

El Código penal de 1870

JOSE ANTON ONECA

Catedrático jubilado de Derecho penal

Con el título "La Reforma penal de 1870", la Universidad salmantina ha editado un libro del profesor Núñez Barbero (1), donde se examinan los antecedentes, el debate parlamentario y las modificaciones introducidas en el viejo Código de 1848; o, mejor dicho, en el de 1850, pues en esta fecha se alteraron varios artículos de aquél. Al conmemorar ahora el centenario del Código promulgado en uso de la autorización concedida al Gobierno por Ley de 17 de junio de 1870, recomendamos en primer términos al lector el muy completo estudio de Núñez Barbero; también las conferencias pronunciadas en la Academia de Jurisprudencia y Legislación por los señores Castejón, Cobo, Latour, Rodríguez Mourullo y Olesa (2). En este artículo, sin perjuicio de recordar datos ya conocidos, nos adherimos a esta conmemoración exponiendo desde un punto de vista crítico la reforma de 1870 y, como complemento de nuestro trabajo, tenemos preparado para otro fascículo de esta revista un estudio sobre los proyectos de nuevo Código penal que se publicaron en el siglo XIX.

I. HISTORIA

En el Real Decreto de 19 de marzo de 1848, promulgador del primer Código penal duradero que hemos tenido en España —y vigente todavía en gran parte, *no obstante*, las sucesivas reformas—, disponía su artículo segundo: "El Gobierno propondrá a las Cortes dentro de tres años o antes si lo estimase conveniente, las reformas o mejoras que deben hacerse, acompañando las observaciones que anualmente deben dirigirse los tribunales." Esta laudable y no cumplida medida, de modesta provisionalidad, contrasta con los ditirámicos elogios que al Código dedicaron juristas de aquel tiempo e incluso de épocas posteriores. Los mismos redactores se mostraron

(1) NÚÑEZ BARBERO, *La Reforma penal de 1870*, Universidad de Salamanca, 1969.

(2) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: *Conmemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización judicial y del Código penal de 1870*. Madrid, 1870.

orgullosos de la obra preparada durante años de asiduo estudio y debates en la Comisión de Códigos nombrada en 1843; pero tanto ellos como el Ministro Arrazola, firmante del Decreto de promulgación, sabían del curso continuo del derecho, de la necesidad de variar sus normas según la experiencia y mudanzas del medio histórico. Por ello el mismo Decreto autorizaba al Gobierno para hacer “por sí cualquier reforma si fuera urgente, dando cuenta a las Cortes tan pronto como sea posible”. De esta autorización hizo uso el Gobierno en el mismo año de la promulgación del Código, pero las modificaciones fueron de poca importancia (sobre encubrimiento, penas accesorias, aplicación de penas y algunos delitos en particular) (3). Mayor tuvo la de 1850, en parte justificada, porque se echaba de menos la figura del desacato. Y con este pretexto se hicieron otras varias de distinta importancia. Correspondieron a la época de mayor dureza en la dictadura de Narváez; más aparte del aspecto político, fue técnicamente defectuosa.

En el Código de 1848 no se había previsto el desacato. El del 50 remedió la falta, comprendiendo en el artículo 192 los realizados contra los Cuerpos Legisladores, Diputados, Senadores, Ministros de la Corona u otra autoridad en el ejercicio de sus cargos, o un superior con ocasión de sus funciones. En el último párrafo sorprende un precepto interpretativo: “En todos estos casos la provocación al duelo, aunque sea privada o embozada, se reputará amenaza grave para todos los efectos de este artículo.” Pacheco (4), después de referirse a la controversia sobre si la autoridad estaba o no suficientemente protegida, dice: “Pero un suceso deplorable ocurrido en 1849 vino a decidir; mas la parte que tuvo en aquel suceso el autor de estos comentarios le impide extenderse... acerca de esta variación.” Y alude a la defensa que como abogado hizo en la causa contra un señor Díez Martínez, sin precisar nada más. Parece ser que dicho señor era un contratista que, esperando en la antesala del Ministro de la Guerra y Jefe del Gobierno, General Narváez, se sintió ofendido al ser postergado en la recepción. La anécdota sorprende tanto por la susceptibilidad del contratista como por la ingenuidad de Narváez, quien para crear las figuras del desacato no necesitaba dejar memoria de su pequeña aventura. No creo fuera éste el motivo de la reforma, como insinúa Pacheco, pero sí pudo ser la ocasión.

Los atentados estaban comprendidos en el Código del 48 (artículo 189) con esta simple definición: “Los que con violencia acometieren o resistieren a la Autoridad pública o a sus agentes en el acto de ejercer su oficio, serán castigados con la pena de prisión menor.” “Los que cometieren este delito contra una guardia o centinela incurrirán en

(3) Real decreto de 21 setiembre de 1848. De otros dos fechados el 22 del mismo mes y año, uno es de interpretación, el otro de materia procesal en relación con la aplicación del Código. Véase: *Código penal de España*, Madrid, Imprenta nacional, 1848; págs. finales.

(4) PACHECO, *Código penal concordado y comentado*, 2.ª ed., t. II, pág. 217.

la pena de prisión mayor si llegaren a impedirles el libre ejercicio de sus funciones y en la de prisión menor en otro caso." La reforma del 50 prescinde de "la guardia o centinela" (5). También se añadieron las agravantes conservadas en el Código de 1870 y en los posteriores (a los que se acumularon a partir de 1944 nuevos artículos protectores de autoridades y sus familiares).

También procede del 50 la figura del llamado atentado impropio por los autores (6), según la cual cometen atentado contra la autoridad "los que sin alzarse públicamente empleen fuerza o intimidación para cualquiera de los objetos señalados en los delitos de rebelión y sedición". El precepto perdura sin modificaciones a través de todas las reformas (núm. 1 del art. 231 del Código penal vigente). Los comentaristas se limitaron a subrayar la inutilidad del precepto, su imprecisión o el inadecuado lugar. Y sin aplicar ha estado hasta multitud de sentencias dictadas en 1934 con motivo de violencias causadas en una huelga de obreros campesinos. No tengo esta interpretación por afortunada, pero la creo motivada por parecer demasiado suaves las sanciones de la Ley de huelgas y demasiado severas las de la sedición.

El Código de 1848 declaraba punibles la conspiración y la proposición para cometer un delito solamente en los casos en que la ley las penaba especialmente (art. 4). El del 50 en todos los delitos (7). Comparando estas mudanzas de criterio a través de las distintas versiones de nuestro Código, Jiménez de Asúa ve en ellas "el termómetro para medir el calor de las convicciones liberales" (8). Así lo debieron entender los legisladores y lo hemos glosado los comentaristas; pero, bien mirado, ambas posiciones son equivocadas. Una ley autoritaria debería castigar otros actos preparatorios, pues algunos están más cercanos a la ejecución (como disponer el arma o situarse al acecho) que la proposición o conspiración. Del otro lado, es un contrasentido en los liberales castigar dichos actos precisamente en algunos delitos políticos, cuando precisamente esta clase de infracciones ha sido más benévolamente consideradas por el pensamiento liberal.

La reforma del 50 fue más extensa de lo que suele creerse. Son más de 90 los artículos afectados. No debemos ocuparnos de todos, pero indicaremos las modificaciones más interesantes, alguna de ellas poco citada. El artículo 7 del Código del 48 precisaba los delitos especiales no sujetos a las disposiciones del Código: los militares, los de imprenta, los de contrabando, los que se cometan en contravención a las leyes sanitarias en tiempo de epidemia. La de 1850 agregó: "Y las demás que estuvieren penados por leyes especiales." Dada la amplitud de esta frase, holgaba la mención de las anteriores,

(5) Quizá por pensar "que era asunto de la Ordenanza en algunos casos", como opinó Pacheco, ob. cit., primera edición, t. II, pág. 281.

(6) RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid, 1969, pág. 707.

(7) RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición de los actos preparatorios*, 1968.

