

Historia del Código Penal de 1822

JOSE ANTON ONECA

Catedrático de la Universidad de Madrid

1. EL TEMA.—Dice Mezguer en su Tratado: «El actual Derecho penal de los pueblos cultos, en cuanto a su contenido espiritual se refiere, descansa en dos principios básicos: las ideas de la época de las luces y los suplementos de prevención especial en el sentido de las modernas direcciones penales» (1). De aquí el interés que mantiene, para conocer el Derecho vigente, el estudio de ese período que abarca los fines del siglo XVIII y los comienzos del XIX. Y este interés es mayor en nuestro pueblo como el nuestro que tiene en vigor un Código datado dentro de la primera mitad del XIX, del cual se han hecho sucesivas ediciones modificadas, pero que conserva la mayor parte de los preceptos procedentes del de 1848.

Entre el Código de 1822 y el del 48 hubo un largo interregno. El primero fue palenque en que lucharon las ideas del antiguo régimen con las reformistas aportadas por la filosofía de la Ilustración. El segundo está más depurado de supervivencias y, compuesto con mayor reposo y en tiempos de mejor técnica, es más sistemático y de superior estilo. Pero se reconoce el parentesco en línea recta. Aunque entre una y otra obra las diferencias son enormes, bastantes preceptos del último se han inspirado en el Cuerpo legal del 22. Y, en cuanto el vigente es el del 48 reformado, no podremos conocer a fondo algunas de las normas en vigor sin profundizar hasta sus raíces en aquel período constitucional de 1820 a 1823.

Del Código de 1822 son bien conocidos sus preceptos por estar recogidos, a título de concordancias, en los Comentarios al del 48 por Pacheco, y al de 1870 por Groizard. Pero apenas se ha mencionado su historia; la cual, al presentarnos el ambiente y vicisitudes de su creación, ayuda a conocer el pensamiento encerrado en aquellas normas y los principios en que se basan. Sin embargo, la tarea es sencilla; porque es el único Código penal español cuya preparación está documentada. Del de 1848, por no haberse publicado las actas de la Comisión codificadora y resultar aprobado el proyecto en muy pocas sesiones, no disponemos de análoga información. En cambio, poseemos sobre el del 22 tres

(1) MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, trad. esp., 2.^a ed., I; pág. 53.

tomos, impresos aparte por orden de las Cortes, que contienen el Proyecto, extracto de los informes que sobre él dieron varias entidades, las modificaciones operadas en el Proyecto en virtud de esos informes, y el diario de las sesiones celebradas cotidianamente desde el 23 de noviembre de 1821 hasta el 13 de febrero de 1822; sesiones en las que se discutió y aprobó artículo por artículo.

Mas no sólo merece tal publicación la atención del penalista, sino que su interés es relevante para el historiador general. Fue el Código la obra más importante en la tarea legislativa de aquellas Cortes y tomaron parte en los debates algunos de los hombres públicos más famosos de la época: Calatrava, Martínez de la Rosa, el conde de Toreno, Florez Estrada, Argüelles. En esos tres tomos tenemos, pues, un documento para conocer el espíritu de aquel frustrado período constitucional.

2. LOS PRECEDENTES.—En el terreno de las realizaciones legislativas podrían apuntarse varias disposiciones del reinado de Carlos III (1). Ninguna tan expresiva como la Orden del ministro don Manuel de la Roda dirigida en 1776 al Consejo de Castilla solicitando información sobre algunos temas penales que preocupaban por aquel tiempo en todo el mundo ilustrado: proporcionar las penas a los delitos (a propósito del hurto donde la desproporción era más notoria), conmutación de la pena capital, «que se va ya desterrando en algunos pueblos cultos», por otro castigo de duración para más permanente ejemplo; todo ello encaminado a «la formación de un Código criminal en que se compilen todas las leyes penales». La expresión «código criminal» ha desorientado a algún escritor moderno; mas la misión compiladora de todas las leyes penales, «omitiendo las que no estén en uso, evitando las perplejidades que las mismas leyes producen por su arbitrariedad, oscuridad o variación de costumbre, según la diferencia de los tiempos», modera la iniciativa, manteniéndola en los límites de mero sistema y modificación de lo ya existente. El Consejo de Castilla encargó a don Manuel de Lardizábal el extracto de las leyes penales vigentes, que, una vez preparado, fue presentado al Consejo (2). Los materiales aportados debían encontrarse entre los papeles, pertenecientes al extinguido organismo, que fueron puestos a disposición de los redactores del Código de 1822: trabajos aludidos por la Comisión en la Exposición a las Cortes que acompañaba al Proyecto (3). La Comisión desdeña olímpica-

(1) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, 1949; pág. 59.

(2) SEMPERE GUARINOS, *Ensayo de una Biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*, t. III, Madrid, 1785-1786, pág. 172.

(3) «El primer caso de la Comisión fue recoger del extinguido Consejo de Castilla una colección de papeles comprensiva de trabajos preparatorios para la reforma de nuestras leyes. La opinión le atribuye gran mérito, como sucede ordinariamente con todas las obras misteriosas y trabajadas clandestinamente, que se alaban porque no se conocen, y no se conocen porque jamás se han

mente aquellos antecedentes, con salvedades a favor de los extractos de leyes, obra ésta probablemente de Lardizabal. Dejando a un lado los adjetivos, inspirados en la animadversión política, queda la Exposición como testimonio de la verdadera naturaleza de los trabajos del Consejo de Castilla; ordenados, como dicho queda, a recopilar y ordenar las normas vigentes, pero no a preparar un Código conforme a las ideas de la Ilustración. Si los parlamentarios de 1820 no obtuvieron fruto directo de los famosos extractos, el movimiento renovador y la ciencia penal española lo obtuvo indirecto, en cuanto, haciendo aquellos resúmenes, le vino a Lardizabal la idea de escribir el «Discurso sobre las penas»; en el cual, «aprovechándose de las luces adquiridas en la lectura de varias obras y en las mismas leyes», procuró «exponer metódicamente aquellos principios y máximas generales que, pudiendo servir para la reforma, sean al mismo tiempo adaptables a nuestras costumbres y a la constitución de nuestro Gobierno» (1). O sea, tratando de injertar las ideas modernas en el tronco de la tradición nacional, el respeto a la cual es lo específico de Lardizabal a diferencia del marqués milanés.

