

La individualización judicial de la pena en la primera codificación francesa y española¹

RESUMEN

Estudio comparado de la individualización judicial de la pena en los primeros Códigos penales de Francia (1791, 1795 y 1810) y España (1822 y 1848). Doctrina, ley e influencias.

PALABRAS CLAVE

Principio de legalidad, arbitrio judicial, individualización de la pena, códigos penales, Francia, España.

ABSTRACT

Comparative study of the judicial individualisation of punishment in the first criminal Codes of France (1791, 1795 y 1810) and Spain (1822 y 1848). Doctrine, Law, and influences.

KEY WORDS

Principle of legality, judicial discretion, individualisation of punishment, criminals codes, France, Spain.

Recibido: 4 de febrero de 2014.

Aceptado: 9 de junio de 2014.

¹ Este artículo se ha redactado como parte del Proyecto de Investigación «La influencia de la codificación francesa en la tradición penal española: su concreto alcance en la parte general de los códigos decimonónicos» (DER2012 -38469).

SUMARIO: I. Marco cronológico y objeto de estudio.—II. La pena en el ideario filosófico de la Revolución.—III. La lucha contra la arbitrariedad judicial en los Códigos penales franceses de 1791 y 1795.—IV. La individualización judicial de la pena en el Código penal francés de 1810.—V. La individualización judicial de la pena en el Código penal español de 1822.—VI. La individualización judicial de la pena en el Código penal español de 1848.—VII. Conclusiones.

I. MARCO CRONOLÓGICO Y OBJETO DE ESTUDIO

El principal objeto de estudio de este trabajo es, como anuncia el título del mismo, la individualización judicial de la pena que se recoge en los primeros Códigos penales franceses y españoles (es decir, los textos franceses de 1791, 1795 y 1810, y los españoles de 1822 y 1848), bajo el ámbito de influencia de los nuevos principios penales esgrimidos por los filósofos de la Revolución.

Se trata de entender cómo las nuevas ideas penales del iusracionalismo liberal se plasmaron en la letra de la ley, dando lugar a una penalidad completamente nueva y distinta a la del Antiguo Régimen, basada en los principios científicos que se debatían en los ambientes intelectuales de la época, y que provenían fundamentalmente de Francia. Avalar o desmitificar la influencia que, en este punto concreto, ejerció la codificación penal francesa en la legislación española es, por tanto, otro de los objetivos fundamentales del análisis que se propone.

Los principios que serán objeto de estudio a tal fin, son los principios de legalidad e igualdad de la pena, que se formularon originariamente como elementos clave contra la arbitrariedad judicial del Antiguo Régimen, convirtiéndose en un primer escollo para la aplicación de la individualización de las penas; y los de proporcionalidad y utilidad, desarrollados especialmente por el utilitarismo penal benthamiano, que, por el contrario, sirvieron de apoyo o punto de partida a la idea de la individualización, todavía muy tímida en el ideario de la llamada Escuela clásica del derecho penal bajo el que se redactaron los primeros códigos decimonónicos.

Tras las correcciones introducidas sobre esta cuestión en la época del liberalismo doctrinario, o moderantismo español, por las Escuelas neoclásica francesa y retribucionista española, habrá que esperar al desarrollo de nuevas escuelas de derecho penal a partir de la segunda mitad del siglo XIX, como el positivismo, la escuela sociológica, la *terza scuola* italiana, el correccionalismo español, y otras escuelas eclécticas que situaron al delincuente, frente al delito, en el centro del debate científico, para que la individualización de la pena adquiriera carta de naturaleza y se desarrollara plenamente. Sin embargo, esta realidad sólo quedará aquí apuntada, pues de lo que se trata es de situar los más lejanos orígenes o antecedentes de la idea de la individualización de la pena en los primeros códigos contemporáneos franceses y españoles, así como analizar las posibles influencias que se dieron entre ellos.

En cuanto al concepto de la individualización al que nos referimos es, como se ha señalado, la individualización judicial. La individualización legal de la pena o, lo que es lo mismo, la que realiza el poder legislativo a la hora de fijar una pena para cada tipo de delito en atención al bien jurídico protegido, no es objeto de este trabajo. Tampoco lo es la individualización administrativa o ejecutiva que con el tiempo se ha dejado en manos de la Administración pública penitenciaria, y que consiste en la aplicación de los beneficios penitenciarios en atención al comportamiento de los reclusos. La individualización que aquí nos interesa es la que nació a principios del siglo XIX para permitir que los jueces pudieran graduar las penas en atención a las circunstancias del delito y del delincuente, sin que ello pudiera ser considerado una manifestación propia de su tan temida y criticada arbitrariedad².

II. LA PENA EN EL IDEARIO FILOSÓFICO DE LA REVOLUCIÓN

Como es sabido, una de las muchas causas que avivaron la Revolución francesa, junto a otras de carácter económico, político, jurídico o social, fue la relativa a la penalidad o el castigo público, excesivamente severo o cruel a finales del Antiguo Régimen. La humanización del castigo del delincuente adquirió un especial protagonismo en el ideario de la Revolución, frente a la teoría de la máxima severidad que aplicaban los Estados absolutistas, enarbolándose por ello en este momento los principios de una nueva penalidad más racional, más humana y más justa³.

Hay que tener en cuenta, además, que en el campo del derecho penal no existía una ciencia jurídica previa sobre la que asentarse. La jurisprudencia romana y la doctrina jurídica posterior se habían preocupado muy someramente de un asunto que, o bien se consideraba propio de la venganza privada, o bien, cuando se involucró el elemento público, se dejaba al arbitrio del Rey y sus jueces como un medio de control o dominación social.

La ciencia jurídico-penal propiamente dicha surgió, en consecuencia, a partir de los principios que formularon los filósofos de la Revolución, y que se recogieron en los primeros Códigos Penales decimonónicos. Sin embargo, no todo fue nuevo. Junto al humanitarismo liberal, había otra corriente humanista

² La distinción entre «individualisation légale», «individualisation judiciaire» y «individualisation administrative», se realizó ya en la clásica obra de SAILLES, R., *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale* (première édition de 1898), réédition récente dirigée par Reynald Ottenhof, *L'individualisation de la peine. De Sailles à aujourd'hui*, París, 2001.

³ Una bibliografía general sobre esta cuestión puede encontrarse en las obras de LAINGUI, A., *Histoire du droit pénal*, París, 2.^a edic., 1993; ROUSSEAU, X., DUPONT-BOUCHAT, M. S., VAEL, CL. (dir), *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales. 1780-1830*, París, 1999; CARBASSE, J. M., *Introduction historique au droit pénal*, París, 1990; CARBASSE, J. M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, París, 2000, GARNOT, B., *Crime et justice aux XVII et XVIII siècle*, París, 2000, o BERGER, E., *La justice pénale sous la Révolution. Les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2008.

previa en toda Europa, de fondo caritativo o cristiano, e incluso una tendencia utilitarista en la aplicación de las penas, que ya habían llevado a algunos de los más importantes reyes absolutistas europeos a adoptar importantes reformas en cuanto a la penalidad, pudiendo concluirse que, aunque el mérito de los filósofos de la Revolución fue sistematizar y dar un cuerpo de doctrina unificada a todos estos principios, en ellos también se pueden reconocer importantes herencias previas.

En cuanto a los padres de la ciencia jurídico-penal moderna, es ya un lugar común citar fundamentalmente entre ellos a Rousseau, Montesquieu, Voltaire y Beccaria⁴. Ahora bien, Rousseau sólo aportó al movimiento su confianza ilimitada en el hombre, y por su puesto las ideas políticas del Contrato social de la que beberían los autores posteriores⁵; y Montesquieu tampoco fue en puridad un penalista⁶. Su pensamiento sirvió de base para plantear la nueva ciencia jurídico-penal porque fue el primero en relacionar la nueva concepción del uso de la soberanía con el orden penal⁷, y denunció que la severidad o crueldad de las penas no servía en ningún caso para disminuir los delitos y, por tanto, era innecesaria e injusta⁸; pero no llegó a abundar mucho más allá en las particularidades de la nueva penalidad.

Por su parte, frente a la abstracción teórica de Montesquieu, la gran aportación de Voltaire consistió en afrontar la penalidad desde una perspectiva más terrenal, sirviéndose de la crítica a ejecuciones concretas que se estaban produciendo en la Francia del momento, como la del ciudadano Jean Calas⁹, el ciudadano Sirven¹⁰, el caballero de la Barre y su compañero el caballero D'Etallonde¹¹, o más tardíamente las de Martin, Montbailly, Morangiès, Beaumarchais-Goëzman y el general Lally¹². Los numerosos escritos y cartas que

⁴ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Examen histórico del Derecho penal*, Madrid, 1866, edic. facs. Pamplona, 2003, p. 99.

⁵ CASAS FERNÁNDEZ, M., *Voltaire criminalista*, Madrid, 1931, pp. 15 y ss, y MAESTRO, T. M., *Voltaire and Beccaria as reformers of criminal law*, New York, 1972, pp. 31-32.

⁶ GARRIDO, L., «Montesquieu penalista», en *Notas de un penalista*, México, 1947, pp. 157 y ss; GRAVEN, J., «Montesquieu et le Droit penal», en *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, París, 1958, pp. 210-254; y KINGSTON, R. E., «Criminal Justice in Eighteenth-Century Bordeaux. 1715-24», en KNAFLA, L. A. (edit.), *Crime, punishment and reform in Europe*, Westport, Conn, 2003, pp. 1-38.

⁷ TOMÁS y VALIENTE, F., *El derecho penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, 1969, p. 95, y ROYER, J. P., *Histoire de la justice en France*, 2.º edic., 1996, p. 180.

⁸ Fundamentalmente en MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, París, 1721, y *De l'esprit des lois* (1748), éd. Genève 1750, corrigée par l'auteur.

⁹ Junto a él, se pronunciaron también sobre esta ejecución COQUEREL, A., *Jean Calas at sa famille*, París, 1886, o MAUGHAM, F. H., *The case of Jean Calas*, London, 1928.

¹⁰ RABAUD, C., *Sirven, étude historique sur l'avènement de la tolérance*, París, 1858, o GALLAND, E., *L'Affaire Sirven, étude historique d'après les documents originaux*, s.l., s.f.

¹¹ CHASSAIGNE, M., *Le Procès du Chevalier de La Barre*, París, 1920, D'AVRAY, M., *Le Procès du chevalier de La Barre*, París, s.f, o DESERS, L., *Le chevalier de La Barre: la légende et la réalité*, París, 1922.

¹² Sobre los últimos escritos y actuaciones de Voltaire, véase MAESTRO, M. T., *Voltaire and Beccaria...*, pp. 100-123, donde se hace un especial estudio de la obra más importante del autor en esta etapa final, *Prix de la justice et de l'humanité*, París, 1777.

escribió sobre todas estas ejecuciones, inhumanas e injustas, consiguieron avivar la conciencia colectiva, provocando en la opinión pública una nueva sensibilización hacia el problema.

A la causa de Voltaire se sumaron entonces hombres de la práctica, como los abogados generales de los Parlamentos de Burdeos y Grenoble, Dupaty¹³ y Servan¹⁴, o el abogado parisino Élie de Beaumont¹⁵, que contribuyeron decididamente desde el foro al movimiento de humanización de las penas. Criticaban la inseguridad jurídica y los abusos que se producían durante los procesos criminales, sin ninguna garantía para el detenido, el carácter inhumano y falible de la tortura, por cuya abolición clamaban, o el desmedido arbitrio judicial que permitía imponer penas muy severas, abusándose de la pena de muerte y otras penas corporales. Frente a ello proponían procesos más garantistas, en los que se permitiera la efectiva defensa del acusado, y una limitación de las penas de muerte, corporales o trascendentes a los familiares del reo, abogando por un mayor uso de penas secundarias como las galeras o los novedosos presidios de arsenales («bagnes»)¹⁶.

A este movimiento reformista o de «revolución moderada» de la Administración de justicia penal, se unieron la mayoría de los magistrados o abogados franceses de finales del siglo XVIII, sobre todo en los tribunales superiores de justicia¹⁷. También había jueces tradicionalistas, como Lapeyrère, Automne o Dupin, y otros menos conocidos de los tribunales inferiores de justicia, que frente a la nueva corriente humanitaria o humanitarista liberal, seguían apostando por el rigor y la severidad penal propios del Antiguo Régimen¹⁸. Junto a

¹³ DOYLE, W., «Reforming the Criminal law at the end of the Old Regime: the example of president Dupaty», en *Officers, nobles and revolutionaries. Essays on eighteenth-century France*, London, 1995, pp. 155-161. Entre las obras más destacables de Charles-Marguerite-Jean-Baptiste Mercier Dupaty, cabe citar *Lettres sur l'Italie en 1785*, París, 3 vol., 1788, *Mémoire pour trois hommes condamnés à la roue*, 1786, *Lettres sur la procédure criminelle de la France*, 1788, o *Réflexions historiques sur les lois criminelles*, s.f.

¹⁴ Las obras de Joseph Michel Antoine Servan pueden consultarse en *Oeuvres de Servan. Nouvelle édition augmentée de plusieurs pièces inédites*, París, 5 vols., 1822-1825.

¹⁵ Jean-Baptiste-Jacques Élie de Beaumont también escribió más de una docena de trabajos o memorias en pro de una nueva penalidad y un proceso criminal más justo, destacando entre ellas su *Mémoire pour les enfans de Calas*, París, 1762. De su sintonía y correspondencia con Voltaire ha dejado constancia la *Lettre de Monsieur de Voltaire, á Mr: Elie de Beaumont, avocat au Parlement, du 20 de mars 1767*, Geneva, 1767.

¹⁶ MOWERY ANDREWS, R., *Law, magistracy, and crime in Old Regime Paris. 1735-1789. vol. I. The system of criminal justice*, Cambridge University Press, New York, 1994, pp. 316-383.

¹⁷ DAWSON, P., *Provincial Magistrates and revolutionary politics in France. 1789-1795*, Cambridge, Harvard University Press, 1972; ULRICH, D., «La repression en Bourgogne au XVIIIe siècle», *Revue historique de droit français et étranger* (RHD), 1972; DURAND, B., «Arbitraire du juge et droit de la torture: l'exemple du conseil souverain de Roussillon», *Recueil de mémoires et travaux publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions* (SHDE), X (1979); MER, L. B., «La procédure criminelle au XVIIIe siècle: l'enseignement des archives bretonnes», *Revue Historique* (RH), 1985, n.º 55; BADINTER, R. (dir), *Une autre justice. 1789-1799*, París, Fayard, 1989; MOWERY ANDREWS, R., *Law, magistracy, and crime in Old Regime Paris. 1735-1789. vol. I. The system of criminal justice*, Cambridge University Press, New York, 1994; o ROGER, J. P., *Histoire de la justice en France*, París, 1996, pp. 188-193.

¹⁸ KINGSTON R. E., «Criminal Justice in Eighteenth-Century Bordeaux. 1715-24»..., pp. 1-38.

ellos siguieron defendiendo la teoría de la máxima severidad autores como Jousse, Guyord, Soulatges, Muyard de Vouglans o Serpillon¹⁹.

