

GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL EN LOS ORÍGENES DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL: TRADICIÓN E INFLUENCIAS EXTRANJERAS

GUARANTEES IN CRIMINAL PROCEEDINGS AT THE BEGINNING OF SPANISH CONSTITUTIONALISM: TRADITION AND FOREIGN INFLUENCES

ANICETO MASFERRER
Universidad de Valencia

ISABEL RAMOS VÁZQUEZ
Universidad de Jaén

Resumen: Más allá de lo que ha venido afirmando la historiografía tradicional, no todas las garantías del proceso penal procedieron del pensamiento racionalista liberal en los orígenes del constitucionalismo español. Hubo también influencias significativas del derecho propio o romano, y otras influencias extranjeras que merecen ser analizadas en este trabajo desde una perspectiva comparada.

Palabras clave: garantías judiciales; derechos procesales; proceso penal; constitucionalismo liberal; España.

Abstract: Despite what is affirmed by classical historiography, not all guarantees in criminal proceedings came from liberal rationalist thought at the beginning of Spanish constitutionalism. There were also important influences from traditional or Roman law, and other foreign influences that deserve to be analyzed in this work in comparative perspective.

Keywords: judicial guarantees; procedural rights; criminal proceedings; liberal constitutionalism; Spain.

1. INTRODUCCIÓN

El tránsito del Derecho del siglo XVIII al XIX constituye uno de los periodos más complejos de comprender y de describir, tanto en España como en todo Occidente. Las revoluciones de Norte América (1776) y Francia (1789) dieron lugar a la aparición de un nuevo marco político, el liberal o constitucional, que propició una transformación jurídica, una renovación del Derecho que, según el parecer de algunos estudiosos, supuso una ruptura con el existente hasta entonces¹.

En España resulta bastante extendida la idea de que, tanto el movimiento codificador como la Codificación de las distintas ramas del Derecho, fueron primordialmente deudoras del modelo francés, así como de otros Códigos extranjeros que los redactores de nuestros Códigos pudieron manejar y tuvieron a la vista al preparar los textos que serían enviados al legislador para su discusión y, en su caso, aprobación.

Esa idea aparece clara en el *Manual de Historia del Derecho español I* (Origen y evolución del Derecho), de Alfonso García-Gallo, quien, después de tratar de «la plenitud del Derecho nacional» (Edad Moderna, 1474-1808), en cuyo periodo apenas existía el concepto de «nación», define o caracteriza la época contemporánea como «la desnacionalización del Derecho español» (desde 1808). Y esa desnacionalización se debió, según él, no sólo a la «desnacionalización cultural» sino, sobre todo, a «la imitación del Derecho extranjero»:

Las novedades que se introdujeron o pretendieron introducir en el Derecho vigente, no suponían la reforma más o menos radical de éste; sino su sustitución por otro nuevo. Este, en los más exaltados, era una creación puramente racional que se basaba en las lucubraciones doctrinales de los filósofos franceses del siglo XVIII o en los sistemas de ciertos pensadores extranjeros del XIX. Pero, por lo común, los innovadores trataron de imitar y copiar –más que de buscar inspiración o información– el Derecho de aquellos países que a sus ojos iban a la cabeza del progreso. Durante el siglo XIX el Derecho francés fue el modelo preferido por todos en sus diversos aspectos. En menor medida y especialmente en materias penales, se acudió también el Derecho italiano; y en algún aspecto político, al inglés. Más tarde, ya en el siglo XX, se operó un cambio radical de orientación, abandonándose los modelos anteriores para buscar nuevas inspiraciones en el Derecho alemán. Finalmente, bajo la segunda República, los sectores extremistas trataron de imitar en algunos aspectos el Derecho comunista ruso. Con todo ello, el Derecho romano, que durante tantos siglos había sido fuente de inspiración de los juristas, perdió casi todo interés para éstos y su cultivo cayó en España en la mayor postración².

1 El presente estudio ha sido llevado a cabo en el marco del Proyecto «Tradiciones e influencias extranjeras en la Codificación penal española: contribución de la jurisprudencia en la evolución de la Parte Especial (1870-1995)» (PID2019-105871GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

2 GARCÍA-GALLO, A. *Manual de Historia del Derecho español I*. Origen y evolución del Derecho. Madrid, 1984, p. 123; como se verá, también SÁNCHEZ, Galo. *Curso de Historia del Derecho*. Valladolid, 1980, emplea la expresión «Derecho nacional» al tratar del período decimonónico (sección VII, pp. 175-180); una expresión similar –aunque no idéntica– emplea IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino. *La creación del Derecho*. Una historia de la formación de un

Esta caracterización general del ordenamiento jurídico decimonónico español como «desnacionalización» no le impidió reconocer que «el Proyecto de Código civil de 1851 pretendió introducir múltiples novedades, apartándose del Derecho tradicional y siguiendo al francés y otros; pero por eso mismo fue desechado. En cambio, el Código de 1888-1889 se mantuvo más fiel al antiguo Derecho, cuando menos en lo fundamental»³.

Por su parte, Galo Sánchez caracterizó ese mismo periodo con la expresión contraria, la del «Derecho nacional», resaltando «la indole nacional de las leyes, dadas ahora para todo el país español», si bien reconoce que «la influencia del Derecho francés se observa no sólo en cuanto al contenido jurídico, sino también en la técnica de la legislación y en las características que ésta presenta respecto al ámbito de su aplicación y a su espíritu uniformista y centralista»⁴. La «nacionalización» del Derecho suponía también el final de la vigencia de un Derecho supranacional que rigió en todo el Continente europeo, el *ius commune*. Con la promulgación de los Códigos, el Derecho romano-canónico perdía definitivamente su fuerza vinculante tras más de seis siglos de protagonismo legal, doctrinal y jurisprudencial⁵. Ese *ius commune*, de origen supranacional, no resultaba compatible con una concepción «nacional» del Derecho. Con la promulgación de los Códigos, las Cortes liberales lograron lo que los monarcas absolutos jamás alcanzaron, esto es, la definitiva supresión del *ius commune* como fuente normativa y aplicable en la práctica forense. Atrás quedaba la encendida controversia entre el Derecho real/nacional y el *ius commune*, propia del Siglo de las Luces⁶.

Tanto García-Gallo como Galo Sánchez llevaban parte de razón, y sus caracterizaciones resultan coherentes con sus diversos enfoques. Sin embargo, caracterizar o calificar la evolución del Derecho decimonónico con las categorías «nacionalización» o «desnacionalización» no logra describir la riqueza y complejidad de la misma realidad histórica. Y es que, a decir verdad, ni la «nacionalización» significó el final del influjo del *ius commune*, ni la «desnacionalización» supuso necesariamente renunciar a la propia tradición jurídica. En este sentido, conviene recordar que la Codificación, si bien puso punto final a la vigencia legal del *ius commune*, recogió buena parte de ese legado en sus preceptos, contribuyendo enormemente

derecho estatal español. Barcelona, 1992, II, Lección XXV («La creación del Derecho en el Estado nacional»), pp. 383-418.

3 GARCÍA-GALLO, A. *Manual de Historia del Derecho español I*. Origen y evolución del Derecho. Madrid, 1984, p. 128.

4 SÁNCHEZ, Galo. *Curso de Historia del Derecho*. Valladolid, 1980, p. 175.

5 A ese respecto, véase, por ejemplo, MASFERRER, A.; OBARRIO MORENO, J. A. *La formación del Derecho foral valenciano*. Contribución al estudio de las tradiciones jurídicas hispánicas en el marco del *ius commune*. Madrid: Dykinson, 2012.

6 En torno a esta cuestión, véase el estudio de quien probablemente fuera el primero en explorar esta cuestión, a saber: RIAZA, R. El Derecho romano y el Derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 12, pp. 104-124, 1929; casi medio siglo después, volvieron sobre lo mismo, aunque centrándose más en la institución universitaria, ÁLVAREZ DE MORALES, A. *La Ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*. Madrid, 1971; PESET, M.; PESET, J. L. *La Universidad española (siglos XVIII-XIX)*. Despotismo ilustrado y Renovación liberal. Madrid, 1974; PESET, M. Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII. *AHDE*, 45, pp. 273-339, 1975; para una panorámica general sobre la literatura jurídica del siglo XVIII, véanse los estudios de CORONAS GONZÁLEZ, S. M. La literatura jurídica española del siglo XVIII. In: ALVARADO, J. (ed.). *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*. Madrid, 2000. pp. 527-574; y El pensamiento jurídico de la Ilustración en España. In: MONTAGUT, T. de (ed.). *Història del pensament jurídic*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 1999.

a su consagración y afianzamiento. La Codificación fue el producto final del tratamiento científico de unas fuentes (romano-canónicas) que, aunque en el siglo XVIII carecieran del prestigio de que habían gozado antaño, constituyeron la base sobre la cual se construyó el nuevo edificio, cuyo andamiaje (nociones, categorías y principios) era menos novedoso de lo que en ocasiones la historiografía ha dado a entender⁷. En esta línea, si bien cabe dar por buena la expresión «nacionalización» para referirse a que la vigencia del Derecho sólo podía provenir de su aprobación por el conjunto de la Nación, representada en las Cortes, y que, en consecuencia, el *ius commune* perdió su vigencia legal o fuerza vinculante, no sería acertado, sin embargo, pasar por alto que los Códigos, en la medida en que consagraron las nociones, categorías y principios de la tradición del *ius commune*, eran portadores de un Derecho que era «supranacional» y, al mismo tiempo –en cuanto integrado en la tradición del *ius proprium*–, «nacional».

Carecería de sentido, por tanto, sostener que cualquier influencia o elemento proveniente de modelos extranjeros supuso una «desnacionalización» del Derecho. Habría que indagar, en cada caso concreto, si una supuesta influencia extranjera pudiera proceder más del desarrollo doctrinal de categorías y principios del *ius commune*, integrados en la tradición del *ius proprium* de diversos territorios españoles, que de un auténtico trasplante o adopción de una institución ajena a la propia tradición peninsular. En este sentido, habría que estudiar en qué medida podría defenderse que, pese a la similitud y literalidad de los artículos relativos a obligaciones y contratos entre el Código civil francés y el español (así como el italiano, entre otros), esos preceptos no supusieron tanto una “desnacionalización” del Derecho español como una consagración de una tradición jurídica multiseccular, merced a las aportaciones doctrinales de los juristas Jean Domat (s. XVII) y Robert-Joseph Pothier (s. XVIII).

Así las cosas, describir el Derecho decimonónico como «nacionalización» o «desnacionalización», perdiendo de vista que los Códigos fueron el producto final de una ciencia jurídica supranacional, y que consagraron nociones, categorías, principios e instituciones cuya vigencia fue supranacional y, al mismo tiempo –tras integrarse en los *iura propria*–, autóctona o nacional, resulta ambiguo y erróneo. Sólo el reconocimiento de la estrecha conexión entre los Códigos y la ciencia del *ius commune* confiere a las expresiones «nacionalización» y «desnacionalización» su verdadero alcance y significado, matizando o relativizando su sentido más literal⁸.

Quizá es precisamente la escasa y pobre ciencia jurídica española del siglo XVIII la que más ha contribuido tanto a perder de vista la estrecha conexión entre los Códigos y la propia tradición (incluyendo tanto el *ius commune* como los *iura propria*), como a sobrevalo-

7 Sobre este punto –y con respecto al Derecho y ciencia penales–, véase MASFERRER, A. *Tradición y reformismo en la Codificación penal española*. Hacia el ocaso de un mito. Materiales, apuntes y reflexiones para un nuevo enfoque metodológico e historiográfico del movimiento codificador penal europeo. Prólogo de J. Sainz Guerra. Universidad de Jaén, 2003; del mismo autor, *La ciencia del Derecho penal en la Codificación decimonónica. Una aproximación panorámica a su contenido y rasgos fundamentales*. In: *Estudios de Historia de las ciencias criminales en España*. Madrid: Dykinson, 2007. pp. 273-349; Codification of Spanish Criminal Law in the Nineteenth Century. A Comparative Legal History Approach. *Journal of Comparative Law*, v. 4, n. 1, pp. 96-139, 2009.

8 Al respecto, véase MASFERRER, A. Codification as Nationalization or Denationalization of Law: The Spanish Case in Comparative Perspective. *Comparative Legal History*, 4.2, pp. 100-130, 2016.

rar la influencia de los modelos extranjeros en el proceso codificador español. En efecto, la ciencia jurídica española de los siglos XVIII y buena parte del XIX fue tan pobre que –como bien expresó García-Gallo– «la nueva literatura se desligó totalmente de la tradición»⁹. Ese «desligamiento» entre la nueva doctrina y la tradición, que refleja la literatura española de los siglos XVIII y XIX –a diferencia de la francesa, alemana o italiana–, no sólo ha dificultado conocer el peso que tuvo la tradición en el nuevo Derecho codificado, sino que además ha proporcionado, como lógica consecuencia, un cuadro más bien genérico, tópico y sombrío con respecto al verdadero alcance de las influencias extranjeras de los distintos Códigos españoles.

Tanto la Ilustración como el movimiento codificador tuvieron un alcance supranacional o europeo. En Europa, Francia fue el primer país que llevó a cabo, a principios del siglo XIX, la Codificación de todo su ordenamiento jurídico. En efecto, la Codificación napoleónica constituyó el primer triunfo de la moderna técnica codificadora. Napoleón logró promulgar en pocos años la práctica totalidad del ordenamiento jurídico francés (Código civil, 1804; Código procesal civil, 1806; Código mercantil, 1807; Código procesal penal, 1808; Código penal, 1810), y sus Códigos se erigieron en el primer y principal modelo de la tradición continental europea.

Algunos países optaron –bien por razón de conquista (o dominio político) bien por mera persuasión– por la completa adopción de alguno de los Códigos napoleónicos. Otros, como es el caso de España –así como Holanda, Italia, Rumanía o Portugal–, redactaron sus Códigos inspirándose en ellos en mayor o menor medida¹⁰. La completa o parcial adopción literal de un Código resulta fácilmente detectable, pero el análisis del concreto alcance de la inspiración de un Código (el francés) sobre otro (por ejemplo, el español) no resulta tan sencillo.

Al analizar el alcance de la influencia francesa en el movimiento codificador español es necesario distinguir tres ámbitos distintos: 1) la inspiración proveniente de la misma idea moderna de Código, ámbito en el que los Códigos franceses gozaron de una autoridad indiscutible e indiscutida hasta la mitad del siglo XIX; 2) la inspiración de tipo formal o estructural, que pudo ser seguida con mayor o menor medida por los demás Códigos europeos (entre ellos, el español); y 3) la influencia propiamente sustantiva, que permite descubrir en qué medida las nociones, principios e instituciones de los Códigos españoles fueron inspiradas por las del modelo francés, y si éstas constituían un legado autóctono (o más propiamente francés) o el producto de la evolución de unas instituciones procedentes de la tradición ante-

9 «El olvido en que durante el siglo XVIII había ido cayendo la ciencia jurídica española de la época clásica, se hizo ahora total. En las obras de nuestros juristas del siglo XIX constituyen rarísima excepción las citas de aquella. La nueva literatura jurídica se desligó totalmente de la tradición» (GARCÍA-GALLO, A. *Manual de Historia del Derecho español I*. Origen y evolución del Derecho. Madrid, 1984, p. 129).

10 Sobre la expansión territorial del Código civil francés por conquista, persuasión o inspiración, véase LIMPENS, Jean. Territorial Expansion of the Code. In: SCHWARTZ, Bernard (ed.). *The Code of Napoleon and the Common-Law World*. New York University Press, 1956 (The Lawbook Exchange, LTD, 1998), pp. 92-109; y quizá lo mismo cabría decir con respecto a los demás códigos (procesales, mercantil y penal).

rior, es decir, del *ius commune*, de alcance supranacional, dotado de vigencia e integrado en los *iura propria* de diversos territorios europeos¹¹.

El constitucionalismo no queda al margen de esa discusión historiográfica, no sólo por el común contexto cronológico, sino por el hecho de que una Constitución, el texto «más político de los documentos jurídicos y el más jurídico de los documentos políticos»¹²-, no deja de ser un Código de leyes políticas. Y también ahí Francia constituyó un referente, junto con Gran Bretaña y Estados Unidos, de las modernas constituciones. En este sentido, cabe plantearse en qué medida los textos constitucionales europeos recibieron el influjo de los textos políticos promulgados a lo largo de los tres convulsos lustros que siguieron a la Revolución francesa, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) hasta la Constitución del Primer Imperio (1804), pasando por las Constituciones de 1791, 1793 (que no llegó a estar en vigor), 1795, 1799 y 1802.

En este debate sobre las influencias extranjeras en las constituciones patrias, participó hace ya algún tiempo el malogrado profesor Tomás y Valiente, que dedicó gran parte de su obra a reescribir la historia del constitucionalismo español, poniendo un especial interés en la que fuera nuestra primera Constitución española de 1812. Lo que había cautivado su atención de tan paradigmático momento histórico fue, según él mismo manifestara en más de una ocasión, la multiplicidad y complejidad de las ideas que defendieron nuestros primeros constituyentes, que en ocasiones se confundían y amalgamaban en los discursos parlamentarios, pudiendo atribuirse indistintamente a un pensamiento de estricto corte absolutista o de impecable factura liberal, o a una concreta influencia patria o extranjera¹³.

Preocupado, sobre todo, por buscar la procedencia de las ideas filosóficas y los principios jurídicos y políticos que permitieron el tránsito del Antiguo Régimen al nuevo régimen constitucional, su labor sirvió fundamentalmente para poner en duda muchos de los tópicos o los mitos que hasta entonces se habían barajado en la construcción del constitucionalismo español. Ni toda influencia fue extranjera, aprendida de la revolución francesa o del utilitarismo estadounidense o inglés¹⁴, ni se puede establecer una identificación exacta entre

11 Al respecto, véase MASFERRER, A. «The Napoleonic Code pénal and the Codification of Criminal Law in Spain». In: ABOUCAYA, Chantal; MARTINAGE, Renée (coord.). *Le Code Pénal. Les Métamorphoses d'un Modèle 1810-2010. Actes du colloque international Lille/Ghent, 16-18 décembre 2010*. Lille: Centre d'Histoire Judiciaire, 2012. pp. 65-98.

12 ROMANO, Andrea. «Cádiz en Italia. La recepción de la Constitución de Cádiz en Italia y la Revolución Piamontesa». In: *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*. Madrid: Espasa Libros, 2011, tomo III. pp. 459-472, p. 458.

13 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. «Dos libros para una misma historia». *AHDE*, 63-64, pp. 1255-1267, 1993-1994; «La Constitución de 1789 y la historia del constitucionalismo español». *AHDE*, 50, 1980; *Códigos y Constituciones (1808-1978)*. Madrid: Alianza, 1989; *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Génesis de la Constitución de 1812. *AHDE*, 55, pp. 13-125, 1995; o *Constitución: Escritos de introducción histórica*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

14 FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. «La influencia de Francia en los orígenes del constitucionalismo español». *Forum Historiae Iuris*, 2005; AYMES, Jean René. «Le débat idéologique-historiographique autor des origines françaises du libéralisme espagnol: Cortès de Cadix et Constitución de 1812». *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 4, 2003; CORONAS GONZÁLEZ, Santos. «La recepción del modelo constitucional inglés como defensa de la Constitución histórica propia, 1761-1810». In: ROMANO, Andrea (ed.). *Il modello costituzionale inglese e la sua ricezione nell'area mediterranea*. Milano: A Giuffrè, 1998. pp. 615-643; o el epílogo de CLAVERO, Bartolomé. «Cádiz en España: signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano». In: GARRIGA, Carlos; LORENTE,

el liberalismo iusracionalista y el primer constitucionalismo español, o constitucionalismo de Cádiz, que gran parte de la historiografía convirtió en términos equiparables e incluso intercambiables¹⁵.

Frente a la historiografía tradicional que quiso hacer de la Constitución de Cádiz un símbolo rupturista o una «subversión total» con respecto al pasado, de enorme modernidad y avanzada a su tiempo, se viene posicionando recientemente otro sector de la doctrina, siguiendo la estela que iniciara el maestro Tomás y Valiente; y a esa misma labor pretende contribuir el presente trabajo, cuyo objeto de conocimiento son precisamente los elementos e influencias que vinieron a parar, en concreto, en el reconocimiento de los derechos o garantías jurisdiccionales recogidas en el capítulo III del título V de la Constitución española de 1812, bajo el título *De la Administración de Justicia en lo criminal*¹⁶.