El camino de las reformas se aborda ya por las Cortes de Cádiz. No contentas con abolir el tormento —ya ciertamente de poco uso—, los azotes, la horca, la confiscación y el Tribunal especial de Santo Oficio (2) se propusieron también elaborar un Código

publicado ni expuesto a la censura de los inteligentes. La Comisión tuvo el disgusto de no encontrar en esta indigesta colección sino borradores, apuntamientos, piezas incompletas, trozos incoherentes y no bien acabados, disertaciones escolástico-forenses, digresiones tan prolijas como inoportunas, y lo que en su clase no carece de algún mérito: un extracto literal y circunstanciado de todas las leyes penales que se han publicado en los principales cuerpos de nuestro derecho, dispuesto por el orden de los títulos y leyes de la Recopilación, con anotaciones marginales, en que se advierten las correspondencias de otros Códigos y sus antologías y concordancias. Todo parece que se iba preparando para hacer mejoras en la proyectada edición novísima del Código recopilado; mas el objeto no era introducir las saludables innovaciones y convenientes reformas de que tanto necesitaba, sino sostener y conservar el antiguo y vicioso sistema, las mismas bases, las mismas penas, y tantas leyes y títulos intempestivos en el día, como por ejemplo, los de la Sta. Trinidad y Fé Católica, de los judíos y su expulsión de éstos reinos, de los moros y moriscos, de los herejes y descomulgados, de los adivinos, hechiceros y agoreros, de los juramentos y perjurios, de los sacrilegios, de las usuras y logros, de la sodomía y bestialidad, con otros que no deben ocupar ningún sitio ni insertarse directamente en un buen Código criminal» (*Diario de las discusiones y Actas de las Cortes extraordinarias de 1821. Discusión del Código penal*, t. I, Imprenta Nacional, 1822; págs. 16 y 17.

(1) LARDIZÁBAL, *Discurso*, Prólogo, X.

(2) Para comprender el verdadero alcance del Decreto de las Cortes intitulado «sobre la abolición de la Inquisición y restablecimiento de los tribunales protectores de la fé», conviene recordar que si bien se declaraba al Tribunal de la Inquisición incompatible con la Constitución, se restablecía en su primitivo vigor la ley II, tit. XXVI, Partida VII, en cuanto dejaba expeditas las facultades de los Obispos para conocer en las causas de fé, y la de los jueces seculares para declarar e imponer a los herejes las penas que

penal. En 1811 ya se nombró una Comisión encargada de reformar la legislación criminal. Lo cual no se realizó por entonces debido a las circunstancias críticas de la guerra y la ocupación en los debates sobre la Constitución. Esta, en su artículo 258, declaró que «el Código civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos en toda la monarquía». En su cumplimiento, las Cortes ordinarias de 1813 eligieron una nueva Comisión integrada por cinco diputados para redactar el Código criminal, y otra distinta en 1814, a completarse con siete miembros de fuera del Congreso, entre los que figuraron José María Calatrava, Agustín Argüelles y José Manuel Quintana. Sobrevino inmediatamente la reacción consiguiente a la venida del Deseado, se anuló la Constitución, y fueron encerrados en presidio los tres citados.

Un R. D. dado por Fernando VII en 2 de diciembre de 1810 acusa el renacimiento del propósito renovador: «Como... el curso de los tiempos suele hacer estéril o impracticable lo que en otros siglos fue oportuno, y lo que más pulso pide es el establecimiento de la pena a los que ofenden a la seguridad pública o individual... ha llamado mi atención... la formación de un Código criminal...» La finalidad en primer término perseguida era que «se determinen de un modo claro y preciso las penas correspondientes para el castigo de los reos y escarmiento de los demás». Se trataba de remediar la arbitrariedad «origen de males incalculables»: «por falta de expresión las causas se alargan a las defensas y sus decisiones se reducen a problemas, cuando por demostración debieran ser ceñidas a ley indudable». Se invoca, pues, la conveniencia de la certeza, no por exigencias de garantías individuales, sino para evitar complicaciones en la práctica, detrás de las cuales se dibujan abusos de las defensas. Más a continuación viene la preocupación humanitaria propia de la época: «algunas penales de Las Partidas, hechas según las opiniones y circunstancias críticas de aquellos tiempos de continua agitación y turbulencias, adolecen de severidad nada compatibles con la civilización y las costumbres del día, que es siempre la voz muda que siempre indicó la ley que más conviene. La confiscación absoluta de los bienes, la trascendencia de infamia a los hijos por los delitos de un padre, sin otro fruto que hacer perpetuamente desgraciada a una familia...» No sólo se busca la dulcificación de los castigos sino la racionalización del procedimiento: «la voz mal definida de prueba privilegiada, la calificación de indicios sumergida en un insondable piélago de opiniones en que vacila el juez más práctico, y conduce al error al que tiene más experiencia de juzgar, son lunares de legislación que debe horrorar mi particular desvelo». Y resulta aludido el tormento al hablar de «la facilidad con que admitieron pruebas equívocas y falibles con peligro de hacer sufrir al momento la pena capital, arrancando a veces de

señalan las leyes. Véase: *Discusión del proyecto de Decreto sobre el Tribunal de la Inquisición*, Cádiz, 1813; pág. 687.