Pero a pesar de estas voces tradicionalistas, cada vez más apagadas, es justo señalar que en la Francia de finales del siglo XVIII se iba imponiendo poco a poco una corriente crítica en torno al proceso y el derecho penal, que no sólo se debatía en los tribunales y se exigía por un pueblo cada vez más agitado y participativo, sino que también iba dotándose de un importante cuerpo teórico o doctrinal a través de las obras de los ya citados Montesquieu, Rousseau o Voltaire, y otros pensadores como Condillac, Condorcet, Morellet, Morelly, Diderot, D'Alembert o Jaucourt²⁰.

Políticos, juristas o incluso literatos críticos con el Despotismo y de activa participación en la Francia revolucionaria, como Brissot de Warville²¹, el Conde de Mirabeau²², Jean Charles D. de Lacretelle²³, Dufriche-Valazé²⁴, Nicolas Bergasse²⁵, el mismísimo Robespierre²⁶, los posteriores Ministros Turgot o Pastoret, y otras voces influyentes en la opinión pública como las de Louis Philipon de La Madeleine, Jean François Mamontel, Beaumarchais, Linguet, Chaussard, Manleon, o Jean Paul Marat, cuya obra fue probablemente la que gozó de mayor difusión con posterioridad²⁷, también mostraron su oposición al antiguo sistema penal, que creían obsoleto y muy severo, y propusieron nuevos principios en pro de una justicia más racional y humanitaria.

Sin embargo, ha sido el italiano Marqués de Beccaria el que ha pasado a la Historia por recoger y exponer, en una obra concisa y muy sencilla, *Dei delitti*

¹⁹ JOUSSE, D., *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, 4 vols., 1771; SOULATGES, J., *Traité des crimes*, Paris, 1762; MUYART DE VOUGLANS, P. F., *Institutes au droit criminel*, Paris, 1747, y *Les lois criminelles de la France dans leurs ordre naturel*, Paris, 1780; SERPILLON, F., *Code criminel ou commentaire sur l'ordonnance de 1670*, Lyon, 1788; o GUYOT, J., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, 1784.

²⁰ El caballero Louis de Jaucourt fue el redactor del artículo «Crime» del cuarto volumen de la Enciclopedia (1754), en el que se recogían las principales ideas que había expresado ya Montesquieu sobre la cuestión. También sobre las nuevas ideas de derecho penal se pronuncian los artículos «Question» y «Torture».

²¹ Siguiendo las teorías de Rousseau, Jacques Pierre Brissot de Warville escribió numerosas obras sobre el derecho y el proceso penal, entre las que destacan *Théorie des lois criminelles*, 1718 (réédition Paris 1836). Su biografía fue realizada por ELLERY, E., *Brissot de Warville: a study in the history of the French revolution*, Harvard University Press, 1915.

²² Entre sus obras, podemos destacar MIRABEAU, Comte de, *Essai sur le despotisme*, París, 1776, así como su posterior participación en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

²³ LACRETELLE, J. C. D. de, *Testament philosophique et littéraire*, 1840.

²⁴ DUFRICHE-VALAZÉ, C. E., *Traité des lois pénales*, Alençon, 1784.

²⁵ BERGASSE, N., *Discours sur l'humanité des juges dans l'administration de la justice criminelle*, Paris, 1787.

²⁶ Entre sus obras, podemos destacar la que ganara el Premio de la Academia de Metz en 1784, *Mémoire sur les peines infamantes*, aunque puede consultarse la recopilación de DÉPREZ, E., *Oeuvres complètes de Maximilien Robespierre*, Paris, Ernest Leroux, 1910.

²⁷ El *Plan de législation criminelle* de Marat fue publicado por vez primera en la *Gazette de Berne* en 1777, y se editó más adelante en París en 1790. Al español se tradujo con el título de MARAT, J. P., *Principios de legislación penal*, Madrid, 1891, facsimilar en Pamplona, 2004.

e delle pene (1764), los principios fundamentales del iluminismo penal que sustentó la Escuela Clásica. Beccaria escribió su famoso tratado cuando Voltaire ya era un reputado filósofo y las nuevas ideas en torno a la penalidad se estaban debatiendo vivamente en los ambientes intelectuales, así como en los tribunales, los cafés y las tertulias. Por eso, como él mismo afirmó en la introducción de su obra, su escrito no partía de la nada sino que era tributario de importantes influencias previas, entre las que se encontraban las de Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Diderot, o Helvetius²⁸.

De ellos tomó fundamentalmente las ideas pactistas, utilitaristas y humanitaristas, que le llevaron a afirmar que la aplicación del castigo o de la pena sólo estaba justificada en la comunidad política para asegurar la «salud pública» o el «bien común»²⁹, y a partir de ahí apuntó los nuevos principios de la pena que, a distinto ritmo y de forma desigual, se fueron reconociendo poco a poco en los primeros Códigos penales franceses para trasladarse después, también con sus propias peculiaridades, a los primeros Códigos penales decimonónicos españoles.

Veamos, a continuación, el desarrollo de algunos de estos principios, en concreto los principios de legalidad, igualdad, proporcionalidad y utilidad de la pena, para entender a través de su estudio el marco teórico en el que se fraguó la nueva idea de penalidad que cristalizó en la primera codificación francesa y española, especialmente en lo relativo al objeto de estudio anunciado en el título de este artículo, es decir, la individualización judicial de la pena.

III. LA LUCHA CONTRA LA ARBITRARIEDAD JUDICIAL EN LOS CÓDIGOS PENALES FRANCESES DE 1791 Y 1795

El principio de legalidad de la pena, frente a la arbitrariedad en el castigo que imperaba en el Antiguo Régimen, fue un principio básico o estructural del pensamiento iusnaturalista liberal. Partiendo de la idea del estado de Naturaleza sobre la que éste se sustentaba, Montesquieu afirmaba en su obra *Del espíritu de las leyes*, que las leyes penales sólo podían entenderse como el precio que cada ciudadano debía pagar por la defensa de su libertad y seguridad en la comunidad política constituida a través del Pacto Social³⁰. Por eso, las penas no podían ser arbitrarias ni discrecionales, sino que debían estar expresamente tasadas en leyes sabias y justas para que todo ciudadano supiera cuál iba a ser el castigo a su delito. Éste era un presupuesto ineludible del Pacto Social, que servía para garantizar los derechos naturales o inalienables del hombre frente a la comunidad política, y para reducir al máximo la arbitrariedad judicial: «Los

²⁸ Carta de Beccaria a Morelett, Milán, 26 de enero de 1766, citada en la Introducción de DELVAL, J. A. a la edición de BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 12.

²⁹ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas...*, pp. 45- 46.

³⁰ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, traducido al castellano por D. Juan López de Peñalver, Madrid, 1820, Tomo I, libro I, capítulo I, p. 77.

jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes»³¹.

Voltaire y otros muchos autores, como Servan, Bergasse, Brissot de Warville, Diderot, D'Alembert o Marat, siguieron denunciando ampliamente el arbitrio judicial y la necesidad de reducir al máximo la incertidumbre en la aplicación del castigo³², y Beccaria llevó estas ideas hasta sus últimas consecuencias rechazando cualquier interpretación subjetiva de la ley penal. La interpretación del derecho penal, según Beccaria, debía corresponder exclusivamente al legislador y nunca al juez, porque lo contrario supondría poner un dique roto al torrente de opiniones y la aplicación de la ley se convertiría en el resultado de la buena o mala lógica de cada juez, dependiendo de sus creencias, pasiones, flaquezas o relaciones personales³³.

El principio de legalidad de la pena («*nulla poena sine lege*»), se desprendía también del más amplio principio de legalidad criminal («*nullum crimen sine lege*»), que venía siendo reconocido desde antiguo por el *Ius Commune* o Derecho Común europeo³⁴. Sin embargo, la falta de una precisa técnica criminal, impidió que de hecho se hubiera podido desarrollar una concreta escala de penas durante los siglos bajomedievales y modernos, en los que reyes y jueces se habían movido con una enorme libertad para castigar las distintas categorías generales o amplios tipos de delitos propuestos por las leyes. Otra dificultad era que muchas de las antiguas penas del Derecho Común habían quedado obsoletas, y en el Antiguo Régimen se preferían nuevas sanciones desarrolladas por vía jurisprudencial o en conmutación de antiguas penas que ya no tenían sentido.

Por eso, en el tránsito del Antiguo Régimen al nuevo régimen liberal, se exigía la concreción de las penas frente a la arbitrariedad de los jueces en aplicación rigurosa del antiguo principio romano «*nullum crimen, nulla poena, sine lege*», que además en este momento se hacía también corolario inmediato del Pacto Social y del principio de la división de poderes propio del pensamiento

³¹ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes...* Tomo I, libro XI, capítulo VI, p. 143.

³² Por ejemplo, BERGASSE, N., *Discours sur l'humanité des juges dans l'administration de la justice criminelle*, Paris, 1787, p. 27: «Sans doute, & je me hâte de la dire, Messieurs, sans doute il n'appartient qu'à la loi d'être la distributrice, comme la dépositaire des peines. Nul homme sur la terre n'a reçu de la société le pouvoir d'en punir arbitrairement un autre; &, dans les principes du droit politique, le magistrat, quel qu'il soit, n'est que le premier témoin de la condamnation de l'accusé».

³³ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas...*, p. 31: «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre»

³⁴ Véase MÁSFERRER DOMINGO, A., *Tradición y reformismo en la Codificación penal española*, Jaén, 2003, pp. 75-76, o ÁLVAREZ ALONSO, C., «¿Neoclásicos o prerrománticos?. La Ilustración penal española entre la «barroca prohibición» de interpretar las leyes y el principio de legalidad revolucionario», en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36 (2007), pp. 87-88.

iusracionalista, así como de una concepción clásica del delincuente como hombre libre y pleno responsable de sus actos:

«El Derecho penal, tal como lo ha concebido Beccaria y lo han organizado los códigos del siglo XIX, se ha convertido en el escudo del ciudadano que protege a este contra el desencadenamiento arbitrario de la fuerza. Su misión principal consistía no tanto en luchar contra la delincuencia, como en canalizar, limitar y controlar la distribución de sanciones. Tres palabras místicas resumían estas ambiciones nuevas: legalidad, utilidad, libertad. (...) No obstante, el penitente del Derecho penal clásico no es el pecador de los cristianos, oscilante entre la pesadumbre y la gracia. Es el violador lúcido del pacto social. Es admitido como dueño de sus actos, cuando rompe este pacto, como lo era cuando lo concertó. Y en el ejercicio de esta libertad presunta se le supone siempre igual a su esencia original, es decir, totalmente libre y totalmente responsable, de modo que la pena es siempre idéntica en calidad y en cantidad para todos los autores de un mismo tipo de infracción.»³⁵

Desde estos postulados ideológicos, el reconocimiento del principio de legalidad de la pena se hizo de una forma absolutamente estricta en los primeros textos revolucionarios³⁶, y acarreó como consecuencia lógica la enunciación del principio de igualdad de la pena. Ya en las actas de los Estados Generales que se celebraron en 1789, poco antes de que estallara la Revolución, consta como exigencia el reconocimiento de las ideas de dulcificación e igualdad de las penas frente a la arbitrariedad judicial; y los mismos principios, tomados directamente del pensamiento iusnaturalista, fueron defendidos ardientemente en la Asamblea Nacional francesa por hombres como Manleon, recogién dose escrupulosamente por escrito en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Así, si el artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 afirmaba que «nadie puede ser castigado sino en virtud de ley anterior al delito y legalmente aplicada», el artículo 1 decía que dichas penas fijadas por la ley para cada delito debían ser iguales a todos los ciudadanos, sin distinguirse por su clase o condición social: «los delitos de la misma naturaleza deben ser castigados con el mismo tipo de pena, cualquiera que sea el rango o condición social del delincuente».

Los mismos principios de legalidad e igualdad de la pena se reprodujeron en disposiciones singulares posteriores, como la Ley de 21 de enero de 1790, y se reconocieron en la Constitución francesa de 1791 y el Código Penal de 6 de octubre de 1791, que recogió fundamentalmente el ideario iluminista de Montesquieu, Rousseau, Voltaire y Beccaria³⁷, fijando la pena de cada delito de

³⁵ MERLÉ, R., «Confrontación del Derecho penal clásico con la defensa social», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 21 (1968), pp. 157-159.

³⁶ De «estricta legalidad» en los primeros códigos penales decimonónicos habla precisamente FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1997, pp. 387 y ss.

³⁷ GUZMÁN DALBORA, J. L., «Código penal francés de 1791», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.º época, n.º (2009), p. 481.

forma rigurosa y sin posibilidad de modificación, sin admitir ninguna diferencia subjetiva por parte del juez³⁸.

La finalidad última de este Código, nacido de la Revolución, era según Guzmán Dalbora «sustituir las nudas relaciones de poder por la ley, sometiendo el poder personal a la ley impersonal». Para ello, entre otras cuestiones, el Código dispuso «un sistema de penas fijas o absolutamente determinadas por la ley, al dictado de su aversión al arbitrio judicial y del propósito de que sea una voluntad general, no la particular de la sentencia, la premisa mayor de los juicios», y en nítido «rechazo de una casta judicial cerrada y corporativa»³⁹.

El Código Penal de 1791, calificado por muchos como ideal, revolucionario o muy filosófico, fue pronto superado por el *Code des délits et des peines*, que tomó conscientemente el nombre del famoso librito de Beccaria, y fue aprobado por la Convención Nacional el 25 de octubre de 1795. Su principal redactor fue Merlin de Douai, quien reformó el código anterior especialmente en lo relativo a las cuestiones procedimentales para dotarle de una mayor eficacia y seguridad⁴⁰. Sin embargo, en lo relativo al principio de legalidad e igualdad de las penas frente al arbitrio judicial, el texto se mostró igual de tuitivo o garantista que su predecesor, manteniendo la misma idea del juez como mero canalizador o ejecutor de la ley penal.

El Código Penal de 1795 no dejaba, en consecuencia, ningún resquicio a la discrecionalidad del juez⁴¹, ofreciendo una escala de penas absolutamente tasada y cerrada en relación con los distintos delitos reconocidos a lo largo de su Libro II, «Des peines», al que constantemente se remitían otras disposiciones del texto para asegurar el escrupuloso cumplimiento, por parte del Poder Judicial, de lo establecido previamente por el Legislativo⁴². La ley, fruto de la soberanía nacional, era la que fijaba la pena, sin dejar ningún margen de modificación o individualización de la misma a los jueces, a quienes incluso se les arrebató la posibilidad de condonar penas o utilizar el derecho de gracia.

En palabras del jurista francés Alfred Le Poittevin, «a l'opposé de l'arbitraire des peines de l'Ancien Régime, le droit de la Révolution a établi le principe de la peine fixe. Le législateur détermine la peine nécessaire et suffisante pour chaque crime. Son critérium, ou du moins l'une des bases les plus importantes qui peuvent lui servir dans la construction de l'échelle répressive, est la gravité

³⁸ En palabras de RIVERA BEIRÁS, I. (coord.), *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, 2005, p. 108, al pie: «El Código penal de 1791 no admitía diferencias subjetivas en cada delito concreto, lo que era absurdo, ya que la verdadera igualdad consiste en tratar desigualmente a los seres desiguales».

³⁹ GUZMÁN DALBORA, J. L., «Código penal francés de 1791...», pp. 482-483.