En el capítulo III del título V de la Constitución se plasmaron antiguos anhelos y propuestas que venían persiguiéndose ya desde los siglos XVI y XVII por algunos de los principales representantes del humanismo jurídico, y sobre todo muchos de los principios jurídicos que ya fueron defendidos por el iluminismo y el utilitarismo del siglo XVIII¹⁷. Algunos, incluso, tenían antecedentes inmediatos en la legislación histórica castellana y de otros reinos peninsulares, con una evidente influencia del *ius commune*¹⁸. Pero no todo fue heredado. Pues si bien a estos materiales se añadieron nuevas ideas de la más pura adscripción humanitaria liberal, otros recibieron una nueva justificación o argumentación jurídica a partir del individualismo o humanitarismo liberal, convirtiéndose en puntos programáticos del programa revolucionario e inspirándose en algunos de los principales modelos constitucionales ya promulgados en el extranjero.

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL ESPAÑOL

La justicia penal en el Antiguo Régimen era, en palabras de Foucault, «como un aspecto del derecho del soberano a hacer la guerra a sus enemigos»¹⁹. La idea de dominación del monarca a través de la detención, el procesamiento y el castigo, se había visto especialmente arropada por los atributos del Despotismo, convirtiendo tanto el proceso como el derecho

Marta. *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. pp. 447-526.

15 Es el caso de la obra de conjunto *Antiguo Régimen y liberalismo. Homenaje a Miguel Artola*. Madrid: Alianza, 1994-1995, o de MORENO ALONSO, Manuel. *La forja del liberalismo en España: los amigos españoles de Lord Holland, 1793-1840*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1997, y *Las Cortes de Cádiz*. Málaga: Sarriá, 2001.

16 Sobre esta cuestión, véase también el reciente trabajo de ALONSO ROMERO, María Paz. *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

17 ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio. «La crítica de los ilustrados a la Administración de Justicia del Antiguo Régimen». *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Madrid, 1993.

18 ÁLVAREZ ALONSO, Clara. «La legitimación del sistema. Legisladores, jueces y juristas en España (1810-1870)». *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 4, junio 2003. Sobre la legitimación historicista de la Constitución de 1812 por sus propios artífices, atiéndase también a la obra del diputado liberal Francisco Martínez Marina, sobre la que se pronunció de manera detallada TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Martínez Marina, historiador del Derecho*. Discurso. Madrid: Real Academia de la Historia, 1991.

19 FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Madrid: La Piqueta, 1992, p. 53.

penal del siglo XVIII en un espectáculo del terror, especialmente arbitrario, severo, cruel, inflexible y sangriento.

En la práctica forense, esta idea se traducían en procesos penales caracterizados por la inseguridad jurídica y la presunción de culpabilidad, en el que el reo permanecía encerrado largo tiempo en condiciones insalubres y sin garantías jurídicas, sometándose a toda clase de apremios y a la tortura como prueba de los delitos más cualificados, para ser condenado finalmente a penas entre las que predominaban las corporales (especialmente la de muerte, pero también mutilaciones y azotes), que se imponían a un extendidísimo elenco de crímenes de distinta gravedad. Las penas corporales solían ir acompañadas de frecuentes confiscaciones de bienes y otras penas infamantes o vergonzantes, que trascendían a la familia del delincuente, y se ejecutaban además a través de un ritual especialmente cruento sobre cadavres levantados en las plazas públicas, para que sirvieran de espectáculo del poder, al mismo tiempo que de ejemplo para el pueblo o catarsis colectiva.

La supresión de tales espectáculos del terror con la aprobación de los primeros derechos o garantías jurisdiccionales en España, se ha atribuido tradicionalmente a los liberales que aprobaron la Constitución de 1812, donde estos derechos se positivaron a comienzos del nuevo régimen liberal, aunque como veremos más abajo tenía raíces mucho más profundas. Las Cortes de Cádiz ofrecieron simplemente la coyuntura más propicia y el momento idóneo para su recuperación y constitucionalización.

2.1 *El Reglamento para causas criminales (1811)*

En las Cortes de Cádiz, ciertamente, los temas relativos a la Administración de justicia criminal gozarán de una «palpitante actualidad»²⁰. Ya un año antes de que se convocaran las Cortes, en 1809, la Junta de Legislación creada por la Comisión de Cortes para determinar las reformas necesarias en la legislación española, señalaba como uno de sus objetivos prioritarios la reforma de la legislación criminal²¹. Las Cortes no pudieron acometerla en su conjunto y, desafortunadamente, la composición de la Comisión que debía realizarla se hizo tan tarde, en abril de 1814, que apenas se llegó a algún resultado antes del regreso de Fernando VII. Pero algunas cuestiones del proceso penal, referidas principalmente a los derechos individuales o garantías jurídicas de los ciudadanos frente a los abusos de la Administración de justicia (aquellos derechos que en la francesa *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 se llamaron derechos «de resistencia a la opresión»), sí encontraron un previo acomodo en el texto constitucional, siguiendo la estela de las constituciones revolucionarias francesas y de los anteriores textos constitucionales británicos.

En la discusión de estos derechos o garantías individuales durante las Cortes de Cádiz, confluyeron antiguos anhelos humanitarios, defendidos desde el Absolutismo, con nuevas propuestas humanitaristas que se planteaban desde la filosofía liberal, por lo que resultan

20 Véase el prólogo de Alberto González Troyano a la obra de SALILLAS, Rafael. *En las Cortes de Cádiz* (1910). Reedit. Cádiz: Ayuntamiento de Cádiz, 2002. pp. 7-10.

21 Véanse los Acuerdos de la Junta de Legislación publicados por TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. «Génesis de la Constitución de 1812». *AHDE*, 55, 1995, p. 105.

de un singular interés²². Al debatir sobre el primer Reglamento para las causas criminales de 1811, el propio Argüelles se daba cuenta de esta discrepancia original de criterios²³, que afectaba más a la argumentación político-jurídica que al propio resultado legislativo, al reparar en las opiniones de quienes, al precederle en la palabra, seguían defendiendo que nuestros antiguos Códigos (Partidas y la Novísima Recopilación), realizados por los más sabios legisladores, contenían ya muchas de las máximas humanitarias propuestas por la Comisión para la reforma criminal. Para aquellos la reforma criminal estaba simplemente dirigida a hacer cumplir dichas leyes históricas y, en todo caso, *ordenarlas* en un nuevo código más sencillo e inteligible, compartiendo, decían, el mismo espíritu *filantrópico*²⁴ del que hacían gala los liberales.

Al parecer, muchos de aquellos diputados absolutistas no alcanzaban a entender que el cambio que se proponía no tenía su origen en la filantropía, sino que partía de raíces filosóficas más profundas y suponía una ruptura con todo lo anterior. La reforma de la Administración de justicia criminal era, a juicio de los liberales, una consecuencia ineludible de la teoría del contrato social. Partía de la defensa del individuo y sus derechos naturales, y respondía a un nuevo concepto de soberanía popular, que no sólo implicaba la defensa del principio de legalidad frente al anterior arbitrio judicial, sino también la consideración de unos nuevos principios legitimadores del poder de castigar:

La toga ni la magistratura no ponen á cubierto por sí solas á los jueces del imperio de las pasiones, del influjo de los Gobiernos, y de otros mil enemigos que tienen á cada paso su pureza y severidad. Las leyes deben protegerlos contra sus continuos embates, privándolos del arbitrio y ocasión de faltar a sus obligaciones. Entonces la confianza será recíproca, y el respeto y veneración á las leyes y a sus magistrados inseparables entre sí. Hé aquí lo que intenta establecer la comisión de Justicia con su reglamento. No nos opongamos a tan saludable medida. Las leyes no quedan derogadas; al contrario, las que protegen nuestra libertad y seguridad adquieren nuevo vigor, presentado su espíritu en breves y claros artículos²⁵.

Más allá del principio de legalidad en contra del arbitrio judicial (*«nullum crimen nulla poena sine lege»*), que finalmente logró imponerse con rango constitucional a partir de la

22 RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. «La Comisión de Justicia y el Proyecto de Reglamento para causas criminales de 1811». *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, n. 5, pp. 93-112, 2009 y «Principios procesales en la Constitución de Cádiz: “De la Administración de Justicia en lo civil y en lo criminal”». In: *Sobre un hito jurídico: la Constitución de 1812. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos*. Jaén, 2012. pp. 469-482.

23 *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias* (en adelante DSCGE), n.º 207, 26-IV-1811, p. 943.

24 Por ejemplo, en palabras del diputado Alcocer, en DSCGE, n.º 207, 26-IV-1811, p. 942: No puedo menos de aplaudir el celo y sentimiento filantrópicos de la comisión, cuando según la primera regla de derecho en nuestras Partidas, «deben los jueces ayudar á la libertad, porque es amiga de la naturaleza, que aman no solamente los hombres, sino también los animales».

25 DSCGE, n.º 207, 26-IV-1811, p. 946. De forma aún más clara sobre los principios legitimadores del poder de castigar, se pronunció en esa misma sesión el diputado Oliveros, en p. 941: «Los hombres entran en sociedad para que ésta les asegure sus derechos; estos son la seguridad de sus personas, la libertad de sus acciones y el goce de sus bienes: seguridad, libertad y propiedad».

consagración de la división de poderes, lo que los diputados liberales proponían en Cádiz era una Administración de la justicia criminal más racional y certera, basada en el principio de igualdad (aboliéndose de ella los fueros especiales²⁶), y con una serie de garantías jurídicas para los delincuentes o detenidos que era tributaria de la nueva concepción humanitaria de la penalidad²⁷.

Se podría decir, en consecuencia, que la principal aportación de las Cortes de Cádiz al derecho penal fue de origen filosófico, y tuvo una evidente adscripción con la teoría del contrato social, que modificó el fundamento del *ius puniendi* y el concepto de delito. Desde los nuevos postulados filosóficos, éste ya no podía entenderse como la trasgresión de una norma dimanada de la voluntad del rey, antiguo detentador de la soberanía, ni se subsumía en un derecho muy difuso (fundamentalmente el antiguo derecho romano-canónico) según el arbitrio de los jueces, sino que comenzaba a definirse como una acción antijurídica contraria a una ley procedente de la voluntad popular. Su sanción, por tanto, no era una obligación satisfactoria o retributiva del príncipe, sino que se vinculaba decididamente a la defensa de la seguridad, que era uno de los principios rectores del nuevo orden político²⁸.

No todos los artífices constitucionales fueron conscientes, o al menos partícipes, de dichas novedades filosóficas. Salillas utilizó la expresión «candidez doceañista», para hacer referencia, precisamente, a todos aquellos que, más allá de la filosofía liberal, utilizaron el humanismo o la filantropía para llenar sus discursos reformistas²⁹:

Señor, no puedo menos de manifestar a V. M. que mi corazón se conmueve al oír lo que pasa en el de los buenos jueces cuando tienen que condenar a un reo. Me ha parecido ver a San Francisco de Borja cuando, siendo virrey de Cataluña, al firmar una sentencia de muerte se ponía a temblar y lloraba; y preguntado una vez cómo estando en su facultad el perdonar, no lo hacía para no sufrir tales angustias, respondió: «La humanidad me arranca estas lágrimas, pero al mismo tiempo, la Justicia mueve mi mano»³⁰.

26 En este sentido, aunque es cierto que finalmente se abolió el tribunal de la Inquisición, por Decreto de 22 de enero de 1813, como mérito más sonado de las Cortes de Cádiz, y que el artículo 249 de la Constitución de 1812 proclamó el principio de unidad jurisdiccional; también lo es que en el siguiente artículo 250 garantizó la continuidad de los fueros privilegiados de la Iglesia y el Ejército, entre otras razones porque en Cádiz había 96 diputados de procedencia eclesiástica y 37 militares. Véase el capítulo titulado «Hacia la unidad jurisdiccional», de Gutmaro Gómez Bravo, *Crimen y castigo. Cárceles, justicia y violencia en la España del siglo XIX*. Madrid: Catarata, 2005. pp. 87-109.

27 Repárese, por ejemplo, en los objetivos señalados en el Dictamen de la Comisión de Justicia sobre el Reglamento para las causas criminales, en el *DSCGE*, n.º 200, 19-IV-1811, p. 894: «Derechos claros en los ciudadanos; sencillez en el curso de los pleitos; publicidad en todos los actos; leyes terminantes y aplicadas irremisiblemente por los jueces; una la jurisdicción y tribunales dedicados precisamente a la administración de justicia, sin poder entender en otra cosa, son los elementos de que debe constar este grande edificio. A la Nación toca disponer esta obra en sus Cortes, y echar los cimientos de la prosperidad de todos los españoles».

28 Véanse también, en este sentido, las consideraciones de BABIANO MORA, José; FERNÁNDEZ ASPERILLA, Ana Isabel. «Justicia y delito en el Discurso liberal de las Cortes de Cádiz». In: *Antiguo Régimen y Liberalismo*. Homenaje a Miguel Artola. Madrid: Economía y Sociedad, 1995, v. 2. pp. 387-399.

29 SALILLAS, Rafael. *En las Cortes de Cádiz* (1910). Reedit. Cádiz: Ayuntamiento de Cádiz, 2002, pp. 15-20.

30 *DSCGE*, n.º 221, 10-V-1811, p. 1053.

En cualquier caso, la nueva consideración de la justicia en clave de humanidad, compartida tanto por los absolutistas como por los liberales, permitió llegar con cierta celeridad a soluciones de consenso en temas tan importantes como la abolición de la tortura, la reforma penal y penitenciaria, y algunos aspectos notablemente injustos de la antigua penalidad, como la trascendencia de las penas.

La tortura, largamente criticada y ya apenas utilizada, fue abolida formalmente a través del Decreto de abolición de la tortura y los apremios corporales de 22 de abril de 1811, con absoluta unanimidad y conformidad de votos. No será necesario reproducir, por conocidos, los argumentos que se dieron en Cádiz en pro de su abolición, y que fueron magistralmente expresados por Argüelles en la presentación del proyecto de ley ante las Cortes³¹. Pero sí nos parece relevante destacar que sólo un diputado, de nombre Hermida, se atrevió a defender públicamente la necesidad de mantener una única manera de tortura («cuando se imponía *velut in cadavere* a los ya condenados a muerte, a fin de que declarasen los cómplices en el delito»), obteniendo el más absoluto rechazo por parte de las Cortes en general, y del diputado Argüelles en particular³².

Junto a la prueba judicial del tormento o tortura, prevista por la ley y aplicada según un procedimiento muy concreto³³, por medio de este Decreto quedó abolida también «la práctica introducida de afligir y molestar á los reos por los que ilegal, abusiva ó inhumanamente llaman apremios». Los apremios no estaban permitidos por la ley, pero sí muy extendidos en los usos judiciales y carcelarios³⁴, entendiéndose por tales tanto la utilización de instrumentos concretos para afligir al reo («esposas, perrillos y otros, cualesquiera que fuese su denominación y uso»), como cualquier otra medida dirigida a este fin, incluidas la mala comida, la falta de higiene o medidas de salubridad, y hasta la humedad, oscuridad y hediondez de los calabozos³⁵.

Fruto de este compromiso inicial, además del Decreto de abolición, fue el artículo 21 del Proyecto de Reglamento para las causas criminales, que pareciera tomado casi literalmente de aquella antigua ley de Partidas en la que se recordaba que las cárceles no son para afligir sino para custodiar al reo, y los carceleros estaban obligados a realizar dicha custodia «no lo apremiando, nin faziendo ningún mal»³⁶:

Artículo 21: Las cárceles no son para molestar a los reos, sino para su custodia; y deberán ser las más anchurosas y sanas, y con las comodidades posibles³⁷.

31 Véase la propuesta del proyecto de ley presentada por Argüelles en *DSCGE*, n.º 202, 21-IV-1811, p. 903.

32 Véase la propuesta de abolición de la tortura hecha por Argüelles el día 2 de abril, en *DSCGE*, n.º 185, 2-IV-1811, y los debates de la Comisión de Justicia en *DSCGE*, n.º 202, 21-IV-1811, pp. 901-907 y *DSCGE*, n.º 203, 22-IV-1811, pp. 903-910.

33 MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo. «La tortura judicial en la legislación española». *AHDE*, 32, 1962, y TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. «La última etapa y la abolición judicial de la tortura en España». *Anales de la Universidad de la Laguna*, 1, 1963-1964, o *La tortura en España*. Estudios históricos. Barcelona: Ariel, 1973.

34 ALONSO ROMERO, María Paz. *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca: Diputación Provincial de Salamanca, 1982, pp. 196-203.

35 Véanse en este sentido las distintas intervenciones de los diputados en *DSCGE*, n.º 185, 2-IV-1811, pp. 810-811, y n.º 202, 21-IV-1811, pp. 901-907.

36 P.7, 29, 6 y 7, donde se recoge la antigua teoría del Derecho Común reproducida en el paréntesis.

37 *DSCGE*, n.º 200, 19-IV-1811, p. 895.

En relación al estado de las cárceles y los presidios, es cierto que no hacía mucho se habían publicado la Real Ordenanza de presidios de arsenales de 1804 y el Reglamento General de los presidios peninsulares de 1807, que daban ya algunas respuestas a los problemas denunciados, aunque se encontraban en fase de ensayo cuando los acontecimientos políticos demoraron su aplicación. Además, aún quedaban por resolver muchas cuestiones relativas a la dilación de las causas judiciales y el mal estado de los presos en las cárceles, contra quienes seguían cometándose numerosos abusos.

El diputado Oliveros, que a la sazón era miembro de la Real Asociación de Caridad creada en 1799 para mejorar el estado de las prisiones y de los presos, introdujo precisamente este tema en las Cortes de Cádiz con las siguientes palabras:

Doy gracias a la Providencia que me proporciona la ocasión de denunciar a la Nación uno de los abusos más reparables. Hace años, Señor, que me he dedicado al cuidado y la educación de los infelices que gimen en ellas, y soy testigo ocular de sus penas, angustias y miserias. Lugares inmundos, oscuros y sin ventilación; estancias comunes para toda clase de reos. Allí se ve confundido al inocente con el culpado. Al que, por causas matrimoniales, por injurias de palabra o por acceso de cólera ofendió a su semejante, con el malhechor de profesión, con el asesino, el salteador, el delincuente en toda especie de iniquidades; al que por primera vez desobedeció, con el que se complace y ría el referir sus enormes atentados. Todos, Señor, bajaban en Madrid a dormir juntos a unos calabozos subterráneos; ¿y quién podrá pintar a V. M. los horrores que allí se cometían y las angustias del hombre virtuoso, que por una calumnia o equivocación se veía encerrado con semejantes criminales? La Asociación de Cárceles de Madrid propuso al Gobierno un plan de edificio con la debida separación que debía destinarse a cárcel, corrigiendo estos males, y esperaba hallar, no diré en la filantropía de los filósofos, sino en la caridad de los cristianos, medios para realizarlo.

Desde un sentimiento puramente humanitario, el señor Oliveros seguía lamentándose en su discurso de que antiguos proyectos para la enmienda del delincuente, como convertir las cárceles en «casas de corrección», no hubieran podido llevarse a la práctica, y de que, a pesar de las buenas intenciones demostradas, ni en las cárceles ni en los presidios se hubiera podido todavía implantar el sistema progresivo que se había planteado en la Ordenanza de 1804, tal y como se estaba llevando a cabo en la modélica cárcel de Filadelfia³⁸.

Es cierto que, desde que comenzaran a reunirse las Cortes gaditanas, empezaron a llover un «diluvio de recursos» sobre ciudadanos injustamente encarcelados, quejas sobre los

38 *DSCGE*, n.º 207, 26-IV-1811, pp. 941-942: «Permaneciendo las cárceles en este estado, no pueden ser casas de corrección ni destinarse a ellas ningún hombre con este objeto, como ayer se dijo. Son escuelas de vicios; allí se aprende lo que no se sabe; se oyen lecciones de pecar, se pierde el pudor y el horror que la educación ha inspirado hacia los grandes crímenes. De esta clase, Señor, son también los presidios, y creo que serán muy raros los casos en que los hombres hayan mejorado en ellos sus costumbres; aún más diré: que se hayan acostumbrado al trabajo, que es el que destierra todos los vicios. Estas Asociaciones se prometían establecer casas de corrección y con las separaciones correspondientes a las diversas clases de delincuentes, en las que por un sistema dietario y moral, a ejemplo de lo que sucede en Filadelfia, se corrigiesen las costumbres de los reos, y se pudiesen restituir a la Patria después de algún tiempo como individuos útiles los que ahora se separan o llevan al cadalso como inútiles o perjudiciales».

abusos cometidos en las cárceles y, sobre todo, «reclamaciones contra la lentitud en la administración de justicia»:

¿No se llamará esto arbitrariedad de los jueces? ¿No será injusticia, desconcierto y despotismo prender a un ciudadano, aherrojarle en una cárcel, pudrirle en ella y olvidarse el juez de formar la causa y aun de que existe semejante criatura? En Constantinopla sería insufrible un abandono igual³⁹.