sus labios *con un horror imponente*, lo que no puede tranquilizar al juez para su fallo». Luego vuelve a insistir en el sistema y claridad perseguidos, revelando la repetición ser éste el impulso fundamental: «Hallándose dispersas en diferentes Códigos las leyes penales, repetidas muchas de ellas, alteradas otras y todas por lo común sin el cocierzo y método conveniente» y «convencido de no ser posible lograr la ejecución de este pensamiento» por medidas parciales, que de ordinario sirven para aumentar el mal..., he resuelto la formación de un nuevo Código criminal... y confío la ejecución de esta importante obra a la notoria ilustración y acreditado celo de mi Consejo real... quien «hallará sabios de sana crítica, especialmente en las Universidades literarias que pueden serles auxiliares en tan delicado trabajo» (1). Hay aquí un típico fragmento de literatura ilustrada, en el cual subrayaremos la especial confianza en las Universidades, olvidadas en las demás reformas, como ha sido lo corriente, o confundidas entre otros organismos asesores como en la preparación del Código de 1822. Urgía tanto la formación del Código que el Consejo quedó obligado a dar cuenta mensualmente al Rey de la marcha de sus trabajos (2).

Nada de esto tuvo realidad ni pudo tenerla, porque el Decreto se daba a primeros de diciembre del 19 y a primeros del 20 se sublevaba Riego en Cabezas de San Juan, iniciándose el periodo constitucional de 1820 a 1823, durante el cual surgió, por otras vías legisladoras, el Código de 1822.

3. EL PROYECTO.—Restablecida la Constitución de 1812 y elegidas las Cortes de 1820, se designó el 26 de agosto —en cumplimiento del mandato de la Constitución relativo a los Códigos únicos que habían de regir en toda la monarquía— la Comisión que había de redactar el criminal con los nombres de: Martínez de la Rosa, Calatrava, Vadillo, Caro, Victórica, Crespo Cantolla, Rivera, Flores Estrada y Rey. Propusieron algunos diputados que se eligiera un número competente de letrados científicos u otras personas de instrucción de fuera del Congreso que se dedicasen inmediatamente y sin distraerse en otros negocios a la formación de los cuerpos legales españoles. Acordó el Congreso que cada Comisión propusiera los auxiliares necesarios, pero la del Código criminal no necesitó ayuda, y, con un celo infatigable, inició los trabajos el 9 de noviembre, siendo presentado el Proyecto el 22 de abril; plazo desde luego insuficiente para obra de tanta extensión e importancia. Así, con alternativas de abandono y de apremio, comienza a cumplirse el destino de la reforma penal española (3).

(1) *Decretos del Rey D. Fernando VII*, Tomo VI, por MARTÍN BALMASEDA, págs. 501 a 504.

(2) SALDAÑA, *Adiciones al Tratado de Liszt*, vol. I; pág. 435.

(3) Por el mal estado del orden público se dio en 17 de abril de 1821 una ley que castigaba como traición, con la pena de muerte única, la conspiración contra la Constitución, el gobierno monárquico hereditario moderado, a favor de la confusión de las potestades legislativa, ejecutiva o judicial,

La Comisión se creyó obligada a completar su parecer con los informes de Universidades, Tribunales, Colegios de abogados, Ateneo español y algunos particulares. En ellos se advierten las dos corrientes contrarias cuyo choque es significativo de la época. La Audiencia de Navarra encuentra prematuros todos los artículos que hablan sobre materias no conocidas hasta ahora en España y censura la falta de penas contra el suicidio, la herejía, el sacrilegio, el sortilegio, la bestialidad, la sodomía, el incesto. Ausencias análogas señalan las Universidades de Alcalá, Orihuela y Zaragoza. La Audiencia de Valencia cree que las autoridades son poco defendidas y se economiza demasiado la pena de muerte. Frente a esta dirección conservadora, está la progresista. La Universidad de Salamanca (1) se declara sorprendida por el discernimiento con que el proyecto omite la multitud de delitos imaginarios de que abundaban nuestros antiguos Códigos. La de Sevilla echaba de menos el plan «infalible» de Bentham, y reprocha que, entre las máximas de Filangieri y Bexon, se hubiera salpicado locuciones como las de Antonio Gómez y Matheu, o sea de los prácticos de los siglos XVI y XVII. El Colegio de Abogados de Madrid advertía como defecto el tomar modelo del Código francés, «cuya dureza es menos conforme a un pueblo destinado a la libertad».

Hechas, en vista de las observaciones recibidas, las variaciones que la Comisión estimó pertinentes —entre las cuales figuraba la supresión de la marca (2)— fue presentado el proyecto firmado por Calatrava, Martínez Marina, Vadillo, Rey, Paúl y Victórica, a las Cortes extraordinarias de 1821 en 1 de noviembre.

