

«El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dió lugar al Código Penal de 1822»

JOSE A. SAINZ CANTERO
Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Santiago

I

El 16 de agosto de 1821, en la Sesión del Claustro Universitario de Granada, fue aprobado el informe que sobre el Proyecto del Código Penal que habían preparado las Cortes emitía la Universidad granadina. Este informe, según MONTELLS y NADAL (1) es muy poco conocido. SALILLAS, en su acertado estudio del Código Penal de 1822 (2) no lo menciona, pese a citar casi todos los que se presentaron. Puestos a buscar a este silencio una explicación puede hallarse en la fecha de aprobación y remisión.

El plazo que las Cortes fijaron para recibir las observaciones que habían de formularse al Proyecto expiraba el día 1 de julio. El informe granadino está fechado el 15 de agosto, y al día siguiente se aprobó y acordó fuera remitido a las Cortes por el jefe universitario. No es extraño que, por llegar fuera de plazo, no se tomara en consideración.

Estas circunstancias justifican suficientemente que dediquemos un trabajo al estudio del informe. Pero a ellas hay que añadir otras de no menos peso. Nuestro siglo XIX, sobre todo sus primeros treinta años, es muy poco conocido. Quienes han historiado el pensamiento penal de ese siglo, suelen arrancar de PACHECO, dedicando breves líneas a la época anterior. JIMÉNEZ ASÚA, por ejemplo, se limita a citar las obras publicadas por los que llama "prácticos tardíos".

(1) MONTELLS y NADAL, *Historia del origen y fundación de la Universidad de Granada*, Granada, Imprenta de D. Indalecio Ventura, 1870. El informe se transcribe en págs. 468 a 485.

(2) SALILLAS, *Evolución penitenciaria en España*, tomo II, Madrid, 1918, págs. 241 a 434. ANTÓN ONECA tampoco alude a él en su trabajo *Historia del Código penal de 1822*. ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1965, págs. 263 y sigs.

BENITO GUTIÉRREZ es excesivamente parco en el examen de este período, y los tratadistas modernos que historian el siglo XIX o lo tocan de pasada, o se limitan a resumir lo que dicen otros (3).

Sin embargo, la investigación del pensamiento penal de esa época ofrece gran interés, y su estudio no puede limitarse al examen de los autores de obras generales, sino que hay que indagar, sobre todo, la opinión general del país cerca de los problemas penales, cosa que, en parte, ha hecho SALILLAS, para lo cual resulta de gran utilidad bucear en los informes que, con motivo de nuestro primer Código penal, emitieron las Universidades. No hay que olvidar que uno de nuestros más auténticos investigadores, PEDRO DORADO MONTERO, señala los años comprendidos entre 1800 y 1822 como "*el periodo que podemos llamar más interesante de la historia penal española durante el siglo XIX*" y que, a partir de 1830 hasta Pacheco, "*después de aquellos escritores del primer cuarto del siglo..., bien podemos decir que el cultivo del Derecho penal sufre un eclipse*" (4).

El informe que examinamos no constituye singularidad alguna dentro del Derecho penal de la época. Es, sin embargo, revelador del pensamiento penal medio en ella. Ni decididamente reformista, ni tradicional en toda su extensión. Recoge, como más adelante veremos, muchas de las ideas que circulaban por la Europa culta de aquel entonces; pero, junto a ellas, están firmes algunas concepciones arcaicas y no pocas preocupaciones de escasos vuelos. Si es revelador del pensamiento cultural en aquel siglo de la Universidad que lo emitió. No es documento de altura penal, porque ni en la Universidad de Granada existían entonces especialistas, ni puede pedirse más en el corto plazo que se concedió para emitirlo.

Al estudiarlo nos proponemos, además de darlo a conocer, rastrear la influencia del pensamiento a la sazón vigente en Europa, precisamente en una provincia que siempre se distinguía por su actitud conservadora en todos los aspectos.

Para este propósito estimamos que es lo más idóneo hacer una contemplación previa del pensamiento penal europeo en la época y después rastrear la influencia que en el informe pudieron tener las ideas en vigor. Así se pondrá de manifiesto las aproximaciones y distancias de la opinión de la Universidad granadina con las ideas innovadoras en Europa y en la propia España.