Para dar respuesta a todas ellas, y considerando la cuestión uno de los asuntos más urgentes para asegurar la seguridad y felicidad pública, se creó una Comisión de Justicia, cuya principal función era investigar y resolver este tipo de reclamaciones⁴⁰. Pero la Comisión no sólo se dedicó a responder denuncias concretas, sino que elaboró y presentó también ante las Cortes, en 19 de abril de 1811, un «Proyecto de Reglamento para las causas criminales», que surgía «á consecuencia de las proposiciones hechas por el Sr. Don Agustín Argüelles sobre creación de una Junta que revea las causas criminales para que no se dilaten: por el señor D. José de Cea, sobre que los jueces funden sus sentencias: por el Sr. D. Guillermo Moragues, sobre reforma de tribunales; y teniendo presente la del Dr. D. Manuel de Llano, para establecer la ley de Habeas corpus, y varios incidentes suscitados en cuanto á la seguridad personal de los presos, y quejas de otros, que pasan de 20, sobre que se les prolonga su padecer, y se tienen sus causas sin curso»⁴¹.

No reproduciremos el Reglamento completo, de 28 artículos, pero sí aquellos artículos más significativos, además del ya reproducido artículo 21, por su evidente correspondencia con los que después formarían parte del capítulo III del título V de la Constitución⁴²:

Artículo 1. Ningún español podrá ser preso sino por delito que merezca ser castigado con penal capital, ó sea corporis afflictiva.

Artículo 2. Para poner preso á un español debe preceder una información sumaria del hecho que debe ser castigado con pena corporis afflictiva, y darse auto de prisión. El juez que proceda de otra suerte, por el mismo hecho será destituido de su empleo, á menos que el reo sea aprehendido infraganti; pero aún entonces deberá procederse á formalizar a sumaria inmediatamente.

39 *DSCGE*, n.º 187, 3-IV-1811, pp. 817-818.

40 Los días 1 y 3 de octubre, y 5 de noviembre de 1810, el diputado González pidió a las Cortes el nombramiento de la citada Comisión, respectivamente en *DSCGE*, n.º 7, 1-X-1810, pp.17-18, *DSCGE*, n.º 9, 3-X-1810, p. 21 y *DSCGE*, n.º 50, 15-XI-1810, p. 105. Sin embargo, ésta no logró ponerse en marcha hasta la proposición presentada por Argüelles el 4 de abril de 1811, en *DSCGE*, n.º 187, 4-IV-1811, p. 822: «Habiendo acreditado la experiencia que las órdenes dadas por V. M. para acelerar la finalización de las causas criminales de reos detenidos en las cárceles han sido insuficientes, y exigiendo imperiosamente la salud de la Patria que se ponga á estos males un pronto y eficaz remedio, propongo “que las Cortes nombren en su seno una comisión especial suprema de justicia, compuesta de tres individuos, que reasumiendo para solo este caso la autoridad judicial, haga dentro de un término fijo una visita de todas las causas criminales de notorio atraso, pendientes en los tribunales y juzgados civiles y militares de Cádiz y la isla de León, procediendo en ello con absoluta publicidad, y concluido su encargo, dé cuenta al Congreso en sesión pública de cuanto hubiere resultado”».

41 *DSCGE*, n.º 200, 19-IV-1811, p. 894.

42 *DSCGE*, n.º 200, 19-IV-1811, p. 895.

Artículo 3. Preso un ciudadano, y apareciendo de la causa que no puede imponerse pena corporal, se le pondrá en libertad dando fiador, aunque la pena que haya de sufrir sea de destierro; porque no presentándose a cumplir la sentencia, tiene que vivir errante, que es pena aún más dura.

(...)

Artículo 5. Ninguno podrá ser detenido preso más de veinticuatro horas sin que se le diga la causa de su prisión, que se halle justificada sumariamente, y que se le instruya del nombre de su acusador.

(...)

Artículo 7. Cualquiera persona que se halle presa sin saberse quién le prendió, por qué causa y con qué motivo, deberá ser puesta en libertad inmediatamente sin costas; y averiguado el que haya cometido este atentado, se le castigará con suspensión de su empleo por un año, y resarcimiento de daños.

(...)

Artículo 10. Nada ofende tanto a la administración de justicia en el castigo de los crímenes como las largas y supérfluas dilaciones en las causas; porque entonces una compasión mal entendida se pone entre la vindicta pública y el reo, y no se ve más que al desgraciado, particularmente si éste se halla fuera del territorio en que se cometió el delito: por esto ninguna causa criminal podrá extenderse por más tiempo que el de ciento veinte días.

(...)

Artículo 15. Todo acto del proceso ha de ser público desde la sumaria hasta la ejecución de la sentencia, incluyendo la votación, y podrán asistir las partes no sólo a ver juramentar los testigos, sino á sus declaraciones, pudiendo igualmente hacerles réplicas y repreguntas para claridad de los hechos sobre que testifican, como se acostumbraba á hacer por escrito por práctica particular en algunas provincias.

(...)

Artículo 25. Nadie podrá ser preso por deuda, aunque sea á favor del fisco, ni por las contribuciones; y estas y aquellas se exigirán de los bienes, pero sin prisión.

Fueron varios los aspectos que se debatieron sobre esta propuesta de reglamento en las sesiones preceptivas. En primer lugar, que era innecesario en su conjunto por cuanto la mayoría de sus capítulos «están expresos y terminantes en toda legislación, y que otros son expresa y claramente contrarios á las leyes del Reino recopiladas en la Novísima Recopilación».

Para muchos, los capítulos que obligaban al juez a ser prudente a la hora de dictar autos de prisión, y a los oficiales de las cárceles a ser compasivos, ya estaban reconocidos en la legislación tradicional del reino, como hemos visto bajo el segundo epígrafe. Pero a aquellos, espetaban los liberales que «si no dudamos que lo más preciso y precioso de la sociedad es la

libertad y seguridad individual, ¿qué inconveniente hay en que se completen ó reproduzcan estas mismas leyes con la mayor concisión y sencillez, de modo que (como ha dicho el Sr. Dueñas) jamás puedan abusar de ellas los jueces, conteniéndoles su despotismo á vista del conocimiento que las partes tendrán en delante de sus derechos? La claridad, Señor, es uno de los principales caracteres de las leyes justas»⁴³.

Otros de los debates abiertos a raíz del reglamento, fueron los relativos a la abolición de la prisión por deudas, que finalmente se conseguiría aprobar con rango constitucional; y la limitación de la prisión sólo a los delincuentes que merecieran pena «corporis afflictiva» tras la información sumaria, y excepcionalmente a los sorprendidos «in fraganti» (¿qué pasaría, se preguntaban muchos, con el resto de los delincuentes y los vagos o malentrenidos que asolaban las ciudades?). Las discusiones en este sentido nos dejaron, en el debate del día 12 de mayo de 1811, unas preciosas reflexiones del señor Calatrava, que resumían una vez más, de forma magistral, el ánimo que albergaba la reforma liberal:

Como hemos nacido en la opresión, las primeras ideas de libertad parece que nos deslumbran y ofenden nuestros ojos. Habitados desde nuestra niñez á ver la libertad del ciudadano hecha el juguete de la arbitrariedad, y violada continuamente la ley por una práctica corrompida, hemos llegado á consagrar los abusos y mirarlos como leyes, y creemos hoy que no pueden ser cortados de raíz sin trastornar todo el orden de las cosas. Principios erróneos nos han acostumbrado á confundir el culpado con el inocente, y á no encontrar más el inocente en aquel que una vez llega a ser preso, sin acabar de desengañarnos que ni la prisión, ni las sospechas constituyen á un hombre delincuente, sino la sentencia final de juez, con vista de las pruebas del delito, y que mientras no recaiga esta sentencia, el reo merece toda la consideración que se debe a un ciudadano⁴⁴.

Por último, es digno de destacar, por su modernidad, el debate del día 25 de abril, en torno a si la cárcel debía utilizarse o no como pena correccional, como se estaba haciendo en otros países extranjeros:

La Francia, que en su revolución trató de asegurar la libertad civil, estableció, sin embargo, las prisiones como castigo de los reos, y sus papeles están llenos de las sentencias por las cuales se destina a los franceses a cuatro o cinco años de cadenas, cuatro o cinco años de prisión, y aun podría enumerar algunos delitos que se castigan de este modo. En otras naciones sucede lo mismo, y entre nosotros están muy en uso las penas correccionales de prisión⁴⁵.

El uso correccional de la cárcel, aunque se aumentara notablemente, aún tuvo que esperar algún tiempo para encontrar su momento de eclosión. Pero otras de las cuestiones discu-

43 DSCGE, n.º 206, 25-IV-1811, pp. 928 y 931, respectivamente.

44 DSCGE, n.º 223, 12-V-1811, p. 1063.

45 DSCGE, n.º 206, 25-IV-1811, p. 930.

tidas en el Reglamento lograron reflejarse ya con toda convicción, concisión y claridad en el articulado de la Constitución de 1812.

2.2 *La Constitución de 1812*

Contando con el precedente del Reglamento para causas criminales de 1811, la aprobación del capítulo III del título V de la Constitución de 1812, bajo la rúbrica «De la administración de justicia en lo criminal», se hizo muy rápidamente; en tan sólo tres días y un alto grado de consenso. Casi todos los artículos de dicho capítulo, de los que ya se había tratado previamente en el Reglamento, se aprobaron sin debate y por unanimidad. Sólo fueron objeto de disputa algunas cuestiones incidentales, como el plazo de veinticuatro horas en el que se obligaba al juez a tomar declaración al detenido, que para el diputado Vázquez Canga era excesivamente breve (voto particular), mientras que otros centraron el debate en dilucidar si era preciso o no mantener la excepción «siempre que no haya cosa que le estorbe», para no ampliar la arbitrariedad del juez, puesto que la experiencia demostraba, «a pesar de los prevenido tan sabiamente por las leyes de Partida, cuántas arbitrariedades se comenten»⁴⁶.

También se debatió el artículo 294 de la Constitución (292 en el proyecto), pidiendo algunos diputados que se clarificase más en el texto cuándo podían hacerse los embargos de bienes, sólo «por delitos que lleven consigo responsabilidad pecuniaria», ya que este tipo de responsabilidad, si se tienen en cuenta las costas judiciales, siempre la había. La cuestión quedó zanjada por el Señor Aner, para quien era «imposible extender mejor el artículo», por cuanto el espíritu del mismo, por todos conocido, era hacer solamente embargos «en la cantidad necesaria y proporcionada al delito para que de este modo no quede su familia privada y quede asegurado el tercero»⁴⁷.

En cuanto a la obligación de dejar al reo en libertad en cualquier momento de la causa en que se demostrase que su delito no requería pena corporal, siempre que diera fianza (art. 294 del proyecto y 296 en el texto constitucional), el señor Caneja opinó que debía suprimirse la cláusula «dando fianza», puesto que el reo debería ser liberado en todo caso. A su favor, se sumó el diputado Golfín, para quien «lo que va a resultar de aquí es una grande desigualdad entre el rico y el pobre». Se replicó que, para evitar dicha desigualdad, bastaba que junto a la palabra «fianza» se añadiera la de «caución juratoria». Pero, a su vez, hubo quien esclareció que «bajo la palabra fianza se entiende siempre la caución juratoria»; y finalmente el artículo quedó aprobado conforme estaba, ya que la disputa no había afectado a cuestiones de fondo⁴⁸.

El debate más importante, en cualquier caso, fue el que se abrió tras la lectura del que sería el artículo 300 de la Constitución. Se planteaba en él que el reo debía ser informado de los nombres de los acusadores y testigos en el momento de tomarle la confesión, y varios diputados advirtieron en ello un riesgo para la administración de justicia, del que se

46 DSCGE, n.º 435, 11-XII-1811, pp. 2408-2409.

47 DSCGE, n.º 435, 11-XII-1811, p. 2409.

48 DSCGE, n.º 435, 11-XII-1811, pp. 2409-2410.

podrían derivar sobornos o amenazas para que éstos retirasen su acusación o no ratificasen las declaraciones⁴⁹.

Es cierto que en la práctica judicial del Antiguo Régimen no se facilitaban al reo esos nombres, por más que algunos diputados siguieran utilizando la justificación historicista («extraño mucho que se ponga la menor duda en la aprobación de este artículo, cuando lo que contiene es lo que constantemente dispone el derecho», decía Mendiola, y «estas prácticas no pueden haberse establecido sino por las opiniones de algunos autores, las cuales, habiéndose tenido por leyes, han contribuido á que los jueces no cumplan con su obligación», apostillaba Giraldo⁵⁰). Pero aquella realidad, a juicio de los liberales, situaba al acusado en una situación de indefensión que no se podía tolerar, puesto que «en los juicios criminales debe procederse en favor de los reos cuanto sea posible. ¿Y quien duda que el acusador tiene gran ventaja sobre el reo cuando á este se le oculta el nombre de los testigos hasta un tiempo en que puede serle inútil su conocimiento?»⁵¹.

Además, a favor de este artículo se argumentó que el conocimiento de los nombres de acusadores y testigos se realizaba sólo como último acto del sumario, es decir, una vez que ya estaban examinados los testigos y el soborno no podía tener lugar. La cuestión de la posterior ratificación sí quedaba en peligro, y hubo quien propuso suprimir esta formalidad, pero, en opinión de Argüelles «la ratificación no puede alterar de tal modo las declaraciones del sumario, que destruya el dicho de los testigos, á quienes se supone verídicos por su primera deposición. El juez no daría en todo caso crédito á un testigo que se desmintiese en plenario. La prueba quedaría como en suspenso»⁵². Notado todo lo cual, el artículo quedó aprobado.

Con ello, y tras puntualizarse que la publicidad del proceso abierta tras la confesión del reo (artículo 302 del texto constitucional) no era incompatible con un posterior desarrollo legislativo⁵³, se aprobaron con absoluta unanimidad y sin ninguna incidencia los artículos que declaraban abolidos los tormentos y apremios (en atención al Decreto de abril de 1811), y la pena de confiscación de bienes, así como cualquier otra pena trascendental (fundamentalmente de infamia). Con respecto a esta última sólo hubo que eliminar del proyecto, por ser, se dijo, una mera «exhortación doctrinal», la parte final en que se aseguraba que, aunque la pena nunca sería trascendente a la familia del delincuente, «á este no ha de haber nada que pueda ofrecerle la idea de evitarla»⁵⁴.

La supresión de las confiscaciones no requirió mayor debate por cuanto fue una de las ideas más fácilmente aprehensibles del nuevo pensamiento liberal. En pureza, ya el derecho histórico había previsto la pena, de manera muy excepcional, sólo como consecuencia de los delitos más atroces que implicaran alguna forma de traición al rey, aunque con el transcurso del tiempo la práctica la había extendido a un numeroso elenco de ilícitos siempre en

49 *DSCGE*, n.º 436, 12-XII-1811, pp. 2411-2415.

50 *DSCGE*, n.º 436, 12-XII-1811, pp. 2414 y 2413, respectivamente.

51 *DSCGE*, n.º 436, 12-XII-1811, p. 2413.

52 *DSCGE*, n.º 436, 12-XII-1811, p. 2414.

53 *DSCGE*, n.º 437, 13-XII-1811, p. 2419.

54 *DSCGE*, n.º 437, 13-XII-1811, p. 2419.

beneficio de la hacienda regia⁵⁵. Voltaire y Beccaria clamaron contra esta realidad con un argumento muy difícil de rebatir: las confiscaciones no castigaban al delincuente (sobre todo porque solían acompañar a una pena de muerte y éste ya no las sufría), sino a sus familiares y herederos, que siendo inocentes debían sufrir las consecuencias patrimoniales de una acción criminal.

Así lo entendieron también en España los penalistas más autorizados de la época, desde Meléndez Valdés hasta José Marcos Gutiérrez, y la Junta de Legislación formada en 1809 para exponer las reformas más perentorias del ordenamiento jurídico ya señalaba la pena de confiscación de bienes como una de las penas que debían ser abolidas, por ser incompatible con el principio de personalidad de las penas.

El regreso de Fernando VII, en mayo de 1814, dio al traste con toda esta legislación emanada de Cádiz, que fue derogada en su totalidad. Sin embargo, cuando más adelante el monarca estudió uno por uno los avances conseguidos en aquella asamblea, hizo suyas muchas de las reformas que, sin resultar subversivas, daban respuesta a los antiguos problemas que venían arrastrándose en el ordenamiento jurídico. Muy probablemente, entre ellas se contara la supresión de la pena de confiscación de bienes y otras trascendentes, que no volverían a aplicarse a tenor de las palabras del rey en decreto para la formación de un nuevo código criminal de 1819, según el cual «algunas penas de las Partidas, hechas según las opiniones y circunstancias críticas de aquellos tiempos de continua agitación y turbulencias, adolecen de severidad nada compatibles con la civilización y costumbres del día, que es siempre la voz muda que siempre me indicó la ley que más conviene. La confiscación de bienes, la trascendencia de infamia a los hijos por los delitos de un padre, sin otro fruto que hacer perpetuamente desgraciada a la familia...»⁵⁶.

Entre las reformas que lograron recuperarse, se contó también con el Decreto de abolición de la tortura y de los apremios, reconocido por Real Cédula de abolición de la tortura de 25 de julio de 1814, en el que se preveía además la realización de un gran proyecto de reforma y acondicionamiento de las cárceles y establecimientos penitenciarios de todo el país.

Para llevar a cabo dicho proyecto, el Consejo de Castilla retomó las consultas y trabajos sobre apremios y malas prácticas en las cárceles que venían realizándose desde finales del siglo XVIII⁵⁷, y pidió a los fiscales del reino que hicieran un informe sobre el estado de la cuestión. El Informe fiscal sobre policía de cárceles fue presentado finalmente el 12 de noviem-

55 PINO ABAD, Miguel. *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1999.

56 Real Decreto de 2 de diciembre de 1819, por el que SM ordena al Consejo se encargue de la formación de un nuevo código criminal para que con claridad y sencillez puedan clasificarse los delitos y aplicar a ellos el justo castigo, en MARTÍN DE BALMASEDA, Fermín. *Decretos del rey D. Fernando VII, año VI de su restitución al trono de las Españas*, por D. Fermín Martín de Balmaseda. Madrid, 1823, tomo VI, p. 502.

57 BERMEJO CABRERO, José Luis. «Tormentos, cárceles y patibulos a finales del Antiguo Régimen», *AHDE*, 56, 1986, pp. 684-727, donde presenta la documentación extraída del AHN, *Expediente formado en virtud de Orden de Consejo de 6 de marzo de 1798* (AHN, *Consejos*, legajo 3860).

bre de 1814⁵⁸, aconsejándose al rey que recabase aún mayor información desde las distintas Chancillerías y Audiencias.

Hasta 1818 no pudo darse por terminada la operación de recepción documental⁵⁹, y, frente al sistema propuesto en la ley (basada en cárceles centralizadas en las ciudades de mayor población, que fueran limpias e higiénicas, y cumplieran con la separación de los presos, un trabajo digno, comida suficiente y un trato adecuado a los reos, controlando los abusos de la Administración), se llegó a la conclusión de que, salvo algunas de las principales cárceles de las Audiencias o Chancillerías, o de ciudades señaladas como Zaragoza, Barcelona o Madrid, el estado del resto de las cárceles del territorio era lamentable. Algunos lugares ni siquiera contaban con cárcel, sino que tenían un simple «cepo» para la custodia provisional de los delincuentes, y en otros las cárceles permanecían en edificios ruinosos, húmedos e insalubres, o incluso seguían siendo de señorío.

A la vista de dicha información, los fiscales elevaron un amplio informe que fue mandado publicar por el Consejo, en el que se resumían los datos y se hacía un balance negativo de la situación⁶⁰. Se proponían medidas de reforma como la dotación de fondos y la realización de obras de mejora y acondicionamiento, la concentración de las cárceles en las sedes principales, la formación de juntas provinciales de vigilancia penitenciaria, el fomento de la caridad y la flexibilización para la mayor obtención de recursos económicos (con especial mención a las Reales Asociaciones de Caridad), el fomento del trabajo en las cárceles, y la aplicación de medidas de policía, higiene y buen trato en las cárceles y demás establecimientos penitenciarios.

Los fiscales pretendían hacer cumplir con este informe disposiciones del pasado que se habían olvidado o no se cumplían. Son constantes sus citas a la Novísima Recopilación y al resto de la legislación tradicional del reino, huyendo de introducir reformas que pudieran confundirse con las del pensamiento liberal. El Informe fue por ello muy bien recibido en el Consejo de Castilla, que se comprometió a seguir puntualmente las medidas propuestas en orden a poner en marcha la ansiada reforma de los establecimientos penitenciarios en el país. Pareciera, tras el paréntesis liberal de Cádiz, que nada había cambiado, y que la tendencia hacia la reforma de la legislación penal y penitenciaria seguía una misma línea de continuidad.