4. LOS AUTORES.—¿Cuál fue la contribución de cada uno de estos firmantes a la obra colectiva?

Evidentemente, el principal autor fue don José María Calatrava. Nacido en Mérida, héroe de la guerra de independencia, vocal de la Junta Suprema de Extremadura, fiscal en esta provincia, diputado en las Cortes de Cádiz y capitán de voluntarios, mereció por su constitucionalismo, a la vuelta de Fernando VII en 1814,

contra la religión católica, etc. Normas de circunstancias, adquirieron después importancia suma —dice LAFUENTE— (*Historia de España*, t. XVIII, Barcelona, 1889, pág. 292), porque constantemente se apeló a ella en estados excepcionales. En cuanto declara la competencia de los Tribunales militares para juzgar a los bandoleros aprehendidos por tropas o milicias (art. 8) ha sido dada por vigente hasta bien entrado este siglo (véase, CUELLO, *Derecho penal*, Barcelona, 1926, pág. 109); ASÚA, *Derecho penal*, Madrid, 1925, pág. 445; MEDINA y MARAÑÓN, *Leyes penales*, (ediciones varias hasta la de 1923). También es notable la Ley constitucional del Ejército de 9 de junio de 1821, por las limitaciones al fuero militar y las restricciones a la obediencia debida.

(1) En el informe firmado, entre otros, por TORIBIO NÚÑEZ, bibliotecario de la Universidad y divulgador de BENTHAM. Véase: *Informe de la Universidad de Salamanca sobre el proyecto de Código penal que van a discutir las Cortes extraordinarias*. Parte primera, 1821.

(2) El artículo 48 del proyecto decía: «El reo condenado a trabajos perpetuos será marcado públicamente en la espalda por el ejecutor de la justicia con un hierro ardiente...»

la pena de ocho años de presidio. Después del triunfo de Riego, fue consejero del Tribunal Supremo en 1820, diputado en aquellas Cortes, presidente de su primera legislatura, ministro de Gracia y Justicia en 1823 y Jefe del Gobierno en la agonía del régimen. Emigrado político, volvió a España a la muerte de Fernando VII, siendo de nuevo consejero del Tribunal Supremo, y llegó a ocupar la presidencia del Gobierno en 1836, siendo su último cargo político el de presidente de las Cortes en 1839. Es el principal autor, no sólo porque lo digan algunos escritores contemporáneos, sino porque así resulta de los debates. Estos parecen un diálogo de Calatrava con los otros diputados que intervienen. Calatrava contesta en nombre de la Comisión a la mayor parte de los oradores, y, al leerse cada artículo para someterlo a discusión, tomaba la palabra para hacer un resumen de los informes recibidos y de las razones por las cuales no habían sido acogidas las reformas propuestas. Después, defendía el texto adoptado por la Comisión encarnizadamente, como si fuera cosa propia, negándose casi siempre a hacer modificaciones. Alcalá Galiano, en sus Memorias, nos dice que Calatrava estaba muy satisfecho de su trabajo como de todo cuanto hacía o pensaba. Ciertamente se advierte en sus intervenciones altivez e intransigencia. Sirva de ejemplo, el comienzo de sus contestaciones a los «preopinantes» que no estaban conformes con los preceptos del proyecto. Siempre decía a su oponente que no había leído o entendido el artículo impugnado, como si su obra fuera tan buena que, una vez leída y entendida, no cabía más remedio que admirarla. Pero gracias a su carácter poseído de sí mismo, tuvo firmeza y constancia, sin las cuales no se hubiera conseguido la aprobación del Código penal, discutiendo artículo por artículo los 816 integrantes del texto en menos de tres meses..

De los otros miembros de la Comisión, Martínez Marina era el más ilustre. No interviene en los debates, señal de que le era ajeno cuanto se discutía, si bien no debe descartarse que con su prestigio de historiador impusiera respeto a algunas instituciones del antiguo régimen que se advierten en el Código. Vadillo, después ministro, es el miembro de la Comisión que más hace uso de la palabra después de Calatrava, y parece demostrar bastante buen sentido. Florez Estrada, que figurada en la Comisión nombrada para redactar el Proyecto, no firmó éste, lo cual indica que no actuó como tal miembro, o que no estuvo conforme con los criterios de sus compañeros, como resulta de varias intervenciones haciendo la oposición.

De los diputados que hablaron en contra de algunos puntos proponiendo modificaciones, los más significados fueron Toreno y Martínez de la Rosa: más intencionado el primero; más orador y más extensas las actuaciones del segundo. Ambos demostraron su vocación política en la elección de temas para sus disertaciones.

que fueron en puntos que relacionaban el Código penal con los principios constitucionales. En esfera más modesta, pero con mejor formación y eficacia jurídica, cooperaron a los debates proponiendo enmiendas: Garelli, profesor de la Universidad de Valencia, y Gil Linares, auditor que había sido del Ejército de Aragón en la Guerra de la Independencia.

5. LAS FUENTES.—¿Cuáles fueron las fuentes en que bebieron los legisladores? En la exposición a las Cortes que acompañó al proyecto, decía la Comisión: «Desconfiando de hallar grandes auxilios en nuestras obras legales, después de haber conferenciado sobre los Códigos de mayor crédito y reputación en Europa y tenido presente los varios sistemas propuestos por los más sabios autores ... (1). En efecto, se trata de un Código nuevo, no de la recopilación de las leyes existentes en que se pensaba en la época de Carlos III. Pero indudablemente se tuvieron éstas a la vista e influyeron en numerosos pasajes. Decía bien Pacheco (2): «Hay en él algo del Fuero Juzgo y de las Partidas envuelto con el carácter del Código de Napoleón». Exageraba Salillas —no obstante su benevolencia para los redactores— al decir que aquellas obras legales eran la única base de su conocimiento (3). Más bien se advierte el esfuerzo por combinarlas con el espíritu del siglo, tantas veces invocado por los diputados.

