

# El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)

*«En España, y tratándose de las leyes criminales, el sistema de la codificación, el sistema del cambio absoluto, era el único legítimo y el único posible.»*

J. FRANCISCO PACHECO. *El Código penal concordado y comentado*. Madrid, 1867, p. LII.

SUMARIO: 1. A modo de introducción. Una breve referencia al Código penal de 1822.–2. La vuelta al orden de prelación del Ordenamiento de Alcalá de 1348: la continuidad de la vigencia del derecho penal de origen bajomedieval.–3. Los intentos frustrados de codificar el derecho penal hasta la constitución de la Comisión General de Codificación (1843).–4. La labor doctrinal, ante el vacío codificador.–5. El nuevo marco judicial: el nacimiento del Tribunal Supremo.–6. El derecho penal a través de los documentos de aplicación del derecho.–7. El Código penal de 1848 pone fin a la incertidumbre: del arbitrio judicial al principio de legalidad en la legislación penal.

## 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: UNA BREVE REFERENCIA AL CÓDIGO DE 1822

Tras la segunda época de vigencia de la Constitución de Cádiz, a la que puso fin Fernando VII con el apoyo político de la Triple Alianza y el auxilio militar de los Cien Mil Hijos de San Luis, se abrió en España una nueva etapa política, con la instauración de nuevo del régimen absolutista. En el ámbito jurídico este cambio supuso la derogación de la legislación doceañista y con ella, su ley más preciada, el Código penal de 1822 y la inmediata puesta en vigencia de las fuentes del derecho del Antiguo Régimen, el código de las Siete Partidas, la Novísima Recopilación, y en general todo el derecho promulgado con anterioridad a 1808, supeditado al orden de prelación vigente desde el Ordenamiento de Alcalá

de 1348, y expresamente ratificado en leyes y recopilaciones posteriores. Y al tiempo, ese cambio de rumbo político, que a la postre se extendió a lo largo de los diez años de la «década absolutista», supuso también un cambio en el modo de creación del derecho, asumiendo de nuevo el monarca absoluto la facultad legislativa en exclusiva. Tras la muerte del monarca (1833), cambió la titularidad del poder legislativo, pero se mantuvo la vigencia del derecho penal del Antiguo Régimen, hasta la promulgación del nuevo Código penal de 1848.

En esos años, entre uno y otro código, la situación planteada no pudo ser más paradójica. Aquel derecho, en buena medida de origen bajomedieval, no estaba a la altura ni de la realidad social ni de la nueva mentalidad de los inicios del siglo XIX. La sociedad, desde entonces, había experimentado profundos cambios, al compás de las reformas liberales en los períodos de vigencia de la Constitución de 1812; y sus ciudadanos habían logrado notables avances políticos y sociales que no encontraban acomodo en la legislación de nuevo instaurada.

El estado de la legislación penal quedaba muy bien reflejado en la exposición que antecede a la publicación del primer proyecto de Código penal (1822):

«Y sobre todo ¿qué podrá decirse de la naturaleza de las leyes criminales? Leyes oscurísimas, expresadas por medio de nomenclaturas incomprensibles y extendidas en estilo sumamente prolijo y complicado, y en lenguaje a las veces semibárbaro; leyes en que se echa de menos la clasificación de los crímenes, la justa medida y graduación de los delitos y penas y las relaciones y la debida proporción de estas con aquellos...»<sup>1</sup>

El contraste entre el viejo derecho y la nueva situación, quedaba puesto de manifiesto con la promulgación del nuevo Código, el primer código completo español y el único promulgado bajo el texto gaditano<sup>2</sup>. Se trata de un texto que sin ser completamente ajeno a nuestra tradición jurídico-penal<sup>3</sup>, aparece inspirado en las corrientes del pensamiento ilustrado<sup>4</sup> y encuadrado en el racionalismo positivista y en los principios utilitaristas.

<sup>1</sup> *Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821. Discusión del Proyecto de Código penal*. Imprenta Nacional. 3 tomos. Madrid, 1822, p. 13.

<sup>2</sup> *Código penal español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el rey y mandado promulgar el 9 de julio de 1822*. Madrid, en la Imprenta Nacional. Año de 1822.

<sup>3</sup> En defensa del legado tradicional, en particular de la doctrina del Derecho común en la Codificación penal española, véase A. MASFERRER DOMINGO, *Tradicón y reformismo en la Codificación penal española*. Jaén, 2003.

<sup>4</sup> Se aprecia en él una clara influencia de la doctrina utilitarista de Jeremías BENTHAM difundida en España gracias a los estudios de E. DUMONT y T. NÚÑEZ. J. BENTHAM, *Traité de législation civile et penale*. Traducida al castellano por Ramón Salas, Madrid, 1822. Hay edición preparada por M. Magdalena RODRÍGUEZ GIL, *Tratados de legislación civil y penal*. Editora Nacional, Madrid, 1981. Pero también, en la clasificación de los delitos pudo haber seguido la sistemática de G. FILANGIERI, cuya obra (*La scienza della legislazione*. Venecia, 1787), fue traducida al castellano ya en 1813, por J. Rubio (*Ciencia de la Legislación*, Madrid, 1813): en el año 1821, se publicó una nueva traducción de J. Ribera (*Ciencia de la legislación*. Imprenta de Don Fermín Villalpando, Madrid, 1821). Respecto del influjo de Manuel de LARDIZÁBAL (*Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*. Estudio preliminar de M. Rivacoba, Vitoria, 2001, sobre edición de Madrid, Joaquín Ibarra, 1782), no puede descartarse en absoluto aunque expresamente no se reconozca por los miembros de la comisión redactora,

Al tratarse de un Código que ha sido suficientemente estudiado tanto en sus orígenes parlamentarios<sup>5</sup>, como en su contenido y caracterización<sup>6</sup>, haremos de él una breve referencia, simplemente para destacar su contribución a la evolución del derecho penal posterior, en el periodo entre códigos. Pese a su escasa y simbólica vigencia<sup>7</sup>, tuvo una incidencia notable a nivel doctrinal, mereciendo el interés de aquellos juristas que iniciaban una ciencia jurídica sobre postulados del derecho penal liberal. Del mismo modo, el Código mostró su interés y utilidad en el proceso codificador posterior, tanto en España como fuera ella. El Código de 1822 es el modelo e imagen de proyectos codificadores intermedios y de modo especial del texto penal promulgado en España en 1848, siendo además adoptado en algunos países iberoamericanos<sup>8</sup>. Además influyó decisivamente en otros, como en el Código brasileño de 1830, que a su vez sirvió de referencia a la Comisión de Codificación que redactó el Código penal español de 1848<sup>9</sup>.

Aunque el Código supuso un progreso notable respecto de la situación preexistente, en él se apreciaron algunos defectos técnicos, como la inclusión de aspectos procesales que debían haber tenido cabida en una ley de enjuiciamiento única, entonces inexistente<sup>10</sup>; o la profusión con que todavía se admiten

---

probablemente por razones políticas o ideológicas. Lo que tiene el Código de continuista en relación al derecho castellano tradicional, pudo deberse a la labor combinada de Martínez Marina y Lardizábal. Cfr. J. BARÓ PAZOS, «Historiografía sobre la Codificación del derecho penal en el siglo XIX», en *Doce estudios de historiografía contemporánea*. (Ed. Germán Rueda). Santander, 1991, p. 26, nota 51. Para E. IÑESTA PASTOR el pensamiento de Lardizábal influyó de manera notable en el Código de 1822. *El Código de 1848*. Valencia, 2011, p. 40, 49. Sobre la posición de Lardizábal respecto del derecho penal del Antiguo Régimen, véase nuestro «Manuel de Lardizábal, entre la tradición y el reformismo», en *Derecho, Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*. Vol. 1. Universitat de València, 2007, pp. 217-227.

<sup>5</sup> Los orígenes parlamentarios del Código han sido bien estudiados por M. TORRES AGUILAR. *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*. Messina: Sicania university press, 2008.

<sup>6</sup> Valgan como muestras recientes dos magníficas monografías sobre la codificación penal: la de M.<sup>a</sup> Dolores del Mar SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Madrid, 2004; y la de IÑESTA PASTOR, *op. cit.* Igualmente, J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española. 5. Codificación penal*, I. Madrid, 1970, pp. 41-169.

<sup>7</sup> Sobre la vigencia del Código penal se ha producido un animado debate en los últimos años, entre quienes la niegan y la aceptan. Resume el estado de la cuestión, a la vista de la documentación judicial que se conserva, inclinándose «de una manera indubitada» por su aplicación, E. DE BENITO FRAILE, «Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código penal de 1822», *Foro, Nueva época*, núm. 8/2008, pp. 41-68.

<sup>8</sup> Fue adoptado como modelo por el Código penal de El Salvador, en 1826; en Bolivia, en 1831; Veracruz, 1834; Colombia y Ecuador, en 1837; Costa Rica, en 1841. Cfr. E. IÑESTA PASTOR, «El Código penal chileno de 1874», *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 19, 2003-2004, pp. 294 y ss.

<sup>9</sup> J. ALVARADO PLANAS, «La codificación penal en la España isabelina: la influencia del Código penal del Brasil en el Código penal español de 1848», en *España en la época de la Fundación de la Guardia Civil*. Seminario Duque de Ahumada. Madrid, 1994, pp. 43-82.

<sup>10</sup> En aquél período de las Cortes del Trienio se elaboró un proyecto de Código procesal criminal que no obtuvo aprobación por apreciarse en él contradicciones de método y contenido con el proyecto de código penal. Incluía la novedad del juicio oral y la creación del jurado. A este proyecto extenso, de 808 artículos más otros 30 de apéndices, se refiere F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española. 3. Procedimiento penal*. Madrid, 1970, pp. 29-54. Al parecer el proyecto, que no influyó en otros posteriores, estaba en un grado de elaboración y tramitación muy adelantado;

algunas penas, como la pena de infamia, por traer a colación algún ejemplo<sup>11</sup>; o la falta de referencia, directa o indirecta a la obligatoriedad de los jueces de motivar sus sentencias, lo que sorprende sobremanera dado el interés del legislador de diseñar un sistema judicial garantista. Pese a todo ello, y a las críticas u observaciones del mismísimo Bentham, vertidas en unas cartas que dirigió a su amigo el Conde de Toreno, a requerimiento del mismo<sup>12</sup>, el balance global de la obra puede calificarse de satisfactorio, según opinión, no unánime, de la doctrina<sup>13</sup> y según se aprecia en la mayoría de los informes de las principales instituciones jurídicas que fueron consultadas por las Cortes para conocer la valoración que a los profesionales del derecho les merecía el proyecto presentado<sup>14</sup>.

## 2. LA VUELTA AL ORDEN DE PRELACIÓN DEL ORDENAMIENTO DE ALCALÁ DE 1348: LA CONTINUIDAD DE LA VIGENCIA DEL DERECHO PENAL DE ORIGEN BAJOMEDIEVAL

Derogado el derecho creado bajo la vigencia de la Constitución de 1812, tras el fin del trienio liberal en 1823, quedó restablecido el orden de prelación previsto en el Ordenamiento de las Cortes de Alcalá de 1348<sup>15</sup>, y expresamente ratificado en los textos normativos posteriores: las Leyes de Toro de 1505<sup>16</sup>, la Nueva Recopilación de 1567<sup>17</sup> y la Novísima Recopilación de 1805<sup>18</sup>.

A su vez, la derogación del Código penal, poco tiempo después de su puesta en vigencia, supuso la rehabilitación de la legislación criminal y del sistema de penas anterior a la Constitución gaditana. Bien es cierto que buena parte de

---

fue impreso en dos ocasiones: en Madrid, 1821, y en el mismo lugar, en 1823, una vez se recibieron las observaciones sobre el mismo recabadas por la real Orden de 24 de enero de 1822.

<sup>11</sup> A. MASFERRER DOMINGO manifiesta que «los términos *infamia* o *infamantes* aparecen en más de 70 artículos, de los 816 que contiene», siguiendo en este punto también la tradición de nuestro derecho penal histórico. *La pena de infamia en el Derecho histórico español*, Madrid, 2001, p. 381.

<sup>12</sup> J. BENTHAM, *Cartas de Jeremías Bentham al señor Conde de Toreno, sobre el proyecto del Código penal presentado a las Cortes*, Madrid, 1821, 1846. Del contenido de las cartas da cuenta J. ANTÓN ONECA, «Historia del Código penal de 1822», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 18 (1965), II, p. 276. Opina Lasso que la crítica de Bentham obedece al desaire que se le hizo al no encargarle, como pretendía, la redacción del Código. *Cfr.* LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española. 5. Codificación penal*, I. *Op. cit.*, p. 148.

<sup>13</sup> La doctrina ha destacado que fue la obra legislativa más importante de aquellas Cortes. ANTÓN ONECA, «Historia del Código penal...», *loc. cit.*, p. 264.

<sup>14</sup> Un extracto de las opiniones recogidas en los informes, fueron presentadas ante las Cortes por la Comisión redactora del proyecto. Véanse, en *Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821. Discusión del Proyecto de Código penal...*, *op. cit.*, Tomo I, pp. 201-218. También una referencia de los informes presentados, en LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española...*, *op. cit.*, pp. 51 y ss.

<sup>15</sup> *Ordenamiento de leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares...* Tít. 28, ley 1.<sup>a</sup> Edición Lex Nova, Valladolid 1983, que es reproducción facsimilar de la de Madrid, 1774.

<sup>16</sup> Según edición de A. GÓMEZ, *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro...*, escrito por el licenciado don Pedro Nolasco de Llano. Edit. Valladolid, Lex Nova, 1981, que es reproducción facsimilar de la de Madrid, 1785.

<sup>17</sup> *Recopilación de las leyes de estos Reinos*. Madrid, 1640. Edit. Valladolid, Lex Nova, 1981.

<sup>18</sup> *Novísima Recopilación de las Leyes de España, dividida en XII libros*. Madrid, 1805.

esa legislación estaba en desuso en los tribunales, por la dureza de las penas que contenía. Pero constaba como leyes no expresamente derogadas, con lo que al menos formalmente se mantenían vigentes.

Y ese derecho entraba en abierta colisión con las nuevas ideas penales de la Ilustración, cuyo espíritu se reflejaba en aquel Código ahora derogado. Las obras de Beccaria<sup>19</sup>, Bentham<sup>20</sup> y Montesquieu<sup>21</sup>, entre otros autores, habían alcanzado una gran repercusión en toda Europa, como también en España<sup>22</sup>, pese a las resistencias de las autoridades políticas que pretendían aislar a los pensadores y jurisconsultos, y de modo general a la sociedad española de las influencias doctrinales que provenían de Francia, y del resto de Europa.

En esta situación, el derecho penal del Antiguo Régimen<sup>23</sup>, en ese momento resueltamente anacrónico<sup>24</sup>, y caracterizado por la desproporcionalidad entre delitos y penas, por la no sujeción al principio de legalidad, por su desigualdad, por la ejemplaridad de sus penas y por el arbitrio de los jueces que favoreció la aparición de un derecho nacido a *estilo judicial*, al margen incluso de la norma<sup>25</sup>, mantuvo formalmente su aplicación durante toda la década absolutista, y aún más, durante los años previos a la promulgación del Código de 1848, vigente tanto el Estatuto Real como los otros sucesivos textos constitucionales: la restaurada Constitución de Cádiz, la Constitución de 1837 y la Constitución de 1845.

Bien es cierto, que al menos los jueces y magistrados de los tribunales de justicia fueron conscientes de la situación y apostaron, con criterios dispares, por aplicar ese viejo derecho penal con una cierta laxitud y flexibilidad<sup>26</sup>. Si para los jueces y tribunales del Antiguo Régimen el arbitrio judicial «es el eslabón que

<sup>19</sup> C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Livorno, 1764. La obra se tradujo en 1774. Manejo la edición de Madrid, 1982, con introducción, notas y traducción de Francisco Tomás y Valiente.