3. TRADICIÓN E INFLUENCIAS EXTRANJERAS DE LAS GARANTÍAS PROCESALES PENALES DEL PRIMIGENIO CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

Una vez descritas y analizadas las garantías procesales de la Constitución de Cádiz, pretendemos –aquí y ahora– arrojar luz en torno a la compleja cuestión del peso que tuvieron, tanto la tradición como las influencias extranjeras, en su constitucionalización. Para ello, nos ocuparemos primero del papel que jugó la tradición y después del influjo extranjero.

58 BERMEJO CABRERO, José Luis. «Tormentos, cárceles y patibulos a finales del Antiguo Régimen». *AHDE*, 56, 1986, pp. 726-727, documento perteneciente a los *Expedientes sobre apremios*, AHN, *Consejos*, leg. 3860, fols. 108-109.

59 BERMEJO CABRERO, José Luis. «Tormentos, cárceles y patibulos a finales del Antiguo Régimen». *AHDE*, 56, 1986, pp. 696-698.

60 BERMEJO CABRERO, José Luis. «Tormentos, cárceles y patibulos a finales del Antiguo Régimen». *AHDE*, 56, 1986, pp. 715-716.

3.1 Tradición

Como antes se ha dicho, algunas de las garantías individuales o derechos jurisdiccionales que se plasmaron en el articulado del capítulo III del título V de la Constitución, considerándose un triunfo del pensamiento iusracionalista liberal, ya contaban con claros precedentes en la legislación histórica española⁶¹. Sin ir más lejos, el art. 297, según el cual «se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos», recuerda bastante a la ley de Partidas que, ya en el siglo XIII, recogía el principio romanista «*carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*»: «la cárcel non es dada para escarmentar los yerros: mas para guardar los presos tan solamente en ella, fasta que sean juzgados»⁶².

Esa y otras normas de Partidas se pronunciaban de manera más extensa sobre la forma en que debían ser custodiados los reos sin daño para sus personas, tormento ni aflicción, y recomendaban a los oficiales de justicia, alcaides o carceleros, que les tuvieran un buen trato y se abstuviesen de causarles molestias⁶³. La misma teoría del *ius commune* se había recibido y plasmado en otros ordenamientos jurídicos peninsulares⁶⁴, y era unánimemente compartida por la doctrina. Pero, a pesar de ello, los abusos que se cometían sobre los detenidos en las cárceles eran reiterados, y habían dado lugar a una práctica perversa de la que han quedado numerosos vestigios documentales. Tal era el descrédito al que había llevado el incumplimiento de la ley que, ya en el año 1788, y compelido en todo caso por el nuevo movimiento filantrópico de la época, Carlos III se vería obligado a reiterar la antigua doctrina romanista, según la cual el objeto de las cárceles «es solamente la custodia y no la aflicción de los reos»⁶⁵.

Tanto el derecho castellano, como el resto de los derechos históricos territoriales, tenían reconocida también desde antiguo la máxima romanista según la cual sólo debían ser detenidos los imputados por un delito que mereciera pena de muerte o corporal («si el yerro fuere tal que merezca pena de muerte, o otra pena en el cuerpo»⁶⁶). No era necesario para ello ningún indicio o presunción, aunque algunos juristas, siguiendo nuevamente las directrices del

61 RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. «Garantías jurídicas al detenido antes de la Codificación», In: *Libro Homenaje a José Antonio Escudero*. Madrid, 2012, tomo III. pp. 751-788.

62 P. 7, 31, 4. En el mismo sentido se pronunciaron las Cortes de Toledo de 1525, pet. 49, en *Cortes de los Antiguos Reinos de León y Castilla* (en adelante, *CLC*). Madrid: Real Academia de la Historia, 1882, tomo IV, p. 426.

63 P. 7, 29, 6-7.

64 Por ejemplo, para el derecho aragonés el Fuero «*De capleutas de personas*», en SAVALL, Pascual; PENÉN, Santiago. *Fueros, Observancias y Actos de Corte de Aragón*. Zaragoza, 1866, tomo I, pp. 371-372, y para el derecho catalán en *Constituciones i altres Drets de Catalunya*, 1, 9, 34, 19.

65 NoR. 12, 38, 25.

66 La norma queda apuntada en el F. R. 4, 13, 12, aclarada en las Leyes del Estilo, 66, 73 y 120, y completamente explicitada en la P. 7, 29, proemio, y Partidas 7, 29, 4, en fiel seguimiento de las ideas apuntadas por BARTOLUS A SAXOFERRATO. In *Secundam ff. Novi Partem*. Venetiis, 1585, en comentario a D. 47, 4, 1, fols. 151-152; y BALDI UBALDI PERUSINI. In *Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*. Venetiis, 1586, en comentario a D. 2, 4, 21, nn. 1 y 2, en fol. 87, bajo las rúbricas «*Reus in criminalibus si venit imponenda corporales, semper venit detinendus*», y «*In causa capital reus est detinendus usque ad sententiam*»; y también In *Primum, Secundum, & Tertium Codicis libros Commentaria*. Venetiis, 1599, en comentario a C. 1, 4, 3, n. 6, fol. 62.

ius commune, ya defendieron en la Edad Moderna que la detención de cualquier persona sólo podía llevarse a cabo tras una primera fase de información, instrucción o sumario, para evitar prender a un inocente por rumores o noticias falsas⁶⁷.

En la práctica se impuso, no obstante, la arbitrariedad de los jueces, siendo éste un uso extendido por toda Europa a pesar de las recomendaciones del Derecho Común⁶⁸. Los jueces apenas reparaban en las informaciones y, basándose generalmente en levisimos indicios o meras sospechas, solían decretar numerosos mandamientos de prisión para evitar la huida de los delincuentes, y mantener la paz social en un sistema judicial bastante debilitado por su alta falibilidad⁶⁹.

En este contexto, no es de extrañar la unanimidad con la que el art. 287 de la Constitución fue aprobado, volviendo a consignar en la ley, esta vez con rango constitucional, aspectos que ya eran conocidos:

Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.

La necesidad del mandamiento judicial, más arriba señalada, era un requisito reconocido asimismo por el derecho histórico⁷⁰. Nadie podía arrestar a un delincuente si no se trataba de un oficial público y contaba para ello con un previo mandamiento judicial. La norma volvía a tomarse del *ius commune*⁷¹, y en principio no se trataba de ninguna suerte

67 Véanse, entre otros, LÓPEZ, Gregorio. *Las Siete Partidas*. Salamanca, 1555, glosa «luego» a P. 7, 29, 1; GÓMEZ, Antonio. *Variarum resolutionum iuris civilis, communis et regii commentaria*. Tomo 3, cap. 9, pp. 209-210; CANTERA, Diego de la. *Quaestiones criminales*. Salamanca, 1589, *De quaestionibus tangentibus ludicem. Quaestio tertia. De captura delinquentis, etc.*, n. 1, fol. 13; MONTERROSO Y ALVARADO, Gabriel de. *Práctica civil y criminal e instrucción de escrivanos*. Valladolid, 1563, Cuarto Tratado, fol. 47; HEVIA BOLAÑOS, Juan de. *Curia Philipica*. Madrid, 1797, Tercera Parte, cap. 11, en edic. facsímil de Valladolid, 1989, pp. 207-210, o VILLADIEGO, Alonso de. *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los consejos, audiencias, y tribunales de corte, y otros ordinarios del Reyno*. Madrid, 1766, cap. 3, n. 190, fol. 80.

68 SALVIOLI, Giuseppe. *Storia del diritto Italiano. Storia della procedura civile e criminale*. Milano, 1927, v. III, Parte Seconda, cap. VIII, pp. 359-360 y cap. VIII, p. 385.

69 De esta práctica nos informa, entre otros, el corregidor CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo. *Política para corregidores y señores de vasallos*. Amberes, 1704, libro 3, cap. 15, n. 86, en tomo 2, fol. 285. Contra ella sólo se alzó la voz del abogado de presos CERDÁN DE TALLADA, Tomás. *Visita de la cárcel, y de los presos*. Valencia, 1574, en el prólogo al lector, fol. 2, hasta que los autores ilustrados la convirtieran en una de sus principales críticas al sistema judicial del Antiguo Régimen, exigiendo que las leyes regulasen pormenorizadamente los requisitos para poder proceder a la detención preventiva de un reo. Véase, por ejemplo, MARCOS GUTIÉRREZ, Joseph. *Práctica criminal de España*. Madrid, 1804, tomo I, cap. 6, p. 207.

70 MONTERROSO Y ALVARADO, Gabriel de. *Práctica civil y criminal e instrucción de escrivanos*. Valladolid, 1563. En edic. facsímil de Valladolid, 1989, Cuarto Tratado, fol. 47; BERNÍ, José. *Práctica criminal*. Valencia, 1749, libro 2, cap. 9; VILLADIEGO, Alonso de. *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los consejos, audiencias, y tribunales de corte, y otros ordinarios del Reyno*. Madrid, 1766, cap. 3, n. 190, fol. 80; o DOU Y DE BASSOLS, Ramón Lázaro de. *Instituciones del Derecho Público general de España, con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en qualquier estado*. Madrid, 1803, libro 3, cap. 9, secc. 1, n. 8, en edición facsímil de Barcelona, 1975, tomo 8, p. 162.

71 BARTOLUS A SAXOFERRATO. *In Secundam Codicis Partem*. Venetiis, 1585, en comentario a C. 9, 3, 3, n. 2, fol. 119 y en comentario a C. 10, 32 (31), 54, n. 1, fol. 18; y BALDI UBALDI PERUSINI. *In VII. VIII. IX. X. & XI. Codicis*

de garantía para el detenido, sino que pretendía favorecer la confianza en el nuevo sistema de administración pública de justicia que se estaba construyendo frente a la antigua venganza privada.

Con dicha finalidad fue recogida en las Partidas⁷², y reiterada por Alfonso XI en 1348, en esta ocasión para frenar las abundantes corruptelas que cometían los alguaciles de la Corte al practicar las detenciones de los presos, de las que obtenían pingües beneficios⁷³. Por primera vez en esta ley, se hace referencia expresa al daño recibido por el detenido («deshonra, que recibió el preso»), y en 1367 el mismo monarca hablaba ya específicamente de detenciones «injustas» o «sin culpa»⁷⁴. En los mismos términos se pronunciarían más adelante Juan II y los Reyes Católicos, quedando consolidada en el derecho castellano la norma según la cual nadie podía ser detenido sin mandamiento judicial. En caso de que fuera arrestado de noche, debía ser puesto a disposición judicial al día siguiente para que el órgano competente se pronunciara acerca de la legalidad de la detención⁷⁵.

El objeto de la ley, aunque quizá no exactamente su espíritu, coincide con el art. 290 de la Constitución de 1812, según el cual «el arrestado, antes de ser puesto en prisión, será presentado al juez, siempre que no haya cosa que lo estorbe, para que le reciba declaración; mas si esto no pudiera verificarse, se le conducirá a la cárcel en calidad de detenido, y el juez le recibirá la declaración dentro de las veinticuatro horas».

Sin embargo, este precepto constitucional fue recibido como una auténtica innovación, ya que la ley histórica resultaba constantemente infringida, como también lo fueron las muy abundantes leyes que se dictaron en Castilla y otros reinos peninsulares para evitar cualquier forma de cohecho de los oficiales, cuyo conocimiento sólo sirve para ilustrar el descrédito del que gozaba el sistema.

Es conocido, además, que a la misma se opusieron numerosas excepciones desde su origen, quedando prácticamente desvirtuada. La primera de ellas era la que permitía que cualquier persona detuviese a quienes cometieran delitos graves o «atrocés»⁷⁶, con la única condición de ponerlos a disposición de la justicia «según fuero, e costumbre de España»⁷⁷. La

libros *Commentaria*. Venetiis, 1586, en comentario a C. 7, 43, 8, n. 25, cuando afirma que «*captura personae citationem praecedere non debet*», aunque posteriormente, al igual que hiciera Bártolo, desarrolla algunas excepciones.

72 P. 7, 29, 2. Véase también P. 7, 29, 2, que prohibía a los alguaciles prender a los que trajesen mantenimientos o comestibles a la corte, aunque hubiesen incurrido en pena sin mandamiento judicial, o los conminaban a presentarlos inmediatamente a los alcaldes de Corte.

73 N. R. 4, 23, 9.

74 La disposición de Alfonso II en 1367 ha quedado recogida en N. R. 4, 23, 27.

75 N. R. 4, 23, 7. La misma ley se reprodujo en la NoR. 5, 33, 6, y para los alguaciles de la Corte y villa, una ley posterior inserta en la N. R. 4, 23, aut. 7, establecía la misma obligación.

76 El número de los delitos considerados atroces, previsto originariamente en P. 7, 29, 2, fue ampliado por los Reyes Católicos para el caso de la blasfemia (N. R. 8, 4, 4), y por Felipe IV, en una ley única en todo el ordenamiento jurídico castellano que permitía a cualquier persona prender a los numerosos asaltantes y bandidos que asolaban los caminos del reino, e incluso matarlos sin incurrir en pena alguna (N. R. 8, 11, aut. 3).

77 La ambigüedad de la cláusula temporal señalada en P. 7, 29, 2, se precisó por la doctrina en un plazo determinado de 20 horas, siguiendo las recomendaciones de BARTOLUS A SAXOFERRATO. In *Secundam Codicis Partem*. Venetiis, 1585, en comentario a C. 9, 5, 1, y *Consilia, Quaestiones, et tractatus*. Venetiis, 1585, *Tractatus de carceribus*, n. 22, fol. 155. Véase LÓPEZ, Gregorio. *Las Siete Partidas*. Salamanca, 1555, glosa «En cosas señaladas».

segunda, más concreta, legitimaba sólo a los oficiales públicos para detener a los malhechores sin mandamiento judicial en los casos de flagrante delito⁷⁸.

Amparados por esta segunda excepción, los alguaciles y soldados realizaban abundantes prendimientos sin esperar el mandamiento judicial. Lo hacían para obtener un dinero que, o bien cobraban al propio detenido a cambio de su libertad, o bien sacaban de las tasas judiciales oficialmente previstas. Para paliar estos abusos, se establecieron penas muy severas desde el siglo XIV hasta el XIX, pero al parecer ninguna de ellas consiguió disuadir a los oficiales⁷⁹.

La excepción de la detención «in fraganti» que podían realizar los oficiales públicos, se extendió también a los simples particulares por la doctrina castellana, en consonancia con lo aprendido de los grandes maestros⁸⁰. Se interpretó así que cualquiera podía detener a un delincuente en el momento de la comisión del delito, con la única condición de que lo presentase en el plazo de 20 horas a la justicia para no incurrir en el delito de cárcel privada⁸¹.

Una tercera excepción, fue la que permitía tanto a los acreedores como a las víctimas detener personalmente a los deudores o delincuentes que se hubiesen dado a la fuga⁸². En este caso concreto el plazo de entrega al juez más cercano quedó expresamente fijado en 24 horas⁸³.

De todas ellas, sólo la excepción de las detenciones *in fraganti* fue reconocida por los constituyentes de Cádiz⁸⁴, permitiéndose únicamente que pudiera utilizarse la fuerza cuando hubiera resistencia o se temiere la fuga⁸⁵. La excepción por delitos atroces carecía de justificación alguna en el nuevo sistema igualitario y garantista.

78 Cortes de Madrid de 1433, pet. 26, en las CLC, Madrid, 1866, tomo III, p. 176, reiterada en las Cortes de Madrid de 1476, en las CLC, Madrid, 1882, tomo IV, pp. 49-50, y recogida en la N. R. 4, 23, 7. La misma norma también se reconoció en la Instrucción de Alguaciles de 30 de agosto de 1743, cap. 4 y 5, en la NoR. 4, 30, 12, y llegó al derecho municipal con ordenanzas como la publicada por BOHÓRQUEZ JIMÉNEZ, Domingo. *Ordenanzas del concejo de Valencia de Alcántara* (1489). Cáceres, 1982, p. 259.

79 N. R. 4, 23, 9 y NoR. 12, 38, 10.

80 BARTOLUS A SAXOFERRATO. *In Secundam Codicis Partem*. Venetiis, 1585, en comentario a C. 9, 3, 3, n. 2, fol. 119: «*Repertus in flagranti crimine potest capi etiam sine licentia iudicis*»; y BALDI UBALDI PERUSINI. *In VII. VIII. IX. X. & XI. Codicis libros Commentaria*. Venetiis, 1586, en comentario a C. 9, 3, 2, n. 1, fol. 212.

81 Autores posteriores citan fundamentalmente a LÓPEZ, Gregorio. *Las Siete Partidas*. Salamanca, 1555, segunda glosa a P. 5, 9, 2, GÓMEZ, Antonio. *Variarum resolutionum iuris civilis, communis et regii commentaria*. Tomo 3, cap. 9, n. 3, p. 209. Véase, por ejemplo, CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo. *Política para corregidores y señores de vasallos*. Amberes, 1704, libro 3, cap. 15, n. 14, en tomo 2, fol. 270, o HEVIA BOLAÑOS, Juan de. *Curia Philipica*. Madrid, 1797, Tercera Parte, cap. 11, n. 6, en edic. facsímil de Valladolid, 1989, p. 208.

82 BARTOLUS A SAXOFERRATO. *In Secundam Codicis Partem*. Venetiis, 1585, en comentario a C. 10, 32 (31), 54, n. 6, fol. 18, y BALDI UBALDI PERUSINI. *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*. Venetiis, 1586, en comentario a D. 3, 2, 22, n. 6, fol. 174, y en *In VII. VIII. IX. X. & XI. Codicis libros Commentaria*. Venetiis, 1586, en comentario a C. 10, 32, (31), 54, n. 4, fol. 269.

83 Según pragmática dada por los Reyes Católicos en 1476, en N. R. 8, 13, 2.

84 Art. 292 CE 1812: «En fraganti todo delincuente puede ser arrestado, y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez: presentado o puesto en custodia, se procederá en todo, como se previene en los dos artículos precedentes».

85 Art. 289 CE 1812: «Cuando hubiere resistencia o se temiere la fuga, se podrá usar de la fuerza para asegurar la persona».

Otra de las grandes problemáticas heredadas por los constituyentes de la tradición jurídica, fue la dilación de los pleitos, que se había convertido en un problema endémico para la justicia castellana. Para solucionar parcialmente esta cuestión, al menos en los tribunales superiores o Chancillerías Reales, en el año 1480 los Reyes Católicos establecieron para ellos un plazo máximo de tres días, en el que había que tomar declaración al detenido, debiendo habersele hecho previamente el traslado de la querrela, denuncia o pesquisa, para que preparara su defensa⁸⁶.

Los autores de la época nos informan de que este plazo raras veces se cumplía en los tribunales superiores, y mucho menos en los inferiores o de primera instancia, en los que los reos pasaban días, e incluso meses, sin que nadie les informara del motivo de su apresamiento, y privados de comunicación con el exterior⁸⁷. La situación fue tolerada por los poderes públicos, a pesar de las críticas, y sólo en fecha muy tardía la Instrucción de Corregidores de 1788 quiso ponerle fin, ordenando que los jueces tomaran declaración al detenido dentro de las 24 horas siguientes a su encarcelamiento⁸⁸.

Evidentemente, aquella tardía ley tampoco pudo hacer mucho contra la ralentización de la Justicia, y por ello la Constitución de 1812 tuvo que mostrarse especialmente tuitiva al respecto: «Las leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal, de manera que el proceso sea formado con brevedad, y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados» (art. 286); y «dentro de las veinticuatro horas se manifestará al tratado como reo la causa de su prisión, y el nombre de su acusador, si lo hubiere» (art. 300).

Por su parte, la doctrina jurídica que hacía depender el encarcelamiento de la gravedad del delito («si el yerro fuere tal que merezca pena de muerte, o otra pena en el cuerpo»), resultaba igualmente vulnerada en la práctica cotidiana, y las cárceles del Antiguo Régimen permanecían llenas de reos susceptibles de ser castigados con penas meramente pecuniarias, a los que según la ley bastaba con imponer una fianza como medida cautelar⁸⁹.

Es probable que, de haberse cumplido fielmente la utilización de las fianzas carceleras, se hubiesen acortado mucho más los plazos, ayudándose a resolver el gravísimo problema de la lentitud de los pleitos. Pero, como hemos dicho, las fianzas tuvieron una trascendencia muy escasa en el proceso penal. Lo habitual era que los jueces se resistiesen a dejar en libertad a los detenidos, aun cuando lo fueran por delitos pecuniarios o livianos, y que éstos permaneciesen largo tiempo en la cárcel sin ser informados ni interrogados por los hechos que les imputaban, a pesar de una antigua y olvidada norma de las Partidas que compelia a

86 N. R. 2, 6, 6.

87 BERNÍ, José. *Práctica criminal*. Valencia, 1749, libro 2, cap. 9, p. 110. Véase también, resumiendo la opinión unánime de sus predecesores, a VIZCAÍNO PÉREZ, Vicente. *Código y práctica criminal arreglado a las leyes de España*. Madrid, 1833, tomo 3, libro 4, n. 152, p. 140 o DOU Y DE BASSOLS, Ramón Lázaro de. *Instituciones del Derecho Público general de España, con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en qualquier estado*. Madrid, 1803, libro 3, tít. 5, cap. 9, secc. 2, n. 1, en edición facsimilar de Barcelona, 1975, tomo 8, p. 165.