En cuanto a legislaciones extranjeras, la Comisión, por labios de Calatrava, su principal animador y alma de los debates parlamentarios, confesaba ingenuamente «haber tomado muchas cosas del Código francés, pero no haberlo tomado por modelo» (4). De fuentes doctrinales cita «las obras de Bentham, Filangieri, Bexon» (5) y de los demás que han tenido a mano. Salillas se ha preocupado de anotar los autores citados en las discusiones, y encuentra a Bentham en primer término, seguido de Beccaria, Montesquieu y, alguna vez, con sorprendente escasez, Lardizábal (6).

(1) *Diario de las Actas y Discusiones de las Cortes extraordinarias de 1821*, I; pág. 17.

(2) PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, I, Madrid, 1848; página LVII.

(3) SALILLAS, *Evolución penitenciaria en España*, II, Madrid, 1919; página 247.

(4) *Diario*, cit.; pág. 211.

(5) Debe referirse el libro de BEXON, *Developpment de la théorie des lois criminelles, par la comparaison de plusieurs législations anciennes et modernes, notamment de Rome, de l'Angleterre et de la France, suivi de l'application de cette théorie dans un projet de code criminel*, París, 1802.—Del mismo autor es: *Parallele du Code pénal d'Angleterre avec les lois pénales françaises*, París.

(6) Dice SALILLAS (*Evolución penitenciaria*, II, pág. 260) de LARDIZÁBAL: «Tal vez entre aquellos legisladores estuviera políticamente en entredicho». Probablemente, por haber sido un hombre del despotismo ilustrado y ser hermano de don Miguel Lardizábal Uribe, miembro de la primera regencia durante la guerra de independencia que, por oponerse a las Cortes de Cádiz, fue perseguido por orden de las mismas, y luego fue ministro de Fernando VII en el período anterior a 1820.

Pero más que en doctrinas ajenas, los oradores recibían la inspiración de su sentido común, si bien incurriendo a veces en grandes ingenuidades, envueltas en alardes de retórica vana.

El escritor más citado en los debates fue Bentham, especialmente por Calatrava, principal redactor del proyecto. El filósofo inglés subordina todos los fines de la pena al de ejemplaridad: «La prevención general —escribe— es el fin principal de la pena y también su razón justificativa. Una pena real que no sea aparente se perderá para el público. El gran arte es aumentar la pena aparente sin aumentar la pena real, lo cual se consigue por la elección misma de las penas, o por las solemnidades impresionantes de que se acompañe la ejecución». En aplicación de este criterio el Código de 1822 contiene la más impresionante regulación del modo de ejecutar el castigo capital. Todo tiene significación según la gravedad del delito: la túnica y el gorro, la cabeza cubierta, descubierta o, además de descubierta, rapada: las manos atadas por delante o por detrás; la sogá de esparto o la cadena de hierro al cuello; la categoría zoológica de la cabalgadura; la escolta enlutada, los carteles, el pregón y la exposición del cadáver (arts. 40 y siguientes). Preceptos que realizan las recomendaciones de Bentham; cuando dice: «¿Qué es una ejecución pública? Es una tragedia solemne que el legislador presenta al pueblo reunido: tragedia verdaderamente patética por la triste realidad de su catástrofe y por la grandeza de su objeto. El aparato, la escena, las decoraciones nunca serán demasiado estudiadas, pues el efecto principal depende de ellas. Tribunal, cadalso, vestido de los oficiales de justicia, vestidos de los mismos delinquentes, servicio religioso, procesión, acompañamiento, todo debe llevar un carácter grave y lúgubre» (1).

6. LOS DEBATES.—No fueron de gran altura porque el saber de los diputados en la ciencia juridicopenal, entonces naciente, no era mucho; pero sorprende a veces encontrar, entre las ineptias y palabrería superflua propias de toda asamblea deliberante numerosa —donde quienes más hablan son por regla general los más audaces y creídos, no los más competentes— notables aciertos, incluso desde un punto de vista actual, y algunas propuestas que hoy desearíamos llevar a las leyes. Choca además el tono comedido. La historia nos cuenta lo que pasaba fuera de la Cámara: las ruidosas reuniones de las llamadas asociaciones patrióticas, imitadoras de los clubs franceses de la revolución; los motines callejeros, que entonces se llamaron asonadas; los manejos tenebrosos de las agrupaciones secretas. Aunque en los debates hay algunas referencias a los vaivenes tumultuosos en que se desarrollaba la política, las discusiones por lo regular no los aludían, como si los diputados se encontraran en una campana de cristal. La modera-

(1) BENTHAM: *Traité de legislation civile et pénale*, part. 3, cap. VI (Oeuvres t. I); pág. 161, 2.

ción estaba, no sólo en las formas, en el tono parlamentario y cortés, sino en que el desnivel de las opiniones entre la Comisión y los oponentes era poco pronunciado. Y también en el empeño de armonizar las ideas de la época de las luces con las instituciones tradicionales. Incluso de Calatrava, a quien su contemporáneo Alcalá Galiano trata de *semi-exaltado*, actuó en la preparación y defensa del Código su mitad moderada. Fue éste obra de los doceañistas, que rigieron el Gobierno en la primera parte del régimen constitucional —aunque la aprobación definitiva tuviera lugar ya en los últimos y más agitados tiempos—. Tenían aquéllos la posición conservadora propia de la edad madura; las experiencias amargas que enseñan a ser previsores, y la conciencia de estar realizando una obra histórica, como proclamaron varias veces con ingenua presunción: nada menos que sustituir una legislación bárbara, medieval, desvirtuada por el arbitrio judicial mudable y caprichoso, por un sistema legalista y humano, como el ya existente en algunos países «ilustrados», como Toscana, Austria, Francia, Baviera, Nápoles.