(3) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, Buenos Aires, 1950, págs. 663 y sigs.; B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Examen histórico del Derecho penal*, Madrid, 1886, págs. 432 y sigs. Solamente P. DORADO MONTERO se detiene a examinar el pensamiento de José Marcos Gutiérrez y R. Salas en *Ideas de algunos antiguos escritores españoles sobre la prevención de los delitos* ("El Derecho protector de los criminales", vol. I, Madrid, 1915, págs. 502 y sigs.).

1. En Europa nace en las postrimerías del siglo XVIII la filosofía penal liberal. Superada su fase crítica, que iniciaron BECCARIA, HOWARD y MARAT, van a sentarse las bases para un nuevo planteamiento, sistemático y científico, del Derecho penal europeo. Semejante planteamiento estará a cargo de dos nombres ilustres: ROMAGNOSI, que en 1791 publica la primera edición de su *Genesi del Diritto Penale*, y FEUERBACH, que publica en 1801 el *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (5). Con estos dos libros se inicia el estudio científico del Derecho penal. Con base en ellos y en el contenido ideológico de la filosofía penal liberal, que inspirara la Revolución, surge el modo de pensar, hacer e interpretar que, casi un siglo después, iba a ser llamado *clásico* por sus más decididos adversarios.

Esta dirección llena el área científica europea durante toda esta época, y su esfuerzo no se queda en mera especulación dogmática, sino que tiene una proyección legislativa que da lugar a las primeras codificaciones (6). El nivel cultural y científico de esta época adquiere índices de consideración en las naciones que mantienen la dirección científico-jurídica de Europa. En Italia, además del libro de ROMAGNOSI, ya citado, se estudia durante estos años el de CARMIGNANI (*Juris criminalis elements*, Pisa, 1808), que influye notablemente no sólo en la ciencia penal italiana, sino también en la de toda Europa (7).

En Alemania, desde FEUERBACH, se monta la arquitectura de la

(4) DORADO MONTERO, *Balace penal de España en el siglo XIX*, en "De Criminología y Penología", Madrid, 1906, págs. 135 y 136.

(5) Con anterioridad había publicado *Revisión der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt, 1799-1800 (2 vols.). Sobre ROMAGNOSI, vid GALLI, G. D. *Romagnosi. La vita, i tempi, le opere*, Roma, 1935. Sobre FEUERBACH, el estudio de RADBRUCH, *Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben*, Basilea, 1950.

(6) Aunque el movimiento codificador se inicia en el siglo anterior, puede decirse que adquiere su estabilidad y firmeza en los primeros años del siglo XIX. En Francia, en 1804, se hace el Proyecto que habría de constituir el Código penal de 1810, y que perfila el sistema de legislación que inspiró a todos los países durante una buena parte del siglo XIX. En Baviera se produce en 1802 el Proyecto de Código penal de KLEINSCHROD, y en 1813 aparece el Código penal que redacta e inspira FEUERBACH. En Sajonia, el Código penal de 1839, que elabora GROSS. En la Península italiana, el Código de 1839 de los Estados sardos; en el Ducado de Parma se promulga en 1820 el Código de Derecho y Procedimiento penales; en el Reino de las Dos Sicilias se promulga en 1819 un Código que, en su segunda parte, contiene las leyes penales. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado cit.*, I, págs. 277 y sigs.

(7) En el pensamiento penal italiano de esta época influyen poderosamente las figuras del siglo anterior, especialmente FILANGIERI (*Scienza della Legislazione*, 1780-1788), PAGANO (*Principi di Diritto penale*, 1785) y el mismo CATTANEO, a quien los positivistas consideran precursor de su escuela.

dogmática penal, llegando en estos años a un nivel de calidad muy considerable. Las figuras más destacadas del pensamiento científico alemán de la época son Carlo Jorge von WAECHTER y Carlos José Antón MITTERMAIER, profesores universitarios ambos y de firmes convicciones liberales. Junto a ellos hay que destacar la afirmación de la corriente positivista histórica, que da lugar a una interesante producción científica, la influencia kantiana en los autores que se ocupan de cuestiones de filosofía jurídico-penal, y el predominio de la escuela de HEGEL en el campo del Derecho penal, donde se afirma a partir del año 40 del siglo (8).