88 NoR. 12, 38, 25.

89 Véanse, entre otras, las Cortes de Madrid, 1534, pet. 83, en *CLC*, tomo IV, Madrid, 1882, pp. 604-605, las Cortes de Toledo de 1538, pet. 54, las Cortes de Valladolid de 1542, pet. 51 y 53, las Cortes de Madrid de 1551, pet. 42, las Cortes de Valladolid de 1555, pet. 58, y las Cortes de Valladolid de 1558, pet. 53, en *CLC*, tomo V, Madrid, 1909, pp. 130, 242-243, 518, 655-656 y 761.

sentenciar los pleitos criminales en un máximo de 2 años⁹⁰, y de otras más recientes que se atrevieron a fijar un plazo de 60 días para sentenciar la causa (una vez decretada la fianza), de manera que si en ese tiempo no se resolvía el litigio no podría volverse a prender al reo por el mismo ilícito⁹¹.

La Constitución de 1812, impregnada de una nueva filosofía humanitarista, no dejaría de hacerse eco de esta cuestión en beneficio del reo, diseñando para él un régimen que por primera vez podemos llamar propiamente garantista. Pero el capítulo constitucional que comentamos, también incluyó otras importantes disposiciones sobre asuntos que ya eran debatidos y criticados por los humanistas y los ilustrados de la Edad Moderna, como la validez del juramento del acusado en el proceso criminal, que fue suprimido en atención al principio de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo⁹²; la utilidad del tormento y del apremio en las cárceles y presidios del reino, que también fueron finalmente prohibidos⁹³; e incluso cuestiones penológicas relativas a la trasmisión de las penas frente al principio de personalidad, derogándose la pena de confiscación de bienes y cualquier otra pena trascendental⁹⁴.

En cuanto a la cuestión de la supresión de la tortura y los apremios en las cárceles y presidios del reino, es conocido el régimen malsano en el que se veían obligados a vivir los reos en cárceles de la Edad Moderna, en las que se aplicaba un régimen especialmente severo⁹⁵. Sin embargo, ya hubo un grupo de autores que, siguiendo el ideario erasmista que llegó a España de la mano de Juan Luis Vives⁹⁶, se sensibilizaron especialmente con el problema a partir del siglo XVI, denunciando los numerosos abusos e infracciones que se cometían en las cárceles, y clamando por un trato más humano con los presos en general, y los presos más pobres en especial. Es el caso de Bernardino Sandoval, maestro-escuela de la catedral pri-

90 P. 7, 29, 7.

91 N. R. 3, 9, 18 y NoR. 12, 38, 24.

92 Art. 291 CE 1812: «La declaración del arrestado será sin juramento, que a nadie ha de tomarse en materias criminales sobre hecho propio».

93 Art. 303 CE 1812: «No se usará nunca del tormento ni de los apremios».

94 Arts. 304 y 305 CE 1812. Los artículos 306 al 308 cerraban el capítulo prescribiendo algunas medidas de seguridad extraordinarias para el Estado frente al sistema garantista del reo, como la posibilidad de entrar en su domicilio con orden judicial, o la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en el capítulo decretada excepcionalmente por las Cortes y por tiempo determinado.

95 Sobre cómo era el régimen penitenciario, y los abundantes abusos que se cometían en las cárceles de la Edad Moderna, véanse PETIT CARO, Carlos. *La cárcel de Sevilla*. Archivo Hispalense, Segunda época, Sevilla, n. 12, v. 4, 1945; FERNÁNDEZ VARGAS, Valentina. «Noticia sobre la situación penal de León en 1572 y 1573. Un documento para la historia de la penalidad en España». *AHDE*, Madrid, 38, 1968; FIESTAS LOZA, Alicia. Las cárceles de mujeres. *Historia 16*, octubre 1978, extra VII; GACTO FERNÁNDEZ, Enrique. «La vida en las cárceles españolas en la época de los Austrias». *Historia 16*, octubre 1978, extra VII; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. «Las cárceles y el sistema penitenciario bajo los Borbones». *Historia 16*, octubre 1978, extra VII; BERMEJO CABRERO, José Luis. «Tormentos, apremios, cárceles y patíbulos a finales del Antiguo Régimen». *AHDE*, Madrid, 56, 1986; GARCÍA MELERO, José Enrique. «Las cárceles españolas de la Ilustración y su censura en la Academia (1777-1808)». *Espacio, Tiempo y Forma*, serie VII, Historia del Arte, t. 8, 1995, p. 248, o PÉREZ MARCOS, Regina. «Tomás Cerdán de Tallada, el primer tratadista del derecho penitenciario». *AHDE*, Madrid, 75, 2005.

96 VIVES, Juan Luis. *De subventione pauperarum sive de humanis nec essitatibus (Tratado del socorro de los pobres)*. Brujas, 1526. Traducción española de J. G. Nieto, Valencia, s.f.

mada de Toledo preocupado por el cuidado de los reos en las cárceles⁹⁷; o de Tomás Cerdán de Tallada, abogado de presos valenciano que escribió la primera obra de conjunto sobre la ciencia penitenciaria española⁹⁸.

Además de realizar las consabidas denuncias morales sobre la situación de los reos en las cárceles, este jurista dedicó gran parte de su obra a explicar lo que debían considerarse en derecho «cárceles injustas» (es decir, las practicadas sin mandamiento judicial, sobre persona privilegiada, o en defecto de forma, tiempo, lugar, autoridad o jurisdicción), siguiendo para ello autorizadas opiniones del *ius commune* que nunca antes se habían utilizado a tal fin. Otros juristas posteriores, como Julio Claro, Farinaccio, Gregorio López, Diego de la Canteira, Antonio Gómez, Castillo de Bovadilla o Hevia Bolaños, también se pronunciaron sobre esta cuestión en sus trabajos, pero sólo de manera incidental o sesgada, y nunca con la profundidad y la madurez alcanzada por aquel⁹⁹.

En este movimiento humanitario a favor de los presos, también cabe señalar a Cristóbal de Chaves, procurador de la Audiencia de Sevilla que escribió una obra de carácter descriptivo sobre la vida en la cárcel de aquella ciudad¹⁰⁰; al jesuita Pedro de León, que también atendió a los presos de la cárcel sevillana y a la descripción del régimen carcelario añadió sus consejos espirituales para mejorar el sistema¹⁰¹; y al médico de la cárcel real y de su majestad, Cristóbal Pérez de Herrera¹⁰², quien además de ofrecernos una imagen muy precisa de la vida en la cárcel madrileña, planteó una reforma de tales establecimientos dirigida al trabajo y corrección de los reos, distinguiendo entre los pobres verdaderos y los pobres fingidos o maleantes¹⁰³. En este sentido se pronunciaron asimismo el canónico Miguel Giginta¹⁰⁴, y la

97 SANDOVAL, Bernardino de. *Tractado del cuidado que se deve tener de los presos pobres*. Toledo, 1564.

98 CERDÁN DE TALLADA, Tomás. *Visita de la cárcel, y de los presos*. Valencia, 1567.

99 JULII CLARI. *Practica criminalis. Sententiarum Receptarum. Liber Quintus*. Venetiis, 1601; FARINACCI, Prospero. *Praxis et theoricæ criminalis*. Venetiis, 1609; LÓPEZ, Gregorio. *Las Siete Partidas*. Salamanca, 1555; CANTERA, Diego de la. *Quæstiones criminales*. Salamanca, 1589; GÓMEZ, Antonio. *Variarum resolutionum iuris civilis, communis et regii commentaria*; CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo. *Política para corregidores y señores de vasallos*. Amberes, 1704; o HEVIA BOLANOS, Juan de. *Curia Philipica*. Madrid, 1797. En edic. facsímil de Valladolid, 1989.

100 CHAVES, Cristóbal de. *Relación de las cosas de la cárcel de Sevilla y su trato* (s.f., aunque no anterior a 1585). In: GALLARDO, Bartolomé. *Ensayo de una biblioteca española de libros raros y curiosos formado con los apuntes de don Bartolomé Gallardo, coordinados y aumentados por don M. R. Zarco del Valle y don J. Sancho Rayón*. Madrid: Gredos, 1968-1969 (edic. facsímil de la de 1866), tomo I.

101 La obra del padre LEÓN, Pedro de. *Compendio de algunas experiencias en los ministerios de que usa la Compañía de Jesús* (s.f., aunque hacia 1616), ha sido publicada por HERRERA PUGA, Pedro. *Sociedad y delincuencia en el siglo de Oro*. Madrid, 1974. Biblioteca de Autores Cristianos.

102 PÉREZ DE HERRERA, Cristóbal. *Amparo de los verdaderos pobres y reducción de los fingidos*. 1598. Edición facsímil Madrid: Clásicos Castellanos, 1975.

103 Los autores que se han acercado al tema coinciden en señalar que, en puridad, el cambio de planteamiento en cuanto a la mendicidad se produjo tras la Peste Negra que afectó a Inglaterra en 1349 y a Francia en 1350. Véase, por ejemplo, SOLY, Hugo. *Pobreza y capitalismo en la Europa preindustrial (1350-1850)*. Madrid: Akal, 1986. Sin embargo, fueron los pensadores humanistas del siglo XVI los que difundieron por toda Europa esta nueva visión de la pobreza, siguiendo las ideas desarrolladas por Juan Luis Vives. La única voz que se elevó contra la nueva teoría, en una particular polémica en la que se enfrentó a Juan de Medina, que escribiera el tratado de *Charidad discreta* en 1545, fue en España la de SOTO, Domingo de. *Deliberación en la causa de los pobres*. Salamanca, 1545, donde se oponía a que el derecho tradicional a pedir limosna fuera coartado de alguna manera.

104 GIGINTA, Miguel de. *Tractado de remedio de pobres*. Coimbra, 1579, fols. 6-7.

madre Magdalena de San Jerónimo, que fue un personaje clave para la fundación en Madrid, en el año 1608, de la primera cárcel o *Galera de mujeres*¹⁰⁵.

Desafortunadamente, la obra de estos autores solo consiguió propiciar algunas acciones concretas dirigidas al auxilio de las mujeres encarceladas, y la aparición, desde el mismo sentimiento de humanidad cristiana, de un creciente número de Cofradías u Obras Pías dedicadas a la ayuda económica de los presos pobres. Pero por lo demás, la administración de justicia criminal y el régimen penitenciario siguieron basados en un sistema de corrupción e ineficacia con el que, ni los reproches de los juristas (que aspiraban a acabar con la dilación de los pleitos, las corruptelas de los oficiales y el hacinamiento en las cárceles), ni las denuncias de los moralistas (preocupados por alentar la caridad con los presos), consiguieron acabar.

Autores ilustrados dieciochescos, como Meléndez Valdés¹⁰⁶, el padre Feijóo¹⁰⁷ o el padre Sarmiento¹⁰⁸, continuaron clamando en consecuencia por una mayor humanización en el proceso penal en general, y en la detención y custodia de los reos en las cárceles en especial, recomendando a los jueces benevolencia o compasión a fin de moderar los efectos del rechazo que sentía la sociedad con respecto a las instituciones judiciales y la propia monarquía¹⁰⁹. Algunos de ellos también supieron advertir, mucho antes que Beccaria, que el mejor remedio contra la delincuencia no consistía en endurecer aún más los procesos y las penas, sino en acabar con la inseguridad jurídica, la arbitrariedad y la alta falibilidad del sistema. Los principios de legalidad y de proporcionalidad en las penas, y una adecuada reforma en la que, con los recursos necesarios, se subsanasen los defectos endémicos de la administración judicial (corrupción, falta de medios, desidia...), comenzaron a esgrimirse así por el pensamiento dieciochesco como las soluciones más eficaces del problema.

Estas ideas encontraron su primer foro de debate cuando, en el año 1734, Felipe V publicó una pragmática que imponía la pena de muerte a quien cometiese cualquier hurto en la Corte, con independencia de su cuantía y circunstancias del delito¹¹⁰. La Sala de Alcaldes de Casa y Corte y el Consejo de Castilla se negaron a aplicar dicha pragmática, pidiendo al monarca una interpretación restrictiva y favorable al reo, y cuando el rey insistió en la apli-

105 MAGDALENA DE SAN JERÓNIMO. *Razón y forma de la Galera Real que el rey nuestro señor manda hacer en estos reinos para castigo de las mujeres...* Valladolid, 1608. In: *Apuntes para una Biblioteca de Escritoras españolas*. Madrid: BAE, 1903, tomo II, pp. 304 ss. Sobre esta cuestión, SEVILLA Y SOLANAS, Félix. *Historia penitenciaria de España (La galera)*. Segovia: Tipografía del Adelantado de Segovia, 1917; DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio. «La galera o cárcel de mujeres de Madrid a comienzos del siglo XVIII». *Anales del Instituto de Estudios Matritenses*, IX, 1973; FIESTAS LOZA, Alicia. «Las cárceles de mujeres». *Historia* 16, octubre 1978, número extra, pp. 91-99; PÉREZ BALTASAR, María Dolores. *Mujeres marginadas: las casas de recogidas en Madrid*. Madrid: Ediciones S. I., 1984; BARBEITO, M.ª Isabel. *Cárceles y mujeres en el siglo XVII*. Madrid: Castalia, 1991; o VILLALBA PÉREZ, Enrique. *¿Pecadoras o delinquentes? Delito y género en la Corte (1580-1630)*. Madrid: Calambur, 2004, p. 111-112.

106 MELÉNDEZ VALDÉS, Juan. «Discursos forenses». In: *Obras Completas III*. Madrid: Biblioteca Castro, 1997, p. 148.

107 SILVA MELERO, Valentín. «La faceta criminológica en el pensamiento del padre Feijóo». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 1956, y PÉREZ FERRER. «Ideas penales y penitenciarias del padre Feijóo». *Revista de Estudios Penitenciarios*, n. 166, 1964.

108 GONZÁLES GUITIÁN, Luis. «¿Un predecesor de Beccaria?». *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, XI, 1986-1987.

109 MELÉNDEZ VALDÉS, Juan. «Discursos forenses». In: *Obras Completas III*. Madrid: Biblioteca Castro, 1997, p. 155.

110 CORONAS GONZÁLES, Santos. *El libro de las leyes del siglo XVIII*. Madrid, 1996, 5 v., tomo I, libro II, n. 78, pp. 294-295. La misma ley puede consultarse en N. R. 8, 11, auto 19, y NoR. 12, 14, 3.

cación rigurosa de la norma¹¹¹, la Sala de Alcaldes siguió denunciando su dureza e ineficacia. En su opinión, la falta de proporcionalidad no conseguiría en ningún caso amilantar a los autores de la comisión del delito y, por el contrario, sí disuadiría a las víctimas de denunciar a los pequeños hurtadores por el temor a sentirse responsables de su muerte¹¹². Por eso, en 1744 presentó al monarca una nueva propuesta para aminorar los indeseados efectos de la ley, y finalmente Felipe V se avino a permitir «que las penas de los hurtos simples sean arbitrarias, según y como la Sala regular la calidad del hurto»¹¹³.

Años más tarde, el Consejo de Castilla abundó en estos argumentos frente a Carlos III, reiterando que la medida resultaba «incompetente» para resolver el problema porque, para ser eficaces, «las penas deben ser proporcionadas a los delitos», y llegando a la conclusión de que no era necesario aumentar las penas contra los hurtadores, sino vigilar el cumplimiento de las mismas a través de un aparato policial y judicial bien pertrechado, dispuesto y eficaz¹¹⁴.

De forma particular, se sumaron también decididamente a esta tendencia personajes tan influyentes de la época como Cabarrús, Ward, Mora y Jaraba, Forner, Meléndez Valdés, Clavijo y Fajardo, Lardizábal, Foronda, o los propios ministros reformistas Campomanes, Floridablanca o Manuel de Roda, quienes proponían incluso una reforma integral de la justicia penal con la formación de un nuevo «Código Criminal», que se desprendiese de la obsoleta herencia bajomedieval, y fuera capaz de afrontar los nuevos retos de la penalidad.

Efectivamente, hacía tiempo que la penalidad estaba cambiando de signo bajo la luz del utilitarismo. Las primeras penas utilitarias, principalmente la de galeras, aunque también una muy minoritaria pena de trabajo en las minas de Almadén, y la incipiente pena de presidios al norte de África, ya habían comenzado a aplicarse en los siglos XVI y XVII¹¹⁵. Pero con la llegada de la dinastía Borbón, este tipo de sanciones se estaban convirtiendo en las principales del ordenamiento, en coherencia con los postulados de la nueva «economía política» que predicaba la utilización al servicio del Estado de toda la población baldía, incluidos delincuentes y holgazanes, en pro del progreso y la felicidad común¹¹⁶.

111 La Sala de Alcaldes elevó una consulta al rey el mismo año de la publicación de la pragmática para que le clarificara «si se comprendían en mi Real resolución los Hurtos domésticos, o los executados sin violencia o de corta cantidad». La respuesta del monarca fue tajante, especificando en 1735 «que todo Hurto, calificado, o no, de poca, o de mucha cantidad, debe estar sujeto a la pena de la Pragmática, porque no fue alguna de estas circunstancias las que movieron mi Real animo a establecerla». CORONAS GONZÁLES, Santos. *El libro de las leyes del siglo XVIII*. Madrid, 1996, 5 v., tomo I, libro II, n. 96, pp. 338-340. La misma ley puede consultarse en N. R. 8, 11, auto 21, y NoR. 12, 14, 5.

112 Resume la línea argumental de este organismo SEMPÈRE Y GUARINOS, Juan. *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*. Madrid: Imprenta Real, 1785, tomo III, bajo la voz de Lardizábal y Uribe.

113 NoR. 12, 14, 6.

114 SEMPÈRE Y GUARINOS, Juan. *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*. Madrid: Imprenta Real, 1785, tomo III, bajo la voz de Lardizábal.

115 ROLDÁN BARBERO, Horacio. *Historia de la prisión en España*. Barcelona: PPU, 1988, BURILLO ALBACETE, Fernando. *El nacimiento de la pena privativa de libertad*. Siglos XVI-XX. Madrid: Dyckinson, 1999, o RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*. Madrid, 2013.

116 Véase, por otros, WARD, Bernardino. *Proyecto económico*. Madrid, 1762. Edición de Madrid: L. Castellano, 1982, p. 79.

La cuestión resultaba confusa y compleja, y por eso, tras la firma del Tratado de paz con Marruecos, de 1767, se abrió oficialmente un expediente para el estudio de los presidios del norte de África y sus problemas. El expediente, que terminó en 1770 con una respuesta fiscal de Campomanes y Moñino, se afrontó desde una perspectiva mucho más genérica que la de simple pena de presidios, y permitió pronunciarse sobre la reforma integral del sistema procesal penal y penitenciario, concluyéndose la necesidad de crear leyes que dotaran de seguridad jurídica a los procesos, y realizar en España un «Código criminal, o de leyes penales, en que (...) se graduasen las penas, según la gravedad de los delitos, sus qualidades, pruebas y excepciones»¹¹⁷.

Aunque Ensenada quiso impulsar la creación de este Código, y se le encargó al Tribunal Supremo que consultase sobre los medios de hacer una reforma jurisprudencial, lo cierto es que los trabajos no llegaron a concluirse¹¹⁸; y sería la pragmática de 1771 la que vino a resolver los problemas más perentorios que se estaban suscitando en cuanto a la aplicación de la pena de presidios, con la que se había abierto el expediente.

La pragmática de 1771 supuso una verdadera reforma criminal, de «sabor moderno», en la que por primera vez se distinguía entre los delincuentes cualificados o no cualificados, no ya por la naturaleza del delito, sino por la condición de la persona y su capacidad de enmienda¹¹⁹. Para estos, se prescribía la pena de presidios, que se convirtió a partir de entonces en la principal pena del ordenamiento frente a la ya obsoleta pena de galeras, y para los más cualificados una novedosa pena de arsenales (en los de Ferrol, Cádiz o Cartagena), que venía practicándose al menos desde 1748 como consecuencia de la ambiciosa política militar y de obras públicas puesta en marcha por el Marqués de Ensenada, y que iría decayendo paulatinamente por falta de capacidad para presos¹²⁰.