En la discusión de la totalidad, se trataron cuestiones que hoy tienen renovado interés: Si el Código debe llevar el nombre de penal o de criminal (es sabido que hoy se sostiene por muchos la vuelta al término «criminal», usual en los «prácticos» del antiguo régimen); pero el Código se llamó penal, a pesar de que entonces no se había impuesto todavía esta designación, luego dominante. Si las faltas habían de comprenderse en el Código penal o en uno de policía a ellas especialmente dedicado (tema hoy renovado bajo el lema del Derecho penal administrativo). Si debía hacerse primero el Código civil, porque el penal viene a castigar la infracción de deberes impuestos por los Códigos constitucional y civil (teoría de la naturaleza secundaria del Derecho penal).

Una de las más importantes objeciones hechas a la totalidad y en la consideración de varios artículos, fue que se incluían preceptos procesales. Eran éstos principalmente alusiones al Jurado, que no se había establecido aún, pero que pensaba establecerse. En trámite la elaboración de un Código de procedimientos, parecía lógico no presuponer nada de cuanto era materia propia de tal Cuerpo legal. Pero Calatrava, con su característica terquedad, era partidario del Jurado y se empeñaba en forzar ya a su admisión, condicionando así de modo impertinente, con preceptos inadecuados en una ley penal sustantiva, las soluciones propias de la ley adjetiva.

Muy interesante para el dogmático actual, que ha de interpretar el artículo 1 y el vocablo malicia, empleado en varios lugares del Código vigente, es el amplio debate sobre los artículos 1 y 2, donde se definían el delito y la culpa respectivamente; o sea, la infracción dolosa y la culposa. Para Calatrava la definición propuesta del delito es la misma sustancialmente de la Ley de

Partida: «yerro que los omes fazen a sabiendas con mala intención (1). La *malicia*, término usado como equivalente a dolo, significa mala intención y se mantiene para obtener un concepto restringido. Calatrava se funda en su experiencia personal, recordando que en la definición de Las Partidas, pudo él mismo construir su defensa cuando fue perseguido; aunque parece que la alegación no dio suficiente resultado. En definitiva, lo discutido era la llamada teoría ética del dolo, hoy abandonada. Pero con raigambre en Las Partidas y en las obras de los prácticos, y todavía superviviente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta tiempos muy recientes.

Otros temas de parte general ampliamente discutidos fueron: la tentativa, la embriaguez, la codeincuencia, la pena de vergüenza pública, la de muerte, los indultos, el derecho de asilo. el fuero eclesiástico.

Entre los debates sobre delitos en particular, llama especialmente la atención, el dedicado a los delitos religiosos, que demuestra el respeto por la tradición de aquellos legisladores, que nos suelen ser presentados como revolucionarios totales. Conforme a la propuesta de la Comisión, se aprobó el artículo 227, que declara traidor y punible con la muerte a todo el que conspirare directamente y de hecho a establecer otra religión en las Españas, o a que la nación española deje de profesar la religión católica, apostólica, romana. A lo cual oponía Toreno: «cualquiera que provoque a mudar la religión generalmente reconocida es preciso que sea un loco y más quisiera que se tratase de encerrarle..., como en Inglaterra se hace con los delincuentes de lesa majestad..., porque es imposible que haya español en su sano juicio que trate de mudar de religión...» Y añadía: «Hasta cierto punto la ley de Partida no ha sido tan rigurosa como ésta..., porque cuando incurran en herejía por primera vez, el obispo los llame y trate de disuadirles del error y, si insisten en él, se les quemé». Y Quintana rechazaba la pena de muerte porque no se debe proteger a la religión por los medios que más repugna. Se castiga también en el Código propagar doctrinas contra la religión, publicar libros sobre religión sin licencia del ordinario y conservar libros prohibidos por el Gobierno. Francamente, no se comprende ni el tratamiento penal que dio a estos legisladores la reacción del año 24, ni el juicio que han merecido a algunos historiadores contemporáneos.

7. VIGENCIA.—Aprobado el articulado por las Cortes extraordinarias de 1821, había de ser sometido el conjunto, tras formularia lectura, a sus sucesoras, las ordinarias de 1822. Extravióse la copia que había de servir para la sanción real; los diputados moderados supusieron el extravío hecho de intento por los exalta-

(1) El Proyecto definía en su artículo 1: «Es delito todo acto cometido u omitido voluntariamente y a sabiendas, con mala intención y con violación de la ley.»

dos para sostener la impunidad de las asonadas, por entonces muy frecuentes, castigadas en el nuevo Cuerpo legal, y la sospecha determinó un regular escándalo con agresiones personales entre los de uno y otro bando (1). La anécdota es baladí, pero bastante para deducir las esperanzas puestas en el Código, sin duda con exceso de optimismo, para defender el orden público, tan agrietado ya en aquellas fechas y amenazando ruina total.

Decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822, fue ley el Proyecto de Calatrava en tiempos ya críticos. Dos días antes había ocurrido el famoso levantamiento de la Guardia Real, favorecido, según se dice, por el propio monarca, y aplastado fácilmente por los constitucionales. Es probable que para el primero la promulgación del Código significara un nuevo «trágala», si se nos permite la fraseología de la época. Pero un mes después se constituía la regencia rebelde de Seo de Urgel y en seguida menudearon los alzamientos episódicos por todas partes.