⁴⁰ Las principales obras de MERLIN DE DOUAI son *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4 vols., 4^o éd., Paris, 1812; y *Recueil alphabétique des questions de droit*, 15^o éd., 6 vols, Paris, 1819-1820.

⁴¹ Art. 3: «Nul délit ne peut être puni de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'il fût commis». También en otros, como el artículo 432: «Les juges prononcent ensuite, et sans désespérer, la peine établie par la loi, ou acquittent l'accusé, si le fait dont il est convaincu n'est pas défendu par elle...».

⁴² Entre otros, los arts. 95, 107, 433, 554 o 560: «Il n'y a lieu à la forfaiture que dans les cas déterminés par la loi. Ces cas sont détaillés dans le livre des Peines».

de l'intérêt social contre lequel le crime entre en lutte. «La véritable mesure des délits, avait écrit Beccaria, c'est le dommage qu'ils causent à la société». En conséquence, la loi édicte la peine d'une manière purement objective et même avec un objectivisme tout abstrait; car elle classe les actes criminels en catégories définies avec leur sanction précise, mais elle ne tolère dans chaque catégorie aucune possibilité d'indulgence ou de sévérité, même eu égard aux variétés matérielles de chaque fait incriminé. Le crime étant prouvé (et c'est le jury qui le déclare), le juge n'a qu'à rechercher la catégorie légale à laquelle il appartient, et par suite le tarif, sans plus ni moins, qui lui est nécessairement destiné: faux en écriture privée, 4 années de fers; en écriture commerciale, 6 années; en écriture authentique, 8 années... Et le juge ne peut s'écarter, même d'un jour, du chiffre juridique»⁴³.

Ahora bien, el principio estricto de legalidad y el sistema de penas fijas, derivados impecablemente del primer ideario iusnaturalista, no tardaron en encontrarse con importantes dificultades para su aplicación. Una de ellas, de carácter fundamentalmente ideológico, se derivaba del reconocimiento de otros principios, como el de la proporcionalidad o utilidad de la pena, con los que los principios de legalidad e igualdad entraron en franco conflicto de intereses. Otra, como veremos más abajo, vino de la propia práctica judicial, ya que la experiencia no tardó en demostrar que la falta de flexibilidad de la pena de los Códigos de 1791 y 1975, no era justa ni práctica. Cada delito y cada delincuente tenían unas circunstancias específicas a las que las penas debían adecuarse, y los Códigos no habían previsto ningún mecanismo para que los jueces pudieran hacerlo.

La aplicación automática de la ley penal condujo en la práctica judicial francesa a numerosos errores y notorias injusticias, denunciadas por los jueces⁴⁴, y poco a poco comenzó a generalizarse la idea de que la verdadera igualdad no consistía en castigar a todos por igual, sino a cada cual como realmente mereciera. Era el origen de lo que más adelante se ha dado en llamar la individualización judicial de la pena.

IV. LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL FRANCÉS DE 1810

Junto a los principios de legalidad e igualdad de la pena, otros de los principios fundamentales derivados del pensamiento iusnaturalista clásico fueron los de proporcionalidad y utilidad. Si la aplicación del castigo sólo estaba justificada en la comunidad política para asegurar «la salud pública» o el «bien común», para preservar éste de forma efectiva, en opinión de Montesquieu, las penas debían ser necesariamente útiles y proporcionadas al delito: «Nunca se debe usar con los hombres de disposiciones extremadas, sino economizar los remedios que la natu-

⁴³ LE POITTEVIN, A., «L'individualisation de la peine. Extrait de l'œuvre juridique de Raymond Saleilles», s.f, s.p. , en <http://ledroitcriminel.free.fr>.

⁴⁴ ALLEN, R., *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire. 1792-1811*, Rennes, 2005, pp. 55-67.

raleza nos da para dirigirlos. Si se examina la causa de cualquier relajación, se verá que procede de la impunidad de los delitos, y no de la moderación de las penas»⁴⁵.

Este principio jurídico tampoco era completamente nuevo ni puede considerarse exclusivo del pensamiento revolucionario francés. Como ocurría con el principio de legalidad, el de proporcionalidad de la pena ya venía siendo reconocido científicamente desde antiguo por algunos autores humanistas que, junto al rigor y la arbitrariedad del juez, defendían una cierta proporcionalidad o moderación de las penas como único límite a la acción de la justicia criminal⁴⁶. Sin embargo, frente a los últimos teólogos y moralistas cristianos que defendieron el principio romanista y tomista de la proporcionalidad a la hora de sancionar⁴⁷; el resto de los autores modernos abrazaron la idea de la dominación del monarca a través del castigo, o teoría de la «máxima severidad», que había cobrado una especial virulencia en los estertores del Absolutismo frente a la acechanza de las nuevas ideas de reformistas o revolucionarias⁴⁸.

Por ello, cuando los principios de proporcionalidad y de utilidad de las penas se recuperaron por el ideario filosófico ilustrado y liberal, especialmente a través de la divulgadísima obra del Marqués de Beccaria, se convirtieron en otro de los postulados básicos de la Revolución, abanderando el nuevo régimen. Beccaria defendía que las penas debían ser proporcionadas a los delitos para que los motivos que disuadiesen a los hombres de cometerlos fueran cada vez mayores a medida que implicasen una mayor vulneración del bien público (a mayor delito mayor pena): «Para que una pena obtenga su efecto basta que el mal de ella exceda al bien que nace del delito; y en este exceso debe ser calculada la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que el delito produciría. Todo lo demás es superfluo y, por tanto, tiránico»⁴⁹.

⁴⁵ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes* ..., Tomo I, libro VI, capítulo XII, p. 199.

⁴⁶ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Examen histórico del Derecho penal...*, p. 276; TOMÁS Y VALIENTE, F., *El derecho penal...*, p. 359, MASFERRER DOMINGO, A., *Tradición y reformismo...*, p. 39, o ÁLVAREZ ALONSO, C., «¿Neoclásicos o prerrománticos?...», p. 97.

⁴⁷ COSTA, F., *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, Turín, Bocca, 1928, BLASCO, F., *Tomás Moro criminalista*, Buenos Aires, La Ley, 1945, HINOJOSA Y NAVEROS, E., *Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*, en *Obras I*, Madrid, 1948, p.176, o JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «Tomás Moro criminalista, según Francisco Blasco», en *El Criminalista*, tomo IV, pp. 65-71.

⁴⁸ En Francia defendieron esta teoría de la «máxima severidad» los ya citados Jousee, Guyord, Soulatges, Muyard de Vouglans o Serpillon, que se opusieron frontalmente al principio de la moderación o proporcionalidad de la pena, y también prácticos del derecho de carácter tradicionalista, como Lapeyrière, Automne o Dupin. Véase KINGSTON R. E., «Criminal Justice in Eighteenth-Century Bordeaux...», pp. 1-38. Y en España también hubo numerosos seguidores de la severidad penal, como MONTERROSO Y ALVARADO, G. de, *Práctica civil y criminal e Instrucción de escrivanos*, Valladolid, 1563, Quarto Tratado, fol.47; CANTERA, D. de la, *Quaestiones Criminales*, Salamanca, 1589, *De quaestionibus tangentibus reum*, IV, quaestio n.3, fol.73; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de re criminali sibe controversiarum*, Lugduni, 1702, controversia XXV, n.26, fol.125; CASTILLO DE BOVADILLA, J., *Política para corregidores y señores de vasallos* (Amberes, 1707), facsímil en Madrid, 1978, tomo I, libro II, capítulo II, nn.52 y ss, p. 234; o VILLADIEGO, A. de, *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los Concejos, Audiencias, y Tribunales de Corte, y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, 1766, fol.154. n.65.

⁴⁹ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas...*, pp. 71-73.

La idea de proporcionalidad llevaba implícita la de utilidad de la pena (una pena inútil era considerada tiránica), que incluso llevó a Beccaria a rechazar la pena de muerte por inútil o innecesaria, adelantándose a su tiempo. Pero el desarrollo de este principio de utilidad no fue mucho más allá en el primer ideario liberal francés. La utilidad de las penas se exigía en el mismo sólo a la hora de definir las por parte del poder legislativo; pero no trascendió más allá del texto de la ley, negándose a los jueces toda capacidad para interpretar o modular el rigor de las penas.

Aún reconociéndose, como podemos ver en el siguiente texto de Brissot de Warville, que sin duda existían circunstancias «generales» y «particulares» que podían modificar o graduar la escala de los crímenes y sus sanciones, el ideal de la búsqueda de una «legislación universal», perfecta, impedía su reconocimiento en la primera codificación del derecho francés: «Avant de graduer l'échelle corrélative des délits et des peines, il fallait poser les principes généraux qui devaient diriger cette opération législative. J'ai donc défini le crime, j'en ai divisé les genres et les espèces, classé les individus. Les modifications qu'ils reçoivent, tant des circonstances générales qui accompagnent, ébranlent, bouleversent les États, que les circonstances particulières, ne m'ont point échappé. Cette partie m'offrait des détails curieux; j'ai résisté à la tentation de les traiter. Il fallait les effleurer, parce que, dans le plan d'une législation universelle, on doit négliger les frottements ou généraux ou particuliers, occasionés par le choc d'intérêts contraires, d'usages reçus, ou par la variété des situations physiques, morales et politiques des États»⁵⁰.

Puede afirmarse así que fue el utilitarismo penal de Jeremy Bentham⁵¹, que hizo del principio de utilidad el núcleo de toda su doctrina jurídica⁵², el que verdaderamente influiría en buena parte de los Códigos europeos de mediados de siglo para asentar las bases de una primigenia individualización judicial de la pena. Si los filósofos franceses simplemente habían apuntado o «recomendado» la necesidad de la proporción entre los delitos y las penas, desde el utilitarismo penal Bentham quiso dar un paso más allá explicando «en qué consiste esta proporción», y dando «las principales reglas de esta aritmética moral»⁵³: «El mérito de una pena debe estimarse por las siguientes cualidades: que sea cierta en su naturaleza e igual a sí misma, divisible o susceptible de más o menos, comen-

⁵⁰ BRISSOT DE WARVILLE, *Théorie des lois criminelles*, 9.º ed., Paris 1836, tome second, pp. 273-274.

⁵¹ STUART MILL, J., *Bentham* (London, 1838), edic. Madrid, 1993, SÁNCHEZ RIVERA, J., *El utilitarismo: Estudio de las doctrinas de Jeremías Bentham*, Madrid, 1922, o GOICOECHEA, H., *La Ilustración, Bentham y su traducción al castellano*, en *Teoría de las ficciones*, Madrid, 2005.

⁵² BENTHAM, J., *Tratados de legislación civil y penal*, edición de Rodríguez Gil, M., Madrid, 1981, p. 27: «La felicidad pública debe ser el objeto del legislador: y la utilidad general el principio del razonamiento en legislación»

⁵³ Dichas reglas se resumen principalmente en cinco en BENTHAM, J., *Tratados...*, p. 297: «Haz que el mal de la pena sobrepugue al provecho del delito; cuanto menos cierta sea la pena tanto más grave debe ser; si dos delitos se hallan en concurrencia, el más nocivo debe ser castigado con una pena más grave para que el delincuente tenga un motivo de detenerse en el menor; cuanto más grande es un delito, tanto más se puede aventurar una pena severa, por la probabilidad de prevenirle; y no debe imponerse la misma pena por el mismo delito á todos los delincuentes sin excepción, sino que se debe atender á las circunstancias que influyen sobre la sensibilidad».

surable con otras penas, análoga al delito, ejemplar, económica, remisible o a lo menos reparable, dirigida a reformar la moralidad, convertible en provecho de la parte damnificada, simple y clara en su denominación, no impopular»⁵⁴.

Teniendo presentes estas premisas, Bentham elaboró una amplísima clasificación de las penas, cargada a su vez de subdivisiones o categorías, en la que tenían cabida las distintas circunstancias del delito («circunstancias que influyen sobre la sensibilidad»), que debían ser valoradas por los jueces a la hora de castigar, en la creencia de que no todo delincuente ni todo delito puede considerarse igual⁵⁵. En esa nueva clasificación de las penas que dejaban cierto margen a la interpretación del juez, comenzaron a despuntar además, por vez primera, las penas privativas de libertad, porque eran precisamente las que permitían una mayor individualización para adaptarse a las circunstancias de cada delito y de cada delincuente.

La influencia del inglés Bentham, al que muchos autores sitúan en línea de continuidad con los filósofos franceses dentro de la Escuela Clásica, comenzó a dejarse sentir con cierta nitidez en el nuevo Código penal francés de 1810 («les rédacteurs du Code pénal trouvèrent dans la philosophie utilitariste de Jérémy Bentham le fil conducteur de leurs travaux»⁵⁶), pretendiéndose crear para la era napoleónica un nuevo texto más pragmático frente a los extremadamente beccarianos códigos de 1791 y 1795. Sin embargo, en el punto concreto de la individualización judicial de la pena dicha influencia no parece demasiado acreditada.

Es cierto que el nuevo Código penal francés de 1810 abrió por primera vez un estrecho margen a la discrecionalidad del juez a través del establecimiento de unos límites máximos y mínimos para la aplicación de la pena, e incluso previó un muy embrionario reconocimiento de las circunstancias atenuantes. Se evidencia éste en artículos como el artículo 65⁵⁷, que permitía al juez mitigar la pena o mostrarse menos riguroso en atención al «caso» o a las «circunstancias»; el artículo 117, en el que se recomendaba al juez imponer el pago de los daños en consideración a las personas, las circunstancias y el perjuicio sufrido⁵⁸; el artículo 279, que le permitía tener en consideración las «circunstancias» en las que se desarrollaran los distintos actos de violencia a la hora de castigar a los mendigos o vagabundos⁵⁹; o el artículo 463, en el que se facultaba

⁵⁴ BENTHAM, J., *Teoría de las penas legales*, París, 1825, p. 112.

⁵⁵ BENTHAM, J., *Tratados...*, pp. 311-321.

⁵⁶ MARTINAGE, R., *Histoire du droit pénal en Europe*, París, 1998, p. 76.

⁵⁷ Art. 65 CP 1810: «Nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée, que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable, ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse»

⁵⁸ Art. 65 CP 1810: «Les dommages et intérêts qui pourraient être prononcés à raison des attentats exprimés dans l'article 114, seront demandés, soit sur la poursuite criminelle, soit par la voie civile, et seront réglés, eu égard aux personnes, aux circonstances et au préjudice souffert, sans qu'en aucun cas, et quel que soit l'individu lésé, lesdits dommages et intérêts puissent être au-dessous de vingt-cinq francs pour chaque jour de détention illégale et arbitraire et pour chaque individu».

⁵⁹ Art. 279 CP 1810: «Tout mendiant ou vagabond qui aura exercé quelque acte de violence que ce soit envers les personnes, sera puni de la réclusion, sans préjudice de peines plus fortes, s'il y a lieu, à raison du genre et des circonstances de la violence».

a los tribunales a reducir la pena de prisión cuando el perjuicio era menor de 25 francos si aparecían circunstancias atenuantes⁶⁰.