En 1787, durante el reinado de Carlos IV, hubo un último intento de realizar una suerte de Código criminal ilustrado, más acorde con la realidad de los tiempos, pero dejando a un lado las influencias más subversivas de la nueva ciencia jurídico criminal fraguada en Europa (en él se rechazaba expresamente la filosofía de Beccaria y Filangieri). En opinión de Tomás y Valiente, lo cierto es que el plan se asemejó más a una antigua recopilación que a un proyecto codificador¹²¹, y recibió el encargo de hacerlo un jurista notablemente afecto a la monarquía

117 CONDE DE FLORIDABLANCA. *Respuesta fiscal sobre los presidios*. 1769, comentada por SEMPERE Y GUARINOS, Juan. *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*. Madrid: Imprenta Real, 1785, tomo IV, bajo la voz de Moñino, y especialmente el estudio que realiza sobre la cuestión VALLEJO GARCÍA-HEVIA, José María. *Campomanes y la acción administrativa de la Corona (1762-1802)*. Oviedo: Real Instituto de Estudios Asturianos, 1998, pp. 161-165.

118 CASABO RUIZ, José Ramón. «Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de código criminal de 1787». *Anuario de Derecho Penal*, 22, pp. 313-342, 1969.

119 NoR. 12, 40, 7.

120 La supresión de esta pena se decretó en 1818, poco después del desastre de la marina española en Trafalgar, según TEIJÓN, Vicente. *Colección legislativa sobre cárceles, presidios, arsenales y demás establecimientos penitenciarios*. Madrid, 1886.

121 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de Historia del Derecho español*. Madrid: Tecnos, 1979, pp. 396-397. También en este sentido, CASABO RUIZ, José Ramón. «Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de código criminal de 1787». *Anuario de Derecho Penal*, 22, pp. 313-342, 1969.

de Carlos IV, Antonio Viegas, quien en 1797 presentó a Godoy un trabajo que pretendía mostrarse ilustrado pero no liberal, y resultó confuso e infundado¹²².

Frustrado este nuevo intento, ya a principios del siglo XIX, Juan de la Reguera Valdelomar se basaba en el antiguo *Suplemento* a la Nueva Recopilación encargado a Lardizábal, y quizá también en su trabajo de concordancias de leyes penales, para realizar, utilizando todavía la obsoleta técnica de las recopilaciones, la Novísima Recopilación promulgada por Carlos IV en 1805. Decadente y criticada por muchos¹²³ («vasta mole levantada de escombros y ruinas, edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables»¹²⁴), este fue el resultado al que finalmente se llegó al comenzar un nuevo siglo: el inmovilismo, también en el ámbito del proceso y del derecho penal.

No obstante, hubo avances que ya fueron definitivos. El principal de ellos estuvo representado por el famoso *Discurso sobre las penas* de Lardizábal, que influyó poderosamente en los cambios que estaban por venir en el siglo XIX¹²⁵. Siguiendo principalmente a este autor, cabe destacar también la temprana labor del penalista José Marcos Gutiérrez, en su obra *Práctica Criminal de España* (1804), quien introdujo nuevamente el tema carcelario en el debate jurídico penal con vocación decidida, aunque se podría decir que éste tema nunca se hubo abandonado.

Como vimos, la reforma de las cárceles no venía apadrinada exclusivamente por la nueva filosofía penal, sino que tenía un entronque previo con corrientes humanitarias y filantrópicas. Desde esta perspectiva, y utilizando aún el recurso típico del Absolutismo, la Caridad, Carlos IV amparó e incluso ayudó económicamente a las dos Reales Asociaciones de Caridad, de Señoras y de Caballeros, fundadas respectivamente en 1787 y 1799, para el cuidado, ayuda y corrección de las reclusas y reclusos en las cárceles de Villa y Corte (incluida la Galea de mujeres)¹²⁶.

Además de estas acciones reformistas, desde el Oficio dictado por La Roda en 1776, en el que se abogaba por un detallado estudio sobre los establecimientos penitenciarios, se había comenzado un importante proceso de recogida de información de todas las Audiencias del reino para conocer el estado de las cárceles en sus respectivas jurisdicciones. Sin embargo, debido a las dificultades dimanadas de la propia extensión del proyecto y a la ingente docu-

122 BERMEJO CABRERO, José Luis. «Acotaciones a la última fase del proceso recopilador». *AHDE*, 57, 1987, pp. 217-220.

123 Recogiendo las críticas a la Novísima Recopilación desde Marina hasta Pacheco, pasando por juristas como Manuel Ortíz de Zúñiga, Benito Gutiérrez Fernández, *Examen histórico del Derecho penal*. Madrid, 1866. Facsímil Pamplona: Analecta, 2003, pp. 241-242.

124 MARTÍNEZ MARINA, Francisco. *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*. Madrid, 1820. Sobre el estado de la cuestión, véase CLAVERO, Bartolomé. «La disputa del método en las postrimerías de una sociedad: 1789-1808». *AHDE*, 48, pp. 307-334, 1978.

125 ALONSO PACHECO, Joaquín. *El pensamiento penológico de Lardizábal (Comentario al Discurso sobre las penas)*. [S.l.], 1953; BLASCO, Francisco. *Lardizábal. El primer penalista de América española*. México: Imprenta Universitaria, 1954; RIVACOBÁ, Manuel de. *Lardizábal, un penalista ilustrado*. Santa Fé: Universidad Nacional del Litoral, 1964; y ANTÓN ONECA, José. *El derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal. Revista de Estudios Penitenciarios*, 174, 1966.

126 Un pormenorizado estudio sobre estas Asociaciones, como referente de la reforma penitenciaria, fue realizado por SALILLAS, Rafael. *Evolución penitenciaria de España* (Madrid, 1918, 2 v.). Pamplona: Analecta, 1999, v. 1, pp. 163 ss.

mentación a la que estaba dando lugar, este propósito de reforma quedó detenido en su fase inicial de recogida de datos.

Por su parte, los presidios militares de África, y los presidios civiles de obras públicas que comenzaron a crearse en la península para dar ocupación a los numerosos delincuentes, como el del Prado o el Presidio industrial de Cádiz, se unificaron normativamente a partir de la Real Ordenanza para el gobierno de los Presidios de los arsenales de Marina, de 20 de marzo de 1804, que apostaba por un régimen progresivo de aplicación de las penas, con distinción entre presos corregibles e incorregibles, especial atención en la educación de los jóvenes, establecimiento de un régimen de castigos, y abreviación de la condena como recompensa. Estas mismas características se plasmaron en el Reglamento de los presidios de corrección de Madrid de 1807¹²⁷, que serviría de modelo, junto con el de Cádiz y alguna otra propuesta, para la elaboración final del Reglamento General de los Presidios peninsulares de 12 de septiembre de 1807¹²⁸.

3.2 *Influencias extranjeras*

Cuando los diputados se reunieron en Cortes Extraordinarias en Cádiz (1810), también antes de redactar el mencionado Reglamento de Causas Criminales (1811) –algunos de cuyos preceptos fueron luego recogidos en la Constitución de Cádiz (1812)–, era bien conocida una serie de Declaraciones y textos constitucionales redactados y, en su caso, promulgados a lo largo de algo más de tres décadas, desde 1776 hasta 1808.

Sería ingenuo pensar que los diputados de Cádiz, por mucho afecto y adhesión que sintieran y mostraran hacia la propia tradición jurídica, no tuvieran a la vista los textos americanos (1776, 1789, 1791) y franceses (1789, 1791, 1793, 1795, 1799, 1802, 1804), además del de Bayona (1808), el cual provenía –en buena medida– de estos últimos.

Constatar el peso que tuvo la tradición, como se ha mostrado más arriba, no nos impide ni nos exonera del deber de estudiar y ponderar el grado de influjo que ejercieron los textos americanos y franceses en la Constitución gaditana, a fin de descubrir la confluencia de ambos modelos –el autóctono y el extranjero– en un texto que a su vez llegó a ejercer un notable influjo en el propio constitucionalismo español, así como en el de algunos países de Europa e Hispanoamérica.

No se trata aquí de recoger la ya conocida controversia historiográfica en torno a la influencia francesa de la Constitución de Cádiz¹²⁹, ni de estudiar determinados contenidos del texto gaditano relacionados con las garantías procesales penales, como la libertad¹³⁰, los de-

127 SALILLAS, Rafael. *Evolución penitenciaria de España* (Madrid, 1918, 2 v.). Pamplona: Analecta, 1999, v. 2, p. 212.

128 SALILLAS, Rafael. *Evolución penitenciaria de España* (Madrid, 1918, 2 v.). Pamplona: Analecta, 1999, v. 2, pp. 435-585.

129 A este respecto, véase el exhaustivo análisis historiográfico de PERONA TOMÁS, Dionisio A. «La influencia de la Constitución francesa de 1791 en la española de 1812», In: *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*. Madrid: Espasa Libros, 2011, tomo II. pp. 367-387.

130 GARCÍA RUÍZ, José Luis. «La libertad en la Constitución de Cádiz», In: *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*. Madrid: Espasa Libros, 2011, tomo II. pp. 427-441; sobre las garantías del proceso penal, pp. 434-436. Más adelante, señala el límite establecido por el art. 308 (p. 438).

rechos humanos¹³¹ o incluso el Derecho penal sustantivo¹³², pese a estar tan conexo al procesal¹³³. Nuestro propósito aquí es mucho más concreto, modesto y, en parte, original. Se trata de descubrir –o detectar– las posibles influencias extranjeras de los preceptos gaditanos relativos a las garantías procesales. Decimos «en parte, original» porque, aunque existen estudios que han abordado la influencia francesa en el texto gaditano en general, estos apenas se han ocupado de las mencionadas garantías¹³⁴; si se ha hecho, se ha limitado al estudio comparado con la Constitución de 1791¹³⁵ o, como mucho, con varias francesas (1791, 1793, 1795)¹³⁶, pero no con las posteriores (1799, 1802, 1804), ni con las americanas; y los estudios que se han centrado en el contenido penal-procesal del texto gaditano, poco o nada han dicho con respecto a las influencias extranjeras¹³⁷.

Hacemos a continuación un análisis y descripción sumarias de las posibles influencias, tanto francesas como americanas, que pudieron recibir los preceptos constitucionales gaditanos relativos a las garantías procesales-penales, con dos advertencias previas. Primera, se

131 GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. «Las Cortes de Cádiz y los derechos humanos». In: *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*. Madrid: Espasa Libros, 2011, tomo II. pp. 98-119, donde la autora pone de manifiesto, tras mencionar el habeas corpus regulado en el art. 172.11.ª (p. 113), la posibilidad de suspensión de las garantías procesales del art. 308 (p. 114); sobre la polémica del origen francés o anglosajón de las declaraciones de derechos, véase p. 103, nota al pie n. 14; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. «Los derechos humanos en la Constitución de Cádiz». In: *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*. Madrid: Espasa Libros, 2011, tomo II. pp. 405-426; sobre las garantías del proceso penal, pp. 419-420; más adelante, señala el límite establecido por el art. 308, facultándose al Estado, si «circunstancias extraordinarias» lo exigiesen, la posibilidad de suspender las garantías procesales (p. 421); véase también el estudio de GONZÁLES AMUCHASTEGUI, J. «Acerca del origen de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789». *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense, 2, pp. 117-145, 1983.

132 TORRES SANZ, David. «El liberalismo gaditano ante el Derecho penal». In: *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*. Madrid: Espasa Libros, 2011, tomo II. pp. 277-284; sobre las reformas penales de la Constitución de 1812, véanse pp. 280-282.

133 SAINZ GUERRA, Juan. «La Constitución de 1812: De las reformas penales y procesales a la abolición de la tortura». In: *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*. Madrid: Espasa Libros, 2011, tomo II. pp. 247-276; sobre el Reglamento sobre las causas criminales, véanse pp. 253-261; sobre las reformas penales de la Constitución de 1812, véanse pp. 263-268.

134 Véanse, por ejemplo, las breves notas recogidas tras las referencias recogidas en las notas al pie nn.131, 132 y 134.

135 Esto es lo que sucedió con los –ya clásicos– estudios de VÉLEZ, Rafael de. *Apología del Altar y del Trono*. Madrid, 1818, quien afirmó que 102 artículos de los 384 fueron tomados «casi a la letra» del texto francés de 1791; ARGÜELLES, Agustín. *Examen histórico de la reforma constitucional*. Londres, 1815, defendió el origen histórico de los preceptos gaditanos; LORENZO VILLANUEVA, Joaquín. *Apuntes sobre el arresto de los vocales de Cortes ejecutado en mayo de 1814*. Madrid, 1820 (escritos en la cárcel de la Corona por el diputado Villanueva, como uno de los presos), procuró resaltar los aspectos más discrepantes de ambas constituciones; SEVILLA, Diego. «La Constitución española de 1812 y la francesa de 1791». *Saitabi*, VII, pp. 212-234, 1949, criticó contundentemente la tesis de Vélez; SUÁREZ, Federico. «Sobre las raíces de las Reformas de las Cortes de Cádiz». *Revista de Estudios Políticos*, 126, pp. 31-64, 1963, señaló que, en aquel entonces, «los estudios no permiten todavía afirmaciones rotundas ni conclusiones tan irrefutables que puedan ser aceptadas como seguras sin temor a errores» (p. 64).

136 DIEM, Warren M. «Las fuentes de la Constitución de Cádiz». In: *Estudios sobre Cortes de Cádiz*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1967. pp. 352-486, quien, tras criticar el carácter excesivamente restringido de la comparación entre el texto gaditano y el francés de 1791, optó por ampliarlo a las Constituciones de 1793 y 1795 (pp. 363 ss.); además –como se verá–, apenas se apreció influjo francés en los preceptos gaditanos relativos a las garantías procesales; agradecemos a Dionisio Perona Tomás la gentileza de hacernos llegar una copia de este estudio, máxime en tiempos difíciles como los de la pandemia.

137 Véanse, además de la referencia en la nota al pie n. 134, los estudios de Ramos Vázquez recogidos en las notas al pie nn. 23 y 62.

trata de un análisis comparativo sobre la base de los propios textos –recogidos en este apartado, en texto principal o en nota al pie–; y segunda, conviene notar que la posible inspiración francesa o americana de un precepto no impide –ni es necesariamente incompatible con– la posible confluencia del peso de la propia tradición, ya sea porque existe normativa de la tradición jurídica en el mismo sentido, o porque el precepto francés o americano reguló una cuestión en términos parecidos o análogos a los de la tradición¹³⁸. Esperamos que esta aportación pueda estimular y contribuir a la realización de ulteriores estudios que partan de este análisis introductorio.

El art. 247 de la Constitución dispone lo siguiente:

Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna Comisión, sino por el tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley.

Sin perjuicio de los precedentes históricos de este precepto¹³⁹, ese principio está presente, con una redacción distinta, en la Enmienda VI de la Constitución norteamericana (1791), así como en el art. 96 de la Constitución francesa de 1793:

En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda (Enmienda VI) 140.

En materia penal, ningún ciudadano puede ser juzgado si no es sobre una acusación admitida por un jurado o decretada por el cuerpo legislativo.–Los acusados tienen consejeros elegidos por ellos o nombrados de oficio.–La instrucción es pública.–El hecho y la intencionalidad son declarados por un jurado de sentencia.–La pena es aplicada por un tribunal penal (art. 96 CF 1791)¹⁴¹.

138 A este respecto, pero en el marco de la Codificación penal, véase, por ejemplo, MASFERRER, Aniceto. «Tradition and Foreign Influences in the 19th-century Codification of Criminal Law. Dispelling the Myth of the overall French Influence in Europe and Latin America». In: MASFERRER, Aniceto (ed.). *The Western Codification of Criminal Law: The Myth of its Predominant French Influence Revisited*. Dordrecht-Heidelberg-London-New York: Springer, 2018 (Collection “History of Law and Justice”). pp. 3-50.

139 A pesar de que ya algunas leyes bajomedievales, como las de F. R. 1, 7, 2, F. R. 1, 7, 4, P. 3, 4, 6, P. 3, 4, 7, P. 3, 4, 17, P. 3, 4, 18, o P. 7, 62, 2, pretendieron estructurar un sistema estable de jueces ordinarios, tratando de evitar en lo posible que la justicia se dejara en manos de comisiones especiales o jueces pesquisidores, y de que este sistema de Administración de justicia ordinaria se vio fortalecido a partir del reinado de los Reyes Católicos con la creación de las Reales Audiencias y la delimitación competencial de las causas de cada instancia o juzgado, en la práctica no podía evitarse que, tanto en el ámbito de lo civil como en el ámbito de lo criminal, la competencia ordinaria atribuida al Corregidor de cada ciudad en primera instancia a veces se viera sustraída por comisiones especiales o jueces pesquisidores nombrados por el Rey; véase en este sentido CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo. *Política para corregidores y señores de vasallos*. Amberes, 1704, libro 2, cap. 20 y cap. 21, en tomo 1, fols. 640-710.

140 Enmienda VI, 16.12.1791; la letra cursiva es nuestra.

141 Art. 96, Constitución francesa, 1793; la letra cursiva es nuestra.

Como puede apreciarse, el precepto gaditano se acerca más al contenido del texto americano que del francés, el cual no recoge en realidad el principio de que sólo un *tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley*, podrá juzgar a un presunto delincuente. Tampoco la Constitución de 1791 recogió nada al respecto. Algo más se acercaba, en cambio, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (DDHC), cuyo artículo 7 empezaba diciendo:

*Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito*¹⁴².

Mientras la Enmienda VI sí recoge la idea de un tribunal (en ese caso, de un jurado) predeterminado por la ley, los textos franceses se refieren más bien al principio de legalidad en materia penal¹⁴³, el art. 7 DDHC de modo explícito y el art. 96 CF implícitamente, prescribiendo la presencia de un tribunal (también ahí de un jurado), pero sin referirse de forma expresa a que éste debe estar «determinado con anterioridad por la ley» (art. 247 CE 1812) o «determinado previamente por la ley» (Enmienda VI, 1791).

Otro importante principio es el recogido en el art. 286, que reza como sigue:

Las leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal de manera que el proceso sea formado con brevedad y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados (art. 286 CE 1812).

Este precepto guarda relación con el art. 10 del *Reglamento para Causas Criminales* (RCC) de 1811, al ocuparse de la conveniencia de que los juicios sean breves, cuestión que hundía sus raíces en la propia tradición, la cual explica la redacción del mencionado precepto en los siguientes términos:

Nada ofende tanto a la administración de justicia en el castigo de los crímenes como las largas y supérfluas dilaciones en las causas; porque entonces una compasión mal entendida se pone entre la vindicta pública y el reo, y no se ve más que al desgraciado, particularmente si éste se halla fuera del territorio en que se cometió el delito: por esto ninguna causa criminal podrá extenderse por más tiempo que el de ciento veinte días (art. 10, RCC 1811).

Una mención expresa a la conveniencia de que los procesos se ventilen con brevedad o «rápidamente» aparece en la Enmienda VI del texto norteamericano: «el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente», referencia o extremo que no se encuentra en ningún texto francés.

142 Art. 7, *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*; la letra cursiva es nuestra; téngase en cuenta que este artículo formó parte de la CF 1793, recogándose como parte introductoria del Acta Constitucional de 24.6.1793 (art. 10), como sucedió con la CF 1795 (art. 8).

143 MASFERRER, Aniceto. «The Principle of Legality and Codification in the 19th-century Western Criminal Law Reform». In: MARTYN, Georges; MUSSON, Anthony; PIHLAJAMÄKI, Heikki (ed.). *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle: Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*. Duncker & Humblot, 2013. pp. 253-293.

Pero más importante que la cuestión relativa a la brevedad de los procesos «a fin de que los delitos sean prontamente castigados», es la otra prescripción de este mismo precepto, al establecer que «[l]as leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal de manera que el proceso sea formado (...) sin vicios» (art. 286 CE 1812), esto es, conforme a la legalidad vigente. Por tanto, no sólo las causas deben ser resueltas «por el tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley» (art. 247 CE 1812), sino que también deben regirse con arreglo a leyes «de manera que el proceso sea formado (...) sin vicios» (art. 286 CE 1812), principio refrendado en otro artículo, según el cual «[e]l proceso (...) será público en el modo y forma que determinen las leyes» (art. 302 CE 1812). Carecería de sentido interpretar de modo restrictivo ese precepto, arguyendo que el principio de legalidad respecto al «modo y forma que determinen las leyes» tan sólo afectaba a la publicidad y no al resto del proceso. Y menos si se recurre a una interpretación sistemática, incluyendo el mencionado art. 286 CE 1812.

Además de estos dos preceptos genéricos, según los cuales las causas criminales deben ser juzgadas por un tribunal predeterminado por la ley y los juicios deben desarrollarse «con brevedad y sin vicios» (esto es, sin conculcar las reglas procedimentales establecidas legalmente), la Constitución gaditana recogió otros artículos de contenido procesal-penal, en su mayoría en torno a las *garantías de la detención* (arts. 172.11, 287-292 CE 1812) y, en su caso, *de la prisión preventiva* (arts. 293-300 CE 1812). Veamos, primero, los relativos a la *detención*, recogiendo cada precepto y examinando brevemente sus posibles influencias:

No puede el Rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna. El secretario del Despacho que firme la orden, y el juez que la ejecute, serán responsables a la Nación, y castigados como reos de atentado contra la libertad individual.