Esta preocupación científica da lugar a una serie de *revistas* de gran calidad, entre las que merecen citarse la *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft*, de Feuerbach y Grolmann, que sale entre 1797 y 1804; *Archiv des Kriminalrechts*, de Klein y Kleinschrod, que sale entre 1799 y 1807, y *Neues Archiv*, entre 1816 y 1833.

En Francia no se llega a la altura científica de Alemania e Italia, pues, como ya se ha dicho (9), los penalistas franceses "han sido afortunados en la exégesis, pero sus construcciones no tienen gran vuelo doctrinal"; no obstante, el pensamiento francés ejerce una poderosa influencia en toda Europa, como es sobradamente conocido. Patria de las ideas revolucionarias, que habían constituido la fuente de inspiración de Beccaria y de todo el movimiento reformista penal, difunde por el mundo las nuevas concepciones, para lo cual es un vehículo excepcional la colosal expansión de sus ejércitos.

Al revisar el pensamiento penal de la época no puede omitirse una referencia a la figura de JEREMÍAS BENTHAM, cuya influencia en todo el mundo, y sobre todo en España, es muy considerable. En el período que nos ocupa el jurisconsulto inglés había publicado ya su *Teoría de las penas y de las recompensas* (París, 1811); el *Tratado de Legislación civil y penal* (París, 1803), y el *Panopticon* (Londres, 1791), entre otras menos conocidas. Pero lo verdaderamente significativo de BENTHAM es su cosmopolitismo. Como con razón ha escrito SALDAÑA, la sombra de Bentham en su tiempo se proyecta sobre Europa, se alarga hasta América y "sopla por todas partes, como un espíritu internacional". Es el director espiritual de políticos y estadistas de todo el mundo. Se le consulta sobre la reforma legislativa desde Rusia, Suiza, Alemania, y responde a todos con cartas densas. Envía a veces verdaderos Proyectos de Códigos y leyes. Estudia, comenta y censura o alaba cualquier intento de legislación de que tiene noticia. Se ocupa de la Constitución española, de la portuguesa y de nuestro primer Código penal, e interviene en la con-

(8) Cfr. MEZGER, *Tratado de Derecho penal* (traducción de Rodríguez Muñoz), I, Madrid, 1946, págs. 61 y sigs.

(9) JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado*, cit., I, pág. 295.

fección de las leyes americanas de Nueva York (1821), de Carolina del Sur (1826) y de Luisiana (1830) (10).

De los nombres que hemos citado es fácil deducir cuáles son las ideas predominantes en Europa de la época a que nos referimos, sobre todo las que son objeto de exportación a otros países: en lo filosófico el iluminismo; en lo estrictamente penal, las llamadas teorías utilitarias en la conformación que reciben de cuatro autores: FILANGIERI, FEUERBACH, ROMAGNOSI y BENTHAM. Su sola mención pone sobradamente de relieve que el pensamiento penal de los primeros veinte años del ochocientos se nutre de las ideas y de los autores surgidos en los últimos años del siglo anterior, cuya conexión con Beccaría es incuestionable.

Para FILANGIERI el fin de la pena es la intimidación de los ciudadanos, lo que se consigue a través de los sufrimientos que su ejecución reporta. La publicidad de esta ejecución es el necesario instrumento para conseguir este fin.

FEUERBACH considera que el delincuente fluctúa entre la ventaja que le proporciona la violación de la ley y el daño que para él se deduce de la ejecución de su proyecto delictivo, por lo que es preciso que el legislador se anteponga a la comisión del delito conteniendo el propósito criminal con la perspectiva de una pena que, por ello, debe ser más poderosa que la tentación criminal. De este modo la legislación penal obra una coacción psicológica inclinando la balanza en favor del orden penal.

El fundamento de la coacción psicológica está perfectamente trazado por Feuerbach: la fuerza que lleva a los hombres al delito es de índole psíquica, y puede contrarrestarse dando a conocer a todos que el mal que se seguirá de la violación de la ley es mayor que la satisfacción que puede reportar la infracción de ésta.

ROMAGNOSI fundamenta su pensamiento en la idea de que el Derecho penal es un orden de defensa contra la amenaza permanente que la criminalidad supone. Por eso la sociedad tiene derecho a imponer penas como medio necesario para la conservación de sus individuos. Para conseguir esa finalidad de defensa, la pena tiene que influir en el ánimo del delincuente inspirando temor. Al impulso que lleva el delito, debe corresponder el contrainpulso de la pena.