Pero la preocupación del legislador napoleónico cuando se redactó el Código de 1810, seguía estando principalmente en garantizar al ciudadano la seguridad jurídica a partir de un férreo principio de la legalidad⁶¹. No podemos olvidar que, a diferencia de lo que ocurría en la vecina Inglaterra, en la que el sistema de *common law* confiaba la defensa del ciudadano a los jueces, en los nuevos Estados de Derecho continentales nacidos de la Revolución se desconfiaba profundamente de la figura del juez, y se pretendía construir un nuevo modelo jurídico basado exclusivamente en el imperio de la ley. Por eso, aunque el utilitarismo de Jeremy Bentham influyó sin duda en muchas otras de las reformas acometidas en el nuevo Código Penal, la primera individualización judicial de la pena que apareció reconocida de forma aún muy tímida en este texto no parece que tuviera esta raíz teórica, sino una vertiente eminentemente práctica.

De hecho, así se deduce de los debates que precedieron a la aprobación del Código y, en concreto, así lo afirmaba uno de los principales miembros de la comisión que lo había redactado, Jean Baptiste Target, en sus *Observaciones al nuevo proyecto de Código Penal de 1810*⁶². Según Target, el principal motivo que había llevado a la comisión a proponer el reconocimiento de determinadas atenuantes para adecuar la pena a cada caso concreto, no era otro que las numerosas quejas presentadas por los jueces poniendo de relieve las dificultades morales que habían encontrado a la hora de tener que aplicar la misma pena ante circunstancias muy distintas del delito.

La excesiva rigidez de los anteriores códigos, y la necesidad de una cierta flexibilidad a la hora de aplicar las penas, fue lo que finalmente condujo a los miembros de la Asamblea a aprobar el articulado del Código Penal de 1810⁶³, adoptando este primigenio sistema de individualización judicial a través del establecimiento de unos límites máximo y mínimo de las penas⁶⁴. En todo lo

⁶⁰ Art. 463 CP 1810: «Dans tous les cas où la peine d'emprisonnement est portée par le présent Code, si le préjudice causé n'excède pas vingt-cinq francs, et si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux sont autorisés à réduire l'emprisonnement, même au-dessous de six jours, et l'amende, même au-dessous de seize francs. Ils pourront aussi prononcer séparément l'une ou l'autre de ces peines, sans qu'en aucun cas elle puisse être au-dessous des peines de simple police».

⁶¹ CARBASSE, J. M., «État autoritaire et justice répressive. L'évolution de la législation pénale de 1789 au Code pénal de 1810», *All'ombra dell'aquila imperiale. Trasformazioni e continuità istituzionali nei territori sabaudi in età napoleonica*, Rome, 1994, pp. 313-333.

⁶² TARGET, J. B., *Observations sur le Project de code criminel* (1804), publicado por Chauveau, A., et HÉLIE, F., *Théorie du Code Pénal*, tomo III, Bruselas, 1851, pp. 9-11.

⁶³ TREILHARD, M. le Comte, *Exposé de motifs du livre 1.º du Code Pénal* (1810), publicado en *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tomo XXIX, París, 1831, pp. 192-211.

⁶⁴ LE POITTEVIN, A., «L'individualisation de la peine. Extrait de l'œuvre juridique de Raymond Saleilles», s.f, s.p., en <http://ledroitcriminel.free.fr>: «Le Code pénal de 1810 crut remédier à l'inconvénient des peines fixes par la théorie de la peine légale qui met, avec la marge d'appréciation entre un maximum et un minimum, une certaine élasticité dans les échelons de la répression: «C'est dans cette latitude que les magistrats... pesant le degré de perversité de chaque accusé, connaissant parfaitement toutes les circonstances qui peuvent aggraver ou atténuer le fait... fixeront la durée de la peine légale qu'ils doivent appliquer» (Treilhard Exposé des motifs du Code pénal)».

demás, el texto siguió marcado por el principio de legalidad y encorsetado en disposiciones muy precisas o rigurosas, que con el paso del tiempo requirieron importantes reformas para adaptarse a las nuevas necesidades de la individualización de la pena:

«Mais la codification du droit pénal continental dépasse l'objectif premier de rationaliser, simplifier et unifier le droit. Elle met en oeuvre la règle de légalité des infractions et des peines laquelle réserve au législateur le monopole de les définir, elle réduit le rôle des tribunaux en leur imposant une interprétation restrictive des lois pénales (...). Ainsi, des différences techniques notables séparent les droits anglo-saxons restés principalement jurisprudentiels et les droits continentaux désormais codifiés. Et, pour un temps, la codification a rompu le sentiment d'unité qui existait parmi les juristes des pays européens romano-germaniques (...). Toutefois, au long du XIX.^e siècle, la séparation radicale s'est atténuée. Dans les pays où la loi pénale est écrite, les pouvoirs du juge se sont progressivement renforcés, par exemple dans la modulation de la peine.»⁶⁵

Concretamente, los primeros indicios de esta corrección del principio estricto de legalidad penal, que permitiría la modulación de las penas por parte de los jueces, pueden apreciarse ya nítidamente en el caso francés en las dos sucesivas reformas del Código penal de 1810 que acometieron la ley de 25 de junio de 1824, la cual reconoció por primera vez la aplicación eventual de circunstancias atenuantes por los magistrados en determinados delitos (dos años después de la promulgación del primer Código penal español de 1822, en el que dichas circunstancias ya se reconocían); y en especial la ley de 28 de abril de 1832, que desarrolló de forma más extensa las circunstancias atenuantes del delito y la graduación de la pena, siguiendo el principio de individualización de la pena en función del grado de responsabilidad del delincuente⁶⁶.

Ambas respondían a las numerosas quejas y al malestar social generado por el excesivo rigor o severidad de las penas que se aplicaban en la Francia napoleónica, pero también al conocimiento de otras doctrinas o experiencias jurídicas contemporáneas. La revolución liberal de la década de los treinta, permitió la difusión y desarrollo de nuevas ideas en Francia, como las de Pellegrino Rossi, de origen italiano pero nacionalizado francés⁶⁷, o Joseph-Louis-Elzéar

⁶⁵ MARTINAGE, R., *Histoire du droit pénal en Europe*, Paris, 1998, pp. 75-76.

⁶⁶ LE POITTEVIN, A., «L'individualisation de la peine...», s.p., en <http://ledroitcriminel.free.fr>: «Un peu plus tard les circonstances atténuantes, indéfinissables et illimitées, (selon les expressions qui furent employées dans les travaux préparatoires de la révision du Code en 1832), c'est-à-dire laissées librement au jugement du jury, permirent de descendre bien au-dessous du minimum et de l'échelon primitivement réglés pour chaque crime dans les articles du Code. Il reste alors qu'il n'y a pas de peine sans un texte et que le maximum prévu par le texte ne peut être dépassé: ce sont les garanties contre l'arbitraire du côté de la rigueur; mais ce maximum, réservé aux cas extrêmes, laisse place, de l'autre côté, à des atténuations considérables. C'est la part très large faite à la proportionnalité de la répression eu égard au coupable, eu égard aux circonstances morales ou matérielles de son action».

⁶⁷ ROSSI, P., *Traité de droit pénal*, París, 1829, primera traducción española de CORTÉS, C., *Tratado de Derecho penal*, Madrid, 1839.

Ortolan⁶⁸, que representaron principalmente en Francia la llamada Escuela neoclásica junto a otros autores del momento como Garraud Coussin, Broglie o el ministro Louis-Philippe Guizot.

En pleno desarrollo del «liberalismo doctrinario», o «moderantismo» en terminología española, la Escuela neoclásica o ecléctica francesa vino a ser un compromiso entre el ideario penal de la primera Escuela clásica de la Revolución y algunos de los principios del Antiguo Régimen que habían quedado desterrados⁶⁹. Junto a los criterios pactistas de Beccaria y utilitaristas de Bentham, fundamentalmente retributivos y preventivos en cuanto a la finalidad de la pena, los autores de la Escuela neoclásica recuperaron la idea de la expiación o justicia moral. Seguían partiendo, como sus predecesores, de la idea de voluntariedad en la comisión del delito, pero en su opinión el hombre libre que cometía el delito no lo hacía siempre en las mismas circunstancias o con el mismo margen de libertad. Por ello, para que una pena fuera justa y cumpliera tanto con la utilidad social como con la justicia social, dicha pena debía individualizarse en atención a la responsabilidad del autor⁷⁰.

Esta propuesta de adaptación de la pena a las circunstancias de la comisión del crimen, en función de la responsabilidad del autor (o en palabras de Sailles de su «force de résistance au mal»), representó una de las principales diferencias entre la Escuela clásica y la neoclásica, e influyó en el derecho positivo francés a través fundamentalmente de la ley de 28 de abril de 1832, que como hemos dicho permitió por primera vez la aplicación de circunstancias atenuantes en todo tipo de delitos. Pero, sin duda, en la graduación de las penas también debió influir la nueva escala de penas privativas de libertad y el sistema de prisiones que desde las obras de Howard, Bentham y otros autores posteriores, se estaba desarrollan-

⁶⁸ ORTOLAN, J. L. E., *Cours de législation pénale comparée: introduction historique: Histoire du Droit Criminel en Europe depuis le XVIIe siècle jusqu'à ce jour* par M. Ortolan; analyses du cours de 1839-1840 recueillies et publiées par M. G. Narjot, Paris, Joubert, 1841, traducción española *Curso de legislación penal comparada: lecciones pronunciadas en la Facultad de Derecho de Paris* por M. Ortolan, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845; o *Éléments de droit pénal: pénalité, juridictions, procédure: suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence* par M. Ortolan, Paris, Librairie de Plon Freres, 1855.

⁶⁹ Véase JEANDIDIER, W., *Les théories pénales du code de 1810 à nos jours*, Droit Pénal Général, 2e éd., Paris, 1991, o EL KHOURI, A., *Le courant neo-classique dans la pensée et le droit penal en France, a l'époque contemporaine*, Paris, 1994.

⁷⁰ Sobre la influencia de la escuela neoclásica en la primera individualización de la pena en Francia, véase SAILLES, R., *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale* (première édition de 1898), réédition du Reynald Ottenhof, Paris, 2001, pp. 57-75, y LE POITTEVIN, A., «L'individualisation de la peine...», s.p., en <http://ledroitcriminel.free.fr>: «La théorie dite néo-classique que nous avons déjà annoncée, appréciant que, par suite de causes diverses, les hommes ne jouissent pas tous d'un égal libre arbitre ou n'ont pas toujours la plénitude de la libre volonté, concluait —au sujet de cette proportionnalité— qu'à des degrés variables de responsabilité devaient donc correspondre des degrés variables de la peine: «Si la force de résistance au mal est susceptible de plus ou de moins, d'après l'état psychologique de l'individu, d'après surtout l'état de son cerveau et de sa santé, il faut que la peine reflète toute cette mesure exacte de l'état subjectif. La mesure de la peine doit être réglée d'après la mesure de la responsabilité...» (Sailles, ouvrage précité). La sanction se proportionne (s'individualise) à la liberté morale contenue dans l'acte réprimé».

do en toda Europa, y también en los Estados Unidos de América, dando origen al nacimiento de una nueva forma de castigar en la Edad contemporánea.

La ley de 28 de abril de 1832 distinguía específicamente las circunstancias atenuantes («*circonstances atténuantes*») de las causas de inimputabilidad o excusas absolutorias («*causes de non-imputabilité ou faits justificatifs*»), que simplemente eximían al delincuente de su responsabilidad penal. Partiendo del reconocimiento de dicha responsabilidad, su función era simplemente permitir al juez modificar el rigor de la pena cuando la consideraba excesiva para el caso en particular: «Il résulte incontestablement de l'esprit et des travaux préparatoires de la réforme de 1832, que le législateur, en conférant au juge le droit d'accorder les circonstances atténuantes, a voulu lui permettre de corriger, en quelque sorte, la loi criminelle, lorsque les peines qu'elle édicte lui paraîtraient trop sévères. Ainsi, l'institution des circonstances atténuantes, telles qu'elles sont organisées dans notre droit actuel, ne tend a rien moins qu'a faire participer le juge à l'œuvre législative, en ce qui concerne la fixation de la peine. Les tribunaux correctionnels et le jury peuvent donc accorder le bénéfice des circonstances atténuantes pour la seule raison que la peine légale leur semble trop rigoureuse»⁷¹.

La doctrina francesa vinculó la aplicación de las circunstancias atenuantes que reconocía la ley de 28 de abril de 1832 al desarrollo del artículo 463 del Código Penal de 1801, no modificado, que como antes hemos dicho era el que permitía de manera más genérica el uso de tales circunstancias. No obstante, las mismas quedaron sin catalogar o clasificar en una lista cerrada. Por el contrario, según la propia expresión de la ley de 1832, las circunstancias atenuantes de la responsabilidad se consideraron «*indéfinissables et illimitées*», dejando a la discrecionalidad del juez su reconocimiento, a diferencia de lo sucedido en otros ordenamientos jurídicos como el español (aunque éste admitiera la analogía para su aplicación).

En consecuencia, uno sólo puede conocer las principales circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal que se aplicaron en Francia a partir de la ley de 1832 atendiendo a la jurisprudencia, siendo las más frecuentes, según Garçon, la falta de antecedentes del culpable, la mala educación recibida, su edad, su arrepentimiento, el móvil o motivo de su acción, las pasiones que le llevaron a delinquir, la influencia sobre su comportamiento de un posible cómplice, su extrema pobreza, la ignorancia de ley, la poca importancia de los daños causados o su reparación, el hecho de que el delito quedara frustrado, o la falta de premeditación⁷².

Con todo, aún no había llegado la verdadera época de la individualización judicial de la pena⁷³. La individualización basada en la responsabilidad del

⁷¹ GARÇON, E., *Code pénal annoté*, 1.º ed. París, 1901, en el comentario al artículo 463, párr. 21.

⁷² GARÇON, E., *Code pénal annoté*, 1.º ed. París, 1901, en el comentario al artículo 463, párr. 20.

⁷³ MERLÉ, R., «Confrontación del Derecho penal clásico con la defensa social», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 21 (1968), p. 159: «La escuela neoclásica del siglo pasado ha puesto las cosas a punto en lo que concierne a la relatividad de la libertad humana. Ha llamado la atención sobre la responsabilidad atenuada y sobre la diversidad de las responsabilidades propias a cada delincuente. Y gracias a las penas flexibles, a las circunstancias atenuantes o agravantes, el juez recibió el poder de imponer a cada delincuente una penitencia justamente sufi-

delincuente tenía el inconveniente de obligar a discernir a los jueces sobre el estado moral o subjetivo de cada autor, lo cual resultaba a todas luces muy difícil de probar. Además, este criterio era prácticamente imposible de aplicar en el caso de los reincidentes o delincuentes habituales, de los que se presumía un carácter incorregible y un alma destinada al mal, y también era incompatible con los delitos castigados directamente con penas de muerte o perpetuas por su especial gravedad. Otro defecto de aplicación de esta teoría, señalado por Sailles, era por ejemplo el caso de la responsabilidad de los delincuentes embriagados o con una capacidad de discernimiento limitada.