Sólo en el caso de que el bien y seguridad del Estado exijan el arresto de alguna persona, podrá el Rey expedir órdenes al efecto; pero con la condición de que dentro de cuarenta y ocho horas deberá hacerla entregar a disposición del tribunal o juez competente (art. 172.11).

Este precepto no encuentra precedente en ningún texto constitucional moderno previo al gaditano, tampoco en la primera constitución francesa (1791), que estableció una monarquía constitucional. Los diputados gaditanos quisieron dejar claro que la monarquía carecía de cualquier prerrogativa que le permitiera privar a algún individuo de su libertad («No puede el Rey privar a ningún individuo de su libertad»), y que sólo en caso que «el bien y seguridad del Estado exijan el arresto de alguna persona», se facultaba al Rey la expedición de ordenar la detención a alguien, y añadía: «pero con la condición de que dentro de cuarenta y ocho horas deberá hacerla entregar a disposición del tribunal o juez competente» (art. 172.11 *in fine*). Quedaba así claro que una Constitución moderna podía ser, al mismo tiempo, monárquica (de ahí su título «Constitución política de la Monarquía española») y liberal (es decir, respetuosa con las libertades fundamentales). Además, ese precepto estaba en consonancia con los recogidos en el Título V («De los tribunales y de la Administración de Justicia

en lo civil y en lo criminal»), Capítulo III («De la administración de justicia en lo criminal»), de los que nos ocupamos a continuación.

Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho por el que merezca, según la ley, ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión (art. 287 CE 1812).

Este precepto procede, como resulta evidente, del art. 2 RCC 1811:

Para poner preso á un español debe preceder una información sumaria del hecho que debe ser castigado con pena corporis afflictiva, y darse auto de prisión. El juez que proceda de otra suerte, por el mismo hecho será destituido de su empleo, á menos que el reo sea aprehendido infraganti; pero aún entonces deberá procederse á formalizar a sumaria inmediatamente.

La parte reseñada en letra cursiva refleja a las claras la procedencia de este texto constitucional gaditano. ¿Y de dónde procedió el contenido de ese art. 2 RCC 1811? No es fácil responder a esta cuestión a la luz de los textos constitucionales anteriores a 1811. Quizá guarde un cierto parecido con el art. 10 CF 1791 (del Tít. III, Cap. 5)¹⁴⁴, pero a nuestro juicio las diferencias son excesivas como para aventurar o considerar seriamente la hipótesis de una posible inspiración del precepto gálico en el gaditano¹⁴⁵. Tampoco hemos encontrado texto alguno en las Declaraciones y constitución norteamericanas que permita sostener un origen o influjo transatlántico.

Toda persona deberá obedecer estos mandamientos: cualquiera resistencia será reputada delito grave (art. 288 CE 1812).

Cuando hubiere resistencia o se temiere la fuga, se podrá usar de la fuerza para asegurar la persona (art. 289 CE 1812).

144 Art. 10 CF 1791 (del Tít. III, Cap. 5): «Ningún hombre puede ser prendido más que para ser conducido ante un oficial de policía; nadie puede ser arrestado o detenido más que en virtud de un mandato de un oficial de policía, de una ordenanza de un tribunal, de un decreto de acusación del Cuerpo legislativo, en el caso de que le corresponda pronunciarse, o de un fallo de condena a prisión o detención correccional»; véanse también varios arts. del CF 1795, a saber, art. 222 CF 1795: «Nul ne peut être saisi que pour être conduit devant l'officier de police; et nul ne peut être mis en arrestation ou détenu qu'en vertu, d'un mandat d'arrêt des officiers de police, ou du Directoire exécutif, dans le cas de l'article 145, ou d'une ordonnance de prise de corps, soit d'un tribunal, soit du directeur du jury d'accusation, ou d'un décret d'accusation du Corps législatif, dans le cas où il lui appartient de la prononcer, ou d'un jugement de condamnation à la prison ou détention correctionnelle», art. 223 CF 1795: «Pour que l'acte qui ordonne l'arrestation puisse être exécuté, il faut: -1° Qu'il exprime formellement le motif de l'arrestation, et la loi en conformité de laquelle elle est ordonnée; 2° Qu'il ait été notifié à celui qui en est l'objet, et qu'il lui en ait été laissé copie»; así como el art. 77 CF 1799: «Pour que l'acte qui ordonne l'arrestation d'une personne puisse être exécuté, il faut: 1° Qu'il exprime formellement le motif de l'arrestation, et la loi en exécution de laquelle elle est ordonnée; 2° Qu'il émane d'un fonctionnaire à qui la loi ait donné formellement ce pouvoir; 3° Qu'il soit notifié à la personne arrêtée, et qu'il lui en soit laissé copie».

145 En contra de lo apuntado por Diem en su comparativa recogida en «Las fuentes de la Constitución de Cádiz». In: *Estudios sobre Cortes de Cádiz*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1967, p. 469.

El influjo extranjero de estos dos preceptos sí es claro. Ambos provienen del art. 7 *in fine* de la DDHC 1789, que reza del siguiente modo:

Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; *pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia*¹⁴⁶.

Como puede observarse, el contenido de la letra cursiva bien pudo perfectamente inspirar el texto de los arts. 288 y 289 CE 1812¹⁴⁷. No se optó por copiar el texto francés, sino por recoger su contenido fundamental, «pero con matices propios»¹⁴⁸, como el de reputar la resistencia como «delito grave» (art. 288 CE 1812) o el de permitir el uso «de la fuerza para asegurar la persona» (art. 289 CE 1812) extremos bien ajenos al texto francés (art. 7 *in fine* DDHC 1789).

El arrestado, antes de ser puesto en prisión, será presentado al juez, siempre que no haya cosa que lo estorbe, para que le reciba declaración; mas, si esto no pudiere verificarse, se le conducirá a la cárcel en calidad de detenido, y *el juez le recibirá la declaración dentro de las veinticuatro horas* (art. 290 CE 1812).

Este precepto, que en parte fue tomado del art. 5 RCC 1811¹⁴⁹, pudo inspirarse en el art. 11 CF 1791 (del Tít. III, Cap. 5)¹⁵⁰, que empieza como sigue:

Cualquier hombre prendido y conducido ante el oficial de policía será examinado en el acto o *como mucho no más allá de veinticuatro horas*. Si del examen resulta que no hay contra él ningún sujeto de inculpación, será puesto enseguida en libertad; si ha lugar a su envío a la cárcel, éste se llevará a cabo en el más breve plazo posible que, en ningún caso, podrá exceder de tres días¹⁵¹.

Es cierto que tanto el art 5 RCC 1811 como el art. 11 CF 1791 (del Tít. III, Cap. 5) recogían el límite de las 24 horas, pero conviene notar una notable diferencia: mientras el texto gaditano impedía poner en prisión a nadie sin una expresa orden judicial dentro de las primeras 24 horas desde la detención (art. 290 CE 1812), el texto francés concedía ese plazo a

146 Precepto que fue recogido en diversas Constituciones francesas, a saber, los arts. 10 CF 1793 y 8 CF 1795 (al incluirse la Declaración al principio de estos dos textos constitucionales).

147 Diem, en «Las fuentes de la Constitución de Cádiz». In: *Estudios sobre Cortes de Cádiz*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1967, p. 470, detectó la inspiración francesa (art. 7 DDHC 1789) del art. 289 CE 1812, pero no del 288.

148 Con esa categoría recoge Diem el posible influjo francés de algunos preceptos del texto gaditano (DIEM, Warren M. «Las fuentes de la Constitución de Cádiz». In: *Estudios sobre Cortes de Cádiz*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1967, pp. 437-483).

149 Art. 5 RCC 1811: «Ninguno podrá ser detenido preso más de veinticuatro horas sin que se le diga la causa de su prisión, que se halle justificada sumariamente, y que se le instruya del nombre de su acusador»; la letra cursiva es nuestra.

150 DIEM, Warren M. «Las fuentes de la Constitución de Cádiz», In: *Estudios sobre Cortes de Cádiz*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1967, pp. 470-471.

151 El art. 11 CF 1791 (del Tít. III, Cap. 5); véase también el art. 224 CF 1795: «Toute personne saisie et conduite devant l'officier de police sera examinée sur-le-champ, ou dans le jour au plus tard».

la policía para examinar al supuesto delincuente, pasado el cual, sí se hubieran comprobado posibles indicios de delito, se añadía un plazo adicional de tres días para meterle en prisión (art. 11 CF 1791, del Tít. III, Cap. 5). Las diferencias entre ambos preceptos, con respecto a su contenido garantista, son bastante notables, no sólo por la diversidad de plazos, sino también por el protagonismo de la autoridad policial en uno (francés) y judicial en otro (español).

La declaración del arrestado será sin juramento, que a nadie ha de tomarse en materias criminales sobre hecho propio (art. 291 CE 1812).

Este precepto no parece haber necesitado de influjo extranjero alguno. Recoge un principio relacionado con la conocida regla según la cual «nadie puede ser obligado a declarar en su contra» (*nemo tenetur edere contra se*)¹⁵², presente en la tradición penal¹⁵³, y que apareció en la *Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia* (DDPV):

Que en todo proceso capital o criminal un hombre tiene el derecho a (...) presentar evidencia a su favor (...); *ni puede ser obligado a dar evidencia en su contra* (DDPV 1776, VIII).

La V Enmienda de la Constitución norteamericana dispuso que a nadie «se le obligará a declarar contra sí mismo en ningún juicio criminal». El texto gaditano fue más allá de los mencionados textos norteamericanos al reconocer ese derecho desde el momento del arresto, prohibiendo que la declaración del detenido se hiciera bajo juramento, para permitirle así poder hablar con más libertad y sin temor al juramento contraído al inicio de su intervención ante la autoridad policial o judicial. La referencia expresa al juramento y su conexión con la regla de que «nadie puede ser obligado a declarar en su contra», parece constituir un aspecto genuino del texto gaditano que, como se verá, sería más tarde recogido en varias Constituciones hispanoamericanas.

Infraganti, todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez: presentado o puesto en custodia, se procederá en todo como se previene en los dos artículos precedentes (art. 292 CE 1812).

152 Otra similar es la de que «nadie está obligado a acusarse a sí mismo» (*nemo tenetur se ipsum accusare*).

153 A pesar de que el derecho a no autoincriminarse tuvo su origen en el derecho romano clásico, en defensa de un procedimiento penal garantista y técnico, cuando en la época altomedieval se perdió el tecnicismo del derecho, ante las dificultades de obtener otro tipo de pruebas objetivas, el elemento germánico permitió que los procedimientos se basaran fundamentalmente en los juramentos de las partes (juramento de manquadra, juramento de cojuradores o juramento purgatorio) y en las pruebas testificales que pudieran sumarse a los mismos a través de «cojuradores»; véase, entre otros, LÓPEZ ORTIZ, José. «El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista antes de la recepción romano-canónica». *AHDE*, 14, 1942-1943, pp. 209 ss. Los textos de la Recepción del *ius commune*, como el Fuero Real y las Partidas, trataron de recuperar el proceso penal de carácter técnico del derecho canónico y el derecho romano, exigiendo que se basara en pruebas objetivas («pruebas claras como la luz, en que no uenga ninguna dubda», recogería P. 3, 14, 8), entre las que se contemplaba, no obstante, la confesión con o sin tortura previa. Sin embargo, de forma subsidiaria, excepcional, y solo como alternativa a la dificultad de probar los hechos, se siguió manteniendo el juramento de las partes como último vestigio del sistema probatorio altomedieval, (F. R. 2, 12, 4 y 5, P. 3, 2, 1 y 2); al respecto, véase ALONSO ROMERO, María Paz. *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca: Diputación Provincial de Salamanca, 1982, pp. 33 y 46-54.

Este supuesto especial de detención por haber sorprendido al delincuente en la comisión del delito (delito flagrante o *infraganti*), ya recogido en el art. 2 RCC 1811 *in fine*¹⁵⁴, lejos de haber recibido influjo extranjero alguno, parece ser otro aspecto genuino del gaditano que también fue más tarde recogido en varias Constituciones hispanoamericanas. Como puede observarse, ante un delito flagrante, «todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez», pero a partir de entonces debía de procederse como de ordinario.

Analicemos a continuación los artículos relacionados de un modo más directo con la prisión preventiva (arts. 293-300 CE 1812):

Si se resolviere que al arrestado se le ponga en la cárcel, o que permanezca en ella en calidad de preso, se proveerá auto motivado, y de él se entregará copia al alcaide para que la inserte en el libro de presos, sin cuyo requisito no admitirá el alcaide a ningún preso en calidad de tal, bajo la más estrecha responsabilidad (art. 293 CE 1812).

Aquí se inicia una nueva fase, en la cual, de cumplirse unas exigencias concretas («auto motivado, y de él se entregará copia al alcaide para que la inserte en el libro de presos»), puede resolverse que el detenido ingrese en prisión. El contenido y estructura fundamental de este precepto guarda un cierto parecido con el art. 14 CF 1791 (del Tít. III, Cap. 5):

Ningún guardián o carcelero puede encarcelar ni retener a ningún hombre si no es en virtud de un mandato u orden de detención, decreto de acusación o fallo mencionado en el artículo 10, y sin que se haga su transcripción en su registro¹⁵⁵.

Como puede apreciarse, la similitud no es textual sino conceptual y muy elemental, hasta el punto que cabría sintetizarlo del siguiente modo: ningún alcaide puede permitir el ingreso de nadie en prisión sin el correspondiente «auto motivado» o, según el texto francés, sin «un mandato u orden de detención, decreto de acusación o fallo [de condena a prisión o detención correccional]». Por lo demás, una lectura atenta de ambos textos muestra que sus diferencias, tanto formales y terminológicas como sustantivas, no son menores¹⁵⁶. Así, por ejemplo, mientras el precepto francés contempla la posibilidad de que ese ingreso tenga lugar

154 Art. 2 RCC 1811: «Para poner preso á un español debe preceder una información sumaria del hecho que debe ser castigado con pena *corporis afflictiva*, y darse auto de prisión. El juez que proceda de otra suerte, por el mismo hecho será destituido de su empleo, á menos que el reo sea aprehendido *infraganti*; pero aún entonces deberá procederse á formalizar a sumaria inmediatamente».

155 Véase la correspondencia con el art. 228 CF 1795: «Nul gardien ou geôlier ne peut recevoir ni retenir aucune personne qu'en vertu d'un mandat d'arrêt, selon les formes prescrites par les articles 222 et 223, d'une ordonnance de prise de corps, d'un décret d'accusation ou d'un jugement de condamnation à prison ou détention correctionnelle, et sans que la transcription en ait été faite sur son registre»; art. 78 CF 1799: «Un gardien ou geôlier ne peut recevoir ou détenir aucune personne qu'après avoir transcrit sur son registre l'acte qui ordonne l'arrestation: cet acte doit être un mandat donné dans les formes prescrites par l'article précédent, ou une ordonnance de prise de corps, ou un décret d'accusation ou un jugement».

156 Como en parte entendió Diem al integrar este precepto gaditano entre los que contienen «matices propios» con respecto al texto francés (DIEM, Warren M. «Las fuentes de la Constitución de Cádiz», In: *Estudios sobre Cortes de Cádiz*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1967, p. 471).

tras el fallo condenatorio, el español tan sólo se refiere al supuesto de prisión preventiva o provisional, anterior al inicio del proceso penal.

Sólo se hará embargo de bienes cuando se proceda por delitos que llevan consigo responsabilidad pecuniaria, y en proporción a la cantidad a que ésta pueda extenderse (art. 294 CE 1812).

Este precepto tampoco parece haber recibido influencia de ningún texto extranjero. No cabe decir lo mismo con respecto al siguiente precepto:

No será llevado a la cárcel el que dé fiador en los casos en que la ley no prohíba expresamente que se admita la fianza (art. 295 CE 1812).

Aunque este artículo fue tomado del RCC 1811, en concreto del art. 25¹⁵⁷, resulta evidente la relación –pese a su redacción con una formulación distinta, quizá buscada de intento– con el art. 12 CF 1791 (del Tít. III, Cap. 5):

En aquellos casos en que la ley permita quedar libre bajo fianza, ningún hombre detenido puede ser retenido, si entrega fianza suficiente.

También en relación con la fianza, del texto gaditano recogió el siguiente artículo:

En cualquier estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al preso pena corporal, se le pondrá en libertad, dando fianza (art. 296 CE 1812).

Este precepto viene a completar, quizá de un modo algo reiterativo, lo dispuesto en el art. 287 CE 1812, según se ha visto más arriba. Si no cabe que ningún español sea preso por un «hecho por el que merezca, según la ley, ser castigado con pena corporal» (art. 287 CE 1812), es lógico –y casi resulta innecesario consignarlo– que, si se comprobara que al preso en ningún caso podría recaerle tal pena corporal, «se le pondrá en libertad, dando fianza» (art. 296 CE 1812). Este precepto fue tomado del art. 1 RCC 1811¹⁵⁸, el cual se relaciona, a su vez, con el art. 25 RCC 1811, ya mencionado más arriba, según el cual «[n]adie podrá ser preso por deuda».

Además, quizá resonaban en algunos diputados gaditanos algunos textos norteamericanos, como el de la DDPV 1776, según el cual «no se debe exigir fianza excesiva, ni imponer multas excesivas» (IX), texto que pasó –con una redacción casi idéntica– a la VII Enmienda de la Constitución norteamericana (1791): «No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas».

Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar, y no para molestar a los presos; así, el alcaide tendrá a éstos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación; pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos (art. 297 CE 1812).

157 Compárese el art. 295 CE 1812 que se acaba de transcribir en texto principal con el art. 25 RCC 1811, que dispone lo siguiente: «Nadie podrá ser preso por deuda, aunque sea á favor del fisco, ni por las contribuciones; y estas y aquellas se exigirán de los bienes, pero sin prisión».

158 Compárese el art. 296 CE 1812 que se acaba de transcribir en texto principal con el art. 1 RCC 1811, que dispone lo siguiente: «Ningún español podrá ser preso sino por delito que merezca ser castigado con pena capital, ó sea corporis afflictiva».

La primera parte de este precepto fue tomado –de forma literal– del art. 21 RCC 1811¹⁵⁹, que a su vez hunde sus raíces –como ya se vio¹⁶⁰– en un texto de Partidas (P. 7, 29, 6-7), así como en la preocupación por el penoso estado de las prisiones a principios del siglo XIX. Por lo demás, nada impide pensar que los diputados gaditanos también pudieran tener presente el contenido de dos textos extranjeros adicionales, aunque no pueda afirmarse que éstos pudieran llegar a influir la redacción del art. 297 CE 1812:

Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, *todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley* (art. 9 DDHC 1789).

No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, *ni se infligirán penas crueles y desusadas* (Enmienda de la Constitución norteamericana, 1791, VIII).

En cualquier caso, la mencionada preocupación por el lamentable estado de las prisiones aflora de nuevo con un artículo cuyo contenido tampoco parece haber podido ser tomado de ningún texto constitucional extranjero:

La ley determinará la frecuencia con que ha de hacerse la visita de cárceles, y no habrá preso alguno que deje de presentarse a ella bajo ningún pretexto (art. 298 CE 1812).

El contenido garantista –y la actitud de consideración hacia los presos– de este precepto es evidente y no requiere de comentario alguno. Sin embargo, en Francia, la preocupación que reflejan sus preceptos constitucionales con respecto a las cárceles parece ser más bien otra, a saber, la de que nadie fuera «conducido o detenido en lugares que no estén legal y públicamente designados para servir de cárcel, juzgado o prisión» (art. 13 CF 1791, del Tít. III, Cap. 5)¹⁶¹, extremo reiterado en otro artículo del mismo texto constitucional¹⁶². Si

159 Art. 21 RCC 1811: «Las cárceles no son para molestar a los reos, sino para su custodia; y deberán ser las más anchurosas y sanas, y con las comodidades posibles».

160 Véanse las notas al pie nn. 37 y 64, así como sus correspondientes textos principales.

161 Art. 13 CF 1791 (del Tít. III, Cap. 5): «Ningún hombre, en el caso de que la detención esté autorizada por la ley, puede ser conducido o detenido en lugares que no estén legal y públicamente designados para servir de cárcel, juzgado o prisión»; véase también el art. 227 CF 1795: «Nulle personne arrêtée ne peut être retenue, si elle donne caution suffisante, dans tous les cas où la loi permet de rester libre sous le cautionnement».

