre y resisten á la naturaleza, al escándalo de la publicidad y á los graves inconvenientes de la indagación jurídica»; del artículo 356, párr. 4.º, CP 1848, el tipo del estupro, celebran consecuentes *la saludable latitud y prudente reserva* (*ibid.*, p. 331 —cfr. nota 165—).

²¹² «Estos actos, si pasan en la oscuridad y el secreto, no deben divulgarse por causa de justicia» (VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. II, p. 365).

²¹³ «Las leyes, al calificar los delitos de incontinencia, han dado por largo tiempo muestras de una severidad excesiva, traspasando los límites que tiene señalados la legislación, y entrando en el campo de la moral. De aquí el haber castigado con su sanción penal actos ciertamente inmORALES, pero que deben pasar desapercibidos por temor al escándalo que su publicación ha de producir, y por respeto al pudor que tiene que ofender. Por otra parte, si todos los actos de torpeza fueran materia de penalidad, se autorizarían pesquisas odiosas sobre la vida privada de los ciudadanos, y se descubrirían á los ojos del público los mas íntimos secretos del hogar doméstico» (GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...*, p. 351).

²¹⁴ «La acción de la autoridad pública, o mejor dicho de los tribunales, no debe ni puede extenderse en esta materia, ni a todo lo que el entendimiento concibe, ni aun a lo que deben condenar la filosofía y la moral pública. No hablemos de la bestialidad, pecado repugnante, que si se cometiera en público casi debería probar la locura, y que, cometido en secreto, no tienen las leyes interés alguno ni en averiguar ni en reprimir por medio de penas» (PACHECO, *El Código...*, p. 1094).

²¹⁵ «Hay cosas, se dice, que nunca se hubieran pensado, si nunca se hablase de ellas» (ARRAZOLA, «Bestialidad», p. 420), «pero [...] por más reticencias que se hagan acerca de los excesos de la flaqueza humana, por mas suposiciones decorosas con que quieran cubrirse, y se crean prevenirse ¿dejarán de realizarse? Si se realizan ¿habrán de castigarse, ó se dejarán impunes? Y si en este caso no habrá medio entre la impunidad, ó la arbitrariedad; algo, y aun mucho de exagerado, ó defectuoso debe tener un sistema que conduce inevitablemente á tales resultados. Y la duda de si tales, ó tales excesos se realizaran: la ilusión de que se evitaran no mencionándolos, ni legislando sobre ello, cabe respecto de aquellos excesos, ó crímenes que no se han realizado nunca, ó la sociedad no conoce, porque afortunadamente los encubre la pudorosa precaución, ó un tenebroso secreto; pero no de aquellos que salen desgraciadamente al paso al moralista y al legislador sin mas que abrir las primeras páginas de la historia, aun de la historia misma de tiempos recientes» (*ibid.*, p. 421). Por consiguiente, «[...] no creemos que se prevengan excesos, porque la ley calle acerca de ellos: no creemos que se provoquen en el caso contrario: mientras es indudable que si el temor y la seguridad de la pena, ya que no retraiga á todos, ha de retraer á muchos; la seguridad de la impunidad, ya que no aliente á todos, ha de alentar á algunos. En todo caso, si hasta tal punto fuese necesario deferir á las teorías dominantes, podría muy bien economizarse la espresion específica de varios excesos; pero no dejar de establecer una sancion genérica, y subsidiaria que los tribunales puedan desarrollar y aplicar, según los casos, parecida por tanto á la contenida en el artículo 365 del código, si bien menos estricta» (*ibid.*, p. 422).

por necesidad en garantías y funestos disimulos a favor del perpetrador»²¹⁶, pero que importa mucho no exacerbar, en la certidumbre de que el mayor escándalo y estímulo acecha tras la impunidad²¹⁷.

En ruta hacia el corpus de 1870, es posible seccionar ya una suerte de tramo o división en el *iter* de la codificación penal por lo que hace al tratamiento de los ataques a la pudicia, porque para entonces parece que la desactivación teológica de esos delitos ha sobrepujado antagonismos hasta el punto de que la voz *sodomía*, con las demás de su estirpe léxica, pasará en adelante a representar poco menos que una antigualla jurídica. El codificador trienal había recabado el concurso de la Nación toda en la tarea acometida; y ya constatamos con qué preocupaciones de rancia pervivencia se respondió desde varios ámbitos al llamamiento. Casi tres décadas después, se quiere consultar de nuevo a las instituciones del país para acendrar el flamante Código²¹⁸; pero entonces, a través de las sucesivas remesas de informes, las pocas protestas que se alcen aparecerán tempranas, casi resignadas y más bien añorantes²¹⁹ (con la batería de críticas cebada en otras despenalizaciones de la rijosidad menos asimilables o de superior resonancia²²⁰); en contraposición y casi pasando página, ya noviembre de 1852, tocante a la materia aquí enfocada, tan sólo va a resonar el aplauso del Colegio de Abogados de Madrid ante la constatación de que, en los delitos contra el pudor, «[...] omite aquél muchos hechos de la Ley antigua que sólo caen en el círculo de la conciencia»²²¹.