Una R. O. publicada en la «Gaceta» del 27 de septiembre, alegando que «el volumen del Código impedía se comunique y circule con la celeridad que otras leyes», resolvía empezara a observarse en la Península e islas adyacentes a partir de 1 de enero de 1823; mas todavía pareció esta *vacatio legis* insuficiente al Tribunal Supremo, quien consultó al Gobierno las dificultades encontradas para poner en práctica el Código sancionado y publicado. La consulta fue pasada por el Gobierno a las Cortes y la Comisión codificadora del Cuerpo de procedimiento propuso la suspensión de la vigencia del Código hasta que se publicara la ley procesal, en cuyo intermedio el Gobierno tendría preparado del mejor modo posible los establecimientos de castigo y corrección indispensables para la clasificación y aplicación de las penas. El dictamen, rechazado, volvió a la Comisión. De esto y otras consideraciones deduce Alonso (2), en interesante artículo, que el Código de 1822 no llegó a ser puesto en práctica por los Tribunales. El problema exigiría un estudio impropio de este lugar, sobre todo teniendo en cuenta su dificultad por haber perecido la mayor parte de la documentación perteneciente a aquel período agónico del régimen constitucional (3). Sin embargo, en algunos textos que hemos podido consultar, la Colección de decretos de las Cortes hasta el 19 de febrero de 1823 (4)

(1) *Memorias de D. Antonio Alcalá Galiano*, publicadas por su hijo, t. II, Madrid, 1886; págs. 264, 5.

(2) ALONSO Y ALONSO, *De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822*; en «Revista de la Escuela de Estudios penitenciarios», febrero 1946.

(3) El archivo de las Cortes había sido saqueado en Sevilla al ser embarcado para llevarlo a Cádiz tras de aquéllas. Posteriormente, restablecido el absolutismo, una circular del Superintendente de policía ordenaba la entrega de toda clase de libros, folletos o papeles impresos desde 1 de enero de 1820 hasta el último de septiembre de 1823.

(4) *Colección de decretos y órdenes generales expedidos por las Cortes*

y el Diario de las sesiones desde el 23 de abril hasta el 19 de septiembre del mismo año (1), no hemos encontrado acuerdo alguno sobre la suspensión de la vigencia del Código penal. Ahora bien; desde principios de 1823 ardía en España la guerra civil. En abril pasaron la frontera los cien mil hijos de San Luis, acompañados de una Junta formada por los principales emigrados que, a medida del avance de las tropas, iba restableciendo el Gobierno absoluto de Fernando VII. Libertado éste, después de la capitulación, decretó en primero de octubre la anulación de todos los actos del «llamado Gobierno constitucional, de cualquier clase y condición que sean». Dada la vigencia oficial sólo por unos meses; el hábito de los Tribunales al arbitrio judicial del antiguo régimen y la natural resistencia a aprender y aplicar ley tan complicada y distinta, junto a los azares de la guerra, que mantuvo simultáneamente autoridades de uno u otro partido en los diferentes lugares de España, se puede pensar que la aplicación del Código debió ser, a lo más, breve, imperfecta y desigual.

Al hundirse el régimen político que lo trajo al mundo, sucumbió, pues, el apenas nacido, volviendo a imperar la situación anterior; o sea la Novísima Recopilación, los Fueros y Las Partidas, aunque con clara preferencia práctica de éstas sobre aquéllos. Fuentes interpretadas, completadas y corregidas por el arbitrio judicial. No obstante las posibilidades ofrecidas a éste, no era de esperar que los Tribunales fueran en ningún caso a inspirarse en el Código derogado y execrado, como toda obra del régimen constitucional. El panorama varió con el fallecimiento de Fernando VII. Si hasta el Código del 48 quedaron vigentes las mismas fuentes del antiguo régimen, en cuanto disonaban cada vez más con la sensibilidad de la época, empujaron al arbitrio judicial hacia otros horizontes. Y, como era lógico, dada la analogía del ambiente político con el que engendró al Código del 22, se volvieron los ojos hacia él buscando inspiración. De ello nos da idea el libro de Derecho penal español más autorizado de los tiempos anteriores al Código del 48, que, como reza su título, se fundaba en la comparación de leyes y prácticas vigentes con «el Código penal de 1822, el francés y el inglés» (2).

8. JUICIOS.—Los juicios sobre el Código de 1822 han sido muy variados. Veamos primero los de los contemporáneos. Si, por lo general, los legisladores se habían manifestado modestos, Vadillo,

extraordinarias que comprende desde el 3 de octubre de 1822 hasta el 19 de febrero de 1823, Madrid, 1823.

(1) *Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823, Madrid, 1858.*

(2) GARCÍA GOYENA, *Código criminal según las leyes y práctica criminal vigentes, comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés, 2 vols., Madrid, 1843.*

en la última sesión, animado por el sentimiento del deber cumplido y la satisfacción de la paternidad, decía: «Este Código que, si no es el mejor que todos de Europa, no cede tampoco a ninguno» (1). Por el contrario, Alcalá Galiano, miembro de las Cortes del 22, perteneciente entonces al partido exaltado, sin ocultar su animadversión personal contra Calatrava, califica su Código de medianamente largo y de poco valor, si bien superior a la legislación antes existente» (2). Jeremías Bentham fue ingrato con los que podemos llamar sus discípulos y acumuló censuras en sus cartas al conde de Toreno. Sus anatemas son consecuencia de colocarse en el plano ideal de su tierra, sin darse verdadera cuenta de las circunstancias españolas, y del despecho manifiesto por no haber recibido el encargo de redactar el proyecto. Llega a la afirmación —muy del racionalismo iluminista— de que «en igualdad de conocimientos debe ser preferido un extranjero a un nacional para formar el plan de un Código» (3).