162 Art. 16 CF 1791 (del Tít. III, Cap. 5): «Todo hombre, cualquiera que sea su puesto o su empleo, al que la ley le conceda el derecho de arrestar a otros o de entregar, firmar, ejecutar o hacer ejecutar la orden de arresto de un ciudadano o de cualquiera, también en el caso de arresto autorizado por la ley, *que conduzca, encarcele o retenga a un ciudadano en un lugar de detención que no esté pública y legalmente establecido* y cualquier guardián o carcelero que contravenga las disposiciones de los artículos 14 y 15, serán culpables de un crimen de detención arbitraria»; la letra cursiva es nuestra; véase también el art. 231 CF 1795: «Tout homme, quelle que soit sa place ou son emploi, autre que ceux à qui la loi donne le droit d'arrestation, qui donnera, signera, exécutera ou fera exécuter l'ordre d'arrêter un individu, recevra ou retiendra un individu dans un lieu de détention non publiquement et légalement désigné et tous les gardiens ou geôliers qui contreviendront aux dispositions des trois articles précédents, seront coupables du crime de détention arbitraire»; art. 81 CF 1799: «Tous ceux qui, n'ayant point reçu de la loi le pouvoir de faire arrêter, donneront, signeront, exécuteront l'arrestation d'une personne quelconque; tous ceux qui, même dans le cas de l'arrestation autorisée par la loi, recevront ou retiendront la personne arrêtée, dans un lieu de détention non publiquement et légalement désigné comme tel, et tous les gardiens ou geôliers qui contreviendront aux dispositions des trois articles précédents, seront coupables du crime de détention arbitraire».

coinciden ambos textos, el español y el francés, en lo que respecta a la amenaza de castigo dirigida al alcaide o carcelero que incurriera en una detención arbitraria:

El juez y el alcaide que faltaren a lo dispuesto en los artículos precedentes, serán castigados como reos de detención arbitraria, la que será comprendida como delito en el Código criminal (art. 299 CE 1812).

La amenaza de castigo por incurrir en una «detención arbitraria» se recogía ya en el art. 16 CF 1791 (del Tít. III, Cap. 5) *in fine*, con carácter general, es decir, «cualquiera que sea su puesto o su empleo», y no sólo al «guardián o carcelero que contravenga las disposiciones [legales vigentes]»¹⁶³. Este precepto pasó –tras la oportuna traducción al castellano– al art. 132 del Estatuto de Bayona (EB) de 1808¹⁶⁴. A la vista de estos precedentes, el texto gaditano optó por una redacción más escueta y delimitada, amenazando con el castigo por detención arbitraria al «juez y el alcaide que faltaren a lo dispuesto en los artículos precedentes» (art. 299 CE 1812). En cualquier caso, en este artículo el influjo francés es innegable¹⁶⁵.

Dentro de las veinticuatro horas se manifestará al tratado como reo la causa de su prisión, y el nombre de su acusador, si lo hubiere (art. 300 CE 1812).

Este precepto –relacionado con el art. 290 CE 1812–, al prescribir la necesidad de poner en conocimiento del detenido o reo –dentro del plazo de 24 horas– «la causa de su prisión, y el nombre de su acusador, si lo hubiere», fue tomado –de modo casi literal– del art. 5 RCC 1811:

Ninguno podrá ser detenido preso más de veinticuatro horas sin que se le diga la causa de su prisión, que se halle justificada sumariamente, y que se le instruya del nombre de su acusador.

¿Y de dónde provino este precepto? Como ya se dijo¹⁶⁶, el plazo de las *veinticuatro horas* pudo inspirarse en el art. 11 CF 1791 (del Tít. III, Cap. 5). Sin embargo, con respecto a la prescripción de «que se le instruya del nombre de su acusador», no existe precedente en ningún otro texto constitucional anterior, salvo una referencia genérica en la DDPV 1776, VIII, según la cual «en todo proceso capital o criminal un hombre tiene derecho a exigir la causa y naturaleza de su acusación; *a ser confrontado con los acusadores y testigos...*»¹⁶⁷, así como la VI Enmienda de la Constitución norteamericana (1791), cuyo contenido tiene partes casi

163 Véase el Art. 16 CF 1791 (del Tít. III, Cap. 5) transcrito íntegramente en la nota al pie n. 163.

164 Art. 132 EB 1808: «Todos aquellos que no habiendo recibido de la ley la facultad de hacer prender, manden, firmen y ejecuten la prisión de cualquiera persona, todos aquellos que aun en el caso de una prisión autorizada por la ley reciban o detengan al preso en un lugar que no esté pública y legalmente destinado a prisión, y todos los alcaides y carceleros que contravengan a las disposiciones de los tres artículos precedentes, incurrirán en el crimen de detención arbitraria».

165 Como ya apuntó DIEM, Warren M. «Las fuentes de la Constitución de Cádiz», In: *Estudios sobre Cortes de Cádiz*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1967, pp. 471-472.

166 Véanse las notas al pie nn. 150 y 151, así como su correspondiente texto principal.

167 DDPV 1776, VIII: «Que en todo proceso capital o criminal un hombre tiene el derecho a exigir la causa y naturaleza de su acusación; *a ser confrontado con los acusadores y testigos*; a presentar evidencia a su favor, y a un juicio rápido por un jurado imparcial de su vecindario, sin cuyo consenso unánime no puede ser encontrado culpable;

literales tomados de la Declaración de Virginia, como resulta evidente con la simple lectura de ambos textos¹⁶⁸. No parece, sin embargo, que sean éstas las fuentes inspiradoras del texto gaditano, con el que quizá se buscó un gesto rupturista hacia uno de los puntos más criticados de los procesos inquisitoriales¹⁶⁹.

Lo mismo cabe decir con respecto a la toma de confesión del presunto delincuente, cuestión recogida en el art. 301 CE 1812:

Al tomar la confesión al tratado como reo, se le leerán íntegramente todos los documentos y las declaraciones de los testigos, con los nombres de éstos; y si por ellos no los conociere, se le darán cuantas noticias pida para venir en conocimiento de quiénes son.

Este precepto es tan garantista, que no es comparable a cualquier otro texto constitucional anterior. Su contenido no tiene parangón ni correspondencia alguna con otros textos extranjeros, salvo los ya mencionados (DDPV 1776, VIII; VI Enmienda CEUA 1791), que también mencionan a los testigos¹⁷⁰, pero cuyas redacciones están muy alejadas del texto gaditano.

Una vez tomada la confesión al reo (art. 301 CE 1812), los dos artículos siguientes prescriben dos principios fundamentales del proceso penal: su carácter público (art. 302 CE 1812) y la prohibición del uso del tormento y de los apremios (art. 303 CE 1812). Empecemos por el primero, que reza como sigue:

El proceso, de allí en adelante, será público en el modo y forma que determinen las leyes (art. 302 CE 1812).

Aunque el principio de publicidad del proceso penal no fue un descubrimiento de los Ilustrados, ni una conquista del Derecho penal decimonónico¹⁷¹, es innegable que la caída de

ni puede ser obligado a dar evidencia en su contra; que ningún hombre puede ser privado de su libertad excepto por la ley del país o el juicio de sus pares»; la letra cursiva es nuestra.

168 VI Enmienda CNA 1791: «En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda».

169 Recogiendo la herencia del derecho canónico y romano, P. 7, 1, 14, y posteriormente otras normas como la contenida en las Ordenanzas de Alcalá de 1503, cap. 3 (N. R. 4, 2, 4 y NoR. 11, 3, 4), se exigía como requisito de la acusación la expresión del nombre del acusador, la referencia del delito, la fecha, el lugar, etc. Sin embargo, en la práctica judicial estos requisitos dejaron de practicarse durante la Edad Moderna en pro de la persecución pública de los delitos. Una vez notificados los hechos al juez, en los procedimientos inquisitivos o acusatorios el denunciante o acusador podía desaparecer del proceso sin que se le notificara al acusado quién le denunciaba ni por qué, al respecto, véase ALONSO ROMERO, María Paz. *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca: Diputación Provincial de Salamanca, 1982, pp. 183-188.

170 Véanse las notas al pie nn. 168 y 169.

171 La publicidad del proceso penal como garantía del procesado ya estaba reconocida en algunos procedimientos del derecho romano, como muestra ADINOLFI, Giulio. «Extremismos en tema de “accusatio” e “inquisitio” en el proceso penal romano». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, 31, pp. 37-60, 2009. También era una garantía reconocida en nuestro derecho histórico patrio, como se comprueba en F. J. 7, 4, 7 o P. 7, 1, 14. Pero, nuevamente, la imposición del *ius puniendi* como un ejercicio público del poder de castigar durante el Absolutismo de la

las Monarquías absolutas, propias del Antiguo Régimen, y la aprobación de las Constituciones modernas, norma fundamental del nuevo sistema político liberal, crearon las condiciones necesarias para que este principio –como tantos otros– no sólo se reconociera (en teoría), sino que además pudiera observarse (en la práctica), cosa más difícil –si no, imposible– en el marco de un sistema político absolutista. Es lógico, pues, que los primeros textos Constitucionales consagraran expresamente este principio, cada uno a su modo. La Constitución de Cádiz lo hizo así, otros textos constitucionales de otro modo. Transcribimos a continuación esa diversidad de formas, dejando al lector que juzgue por sí mismo:

(...) *La instrucción será pública.* (...) (art. 9 CF 1791, del Tít. III, Cap. 5)¹⁷².

En toda causa criminal, el acusado gozará del *derecho de ser juzgado rápidamente y en público* por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido. (...) (VI Enmienda CEUA 1791).

El proceso penal será público. (...) (art. 106 Estatuto de Bayona, 1808).

No parece que los diputados gaditanos necesitaron recabar inspiración en alguno de estos preceptos, pese a ser conocedores de todos ellos. Además, tanto el lugar que ocupa este precepto en el conjunto del articulado relativo a las garantías, como su concreta redacción, muestran una notable originalidad¹⁷³.

El artículo relativo a la prohibición del tormento y los apremios es breve y taxativo:

No se usará nunca del tormento ni de los apremios (art. 303 CE 1812).

El principio de que no conviene maltratar al reo más allá de lo estrictamente necesario, conforme a una concepción más humanitaria del Derecho y al principio de presunción de inocencia, está presente en varios textos constitucionales anteriores al gaditano. Recogemos aquí escuetamente los más destacables:

Que no se debe exigir fianza excesiva, *ni imponer multas excesivas; ni infligir castigos crueles o inusuales* (DDPV 1776, IX).

Edad Moderna, determinó que se optara por el secreto de las actuaciones procesales durante toda la fase sumarial o de instrucción de la causa, para evitar que el reo pudiera entorpecer la investigación; al respecto, véase ALONSO ROMERO, María Paz. *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca: Diputación Provincial de Salamanca, 1982, pp. 190-191. Será nuevamente el pensamiento ilustrado y racionalista de finales del siglo XVIII, representado fundamentalmente por Cesare Beccaria, el que recupere la idea de la publicidad del proceso penal como garantía para el acusado y requisito de objetividad; al respecto, véase BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid, 1764, p. 71.

172 Precepto que fue tomado literalmente y quedó recogido en el art. 96 CF 1793; véase también el art. 232 CF 1795: «Toutes rigueurs employées dans les arrestations, détentions ou exécutions, autres que celles prescrites par la loi, sont des crimes»; art. 82 CF 1799: «Toutes rigueurs employées dans les arrestations, détentions ou exécutions, autres que celles autorisées par les lois, sont des crimes».

173 Discrepamos en este punto, por tanto, del parecer de DIEM, Warren M. «Las fuentes de la Constitución de Cádiz», In: *Estudios sobre Cortes de Cádiz*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1967, p. 472; o, dicho de otro modo: este precepto muestra unos «matices [tan] propios» –empleando sus palabras–, que resulta excesivamente forzado defender su influjo francés.

No se exigirán fianzas excesivas, *ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas* (VIII Enmienda CEUA 1791).

Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, *todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley* (art. 9 DDHC 1789)¹⁷⁴.

El tormento queda abolido: todo rigor o apremio que se emplee en el acto de la prisión o en la detención y ejecución y no esté expresamente autorizado por la ley, es un delito (art. 133 Estatuto de Bayona, 1808).

De todos estos textos, el que más se asemeja al gaditano es el de Bayona, que es el único que contiene una referencia expresa al “tormento” y al “apremio”. Ahora bien, mientras la redacción del Estatuto de Bayona tiene un inconfundible aroma y estilo franceses¹⁷⁵, no cabe decir lo mismo del texto de 1812. En efecto, los diputados gaditanos dieron con una redacción que no podía ser más escueta, explícita y contundente. Esa singularidad la aleja, a nuestro juicio, de los modelos extranjeros.

Aunque los dos siguientes artículos (304 y 305 CE 1812) pertenecen al Derecho penal sustantivo, no al procesal-penal, algo diremos con respecto a sus posibles influencias:

Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes (art. 304 CE 1812).

Ninguna pena que se imponga, por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció (art. 305 CE 1812).

Las Declaraciones y textos constitucionales extranjeros anteriores a Cádiz sí recogieron algunos preceptos relativos a las penas en general, y algunos textos se refirieron incluso a la prohibición de la confiscación de bienes y de la trascendencia de las penas. Veamos primero los textos más destacables, algunos de los cuales acaban de mencionarse:

Que no se debe exigir fianza excesiva, *ni imponer multas excesivas; ni infligir castigos crueles o inusuales* (DDPV 1776, IX).

El Congreso estará facultado para fijar la pena que corresponda a la traición; pero *ninguna sentencia por causa de traición podrá privar del derecho de heredar o de transmitir*

174 Precepto que quedó recogido en el art. 13 CF 1793 con idénticos términos: «Presumiéndose que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable, si se juzgase indispensable arrestarlo, cualquier rigor que no fuera necesario para asegurar su persona deberá ser severamente reprimido por la ley»; y luego pasó al art. 10 CF 1795, el cual recogió sólo la parte final, prescindiendo de la mención a la presunción de inocencia: «Toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de la personne d'un prévenu doit être sévèrement réprimée par la loi», principio posteriormente recogido de nuevo –aunque con un texto algo distinto– en el art. 232 CF 1795: «Toutes rigueurs employées dans les arrestations, détentions ou exécutions, autres que celles prescrites par la loi, sont des crimes»; art. 82 CF 1799: «Toutes rigueurs employées dans les arrestations, détentions ou exécutions, autres que celles autorisées par les lois, sont des crimes».

175 La sentencia «todo rigor o apremio que se emplee en el acto de la prisión o en la detención y ejecución y no esté expresamente autorizado por la ley, es un delito» proviene casi –o sin el casi– literalmente de varios artículos franceses, a saber, del art. 9 DDHC 1789, así como de artículos de varias constituciones, recogidos varios de ellos en la nota al pie n. 175.

bienes por herencia, ni producirá la confiscación de sus bienes más que en vida de la persona condenada (Art. 3, Tercera Sección, 2, CEUA 1787).

(...); ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; *ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización* (V Enmienda, CEUA 1791).

No se exigirán fianzas excesivas, *ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas* (VIII Enmienda CEUA 1791).

La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente (art. 8 DDHC 1789)¹⁷⁶.

Como puede observarse, los textos franceses aquí recogidos apenas guardan relación con los dos preceptos gaditanos, lo cual resulta sorprendente porque la confiscación de bienes y la trascendencia de la pena en los delitos de traición estuvieron vigentes tanto en la tradición penal francesa como en la española. Los diputados de Cádiz optaron, como refleja la Constitución norteamericana (Art. 3, Tercera Sección, 2, CEUA 1787), por explicitar la prohibición de ambas penas, la de confiscación de bienes y la de infamia para los descendientes de los condenados por delito de traición. ¿Significa esto que los diputados gaditanos se inspiraron en el mencionado texto norteamericano? No nos parece esta hipótesis muy razonable, habida cuenta de que las críticas hacia la confiscación de bienes y la trascendencia de la pena de infamia eran una realidad palpable con anterioridad a la redacción y aprobación de la Constitución norteamericana. Es más lógico pensar que ambos textos fueron el resultado de la nueva filosofía humanitaria que permeó el sistema penal a partir de finales del siglo XVIII.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Las numerosas críticas de los ilustrados contra la Administración de justicia del Antiguo Régimen, pero sobre todo la encolerizada reacción de rechazo que mostraron los filósofos del iusracionalismo (John Locke, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Beccaria, Filangieri, Bentham...) frente a los abusos judiciales y la crueldad de todo el proceso y el derecho penal absolutista, basado en la venganza del príncipe, fueron el principal detonante del reconocimiento de los derechos o garantías jurisdiccionales en los primeros textos constitucionales, desde la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776 y el *Bill of Rights* de los Estados Unidos de América (1789-1791), la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), las Constituciones revolucionarias francesas de 1791, 1793, 1795, 1799 o 1802,

176 Parte de este precepto pasó al art. 15 CF 1793: «La ley sólo puede prever las penas que sean estricta y evidentemente necesarias: las penas deben ser proporcionadas al delito y útiles para la sociedad»; véase también el art. 14 CF 1793: «Nadie debe ser juzgado y castigado sin haber sido oído o llamado legalmente, y sólo en virtud de una ley promulgada con anterioridad al delito. La ley que castigue delitos cometidos antes de su existencia es una ley tiránica; el efecto retroactivo dado a la ley sería un crimen»; art. 12 CF 1795: «La loi ne doit décerner que des peines strictement nécessaires et proportionnées au délit»; seguido de un precepto que parece castigar el abuso del arbitrio judicial, art. 13 CF 1795: «Tout traitement qui aggrave la peine déterminée par la loi, est un crime»; art. 14 CF 1795: «Aucune loi, ni criminelle ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif».

la Constitución del Primer Imperio (1804), o nuestro primer texto constitucional español de 1812.

La plasmación de tales garantías jurisdiccionales en los textos constitucionales ha sido vinculada así de forma inescindible por la historiografía tradicional a la nueva corriente ius-racionalista liberal, relacionándose directamente con la defensa de los derechos individuales del hombre y con un nuevo «humanitarismo penal» que, en el sentido de la doctrina de Protagoras, consideraba al hombre la medida de todas las cosas.

Sin embargo, como se ha demostrado en las páginas precedentes, muchos de los principios humanitarios y garantías del proceso penal tenían una evidente vinculación con el derecho histórico o venían siendo defendidas, antes que por el «humanitarismo» o individualismo racionalista, por un «humanismo» jurídico de la Edad Moderna. Algunos de los principios o garantías recuperados en el primer constitucionalismo liberal ya se habían previsto en el Derecho Romano, aunque se perdieran por la falta de tecnicismo de la justicia medieval o la imposición del *ius puniendi* del rey a través de sistemas procesales caracterizados por la arbitrariedad y la severidad durante el Absolutismo, y otras venían defendiéndose por parte de la doctrina moderna mucho antes de que se recogieran en los primeros textos constitucionales contemporáneos.

En definitiva, tradición y reforma se dieron la mano en la positivización de las garantías constitucionales, tal y como se ha comprobado concretamente en el caso español al analizar el alto grado de consenso con el que éstas se aprobaron en las Cortes de Cádiz. Para los absolutistas se trataba de volver a plasmar y reconocer, desde el mismo sentimiento humanitario que se impusiera con el iluminismo dieciochesco, algunos de los principios de nuestro derecho histórico a través de un nuevo código más sencillo e inteligible. Para los liberales, la cuestión partía de otros presupuestos ideológicos, relacionados con el individualismo y el garantismo, la defensa del principio de legalidad frente al arbitrio judicial, y la consideración de nuevos principios legitimadores del *ius puniendi* o poder de castigar. Pero ambas posturas resultaron convergentes.

Respecto a las influencias extranjeras, se ha constatado que el influjo francés en los preceptos gaditanos relativos a las garantías procesales penales es menor y de baja intensidad: lo primero porque fueron pocos los artículos de origen o inspiración francesa, y lo segundo porque en aquellos pocos preceptos, cuya huella francesa parece innegable, fueron redactados de tal modo que los matices propios y genuinos de la tradición española resultan evidentes. No cabría decir lo mismo del Estatuto de Bayona con respecto a estos mismos preceptos, que guardan una correspondencia patente –cuando no literal– con las Constituciones francesas, en particular con el texto de 1799¹⁷⁷.

177 A este respecto, compárese la correspondencia de los siguientes artículos de ambos textos, el francés de 1799 y el Estatuto de Bayona de 1808: art. 77 CF 1799 (que a su vez proviene de los arts. 10 CF 1791 y 223 CF 1795) con el art. 128 EB 1808; art. 78 CF 1799 (que a su vez proviene de los arts. 14 CF 1791 y 228 CF 1795) con el art. 129 EB 1808; arts. 79-80 CF 1799 (que a su vez proviene del art. 15 CF 1791) con los arts. 130-131 EB 1808; art. 81 CF 1799 (que a su vez proviene del art. 16 CF 1791) con el art. 132 EB 1808; art. 82 CF 1799 (que a su vez proviene del art. 9 CF 1791) con el art. 133 EB 1808 (con la referencia añadida del «tormento» al principio del texto de Bayona, que no aparece en ninguna Constitución francesa).