Habrá que esperar a finales del siglo XIX para que nuevas escuelas penales permitieran el verdadero desarrollo de la individualización judicial de la pena, negando la teoría del libre arbitrio e imponiendo un nuevo determinismo en la consideración de los actos criminales. Para Sailles, fue clave en este sentido el desarrollo de la Escuela positivista o antropológica italiana, que revolucionó su tiempo considerando el crimen una patología o deficiencia biológica; la *Terza Scuola* italiana, que trataba de conciliar los postulados clásicos con el determinismo positivista; y especialmente la Escuela italiana de la defensa social, que consideraba el delito el resultado de las circunstancias sociales, vinculando su castigo a la «temeridad» del mismo («*l'individualisation fondée sur la témibilité*»); aunque también se refirió brevemente en su obra a los llamados «alienistas» ingleses, que consideraban el crimen una especie de anormalidad mental, o incluso a la Escuela sociológica o político-criminal alemana⁷⁴.

En el efervescente debate que se planteaba a finales del siglo XIX entre todas estas escuelas penales (a las que habría que añadir la alemana «*Besserungstheorie*» o teoría del mejoramiento o de la enmienda de Karl Röeder, y el posterior desarrollo de la Escuela correccionalista española), Sailles se decantó especialmente por las que ponían el acento en la defensa social. No en vano, la primera edición de su obra, «*L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*» (1898), iba precedida de un prefacio del influyente sociólogo francés Gabriel Tarde, considerado el máximo exponente de la Escuela sociológica del crimen en Francia⁷⁵.

Sin embargo, a la hora de definir los criterios básicos de la individualización penal, Sailles trató de buscar un punto de inflexión para conciliar la teoría neoclásica de la responsabilidad del delincuente con las nuevas teorías de carácter determinista, y especialmente con las relacionadas con la defensa social. Para él, la responsabilidad era la base de la penalidad, pero no su medida. Junto a las circunstancias que podían alterar el grado de responsabilidad del delincuente, había que atender además a otras relacionadas con condicio-

ciente para compensar su culpabilidad. La escuela neoclásica devolvió a Temis sus balanzas, sus pesos y sus medidas, pero no pudo, pese a todo, desatar la venda que, por los siglos de los siglos, oculta a sus miradas la personalidad del delincuente. A despecho del movimiento positivista y del desarrollo posterior de los estudios criminológicos, es esta imagen de la Justicia penal la que esta estampada en los códigos que nos rigen y que todos están de acuerdo en criticar».

⁷⁴ SAILLES, R., *L'individualisation de la peine...*, pp. 76 y ss.

⁷⁵ TARDE, G., *La Criminalité Comparée*, París, 1886.

nantes externos del delito, y especialmente con la defensa social o seguridad pública:

«Si donc on envisage ainsi la peine dans son but, en considérant l'avenir, et en vue de la réalisation de son but, il faut, cela va de soi, que cette peine soit adaptée à la nature de celui qu'elle va frapper. Si le criminel n'est pas un perversi à fond, il faut que la peine ne contribue pas à le pervertir davantage; il faut qu'au besoin elle le relève et l'aide à se réhabiliter; et si le criminel est un incorrigible, il faut que la peine soit contre lui, et au profit de la société, une mesure de défense et de préservation radicales. Cette adaptation de la peine à l'individu, c'est ce qu'on appelle aujourd'hui l'individualisation de la peine.»⁷⁶

A partir de este punto, el padre de la individualización penal en Francia, Raymond Sailles, realizaba en su obra una extensa propuesta de la misma, distinguiendo entre la primigenia individualización legal (naturaleza y escala de penas señaladas en la ley para cada delito), la individualización judicial que correspondía al juez o jurado dentro de unos máximos y unos mínimos en atención a las circunstancias del delito, en pleno desarrollo teórico; y la más novedosa individualización administrativa o penitenciaria que comenzaba también a desarrollarse en el tránsito al siglo xx, con propuestas tan interesantes como el sistema penitenciario progresivo inglés (y también el español, aunque a él no se refiriera específicamente Sailles), o las primeras propuestas de aplicación de la libertad condicional.

Estas ideas fueron especialmente difundidas en Francia por «*l'École de la défense sociale nouvelle*», que se formó a mediados del siglo xx tras la publicación de la principal obra de Marc Ancel⁷⁷, seguidor de Sailles, permitiendo consolidar en el país vecino tanto la individualización judicial, en manos de los jueces y todavía relativa a la prevención general o defensa social; como la individualización penitenciaria de la pena, relacionada de forma mucho más directa con la prevención individual, es decir, con la capacidad de corrección o enmienda del delincuente en las prisiones⁷⁸.

Pero esta cuestión, que aquí queda simplemente apuntada a modo de epílogo para el caso francés, escapa del objeto de estudio de este trabajo, que, como se advirtió al comienzo del mismo, pretende ser un análisis comparado sólo de la individualización judicial de la pena que se acometió en los primeros Códigos penales decimonónicos de Francia (los de 1791, 1795 y 1810) y España (de 1822 y 1848), tratando de avalar o desmitificar la influencia que en este tema en concreto ejerció la codificación penal francesa en la española. Pasemos, pues, ya a analizar el caso español.

⁷⁶ Cita de Sailles utilizada para definir «*l'individualisation moderne*» por LE POITTEVIN, A., «L'individualisation de la peine...», s.p., en <http://ledroitcriminel.free.fr>.

⁷⁷ ANCEL, M., *La défense sociale nouvelle*, París, 1954.

⁷⁸ Sobre esta cuestión, véase MERLÉ, R., «Confrontación del Derecho penal clásico...», pp. 161-166.

IV. LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1822

Aunque no se puede desdeñar la influencia de los «*philosophes*» franceses, los postulados ideológicos que defendieron los juristas españoles en el tránsito entre el Antiguo Régimen y el nuevo régimen liberal, fueron menos radicales o extremos que los allí se llegaron a plasmar en los primeros textos surgidos del efervescente ambiente revolucionario.

En líneas generales, y coincidiendo con Clara Álvarez Alonso, «la ilustración jurídica española quedó perfectamente perfilada en torno a tres tópicos: el antirromanismo, el discurso del método y el derecho natural, todos ellos relacionados con el omnipresente código»⁷⁹. Pero la importante apuesta que se hizo ya en la España absolutista de finales del siglo XVIII por la positivización del derecho penal en un código (manifestada en varios intentos frustrados), no acarreeó un reconocimiento estricto del principio de legalidad penal por parte de los propios autores que defendían la necesidad del mismo. Sus propuestas de objetivación y sedimentación de las leyes penales desde la soberanía del rey, no eran incompatibles con la reivindicación de los nuevos principios de humanidad, proporcionalidad y utilidad de las penas, así como con la defensa de la tradición jurídica o respeto al pasado, que debía ser tenido en cuenta para la fijación de los nuevos delitos y sus sanciones.

De tal manera, salvo quizá el Conde de Floridablanca, quien ya advirtiera en 1788 sobre la peligrosidad de la «arbitrariedad en la función de las penas», otros autores como Pedro Rodríguez de Campomanes, Juan Pablo Forner, Valentín de Foronda, y especialmente Manuel de Lardizábal y Uribe, aceptaron explícita o implícitamente en sus obras la interpretación judicial en la aplicación de las penas⁸⁰.

De todos ellos, nos detendremos fundamentalmente en Manuel de Lardizábal, que, como es sabido, sería quien que ejerciera una mayor influencia en la posterior redacción del Código Penal de 1822⁸¹. Considerado el principal introductor en España de las ideas de los filósofos franceses, y principalmente de Beccaria⁸², su afán por tratar de articular estas ideas con la soberanía del rey y

⁷⁹ ÁLVAREZ ALONSO, C., «¿Neoclásicos o prerrománticos?...», p. 101. Para avalar la postura española en torno al principio de legalidad a finales del siglo XVIII, la autora también hace un interesante estudio entre las páginas 102 y 109 de la obra de Juan Francisco de Castro, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes en que se demuestra la incertidumbre de éstos y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de Derecho para la recta administración de la justicia* (1.º ed., 1769), 2.ª ed., 2 tomos, Madrid, Imp. E. Aguado, 1829.

⁸⁰ Sobre esta cuestión, véase ÁLVAREZ ALONSO, C., «¿Neoclásicos o prerrománticos?...», pp. 111 y 117-127.

⁸¹ RIVACOBA, M., *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fé, 1964, p. 93, ANTÓN ONECA, J., *Historia del Código penal de 1822*, en el ADP, 1965, p. 78, ANTÓN ONECA, J., *El derecho penal de la Ilustración y don Manuel de Lardizábal*, en *Revista de Estudios penitenciarios*, 174 (1966), p. 603, o TOMÁS Y VALIENTE, F., *El derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, 1969, p. 103.

⁸² LARDIZÁBAL Y URIBE, M. de, *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1782 (aquí citaré la edición facsimilar hecha en

con la propia tradición jurídica española, le condujo a divergir en este punto concreto con ellos. Su reconocimiento de algunas de las leyes antiguas o propias de la tradición jurídica española, así como el convencimiento de que la ley penal no sería capaz de abarcar la casuística o las peculiares circunstancias de cada hecho delictivo, le llevaron a admitir, frente a Beccaria, la necesidad de la interpretación judicial en la aplicación del derecho penal.

Para Lardizábal, las leyes penales manifestaban un interés general del legislador, pero no podía prever al detalle todas las modalidades posibles de los delitos. Por ese motivo, para las cuestiones específicas de la comisión de cada delito debía permitirse al juez «consultar el espíritu de la ley», aunque sin confundir nunca esta interpretación con la arbitrariedad⁸³: «Los inconvenientes en contra que justamente declama –decía Lardizábal refiriéndose a Beccaria– (...) no provienen de consultar el espíritu de la ley, sino del arbitrio voluntario y no regulado de los jueces»⁸⁴.

Lardizábal también disentía del marqués italiano en que la única medida de la pena fuera el daño causado a la víctima y a la sociedad, ya que esta afirmación no tenía en cuenta la moralidad de las acciones humanas ni la intención de los actos⁸⁵. Junto a esos dos elementos, que sin duda eran imprescindibles, en su opinión también debían tenerse en cuenta otros elementos o «circunstancias del delito» como «la deliberación y conocimiento del delincuente, el mal ejemplo que causa el delito, los impulsos o causas que estimulan a delinquir, el tiempo, el lugar, la reincidencia, el modo e instrumentos con que se cometió el delito, la persona del delincuente y del ofendido, las cuales circunstancias juntas con el daño hecho a la sociedad o a los particulares, constituyen la verdadera medida y naturaleza de los delitos»⁸⁶.

Por último, hemos de advertir que Lardizábal mostró asimismo un especial interés por el tema penitenciario, completamente olvidado en el ideario de Beccaria⁸⁷, y junto a una adecuada reforma de las cárceles y de los presidios o arsenales⁸⁸, apostó también en su obra por unas novedosas prisiones o «casas de correc-

México, 1982), aunque junto a él también introdujeron estas ideas hombres como Joseph Marcos Gutiérrez en su *Práctica Criminal de España*, Madrid, 1804, o Senén Vilanova y Mañés en su *Materia criminal forense o Tratado universal teórico-práctico de los delitos y delinquentes en género y especie*, Madrid, 1807.

⁸³ LARDIZÁBAL, M. de, *Discurso sobre las penas...*, p. 35: «Triunfa la libertad, dice el Presidente Montesquieu, quando las leyes criminales sacan las penas que imponen de la naturaleza particular de cada delito, porque entonces cesa todo arbitrio, y la pena no se deriva de la voluntad, ó del capricho del legislador, sino de la naturaleza de la misma cosa, y así no es el hombre el que hace violencia al hombre, quando se le castigo, sino sus mismas acciones: reflexiones que había hecho Cicerón mucho tiempo antes».

⁸⁴ LARDIZÁBAL, M. de, *Discurso sobre las penas...*, p. 76.

⁸⁵ LARDIZÁBAL, M. de, *Discurso sobre las penas...*, pp. 104-151.

⁸⁶ LARDIZÁBAL, M. de, *Discurso sobre las penas...*, pp. 89 y ss.

⁸⁷ BUENO ARÚS, F., «Los fines de la pena y la pena de prisión en Beccaria y en la política criminal española contemporánea», en *Cuadernos de Política criminal*, n.º 8 (1989), pp. 301-312. Salillas llegó a decir que en este tema, olvidado por Beccaria pero fundamental en Lardizábal, la influencia del penalista español fue «determinante» para la evolución penitenciaria. Véase SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria en España* (Madrid, 1918, edic. facs. Pamplona, 1999, vol.1, p. 151.

⁸⁸ LARDIZÁBAL, M. de, *Discurso sobre las penas...*, p. 198-218.

ción» donde las penas debían ser aplicadas individualizándolas al máximo en atención a cada delincuente, y procurando lograr la justa proporcionalidad de cada pena en relación con el reo para evitar que la condena pudiera serle perjudicial⁸⁹.

Estas ideas de Lardizábal influyeron sin duda en los redactores del primer Código Penal español de 1822, en el que también se reconocen las influencias directas de otros autores como Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Bentham, Bexon o Filangieri, entre otros. Por lo que respecta a la influencia del Código Penal francés de 1810, fue reconocida asimismo por la propia comisión redactora («la Comisión confiesa ingenuamente que ha tomado muchas cosas del Código francés»), pero negando a continuación que éste hubiese sido el único modelo seguido⁹⁰. De hecho, el alcance del texto francés en el español dio lugar a una larga polémica en Cortes porque, aunque ciertamente su contenido se conocía y fue seguido en determinados puntos⁹¹, los miembros de la comisión redactora quisieron evitar a toda costa ser tildados de afrancesados⁹².

Existen, en consecuencia, semejanzas y diferencias entre ambos textos; aunque podemos afirmar que en el terreno concreto de la individualización de la pena, el texto español fue mucho más allá que el texto francés. Probablemente porque en este punto se hicieron notar más las ideas del utilitarismo penal de Bentham, para algunos la influencia más reconocible del Código penal de 1822⁹³, el propio Manuel de Lardizábal, o el italiano Caetano Filangieri,

⁸⁹ LARDIZÁBAL, M. de, *Discurso sobre las penas...*, p. 198: «En los arsenales y presidios no puede haber mas diferencia, que la del mayor ó menor tiempo; pero la qualidad y esencia de la pena siempre es la misma, y todos los condenados a ella son reducidos indistintamente á la misma condición infame y vil, lo que debe borrar de sus ánimos toda idea de honradez y de probidad: por lo qual es imposible, que estas penas puedan ser proporcionadas á todo género de delitos, de donde provienen sin duda los malos efectos que causan. En las casas de corrección, cuyo único objeto debe ser este, pueden establecerse varios trabajos, castigos y correcciones en bastante número para aplicar a cada uno el remedio y la pena que le sea mas proporcionada, y de esta suerte se conseguirá sin duda la corrección de muchos, que hoy se pierden por defecto de las penas».

⁹⁰ José M.^a Calatrava en el Diario de Sesiones de Cortes Extraordinarias (en adelante, DSCE), n.º 60, 23-11-1821, p. 924.

⁹¹ La importante influencia del texto francés en el español fue reconocida además por autores como PALENCIA, P. C., *Observaciones sobre el Código Penal*, Santiago, 1822, p. 40, GARCÍA GOYENA, F., *Código criminal español, según las leyes vigentes, comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, Tomo I, Madrid, 1843, p. 12, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Examen histórico del Derecho penal*, Madrid, 1866, p. 245, o PACHECO, J. F., *Código penal concordado y comentado*, Tomo I, Madrid, 1956, p. 54.