(8) JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*. 2.^a ed. Buenos Aires, 1954, página 502.

y, por ello, el legislador de 1870 prescindió de citarlas. Más importancia tuvo la operada en el artículo 19, cuyo texto era en el del 48 idéntico al 22 del actualmente vigente. Su redacción es la garantía de legalidad. Mas el del 50 dispone: "No será castigado ningún delito ni las faltas de que sólo pueden conocer los tribunales, con pena que no se halle establecida previamente por la ley, ordenanza o mandato de la autoridad a la cual estuviera concedida esta facultad." Con acierto se dijo por Gómez de la Serna y Montalbán: "Objeto de este artículo ha podido ser el dejar libre y desembarazada la acción administrativa..., mas nosotros que estamos conformes con que sus procedimientos sean más rápidos, no creemos conveniente que se les faculte para imponer penas no señaladas previamente. Lo contrario dará lugar necesariamente a repetidos abusos" (9).

Un detalle mínimo en el lenguaje puede tener repercusión máxima en las sanciones. En el Código del 48 la alevosía consistía en obrar a traición y sobre seguro. En el del 50 la conjunción copulativa es sustituida por la disyuntiva "o"; con lo cual entran en la agravante dos zonas nuevas: la traición sin seguridad y la seguridad sin traición.

Nuevas figuras delictivas, procedentes de aquella reforma y perdurantes —alguna modificada— hasta el día, fueron: el escándalo público (9 bis), el hurto del autor de daños, y la tenencia, fabricación y expendición de instrumentos para el robo (arts. 364, 467 y 437 del Código del 50).

Pero no todas las modificaciones entonces acordadas se orientaron a hacer el Código más riguroso. En el artículo 2 se añadió el párrafo segundo: si en el primero se estimulaba a los tribunales a colaborar con el Gobierno para aumentar la materia punible, por el segundo, entonces introducido, se abría un camino para moderar los rigores en el caso concreto y llamar la atención hacia una posible humanización de la ley. El párrafo ha perdido utilidad después de que la Ley de 18 de junio de 1870, acerca del ejercicio de la gracia de indulto, autoriza para proponerlo al tribunal sentenciador, pero no ha estado de más mantener el paralelismo con el primero dentro del Código penal, ley manejada constantemente por los juzgadores. Otro rasgo de humanidad, aunque leve, fue excluir de la pena de argolla a los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los condenados a muerte, así como a las mujeres y mayores de 60 años (10).

Como desgraciada fue calificada dicha reforma (11) que, a título de urgencia, hizo el Gobierno; y el calificativo es afortunado, aunque no de un modo absoluto. Ahora bien: ¿estuvieron más atinadas las

(9) GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, *Elementos de derecho civil y penal*, Madrid, 1851, t. III, Apéndice, pág. 6.

(9 bis) MARTÍNEZ PEREDA, *El delito de escándalo público*, Madrid, 1970, págs. 56 y ss.

(10) La pena de argolla se imponía a ciertos co-reos del condenado a muerte por algunos delitos, y obligaba a presenciar la ejecución.

(11) *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*, en "Revista de Legislación y Jurisprudencia", 1874, pág. 181.

sugeridas por los informes solicitados de las Audiencias y Colegios de Abogados? De los últimos es muy conocido, por haber sido publicado, el del Colegio de Madrid (12), al que hace referencia Pacheco en la segunda edición de su Código penal concordado y comentado. Está formado por 46 respuestas a las 46 preguntas formuladas por la circular del Ministerio de Gracia y Justicia en 16 de abril de 1851. Tal procedimiento, usual hoy en la encuestas, era impropio para consultar a juristas, cuya experiencia e iniciativa podían haber ensanchado el horizonte de los problemas. El del Colegio de Abogados de Madrid fue obra de la Junta de Gobierno, siendo Decano el famoso don Manuel Cortina. La Junta acordó solicitar la ayuda de don Pedro Gómez de la Serna, entre otros.

En este informe se antepone a las respuestas ciertas consideraciones generales. Respecto al Código entonces vigente, "había llegado la época de hacer justicia y cesar en las declamaciones". Creían peligroso abandonar las teorías absolutas; pero concedían que si aquel cuerpo legal ha adoptado como capital base la escuela espiritualista, "se ha inclinado en parte a la escuela utilitaria conservando vestigios de nuestro antiguo derecho; por lo cual cumple con la escuela histórica". La enmienda como fin —dice— es idea generosa; pero en definitiva se inclina a las penas proporcionadas, pues las que no lo son producen escándalo. "El arbitrio judicial antes lo era todo y el juez debía ser hombre de ciencia; ahora lo es sólo de arte". "A algunos les ha parecido el Código penal demasiado artístico". Ciertas propuestas del Colegio de Abogados son inadmisibles. Por ejemplo: que no debía ser delito el quebrantamiento de las condenas ni el homicidio o las lesiones causadas por el marido a la mujer sorprendida en adulterio. Otras fueron aceptadas en el Código de 1870 o en otros posteriores, como el delito de inutilización para el servicio militar y el de abandono de familia. Castigar la proposición y la conspiración como medida general se estimaba riguroso en demasía. La calificación de las circunstancias había de quedar al prudente arbitrio judicial; eran rechazadas las agravantes por analogía, y el parentesco como agravante, debiendo ser —como lo fue a partir de 1870— circunstancia mixta. Muy acertada era la censura por el número excesivo de penas: las privativas de libertad debían quedar reducidas a tres. Como el sistema penitenciario influye en la gravedad de las penas, la ley debe proporcionar las bases. Las normas de ejecución del Código de 1848 eran de imposible realización, pues serían necesarios 2.144 establecimientos cuando en la realidad sólo existían 18. Respecto a la duración, recuerda que en el glorioso reinado de Carlos III, diez años eran la máxima duración de las penas de presidios y arsenales (13). Las pecuniarias deberían emplearse en los delitos leves cuyo origen es el deseo inmoderado de ganancias; pero no conjuntamente con otras personales, sino a

(12). *Informe dirigido al Gobierno de S. M. por el ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre la reforma del Código penal*. Madrid, 1852.

(13) Recuérdese, sin embargo, la cláusula de retención.

delitos de distinta índole (lo cual valdría también como crítica del Código penal vigente). Se pronunciaba el Colegio de Abogados también contra la acumulación de penas, lo cual es equivalente en muchos casos a la perpetuidad. En su lugar podría establecerse la agravación de la pena mayor.

En cuanto varios de estos pareceres habían sido ya expuestos por Gómez de la Serna en el debate sobre el proyecto del que fue Código de 1848, y este nombre ilustre figura entre los preparadores del Informe que reseñamos, es lógico ver en ellos su mano.

Sobre los delitos en particular, censura el Colegio la lenidad en el castigo del infanticidio y en el de las lesiones leves. Previene contra el estupro por engaño, "pábulo a pleitos llenos de escándalo donde sólo se corre tras un premio material a una desgracia tal vez preparada con astucia". La reforma del año 50 es censurada, entre otras cosas, por ser demasiado graves las penas asignadas al atentado y al desacato. Respecto a las preguntas sobre las faltas, declaraba que "cualquier sistema era preferible al actual", y también la conveniencia de restaurar la falta de hurto de comestibles para poder comer el autor y su familia durante dos días, que había estado establecida en el Cód. del 48 (art. 473) y fue suprimida por la reforma de 1850.

Los informes solicitados por el Ministerio de Gracia y Justicia pasaron a la Comisión de Códigos nombrada en 1856 y persistente hasta 1869. A ella correspondió estudiar los extractos de dichos informes y llegó a formular un proyecto de parte general del Código penal. Si su labor penalista fue de escaso fruto, parece debido al reducido número de componentes (siete, contando un secretario sin voto) y al excesivo de materias que debieron abordar por encargo de los Ministros. Estos fueron, en tan largo plazo, de distinta significación política. Ciertamente los de la Unión liberal destacaron por estables, pero la Comisión perduró también bajo los últimos de Narváez, el de González Bravo, postrero del reinado de Isabel II, y los primeros de la Revolución de Setiembre... La persistencia en no aceptar sus dimisiones, reiteradamente presentadas, demuestra el respeto inspirado por hombres de tanta reputación como eran Cortina, Gómez de la Serna, Cirilo Alvarez y Cárdenas. Aceptada por fin la insistente dimisión, apareció en la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" (año 1871) (vol. LX) la *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación suprimida por decreto del Regente del Reino de 1 de octubre de 1869, escrita y publicada por acuerdo de la misma, siendo ponente don Francisco Cárdenas*. Esta Memoria es un testamento en el cual se hace relación de los abundantes trabajos realizados en varias ramas de la legislación, y una indirecta censura a los Ministros que, sucediéndose con distintos programas, les obligaban a interrumpir la labor comenzada para empezar otra nueva sobre distinto tema. Se comprende perfectamente el clima de angustia y queja reflejado por dicha Memoria. El Proyecto de parte general de un Código penal, elaborado por dicha Comisión, se publicó des-

pués del cese de la misma, también como Apéndice a la citada Memoria (“Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1872). De este Proyecto fue ponente don Pedro Gómez de la Serna.