Años después Pacheco formulaba un parecer ecléctico: «El Código de 1822 es un Código científico. La ciencia del Derecho y la buena filosofía inspiran la mayor parte de sus disposiciones. Digno del siglo, mejoraba inmensamente la situación penal de la nación. Pero es a veces demasiado duro: transige demasiado con antiguas preocupaciones españolas, muy vivas aún en aquella edad y casi borradas en la que corremos: es, por último, difuso, y sacrifica la claridad, la sencillez, el mérito legislativo, a pretensiones artísticas y a un vanidoso aparato literario» (4). Al juzgar así Pacheco, desde la pretendida madurez de mediados de siglo, las incipencias reformistas del Código de 1822, no podía adivinar que este cuerpo legal, por alojar, siquiera parcialmente, el sentido preventivista de la Ilustración, estaría ideológicamente más cerca de los tiempos actuales que el inspirado por Pacheco.

Ya Silvela, con su indiscutible autoridad, creía al Código del 22 «seguramente no inferior a los existentes en su tiempo y quizás superior en algunos puntos al actual» (el de 1870) (5). Don Rafael Salillas, nada parco en resaltar sus arcaísmos, lo estimaba «obra colectiva, con determinantes, exponentes y resultantes de la colectividad en acción»; lo verdaderamente apreciable es una nota de conjunto, el tono general: España, por medio de sus elegidos, hizo esta codificación conforme a su capacidad y a

(1) *Diario*, III, pág. 477.

(2) *Memorias de Alcalá Galiano*, II, pág. 263.

(3) *Cartas de Jeremías Bentham al señor Conde de Toreno sobre el proyecto de Código penal presentado a las Cortes*, Madrid, 1821. Véanse amplias referencias en Salillas, *Evolución penitenciaria*, II, págs. 261 y ss.

(4) Véase crítica desfavorable también en SEMPERE, *Historia del Derecho español*, 3.^a ed. Madrid, 1846, págs. 542 y ss.

(5) PACHECO, *Ob. cit.*, I, pág. 57.

(6) SILVELA, *Discurso leído ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el acto de su recepción*, Madrid, 1894, pág. 34.

su tendencia (1). Juicios favorables ha inspirado después a Aramburu (2), Saldana (3), etc.

En efecto, desde nuestro punto de vista actual, aspectos de modernidad, superiores a sus sucesores, nos ofrece el Código de 1822. Por ejemplo: la excepcionalidad en el castigo de los delitos culposos a los casos especialmente previstos en la ley; el amplio concepto de la eximente de estados de inconsciencia (artículo 26); la agravante de «mayor instrucción o dignidad del delincuente y sus mayores obligaciones para con la sociedad o con las personas contra quien delinquiere» (art. 106); las atenuantes de falta de talento o instrucción del delincuente, la indignancia, el ser el primer delito y haber sido constantemente buena la conducta anterior del delincuente, o haber hecho éste importantes servicios al Estado; el arrepentimiento manifiesto con sinceridad inmediatamente después de cometido el delito; el presentarse voluntariamente a las autoridades después de cometido el delito, o confesarlo con sinceridad, no estando convencido el reo por otras pruebas (art. 107); la indemnización a los declarados absolutamente inocentes después de haber sufrido un procedimiento criminal (artículo 179) y la rebaja de penas a los delincuentes que se arrepientan y enmienden en virtud del expediente que se debe abrir a cada penado (arts. 144 y ss.).

Más si la mayor parte de estas instituciones se ordenan, como las más modernas, a la prevención especial, la preferida es la general, por medio de la intimidación, como nos lo demuestra: la agravante de «mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos por la mayor frecuencia de los delitos» (art. 106); la consideración de ciertos condenados como muertos para todos los efectos civiles (o sea, la antigua muerte civil con alguna atenuación) (art. 53); la pena de ver ejecutar una sentencia de muerte (arts. 28 y 62), el sorteo de la pena de muerte en caso de varios codelincuentes (art. 103); la extensión del concepto de la tentativa a todo acto de preparación (art. 5) y la vigilancia de autoridad que es consecuencia del mero pensamiento y resolución de delinquir (art. 9). A lo que ha de añadirse, como prueba de perseguir la pena el terror, la rudeza con que son castigados muchos hechos, algunos de los cuales tienen hoy la consideración de inocentes.

Como dije al principio, fácil es ver rasgos fisonómicos del lejano antecesor en varios delitos en particular del Cuerpo legal vigente, heredados a través del Código del 48 (delitos contra el derecho de gentes, falsedades, delitos de los funcionarios públicos, lesiones, etc.). En alguna de las reformas últimas, se volvió a so-

(1) SALILLAS, Ob. cit., t. II, pág. 330.

(2) ARAMBURU, *La actual orientación del Derecho penal y de la lucha contra el delito* (Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas). Madrid, 1910, pág. 60.

(3) SALDAÑA, *Adiciones al Tratado de Derecho penal*, de LISZT, trad. esp., t. I, págs. 437 y ss.

luciones análogas a las del Código del 22, como, por ejemplo, en la atenuante de arrepentimiento activo, introducida por el del 28 y por el del 32; o en las figuras añadidas por la Ley de 17 de julio de 1951 en los artículos 338 y 439 bis. Y todavía, en medio de la técnica atrasada, de las inadmisibles supervivencias, de la confusión que implica la intromisión de preceptos de Derecho procesal y administrativo, y del gárrulo estilo, hay algunas materias en que, sin presentar precisamente un modelo a seguir en todos sus detalles, se encuentran normas preferibles a las existentes. Pero su principal interés es histórico, como representativo de una época en que un anhelo de modernidad intenta realizarse con esfuerzo denodado, para sucumbir en el empeño. Con lo cual España tuvo que esperar hasta mediados de siglo para conseguir un Código estable que la pusiera en el sector penal a la altura de los pueblos cultos.