⁹² CASABÓ RUIZ, J. R., *El Código penal de 1822. Tesis doctoral inédita*, Valencia 1968, p. 119, ZAFFARONI, E. Raúl, «La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 42 (1989), p. 538, y SILVA FORNÉ, D., «La Codificación penal y el surgimiento del Estado liberal en España», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 7 (2001), p. 268.

⁹³ Sobre la influencia de Bentham en España, SILVELA, L., *Bentham en España, Memoria de ingreso de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, 1894, y más recientemente RODRÍGUEZ GIL, M., *Jeremy Bentham... su recepción en España*, en su edición de los *Tratados de legislación civil y penal*, Madrid, 1981, pp. 8-10, o MIRANDA, M. J., *Bentham en España*, en *El ojo del poder: El panóptico*, Madrid, 1989, pp. 129 y ss.

cuya obra fue traducida por segunda vez al español en 1821, gozando de una amplísima difusión en nuestro país⁹⁴.

Al igual que Bentham y Lardizábal, Filangieri se mostraba mucho más abierto a la graduación judicial de las penas, que debían fijarse a tenor de las circunstancias o elementos de cada delito, y apostó por las novedosas penas privativas de libertad como aquellas que mejor podían dar respuesta al nuevo orden jurídico-social⁹⁵. Una de las principales ventajas que a su juicio ofrecían estas penas era precisamente que podían graduarse o hacerse proporcionales a los delitos, «ya por la diversidad de su duración, y ya por la variedad que encuentra por lo tocante al modo y á la intensidad»⁹⁶.

El gran reto de los legisladores españoles fue conciliar estas ideas con el principio iusracionalista de la legalidad penal, que se reconoció en el artículo 3 del Código español de 1822 con una literalidad muy similar a la del Código francés de 1810: «A ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración».

Esta contradicción entre «el principio de legalidad y su materialización efectiva», es decir, entre la lucha contra el arbitrio judicial propia del pensamiento clásico, y la necesidad al mismo tiempo de dejar un cierto margen de interpretación a los jueces para la graduación e individualización de la pena en cada caso concreto, se convertiría, a juicio de Bartolomé Clavero, en una de las constantes de la primera codificación penal española, no siendo plenamente superada, como en el caso francés, hasta el desarrollo de las nuevas escuelas penales de la segunda mitad del siglo XIX⁹⁷.

La controversia se evidencia especialmente en los debates parlamentarios que precedieron a la aprobación del Código, y en particular en aquellos en los que se discutieron los artículos relativos al «modo de graduar los delitos, y aplicar y dividir las penas» según las «circunstancias que los agravan o disminuyen» (Capítulo 4.º del Título Preliminar, arts. 101 al 115). En ellos, tanto los informes de las principales instituciones del país, de los que daba cuenta el diputado Calatrava al inicio de cada discusión, como los diputados opinantes, utilizaron constantemente el recurso a la arbitrariedad judicial para oponerse, o avalar cuando se rechazaba ésta, la necesidad de los artículos propuestos.

Así, por ejemplo, si instituciones como el Colegio de abogados de Madrid, el Ateneo español, la Universidad de Salamanca, la Audiencia de Granada o el Colegio de Cádiz, y los diputados La Llave o Cepero, se oponían a los primeros artículos de graduación de la pena por los jueces porque «el legislador debe dictar la ley de modo que en cuanto sea posible quede cerrada la puerta a la arbitrariedad»⁹⁸; el propio diputado Calatrava, encargado de presentar el pro-

⁹⁴ LALINDE ABADÍA, J., «El eco de Filangieri en España», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º 4 (1984), pp. 480 y ss.

⁹⁵ FILANGIERI, C., *Ciencia de la legislación ilustrada con comentarios de Benjamin Constant*, Tercera edición revista, corregida y comentada, París, 1836, tomo VI, pp. 89-90.

⁹⁶ FILANGIERI, C., *Ciencia de la legislación ilustrada...*, tomo VI, pp. 90-91.

⁹⁷ CLAVERO, B., *Los derechos y los jueces*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 52 y 60 y ss.

⁹⁸ El diputado Cepero en DSCE, n.º 96, 30-12-1821, p. 1545. Véase, en general, el debate sobre los cuatro primeros artículos del Capítulo IV del Título Preliminar en el DSCE, n.º 96, 30-12-1821, pp. 1541-1552.

yecto por parte de la Comisión, señalaba que la mayor regulación que se hacía en el texto español del modo de graduar los delitos era, precisamente, lo que daba seguridad a la ley frente al arbitrio permitido en el Código francés de 1810 (en el que sólo establecía la regla del *máximum* y el *mínimum*, sin precisar modos de aplicación ni circunstancias específicas):

«La Comisión cree que ha puesto todos los límites posibles á aquel prudente arbitrio que es indispensable dejar á los jueces para la aplicación de las penas. No hay más que atender al método que se sigue en el Código francés y en otros, y se verá cuán notable es la diferencia á favor del nuestro. En el Código francés no se admite esta graduación que la comisión propone. Hecha la calificación del delito por los jurados, se deja al arbitrio del juez el imponer la pena como le parezca dentro del *máximum* y *mínimum*. Esto sí que da lugar á la arbitrariedad.»⁹⁹

Como defendía el diputado Calatrava, finalmente del Código francés sólo se tomó el establecimiento del *máximum* y *mínimum* para la fijación de las penas; mientras que el primer Código español de 1822 abundó aún más en el modo de aplicación de estos límites a través de un sistema que reconocía tres grados:

Art. 101: «En los casos en que la ley imponga al delito pena corporal o no corporal, o pecuniaria de tiempo o cantidad indeterminada, y haya fijado solamente el *mínimo* y el *máximo*, los jueces de hecho deberán, cuando declaren el delito, declarar también su grado. Lo mismo harán los jueces de derecho en las causas esceptuadas. En cada uno de estos delitos habrá tres grados. El primero ó el mas grave de todos; el segundo o el de inferior gravedad; y el tercero o el menos grave de todos. Para la calificación del grado atenderán los jueces de hecho á la mayor o menor gravedad, y al mayor ó menor número de las circunstancias que agraven o disminuyan el delito, conforme á la disposición respectiva de la ley y á los artículos 106 y 107».

Art. 102: «Al delito en primer grado se aplicará el *máximo* de la pena señalada en la ley, pudiendo el juez de derecho disminuirlo hasta una sexta parte menos del total. Al delito en segundo grado se aplicará el término medio del *mínimo* y *máximo* señalados por la ley, pudiendo el juez de derecho aumentar o disminuir el término medio hasta una sexta parte del *máximo*. Al delito en tercer grado se aplicará el *mínimo*, ó se aumentará este hasta una sexta parte mas del *máximo* señalado en la ley; dejándose este arbitrio al prudente juicio de los jueces de derecho, segun la mayor o menor gravedad que resulte».

Otra diferencia sustancial con respecto al Código francés de 1810, fue que si aquel sólo introdujo un embrionario reconocimiento de las circunstancias atenuantes, sin desarrollarlas o definirlas en ningún caso, el Código español dedicó un capítulo completo a regular tanto el modo de graduar, aplicar y divi-

⁹⁹ El diputado Calatrava en DSCE, n.º 96, 30-12-1821, p. 1541.

dir las penas¹⁰⁰, como las principales circunstancias agravantes o atenuantes que debían tenerse en cuenta para ello. Éstas quedaron enumeradas en los artículos 106 y 107:

«Art. 106. En todo delito ó culpa para la graduación expresada en los dos primeros artículos se tendrán por circunstancias agravantes, además de las que espese la ley en los casos respectivos, las siguientes: Primera: el mayor perjuicio, susto, riesgo, desorden ó escándalo que cause el delito. Segunda: la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos. Tercera: la mayor malicia, premeditación y sangre fría con que se haya cometido la acción; la mayor osadía, imprudencia, crueldad, violencia ó artificio, ó el mayor número de medios empleados para ejecutarla. Cuarta: la mayor instrucción o dignidad del delincuente, y sus mayores obligaciones para con la sociedad, ó con las personas contra quienes delinquire. Quinta: el mayor número de personas que concurran al delito. Sesta: el cometerle con armas ó en sedición, tumulto ó conmoción popular, ó en incendio, naufragio ú otra calamidad ó conflicto. Séptima: la mayor publicidad ó autoridad del sitio del delito, ó la mayor solemnidad del acto en que se cometa. Octava: la superioridad del reo con respecto á otro á quien dé órdenes, consejos ó instrucciones para delinquir, ó le seduzca, instigue, solicite ó provoque para ello. Novena: en todos los delitos contra las personas, serán circunstancias agravantes contra el reo la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, indefensión, desamparo ó conflicto de la persona ofendida.»

«Art. 107. Del mismo modo y para el propio fin se tendrán por circunstancias que disminuyan el grado del delito, además de las que la ley declare en los casos respectivos, las siguientes: Primera: la corta edad del delincuente, y su falta de talento ó de instrucción. Segunda: la indigencia, el amor, la amistad, la gratitud, la ligereza o el arrebato de una pasión que hayan influido en el delito. Tercera: el haberse cometido éste por amenazas ó seducciones, aunque no sean de aquellas que basten para disculparse. Cuarta: el ser el primer delito, y haber sido constantemente buena la conducta anterior del delincuente, ó haber hecho este servicios importantes al Estado. Quinta: el arrepentimiento manifestado con sinceridad inmediatamente después de cometido el delito, procurando voluntariamente su autor impedir ó remediar el daño causado por él, ó socorrer ó desagraviar al ofendido. Sesta: el presentarse voluntariamente á las autoridades después de cometido el delito, ó confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando convencido el reo por otras pruebas.»

Aunque algunas eran más novedosas, la mayoría de estas circunstancias se tomaban de la propia tradición jurídica española¹⁰¹. En cuanto a su conte-

¹⁰⁰ Atiéndase también a los artículos 103, 104 y 105. Art. 105: «Por lo relativo á las partes de una pena que consista en cantidad o tiempo determinado con mínimo y máximo, se graduarán aquellas contando su término inferior por el mínimo de la principal, y el superior por el máximo, como por ejemplo: si se impusiere la cuarta parte á la mitad de una pena de cuatro á ocho años de reclusión, será dicha parte de uno á cuatro años».

¹⁰¹ SAINZ GUERRA, J., *La evolución del derecho penal en España*, Jaén, 2004, pp. 148-179.

nido, podemos distinguir las que afectaban específicamente al modo de comisión del delito (el realizado con un mayor número de medios, por un grupo de personas, con armas, en sedición o tumulto, en incendio, naufragio u otra calamidad, o en lugar público o acto especialmente solemne); las relativas a las circunstancias personales del delincuente (edad, sexo, dignidad, instrucción o indigencia); las que hacían referencia a la responsabilidad moral del mismo de cara a la expiación de su culpa (malicia, premeditación, superioridad, debilidad, indefensión, amor, amistad, gratitud, ligereza, arrebatos de una pasión, amenazas o seducciones, buena conducta o falta de antecedentes, arrepentimiento o entrega voluntaria a las autoridades); y aquellas que, en respuesta al utilitarismo penal y la idea de la prevención, hacían mayor hincapié en la defensa de «la salud pública» o el «bien común» (el mayor perjuicio, susto, riesgo, desorden o escándalo que cause el delito, o la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos).

De todas ellas, sólo dieron lugar a un mayor debate en Cortes algunas de las relativas a la responsabilidad moral del delincuente, como la embriaguez, la malicia, la violencia, o la mayor instrucción o premeditación, que finalmente se dejaron al criterio de los jueces «porque ¿cómo es posible hacer un Código que penetre en todos los escondrijos y repliegues del corazón humano?»¹⁰²; y también una de las circunstancias propias del pensamiento utilitarista clásico y ajena a la tradición jurídica española, la necesidad social de escarmientos, que para instituciones como el Colegio de Abogados de Madrid o la Universidad de Salamanca, y diputados como el señor Echeverría, dejaba demasiado margen de arbitrariedad a los jueces: «Está fuera de toda duda que ni los jueces de hecho ni los de derecho deben graduar las circunstancias, que en nada influyen en la malicia y culpabilidad del delito, sino que como causas exteriores, solo sirven de estímulo para cometerlo con más frecuencia, según suele suceder en los años estériles y miserables, cuando hay algún descuido en la policía, ó la pena con que se le castiga no guarda la debida proporción con el daño que causa á la sociedad; mas todo esto debe graduarlo el Poder legislativo y no el poder judicial»¹⁰³.

A pesar de ello, todas las circunstancias propuestas resultaron finalmente aprobadas en beneficio de la sociedad y de una recta administración de justicia¹⁰⁴. Incluso se aprobó un artículo 109 (el 111 en el proyecto) que, también frente a las críticas de algunas instituciones y diputados por arbitrario¹⁰⁵, permitía que los jueces de hecho pudieran aplicar otras circunstancias no recogidas expresamente en el Código por analogía o semejanza: «Cuando alguna culpa o delito de los comprendidos en este código resultare con circunstancias que no estén espresadas literalmente en ninguna de sus disposiciones, pero que á juicio

¹⁰² El diputado Vadillo en DSCE, n.º 96, 30-12-1821, p. 1551.

¹⁰³ El diputado Echeverría en DSCE, n.º 96, 30-12-1821, p. 1548.

¹⁰⁴ El debate en torno a todas las circunstancias del delito previstas en el proyecto puede consultarse en el DSCE, n.º 96, 30-12-1821, pp. 1548-1552, y en el DSCE, n.º 97, 31-12-1821, pp. 1560-1561.

¹⁰⁵ DSCE, n.º 97, 31-12-1821, p. 1562.

de los jueces de hecho tengan una perfecta semejanza y analogía con otras de las literalmente espresadas, podrá el juez aplicar la pena de estas si no tuviere motivo fundado de duda para consultar al superior competente. La propia regla se observará en cuanto á las circunstancias que favorezcan al procesado»¹⁰⁶.

Tan extensa regulación se acometía en España, como ya se ha dicho, dos años antes de que una primera reforma del Código francés de 1810 permitiera el reconocimiento de circunstancias atenuantes en determinados delitos (ley de 25 de junio de 1824), y diez años antes de que se promulgara en Francia la paradigmática ley de 28 de abril de 1832, que abría definitivamente el campo de la individualización judicial de la pena. Debemos concluir, en consecuencia, que fueron otras las influencias y las sensibilidades que se impusieron en este tema concreto en el texto español; aunque, como advirtiera Calatrava, la mayor regulación del modo de aplicar las penas en España, y de las circunstancias del delito, no debía entenderse necesariamente como un brindis a la arbitrariedad del juez, sino más bien todo lo contrario, como un intento de mayor celo o control en la determinación de la pena.

Con todo, la escala general de penas, con sus máximos, mínimos, grados y circunstancias, resultaba muy confusa y difícil de llevar a la práctica, tal y como criticara el propio Bentham del Código penal de 1822, que en su opinión no había sabido recoger sus ideas¹⁰⁷. Algunos diputados en Cortes ya habían advertido, en este sentido, que el texto español también se había distanciado mucho del Código francés al proponer su clasificación de delitos y penas, especialmente en lo relativo a las penas de reclusión o arresto correccional, hasta entonces desconocidas en España y difíciles de ejecutar sin los medios ni las instituciones adecuadas¹⁰⁸. La escasa vigencia del Código de 1822 nos impide, sin embargo, alcanzar mayores conclusiones con respecto a esta cuestión, pues los jueces apenas tuvieron ocasión de atender a sus disposiciones¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Por lo demás, los artículos 108 y 110-115, que también resultaron aprobados en el mismo capítulo, terminaron de fijar el modo de aplicación de las penas en casos dudosos limitando la tan criticada arbitrariedad del juez.