En tal Proyecto se recogen varias de las propuestas del informe del Código de Abogados de Madrid, a los cuales se añaden algunas otras: la declaración de que “las penas establecidas en la legislación militar para el castigo de los delitos comprendidos en el Código penal común, no se aplicarán a quienes no pertenezcan al Ejército, Armada o cualquiera fuerza organizada militarmente y que desempeñe funciones públicas”. Se prescribe para ciertos delincuentes el abono de la prisión preventiva y se atribuye a los tribunales superiores la propuesta de indulto para quienes hayan sufrido 24 años de las penas llamadas perpetuas, teniendo en cuenta la conducta observada en la prisión. Al lado de estas sensatas propuestas, hay alguna absurda, inspirada en la ciega adhesión al ejemplarismo de Bentham (tan en boga en la primera mitad del siglo) como es exponer públicamente el cadáver del condenado a muerte que hubiera fallecido antes de la ejecución (quizá se pensó en los suicidas, que al adelantar la muerte, ejecutada por su propia mano, escapaban a los últimos momentos de la ejecución espectacular y realizaban por tal medio a la vez una protesta contra la Justicia).

II. LAS REFORMAS

La Constitución de 1869 obligó a reformar el Código penal con gran rapidez (lo mismo ocurrió con la Constitución de 1931 y el Código de 1932) (14). A la Comisión de codificación cesante en el primero de octubre de 1869, sucedió la Comisión legislativa presidida por Ruiz Zorrilla, dentro de la cual hubo una sección de Derecho civil presidida por Gómez de la Serna y otra de Derecho penal presidida por don Nicolás María Rivero; quien, por los altos cargos que le ocuparon en estos tiempos (fue Alcalde de Madrid, Ministrito y Presidente de las Cortes) no es de suponer que pudiera realizar una intensa labor penalista. Don Luis Silvela dice (15) que si Pacheco representaba el pensamiento científico de la Comisión que formó el Código penal de 1848, don Alejandro Groizard representa el mismo pensamiento (retribucionista) en el seno de la Comisión que lo reformó. Ciertamente la reforma de 1870 acusa la mano de los prácticos en varios de los puntos modificados, y pudo ser uno de los más influyentes el magistrado Groizard (16). Su correligionario don Eugenio

(14) Véase el citado trabajo de NÚÑEZ BARBERO, págs. 19 y ss.

(15) *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, II, 2.ª edición, Madrid, 1903, pág. 254.

(16) En efecto, GROIZARD, en sus voluminosos comentarios (*El Código penal de 1870 concordado y comentado*, 8 volúmenes publicados en Burgos y Salamanca de 1870 a 1899) defendió algunas de las innovaciones más discutibles del Código del 70. Fue, en la Restauración, Ministro de Fomento y de Gracia y Jus-

Montero Ríos, Ministro de Gracia y Justicia, presentó a las Cortes el Proyecto de ley autorizando al Gobierno para publicar provisionalmente el Código penal, cuyo texto se acompañaba.

En el breve debate, que debía ser sobre la Ley de autorizaciones, según el criterio gubernamental, pero se convirtió por obra de los diputados intervinientes en un comentario adverso a varios artículos de trascendencia política, se trató de los delitos de imprenta, de la especie de encubrimiento que consistía en negar el cabeza de familia a la Autoridad judicial el permiso para entrar de noche en su domicilio a fin de aprehender al delincuente que se hallara en él (art. 16, n. 4) de los "vivas" contra la forma de Gobierno (art. 182) de la extensión dada al concepto de reuniones no pacíficas (17). Entre los oradores de la oposición destacó el después célebre don Francisco Silvela, quien hacía sus primeras armas parlamentarias, y, utilizando una táctica bastante corriente en las contiendas políticas, acusó al Gobierno de no ser fiel a su programa liberal y llevar a la ley criterios conservadores; no obstante ser Silvela con Cánovas las figuras más destacadas de la oposición conservadora (18).

Aprobada en las Cortes la autorización, se publicó la Ley de 17 de junio de 1870, conforme a la cual fue publicado el Código con fecha 30 de agosto. El Ministro se dedicó a estudiar las imperfecciones de su obra, que sometió al examen de la Comisión encargada de emitir su dictamen a las Cortes en la sesión del 30 de diciembre; pero el asesinato de Prim lo impidió (19). El Ministro dispuso por decreto la corrección del Código sin perjuicio de dar cuenta a las Cortes: hizo lo primero, pero no lo segundo. El Decreto correctivo lleva la fecha de 1 de enero de 1871 y, como hace notar Silvela (20) es algo más que una

ticia, Embajador en Roma y últimamente Presidente del Senado. Fue autor de un discurso en la Academia de C. M. y P. sobre: *La necesidad de remover los obstáculos que al desarrollo del derecho punitivo opone el principio de la soberanía territorial y la conveniencia de dar carácter extraterritorial a las leyes penales*, Madrid, 1885.

SILVELA (*El Derecho penal*, etc., t. II, págs. 33 y 254) menciona solamente a MONTERO RÍOS y a GROIZARD. Creo debe recordarse a don Pedro Gómez de la Serna, quien durante 15 años perteneció a las Comisiones legisladoras. Aunque su dedicación fue principalmente civilista y procesalista, se ocupó también del Derecho penal: tomó parte en los debates parlamentarios —desde la oposición— sobre el Código de 1848; colaboró, como hemos dicho, en el informe del Colegio de Abogados de Madrid y fue ponente en el Proyecto de parte general publicado por la Comisión codificadora. Había sido Ministro de Gracia y Justicia y en 1869 Presidente del Tribunal Supremo. Escribió con su discípulo Juan Manuel Montalbán un libro titulado: *Elementos de Derecho civil y penal*, 3 tomos (el último dedicado al Derecho penal), Madrid, 4.^a ed., 1851.

(17) NÚÑEZ BARBERO, ob. cit., págs. 20 y ss. ANTÓN ONECA, *Los antecedentes del Código penal de 1928* ("Revista de Legislación y Jurisprudencia", 1929, págs. 9 y 10).

(18) SILVELA (Francisco), *La oposición liberal conservadora en las Cortes constituyentes de 1869 a 1871. Colección de discursos*, Madrid, 1871.

(19) SILVELA, ob. y t. cit., pág. 33.

(20) SILVELA, ob. y t. citados, pág. 354.

fe de erratas. En efecto, entre otras modificaciones, redujo a faltas algunos delitos, como los hurtos por valor inferior a 10 pesetas o de 20 si eran de alimentos, frutas o leñas no siendo el culpable dos o más veces reincidente, y castigó las faltas frustradas contra las personas o contra la propiedad. Mas por Ley de 17 de julio de 1876 se restableció el primer texto del Código en lo relativo a los hurtos. Pareció aquella lenidad excesiva, según el autor citado, sobre todo en los pueblos esencialmente rurales. ¿Sólo en ellos? Era natural tal actitud en una generación todavía cercana a los tiempos en que se ahorcaba por la sustracción de una peseta, y en 1876 había un Gobierno más enérgico que los anteriores.

Recordados estos datos históricos, vamos a ocuparnos en señalar cuáles fueron los objetivos perseguidos por los reformadores de 1870 y hasta qué punto los consiguieron. Fue propósito de los legisladores:

A) Proteger penalmente la Constitución de 1869 tanto en la organización de los poderes políticos de la nación como en el reconocimiento de los derechos individuales.

B) Humanizar el Código conforme a los ideales mitigadores de los partidos representados en las Cortes, cuyas ideas en materia penal procedían de la Ilustración.

C) Corregir algunos preceptos que aparecían defectuosos técnicamente considerados y aún en el común sentir de las gentes.