Para BENTHAM lo que justifica la pena es su utilidad, es decir, su necesidad. La legislación toda debe estar orientada por el principio de utilidad. La pena se eleva hasta ocupar el primer rango de los servicios públicos cuando se la considera como un sacrificio indispensable para la salud común, o, mejor, "la mayor felicidad para el mayor número" (11).

(10) Cfr. el *Prólogo* que Q. SALDAÑA escribe para el trabajo de JUAN SÁNCHEZ RIVERA DE LA LASTRA, *El utilitarismo. Estudio de las doctrinas de Jeremías Bentham. Su expositor en España*, Madrid, Reus, 1922.

(11) El principio de utilidad general es para Bentham el cimiento de todas sus doctrinas. El principio no era nuevo, pero hasta Bentham no fue estudiado

En las cuatro ideas expuestas aparece evidente la existencia de una misma línea de pensamiento en lo que se refiere al fin de la pena: la prevención general (por la intimidación en Filangieri, por la coacción psíquica en Feuerbach, y por medio de la defensa en Romagnosi y Bentham), que constituye la dirección penal dominante en Europa en la época que analizamos. Su poderosa influencia en España se pondrá de manifiesto en líneas posteriores.

2. A los comienzos del ochocientos, dice DORADO MONTERO, "estábamos los españoles viviendo todavía en el XIII en lo respectivo al orden penal" (12). Aunque en el reinado de Carlos III, siguiendo la pauta que marca Europa, se había intentado poner remedio a lo arcaico de nuestra legislación mediante una reforma de nuestras leyes criminales que el propio monarca ordenó a su Consejo Supremo, es sabido que, muerto el rey progresista, todos los proyectos de reforma quedaron olvidados. Los dos primeros decenios del siglo XIX transcurren bajo la vigencia de las Partidas y las dos Recopilaciones.

Paralelo a nuestro retraso legislativo era la tónica general del estado de nuestro pensamiento penal. Sin embargo, en lo tocante a este punto cabe hacer honrosas excepciones. Si bien el intento reformista ordenado por Carlos III no había logrado variar nuestra legislación penal, había servido al menos para que se pudieran propagar en España, *franca y hasta casi podríamos decir oficiosamente* (Dorado), las teorías penales revolucionarias que se habían difundido plenamente en Europa. El *Discurso sobre las penas* (13), que, con este fin reformista, redacta LARDIZÁBAL, comisionado oficialmente para preparar la reforma, "es el vehículo por donde penetran, a velas desplegadas, en España aquellas teorías". No obstante, el reinado de Carlos IV fue funesto para el desarrollo de esas ideas. DORADO recuerda cómo José Marcos Gutiérrez tuvo que prevenirse contra las persecuciones de que podía hacerse objeto por sus ideas y afirmaciones. Lo mismo ocurrió en el reinado de Fernando VII a juzgar por los temores de Ramón Salas a publicar la traducción y comentarios de la obra de BENTHAM (14).

Pese a esos escollos que las nuevas tendencias encontraron, las hallamos firmes y claras en los autores más representativos de la época. El mismo contenido ideológico advertido en los penalistas eu-

con toda la extensión y profundidad que requería. (SÁNCHEZ-RIVERA, *El Utilitarismo*, etc., pág. 8.) Sobre los fines de la pena de Bentham y Feuerbach, vid. ANTÓN ONECA, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", 1964, págs. 415 y sigs.

(12) DORADO MONTERO, *Balance penal de España*, cit., pág. 131.

(13) LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, MDCXXXII. La segunda edición, que es la que manejamos para este trabajo, es de Madrid, 1828. Sobre Lardizábal, vid. el interesante estudio de M. DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fe, 1964.

(14) DORADO MONTERO, *Balance penal de España*, cit. pág. 133.

ropeos se encuentra hecho pensamiento en los nuestros. El principio de utilidad y la prevención general (y aun tímidamente la especial) animan gran parte de la *Práctica Criminal de España*, que, entre 1804 a 1807, publica en tres tomos JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ. Con más entusiasmo aún son profesadas por RAMÓN SALAS, en los comentarios que añade a su traducción del *Tratado de legislación civil y penal* de Jeremías Bentham. Antes que ellos, en 1782, LARDIZÁBAL se refiere con reiteración a las ventajas de la prevención de los delitos, señalándola como el fin primordial de la función penal.