V. SIGLO XIX ADELANTE

Como exponente de la escisión racionalista entre pecado y delito, con el advenimiento de la Codificación se registra el tránsito desde las arcaicas calificaciones de sodomía o bestialidad —el nefando crimen contra natura— hacia el laico reacomodo dentro de los títulos referentes a delitos contra la honestidad y las buenas costumbres, si bien limitada ya la punición a supuestos de violencia, abusos o escándalo público; con ello, la gestación de la novedosa normativa

²¹⁶ ARRAZOLA, «Bestialidad», p. 420.

²¹⁷ Sígase por ARRAZOLA, «Bestialidad», pp. 420-421.

²¹⁸ Consúltense LASSO GAITE, *Crónica...*, v. I, pp. 321, 339 (en conjunto, *ibid.*, pp. 321-376), y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación...*, pp. 321-378.

²¹⁹ Provenirán de un particular, BELTRÁN Y PÉREZ, «Observaciones...», p. 4, en julio de 1848 («han desaparecido eliminados por los autores del Código del catálogo de los delitos el de pederastia, llamado pecado nefando, [...] y el de bestialidad [...]: hemos adelantado tanto en poco tiempo que quien por la Novísima Recopilación era reo de muerte, no es reo siquiera según el Código. ¡O tempora, ó mores!»); y, en el mismo mes pero al siguiente año, de la Audiencia ovetense, que todavía «lamenta la falta de acomodo del delito de bestialidad entre los supuestos del artículo 355, por lo que solicita que se tipifique como delito grave» (SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación...*, p. 273).

²²⁰ Atestigüalo al propio ARRAZOLA, «Bestialidad», p. 419, cuando se hace eco «[...]» de los inconvenientes que muy desde luego se notaron, y reclamaciones elevadas por prelados y autoridades, aunque no específicamente sobre la materia de este artículo [...].

²²¹ LASSO GAITE, *Crónica...*, v. I, p. 361.

acaba de revelársenos trascendente así en lo cualitativo –la conceptualización o tipificación delictiva– como, sobre todo, en lo cuantitativo –la penalidad–. *Ruptura* sólo gradual o paulatina *reforma*²²², he aquí un rodeo alternativo y posibilista que el movimiento o espíritu despenalizador, de seguro impremeditadamente, encontró en su aventura, ésta de diferente recorrido y resolución para cada conducta que el Derecho penal dejaba atrás. Continúa el legislador decimonónico execrando, por supuesto, el ignominioso e inefable pecado, cuya recuperación no se intentará ni siquiera por el retrógrado –pero tanto no– Código Penal carlista de 1875²²³, si bien se inhibe a favor del confesionario siempre que el perjuicio no se alargue más allá de las almas de los pecadores: sólo cuando haya de acudir en defensa de un participante no depravado, no consentidor, o cuando la sociedad se duela agraviada con la publicidad de unos episodios escandalosos habrá de ponerse en marcha la maquinaria represora del Estado; las buenas costumbres únicamente se verían agredidas por el escándalo dimanante de actos sométicos o zoofílicos practicados en público; fuera de esto, tales incontinencias nada más han de perseguirse cuando redunden –como lo expresó Sainz de Andino– en *ofensa o daño privado*, lo cual se aparece hoy con diafanidad al estudioso, como también fue entonces la inteligencia dada a los preceptos por la mayor parte de juristas, pero no por todos: la tentación extensora se embosca tras ciertas paráfrasis, periclitando la resuelta evolución normativa. Con todo y con ello, a las alturas de 1870, con aquel longevo *Código de verano* –en la calificación que le enjaretó Francisco Silvela²²⁴–, la tensión entre un Derecho *teologizado* y un Derecho *humanizado*²²⁵ había sido rebasada con triunfo del segundo²²⁶. Bajo este corpus, de cierto, ayuntamientos *contranaturales* acabaron cayendo dentro de los abusos deshonestos a menores, del escándalo público o *incluso* –enfatisa Cuello Calón– de las faltas contra la moral y las buenas costumbres, «[...] pero estas calificaciones han sido pronunciadas más que en consideración al acto homosexual en sí mismo, a las circunstancias que en su perpetración concurrieron»²²⁷. Y es aquí adonde debían remitirse mis anteriores alusiones, al repasar la jurisprudencia del XIX, sobre una recuperación de las tesis extensivas de Arrazola –acaso sin haberlas tratado– en algún momento de la historia del tipo de escándalo que quedó asentado, tras 1848 y 1850, en el Código de 1870²²⁸ para transferirse a sus derivaciones del siglo XX: en efecto, llegado el auge del defensismo penal hallamos punidos como delito muy incontrovertibles actos de pederastia practicados en algún urinario público, *incluso* aún más adelante, ya como falta contra la moral y las buenas cos-