<sup>20</sup> J. BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal*, *op. cit.*

<sup>21</sup> C. de Secondat, Barón de MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, 1748. Edición París, 1977.

<sup>22</sup> M. DE LARDIZÁBAL, en su *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España...*, *cit.*; y después J. MARCOS GUTIÉRREZ, en su *Práctica criminal de España, con un discurso sobre los delitos y las penas*, 1804-1806, fueron los introductores en España de esas nuevas ideas.

<sup>23</sup> Para una correcta caracterización de ese derecho, véase F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*. Madrid, 1969. Más sintéticamente, pero con el mismo rigor, E. GACTO, «Aproximación a la historia del derecho penal español», en *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*. Acti dell' incontro di studio, a cura di B. Clavero, P. Grossi, Fco. Tomás y Valiente. Tomo I, Milano, 1990, pp. 501-530.

<sup>24</sup> G. COBO DEL ROSAL, «Los mecanismos de creación normativa en la España del siglo XIX a través de la codificación penal», en *AHDE*, 81 (2011), p. 931.

<sup>25</sup> I. RAMOS VÁZQUEZ, «Usos y costumbres en el castigo del delincuente en la Europa del Antiguo Régimen», en *Droit et moeurs. Implication et influence des moeurs dans la configuration du droit. Societé d'Histoire du Droit*. Edit. M. A. CHAMOCHO CANTUDO, Universidad de Jaén, 2011, pp. 367-385.

<sup>26</sup> De la aplicación del arbitrio judicial, lo peor para COBO DEL ROSAL, citando a Arrazola (*Enciclopedia española de Derecho y Administración o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias*, Madrid, 1856, t. IX, pp. 321 y ss.) fue «la falta de uniformidad», al juzgarse de modo diferente unos mismos delitos. «Los mecanismos de creación normativa...», *loc. cit.*, p. 931. Contribuyó a esa falta de uniformidad que el Tribunal Supremo no desplegara, inicialmente, en el ámbito penal, la misma competencia que sobre las sentencias civiles facilitó la homogeneización de la jurisprudencia desde el Decreto de 1838. Lo que impidió que el Código penal de 1848 aprovechara la experiencia de una jurisprudencia uniforme inexistente, al menos hasta ese momento.

engarza la justicia con el derecho»<sup>27</sup> y sirve «muy eficazmente a los fines de una política penal represiva, intimidatoria y utilitaria como fue la política penal de la Monarquía castellana durante los siglos modernos»<sup>28</sup>, en este nuevo escenario político hallaron en el arbitrio que aportaba al juzgador un amplio margen de actuación a la hora de juzgar y ejecutar lo juzgado, el instrumento adecuado para el fin propuesto. Y a él recurrieron, salvo en el supuesto de determinados delitos en los que expresamente se les priva de esa facultad, al calificar los hechos delictivos y al fijar las penas con criterios de moderación, y en general al pronunciarse y decidir sobre cualquier incidente que se planteara en el curso del proceso.

De este modo, mitigaban las consecuencias de la aplicación de un derecho que concebido para una sociedad diferente, estaba basado en las doctrinas teológicas y escolásticas de tradición bajomedieval que encontraron eco en el Antiguo Régimen gracias al absolutismo judicial impuesto por los monarcas. Y de no haber sido así, recurriendo al arbitrio de los jueces y tribunales, hubiera quedado paralizado el sistema judicial, con el riesgo de quedar impunes los delitos cuya represión se contemplaba en aquellas leyes inaplicables.

Como medida paliativa de tal situación, el arbitrio del juzgador se había insertado en el sistema, haciendo «más llevadera» la subsistencia del viejo derecho: «...cuando llegó un momento en que no sólo la conciencia común se sublevó contra el sistema de sus leyes, sino en que muchas de estas fueron materialmente inaplicables, por los cambios ocurridos en toda la faz de la sociedad, entonces el legislador tomó el partido más breve y sencillo, y dejando de buscar y señalar él la pena que correspondiere a cada crimen, autorizó a los tribunales para que prudencialmente, esto es, *arbitrariamente*, impusiesen el castigo o corrección que creyesen más adecuado, o más merecido, según la índole y naturaleza del delito que se les presentara»<sup>29</sup>.

Del mismo modo, la importancia del *arbitrium iudicis* en el sistema penal en el período entre códigos, favorecida por la permisividad del legislador, debió ser indudable. Y así ha sido destacada por los autores que en los últimos años se han ocupado del estudio de la codificación penal en España. Sánchez González admite que «el arbitrio judicial en sí, no supone un elemento distorsionador de la legislación sino más bien todo lo contrario, pues aparece configurado como un instrumento imprescindible para adaptar los sistemas jurídicos a las modificaciones que se producen en el entorno social»<sup>30</sup>; opinión que a su vez comparte Masferrer Domingo, para quien el arbitrio judicial «jugó un papel de primer orden en el sistema penal anterior a la Codificación», tanto en España como en el resto de Europa<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> B. GONZÁLEZ ALONSO, «Jueces, justicia, arbitrio judicial (Algunas reflexiones sobre la posición de los jueces ante el Derecho en la Castilla moderna)», en *Vivir el Siglo de Oro. Poder, cultura e historia en la Época Moderna. Estudios en homenaje al profesor Ángel Rodríguez Sánchez*. Salamanca, 2003, p. 231.

<sup>28</sup> M.<sup>a</sup> PAZ ALONSO ROMERO, *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*. Madrid, 2008, p. 105.

<sup>29</sup> J. FRANCISCO PACHECO, en *El Código penal concordado y comentado*, Madrid, 1867, p. XLV. El subrayado es nuestro.

<sup>30</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación penal en España...*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>31</sup> *Tradición y reformismo...*, *op. cit.*, p. 59.

Pero todavía carecemos de estudios historiográficos que aborden en concreto y con amplitud, esta cuestión. Tarea que se presenta como nada fácil, en tanto son pocos o en todo caso insuficientes los documentos de aplicación del derecho. Mientras no se aborde esa tarea necesaria, en una primera aproximación a la cuestión, y tras la consulta de un número significativo de pleitos criminales datados en el período entre códigos que fueron tramitados ante la Chancillería vallisoletana, constatamos, efectivamente, la importancia del arbitrio judicial en la resolución de aquellos pleitos (causas criminales por homicidio y por robo, especialmente) cuyas penas eran desproporcionadas en relación al delito cometido. En un primer momento, durante la década ominosa, su uso no fue diferente del que se le dispensó en el Antiguo Régimen: en unos casos, el recurso al mismo pudo suponer en sí, una cierta humanización en la aplicación del derecho penal y procesal penal; en otros, sólo sirvió para imponer la pena más grave, en aras a un fin supuestamente ejemplarizante, que podría encubrir otros designios menos confesables. Después, una vez caído el Antiguo Régimen, la aparición de una legislación todavía tímida en sus reformas, pero más tolerante y tuitiva de los derechos de los ciudadanos, propició un cierto control de las conductas abusivas de los jueces en el uso del arbitrio judicial, dejando vía libre al buen uso del mismo ante las evidentes deficiencias que ofrecía la legislación penal y procesal vigente.

A la vista de todo ello, lo que queda fuera de toda duda es que el arbitrio judicial, al que se une además la falta de motivación de las sentencias, que amplía aun más su campo de acción, se convirtieron en instrumentos clave del sistema procesal-penal que se pone en práctica *ad hoc*, en los años de vacío de código, entre 1823 y 1848. El recurso a ambos principios por parte de los jueces y tribunales, pese a ser ambos herencia del derecho bajomedieval y moderno castellano, se planteó sin demasiadas dificultades. Y a pesar de la crítica puntual de una parte influyente de la doctrina<sup>32</sup>, el legislador optó por consentir su aplicación dentro de un sistema judicial deficiente, empeorado aun más en el marasmo de una legislación confusa y contradictoria, en vez de afrontar la decidida reforma del mismo.

Téngase en cuenta que el recurso de nulidad previsto desde 1838 que introducía la posibilidad de la revisión de las sentencias por parte del Tribunal Supremo, y que facilitó una cierta homogeneización de la jurisprudencia civil, no se hizo extensivo al ámbito de lo penal<sup>33</sup>. La no aplicación del recurso de

---

<sup>32</sup> Valga la opinión de dos juristas renombrados en la primera mitad del siglo: MARCOS GUTIÉRREZ (*Práctica criminal de España, op. cit.*, editada en 1804, y con ediciones posteriores hasta 1828) era partidario de que los jueces aplicaran literalmente la ley, y contrario al arbitrio de los jueces. En esto, como señala IÑESTA PASTOR, se separa de su maestro Lardizábal y sigue a Beccaria (*El Código penal español de 1848, cit.*, p. 47); F. GARCÍA GOYENA, manifestaba su opinión en 1843, preparando el camino de la supresión del arbitrio de los jueces en el nuevo código que se proyectaba. Este jurista navarro confesaba que el mal del arbitrio procede del legislador, en cuyo sistema tiene acogida y no de los jueces. Aun así critica la «demasiada latitud» que el arbitrio había alcanzado en la administración de justicia criminal. *Código criminal español según las leyes y práctica vigentes*. Tomo I. Madrid, 1843, p. 9.

<sup>33</sup> Según se dispone en el artículo 6.º del Decreto de 4 de noviembre de 1838 que regula el recurso de nulidad, *Colección legislativa*. Tomo VI (1842), pp. 391 y ss. La misma solución se había arbitrado en la ley de 17 de junio de 1813 que establecía el recurso de casación bajo el régi-

nulidad a las causas criminales, y a los pleitos posesorios y ejecutivos, pudo deberse tanto a razones técnico jurídicas, en relación «al estado del derecho criminal en aquella época»<sup>34</sup>, aun sin codificar, como al temor del legislador de colapsar al Tribunal Supremo de recursos provenientes de las Audiencias, lo que hubiera desbordado, probablemente, a esta institución recién creada<sup>35</sup>.

Planteada la cuestión en los términos expuestos, tanto en las Cortes como por parte de un sector de la doctrina, el ministro de Gracia y Justicia, a la sazón Domingo Ruiz de la Vega, no mostró especial interés en proceder al control de las sentencias penales<sup>36</sup>, fiando a la prudencia y al buen sentido de los jueces, más que a su buena instrucción, la resolución de las causas penales. Ante la pasividad del Gobierno, se retrasó *sine die* la formación de una doctrina jurisprudencial penal uniforme, que tímidamente empezaba ya a gestarse en el ámbito de la jurisdicción civil, como consecuencia de la implantación del recurso de nulidad.

De modo y manera que los jueces y tribunales, al igual que hicieron los magistrados del Antiguo Régimen, pudieron actuar sin someterse a control alguno, aplicando la ley penal con una cierta discrecionalidad, o incluso, en los supuestos más extremos, dictando sentencias al margen de ella, dejando en entredicho el mismo principio de legalidad<sup>37</sup>.

Con el retorno del derecho penal anterior a la época liberal, los viejos delitos y las penas que llevaban aparejadas, con arreglo a los principios característicos del derecho penal preilustrado, cobraban de nuevo vida en el sistema legal y judicial de la España contemporánea. E incluso, instituciones de otro tiempo, como la trascendentalidad de determinadas penas que heredaban los descendientes de sus causantes condenados, y que había sido expresamente suprimida en la Constitución de Cádiz (artículo 305), era formalmente rescatada e incorporada, al menos hasta 1837, al sistema penal y judicial que seguía siendo, por

---

men liberal doceañista, «con objeto de que el castigo del criminal fuese pronto e inmediato, y de que los reos no interpusieran frecuentemente recursos con el solo fin de diferir el cumplimiento de sus condenas...» J. M. PANTOJA, «Del recurso de casación», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (en adelante, *RGLJ*), XXX, (1867), p. 354.

<sup>34</sup> P. GÓMEZ DE LA SERNA, «Resumen de la discusión sobre los recursos de nulidad y casación». *RGLJ*. X (1857), pp. 50 y ss.

<sup>35</sup> Este temor se desprende de los discursos de los diputados de las Cortes en las que se debatió sobre el decreto de 4 de noviembre de 1838. L. MORENO PASTOR. *Los orígenes del Tribunal Supremo 1812-1838*. Madrid, 1989, pp. 263 y ss.

<sup>36</sup> Según Ortells Ramos, oficialmente no sólo se toleraba el arbitrio judicial, «sino que en cierto modo se le protege, excluyendo normativamente el establecimiento de procedimientos para el control jurídico de la sumisión al principio de la legalidad... Esta situación no sólo no era propicia al establecimiento de la motivación, sino que resultaba favorecida con la prohibición de la misma». M. ORTELLS RAMOS, «Origen histórico del deber de motivar las sentencias». *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 4 (1977), p. 914.

<sup>37</sup> Así lo ha entendido Torres Aguilar: «Sin necesidad de caer en la arbitrariedad, aunque muchas veces también, el arbitrio judicial era consustancial al sistema con lo que el principio de legalidad que se consagraría después como fundamento del sistema penal moderno, era completamente ajeno a unos tribunales que moldeaban las sanciones en función de muchos parámetros...» TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria...*, *op. cit.*, p. 13.



mor de su restablecimiento, el derecho penal del Antiguo Régimen<sup>38</sup>. Otra cosa diferente es que esas instituciones encontrarán o no aplicación en el sistema penal de la época estudiada, o que por estar en desuso, quedarán fuera del marco de actuación de jueces y tribunales.

En este escenario de vuelta al pasado, téngase presente la dureza con que se castigaban los delitos en el Antiguo Régimen. Valga traer a colación algunas figuras delictivas y sus penas para apreciar las sobradas razones de los pensadores ilustrados que abogaban por la humanización del derecho penal del Antiguo Régimen y por la proporcionalidad entre delito y pena. La pena de muerte en la horca, con puntuales excepciones<sup>39</sup>, se aplicaba en Partidas al homicidio cometido en sus distintas modalidades. Y aun más, un determinado tipo de homicidio, caracterizado por su gravedad dentro de los delitos corporales, como es el homicidio alevoso y a traición<sup>40</sup>, aparece sancionado en la Novísima con la severidad propia del derecho penal medieval, con la pena de arrastramiento y muerte en la horca («aforcamiento»), además de la confiscación de todos sus bienes a favor del rey. Del mismo modo, el aborto<sup>41</sup> o el parricidio<sup>42</sup>, llevaban consigo la pena de muerte, como correspondía a una forma más de homicidio.

Lo grave no es en sí la pena capital en la horca que recaía sobre los autores de estos delitos, ya que la pena de muerte se aceptaba en aquella sociedad como el justo castigo que merecía quien acababa con la vida de otro, sin mediar legítima defensa, o quien ponía en peligro o atentaba contra los valores esenciales de la sociedad, o contra el orden constituido<sup>43</sup>. Lo que se objetaba por todos, en

<sup>38</sup> Respecto de la transmisibilidad de la pena, señala Pacheco, el comentador del Código penal de 1848, que el Fuero Juzgo sentaba como principio la intransmisibilidad, y sin embargo en Partidas «se hacen algunas penas extensivas a los descendientes de los criminales, y prodiga contra ellos castigos que repugnan a nuestras primeras ideas de justicia». PACHECO, *El Código penal concordado...*, op. cit., p. XLII, XLIII.