No es menguada en estos años la producción bibliográfica, apareciendo las obras de carácter general de JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica Criminal de España*, a la que Dorado llama libro "de los más interesantes en la historia del Derecho penal doctrinal español" (15), que fue libro de texto en muchas Universidades (16); y la *Materia Criminal Forense, o Tratado universal teórico y práctico de los delitos y delincuentes en género y especie*, que, en 1807, publica SENÉN VILLANOVA Y MAÑÉS. El uso de estas dos obras debió ser muy frecuente entre los hombres dedicados al estudio y a la práctica penal, pues los libros del siglo anterior, con excepción del "*Discurso*" de Lardizábal, estaban ya totalmente olvidados. El propio José Marcos Gutiérrez acusa en el prólogo del volumen tercero esta circunstancia: "La suma ignorancia e incertidumbre que generalmente se padecen en esta materia, por carecer los profesores de libros a propósito para instruirse en ella, y los infinitos males que de aquí se originan a todo el reino..." (17). También DORADO apunta que "parece, por todos los indicios, que el libro de Pradilla estaba enteramente olvidado, y los jueces y demás personas que intervenían en la administración de justicia penal se hallaban enfrente de un enorme farrago de disposiciones de muy difícil busca" (18).

Es de destacar también una copiosa producción de estudios relativos al Tribunal de la Inquisición, cuya difusión tuvo que conformar la opinión de los que se ocupaban de temas penales, especialmente en lo concerniente al tormento. De estas publicaciones se infiere la existencia de una enconada polémica en pro y en contra de la Inquisición. Entre sus detractores se encuentra JUAN ANTONIO LLORENTE, que publica tres obras de acerba crítica, "*Memoria histórica sobre cuál ha sido la opinión nacional de España acerca del Tribunal de la Inquisición*" (Madrid, 1812), "*Anales de la Inquisición en España*" (Madrid, 1812-1813), e "*Historia crítica de la Inquisición en España*"

(15) DORADO MONTERO, *El Derecho Protector de los criminales*, cit., pág. 502.

(16) Su utilización como texto universitario la afirma BENITO GUTIÉRREZ, *Examen histórico*, cit., pág. 432, y JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado*, cit., pág. 663, quien añade "todavía la hemos visto citada en las sentencias de ahora, firmadas por jueces argentinos".

(17) JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, cit., vol. I, página III del Prefacio.

(18) DORADO MONTERO, *El Derecho protector de los criminales*, cit., pág. 503.

(1822, en once tomos). Con él forman frente en la polémica ACEVEDO (19) SIMÓN LÓPEZ (20), CASTILLO y MAYONE (21) y NATANAEL JOMTOB (22).

Entre los apologistas es de mencionar JOSÉ CLEMENTE CARNICERO, que hace una encendida defensa en su libro "*La Inquisición justamente restablecida, o impugnación de la obra de D. Juan Antonio Llorente. Anales de la Inquisición y del Manifiesto de las Cortes de Cádiz*" (Madrid, 1816, 2 tomos). Además de los citados, se publican informes, dictámenes y documentos, de gran interés para el tema (23).

Aparecen en esta época traducciones de Beccaria y de Bentham, que contribuyen a la difusión de las tendencias utilitarias. Del libro del milanés, además de la ya existente que se publicó en 1774, aparece en 1821 la de Juan Ribera, y en 1822 se edita en París una nueva versión castellana que, entre otros interesantes apéndices, contiene los Comentarios de Voltaire (24). Del "*Tratado de Legislación civil y penal*" de Bentham, se publica en 1821-1822 la traducción de RAMÓN SALAS, con comentarios (25) que tuvo un gran influjo en el pensamiento de la época.

(19) ACEVEDO, *Ensayo acerca de la tortura o cuestión de tormento de la absolución de los reos que niegan en el potro los delitos que se les imputan, y de la abolición del uso de la tortura, principalmente en los Tribunales eclesiásticos*, Madrid, 1817.