²²² Atiéndase a MASFERRER DOMINGO, *Tradición...*, pp. 189-191, 196; ID., «La ciencia...», pp. 342-348.

²²³ Véase JULIÁN GÓMEZ DE MAYA, «El Código Penal de don Carlos VII», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, 26 (2008), pp. 85-139.

²²⁴ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, J. A. García, Madrid, 1870, n.º 307, ses. 15-VI-1870, p. 8883.

²²⁵ Véase TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen...», p. 55; *cfr.* mi nota 71.

²²⁶ Cotéjense los artículos 454, 456 y 458, párr. 4.º, CP 1870.

²²⁷ CUELLO CALÓN, «Referencias...», p. 500.

²²⁸ *Cfr.* nota 200.

tumbres, otros de homosexualidad entre adultos en mancebía y hasta en la propia vivienda de uno de ellos (mas –subráyese– *en consideración de circunstancias concurrentes* y a remolque de las medidas contra la *peligrosidad social* de vagos o maleantes)²²⁹. Ahora bien, esto pertenece al ecuador del siglo xx, muy lejos ya la gestación codificadora y con otro clima político-criminal bien distinto; en poco puede interferir el análisis del cambio o la reforma que se opera a par del advenimiento de los códigos.

Con todo lo dicho, ya declinante la centuria decimonónica, tanto que encabraba su década final, todavía conocerá un rebrote la pura punición del *abominable desorden*, sin que el tipo, que hay que ir a buscar en la legislación especial, exija violencia, engaño ni escándalo: como uno de los «Delitos contra el honor militar», se apresta el presidio para «el militar que cometa actos deshonestos con individuos del mismo sexo»²³⁰; este precepto del Código de Justicia Militar de 1890, vestigio de antiguas ordenanzas²³¹, llegó hasta el de 1945²³², lo que es decir hasta el año 1986 de su abrogación²³³, protegiendo como bien jurídico el *honor militar*; sobresaltado no ante el achaque de un afeminamiento, de una homosexualidad difusa (pero capaz a la vez de contener el acceso carnal)²³⁴,

²²⁹ CUELLO CALÓN, «Referencias...», p. 500: sentencias de 22 de febrero de 1922 (pederastia en lugar público), de 13 de octubre de 1947, de 15 de octubre de 1952, de 30 de abril de 1953 (homosexualidad entre adultos). Cfr: nota 234.

²³⁰ «Real decreto, mandando publicar en la *Gaceta de Madrid* y en las de Ultramar el Código de Justicia Militar», de 27 de septiembre de 1890, en *CLE*, t. CXLV, n.º 158, pp. 402-573, artículo 298, párr. 1.º: «El militar que cometa actos deshonestos con individuos del mismo sexo será castigado con la pena de presidio correccional». En su segundo párrafo, este mismo precepto se ocupa del supuesto agravado en atención al constreñimiento ejercido: «Si media violencia, se impondrá la de presidio mayor, á no constituir el hecho otro delito más grave».

²³¹ Antonio VALLECILLO, *Ordenanzas de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos*, Andrés y Díaz, Madrid, 1852, t. III, p. 497, VIII.10.83: «El que fuere convencido de crimen bestial ó sodomítico, será ahorcado ó quemado: pero si el Tribunal de la Inquisición hiciere antes aprehension del reo y entrare á conocer de la causa, no podrá el militar embarazarlo ni reclamarle, pues solo en el caso de aprehender antes la jurisdicción militar le pertenece el conocimiento de este crimen». Apostilla ARRAZOLA, «Bestialidad», p. 419: «nada decimos en cuanto á la inquisición; y por lo que hace á la pena de horca y la de quema, sabido es que además de lo dispuesto en el Código Penal, fué abolida en todo el reino para todas las clases de personas y de delitos por real decreto de 24 de marzo de 1832, circulado por guerra en 26 de abril del propio año; y la quema estaba ya en desuso».