<sup>39</sup> E. ÁLVAREZ CORA, en *La tipicidad de los delitos en la España Moderna*, Madrid, 2012, pp. 52 y ss., describe las exenciones que se recogían en Partidas: «Exención si legítima defensa frente a ataque con arma letal; muerte a quien fuerza flagrante a la uxor, hija o hermana; muerte a ladrón nocturno armado; muerte a quien se resiste a ser prendido por desertor; muerte al adúltero flagrante en casa o lugar apartado salva la vida de la uxor y de aquél si es hombre a quien se debe reverencia como señor, manumisor u hombre honrado, y muerte por adulterio flagrante en casa del padre o del yerno a la hija y al adúltero por igual; muerte a quien quema o destruye casa, campo, mieses, árboles, de noche o de día por fuerza; muerte al ladrón conocido o robador en caminos públicos; si causado por loco o desmemoriado o menor de diez años y medio; por ocasión, jurada la falta de voluntad y probada con hombres buenos la falta de enemistad, en acto acostumbrado, previo aviso del peligro o sin embriaguez deliberada».

<sup>40</sup> *Novísima Recopilación*. Ley 2, tít. 21, lib. 12, la misma pena que en *Nueva Recopilación*. Ley 10, tít. 23, lib. 8.

<sup>41</sup> *Partidas*. Ley 8, tít. 8, part.<sup>a</sup> 7.<sup>a</sup> Sobre el delito de aborto, puede consultarse J. M. GARCÍA MARÍN, *El aborto criminal en la legislación y en la doctrina (pasado y presente de una polémica)*. Madrid, 1980. También, I. RAMOS VÁZQUEZ, «Legislación, dogmática jurídica y práctica judicial del delito de aborto a finales del Antiguo Régimen», *Rudimentos Legales*, I (1999), pp. 165-189.

<sup>42</sup> *Partidas*. Ley 12, tít. 8, part.<sup>a</sup> 7.<sup>a</sup> Sobre el delito de parricidio, véase M. TORRES AGUILAR. *El parricidio. Del pasado al presente de un delito*. Madrid, 1991.

<sup>43</sup> Lardizábal, frente a Beccaria abogaba por la aplicación de la pena capital, aunque siempre con prudencia y moderación, y en aquellos supuestos que hagan de su uso algo conveniente y necesario para la sociedad. *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de Espa-*

aquella sociedad, era la manera en que según Partidas, se procedía a la ejecución del condenado a pena capital<sup>44</sup>. El modo de ejecución de la pena de muerte cambió a lo largo del siglo, desterrando los rituales que anclan sus orígenes en el derecho penal y procesal romano-canónico. Aun así, en esta nueva etapa, el modo de ejecución de la pena capital conservó ciertos rasgos de crueldad e inhumanidad. Esta es la impresión que se obtiene a la vista del ceremonial que acompañaba a la ejecución de la pena de muerte en el código de 1822, y aun en el de 1848, sin duda con el objetivo de dotar a la ejecución de una ejemplaridad disuasoria, dando publicidad ante la sociedad del escarmiento del condenado.

Afortunadamente, ya en el siglo XIX, estas penas no fueron ejecutadas al dictado de las leyes del Antiguo Régimen. Y aunque los ahorcamientos fueron muy frecuentes todavía en los años de la *década ominosa*<sup>45</sup>, a partir de 1832 la pena de muerte en la horca fue abolida en favor de la pena de garrote que en sus distintas modalidades (vil, ordinaria o noble), resultó ser, dentro de su ínsita crueldad, un medio más humanitario y expeditivo que aquél, que causaba una lenta y agónica muerte al condenado<sup>46</sup>.

Pero los cambios en el modo de ejecución de la pena de muerte no daban por supuesto que las ejecuciones no se iban a prodigar a partir de ese año. Bien es cierto que a partir de 1832 se inició una suave tendencia hacia la reforma del

---

*ña...*, cit., p. 166. Beccaria se manifestaba en contra de su aplicación, salvo por motivos de seguridad de la nación, en tiempo de anarquía o en peligro de cambio de gobierno legítimamente establecido. *De los delitos y de las penas...*, op. cit., p. 115. Pacheco, siguiendo a Lardizábal defendía que «la pena de muerte es un medio legítimo en manos de la sociedad, no para derramarlo sin juicio, sin razón y sin prudencia, sino para hacer uso de él en aquellos delitos en que la conciencia humana la designa como única expiación suficiente, como único medio de reparación al orden social», para aclarar a continuación que «solamente en estos hechos de sangre (en el asesinato y en el homicidio premeditado) es en los que la conciencia pública y la razón universal admiten como justa y oportuna la pena de muerte». *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*. 5.ª edición. Madrid, 1887, pp. 319, 339, 340. Pero todavía años después, a mediados del siglo la doctrina abogaba, en general, por su mantenimiento. P. Gómez de la Serna, y J. Manuel Montalbán, Catedráticos ambos en la Universidad de Madrid, en 1843 manifestaban su «convicción profunda» de lo «indispensable» de la misma en el estado actual de civilización de los pueblos, si bien su uso debe limitarse a «cierta clase de delitos horrorosos». Véase, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, tomo II. Madrid, 1843, pp. 116 y ss. Del mismo modo, García Goyena aceptaba la imposición de la pena de muerte en determinados casos. *Código criminal español, según las leyes y prácticas vigentes...*, op. cit., pp. 41 y ss.

<sup>44</sup> Según *Partidas*, ley 12, título 8, part.ª 7.ª La ley citada contemplaba que el parricida sería azotado públicamente, y metido en un saco de cuero, con animales de distinta especie y lanzado al mar o al río que fuere más cerca del lugar donde se cometió el delito.

<sup>45</sup> J. M. PUYOL MONTERO. «La abolición de la pena de horca en España», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 4. Madrid, 1997, pp. 124 y ss.

<sup>46</sup> El tránsito de la pena de horca al garrote vil se inició mediante una propuesta presentada ante las Cortes, el 13 de diciembre de 1812, por el diputado Morales Gallego. Cfr. M. PINO ABAD. «Apuntes sobre las garantías del proceso penal en las Cortes de Cádiz», en *AHDE*, 81 (2011), p. 428; el Código penal de 1822 implantó la ejecución de la pena mediante garrote (art. 38), pero el final de la pena de horca no se produjo hasta 1832, cuando Fernando VII por medio de real cédula de 28 de abril de ese año, declaró abolida aquella, e introdujo la pena de garrote. No obstante la pena de horca se mantuvo en la jurisdicción militar hasta que una real orden de 13 de febrero de 1875 dispuso que los condenados a muerte por fallo de un Consejo de Guerra sean pasados por las armas. Cfr. Puyol Montero. «La abolición de la pena de horca en España», loc. cit., p. 134.

Estado absolutista, y que tras la muerte de Fernando VII supuso la restauración de un orden moderado que tiene inmediato reflejo en el espíritu político del Estatuto Real de 1834. Esta evolución hacia el reformismo tiene su continuación en el progresismo que se establece a partir del levantamiento de los Sargentos de la Granja y que supuso el restablecimiento del texto doceañista en 1836. Pero pese a ello, en ese mismo año se practicaron ejecuciones en la corte<sup>47</sup> por simples hurtos, ordenadas por la Audiencia de Madrid con arreglo a la literalidad de la pragmática de Felipe V de 23 de febrero de 1734<sup>48</sup>. Se da la circunstancia, que la pragmática citada excluía en su aplicación el arbitrio judicial, lo que impedía «templar ni conmutar esta pena en alguna más suave y benigna», con lo que los jueces en ese período entre códigos, privados de esa potestad discrecional, se vieron obligados a sancionar este tipo de delitos con una pena tan desproporcionada como injusta.

No era menor la pena y la ejemplaridad de la misma que correspondía a otras figuras delictivas, como son los delitos contra la honestidad. Así, el delito de incesto era concebido en Partidas como yacimiento con parienta o cuñada dentro del cuarto grado de consanguinidad. A su autor le corresponde una pena mayor o menor en función de si después de la consumación del acto hubo o no matrimonio, y no habiéndolo, tanto el hombre como la mujer serían condenados a muerte<sup>49</sup>. Una pena que aparece condicionada por las creencias religiosas dominantes en la sociedad medieval, y que se muestra como absolutamente desproporcionada en pleno siglo XIX, razón por la cual en la práctica forense estos delitos quedaban sujetos a las penas arbitrarias que imponían los jueces, muy alejadas de las previstas en el texto alfonsino<sup>50</sup>.

Lo mismo ocurría con el delito de estupro, que igualmente condicionado por particulares creencias ideológicas o religiosas<sup>51</sup>, castigaba el acceso carnal del varón con mujer honesta, y no casada, conseguido mediante engaño, y que en Partidas se condenaba con la pena de muerte del autor, considerado sacrílego si el yacimiento fuera con religiosa<sup>52</sup>. Esta pena, del mismo modo que la anterior, estaba en desuso en los tribunales en el siglo XIX, y se acostumbraba a seguir lo dispuesto en los textos canónicos, dando opción al estuprador a dotar con una partida económica a la víctima del delito, o a casarse con ella, y en caso de no acceder ni a una ni a otra, la pena quedaba sujeta al arbitrio del juez, que condenará en función de las circunstancias atinentes al caso<sup>53</sup>.

<sup>47</sup> A falta en esos años de otros datos, sirve la referencia que aporta PACHECO. *Estudios de Derecho penal...*, op. cit., p. 337.

<sup>48</sup> Trasladada a la *Novísima Recopilación*. Ley III, tít. XIV, lib. XII.

<sup>49</sup> *Partidas*. Ley 3, tít. 18, part. 7.<sup>a</sup>.

<sup>50</sup> Así lo entiende F. DEL VALLE LINACERO. *Leyes penales actualmente vigentes en España, recopiladas de nuestros códigos*. Burgos, 1840, p. 30.

<sup>51</sup> M. J. COLLANTES DE TERÁN ha destacado que «el delito de estupro mantuvo una consideración anclada en su pertenencia, no al universo de la falta, del crimen, sino antes bien, al de la lujuria y el pecado...». *El delito de estupro en el derecho castellano de la Baja Edad Moderna*. Madrid, 2012, p. 15.

<sup>52</sup> J. SAINZ GUERRA. *La evolución del derecho penal en España*. Jaén, 2004, p. 712. *Partidas*, ley 2, tít. 19, part.<sup>a</sup> 7.<sup>a</sup>

<sup>53</sup> DEL VALLE LINACERO. *Leyes penales actualmente vigentes en España...*, op. cit., p. 21. Una muestra de la inaplicación de las duras penas de las leyes vigentes que puede servir de mode-

Situación similar planteaba el delito de amancebamiento<sup>54</sup>, la bigamia<sup>55</sup>, el bestialismo<sup>56</sup>, o la sodomía, considerado este último como un pecado «contra dios», como ya se previera en el Fuero Juzgo<sup>57</sup>. Las penas aplicadas a estos delitos, estimadas como desproporcionadas en relación a la magnitud del hecho punible, resultaron atemperadas al prudente arbitrio del juzgador en el período inmediatamente anterior a la codificación, no sin cierta oposición de algunos profesionales del derecho, dada la benignidad con que actuaban los jueces y tribunales<sup>58</sup>.

En otros delitos de menor gravedad, caracterizados como delitos contra el honor, las penas eran igualmente desproporcionadas: en el delito de injurias «hechas con las palabras de la ley», esto es, mediante el empleo de expresiones

---

lo de otras sentencias en delitos de estupro, es la dictada por la Chancillería de Valladolid el 12 de mayo de 1832, confirmando otra de instancia de fecha 26 de septiembre de 1831, que condena al estuprador que dejó embarazada a su víctima al reconocimiento de la criatura, indemnización de 200 ducados «que podrá evitar si se casa con ella», y costas. Si no pagare las cantidades fijadas, cumpliría condena de seis años «de armas», o cuatro en trabajos públicos en el Canal de Castilla. *A.Ch.V. Pleitos Criminales*. Alonso Liébana (F). Caja 343.6.

<sup>54</sup> En la *Novísima Recopilación* (ley 1.ª, tít. 26, del libro 12) se sanciona al hombre casado que tiene «trato ilícito y continuado» con mujer, con la pérdida de la quinta parte de sus bienes. Pocos rastros quedan en los archivos judiciales sobre este delito, pese a ser una conducta desgraciadamente frecuente en aquella sociedad. En la media docena de causas por amancebamiento consultadas de los fondos de la Chancillería de Valladolid se aprecia la importancia del testimonio de los curas párrocos, bien como denunciante o como testigos de la causa. Las sentencias que se dictan, sin fundamento legal expreso, se separan de la pena prevista en la *Novísima*: un año de trabajos públicos y costas en una causa tramitada por la Chancillería en 1833 (*A.Ch.V. Pleitos criminales*. Caja 1204,3); en otro, diez años de destierro, costas y apercibimientos en una causa fallada el 11 de julio de 1825. (*A.Ch.V. Pleitos criminales*. Caja 906,1).

<sup>55</sup> En la *Novísima Recopilación* (ley 9, tít. 28, del libro 12) la bigamia o doble casamiento se castigaba con la pena de vergüenza pública y diez años a servicio de las galeras. Respecto de este delito, en la jurisdicción inquisitorial, puede consultarse E. GACTO FERNÁNDEZ. «El delito de bigamia y la Inquisición española». *AHDE*, 77 (1987), pp. 465-492; M. TORRES AGUILAR. «El delito de bigamia: estudio general y especial perspectiva en el Tribunal de la Inquisición de Sevilla en el siglo XVIII», en *El Centinela de la Fé*. Ed. E. GACTO FERNÁNDEZ. Sevilla, 1997, pp. 173-232.

<sup>56</sup> *Partidas*. Ley 2, tít. 21, part.ª. 2.ª, con pena idéntica al delito de sodomía: pena capital y confiscación de bienes, y muerte de la bestia «para amortiguar la remembranza del hecho». *Cfr.* ÁLVAREZ CORA, *La tipicidad de los delitos...*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>57</sup> En *Fuero Real*, (libro 4, tít. 9, ley 2) sin ninguna sutileza, se limita a ordenar la castración pública de los sodomitas, y añade que deben ser colgados boca abajo, hasta morir. Para Álvarez Cora, lo gravísimo no es en sí la pena de muerte, sino «la específica forma de ejecución». *Cfr.* «El Derecho penal de Alfonso X». *Initium*, 16 (2011), p. 264, 265. En *Partidas* (ley 1.ª-2.ª, tít. 21, part. 7) se aplica la pena de muerte tanto al sodomita activo como pasivo, tanto «el que lo hace, como el que lo consiente»; en *Novísima Recopilación* (ley 1, tít. 30, libro 12), como delito nefando se impone la pena de muerte en la hoguera y la confiscación de todos sus bienes, tanto muebles como raíces. Véase. M. A. CHAMOCHO CANTUDO. *Sodomía. El crimen y pecado contra natura o historia de una intolerancia*. Madrid, 2012.

<sup>58</sup> No siempre los profesionales al servicio de la administración de la justicia ponderaban la habilidad de jueces y tribunales para sortear la dureza de las penas. Antonio de CHAVARRÍA Y MONTROYA, fiscal y juez de primera instancia, publicó en Madrid, 1840 unas ajustadas *Reflexiones sobre los vicios de la administración de la justicia, abusos de algunos curiales y necesidad de una pronta y eficaz reforma de nuestros códigos* cuyo objetivo fue «combatir los daños que se siguen y recrecen de la lenidad, atenuación y escasez de las penas y castigos a que una excesiva filantropía o indiscreta religiosidad nos ha traído por las exageradas declamaciones de los llamados filósofos, en desquite de las muchas y rigurosas que se hallan consignadas en nuestras leyes escritas...». Por la cita, p. 11.

como *gafó*, *sodomítico*, *cornudo*, *traidor*, *hereje* y a mujer que tenga marido, *puta u otros desnudos semejantes*<sup>59</sup>, se aplicaron penas más ajustadas a la ofensa inferida; el delito de calumnia era merecedor de la pena de vergüenza pública y diez años en galeras<sup>60</sup>, una pena, ésta última, que estaba ya en desuso, sustituida por los presidios en centros de cumplimiento, aunque la pena de vergüenza pública, como pena de argolla, se contempló aun en el Código penal de 1848, lo que demuestra su aplicación por los tribunales antes y después de ese año<sup>61</sup>. En el delito de blasfemia, contra Dios, la Virgen y los Santos, por la primera vez, las Partidas condenaban a la pena de cincuenta azotes; por la segunda, a la pena de marca, señalando los labios del blasfemo con hierro candente; y a la tercera, se procedía a cortar la lengua<sup>62</sup>, penas todas ellas que estaban en desuso en el siglo XIX, quedando sin castigo ni corrección<sup>63</sup>.