1. *Protección de la Constitución.*—Llama la atención que, creado un título de “Delitos contra la Constitución”, no se siga el orden de ésta dentro de aquél. La primera comienza por tratar “De los españoles y sus derechos”, siguiendo los títulos dedicados a los poderes públicos. En el Código de 1870 se mantiene en primer lugar —como en el del 48— los delitos de lesa majestad; a los que siguen, dentro del mismo capítulo, los delitos contra las Cortes, el Consejo de Ministros y la forma de gobierno. Y es en el capítulo segundo donde se trata de los cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución. También es extraño que en el capítulo primero figuren los delitos contra la forma de gobierno después de los relativos a los poderes públicos, pues todas las instituciones políticas están fundadas en aquélla.

El concepto de delito contra la forma de Gobierno comprende “a los que ejecutaren cualquiera clase de actos o hechos encaminados directamente a conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales”, uno de los objetos enumerados en el artículo 181. Es una figura de consumación anticipada que permite castigar actos lejanos a la ejecución con las penas del delito consumado. Ahora bien; detrás del título nuevo, protector de la Constitución, se mantuvo el título segundo “Delitos contra el orden público”, incluyendo la rebelión y la sedición; y algunos de sus conceptos implican la duplicación de los definidos en el artículo 181 como delitos contra la forma de gobierno. La diferencia radica en ser necesario a la rebelión y a la sedición “el alzamiento público y en abierta hostilidad contra el Gobierno”, y para los de-

litos contra la forma de gobierno “el empleo de la fuerza y actuar fuera de las vías legales”; pero conminando la misma pena de reclusión temporal en su grado máximo a muerte para los autores principales si hubiera alzamiento público con armas y en abierta hostilidad contra el Gobierno. El artículo 243, dedicado a la rebelión, da por contenido a su n. 4: “Ejecutar cualquiera de los delitos previstos en el artículo 165 contra la forma de gobierno”. De este modo se inicia la tendencia a multiplicar en materia de la seguridad pública, los tipos delictivos sin preocuparse por las coincidencias; creando conflictos entre las normas y perplejidad en los tribunales. Este considerable defecto ha nacido quizá del temor a que las conductas peligrosas para el Estado escapen a través de las redes de la ley, no suficientemente tupidas; quizá también se ha buscado la prevención general por la repetición de la amenaza, y a veces ha sido pretexto para encomendar el conocimiento de ciertas conductas a las jurisdicciones especiales.

En la protección de los derechos individuales inquietaban especialmente dos problemas: el de la tolerancia religiosa y el de la libre emisión del pensamiento por medio de la imprenta.

El primero fue objeto en el Parlamento, al discutir el proyecto de Constitución, de famosos discursos. Se llegó a la aprobación del artículo 21, cuyo primer párrafo decía: “La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica.” La Constitución de 1837 (la más liberal antes de la del 69) añadía a “la religión católica” la frase: “que profesan los españoles”. La del 69, después de garantizar el ejercicio público o privado de cualquier otro culto a los extranjeros residentes en España (sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho), decía: “Si algunos españoles profesan otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior.” La voz mantener puede tomarse en el sentido de defender o de sustentar. La desaparición de algunos delitos del Código de 1848 como “la tentativa para abolir o variar en España la religión católica, apostólica, romana (art. 128) y la apostasía (art. 130) deja claro que el vocablo se empleó en la segunda acepción. Pero la forma condicional en que se acepta la profesión por otros españoles de otras religiones como algo excepcional, hubiera sido compatible con cierta protección especial del culto católico sin menoscabo de los demás. Al igualar en la protección a todos los cultos y quedar luego en desarmonía con la Constitución de 1876, se intentó varias veces modificar el Código, mas por otra parte los políticos de la revolución del 68, integrados en el partido fusionista o liberal, anduvieron remisos para la reforma; incluso cuando el Ministro proponente era correligionario. Esto lo veremos más claro al tratar de los proyectos del Código penal en el último tercio del siglo XIX.

La Constitución de 1869, tras reconocer al español el “Derecho de asociación para todos los fines de la vida humana que no sean

contrarios a la moral pública" (art. 17), aclaraba en el 19: "A toda asociación cuyos individuos delinquieren por los medios que la misma proporcione podrá imponérsele la pena de disolución. La autoridad gubernativa podrá suspender la asociación que delinca, sometiendo incontinenti a los reos al juez competente. Toda asociación cuyos sujetos o cuyos medios comprometan la seguridad del Estado podrá ser disuelta por una ley" (21). Pero el Código no protege la norma constitucional en toda su amplitud. Se limita a declarar la ilicitud de las asociaciones que por su objeto y circunstancias sean contrarias a la moral pública y las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en el Código (art. 198); y añade en los siguientes las sanciones imponibles en tales casos y en otros de incumplimiento de ciertas obligaciones respecto a la autoridad. Pero nada dice el Código sobre penas a las asociaciones (novedad notable de la Constitución) ni tampoco de las asociaciones que, sin tener por objeto cometer un delito, proporcionan medios para cometerlo; como ha ocurrido en ciertas asociaciones políticas, financieras o de recreo. La Ley de asociaciones de 1887 declaró ilícitas esas asociaciones, mas tal declaración no tuvo consecuencias en la legislación penal hasta el Código de 1928 (arts. 44 y n. 10 del 90).

Finalmente, el derecho de emitir libremente ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante (art. 17 de la Constitución) fue campo de Agramante en el debate parlamentario, como antes indicamos, y no tuvo, a nuestro parecer, satisfactoria solución.

Desde que se inventó la imprenta los poderes públicos se preocuparon de controlar esta fuente de difusión y propaganda con fácil clandestinidad. El Código del 48 excluía de su aplicación expresamente los delitos de prensa (art. 7). La Ley Necedal (1857) exigía un editor responsable que hubiera pagado tres años de contribución anticipada, un director y la firma del autor en cada artículo. La Ley dada por González Bravo en 1867, esto es la vigente cuando sobrevino la revolución de septiembre, mantenía un juzgado y un fiscal especiales de imprenta; establecía la responsabilidad del autor y, en su defecto, la del editor o director, considerando además cómplices a los impresores. Para las responsabilidades pecuniarias se destinaban, además del depósito, todos los efectos de la Redacción (22). Al estallar el movimiento revolucionario del 68, en un principio las Juntas revolucionarias y muy especialmente la de Madrid (que se atribuía superioridad sobre las demás, no reconocida por éstas), presionó al Gobierno provisional para que diera el decreto de 23 octubre 1868, por el cual los delitos de imprenta se sancionarían conforme al Código

(21) Véanse: SALDAÑA, *Capacidad criminal de las personas sociales*, Madrid, 1927, págs. 126 y ss. BARBERO SANTOS, *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?*, Madrid, 1957, págs. 309 y ss.

(22) EGUIZABAL, *Apuntes para una historia de la legislación española sobre la imprenta*, Madrid, 1879, págs. 215 y ss., 352 y ss.

penal, pero añadiendo responsabilidades subsidiarias. El Gobierno dio orden a la Comisión condicadora de incluir estos preceptos en el proyecto de Código que estaban elaborando. La Comisión respondió al encargo con la dimisión unánime, alegando que con el régimen común habrían de hacerse responsables hasta los vendedores de periódicos; y el presidente, don Manuel Cortina, en su dimisión individualizada, advirtió contra el sistema del vicariado que llegaría a imponer penas muy graves, imputando como dolosos hechos que a lo más sólo se podrían considerar culposos (injurias al Rey, noticias al enemigo) (23). La agitación reinante, el desenfreno de la prensa, donde se discutía desde la forma de Gobierno a la elección de un nuevo monarca (algún candidato al trono llegó a subvencionar a los periódicos) (24), motivó un cierto cambio en la actitud del Gobierno (25), procurando aunar la libertad con la mayor energía, que en el presidente, Prim, era proverbial. En la Constitución se proclamaba el derecho de los españoles a emitir libremente sus ideas y opiniones (art. 9), así como la prohibición de establecer la censura previa, el depósito, el editor responsable en los periódicos y toda otra disposición preventiva en esta materia. Pero en el Proyecto de Código penal se incluyeron normas que permitieron decir al diputado Sánchez Ruano: "el ministro ha discurrido el medio de poner con arte en una ley común una ley especial de imprenta" (no con tan buen arte como vamos a ver) (26). La especialidad estaba en la circunstancia quinta del artículo 10; en los artículos 12 y 15 sobre el concepto de autor en los delitos publicitarios, y en la figura de provocación al delito por medio de la imprenta u otro medio mecánico de publicación (artículos 582 y 583).