¹⁰⁷ *Cartas de Jeremías Bentham al Sr. Conde de Toreno, sobre el proyecto de Código penal presentado a las Cortes*, Madrid, 1821, cartas 2.^a y 3.^a citadas ampliamente por SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria en España* (Madrid, 1918), edic. facsimilar en Pamplona, 1999, tomo 2, pp. 265 y ss.

¹⁰⁸ DSCE, n.º 60, 23-11-1821, pp. 920-931, DSCE, n.º 61, 24-11-1821, p. 938, o DSCE, n.º 70, 4-12-1821, p. 1109.

¹⁰⁹ ALONSO Y ALONSO, J. M., «De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822», en *Revista de Estudios penitenciarios*, n.º 11 (1946), pp. 2-15, FIESTAS LOZA, A., «Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822», en *Revista de Historia del Derecho*, 1-2 (1977-1978), CASABO RUIZ, J. R., «La aplicación del Código penal de 1822», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. II, 1979, pp. 333-344, BERMEJO CABRERO, J. L. «Sobre la entrada en vigor del Código Penal de 1822», en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º 66 (1996), pp. 967-972, o BENITO FRAILE, E. de, «Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822», en *Foro. Nueva época*, n.º /2008, pp. 41-68.

V. LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1848

La derogación del Código penal español de 1822 por las fuerzas absolutistas que restablecieron la Monarquía de Fernando VII el 1 de octubre de 1823, supuso el regreso de las leyes criminales del Antiguo Régimen y de la arbitrariedad judicial. El arbitrio de los jueces se acusó especialmente en este tiempo frente a la confusión que suponía enfrentarse en la práctica a un derecho penal compuesto por leyes arcaicas junto a otras normas modernas de desarrollo, y por la necesidad de adaptar las penas obsoletas o más crueles de la legislación a la nueva sensibilidad social¹¹⁰.

De hecho, aunque formalmente siguieran vigentes las penas recogidas en la Novísima Recopilación o las Partidas, la incorporación a ellas de leyes como la pragmática de 1771 que consolidó en España la pena de presidios, permitió que en este tiempo se fuera desarrollando el primer régimen penitenciario español a través de normas como de la Ordenanza General de Presidios de 1834; mientras que el propio monarca promovía la formación de un Código criminal que pusiera fin al caos legislativo y a la tan criticada arbitrariedad de los jueces en materia penal¹¹¹.

Esta realidad no fue posible, sin embargo, hasta la consolidación del Estado liberal de Derecho tras la muerte del rey en 1833, con la formación de un nuevo gobierno de carácter moderado que en 1843 constituyó a tal fin una Comisión General de Códigos. De ella surgiría finalmente el Código Penal de 1848, que podría clasificarse entre los códigos de segunda generación, o códigos «clásicos», redactados en Europa a mediados del siglo XIX¹¹².

En este tiempo, los postulados de la Escuela neoclásica, representada fundamentalmente en Francia por Pellegrino Rossi, llegaron a España con la primera traducción de su obra realizada por Cayetano Cortés en 1839¹¹³, e influyeron poderosamente en el principal penalista español de la época, Joaquín Francisco Pacheco, que se encargó de difundir ampliamente en nuestro país a Rossi y a otros representantes del neoclasicismo francés como Coussin, Broglie o Guizot.

Frente al anterior predominio de la Escuela clásica de Beccaria, Bentham o Lardizábal, Florencio García Goyena también coadyuvó a la divulgación de esta nueva corriente neoclásica en nuestro país¹¹⁴. Sin embargo, la figura de Joaquín Francisco Pacheco ha resultado mucho más reconocida, no sólo por

¹¹⁰ BARÓ PAZOS, J., «El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)», en *Anuario de Historia del Derecho español*, n.º 3 (2013), pp. 105-138.

¹¹¹ CASABO RUIZ, J. R., *El proyecto de Código criminal de 1830. Estudio preliminar y edición*, Murcia, 1978, y *El proyecto de Código criminal de 1831 de Sainz de Andino. Estudio preliminar y edición*, Murcia, 1978.

¹¹² MARTINAGE, R., *Histoire du droit pénal en Europe*, Paris, 1998, pp. 75-85.

¹¹³ CORTÉS, C., *Tratado de Derecho penal*, traducción de la obra francesa de Pellegrino Rossi (París, 1829), Madrid, 1839.

¹¹⁴ GARCÍA GOYENA, F., *Código criminal español según las leyes y práctica vigentes, comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, Madrid, 1843.

esta labor, sino porque a partir de los principios de la Escuela neoclásica francesa elaboró una doctrina propia que, por primera vez, aportó una cierta originalidad a la ciencia jurídica penal en España ¹¹⁵.

Pacheco tomó de Rossi la concepción del delito según la cual todos los hombres están obligados a seguir un orden moral de cuya infracción nacía éste, y la pena no era sino la remuneración del mal (mal por mal) determinada de forma proporcional por un juez para la realización de la justicia absoluta. Pero en la doctrina de Pacheco, este retribucionismo moral cobró mucha mayor importancia que en la propia obra de Rossi, y la realización de la justicia absoluta se convirtió en el fin principal de la pena, recuperándose el valor retributivo de la expiación ¹¹⁶, junto a la prevención general o utilidad pública de la misma.

La doctrina retribucionista de Pacheco fue defendida en una serie de importantes lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid, entre 1839 y 1840, que sirvieron para ir modulando la opinión pública española en un clima político de carácter moderado y una sociedad «ávida» de iniciarse finalmente en los problemas de la ciencia penal ¹¹⁷. A partir de este momento, Pacheco se convertiría en uno de los principales referentes para la elaboración del nuevo Código Penal de 1848, de cuya comisión redactora formó parte junto a Manuel Seijas Lozano ¹¹⁸.

En el terreno de las penas o sanciones, el retribucionismo penal de Pacheco, también llamado «sistema de moralidad» ¹¹⁹, se puso de manifiesto especialmente en la pluralidad o abundancia de las mismas, pensadas para adecuarse individualmente a las necesidades de cada delincuente. El propio Seijas Lozano anticipaba esta idea al presentar el proyecto de Código ante la Comisión General de Codificación en octubre de 1844: «La escala de aquellas (las penas) que ha aprobado ya la Comisión, es inmensa (...) Así también se consigue economizar la de muerte, proporcionando la imposición de otras que puedan producir

¹¹⁵ DORADO MONTERO, P., *De Criminología y Penología*, Madrid, 1906, pp. 136-137, SERRANO GÓMEZ, A., *Introducción a la ciencia del Derecho Penal*, Madrid, 1981, p. 125, TOMÁS Y VALIENTE, F., «Joaquín Francisco Pacheco y la Codificación penal», en *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Madrid, 1989, pp. 39-79, o más recientemente IÑESTA PASTOR, E., *El Código Penal español de 1848*, Valencia, 2011, pp. 266-273.

¹¹⁶ TELLEZ AGUILERA, A., *Estudio preliminar a El Código Penal concordado y comentado de Joaquín Francisco Pacheco*, edic. Madrid, 2000, p. 24.

¹¹⁷ Sus palabras fueron publicadas en la obra PACHECO, J. F., *Estudios de derecho penal*, 1.ª edic. Madrid, 1842. Sobre la importancia de estas lecciones, véase GUTIÉRREZ, B., *Examen histórico...*, p. 454, LASTRES, F., *Estudios penitenciarios*, Madrid, 1887, p. 16, GIBERT, R., *Ciencia jurídica española*, Granada, 1983, p. 39, o más recientemente TELLEZ AGUILERA, A., *Estudio preliminar a El Código Penal...*, pp. 24-25.

¹¹⁸ De hecho, tradicionalmente se ha atribuido a Pacheco la paternidad de dicho texto, aún a costa de relegar a un segundo plano al verdadero autor, Manuel Seijas Lozano. Resumiendo esta polémica cuestión historiográfica, véase ANTÓN ONECA, J., «El Código penal de 1848 y D. Juan Francisco Pacheco», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 8 (1965), pp. 473-495, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª D. del M., *La codificación penal en España: Los códigos de 1848 y 1850*, Madrid, 2004, pp. 49-57, o IÑESTA PASTOR, E., *El Código Penal español de 1848*, Valencia, 2011, pp. 255-262.

¹¹⁹ Por ejemplo, el diputado Gómez de la Serna en DSC, n.º 1, 13-03-1848, p. 1748: «Yo no he defendido el sistema de moralidad absoluta como base única del sistema penal. Creo que es necesario respetar el sistema de moralidad, pero unido con el sistema utilitario».

una reforma en el carácter y costumbres del delincuente, reforma de que la sociedad debe sacar grandes ventajas. Este sistema es filantrópico y social a la vez, el mejor que puede servir de base para una legislación penal»¹²⁰.

Las penas se dividieron así en penas aflictivas, correccionales o leves¹²¹, siendo las primeras: muerte, cadena perpetua, reclusión perpetua, relegación perpetua, extrañamiento perpetuo, cadena temporal, reclusión temporal, relegación temporal, extrañamiento temporal, presidio mayor, prisión mayor, confinamiento mayor, inhabilitación (absoluta perpetua, especial perpetua, temporal absoluta o especial temporal), presidio menor, prisión menor y confinamiento menor. Por su parte, dentro de las penas llamadas «correccionales» estaban las de presidio correccional, prisión correccional, destierro, sujeción a la vigilancia de la autoridad, reprensión pública, suspensión de cargo público, derecho político, profesión u oficio, y arresto mayor; y eran consideradas penas leves el arresto menor y la represión privada. Además había penas comunes a todas ellas (la multa y la caución), y penas accesorias como la argolla, degradación, interdicción civil, pérdida de los instrumentos y efectos del delito, resarcimiento de los gastos del juicio y pago de las costas procesales.

Para todas estas penas se fijaron los tradicionales límites máximos y mínimos, determinándose, además, un exhaustivo régimen de aplicación a través de un extenso articulado en el que, aunque se reconocieron circunstancias atenuantes y agravantes, su utilización efectiva por parte del juez se hacía depender de normas muy estrictas que apenas le dejaban margen de disposición¹²². Para poder aumentar o disminuir una pena, éstas se graduaron entre sí a través de un complejo sistema de penas paralelas en cuatro escalas que, en atención a las numerosas disposiciones del Código, conseguía que el juez pudiera determinar la pena de forma casi matemática; procedimiento éste que se dio en llamar de «aritmética» o «métrica» penal, y que en la práctica permitió nuevamente el desplazamiento desde el arbitrio judicial, denunciado por algunos autores del anterior Código de 1822, al principio de legalidad.

La renovada importancia del principio de la legalidad penal en este Código, se puso de manifiesto asimismo en la cuidada redacción del artículo 2 que lo reconocía, a propuesta del diputado Luzuriaga, y al que en la reforma de 1850 se añadió un último párrafo especialmente significativo¹²³:

«Art. 2. No serán castigados otros actos ú omisiones que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos ó faltas.

¹²⁰ Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código Penal, sesión del 2-10-1844, en LASO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. 5. Codificación penal*, 2 vols., Ministerio de Justicia, 1970, vol. II, p. 464.

¹²¹ El primer debate sobre la clasificación de las penas del proyecto se produce en la sesión del 7-11-1844, y puede consultarse en Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código Penal, LASO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española...*, vol. II, pp. 581-582.

¹²² Todo el título III del libro I, desde al artículo 49 al 114, se dedicó a la regulación de la clasificación, aplicación, graduación y ejecución de las penas. Las escalas graduales entre ellas se recogen específicamente en el artículo 79.

¹²³ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a D. del M., *La codificación penal en España...*, pp. 103-104.

En el caso de que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él, y expondrá al Gobierno las razones que le asisten para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones del Código resultare notablemente excesiva la pena, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito.»

Para Seijas Lozano y los demás redactores del Código, así como para comentaristas del mismo como el propio Pacheco, Castejón o Vizmanos, esta es la clave del Código de 1848, que para asegurar el principio de legalidad frente al arbitrio de los jueces se inspiró fundamentalmente en el Código criminal de Brasil de 1830, el cual estableció un estricto régimen de aplicación de las penas (similar al que hemos descrito en el caso español), y un detallado reconocimiento de las circunstancias atenuantes y agravantes, excluyendo en lo posible la libre determinación de las mismas por parte de los jueces¹²⁴.

Seijas Lozano declaraba que frente a modelos que, como el francés, permitían un amplio arbitrio judicial a través del reconocimiento genérico de circunstancias atenuantes sin especificarlas, el Código de Brasil era en este punto más perfecto. En el mismo sentido se pronunciaron otros diputados como Vila, Álvarez Martínez, García Goyena o Luzuriaga¹²⁵, que se encargó de la redacción de los artículos relativos a las circunstancias del delito en el proyecto original: «Las circunstancias agravantes y atenuantes tienen más bien relación con el individuo que con el hecho, y por regla de analogía deberán colocarse al hablar de los infractores. Mas también se refieren muchas veces a los hechos y de aquí el que yo las haya colocado en el título que trata de las infracciones. Por lo demás yo creo que mi método es más sencillo y que esta circunstancia es indispensable en los Códigos, porque de ella resultan inmensas ventajas. El Código de Brasil, cuyo volumen es la tercera parte menor que el de los demás de Europa, ha seguido este sistema y es el más perfecto de cuantos se conocen»¹²⁶.

En consecuencia, el número de circunstancias atenuantes y agravantes reconocidas en los artículos 9 y 10 del Código de 1848 aumentó de forma muy significativa con respecto al código anterior:

«Art. 9. Son circunstancias atenuantes: 1.º Las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. 2.º La de ser el culpable menor

¹²⁴ BRAVO LIRA, B., «Bicentenario del Código penal de Austria. Su proyección desde el Danubio a Filipinas», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de Valparaíso*, Chile, n.º 26 (2004), pp. 140-145.

¹²⁵ En general, el debate sobre las circunstancias atenuantes y agravantes del proyecto, puede consultarse en Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código Penal, sesiones del 18-10-1844 y del 19-10-1844, en LASO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española...*, vol. II, pp. 524-526 y pp. 527- 531, respectivamente.

¹²⁶ Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código Penal, sesión del 2-10-1844, en LASO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española...*, vol. II, p. 467.

de 18 años. 3.º La de no haber tenido el delincuente intención de causar todo el mal que produjo. 4.º La de haber precedido inmediatamente provocación ó amenaza por parte del ofendido. 5.º La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, sus ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos o afines en los mismos grados. 6.º La de ejecutar el hecho en estado de embriaguez, cuando esta no fuere habitual ó posterior al proyecto de cometer el delito. Se reputa habitual un hecho cuando se ejecuta tres veces ó más, con intervalo á lo menos de 24 horas entre uno y otro acto. 7.º La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación. 8.º Y últimamente, cualquier otra circunstancia de igual entidad y análoga á las anteriores.»