Con la referencia a estos delitos y a las penas que a ellos correspondían, se ofrece una muestra de la imagen que ofrece el derecho penal del Antiguo Régimen en su aplicación en pleno siglo XIX, un siglo que pretende salir de las sombras del pasado y abrirse a una sociedad más humanizada y tolerante, en el tránsito entre el viejo y el nuevo régimen, entre el viejo y el nuevo derecho de raíces iusnaturalistas.

### 3. LOS INTENTOS FRUSTRADOS DE CODIFICAR EL DERECHO PENAL HASTA LA CONSTITUCIÓN DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (1843)

En esa idea de abrirse al nuevo derecho, la sociedad decimonónica se encuentra con la realidad de la vigencia de ese viejo derecho, arropado por unas estructuras de poder político y judicial que se resiste a su cambio. En ese con-

<sup>59</sup> *Fuero Real*, lib. 4, tít. 3, l. 2. Manejo la edición de las *Leyes de Alfonso X. II. El Fuero Real*. Edición y análisis crítico. G. MARTÍNEZ DIEZ, Avila, 1988. Esta regulación pasó a la *Nueva Recopilación*, lib. VIII, tít. X, ley 2, y a la *Novísima Recopilación*, ley 1, tít. 25, lib. 12.

<sup>60</sup> *Novísima Recopilación*. Ley 6, tít. 6, lib. 12.

<sup>61</sup> En tiempo posterior, Pedro Gómez de la Serna abogaba por la supresión de esta pena «infamante» en la reforma del Código penal: «La pena de argolla, resto de errores antiguos en materia penal, es una especie de anacronismo, atendidos los progresos de la ciencia en nuestros días... afecta a la dignidad, al nombre, a la fama de los que la sufren...» P. GÓMEZ DE LA SERNA. «Sobre reforma del Código penal. La pena de argolla», *RGLJ*, xxvii (1865), pp. 133 y ss.

<sup>62</sup> *Partidas*. Ley 1, tít. 28, part.<sup>a</sup> 5.<sup>a</sup> Las penas fueron moderadas en *Novísima Recopilación*, leyes 4 y 6, tít. 5, lib. 12. Se suprime la mutilación de la lengua, aunque se mantiene una cierta crueldad, al aplicarse al blasfemo que reitera su conducta una tercera vez, un clavo que le atraviese la lengua.

<sup>63</sup> Lardizábal, en su *Discurso sobre las penas...*, manifestaba a finales ya del siglo XVIII, que estas penas de mutilación no se aplicaban por los tribunales, «ni al blasfemo ni al escribano falsario». *Op. cit.*, p. 72. Y aun menos después; prueba de ello es la benignidad con la que actuaban los tribunales al conocer de los delitos de injurias. En una causa por injurias seguida en 1831-32 contra un mesonero burgalés que insultó gravemente a una vendedora, al tiempo que montado sobre su caballo destrozó la mesa y las mercancías que exponía para su venta, la Chancillería le absolvió por el delito de injurias y le condenó a indemnizar por los daños causados, confirmando la sentencia de instancia dada por el intendente-corrector. *A.Ch.V. Pleitos criminales*. Caja 343,2.

texto y pese a su anacronismo y a su falta de acomodo a la nueva situación social y económica que se vive entre los dos códigos penales, la continuidad del derecho penal del Antiguo Régimen quedaba momentáneamente asegurada al no prosperar ninguno de los intentos de su renovación en los años de la monarquía absoluta, tras la efímera vigencia del Código de 1822.

Conviene dejar anotado, pese a que de ello se ha publicado ya lo suficiente, que en ese período aparecieron distintos proyectos<sup>64</sup> que no se convirtieron en códigos pese al interés del monarca de consagrar un derecho penal de corte más o menos absolutista, pero integrado en el marco de una codificación que al menos en sus aspectos formales respondiera al modelo liberal. Así en plena etapa absolutista, en 1830, una junta designada por el ministro de Gracia y Justicia Tadeo Calomarde, elaboró un proyecto de código criminal, en el que se atisba una cierta tendencia hacia el reformismo y hacia las ideas utilitaristas de Bentham, muy en boga en la doctrina de la época<sup>65</sup>.

Fracasado el intento de promulgar ese proyecto, Fernando VII encargó a Sainz de Andino la redacción de un nuevo proyecto que corrigiese los defectos del anterior; y este jurista afrancesado elaboró un proyecto por completo diferente y carente de originalidad, al seguir la estela del Código liberal de 1822, razón por la cual no obtuvo el *placet* preceptivo de la junta de legislación que por mandato regio debía proceder a su aprobación<sup>66</sup>. Del mismo modo, correría idéntica suerte, pero por razones opuestas, el proyecto de código criminal de 1834 gestado en vida de Fernando VII, pero presentado en un momento político difícil, en pleno conflicto sucesorio tras la muerte del monarca. En ese contexto, en la regencia de María Cristina, en un momento político de apertura hacia un liberalismo templado acogido en el Estatuto Real de ese mismo año, ese proyecto de cariz absolutista, no llegó a ser aprobado, y ni tan siquiera discutido.

Finalizada la *década absolutista*, y caído el Estatuto Real, tras los acontecimientos de La Granja y restablecida la Constitución de 1812 por decreto de la reina gobernadora de 13 de agosto de 1836<sup>67</sup>, inmediatamente después, el 1 de octubre, se nombró una comisión de especialistas para que reformara el Código de 1822, cuando lo suyo hubiera sido el restablecimiento inmediato del Código del trienio, el mejor producto legislativo redactado bajo vigencia de esa Constitución, y que pese al tiempo transcurrido desde su promulgación, en ese momento sólo parecía superado por el Código brasileño de 1830.

La comisión designada cumplió su labor, que excedía con creces de la encomendada, desfigurando el carácter de aquel texto<sup>68</sup>. Y el proyecto redactado fue

<sup>64</sup> Da cumplida cuenta de todos los proyectos IÑESTA PASTOR. *El Código penal...*, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

<sup>65</sup> Este proyecto de código ha sido estudiado por J.R. CASABÓ RUIZ. *El proyecto de Código criminal de 1830. Estudio preliminar y edición*. Murcia, 1978.

<sup>66</sup> Del mismo modo ha sido estudiado por J.R. CASABÓ RUIZ. *El proyecto de Código criminal de 1831 de Sainz de Andino. Estudio preliminar y edición*. Murcia, 1978.

<sup>67</sup> *Colección Legislativa. Parte primera*. Tomo IV (1842). Decreto de 13 de agosto de 1836, p. 307.

<sup>68</sup> «Lejos de reformar el Código del 22, formó otro proyecto, sin mejorar en nada el antiguo, antes mutilándole y desfigurándole por completo». J. GONZÁLEZ MIRANDA Y PIZARRO. *Historia de la Codificación penal española y ligera crítica del Código vigente*. Madrid, 1907, p. 18.

duramente criticado en un informe del Tribunal Supremo, cuya presidencia ejercía en 1841 el político y jurista liberal José María Calatrava, autor principal del Código de 1822 que debía ser reformado. El dictamen del más alto tribunal «cayó como una pesada losa sobre el proyecto, que quedó sepultado en el olvido»<sup>69</sup>.

En tal situación, hasta la promulgación del Código penal en 1848, que supuso la ya irreversible derogación del derecho criminal del Antiguo Régimen, hubo aportaciones doctrinales de interés que intentaron paliar los defectos de la falta de código. Y así se publicaron obras y tratados de juristas de cierto prestigio en los que se sintetizaba la legislación vigente, contrastada con el único texto legal liberal (el Código de 1822), ofreciendo a jueces y letrados un instrumento útil que contribuyese a clarificar el panorama sombrío que presentaba el derecho que debía ser aplicado por jueces y tribunales.

Y al tiempo, desde los gobiernos de turno, de uno u otro cariz, según los distintos momentos políticos, se favoreció, o al menos no se planteó una oposición decidida y eficaz frente a esa labor desplegada por jueces y tribunales, amparada por el arbitrio y por la ausencia de fundamentación de las sentencias que dictan. Y gracias a esa labor, la justicia penal pudo cumplir su difícil cometido, en circunstancias políticas, jurídicas y profesionales en absoluto favorables.

#### 4. LA LABOR DOCTRINAL, ANTE EL VACÍO CODIFICADOR

La labor privada de los juristas del siglo XIX, que sin ningún tipo de amparo institucional dan a la imprenta códigos penales o civiles a título meramente privado, o completos tratados con una síntesis del derecho vigente, comparado con otros códigos extranjeros, tiene un cierto significado en los períodos de carencia de códigos. Constituyen una manifestación de la necesidad de los profesionales del derecho de contar con leyes claras que contribuyan a superar el confusionismo reinante en la legislación vigente y que sirvan de cauce institucional de los principios constitucionales de unidad y de legalidad.

Esta labor doctrinal sirvió además para preparar el camino de la codificación penal en el período que media entre el código derogado de 1822 y el nuevo texto de 1848. Entre uno y otro, con el Código del trienio como referente, la doctrina científica que en los inicios de este período se había limitado, prácticamente, a traducir y apenas a comentar las obras de los principales tratadistas europeos, mejoró su nivel, sin duda espoleada por la necesidad de dar respuesta ante la falta de un código penal. Y en ese contexto las aportaciones doctrinales resultaron de utilidad en la tarea codificadora, aportando soluciones, contribuyendo a la interpretación del derecho vigente, o resolviendo las frecuentes contradicciones que ofrecían los viejos textos recopilados.

Sin duda el impulsor de la doctrina penal de esos años fue J. Francisco Pacheco, quien a través de sus lecciones pronunciadas en el Ateneo madrileño en

<sup>69</sup> LASSO GAITE. *Crónica de la Codificación española...*, 5.1. *Codificación penal, op.cit.*, p. 241.

los años 1839 y 1840<sup>70</sup>, fue el introductor en España del eclecticismo de Rossi<sup>71</sup>, frente a las ideas de Bentham imperantes hasta entonces. De la mejora de la doctrina española se benefició el Código penal de 1848, que dotado de calidad, se convertirá en el referente de la codificación penal posterior, tanto en España como en Latinoamérica.

Si esas obras contribuyeron a la formación de una doctrina penal utilizada con provecho en el proceso codificador, del mismo modo hay que reconocer su indudable utilidad para la formación de los juristas, y no sólo por cuanto ofrecían de una manera más o menos sistemática el contenido del derecho vigente, haciendo más accesible su consulta, sino de modo especial porque esos viejos textos así sistematizados se ofrecían adaptados en su estilo y lenguaje al uso forense del siglo, frente a una legislación del Antiguo Régimen tendenciosamente farragosa y oscura, que daba cobertura a las aspiraciones de un monarca absoluto.

Esa labor doctrinal se desarrolló en la etapa previa a la de oficialización de la tarea codificadora, antes por tanto de la constitución de la Comisión General de Codificación, encargada por decreto de 19 de agosto de 1843 de asumir las riendas en tan importante labor, y de reconducir todo el proceso codificador, en sus distintos ámbitos, por la senda de la unidad de dirección.

Un exponente muy significativo de esa labor doctrinal, gira en torno a un ambicioso proyecto editorial que pretendía facilitar la labor de jueces y juristas en su trabajo profesional. Aparece así un amplio compendio doctrinal que con el nombre de *Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos...* se publicará desde 1841, actualizándose periódicamente<sup>72</sup>. Esta obra con tintes

<sup>70</sup> Posteriormente publicadas como *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1842-1843, en su primera edición. De esta obra se editaron al menos cinco ediciones (la 5.ª, *op. cit.*, en Madrid, 1887), lo que demuestra la difusión de la misma. Joaquín Francisco Pacheco (1808-1865), perteneciente a la facción puritana del partido moderado, destacó a lo largo del período isabelino como periodista, jurista y destacado comentarista del Código penal de 1848. Una amplia y completa biografía de este jurista, cuya labor fue clave en la transición del viejo al nuevo derecho penal, está por hacer. Destacada es la aportación de F. TOMÁS Y VALIENTE. «Joaquín Francisco Pacheco y la codificación penal», en lo que fue el estudio preliminar de sus *Lecciones de derecho político*, Madrid, 1984. Se reproduce en *Obras Completas*, III, Madrid, 1997, pp. 1925 y ss. Su perspectiva de político y de hombre de partido, en F. CÁNOVAS SÁNCHEZ. *El Partido Moderado*. Madrid, 1982, pp. 98 y ss. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación penal en España...*, *cit.*, p. 33, atribuye a Pacheco la condición de «iniciador...de un movimiento destinado a consolidar la ciencia penal española». La fundación por parte de Pacheco en 1836 del *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, juntamente con M. Pérez Hernández y J. Bravo Murillo, contribuyó a la difusión de la ciencia jurídica.

<sup>71</sup> P. Rossi (1787-1848) fue político, profesor de economía política y de derecho penal. Italiano de nacimiento, pero nacionalizado francés en 1834, entre otras obras publicó un *Traité de droit penal*, que fue traducido al castellano por Cayetano Cortés. Madrid, 1839.

<sup>72</sup> *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente...*, cuyos autores son F. GARCÍA GOYENA y J. AGUIRRE. Madrid, Imprenta Boix, editor. Madrid, 1841. Hasta 1847 se hicieron tres ediciones; en 1852 se hizo una nueva, corrección de la anterior, por Joaquín Aguirre y Montalbán y reformada por Vicente Caravantes. Todavía se editó un Febrero reformado, en Barcelona 1848-1850. De todas estas ediciones da cuenta puntual, R. GIBERT, en la noticia bibliográfica sobre el *Bicentenario de la muerte de don José Febrero. Acto de homenaje y catálogo de la exposición bibliográfica*, en *AHDE*, 68 (1994), pp. 593-596.



enciclopédicos para la época en que fue redactada<sup>73</sup>, fue continuación de otras anteriores<sup>74</sup>, a las que supera en método y sistemática, y en tanto no se circunscribe sólo a la literatura notarial, al dirigirse ahora a todos los profesionales del derecho, y abarcando todas las ramas del ordenamiento jurídico. Esta obra pretendía alcanzar el loable objetivo de dar a conocer el derecho vigente, ponerlo en conexión con los avances doctrinales y aportar ciertos destellos de seguridad jurídica, donde reina el confusiónismo cuando no la contradicción entre el viejo derecho heredado de épocas anteriores, y el nuevo derecho nacido de los cambios constitucionales producidos en las primeras décadas del siglo XIX.