La circunstancia quinta, no obstante estar incluida entre las agravantes, tenía carácter mixto, conservado hasta la reforma de 1944, en la cual ha pasado a ser agravante.

Los artículos 12 y 15 tienden lo mismo que las anteriores leyes de imprenta, al fin de asegurar la responsabilidad de alguien a través de varias categorías de responsables subsidiarios y a evitar la extensión de la codelinuencia. El fracaso fue pronto evidente. En primer término se adoptó un principio intolerable en la cultura moderna: la responsabilidad sin culpabilidad. El aseguramiento de un responsable se frustró en muchos casos por la manía legislatora del casuismo: en vez de dar como supuesto para el descenso en la escala de los suplentes, que no pudiera hacerse efectiva la responsabilidad del

(23) Apéndices XXX, XXXI y XXXII a la *Memoria de la Comisión de Codificación citada*. "Revista de Legislación y Jurisprudencia", ts. 40 a 43.

(24) FERNÁNDEZ ALMAGRO, *Historia política de la España contemporánea*, t. 1, pág. 95.

(25) MARQUÉS DE LEMA, *De la revolución a la restauración*, Madrid, 1927, I, págs. 217, 218.

(26) ANTÓN ONECA, *Los antecedentes del nuevo Código penal*, "Rev. de Legislación y Jurisprudencia", 1929, n. 1. NÚÑEZ BARBERO, ob. cit., pág. 27.

anterior por cualquier motivo, los legisladores puntualizaron innecesariamente las causas: "cuando no sean conocidos, etc."; olvidando los impedimentos de naturaleza procesal, y como el Parlamento acostumbraba a negar la autorización para procesar a los diputados o senadores por delitos políticos, dando un concepto muy amplio a esta delincuencia, se pudo injuriar y calumniar impunemente en los periódicos, porque siempre había diputado o senador que se declaraba autor del artículo sin serlo. Lo cual motivó más de una vez la suspensión de las garantías constitucionales con objeto de impedir ciertas campañas de los periódicos.

La provocación para delinquir por medio de la imprenta el grabado u otro medio mecánico de publicación se castigó, fuera de lugar, en el título final del libro segundo. Con razón se señaló el contraste entre el artículo 582 que esto disponía y la impunidad disfrutada por la inducción particular no seguida de la ejecución del delito, como también con la provocación oral en reuniones públicas, salvo en los inspiradores de las ilegales (art. 193).

2. *Humanización del Código.*—Sin embargo, la reforma fue encomiable porque sus autores, hombres educados en las ideas de la Ilustración —entre las cuales tuvieron lugar preferente las de mitigación de las penas—, se ocuparon en limar las aristas demasiado duras de los Códigos del 48 y del 50.

El primero significó ya un progreso en este sentido si lo comparamos con la legislación del antiguo régimen (27). Es verdad que el amplísimo arbitrio judicial permitió a los tribunales dulcificar en ocasiones la severidad de las leyes y remediar por otra parte los muchos vacíos que, en las nuevas condiciones históricas, se advertían. Pero aquella benignidad, elogiada por algunos juristas de entonces que comparaban el antiguo y el nuevo régimen jurídico (28), fue discontinua, y, por consiguiente, faltaba la seguridad jurídica. Ahora bien; los legisladores no habían podido por menos de ser en parte influidos por la legislación anterior, aunque los del 48 en medida notablemente inferior a los del 22. Y, en el 70, los años transcurridos, el credo político más o menos liberal de los Gobiernos y la reacción pública contra el inmediato pasado autoritario (muy marcado especialmente en las censuras a la reforma de 1850) contribuyeron a una mayor templanza en los pasajes que a continuación subrayamos.

En la conspiración y la proposición se volvió a limitar la punibilidad, como en el Código del 48, a los casos en que sea especialmente

(27) TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de los siglos XVI al XVIII*, Madrid, 1970.

(28) Así en el debate habido en el Congreso sobre el Proyecto del Código de 1848, pudieron hacer los diputados Corzo y Alonso el elogio del arbitrio judicial prudente, entonces disfrutado (ANTÓN ONECA, *El Código penal de 1848 y D. J. F. Pacheco*, en "Anuario de Derecho penal", fasc. 3.º de 1865. GONZÁLEZ SERRANO, *Apéndice al Código penal concordado y comentado*, de Pacheco, 5.ª ed., Madrid, 1876, págs. 22 y 23).

previsto. A la exigente de menor edad se añadió un párrafo precursor del moderno tratamiento de protección: el menor irresponsable sería entregado a la familia con encargo de vigilarlo y educarlo. "A falta de persona que se encargue de su vigilancia y educación, será llevado a un establecimiento de beneficencia destinado a la educación de huérfanos y desamparados, de donde no saldrá sino al tiempo y con las condiciones prescritas para los acogidos" (artículo 8, núm. 2). Se suprimieron agravantes: ejecutar el delito como medio para perpetrar otro; ejecutarlo con uso de armas prohibidas por la autoridad, y la fórmula final de las agravantes por analogía. (supresión esta última aceptable dado el número excesivo de las específicas, pero limitadora del escaso arbitrio judicial autorizado por el Código). El parentesco, antes agravante, pasó a ser circunstancia mixta. Desapareció la calificación de complicidad para los encubridores de delincuentes notoriamente habituales (art. 13). Se extendió la retroactividad de la ley más favorable a los casos de sentencia ejecutoria (art. 29).

Se borró de la escala general (art. 26) la pena de argolla, que el Código de 1848 había sostenido, no obstante, la declaración del artículo 23: "La Ley no reconoce pena alguna infamante" (29). También se eliminaron la vigilancia de autoridad y el confinamiento menor. Desaparecieron prácticamente las penas perpetuas al disponer el indulto a los 30 años de cumplimiento de condena, a no ser que por su conducta o por otras circunstancias graves no fueran dignos del indulto, a juicio del Gobierno (art. 29).

En la aplicación de las penas al concurso de delitos, al sistema de la acumulación material, sucedió el de la acumulación jurídicos (artículos 69 y 70). Para la ejecución de la pena de muerte, ya el Código de 1848 había atenuado el carácter espectacular adoptado por el del 22, inspirado en el ejemplarismo de Bentham. El de 1870 lo redujo todavía más, pero conservando la publicidad y que el reo fuera conducido al patíbulo vestido con hopa negra (arts. 102, 103). La prescripción de las penas leves pasó del plazo de 10 años al de uno (art. 134).

Fueron suprimidas varias figuras de delito: los contrarios a la religión católica; el no revelar la conspiración contra la vida del Rey o del inmediato sucesor de la corona, que habría de realizarse en el

(29) Pacheco había combatido briosamente las penas infamantes en sus *Estudios de Derecho penal*; repitió luego sus argumentos en el *Código penal concordado y comentado*, t. I, 2.^a ed., págs. 304 y ss.; y concretamente contra la pena de argolla escribió en la página 316 de la misma obra y tomo. Si en las actas de la Comisión de Códigos referentes a la preparación del Código de 1848, se le tribuye que no se atrevía a votar contra la argolla porque podría haber necesidad de agravar la pena de los cómplices, es posible que hubiera en aquel punto uno de los fundamentos para que Pacheco calificara de desgracia que "semejantes discusiones no se hayan recogido o se hayan recogido mal" (*El Código penal*, etc., I, pág. LXI).

plazo de 24 horas a partir del momento de tener noticia de ella; los de sociedades secretas, vagancia y mendicidad, usurpación sin violencia en las personas.

En la penalidad a los delitos en particular, hubo reducciones: desapareció la de muerte como pena única; también dejó de asignarse esta pena al reo de tentativa contra la vida o la persona del inmediato sucesor a la Corona. Y la penalidad, a veces constituida por grados de una o dos penas distintas, en lugar de conminar penas íntegras para cada figura de delito, permitió una mayor flexibilidad y facilitó la proporción entre las penas y los delitos tan casuísticamente especificados. Dejó de igualarse la penalidad de la tentativa y la consumación en los robos con violencia o intimidación en las personas (art. 415 del Código de 1848); y la pena mínima para esta clase de robos, que era de cadena temporal, pasó a ser en el de 1870 de presidio correccional a presidio mayor en su grado medio.