«Art. 10. Son circunstancias agravantes: 1.º Ser el agraviado ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano o afín en los mismos grados del ofensor. 2.º Ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra á traición o sobre seguro. 3.º Cometer el delito mediando precio, recompensa ó promesa. 4.º Ejecutarlo por medio de inundación, incendio ó veneno. 5.º Aumentar deliberadamente el mal del delito, causando otros males innecesarios para su ejecución. 6.º Obrar con premeditación conocida. 7.º Emplear astucia, fraude ó disfraz. 8.º Abusar de superioridad, ó emplear medio que debilite la defensa. 9.º Abusar de confianza. 10.º Prevalerse del carácter público que tenga el culpable. 11.º Ejecutar el delito como medio de perpetrar otro. 12.º Emplear medios, ó concurrir circunstancias que añaden la ignominia á los efectos propios del hecho. 13.º Cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio ó otra calamidad ó desgracia. 14.º Ejecutarlo con auxilio de gente armada ó de personas que aseguren ó proporcionen la impunidad. 15.º Ejecutarlo de noche o en despoblado. Esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales según la naturaleza y accidentes del delito. 16.º Ejecutarlo en desprecio ó con ofensa de la Autoridad pública. 17.º Haber sido castigado el culpable anteriormente por delito á que la ley señale igual o mayor pena. 18.º Ser reincidente de delito de la misma especie. 19.º Cometer el delito en lugar sagrado, inmune ó donde la Autoridad pública se halle ejerciendo sus funciones. 20.º Ejecutar el hecho con ofensa ó desprecio del respeto que por la dignidad, edad ó sexo mereciere el ofendido, ó en su morada cuando él no hay provocado el suceso. 21.º Ejecutarlo por medio de fractura ó escalamiento de lugar cerrado. 22.º Ejecutarlo haciendo uso de armas prohibidas por los reglamentos. 23.º Y últimamente, cualquier otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores.»

Como vemos, ambos artículos terminaban con la misma cláusula genérica que permitía al juez el recurso a la analogía para la aplicación de circunstancias no previstas expresamente en la ley. El redactor original de estos artículos en el proyecto del Código, Luzuriaga, lo justificaba de la siguiente manera: «En la sesión anterior vi con gusto que todos reconocían la imposibilidad de determinar las circunstancias agravantes o atenuantes de los delitos; porque para determinarlos sería necesario hacer un largo análisis de todos los actos humanos, y de la moralidad que puede haber tanto en éstos como en el agente; por eso sin duda el Código francés no determina esas circunstancias y aunque es cierto que, según han dicho los publicistas, el no ponerlas es porque el jurado las suple, esto es para mí un paralogismo, porque el jurado no tiene más inteligencia, ni más medios de hacer el análisis, que pudiera hacer un tribunal cualquiera. El

Código de Brasil empeñado en ordenarlo todo artísticamente dispone que cuando concorra tal circunstancia se señale tal pena; pero ¿quién ha dicho a aquellos legisladores que no se les haya olvidado alguna circunstancia? (...)»¹²⁷.

Esta técnica intermedia, que por un lado trataba de constreñir las circunstancias del delito en la letra de la ley, y por otro permitía la analogía para que los jueces pudieran reconocer otras circunstancias «de igual entidad» a las anteriores, fue la solución adoptada en nuestro país con el fin de conciliar la seguridad jurídica y el principio de legalidad con una justa distribución de penas, controlando en lo posible el tan desacreditado arbitrio de los jueces¹²⁸.

Pero no todos estaban de acuerdo en que el arbitrio judicial fuera pernicioso o dañino para la sociedad. Frente a quienes veían en la figura del juez heredada del Antiguo Régimen a un indolente o un inconstante, desconocedor de las leyes, abrumado por la responsabilidad de su oficio, servidor del poder, y poco coherente en sus decisiones; también hubo voces que defendieron su libertad de juicio como el único medio de luchar contra los abusos o la tiranía de la ley. En uno de los últimos debates que se produjo sobre la cuestión de la arbitrariedad judicial antes de la aprobación definitiva del Código¹²⁹, concretamente en la sesión del 13 de marzo de 1848, se pronunciaron en este sentido los diputados José Alonso Ruiz Canalejas o José Corzo, en cuya opinión «es una verdad inconcusa que no hay ninguna legislación peor ni más tiránica que la que trata de apurar todos los grados de los delitos para ajustarles con una exactitud geométrica las respectivas penas»¹³⁰.

A pesar de ello, el Código de 1848 quedó aprobado con los límites de aplicación de la pena que se han señalado más arriba, prevaleciendo el automatismo del juez o el sistema de «aritmética» o «métrica» penal, que como decía José Corzo permitía ajustar las penas a los delitos con una exactitud casi geométrica. Para superar este estadio en el modo de determinación y aplicación de las penas en España, habrá que esperar, al igual que en el caso francés y de otros países del entorno europeo, al desarrollo de las nuevas escuelas penales que, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, comenzaron a apostar seriamente por la individualización judicial de la pena en atención a la figura del delincuente, como la Escuela positivista o antropológica italiana, la *Terza Scuola* italiana, la Escuela sociológica del crimen francesa, la Escuela político-criminal alemana, o la Escuela del mejoramiento o de la enmienda alemana.

¹²⁷ Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código Penal, sesión del 19-10-1844, en LASO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española...*, vol. II, p. 529.

¹²⁸ En este sentido, se expresaba CÁRDENAS, F. de, «Comentarios y Observaciones sobre los artículos del Código penal que tratan de las circunstancias atenuantes», en *El Derecho moderno. Revista de Jurisprudencia y Administración*, Madrid, t. VI (1849), pp. 3-33, cfr. IÑESTA PASTOR, E., *El Código Penal español de 1848...*, p. 458.

¹²⁹ Sobre el largo y tortuoso camino que se siguió para la aprobación de este Código en las Cortes, véase LASO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española...*, vol. I, pp. 251-315, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a D. del M., *La codificación penal...*, pp. 59-74, o IÑESTA PASTOR, E., *El Código Penal español de 1848...*, pp. 100-220.

¹³⁰ Intervención del diputado José Corzo en el DSC, n.º 1, 13-03-1848, p. 1756.

Ahora bien, si en Francia se impusieron sobre todo las corrientes sociológicas o de defensa social, en España fue especialmente la teoría de la enmienda alemana o «*Besserungstheorie*», desarrollada por Karl Röeder a partir del racionalismo armónico de Karl Christian Friedrich Krause¹³¹, la que alcanzaría una mayor repercusión doctrinal, dando lugar a la llamada Escuela correccionalista española. La teoría de la enmienda alemana proponía como único fin de la pena la corrección moral del delincuente, ya que consideraba el delito una determinación defectuosa de su voluntad. Se trataba de aplicar una especie de tratamiento a la enfermedad social que suponía el delito, y para ello la corrección moral, la transformación interna de los criminales, debía ser considerado el único fin posible de la pena¹³².

Estas ideas fueron acogidas con mayor o menor fidelidad por la Escuela correccionalista española¹³³, representada fundamentalmente por Félix de Aramburu, Luis Silvela, Pedro Dorado Montero o Concepción Arenal, que introdujeron el fin correctivo como uno de los principales fines de la pena, aunque dotaron a la doctrina de un mayor eclecticismo¹³⁴. A pesar de sus diferencias o matices, todos ellos proponían la necesidad de penas individualizadas y modulables para poder alcanzar la finalidad correctiva del delincuente, dejando un mayor margen de arbitrio judicial para su determinación, incluso a través de propuestas tan novedosas como la sentencia indeterminada o la libertad condicional. A partir de sus propuestas comenzaría a alcanzarse una nueva fase en la individualización judicial y penitenciaria de la pena en nuestro país¹³⁵. Pero ese, como dijimos, es ya otro tema.

¹³¹ RÖEDER, K., *Estudios sobre Derecho penal y sistemas penitenciarios. Fundamento jurídico de la pena correccional*, traducc. de Vicente Romero y Girón, Madrid, 1875, y *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, traducido por Francisco Giner de los Ríos, 3.ª edición Madrid, 1876. Sobre su figura se pronunció también GINER DE LOS RÍOS, F., «Carlos Roeder», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1880, pp. 140 y ss.

¹³² BUENO ARÚS, F., «Los fines de la pena y la pena de prisión en Beccaria y en la política criminal española contemporánea», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 38 (1989), p. 302, RIVACOBA Y RIVACOBA, M., *El correccionalismo penal*, Córdoba (Argentina), 1989, pp. 20-22, y BRUZZONE, G. A., *El principio de culpabilidad penal: una aproximación desde el krausismo*, Buenos Aires, 2005.

¹³³ ANTÓN ONECA, J., «La teoría de la pena en los correccionalistas españoles» (1960), en *Obras*, tomo I, Buenos Aires, 2000, pp. 157-170, LANDROVE DIAZ, G., *El correccionalismo de Concepción Arenal*, Madrid, 1969, p. 13 y SILVA MELERO, V., «En torno a la escuela penal española», en el *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, n.º (1954), pp. 439-450.

¹³⁴ Sobre el eclecticismo u otras influencias de la Escuela correccionalista española, ANTÓN ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca, 1951, p. 37, ANTÓN ONECA, J., «La teoría de la pena en los correccionalistas españoles» (1960), en *Obras*, tomo I, Buenos Aires, 2000, p. 169, UREÑA SMENJAUD, R., *Antigua filiación de la moderna teoría correccionalista y origen de la ciencia jurídico-penal: discurso leído en el solemne acto de la apertura del curso académico de 1881 a 1882 en la Universidad Literaria de Oviedo*, Oviedo, 1881; SALILLAS, R., «Inspiradores de doña Concepción Arenal» (1920), en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 200-203 (1973); o más recientemente VÁZQUEZ ROMERO, J. M., *Tradicionalistas y moderados ante la difusión de la filosofía krausista en España*, Madrid, 1998, y GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española*, Edisofer, Madrid, 2006.

¹³⁵ CLAVERO, B., *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1988, pp. 60 y ss., o MARTÍN, S., «Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944)», en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 6 (2007), tomo I, pp. 503-609.

VII. CONCLUSIONES

La consolidación del imperio de la ley que se anhelaba en los orígenes de la Codificación liberal europea frente a los desmanes judiciales del Antiguo Régimen, fue difícil de conciliar en el campo penal con la libertad o arbitrio del juez para dictar sus sentencias. Si en materia civil podía resultar más sencillo categorizar los casos para subsumirlos en la letra de la ley, pronto se hizo evidente que ningún delito se producía en las mismas condiciones, ni ningún delincuente actuaba impulsado por las mismas motivaciones o circunstancias, por lo que se hacía mucho más complejo elaborar tipos penales abstractos castigados con penas exactamente iguales.

Por eso, frente a los primeros Códigos revolucionarios franceses de 1791 y 1795, en los que se impuso el principio de legalidad de forma absolutamente estricta, a partir del mucho más pragmático Código Penal napoleónico de 1810, comenzó a reconocerse un cierto margen de discrecionalidad al juez para la determinación de las penas, dándose comienzo a una primera época de individualización judicial de la pena.

Las influencias o razones que llevaron a ella son, sin embargo, bastante heterogéneas o complejas. En un primer momento, el utilitarismo penal de Bentham y el desarrollo del derecho penitenciario, fueron sin duda elementos determinantes tanto en Francia como en España, junto a las quejas del propio aparato judicial y la ciudadanía ante las notorias injusticias que se derivaron de la aplicación estricta de la ley penal.

Pero, mientras que en el Código penal francés de 1810 se optó por el establecimiento de unos límites máximo y mínimo, y un embrionario reconocimiento de las circunstancias atenuantes para algunos delitos, sin especificarlos en ningún caso; en el primer Código penal español de 1822, en parte por influencia benthamiana, pero también de nuestra propia tradición histórico-jurídica, y de las doctrinas más templadas de penalistas como Filangieri o Lardizábal, se realizó una regulación mucho más exhaustiva de la forma de graduar las penas dentro de sus límites máximos y mínimos, estableciéndose tres grados para cada una de ellas, y una detallada enumeración de las circunstancias atenuantes y agravantes, que permitía además el recurso a la analogía o semejanza por parte del juez. Con ello trataba de conciliarse el principio de legalidad o la seguridad jurídica con la necesidad de dejar un cierto margen de interpretación a los jueces para adaptar la pena a cada caso concreto.

Dos años después de la promulgación de este Código español de 1822, de vida tan efímera, Francia ampliaba el reconocimiento de circunstancias atenuantes en determinados delitos a través de una ley de 1824; aunque sería su ley de 28 de abril de 1832 la que consolidaría definitivamente la individualización judicial de la pena mediante la extensión a todo tipo de delitos de las circunstancias atenuantes en función del grado de responsabilidad del delincuente.

La influencia más reconocible en esta ley francesa de 1832, es la de la Escuela neoclásica de Pellegrino Rossi, Ortolan, Garraud, Coussin, Broglie o Guizot, desarrollada en la época del liberalismo doctrinario o moderado. Con ella se recuperó la finalidad expiatoria de la pena o la idea de la justicia moral,

y se defendió la necesidad de castigar a cada delincuente en atención a su responsabilidad moral o fuerza de resistencia al mal.

Los postulados de la Escuela neoclásica francesa llegaron a España en las décadas de los treinta y cuarenta del siglo XIX, a través de figuras como Cayetano Cortés, Florencio García Goyena, y especialmente Joaquín Francisco Pacheco, que dotó al pensamiento de cierta originalidad, haciendo un mayor hincapié en el retribucionismo moral, e influyendo poderosamente en la redacción del segundo Código penal español de 1848.

Ahora bien, frente al sistema francés, que dejaba la individualización de la pena en manos del juez a través de un genérico reconocimiento de las circunstancias del delito; el retribucionismo o «sistema de moralidad» español, se plasmó en el Código de 1848 mediante una regulación aún más detallada o exhaustiva que la del código anterior de los modos de graduación de la pena, fijándose pormenorizadamente la forma, grados y circunstancias (que se ampliaron) a través de las cuales el juez podía fijar las mismas dentro de sus límites máximos y mínimos. Tan cerrado quedó el sistema, que los propios autores contemporáneos acuciaron para él la denominación de sistema de «métrica» o «aritmética penal», por cuanto de lo que se trataba era de ajustar las penas a los delitos con una exactitud casi geométrica a través de la aplicación de la ley. La función del juez quedaba reducida de nuevo al automatismo, apartándole de cualquier resquicio de interpretación de la norma.

Desde este contexto, en la segunda mitad del siglo XIX se acometería una nueva fase de individualización judicial de la pena, que tendría su punto de partida en el desarrollo de las nuevas escuelas penales que empezaron a poner un mayor acento en la figura del delincuente (el positivismo y sus ramificaciones, la *terza scuola*, las escuelas sociológicas o de defensa social, la escuela político-criminal, la escuela de la enmienda o la escuela correccionalista, entre otras). Aunque todas fueron conocidas y gozaron de un mayor o menor desarrollo en cada lugar de Europa, su influencia fue diferente en cada uno de los países objeto de estudio, pudiendo decirse que si en Francia se impuso sobre todo la corriente sociológica, en España despuntaría una particular doctrina correccionalista que, en última instancia, consolidaría el desarrollo de los nuevos sistemas de individualización judicial y penitenciaria de la pena.

ISABEL RAMOS VÁZQUEZ
Universidad de Jaén