El *Febrero o Librería de Jueces...*, en su nueva versión, fue obra de dos ilustres juristas del momento, F. García Goyena y J. Aguirre. Con un rico valor doctrinal, su contenido no se formula a modo de los códigos de iniciativa particular al uso en la época. Se trata de un amplio tratado, a través de cuyo contenido sistematizado en títulos, va desgranando el derecho vigente y la doctrina correspondiente, con referencias al derecho comparado, con una finalidad eminentemente instructiva, hasta convertirse en una obra de obligada consulta para los profesionales del derecho ante el vacío codificador. Del éxito de la obra da buena cuenta el número de sus ediciones y la fácil difusión que tuvo en las Facultades de Derecho, en los despachos profesionales y en los juzgados y tribunales de todas las audiencias, gracias, sin duda, al apoyo institucional que recibió. No en vano, el ministro de Gobernación Pedro J. Pidal, incluyó esta obra como recomendada en su plan de instrucción pública de 1845, en el plan conocido como de Pidal<sup>75</sup>, como así lo fueron sus ediciones anteriores en el plan de estudios de 1824<sup>76</sup>.

El éxito de la obra superó las fronteras nacionales. Hubo ediciones en México (desde 1831 a 1852, bajo rótulo de *Febrero mejicano*) y en París (en 1850 y 1861), lo que da idea de su interés doctrinal<sup>77</sup>. Pudo influir también en los códigos chileno, argentino, mexicano...<sup>78</sup> A su difusión contribuyó tam-

<sup>73</sup> Y que tiene su parangón en una obra posterior, publicada por L. ARRAZOLA, *Enciclopedia española de derecho y administración o Nuevo teatro universal de la legislación de España e Indias*, cit.

<sup>74</sup> J. FEBRERO. *Librería de Escribanos, o instrucción jurídica teórico-práctica de principiantes*. Madrid, 1769-1781, en seis volúmenes; *Febrero reformado y anotado o Librería de escribanos que compuso Joseph Febrero y ha reformado...* J. MARCOS GUTIÉRREZ. Imprenta de Villalpando. Madrid, 1801; *Febrero adicionado...* por M. AZNAR Y DIEGO. Madrid, 1807; *Febrero novísimo o Librería de jueces, abogados y escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros...*, de E. TAPIA. Valencia, 1828-1831.

<sup>75</sup> M. BECEDAS GONZÁLEZ. «Los libros del Ius hispanum o Derecho patrio en Salamanca entre los siglos XVIII y XIX: del plan de 1771 a la ley Moyano de 1857». En *El Derecho y los Juristas en Salamanca (siglos XVI a XX), en memoria de Francisco Tomás y Valiente*. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 328.

<sup>76</sup> Aporta el dato, GIBERT. «Bicentenario de la muerte de don José Febrero...», *loc. cit.*, p. 595.

<sup>77</sup> GIBERT. «Bicentenario de la muerte de don José Febrero...», *loc. cit.*, p. 594.

<sup>78</sup> J.M. CASTÁN VÁZQUEZ. «La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas». *Discurso leído el día 23 de enero de 1984 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid, 1984; del mismo autor, «La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas», en *Homenaje a Juan Roca Juan*. Murcia, 1989, pp. 153-161.

bién, la autoridad y el prestigio de sus autores: Florencio García Goyena<sup>79</sup> y Joaquín Aguirre<sup>80</sup>.

Junto a esta importante obra, la labor de difusión doctrinal a falta de un código penal fue emprendida por un grupo de destacados juristas que desarrollaron su vida profesional en la década comprendida entre 1838 y 1848, desde el momento de la institucionalización del Tribunal Supremo como última instancia en la jerarquía judicial de ámbito civil, como término *a quo*, y la fecha de promulgación del Código penal adaptado a la Constitución de 1845, como momento *ad quem*.

El mismo García Goyena dio a la imprenta en 1843 una interesante obra, a modo de código, en el que ofrece todo un completo cuerpo de derecho penal, en forma articulada, con el fin de facilitar el conocimiento del derecho penal vigente, «razonando y comentando el derecho»<sup>81</sup>. En su obra, aparecida en el mismo año en que se constituía la Comisión General de Codificación, defiende la necesidad de formar un código criminal, frente a un sistema penal caracterizado por su «oscuridad, contradicción, vacío y sobre todo, el desuso de una gran parte de las leyes»<sup>82</sup>.

En su amplia y completa obra, García Goyena se sirve de dos grandes códigos, que pone en relación con la legislación penal española anterior al período constitucional: el español de 1822, y el código francés. Respecto del Código español, en su opinión «calcado sobre el francés de 1810», destaca su mismo buen orden y distribución de materias, pero carente de «la claridad y precisión» de aquél código, «... y por dejar poco o nada al arbitrio del juez, es en algunos capítulos pesado, confuso, y hasta ininteligible; introduce penas sin haber establecimientos en que puedan ser cumplidas, y presupone la existencia del jurado. A pesar de esto hay mucho adelanto con él para poder formar un buen código»<sup>83</sup>, por cuya razón este Código del trienio constituye el modelo que utiliza este autor para confeccionar su código, en un total de 1888 artículos,

<sup>79</sup> Florencio García Goyena (Tafalla, 1783; Madrid, 1855), fue un conocido jurista y político liberal, y miembro de mayor edad de la Comisión General de Codificación constituida por decreto de 19 de agosto de 1843. Como presidente de la sección civil, asumió la responsabilidad en la redacción del proyecto de código civil de 1851, publicando después su obra más conocida, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español* (Madrid, 1852), en la que proporciona las claves para una correcta interpretación de los contenidos del proyecto isabelino. Datos de su biografía en LASSO GAITE. *Crónica de la codificación española*. 4, I, *op. cit.*, p. 199, nota 61. Aporta más amplia y documentada información M. REPARAZ PADRÓS. «García Goyena: biografía de un jurista liberal». *AHDE*, 66 (1996), pp. 689-827.

<sup>80</sup> Joaquín Aguirre de la Peña (Ágreda, Soria, 1807-Madrid, 1869), Catedrático en la Universidad de Madrid, y político afín a las ideas progresistas, fue ministro de Gracia y Justicia apenas unos meses, en 1854, en un ajuste de gobierno tras una crisis en el gabinete presidido por Espartero. Tras la sublevación de los sargentos en el cuartel de San Gil se refugió en Francia y Bélgica, regresando tras la revolución de 1868 para ocupar la presidencia del Tribunal Supremo en los últimos meses de su vida, a propuesta del gobierno presidido por Serrano. Amplía información J. F. LASSO GAITE, *El Ministerio de Justicia: su imagen histórica (1714-1981)*. Madrid, 1984, pp. 102-103.

<sup>81</sup> *Código criminal español según las leyes y práctica vigentes, comentado y comparado...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 12.

extensión que parece un poco desmesurada a no ser por el interés del autor de no dejar nada fuera del mismo. Al cuerpo principal se añaden apéndices sobre delitos de fraude contra la real hacienda, con inserción de la ley penal de 3 de mayo de 1830, en un total de 207 artículos. Y un apéndice con las modificaciones introducidas sobre esa materia, entre 1831 y 1843.

En su conjunto, el código responde a una sistemática convencional, en tres libros, siguiendo la estructura del Código del trienio constitucional: el primero, *De los delitos y las penas*; el segundo, *De los delitos que atacan más directamente a la sociedad*; el tercero, *De los delitos contra los particulares*.

Aunque redactada de forma articulada, la obra tiene más de tratado doctrinal, que de código. En cada uno de sus artículos se incluyen definiciones, una síntesis de las opiniones doctrinales más representativas, referencias al derecho de los textos castellanos (Fuero Juzgo, Partidas, Novísima Recopilación, etc.), al derecho romano, a los autores clásicos, a tratadistas ilustrados y a los comentaristas, haciendo gala de una amplia erudición. No faltan en la obra referencias a la Constitución vigente en el momento de su redacción, la de 1837, ni a las normas dictadas en los distintos períodos de vigencia de la Constitución de 1812.

De la repercusión de esta obra es buena muestra su fácil difusión entre los profesionales del derecho, al tiempo de la oficialización de la tarea codificadora. Del mismo modo, esta obra fue ampliamente manejada en las Facultades de Derecho como libro para la formación de los estudiantes, siendo recomendado en el plan de instrucción pública de Pidal, en 1845<sup>84</sup>.

Con desigual valor aparecieron otras obras doctrinales guiadas del mismo interés. En 1838 se publicó un breve trabajo atribuido a Francisco de Paula (Castro) y Orozco, abogado y primer Marqués de Gerona (1809-1847), relativo a una parte del derecho penal, los delitos contra la seguridad interior y orden público, de forma articulada<sup>85</sup>. En 1840 un juez y fiscal excedente, Félix del Valle Linacero publicó una obra con las leyes penales vigentes, en la que a modo de diccionario más que de código, ofrece una útil relación de los principales delitos penados por los tribunales, con indicación de los textos normativos vigentes donde se insertan.<sup>86</sup>

En 1841, un abogado de los tribunales, Antonio de Puga y Araujo dio a la imprenta un trabajo recopilatorio similar al anterior, con inclusión de todas las normas vigentes dictadas en materia penal desde 1832 hasta 1841, período en el que apunta el autor, el derecho penal sufrió importantes reformas que frenaron el libre albedrío del poder judicial.<sup>87</sup> No es descabellada ni gratuita la afirma-

---

<sup>84</sup> BECEDAS GONZÁLEZ. «Los libros del Ius hispanum o Derecho patrio en Salamanca entre los siglos XVIII y XIX...», *loc. cit.*, p. 328.

<sup>85</sup> F. DE PAULA (CASTRO) Y OROZCO. *Proyecto de ley penal y de sustanciación para los delitos contra la seguridad interior y orden público*. Madrid, Ministerio de la Gobernación, 1838. Esta obra ha sido atribuida al autor citado, pues en la misma no aparece autor, por GONZÁLEZ MIRANDA, *Historia de la Codificación penal...*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>86</sup> DEL VALLE LINACERO. *Leyes penales actualmente vigentes en España...*, *op. cit.*

<sup>87</sup> A. PUGA Y ARAUJO. *Código penal o sea recopilación de cuantos delitos y penas comprenden las leyes, Reales Decretos, Reales Ordenes y demás resoluciones generales expedidas el 1.º de octubre de 1832*. Madrid, 1841.

ción de este autor. Efectivamente, es de apreciar que el derecho penal y la actuación de los tribunales en la práctica totalidad de la década absolutista se ajusta perfectamente al guión de un estado absoluto, mientras que a partir de 1832 (la sustitución de la pena de horca por el garrote es el primer indicio de los cambios que se adoptaban), y de modo especial pocos años después con el regreso a España de los liberales en el exilio desde 1823, se aboga por la humanización de las penas mediante el restablecimiento de disposiciones adoptadas bajo vigencia de la Constitución de 1812, que tendieron a dignificar la posición del reo desde su perspectiva procesal, a lo que vino a contribuir, siquiera sea aun tímidamente el *Reglamento provisional para la administración de Justicia* de 26 de septiembre de 1835, que bajo el tinte moderado del gobierno que lo impulsó y aprobó, supuso un avance nada desdeñable hacia las reformas necesarias de la administración de la Justicia, con un recorte de los abusos que se cometían al amparo del arbitrio judicial<sup>88</sup>.

## 5. EL NUEVO MARCO JUDICIAL: EL NACIMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO

Tras una primera regulación en la Constitución de 1812, el definitivo establecimiento del Tribunal Supremo de España e Indias coincidió en el tiempo con la vigencia del Estatuto Real, un texto que marca un tránsito pacífico entre un sistema político absolutista que se desvanece tras la muerte de su valedor el rey Fernando VII, y un emergente estado liberal que no sin titubeos inicia su implantación al albur de la Constitución de 1837. En ese contexto, en tiempo de la minoría de edad de Isabel II, se adoptaron unas medidas decisivas en la configuración del nuevo Estado que busca su fundamento en las ideas reformistas de la Ilustración<sup>89</sup>, a través de una serie de sucesivos decretos todos ellos fechados el 24 de marzo de 1834<sup>90</sup>, que supondrán: la supresión del Consejo de Estado y la creación de un nuevo órgano consultivo, el Consejo Real de España e Indias, que a la postre tuvo una vida efímera<sup>91</sup>; la desaparición, entre otros consejos, de los de Castilla e Indias y la reinstauración del Tribunal Supremo, en lo que debe interpretarse como un punto de inflexión definitivo entre la administración judicial del Antiguo Régimen, y la nueva administración judicial liberal. El tránsito de una a otra fue lento y parsimonioso, por la dificultad de acomodar la maquinaria judicial y la mentalidad de sus titulares a las reformas que se proyectaban.

<sup>88</sup> *Reglamento provisional para la Administración de Justicia, en lo respectivo a la jurisdicción ordinaria*. Cfr. LASSO GAITE. *Crónica de la Codificación... I. Organización judicial*, cit., pp. 21-24.

<sup>89</sup> Son de innegable utilidad las ideas de B. GONZÁLEZ ALONSO, «Las raíces ilustradas del ideario administrativo del moderantismo español», en *De la Ilustración al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*. Madrid, 1995, pp. 157-196.

<sup>90</sup> *Colección legislativa*. Parte primera. Tomo I (1840), pp. 438 y ss

<sup>91</sup> Reservada su competencia como el más alto órgano consultivo del Estado, desarrolló su actividad hasta la restauración de la vigencia, en su tercera etapa, de la Constitución de 1812. La supresión del Consejo Real se dispuso por decreto de 28 de septiembre de 1836. La Constitución gaditana establecía en su artículo 236 que el Consejo de Estado «es el único Consejo del Rey». *Colección legislativa*, IV (1842), p. 446.

Aun así, este decreto del gobierno de la regente María Cristina tuvo un importante significado político, que trasciende al ámbito meramente judicial. No en vano ponía fin a una institución, el Consejo de Castilla, que había sido la columna vertebral del sistema polisinodial en el Antiguo Régimen, y que aún conservaba en esta nueva época competencias gubernativas, judiciales y aunque en menor rango, incluso legislativas. Con su supresión, se abría paso a una completa reestructuración del poder ejecutivo y judicial, y a la efectiva aplicación del principio de división de poderes que daba sentido al nuevo Estado de derecho cuya implantación se pretendía, tras diez años de gobiernos absolutos.

Y en el diseño de la nueva administración, en la que se aprecia la inspiración de reformistas ilustrados como Javier de Burgos, y especialmente de Martínez de la Rosa, encargado por la regente de dar forma a la nueva monarquía constitucional que pretende establecer<sup>92</sup>, cobra relevancia este tribunal que irá definiendo su papel institucional según avanza el régimen constitucional a lo largo del siglo.

El tránsito entre uno y otro régimen se vio favorecido, como ya hemos afirmado, por la promulgación del *Reglamento Provisional para la administración de la Justicia*, en 1835, durante el mandato de García Herreros como ministro de Gracia y Justicia. Este Reglamento que fue obra de José María Calatrava, quien fuera el principal redactor del Código penal de 1822 facilitó la unidad del procedimiento, acabó con costumbres y prácticas forenses particulares de cada tribunal, y recortaba el arbitrio judicial en el ámbito penal, además de establecer garantías procesales esenciales en el ámbito penal, como el libre acceso de los ciudadanos a los tribunales, gratuidad de la justicia penal, la publicidad del procedimiento a partir de la confesión del reo, la garantía de libertad de los ciudadanos, que no pueden ser presos o arrestados sin motivo racional bastante, prohibición de torturas y vejámenes, libertad de defensa, y obligación de dar audiencia al acusado antes de dictarse sentencia en un proceso sujeto a las suficientes garantías y ante juez legal competente<sup>93</sup>.

Por lo demás, este Reglamento, en su título V diseñaba el ámbito competencial del Tribunal Supremo, completándose su estructura por un nuevo *Reglamento*, de contenido orgánico que fue aprobado por Real Decreto del 17 de octubre de 1835<sup>94</sup>.