En el Decreto de corrección de erratas de 1 de enero de 1871 quedó reducido a mera falta el hurto por valor menor a 10 pesetas. En cambio en el del 48 era falta la estafa o engaño que defraudaren cantidad no excedente de cinco duros (n. 1 del art. 470), desaparecida del cuerpo legal que estamos examinando.

3. *Las reformas técnicas.*—Según el art. 1 (párrafo 3) del Código del 48: “El que ejecutare voluntariamente el hecho será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta a aquella a quien se proponía ofender”. Se trataba claramente del “error in persona”. El Código del 70 ensancha el alcance del precepto para abarcar todo el error sobre el hecho: “El que cometiere un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal aunque el mal ejecutado fuera distinto del que se hubiera propuesto ejecutar.” No se dice el contenido de esta responsabilidad, pero en este y otros preceptos, se ha justificado la aplicación del principio *versari in re illicita*, etc. al cual nuestra jurisprudencia ha sido tan adicta (30). Ciertamente la reforma del 70 estableció el artículo 65 (hoy el 50) que prescribe la pena del delito menos grave en su grado máximo; pero dado el concurso de esta norma con la atenuante tercera del art. 9, los tribunales usaron de ésta con preferencia.

La definición del delito frustrado tenía en el Código del 48 un sentido subjetivo (“hay delito frustrado cuando el culpable, a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo...”) mientras en el del 70, hay delito frustrado “cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían dar por resultado el delito”...; o sea, domina el punto de vista objetivo (art. 3). El Código del 48, al castigar en los delitos de lesa majestad la conspiración y la proposición, se cuidó de eximir de pena al reo que diera parte

(30) CEREZO MIR, *El “versari in re illicita” en el Código penal español*, Madrid, 1962 (separata del “Anuario de Derecho penal”).

de las mismas a la Autoridad pública antes de haber comenzado el procedimiento (arts. 161 y 162). Y el del 50, al declarar punibles la conspiración y la proposición para cometer cualquier delito, no se olvidó de eximir también de toda pena si había desistimiento dando parte a la Autoridad (art. 4). La reforma del 70, que volvió a reducir el castigo de dichos actos preparatorios al modo que en 1848, no concedió eficacia de exención al desistimiento. Con lo cual los realizadores de estos actos preparatorios quedaban en peor situación que los de la tentativa o frustración.

Los redactores del Código del 48 expresaron en el artículo 7 los delitos especiales que no quedaban sujetos a las disposiciones del Código. En el del 70, se substituyó esta mención especial por una declaración general (no quedan sujetos a las disposiciones de este Código los delitos que se hallen penados por leyes especiales) que no ha podido cumplirse en su integridad, porque han proliferado las leyes especiales, muchas de ellas no tienen parte general y no hay otro remedio que aplicar los preceptos generales del Código, contra lo dispuesto inadvertidamente por el art. 7.

En las circunstancias agravantes, hubo varias novedades. La alevosía, tan sucintamente definida en el Código del 48 (a traición y sobre seguro) y en el del 50 (obrar a traición o sobre seguro) pierde la sobriedad de expresión en el dilatado número 2 del artículo 10 del Código del 70: comienza con las palabras "empleando medios, modos o formas", que parecen indicar la posibilidad de elegir otros medios no comprendidos en la agravante, con lo cual se llegará a la siempre impopular exclusión como víctima del permanentemente indefenso (el niño o el paralítico); y termina con el destino de tales medios "a asegurar la ejecución sin riesgo para su persona de la defensa que pudiera hacer el ofendido". Esta limitación a la defensa del ofendido sin contar con la que podrían hacer sus protectores (la escolta del magnate, los guardaespaldas del gansster) excluye la identificación entre alevosía y cobardía que hizo Bernaldo de Quirós (31): interpretación sin duda conforme con la opinión popular pero no con la nueva redacción del Código. La reincidencia era caracterizada en el Código del 48 por ser los delitos de la misma especie, confiando la determinación a la prudencia del juez. En el 70, la exigencia de pertenecer al mismo título del Código, confía en la ciencia del legislador, y dificulta la aplicación de la agravante en los delitos complejos, resultado de haber unido en uno la concurrencia de hechos pertenecientes a títulos distintos. Finalmente, el mayor y más trágico dislate fue hacer de la vagancia una agravante (23 del art. 10) que puede causar la imposición de la pena de muerte cuando no la neutralice alguna atenuante. La vagancia no es índice de mayor culpabilidad, sino que al contrario, suele ser síntoma de oligofrenia o psicopatía. La vagancia fue considerada

(31) BERNALDO DE QUIRÓS, *Teoría del Código penal*, Alcalá, 1911, pág. 436.

durante mucho tiempo como delito y son muchas las disposiciones que en nuestra historia y en la de otros países se han dado para reprimirla. El Código del 48, siguiendo los modelos francés, napolitano y brasileño, dedicó un título (el VI del libro segundo) a la vagancia y mendicidad. Tenía un cierto sentido como delito de sospecha, pues de quien no tiene medio conocido y legítimo de subsistencia, es lógico presumir que vive de medios ilícitos. Por aquel tiempo no se conocían otros procedimientos para combatir la peligrosidad que las penas y los legisladores de entonces escogieron la prisión correccional y la vigilancia de la autoridad; demostrando con esta última el presentimiento de lo que luego iba a ser la medida de seguridad establecida en la Ley de Vagos y Maleantes, mantenida en la de 4 de agosto de 1970 con el nombre de Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social.

El Código del 48 tenía 38 penas: de ellas 12 privativas de libertad, 5 restrictivas de la misma, 6 privativas de derechos, 5 pecuniarias y 2 infamantes. Ya hemos visto, al hablar de la humanización del Código, la supresión real de algunas. En cambio es aparente la desaparición de la prisión y el presidio menores, porque quedaron abarcadas en la mayor duración del presidio y la prisión correccionales. En el Código de 1848 se contaban las penas contra la libertad por años o por meses, sin que al legislador le hubiera importado que el límite superior de la pena menos grave coincidiera con el inferior de la inmediata más grave, o mediare un lapso de tiempo entre los límites de una y otra. En cambio, los legisladores del 70, con detallismo de contables, añadieron a los años y meses de cada pena o grado de la misma la famosa coletilla “y un día”. Como los tribunales aplican en muchos casos el mínimo de la penalidad en la ley establecida para cada delito, y los periódicos hacen populares muchas sentencias, los no juristas han encontrado siempre extraño o grotesco el detalle, sobre todo cuando la condena es por largo tiempo. O también se ha creído algunas veces —como Bernaldo de Quirós dice haber escuchado en medios rurales— que ese día “es un día que no llega”. (Memoria probablemente de la cláusula de retención prescrita en una pragmática de Carlos III y que estuvo en práctica en las prisiones españolas hasta bien entrado el siglo XIX (32).

En el título dedicado a la responsabilidad civil, el artículo 123 del Código de 1848 decía: “Una ley especial determinará los casos y forma en que el Estado ha de indemnizar al agraviado por un delito o falta cuando los autores y demás responsables carecieren de medios para hacer la indemnización”. No se publicó la anunciada ley pero debemos recordar la idea, precursora de la doctrina de Ferri sobre indemnización a las víctimas del delito por el Estado,

(32) BERNALDO DE QUIROS, Prólogo a *La sentencia indeterminada*, por JIMÉNEZ DE ASÚA, Madrid, 1913, pág. XXVI. Segunda edición, Buenos Aires, 1947.

recogida en el Proyecto italiano de 1921 y en el Código penal español de 1928, que asignaba una parte de las multas a un fondo que quedase a disposición del Tribunal Supremo para indemnizar a las víctimas de los errores judiciales y en lo posible a las de delitos que no puedan ser indemnizados (art. 183); así como después en la Ley de 1962 y el Reglamento de 1967 al instituir el Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación. La reforma de 1870 suprimió lo que en el Código anterior había sido solamente una promesa.