²³² *Código de Justicia Militar*, de 17 de julio de 1945, Lamruja, Madrid, 1985, artículo 352: «El militar que cometa actos deshonestos con individuos del mismo sexo, será castigado con la pena de seis meses y un día a seis años de prisión militar. Cualquiera que sea la pena impuesta por este delito llevará siempre consigo la separación del servicio».

²³³ Por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, D. d. y D. f.

²³⁴ Al amparo del defensismo social, sí que ha tenido algún tiempo acceso al ordenamiento la opuesta opción, por medio de la «Ley de 15 de julio de 1954 por la que se modifican los artículos 2.º y 6.º de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933», en *Boletín Oficial del Estado (BOE)* n.º 198, de 17-VII-1954, p. 4862, artículo 1.º, la cual, con el visor criminológico del legislador encuadrando antes la actitud que el acto singular, introduce un estado peligroso correspondiente a *los homosexuales* en la dicha «Ley relativa a vagos y maleantes», de 4 de agosto de 1933, en *CLEAC*, t. CXXXV, disp. 1147, pp. 385-393, artículo 2.º.2.º, véase CUELLO CALÓN, «Referencias...», p. 500. En su sustitución, la «Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social», en *BOE* n.º 187, de 6-VIII-1970, pp. 12551-12557, artículo 2.º.3.º, hablaba

tampoco ahora ante lascivas agresiones a la indemnidad personal, cuya represión será otra, y sí por la probanza de un contacto escuetamente invertido que incriminará, como antaño, al haciente y al paciente²³⁵. La consideración de aquél por el ordenamiento remite a ilaciones lógicas que *a priori* parecerían demasiado trilladas para revelar tamaña pertinacia, pues del mismo modo que el inmemorial *pecado* infamaba la tierra en donde se perpetrase²³⁶, tal conculcación de orden castrense está infamando acá el estamento todo: la analogía en el significado subyacente²³⁷ explica un tipo delictivo producto de esa *cuasiteología* medrada en órbita al honor. No obstante la recidiva, hacía ya mucho tiempo que, salvo en estos entornos tan viriles como marciales, el desvío nefando se había querido dejar en manos del confesor²³⁸ o –tal como pedían ya los ideólogos del reformismo dieciochesco²³⁹– en las del pedagogo.

JULIÁN GÓMEZ DE MAYA

–con ecléctica dicción, pero retornando en esencia al criterio factual– de «los que realicen actos de homosexualidad» (pronto ya sin contenido por obra de la «Ley 77/1978, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y su Reglamento», en *BOE* n.º 10, de 11-I-1979, disp. 700, pp. 658-659, artículo 1.ºa).

²³⁵ La jurisprudencia acerca de este precepto puntualiza que «el artículo 352 del CJM no castiga anomalías o imperfecciones sexuales, sino hechos concretos de carácter deshonesto con individuos del mismo sexo para los integrantes, profesionales o no, de las Fuerzas Armadas [...]. Sentencia de 4 de mayo de 1975. / El bien jurídico protegido por este artículo es el honor militar y el delito se consuma desde que se ejecuta cualquier acto que ataque a la honestidad con persona del mismo sexo, de tal manera que basta para ello se inicie la acción determinante cualquiera que fuese su expresión y trascendencia. Sentencia de 5 de febrero de 1975» (en la edición del *Código de Justicia Militar cit.*, p. 150).

²³⁶ «E porque de tal pecado nacen muchos males en la tierra do se faze, e es cosa que pesa mucho a Dios con el. E sale ende mala fama, non tan solamente a los fazedores: mas aun a la tierra do es consentido» (*Partidas*, VII.21.Proem.); «ca por tales yerros enbia nuestro señor Dios sobre la tierra, donde lo fazen, fambre, e pestilencia, e tormentos, e otros males muchos, que non podria contar» (*Partidas*, VII.21.1).

²³⁷ Véase TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen...», pp. 40-42, 53.

²³⁸ *Cf.*: notas 180 y 203.

²³⁹ V. gr., Barón de MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. Mercedes Blázquez/Pedro de Vega, Alianza Editorial, Madrid, 2003, XII.6, pp. 247-248; o BECCARIA, *De los delitos...*, cap. 31, pp. 88-89.