Tras la derogación del Estatuto, y tras un período transitorio de vigencia de la Constitución de 1812 y vigente la nueva Constitución de 18 de junio de 1837 que como la de 1812 abogaba por la unidad de códigos y por la adopción del principio de legalidad aplicado al derecho penal, se implantó en todo el territorio nacional una nueva planta judicial, en cuya cabeza se sitúa el Tribunal Supremo.

<sup>92</sup> En este sentido, MORENO PASTOR, *Los orígenes del Tribunal Supremo...*, op. cit., p. 166.

<sup>93</sup> LASSO GAITE. «Aportación a la historia del Tribunal Supremo», *RGLJ*. Diciembre de 1969 (6), pp. 572 y ss.

<sup>94</sup> Este Reglamento del Tribunal Supremo fue obra del Ministro de Justicia Gómez Becerra. Este Reglamento es una copia casi literal del que fue aprobado por Decreto de 13 de marzo de 1814. *Colección legislativa*, parte 1.ª, tomo V (1842), pp. 56 y ss.

A la vista de la parquedad de la regulación de la justicia que ofrece el nuevo texto constitucional<sup>95</sup>, el ministerio de Gracia y Justicia, a petición de las Cortes y del propio Tribunal Supremo, se vio obligado a declarar subsistentes los artículos 242 a 308 de aquel título, por decreto de 16 de septiembre de 1837<sup>96</sup>, forzando la cohabitación entre un planteamiento progresista y liberal según se contempla en el texto doceañista, y más matizado en la propia Constitución de 1837 y un Reglamento para la administración de justicia, aun vigente, de carácter moderado, como era el de 26 de septiembre de 1835<sup>97</sup>.

En esta situación de contradicción, se daba la paradoja además de que a falta de un nuevo derecho penal sustantivo, los juzgados y tribunales habrían de dictar sus resoluciones con arreglo al derecho penal del Antiguo Régimen. Y a falta de un nuevo derecho procesal, debían arreglar sus actuaciones al procedimiento criminal propio del Antiguo Régimen. Difícil situación que no vino sino a agudizar aun más los problemas de una administración de justicia aquejada también de la crisis política reinante, en momentos de revolución y reacción que se sucedían sin solución de continuidad. La administración de justicia, en tal estado, aparecía afectada por su falta de independencia y por la movilidad de los jueces, sometidos a la autoridad de los gobiernos de turno, al menos hasta la profesionalización de su función gracias a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 que establece un proceso selectivo de oposición que garantizaba una cierta idoneidad de los aspirantes y una cierta independencia del poder político. A ello hay que añadir la escasez de medios humanos y materiales, por la falta de una asignación económica ajustada a sus necesidades, en un momento en el que la mayor parte del presupuesto del Estado se destinaba al mantenimiento de las tropas que combatían en los distintos frentes de las guerras carlistas.

Como contrapartida a una situación que generaba inseguridad y falta de confianza en el sistema judicial, y no poca incomodidad a los profesionales que impartían justicia y a los ciudadanos que la padecían, la puesta en vigencia de ese título V del texto doceañista atemperó sobremanera el rigor de las normas penales y procesales del Antiguo Régimen, vigentes en este momento a falta de un nuevo código. Gracias a ello, inmediatamente se ordenó la supresión de los apremios (artículo 303, de la Constitución de 1812); se dispuso la mejora de las condiciones de los presos en las cárceles y presidios (artículo 297); se suprimió la pena de confiscación de bienes (artículo 304), que se ratificó en la nueva Constitución de 1837 (artículo 10); y se dejó sin efecto la trascendentalidad de la pena a la familia del que la sufre (artículo 305). Medidas todas ellas que fueron jalonando el camino hacia la instauración de una nueva legislación penal y procesal que alcanzará su máxima expresión a partir de la promulgación del Código penal de 1848.

<sup>95</sup> La nueva Constitución destina su Título X a la regulación *Del Poder Judicial*, más que de la administración de justicia, en apenas seis artículos, del 63 al 68, en los que de un modo lacónico se hace declaración de la inamovilidad judicial e independencia de los jueces, de la publicidad del procedimiento penal, de la responsabilidad de los jueces, etc.; y en un artículo adicional, se refiere al jurado que se establecerá por ley para toda clase de delitos.

<sup>96</sup> *Colección Legislativa. Parte primera*. Tomo V (1842). Decreto de 16 de septiembre de 1837. p. 429.

<sup>97</sup> Así lo entiende J. SAINZ GUERRA. *La administración de justicia en España...*, op. cit., p. 85.

En ese contexto de cambios y adaptaciones, el máximo tribunal del Estado, el Tribunal Supremo, debía de haber asumido un decisivo protagonismo, como le hubiera correspondido como máximo órgano judicial del Estado que debe velar por la aplicación uniforme del derecho vigente. Y así lo hizo, respecto de la jurisdicción civil, gracias al decreto de 4 de noviembre de 1838, que asigna al Tribunal Supremo el carácter de órgano de control de la actuación jurisdiccional de los tribunales inferiores, mediante la introducción del recurso de nulidad, paso previo al que posteriormente se creará como recurso de casación<sup>98</sup>. Pero lamentablemente esa alta función de control no afectó al ámbito penal, con lo que se privó a esa jurisdicción del beneficio, innegable, de la uniformidad de su jurisprudencia, razón por la cual en esos momentos no se logró superar lo que Herzog describe como «la incertidumbre del derecho legal español»<sup>99</sup> en la que de lleno estaba instalada la legislación penal y el sistema judicial penal<sup>100</sup>.

Pese a la importancia de ese decreto de 1838 de cara a la unificación de la jurisprudencia el sistema quedaba, pues, incompleto al no extenderse a los fallos en los demás ámbitos jurisdiccionales: en el ámbito penal, el logro de ese objetivo se alcanzará con la ley provisional que acompaña a la promulgación del Código criminal moderado de 1848, dictada con el designio de facilitar su aplicación ante la falta de una ley procesal penal; y al ámbito contencioso-administrativo llegó por medio de la *Ley de Organización y atribuciones de los Consejos provinciales*, de 2 de abril de 1845 (art. 16), desarrollada en su *Reglamento sobre el modo de proceder los Consejos provinciales como tribunales administrativos y de su régimen interior*, de 1 de octubre de 1845<sup>101</sup>.

## 6. EL DERECHO PENAL A TRAVÉS DE LOS DOCUMENTOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO

Pese a no ser abundante la documentación de aplicación del derecho que se conserva en los años que median entre los dos códigos penales, con la información

---

<sup>98</sup> *Colección legislativa de España*, tomo VI (1842), pp. 391-394. Referencia al recurso de nulidad se incluía ya en el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835 (art. 90, 5), y en el art. 261 de la Constitución de Cádiz, sin alcanzar su desarrollo en el período de su vigencia.

<sup>99</sup> J. B. HERZOG. *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne*. Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Toulouse. Études de Droit Privé Espagnol. VI. Toulouse, 1942, p. 70.

<sup>100</sup> Como se ha dicho el artículo 6.º del decreto de 4 de noviembre de 1838, deja fuera del ámbito de aplicación del recurso de nulidad las causas criminales, los pleitos posesorios y los ejecutivos. A su vez este decreto introduce el deber de exponer los fundamentos legales de la sentencia que declara haber o no lugar a la nulidad instada (art. 17), y la obligatoriedad de publicar los fallos relativos a los recursos de nulidad (art. 23), en ambos casos en el ámbito civil. *Loc. cit.*

<sup>101</sup> T. RAMÓN FERNÁNDEZ/J. ALFONSO SANTAMARÍA. *Legislación administrativa española del siglo XIX, op. cit.*, pp. 153 y ss. Posteriormente un Decreto de 4 de junio de 1847 (Gaceta de 8 de mayo de 1852, en la que se publica una circular como recordatorio de su cumplimiento) imponía a los jueces de primera instancia y a las Audiencias el deber de fundar los fallos en que se declaren competentes en las cuestiones de competencia con la administración para que pueda formarse una *razonada jurisprudencia*.

existente hay datos suficientes para avanzar una serie de consideraciones sobre la actuación de los tribunales en el orden penal durante esos años de carencia de ley codificada. Acudiendo a estas fuentes, se aprecia la utilidad de los documentos judiciales para comprobar el grado y modo de aplicación del derecho penal vigente en el período estudiado, así como para valorar el alcance y los efectos de las reformas introducidas tanto en el ámbito del derecho penal, como en el ámbito del derecho procesal, tanto sustantivo como orgánico. Basta con una primera aproximación a esa documentación para apreciar la lentitud con que las reformas se van incorporando a la práctica de los juzgados y tribunales y el recelo y cuando no la resistencia que se aprecia en alguno de los sectores profesionales implicados.

El siglo XIX es el siglo de las reformas, que afectan también y aun más, al sistema judicial, cuyos tribunales y juzgados adoptan una nueva planta al compás de los sucesivos textos legales y constitucionales. Así, en el periodo que media entre 1822 y 1848 asumieron la competencia jurisdiccional distintos tribunales, según los diferentes momentos políticos. Entre 1823 y 1834, las Chancillerías de Valladolid y Granada continuaron desarrollando su labor como los más altos tribunales de justicia, y sólo supeditados al Consejo de Castilla, en un sistema judicial que es continuidad del propio del Antiguo Régimen. Y a partir de 1834, las distintas Audiencias Territoriales, en sus salas de lo criminal, asumieron esas competencias supeditadas al tribunal de la más alta jerarquía, el Tribunal Supremo de Justicia. Ahora bien, las Salas de lo Criminal de las Chancillerías y pese al real decreto de 12 de marzo de 1836<sup>102</sup> que decretaba su supresión y el reparto de sus asuntos entre las salas de la nueva Audiencia Territorial, continuaron desarrollando su labor hasta que recayó la última sentencia en las causas en estado de tramitación ante estos tribunales. En la Chancillería vallisoletana, según el libro de señalamientos, su Sala de lo Criminal continuó la tramitación de sus causas al menos hasta 1839<sup>103</sup>.

Los fondos documentales de unos y otros tribunales han sufrido distinta suerte. Si bien se conserva en buena medida la documentación judicial de las Chancillerías hasta su momento final de actuación, no sucede lo mismo respecto de la documentación penal generada por las nuevas Audiencias, cuyos fondos referidos al ámbito cronológico de este trabajo, sufrieron sistemáticos expurgos en momentos distintos, como se infiere ante la parquedad de información que ofrece la consulta de la base documental del archivo de la Chancillería vallisoletana. Y respecto de la documentación del Tribunal Supremo apenas se conservan testimonios aislados en distintos archivos, para el periodo que aquí se estudia.

En tal situación pueden avanzarse algunas consideraciones sobre la labor de jueces y tribunales en la aplicación del derecho penal en el periodo estudiado, y siempre con una cierta cautela puesto que la información documental que se posee ni es completa, ni abarca la actuación de todos los órganos jurisdiccionales. Además, los primeros repertorios de jurisprudencia criminal que podrían aportar una información complementaria, se dan a la imprenta a partir

<sup>102</sup> *Colección legislativa*. Tomo IV (1842), pp. 205 y ss.

<sup>103</sup> Libro de señalamientos de pleitos de la Sala del Crimen. *A.Ch.V. Justicia Contemporánea*. Libro 768. Comprende los señalamientos del período 1836-1839.



de 1871<sup>104</sup>, recogiendo una documentación judicial que corresponde a un ámbito cronológico posterior del contemplado en este trabajo.

En el Archivo de la Chancillería de Valladolid existe una muestra suficiente de documentación penal procedente de la actuación de este tribunal hasta su desaparición, al final de la década de 1830. A la vista de las causas que se conservan, pueden deducirse algunas consideraciones que nos permitirán formar opinión sobre el estado de la legislación penal. Y valga como primera consideración la conclusión a la que se llega tras rastrear un buen número de causas correspondientes a delitos cometidos a partir del 1.º de enero de 1823, en el ámbito de actuación de este tribunal vallisoletano: la escasa incidencia en este tribunal de la vigencia del nuevo Código penal de 1822, cuya aplicación pasó prácticamente inadvertida tanto a lo largo de la tramitación procesal de las causas, como en sus resoluciones, quizás porque no hubiera tiempo suficiente para la completa sustanciación de los asuntos en el escaso lapso de tiempo que media entre su vigencia y su derogación<sup>105</sup>. Sirva como excepción una sentencia que aplica el nuevo Código penal al resolver una causa de desafección al gobierno liberal. La resolución de fecha 13 de febrero de 1823 fue dictada por el Juez de primera instancia de la villa de Puebla de Sanabria, y resultó confirmada por otra de la Chancillería de Valladolid de fecha 22 de abril de 1825<sup>106</sup>.

Mientras tanto, y en todo este amplio período que llega hasta la promulgación del Código de 1848 las sentencias en materia criminal dictadas por este

<sup>104</sup> J. M. PANTOJA. *Jurisprudencia criminal. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos de casación... desde la instalación de sus Salas segunda y tercera en 1870...* Biblioteca Jurídica de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1871. Antes de esta fecha, en el *Boletín de Jurisprudencia y Legislación* fundado por J. Francisco Pacheco en 1836 se insertan reseñas de sentencias penales dictadas en aquellas causas que tuvieron una cierta relevancia pública.

<sup>105</sup> A esta conclusión se llega tras la consulta de más de una veintena de causas sustanciadas por el tribunal de la Chancillería de Valladolid al tiempo de la vigencia del Código, y en los años inmediatos, referidas a delitos de homicidio, injurias, estupro, violación, amancebamiento, robo y delitos políticos. Podría explicar esta circunstancia que los asuntos ingresados en este tribunal a partir de la fecha de vigencia del Código procedentes de los tribunales inferiores siguieran su tramitación con arreglo al derecho vigente en el momento de cometerse el delito, sin que cupiera la aplicación de excepción alguna al principio de irretroactividad, al impedirlo la determinante redacción del artículo 3.º del Código: «A ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración». Además, aun suponiendo hipotéticamente la vigencia del nuevo Código a partir del 1.º de enero de 1823, el día 22 de abril de 1823 la Real Chancillería suspendió toda actividad «con motivo de haberse evacuado esta ciudad por las autoridades constitucionales e igualmente la Audiencia a resultas de la próxima entrada de las tropas leales de S.M. y del Ejército aliado francés...». Esta circunstancia determinó que fuera escaso el tiempo para completar la tramitación de una causa con arreglo al nuevo Código. Véase el elocuente testimonio del escribano Liébana Mancebo, que da fe del cierre de la Chancillería y del abandono de la ciudad por parte del personal a cargo del tribunal. *A.Ch.V. Pleitos criminales*. Caja 53,4.

<sup>106</sup> *A.Ch.V. Pleitos criminales*. Caja 458, 2. La sentencia de instancia con la expresa referencia al nuevo Código penal, se incorpora en los folios 47-49. Además de esta sentencia, E. de BENTO cita un dictamen del promotor fiscal en una causa por un delito de malos tratamientos que expresamente invoca un artículo (el 571) del nuevo Código. *Cfr.*: «Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código penal...», *loc. cit.*, p. 65.

tribunal mantienen el mismo estilo forense que las dictadas a lo largo del Antiguo Régimen, sin que se perciban cambios sustanciales de técnica procesal: son sentencias breves, a veces lacónicas, sin responder a la estructura diferenciada de hechos probados y derecho aplicable, y por tanto carentes de referencia al texto legal concreto en que se funda la condena o la absolución<sup>107</sup>, y sin una expresa motivación que ponga de manifiesto cuál ha sido el iter lógico que ha llevado al juzgador a la formación de su criterio sobre los hechos sometidos a su consideración, y el derecho que resulta de aplicación.