En el título de los delitos contra las personas, se hicieron varias alteraciones. El Código anterior, en el primer capítulo bajo la rúbrica "Homicidio" comprendía el parricidio, los homicidios agravados, posteriormente llamados asesinatos, y los otros homicidios (menos el infanticidio que era objeto de un capítulo aparte, debido sin duda a ser tres las circunstancias que lo especializan). La sistemática era análoga a la restaurada por el Código de 1932 y persistente en el que hoy está vigente. Los legisladores del 70 dividieron lo que antes era un solo capítulo dedicado al homicidio en tres capítulos: el primero para el parricidio, el segundo para el asesinato y el tercero para el homicidio, comprendiendo en este tercer capítulo el que suele llamarse simple homicidio, el homicidio en riña y el homicidio suicidio. La palabra homicidio pasó, pues, de significar un género a designar una especie, comprendida con autonomía dentro del amplio título VIII "Delitos contra las personas". Las consecuencias del cambio eran importantes en dos aspectos: la codelincuencia y el robo con motivo u ocasión del cual resultare homicidio. Con el sistema de 1848, siendo el parricidio y los hoy llamados asesinatos, no otra cosa que homicidios calificados por una circunstancia, permitían la aplicación del artículo 69 (idéntico al 60 del Código vigente) que individualiza las circunstancias de los codelincuentes y, en el caso de dar muerte a un hombre, se podía condenar a cada uno por una especie de homicidio distinto (por ejemplo: al hijo por parricidio y al extraño por homicidio simple o por asesinato). En lo referente al robo con motivo u ocasión del cual resultare homicidio, quedarían comprendidos en éste el parricidio y el asesinato. De la distinta sistemática del Código de 1870 se deducían para ambos problemas soluciones distintas a las expuestas.

Sin embargo, por lo que al último problema se refiere, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras algunas vacilaciones, cuando había robo, muerte y alguna de las circunstancias del asesinato, siguió prefiriendo el tipo complejo de robo con homicidio (sin perjuicio de estimar las correspondientes agravantes) al concurso de dos delitos: uno de robo y otro de asesinato. Influyó, a mi modo de ver, en esta preferencia la dificultad de elegir la especie de robo que había de concurrir con el asesinato: no podía ser el robo con homicidio porque esto implicaría la imputación doble de una sola muerte ni satisfacía la del último número del art. 501 porque éste tiene un carácter residual: está dedicado a las violencias menores

(lesiones menos graves, leves, amenazas, coacciones). Tal actitud de los tribunales se afianzó por la Ley de 3 de enero de 1908 que reformó el artículo 90 del Código penal (art. 71 del vigente). Según la redacción de este precepto anterior a dicha ley, cuando un hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos fuera medio para cometer el otro, se impondría la pena correspondiente al delito más grave, aplicándola en su grado máximo. Por consiguiente el concurso de robo y asesinato conducía a la pena de muerte. Mas, al establecerse por la citada Ley un límite en la suma de las dos que podrían imponerse penando separadamente ambos delitos, si en el asesinato no se daba más que la agravante necesaria para constituir dicha infracción, no se imponía ya la pena de muerte. Por el contrario, calificando los hechos como robo con homicidio, esa agravante actuaba en la penalidad de cadena perpetua a muerte, y obligaba a la imposición de la última a no ser que hubiera atenuantes compensadoras. Y es perfectamente explicable que los magistrados quisieran aplicar la mayor pena al hecho más grave a la vez contra las personas y contra la propiedad (33).

El Código de 1932 y los siguientes han restaurado el sistema del de 1848 (salvo que éste no empleaba la palabra asesinato, pero incluía la misma figura de homicidio calificado por las mismas cinco agravantes del llamado desde 1870 asesinato). Sin embargo, algunos esclarecidos penalistas siguen creyendo que en el robo con homicidio no se puede comprender el robo con asesinato o con parricidio (34).

(33) Segn GROIZARD (ob. cit., vol. VII, págs. 78 y ss.) se hizo la reforma del homicidio calificado como asesinato o parricidio separándolos, como figuras autónomas, del homicidio, "olvidando la oportuna adición en el robo con homicidio". Que se debía apreciar concurso de robo con asesinato dijo la sentencia de 13 de julio de 1880; pero la del 29 del mismo mes y año apreció el delito complejo. Sobre los aspectos de la cuestión y los variantes criterios del T. S. véanse: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, vol. VII, Buenos Aires, 1962, págs. 174 y ss. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Parte Especial*, t. II, Madrid, 1964, págs. 403 y ss. Este autor se muestra conforme con el criterio dominante en la jurisprudencia de comprender en el robo con homicidio, el robo con asesinato, funcionando como agravantes del tipo complejo las que hubieran calificado el asesinato de apreciarse el concurso de delitos. Es de distinto parecer respecto al parricidio "por su estructura tan genuina en lo formal y en lo criminológico". Mas la rúbrica del capítulo primero del título VIII no permite esa distinción, y lo criminológico no afecta aquí al problema jurídico. Debe consultarse también: Gimbernat, *Delitos cualificados por el resultado y Causalidad*. Madrid, 1966, págs. 176 y ss. Mi parecer sigue siendo el mismo que, en forma muy resumida, expuse en *Derecho penal*, Madrid, 1922, págs. 173 y ss.

(34) De esa opinión es RODRÍGUEZ DEVESA (*Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed., págs. 370 y ss. y dice fundamentarla histórica y teleológicamente. Análogo parecer sostiene Rodríguez Mourullo en la conferencia y libro citado (págs. 157 y ss.). Se apoya en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1934, la cual, en efecto, parece contundente. Ahora bien; se da en un recurso por quebrantamiento de forma, casando una sentencia en que la Audiencia condenaba por asesinato no obstante las conclusiones definitivas del Fiscal favorables al homicidio simple de acuerdo con el veredicto del

El problema se hubiera evitado si, en vez de la escala de infracciones complejas de robo con las distintas clases de violencia delictiva en las personas, se hubiera construido un tipo de robo con violencia e intimidación en las personas, que se apreciase en concurso con los ordinarios a que dan lugar estos ataques personales.

El título de delitos contra las personas tuvo otras novedades. En los sujetos del parricidio se prescindió de los padres e hijos adoptivos y se adicionaron los ascendientes y descendientes ilegítimos. Cambio inoportuno, porque en la adopción se hace vida de familia, existiendo un deber de protección en el adoptante y de gratitud en el adoptado. Mientras el parentesco ilegítimo suele ser ajeno a la vida familiar, siendo frecuentes los abandonos y los justificados resentimientos. En las lesiones se añadió un supuesto de lesiones graves, pero, al aplicar a algunas figuras de lesiones grados de penas en lugar de penas completas, se mantuvo la proporcionalidad, que hubiera sido difícil de lograr imponiendo penas completas como hacía el Código de 1848 (y como volvió a hacer el de 1944; el cual para proporcionar las penas a los tipos de lesiones acude a las multas, sanción adicionada a la privativa de libertad; pero poco adecuada para lesiones graves). En conjunto el delito de lesiones quedó más casuístico que antes y mantuvo su más lamentable defecto de fijar las sanciones por el resultado, el más repetido los días de curación, con lo cual la pena depende del parte de sanidad del médico, el cual está determinado a su vez por los efectos de los antibióticos. Novedad del Código del 70 fue en este capítulo el artículo 436 que castigaba las mutilaciones para eximirse del servicio militar. Figura que había sido preconizada por el Colegio de Abogados de Madrid.

Nueva fue también la de disparo de arma de fuego. Groizard (35) fundaba el nuevo precepto "en la incertidumbre sobre la intención del sujeto, ante la cual los tribunales declaran el hecho delito de lesiones consumado" y si no se causaban lesiones de ninguna clase, se cambiaba el punto de vista y, acudiendo al elemento moral, castigaban por tentativa o delito frustrado contra la vida con pena más grave que la correspondiente al primer caso, o también, para evitar la desigualdad, se hacían absoluciones inmotivadas." "A este mal —añade Groizard— cuya realidad no podía negarse, aunque tuviese por causa más que una deficiencia de la ley, falta de preparación científica de los llamados a aplicarla, se propusieron poner remedio los autores

Jurado. Se recurre alegando el núm. 4 del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, o sea, a causa de condena por un delito más grave que el objeto de la acusación. El Supremo para revocar la sentencia sostiene que el asesinato es un delito autónomo y no un mero homicidio circunstanciado, y que los reformadores del 32 no tuvieron el propósito de variar el estado anterior. Probablemente el T. S. quiso imponer el veredicto del Jurado, primando lo justo sobre lo dogmático. Y luego, en los considerandos, con prurito definitorio, se hacen afirmaciones demasiado rotundas. Pero son más numerosos los fallos, incluso bajo la vigencia del Código de 1870, en que se acepta la otra solución.