La parquedad de las resoluciones judiciales, con escasísimas excepciones, contrasta con la amplitud y profundidad tanto de los dictámenes fiscales como de las alegaciones jurídicas que presentan por escrito los letrados de las partes enfrentadas<sup>108</sup>. La conservación de unos y otros documentos, gracias a que aparecen cosidos a los autos, aportan información en derecho sobre los asuntos sometidos a la consideración del juzgador, pero no suplen la falta de fundamentación de sus sentencias, con lo que carecemos de datos para conocer el razonamiento interno de las resoluciones dictadas por jueces y tribunales en aplicación del derecho penal vigente.

Ello no es óbice para apreciar en las sentencias la frecuencia con que el juzgador acude al arbitrio judicial lo que permitió una atenuación o agravación de las condenas, según las circunstancias concurrentes en cada causa, y según los distintos momentos políticos. Lo que no resulta tan claro es determinar cuándo el juzgador hizo buen uso de ese recurso, con el designio último de lograr una cierta aproximación al principio de proporcionalidad entre delito y pena; y cuando, en sentido contrario, recurrió al arbitrio para acentuar la gravedad de la condena en aras de una supuesta ejemplaridad de la misma. Los dos modos de actuación, igualmente válidos y conformes a derecho (al derecho, por supuesto, del Antiguo Régimen, pero a la sazón vigente) quedarían en todo caso amparados bajo la amplitud del arbitrio judicial y por la no exigencia de motivación de sus resoluciones.

Por otra parte, la consulta de este tipo de sentencias permite corroborar que efectivamente, tras aplicar en ellas el arbitrio judicial, las resoluciones dictadas por los jueces de instancia adolecen por lo general de una cierta benignidad en sus fallos, que en ocasiones resulta corregida o ponderada en las sentencias de apela-

---

<sup>107</sup> En alguna causa aparece referencia al texto legal, no en el cuerpo de la sentencia, sino en el informe o dictamen del promotor fiscal por el que se procede a calificar los hechos delictivos. Así se aprecia en una causa por heridas y amancebamiento, en la que el fiscal pide pena de garrote en base a lo previsto en Novísima Recopilación (ley III, tít. XXI, lib. XII). *A.Ch.V.*, Pleitos Criminales. Escribanía Granado (Olv). Caja 1074.10.

<sup>108</sup> M. SERNA VALLEJO ha destacado la importancia de las alegaciones en derecho, dando lugar a un género de literatura forense de perfiles propios. Redactadas por los letrados a favor de las partes, se configuran «*como el último acto procesal previo al pronunciamiento de la sentencia*». «El régimen legal de las alegaciones jurídicas en la Corona de Castilla y en los Reinos de Navarra y de la Corona de Aragón en la Baja Edad Media y en Época Moderna», en *Ius Fugit*, 17 (2011-2012), (en imprenta); del mismo modo, Santos M. CORONAS GONZÁLEZ. «Alegaciones e informaciones en Derecho (porrones) en la Castilla del Antiguo Régimen», en *AHDE*, 73 (2003), pp. 165-192.

ción dictadas por los tribunales superiores<sup>109</sup>. Con menor frecuencia y siempre de modo excepcional, la sentencia de instancia fue rebajada en su gravedad, o revocada en alguno de sus pronunciamientos por la dictada en la apelación<sup>110</sup>, si bien en su gran mayoría las sentencias de instancia resultan confirmadas por el tribunal superior ante el que se planteaba el correspondiente recurso, mediante una fórmula de estilo convencional en la justicia del Antiguo Régimen, que en no pocas causas podría encubrir la incuria o la desidia de la Sala que habría de pronunciar el fallo: «*Vistos estos autos por los señores Gobernador y Alcaldes del Crimen de esta Real Chancillería dijeron se confirma con costas la sentencia dictada por el juez...*», sin mayores pronunciamientos respecto del fondo de la cuestión litigiosa.<sup>111</sup>

<sup>109</sup> La corrección decretada por la Chancillería solía suponer un aumento de la cuantía de las penas de instancia, pero sin llegar a la atrocidad de las condenas que podrían corresponder de aplicarse literalmente los textos legales vigentes. Sirva de ejemplo la causa seguida por la Chancillería por un delito de homicidio por arma de fuego, cometido en Espinosa de los Monteros. La sentencia de instancia de 11 de junio de 1829 condenó al autor a cinco años de presidio, y la Chancillería, rebajando la petición fiscal de ocho años de presidio en África, condenó a seis años en el mismo presidio, con costas e indemnización a los herederos del muerto con cien ducados. *A.Ch.V. Pleitos Criminales. Escribanía López Julián (F). Caja 1398, 10.*

En una causa por estupro, violación, y promesa incumplida de matrimonio, una sentencia de instancia de 1 de diciembre de 1826, pese a considerar al acusado de «adulterino» por su conducta, y apercibirle por ello, sin embargo decretó su absolución de los cargos imputados. Recoge el pronunciamiento una amonestación con apercibimiento a los padres de la víctima del estupro y violación, «que por su naturaleza son custodios de la pureza de costumbres de sus hijos...». La Chancillería debió entender, aunque no se indica, que había mediado engaño en la reiterada seducción, con promesa incumplida de matrimonio y enmendó el fallo de instancia el 28 de noviembre de 1827, revocando aquella sentencia y condenando al acusado de delito de estupro, ya viudo, a casarse con la víctima, y al pago de todos los gastos del parto, posparto y costas. *A.Ch.V. Pleitos Criminales. Escribanía Alonso de Liébana (F). Caja 470.3.*

En términos similares se dictó sentencia en otra causa de estupro resuelta en instancia con la absolución, por no haber probado la denunciante «*la pureza y moral conducta de su vida y costumbres...*», en un caso típico de quiebra del principio de la carga de la prueba que se admitía como consustancial al derecho procesal no codificado. La sentencia de instancia de 2 de noviembre de 1824, fue íntegramente revocada por la Sala de los Alcaldes de la Chancillería, el 4 de agosto de 1825, condenando al acusado «al reconocimiento de la criatura que dio a la luz Florentina Fernández, y en todas las costas, y a la satisfacción de los gastos de lactancia y a que se encargue de su manutención y educación, poniéndose la correspondiente nota en la partida de bautismo». *A.Ch.V. Pleitos Criminales. Escribanía Granado (F). Caja 1022.1*

<sup>110</sup> *A.Ch.V. Pleitos Criminales. Escribanía Granado (Olv). Caja 1074.10.* En esta causa la sentencia de instancia condena a pena de garrote a la mujer y al amante que intentó dar muerte al marido. El perdón del ofendido, tras reanudar la vida conyugal con la esposa arrepentida, redujo la pena, según petición fiscal basada en Novísima (ley 6, tít. 4, lib. 1), a ocho años de reclusión en galeras para los acusados.

<sup>111</sup> De esta manera, desdeñosa y fría, se confirmaba la sentencia del juez de Ciudad Rodrigo que condenó al autor de un estupro violento a una niña de seis años a tan sólo dos años de trabajos públicos en el presidio correccional de Zamora, con destierro de cuatro años y costas. *A.Ch.V. Pleitos criminales. Caja 53,4.*

En una causa criminal formada contra Manuel González Manzano (a) «Pereto», por haber dado muerte en la noche del 13 al 14 de marzo de 1836 a una mujer y a su hijo de seis años y herido a otro de catorce en Parada de Rubiales (Salamanca), el juez de instancia dictó sentencia en 21 de marzo de 1840. Teniendo presentes los escritos de defensa pública y particular (dictamen fiscal y alegaciones jurídicas del letrado acusador), condenó al acusado a la pena de garrote vil, y a que una vez cortada su cabeza por el ejecutor de la justicia, se expusiera públicamente a la salida

Del mismo modo, la consulta de la documentación judicial obrante en el Archivo del tribunal de la Chancillería vallisoletana ha resultado útil para conocer qué delitos y con qué frecuencia se cometían en aquella sociedad, máxime cuando hasta 1859 no aparecen las primeras estadísticas oficiales de criminalidad.<sup>112</sup>

Para ello, hemos recurrido al libro de señalamientos de las causas criminales de los años 1836-1839, incidiendo especialmente en el primer año de ese período, al ser especialmente significativo desde el punto de vista político en tanto marca el momento de transición entre el Estatuto Real y la nueva Constitución de 1837, y que en el ámbito judicial supuso el inicio de importantes cambios en la planta judicial.

El libro de señalamientos registra un total de 274 vistas criminales para el año 1836. Pero ese número de vistas, que no parece elevado en una sociedad conflictiva, no corresponde al total de los asuntos criminales que fueron conocidos por los distintos tribunales en ese año, puesto que simultáneamente actuaba la recién creada Audiencia Territorial en su Sala de lo Criminal, con competencia sobre aquellos delitos cometidos después de su puesta en funcionamiento.

A la vista de la información que proporciona el libro, no resulta sorprendente que el mayor número de causas se refiera a delitos de robo, en sus distintas modalidades, de los que el registro de señalamientos aporta un total de 90 causas; le sigue en índice de criminalidad los delitos políticos, con un total de 58 causas<sup>113</sup>; los delitos de lesiones por golpes, o malos tratamientos con 39 causas; los delitos de homicidio, incluyendo en grado de tentativa, con 18 causas; los delitos contra la honestidad (incesto, estupro, violación), con 7 causas; por desacato o desobediencia a la autoridad, o a la justicia, con un total de 13 causas; por expresiones injuriosas contra particulares, calificadas de graves, se registran 12 causas; y por último, por delitos relacionados con la fuga o acogida de presos, se reseñan 12 causas.

Lejos de la fría valoración de unos datos que pueden tenerse como indicativos de la conflictividad que existe en la sociedad, llama la atención el elevado número de causas incoadas por delitos políticos, que tiene en parte su justificación en los momentos de convulsión política que vive la sociedad española de esos años, y en el contexto bélico de la primera Guerra carlista. Por el contrario, no deja de sorprender el bajo número de delitos contra la honestidad; en este

---

del pueblo, «en el sitio más eminente». Recurrída la sentencia en apelación ante la Audiencia Territorial de Valladolid, el 18 de abril de 1840 se dictó nueva sentencia que confirmaba la del inferior, pero revocaba «la parte relativa al espectáculo aflictivo que quiso darse con su cabeza expuesta a un pueblo que tiene sensibilidad y virtudes...». Se hace reseña de la misma, en la Crónica judicial del *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, 3, loc. cit., pp. 139 y ss.

<sup>112</sup> Las primeras estadísticas de criminalidad en España recogen datos sólo a partir de la segunda mitad del siglo XIX, a partir de 1859. Véase E. MARTÍNEZ RUIZ. *La delincuencia contemporánea. Introducción a la delincuencia isabelina*. Granada, Universidad (Colección monográfica núm. 78), 1982. Además, A. SERRANO GÓMEZ. «La delincuencia en el periodo isabelino», en *España en la época de la Fundación de la Guardia Civil*, loc. cit., pp. 211-240.

<sup>113</sup> Incluyendo en este tipo genérico las causas por expresiones subversivas (30); causas por desafección al actual Gobierno (7); causas por excesos e infidencias políticas (7); causas incoadas por la unión a facciones no gubernamentales (4); otras de conspiración y rebelión (7); y otras como «socorro pecuniario al ex-Infante D. Carlos», y reuniones sospechosas (3).

caso los datos no evidencian la gravedad de este tipo de delitos de comisión frecuente en la sociedad, pero ocultos en una sociedad que conserva viejos prejuicios, y que opta por tapar la deshonra de la familia con un perdón forzado o consentido, mediando o no compensación económica<sup>114</sup>, lo que conllevaba, salvo oposición del promotor fiscal, el sobreseimiento de la causa en la instancia, sin dejar rastro en instancias judiciales superiores. Menos llamativos son los demás datos, que muestran un reparto más o menos previsible entre las distintas categorías de delitos.

De la consulta de toda esa documentación se desprende una nueva conclusión que lleva a plantearnos otras cuestiones de más calado político que jurídico: el uso del derecho penal y de la justicia con fines distintos a los que persigue en sí la propia justicia. El derecho penal en estos años convulsos de la historia de España se utiliza más como instrumento que como fin. Y así se aprecia cuando se usa el derecho penal-político, como arma de unos contra otros; sólo de este modo se explica que los delitos políticos proliferen en tiempo de cambio, en el tránsito de un modelo político a otro, circunstancia tan frecuente a lo largo del siglo. Lo mismo ocurre con la justicia, que no se libra de su sumisión a la política hasta al menos la ley de 1870 que consagra formalmente la independencia y la inamovilidad de los jueces. Las reformas que se introducen en uno u otro campo persiguen no tanto garantizar el orden y la seguridad jurídica, cuanto garantizar los derechos de una determinada clase social y política, interesada en que nada cambie, o cuando finalmente se decide el cambio, que éste se produzca en la dirección que no altere su *status* en la sociedad que dominan. El ejemplo más claro se extrae de los dos códigos que sirven de excusa de inicio y de término de este trabajo: tanto el Código de 1822, como el de 1848 (y aun más el de 1850) nacen para consolidar una estructura de poder *ad hoc* promovida por la burguesía liberal y para fortalecer sendos regímenes políticos, cada uno a su estilo. La diferencia es que el Código del trienio lo hace desde el liberalismo originario; mientras que el Código isabelino, responde al más puro doctrinarismo.

Y por último, de la consulta de toda esta documentación judicial se desprende que los males de la justicia del Antiguo Régimen, debidos en buena parte a la vigencia de un derecho penal de difícil aplicación, se reiteran en estos años de carencia de código, sin que las tímidas reformas introducidas modifiquen en mayor medida la caracterización que aquel sistema judicial ha merecido, más allá de una tenue humanización en la aplicación práctica de aquel derecho, y de un mayor garantismo procesal. La promulgación de un nuevo Código penal en 1848 cambiará, lenta y parsimoniosamente, pero indefectiblemente, el rumbo de la situación, al tiempo que el principio de legalidad aplicado al derecho penal se inserta en el sistema, como garantía del propio sistema.

---

<sup>114</sup> El perdón de la parte ofendida en una violación de «una doncella» de trece años, otorgado «con el noble objeto de sepultar en el olvido para siempre una causa tan indecorosa y horrible...», determinó el sobreseimiento de la causa en la instancia por sentencia de 21 de diciembre de 1827. Recurrída la sentencia por el promotor fiscal, la Chancillería revocó la sentencia y condenó al autor a tres años de trabajos públicos y a las costas. *A.Ch.* V. Pleitos criminales. Caja 237, 3.

## 7. EL CÓDIGO PENAL DE 1848 PONE FIN A LA INCERTIDUMBRE: DEL ARBITRIO JUDICIAL AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL

Bajo vigencia de la Constitución de 1845, el Código vino a nacer en medio de una situación política delicada, con los ecos de la revolución del 48 de fondo. Sólo así se justifica la dureza y la ejemplaridad de alguna de las penas que contempla. Ahora bien, el nuevo sistema, como nacido de un régimen constitucional que le sirve de presupuesto, se somete al principio de legalidad de la ley penal, un principio que obliga también al poder ejecutivo y que abrió el camino al destierro de aquellas prácticas que en materia criminal tenían acomodo, hasta entonces, en un derecho sustantivo y procesal propio del Antiguo Régimen. Y junto a él no faltan los principios de proporcionalidad y de irretroactividad de la ley penal por los que tanto abogaron los reformistas ilustrados, y que ahora oportunamente rescatan los miembros de la Comisión redactora del nuevo Código.

En este escenario que propicia el nuevo Código, la vigencia del principio de legalidad cambia también el signo del sistema judicial, al asumir los jueces y tribunales un nuevo papel: el juzgador deja de ser la figura clave del sistema judicial, como lo fue en tiempo de vacío de código, para dar paso a la ley que se erige en el principio rector del nuevo sistema. El juez ahora aplica la ley, y su labor queda sometida bajo ese principio inspirador de todo el sistema. Al respecto, Bravo Lira ha manifestado que el juez, en este nuevo contexto, y frente al juez formado e inmerso en el sistema del derecho común, *«no declara el derecho... se limita a aplicar la ley a los casos particulares, es decir (a) subsumirlos bajo una ley general...»*<sup>115</sup>.