(35) GROIZARD, *El Código de 1870*, t. IV, Salamanca, 1891, págs. 451 y ss.

de la reforma" (36). Fácil le fue a la crítica (37) atacar al extraño-
precepto, fundada en que el disparo de arma de fuego contra cual-
quiera persona sin resultado de muerte, es homicidio frustrado, o
lesiones consumadas o frustradas, o amenazas (salvo, claro está, si
se dieran las infracciones que absorben la agresión personal, como
algunos contra la Constitución o el orden público). Se consumó, en
virtud de la lógica encerrada en las anteriores observaciones, la su-
presión sin más en la reforma de 1932. Mas, con ello, se ha vuelto a
una situación parecida a la lamentada por Groizard en los tiempos
anteriores al 70. Los Tribunales, ante el resultado concreto de lesio-
nes, si la intención homicida no está demasiado clara, califican el
delito consumado contra la integridad corporal. Si aquél no se pro-
duce, como nos encontramos sin figura genérica de lesiones a la
cual referir la tentativa, y sería caprichoso afirmar una voluntad
en el culpable de causar lesiones que tarden en curar 30 ó 90 días,
están propicios a estimar el homicidio frustrado; aunque la natura-
leza del arma y de la carga, la distancia del tiro, la región corporal
afectada y los antecedentes del hecho y de su autor, hagan suma-
mente controvertible el dolo de matar (38). El remedio no estaba ni
en la artificiosa creación que Groizard defiende ni tampoco en la
extirpación del miembro inútil del Código sin sanar el foco de la
infección: esto es, sin destruir el excesivo objetivismo del Código
en una de sus manifestaciones más acusadas y menos disculpables.
Es preciso instituir una figura general de lesiones, no determinada
por un resultado detallado (sin perjuicio de otros tipos agravados o
privilegiados) a la cual pueda referirse la forma imperfecta.

Donde los legisladores del 70 agotaron la capacidad casuística fue-
en el delito de robo, especialmente en el de fuerza en las cosas, al
combinar varias circunstancias para determinar diversos efectos pena-
les: casa habitada o no habitada, edificio público o destinado al culto,
dependencias de estos lugares (patios, corrales, bodegas, graneros,
pajares, cocheras cuadras y demás departamentos o sitios cerrados y
contiguos al edificio y en comunicación con el mismo y que formen
un solo todo); las especies de objetos sustraídos y el importe de lo
robado; la cuadrilla y el despoblado, llevar o no armas. Aquí se debió
de volcar la memoria de los prácticos que intervinieron en la redac-
ción del Código y antes intervinieron profesionalmente en el juicio
de multitud de robos, calibrando todas sus circunstancias: objetivas
casi todas, salvo la cuadrilla y ser el culpable dos o más veces rein-
cidente. Este detallismo, más escrupuloso en el Código del 70 que en

(36) GROIZARD, *El Código de 1870*, t. IV, Salamanca, 1891, págs. 451 y ss.

(37) SALDAÑA, *Adiciones al Tratado de Liszt*, t. I, pág. 469. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El delito de disparo de arma de fuego*, en "Revista de Ciencias Jurídicas y sociales", 1910, págs. 200 y ss. GARRIGUES, *Sobre algunos puntos del Código penal*, Madrid, 1920, págs. 33 y ss.

(38) ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código penal: las lesiones*, en "Estudios penales, Homenaje al P. Pereda", Bilbao, 1965, págs. 780 y ss.

el de 1848, creó un laberinto, del que intentó salir el Código de 1944, consiguiendo una mayor simplificación (mas este Código incurrió en un lamentable defecto: al conminar las penas en toda su extensión y establecerse las escalas de delitos y de las penas correspondientes, se llegó a la peregrina consecuencia de privilegiar al ladrón que robe con violencia o intimidación en las personas sobre el que se limite a emplear fuerza en las cosas (39).

En cambio, fue mayor el casuismo del Código del 48 en las faltas y fue error también el ordenarlas no por su especie sino por su gravedad. El del 70 las sistematizó en la forma perdurante en la actualidad. Con relación al anterior, se echó de menos la falta de estafa en él admitida y también la del hurto de alimentos para sustentarse el sujeto y sus familiares durante dos días: pequeña benignidad en que apuntaba tímidamente lo que después ha sido uno de los hechos subsumibles en el estado necesidad. Y ya dijimos al tratar de la formación del Código del 70 los avatares porque pasaron las faltas generales de hurto.

III. JUICIO SOBRE LA REFORMA DE 1870

La reforma de 1870 fue útil en su aspecto político por la protección de los derechos individuales, y significó, además, un paso adelante en la mitigación de las penas exigida por el nuevo ambiente histórico.

En el aspecto técnico el juicio debe ser menos favorable: los legisladores permanecieron ajenos a varias razonables propuestas del Informe del Colegio de Abogados de Madrid y también de la Comisión de codificación que cesó en 1869, así como a exigencias muy visiblemente puestas de relieve por la realidad: como, por ejemplo, la imposibilidad de cumplir las reglas de ejecución de las penas privativas de libertad.

El Código de 1848 se había engendrado en una época de fuerte tensión contra los excesos del arbitrio judicial del antiguo régimen. Véase cómo apreciaba la situación uno de los autores de aquél Código: "He aquí, por consiguiente, la arbitrariedad como principio, el juez convertido en legislador, templando, modificando los vicios de nuestras leyes criminales, y esto aplaudido por el pueblo que se estremecería al ver estrictamente aplicada la ley, porque la considera como bárbara, como atroz, sanguinaria e insultante a la humanidad" (40). A esto ha de añadirse la escasa confianza en la competencia e imparcialidad de los funcionarios judiciales, a causa de los cambios políticos y la amovilidad de los funcionarios.

(39) RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho penal español, Parte especial*, Madrid, 3.ª ed., 1969, pág. 386.

(40) VIZMANOS y ALVAREZ, *Comentarios al nuevo Código penal*, Madrid, 1848, pág. XLII.

Pero, transcurridos veintidós años, era lógico rectificar los excesos del legalismo, tomando como modelo otras legislaciones. Así en Francia (de donde procedía por entonces la mayor parte de la información española) en 1868 se habían ampliado los efectos de las atenuantes genéricas, ya establecidas por la Ley de 1832. En cambio en nuestro país, por el mayor casuismo, se aumentaron en 1870 los males del legalismo excesivo.

El estilo del Código del 48 era más sobrio y sencillo que el de su sucesor. Compárese, por ejemplo, la definición de la alevosía en uno y otro cuerpo legal, el aumento de las escalas graduales, la prolijidad de las figuras delictivas contra el Estado, los tipos inútil o perjudicialmente creados como el de disparo de arma de fuego. En el lenguaje se mantienen ciertos arcaísmos, explicables en el año 48 cuando los abogados estaban acostumbrados a manejar las Recopilaciones y Las Partidas pero ya no tanto en 1870. Ejemplos: la falta de fijeza para designar las formas de la culpabilidad, dando ocasión a la fatiga de los dogmáticos en su esfuerzo para encontrar sentido a la variedad del vocabulario; el empleo de la palabra malicia para designar el dolo (significando la palabra malicia en el hablar vulgar mala intención, o sea, una valoración moral de los motivos (41); e incluso el abuso del empleo del futuro imperfecto de subjuntivo, usual en nuestra antigua legislación, pero nada corriente en el lenguaje del pueblo.

Los proyectos de Código penal preparados en los últimos treinta años del siglo, se proponían, junto a la adaptación del Código a la Constitución de 1876, simplificar el sistema de las penas, su aplicación y su ejecución: tenían por objeto, más que abrir paso a las nuevas ideas de la ciencia penal, perfeccionar el Código de 1870, purificándolo de los defectos nacidos de la precipitación. Es lástima que no encontraran aprobación los muy acertados de Alonso Martínez, o el más conocido de Silvela. Pero merecen un estudio aparte en cuanto han influido en nuestros Códigos y leyes penales posteriores.

(41) En los debates parlamentarios sobre el que fue Código de 1822, Calatrava, principal autor y defensor del mismo, declara haber tomado las palabras "mala intención" (sustituidas por malicia en el texto definitivo) de las Partidas. *Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias* de 18821, t. I, 1822, pág. 191. La palabra malicia recuerda los tiempos en que se identificaron, al menos en parte, pecado y delito. Véase la obra ya citada de Tomás y Valiente, págs. 221 y ss.