Siendo así, como efectivamente lo fue, esta consideración no excluye, a partir de la promulgación del Código, la aportación de la jurisprudencia, y del más alto de los tribunales, el Tribunal Supremo, en el logro de las aspiraciones compartidas por los pensadores y juristas del siglo XIX, en relación a la unidad e igualdad en la aplicación de las leyes penales, una faceta más del principio de unidad e igualdad que se postula en los distintos códigos constitucionales de ese siglo.

Y a modo de garantía de ese principio de legalidad que se instaura en el nuevo sistema normativo y judicial, se limita, sin desaparecer, el arbitrio judicial; se introduce el deber de motivación de las sentencias penales; se ordena la publicación de las sentencias que resuelven el recurso de nulidad, y se abre el proceso penal a la revisión de sus sentencias por parte del Tribunal Supremo. Todo un abanico de medidas que van situando al derecho penal de mediado el siglo en la senda de la modernidad constitucional. Analicemos las cuestiones principales que de ellas se derivan, en cuanto contribuyeron a fijar el principio de legalidad y en su consecuencia, al logro de los objetivos propuestos de seguridad jurídica y de superación del caos legislativo.

La promulgación del nuevo Código puso fin a la incertidumbre que se arrastraba desde la derogación del Código penal de 1822. Y contribuyó a forta-

<sup>115</sup> B. BRAVO LIRA, «Judex, minister aequitatis». *AHDE*, 61 (1991), p. 161-162.

lecer la estructura del poder político encargado constitucionalmente de salvaguardar el orden legalmente constituido. En este contexto, la desconfianza hacia el poder judicial pudo ser la causa de la reducción del arbitrio judicial mediante un mayor control de la actuación de los jueces, y de su sujeción bajo el principio de la legalidad. En esa tarea hubo de buscarse el auxilio necesario en los códigos de fuera, ante la falta de recursos en la legislación propia: y el Código brasileño de 1830, del que el principal autor del Código español, Seijas Lozano, ensalza sus virtudes y reconoce sus méritos por sintetizar «la legislación más adelantada»<sup>116</sup>, fue el modelo seguido, para hacer valer «la exigencia de la legalidad sobre la necesidad del arbitrio judicial, lo que quedó reflejado en un complejo de reglas de aplicación de las penas que limitaba estrechamente la actividad del juez en la determinación de la pena»<sup>117</sup>. La puesta en práctica de lo que se ha llamado métrica penal no es más que un instrumento de contrapeso, que inclina la balanza de la justicia a favor de la ley, del legislador, y no a favor de la subjetividad del juez, en cuya función debe limitarse a aplicar el derecho sujetándose a un conjunto de reglas que encauzan sus decisiones judiciales.

Ahora bien, el arbitrio judicial, en la parte que de positivo tiene, como facultad del juzgador de ajustar la pena a la gravedad del delito, mediante el recurso que se reserva el juzgador a apreciar a su criterio la concurrencia de agravantes o atenuantes «en circunstancias de igual entidad y analogía» que cita el legislador en una prolija relación<sup>118</sup>, se mantiene de alguna forma en el nuevo Código, «con suficiente ensanche para aplicar la justicia y la equidad...»<sup>119</sup>. Pero como bien matiza Masferrer, con una función y un contenido que sigue su andadura (ahora constitucional) por «derroteros muy distintos» a los que caracterizaron su paso por el Antiguo Régimen<sup>120</sup>. Es obvio que ahora el legislador somete ese criterio del juzgador a un estrecho margen encuadrado en el ineludible respeto del principio de la legalidad que se regula en el artículo 2 del Código, en consonancia con el artículo 9 de la Constitución de 1845: «No serán castigados otros actos y omisiones que los que la ley, con anterioridad, haya calificado de delitos o faltas». La diferencia entre el arbitrio judicial del viejo y del nuevo régimen radica en que aquel no estaba sujeto a regla alguna, mientras que éste estaba reglado y sometido al principio de legalidad.

<sup>116</sup> Además refiere su perfección en la parte artística; su precisión y claridad en su redacción; y su exactitud en la graduación de las penas. Pese a todo, la Comisión dice, no pudo aceptarle, en tanto propende «a la impunidad» de determinados delitos. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Serie histórica, núm. 79. Sesión de 10 de marzo de 1848, p. 1715. Sobre este autor, véase A. MARTÍNEZ DHIER, *Manuel de Seijas (Hernández) Lozano. Precursor de la codificación en España*. Córdoba, 2009.

<sup>117</sup> IÑESTA PASTOR, *El Código penal español...*, op. cit., p. 595.

<sup>118</sup> Los artículos 9,8 y el 10,23 del Código penal de 1848, se refieren a la apreciación del juzgador de circunstancias atenuantes o agravantes que sean análogas a las que minuciosamente describe uno y otro artículo.

<sup>119</sup> Como reza una real orden de 16 de abril de 1851 que fija las reglas que deben adoptar los tribunales para la presentación de observaciones sobre la reforma definitiva del Código. *A.Ch.V. Justicia Contemporánea*. Libro 769.

<sup>120</sup> MASFERRER DOMINGO, *Tradición y reformismo...*, op. cit., p. 63.

Entendido así el arbitrio, dentro de la ley, y no al margen de ella, continuó siendo un instrumento útil, puesto por el legislador al servicio del juzgador y de la justicia; como del mismo modo fue el otro instrumento, la métrica penal, que pudo venir en auxilio de las propias garantías penales y de la salvaguarda de los derechos individuales<sup>121</sup>, en definitiva de la aplicación del principio de la legalidad.

Ahora bien, comoquiera que la inserción en el sistema de la métrica penal pudo generar problemas en su aplicación, a partir de la publicación del Código se dieron a la imprenta un sinnúmero de libros, manuales o estudios que pretendieron aclarar las dudas y superar la confusión mediante la publicación de cuadros sinópticos o explicativos del contenido del nuevo Código, o recurriendo al modelo de preguntas y respuestas con una finalidad eminentemente didáctica. Nació así un nuevo género de literatura jurídica, de menor calidad técnica que los *comentarios*<sup>122</sup>, pero dotados de los ingredientes propios de cualquier obra práctica que contribuye a superar las dificultades de interpretación y aplicación del nuevo derecho. Por ello, este tipo de obras alcanzó una enorme difusión, tanto entre los profesionales del derecho, como entre los estudiantes en las Facultades de Derecho<sup>123</sup>.

No menor importancia tuvo la introducción del deber de motivación de las sentencias penales, por medio de la regla 1.<sup>a</sup> de la ley provisional prescribiendo reglas para la aplicación de las disposiciones del Código penal, con las adiciones decretadas en 22 de septiembre de 1848. Si antes del nuevo Código la falta de motivación era el mejor caldo de cultivo para el arbitrio judicial, ahora la adopción de la motivación venía a ser el necesario elemento para su limitación, por lo que su aprobación no planteó ningún tipo de oposición a su paso por las Cortes. Es más, la expresiva opinión manifestada por el ministro de Gracia y Justicia en el Congreso («nadie podrá negar el bien que ha de resultar de que se funden las sentencias que se den»)<sup>124</sup>, fue secundada por otros diputados intervinientes en el debate, tanto de los miembros de la Comisión de Codificación (Seijas Lozano) como de diputados ajenos a la misma (Gómez de la Serna, Laborda, Alonso, Pidal, Nocedal, etc.), sin plantearse objeción de entidad alguna.

Y así quedó formalizada la introducción en nuestro sistema del deber de motivación de las sentencias penales, por medio de una ley provisional que acompaña al Código y que dejaba en plena vigencia el sistema procesal no codificado, siempre que no se opusiera a una de las diez reglas que en ella se

<sup>121</sup> IÑESTA PASTOR. *El código penal español...*, op. cit., p. 595.

<sup>122</sup> En este género, en el que no abundan las aportaciones sobre el Código, siguen siendo referencia dos obras: la de J. VICENTE Y CARAVANTES. *Código penal reformado, comentado novísimamente, precedido de una breve reseña histórica del derecho penal de España y seguido de tablas sinópticas*. Madrid, 1851; y la de J. F. PACHECO. *El Código penal, concordado y comentado*, en tres volúmenes. Op. cit.

<sup>123</sup> Entre otras pudieran servir de ejemplo J. A. ELÍAS. *Tablas sinópticas, o sea aplicación práctica del Código penal de 1850*. Madrid, 1850; o la obra de P. CARRILLO Y SÁNCHEZ. *Código penal de España, refundido por la nueva ley de 30 de junio de este año y dispuesto en forma de diálogo*. Madrid, 1850. En este género, de superior calidad a las anteriores, J. DE CASTRO Y OROZCO y M. ORTIZ DE ZÚÑIGA. *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones...* 3 volúmenes. Granada, 1848.

<sup>124</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Serie histórica, núm. 80. Sesión de 11 de marzo de 1848, p. 1726.



contemplaba; y precisamente en la primera, se disponía: «*Los tribunales y jueces fundarán las sentencias definitivas, exponiendo clara y concisamente el hecho y citando el artículo o artículos del Código penal en que se haga aplicación*», una redacción que de modo literal se reitera en la regla 44 de la ley provisional que acompaña a la publicación del nuevo Código penal de 1850.<sup>125</sup>

La introducción del deber de motivar las sentencias había sido una aspiración sentida desde los primeros momentos del liberalismo, como modo de garantizar el principio de seguridad jurídica y de superar, en su consecuencia, la amplia discrecionalidad que asistía a los jueces al dictar sus resoluciones, en aras del principio de legalidad aplicado a la ley penal<sup>126</sup>. Se plantea como una medida más frente a los recelos hacia el sistema judicial: con la motivación los jueces habrían de exponer públicamente los argumentos que en un razonamiento lógico, y tras la ponderación detenida de las pruebas practicadas, conducían a la condena o absolución del acusado. La motivación de las sentencias se convirtió en otro de los elementos clave de la nueva situación, cuyo objetivo fue «permitir la comprobación de que la sentencia, en efecto, no se ha salido del margen de actuación concedido al juez...»<sup>127</sup>.

Pese a ello, el primer código penal constitucional, el Código de 1822, no incluía ninguna obligación de motivar las resoluciones judiciales, y ni tan siquiera esta novedad en el sistema judicial se planteó en el debate del articulado del texto, a su paso por las Cortes. Tampoco se reguló más tarde, ni en los años de gobierno absoluto del rey Fernando VII<sup>128</sup>, ni después de su muerte en el Reglamento provisional de 1835 que pretendió reformar la administración de justicia desde posiciones moderadas. Intentos posteriores tampoco prosperaron, como fue el proyecto de motivación de sentencias presentado por un senador, Mauricio Carlos Onís, en la sesión de la Cámara alta de 12 de julio de 1841<sup>129</sup>.

Hubo que esperar a la promulgación de la ley provisional citada para la introducción del deber de motivación de las resoluciones en materia criminal. Y a partir de esa fecha, las sentencias de los jueces penales debían de constar de una suficiente fundamentación, lo que facilitaba la contradicción de la misma en un eventual

<sup>125</sup> Pueden consultarse tanto el texto de los Códigos penales de 1848 y 1850, como ambas leyes provisionales en J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, et aliter. *Códigos penales españoles (1822, 1848, 1850, 1870, 1928, 1932, 1944)*. Recopilación y concordancias. Madrid, 1987.

<sup>126</sup> Según ÁLVAREZ CORA «la medida de la motivación de la sentencia no iba acompañada de una reforma completa del enjuiciamiento –todavía regido por reglas no codificadas– pero sí de pautas técnicas que evitaban la discrecionalidad judicial propia de tiempos modernos». «La evolución del enjuiciamiento en el siglo XIX», en *AHDE*, 82 (2012), p. 86.

<sup>127</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ. *La Codificación penal en España...*, op. cit., p.30, citando a A. NIETO. *El arbitrio judicial*. Barcelona, 2000, p. 139.

<sup>128</sup> La excepción fue la ley de enjuiciamiento mercantil para asuntos de comercio, aunque la inclusión en este ámbito del deber de motivación fue limitado: obligó a los jueces de la primera instancia razonar sus fallos, pero no a las audiencias que resolvían los recursos de alzada, ni tampoco al Consejo de Castilla que fallaba los de injusticia notoria. Posteriormente el real decreto de 12 de enero de 1859 dispuso que tanto las Audiencias como el Tribunal Supremo razonasen las sentencias mercantiles. Empezó así a gestarse una jurisprudencia uniforme. Véase, M. ORTIZ DE ZÚÑIGA. «Fundamentación de las sentencias», en *RG LJ*. 29 (1866), pp. 114 y ss.

<sup>129</sup> De él da sucinta información SAINZ GUERRA. *La Administración de justicia...*, op. cit., p. 135.

recurso ante un tribunal superior, todo ello en aras del logro de la uniformización de la jurisprudencia como base de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

La obligación de la motivación se reiteró en la ley que acompaña a la publicación del nuevo Código de 1850, en su regla 44; de nuevo se contempla en la ley provisional de Organización de los tribunales, que se adelantó a la ley provisional de Enjuiciamiento criminal de 22 de diciembre de 1872, que disponía en su artículo 87,4 que las sentencias habrían de contener los fundamentos de la calificación legal de los hechos que se hubieran estimado probados, con citación de las disposiciones legales que se consideren aplicables. La distinción entre los hechos, y el derecho aplicable obedecía a la propia técnica del recurso de casación penal<sup>130</sup>, que no entraba a valorar los hechos ya probados y sí sólo el derecho cuya aplicación hubiera sido infringida por la sentencia. Finalmente la ley rituaría en materia penal de 14 de septiembre de 1882 elevó a definitivo el deber de fundamentación de las resoluciones en materia penal (artículo 142).

Si la idea de fundar las sentencias se asociaba a los nuevos principios de orden, seguridad, publicidad y competencia de los jueces, frente a ello no faltaron resistencias a la introducción de una medida tan saludable en todo estado de derecho, planteadas por los jueces y por los profesionales en cuanto podría suponer una mayor dilación en el despacho de los asuntos<sup>131</sup>.

Aun así fue la vía que permitió crear una jurisprudencia que paulatinamente se fue imponiendo sobre las decisiones de todos los juzgados y tribunales, con el designio de extender un mismo estilo en la interpretación de la nueva ley penal. Con la paulatina uniformación de la jurisprudencia se fue logrando la aplicación del principio de igualdad de la ley penal gracias a la labor homogeneizadora del Tribunal Supremo al extenderse el sistema de la casación también al ámbito penal.

Y como complemento de la motivación de las sentencias se dispuso igualmente la publicación de las resoluciones dictadas en casación por la sala de lo penal del Tribunal Supremo, en la Gaceta de Madrid y en la Colección legislativa. La publicidad facilita el conocimiento de las sentencias, y favorece la formación de una jurisprudencia penal uniforme en todo el territorio del Estado.

JUAN BARÓ PAZOS

---

<sup>130</sup> Introducido en la también Ley Provisional de Organización de los Tribunales de 15 de septiembre de 1870 (arts. 279 y 280), al tiempo que reiteraba (art. 669,3) el deber de fundamentación de las sentencias penales.

<sup>131</sup> Castro y Orozco, y Ortiz de Zúñiga abogaron para «que la expedición de los asuntos no se retrase» por el «uso de la mayor concisión, sin perjuicio de la claridad», y por la cita «sólo de los artículos que sean prudentemente necesarios». *Código penal explicado...*, *op. cit.*, p. 291.