(20) LÓPEZ (Simón), *La Santa Inquisición en su verdadero ser, o discurso del señor diputado S. Simón López, a las Cortes, que hizo imprimir en Cádiz a 24 de enero de 1813* (un folleto).

(21) CASTILLO y MAYONE, *El Tribunal de la Inquisición llamado de la fe o del Santo Oficio, su origen, prosperidad y justa abolición*, Barcelona, 1835 (2 ts.).

(22) MATANAEL JOMTOB, *La Inquisición sin máscara*, Cádiz, 1811.

(23) Entre otras, merecen citarse: *Apología de la Inquisición* (respuesta a las reflexiones que hacen contra ella el "Seminario Patriótico", núm. 61 y el periódico titulado "El Español, núm. 13, y breve aviso a los señores arzobispos, abispos y diputados en Cortes), Cádiz, imprenta de N. Gómez de Requena, 1811; *Vindicación de la Inquisición y relación exacta de su modo de enjuiciar y proceder*, Cádiz, 1812; *Acto de fe celebrado en la ciudad de Logroño en los días 7 y 8 de noviembre del año 1610* (ilustrado con notas por el bachiller Ginés de Posadilla). Cádiz, 1820; *Acto general de Fe* (relación histórica del que se celebró en Madrid en el año de 1680, con asistencia del Rey Don Carlos II, fiel y literalmente reimpresa, Madrid, 1820); *Dictamen del Dr. D. Antonio José Ruiz del Padrón, Ministro Calificador del Santo Oficio, Abad de Villamartín de Valdeorras y Diputado en Cortes por las Islas Canarias, que se elevó en la sesión pública del 18 de enero, sobre el Tribunal de la Inquisición*, Cádiz 1803, y *Apéndice al dictamen del Dr. D. Antonio José Ruiz del Padrón, sobre el Tribunal de la Inquisición*, Cádiz, 1813.

(24) *Tratado de los delitos y de las penas*, por Beccaria. Nueva traducción. París, 1828.

(25) *Tratado de Legislación civil y penal obra extractada de los manuscritos del Sr. Jeremías Bentham, juriconsulto inglés, por Esteban Dumont, y traducida al castellano con comentarios, por Ramón Salas*, Madrid, 1821-22. Según Saldaña (Ob. cit., pág. X) y Sánchez-Rivera, el más completo expositor de las obras de Bentham en España es D. Toribio Núñez, Bibliotecario de la Universidad de Salamanca, quien, al decir de Saldaña, "no es simple traductor, ni aún expositor de Bentham... Es el genio de la unidad, el alma organizadora, que se une al cuerpo de doctrina benthamiana, consustancialmente, vitalizándole" (Pró-

La influencia del pensamiento extranjero en la España anterior al Código de 1822 puede deducirse de las discusiones que tuvieron lugar en las Cortes, con motivo de la promulgación del referido texto legal. SALILLAS, en un minucioso y cuidado trabajo, las ha puesto de manifiesto (26). Por él sabemos que el autor más citado fue Bentham, que recibió el calificativo de *infalible* en el informe de la Universidad de Sevilla, y que se invocaron los nombres y doctrina de Beccaria, Filangieri, Lardizábal, Montesquieu y Diderot, entre otros menos relevantes (27).

Es obligado sacar en conclusión, por tanto, que las ideas reformistas, revolucionarias y utilitarias, se habían abierto paso ya cuando se discute nuestro primer Código Penal, que en ese año, y algún tiempo atrás, la mentalidad española sobre determinados temas penales era distinta a la imperante en los comienzos del siglo.

III

Sobre ese telón de fondo ideológico se inicia en España la tarea codificadora. El primer paso serio hacia esta meta lo habían dado las Cortes de Cádiz de 1812. Tan persuadidos estaban los hombres que las protagonizaron de la urgencia de una reforma de nuestra legislación penal que, como se ha dicho, "aún a peligro de traspasar los límites de una ley fundamental, consagraron en la Constitución de 1812 algunos artículos a la administración de justicia criminal, y asentaron principios consagrados por la Ciencia" (28).

Pero su corta vida y las muchas y heterogéneas tareas que abordaron, no les permitió dar a España el texto punitivo que se proponían, aunque no dejaron de poner su significativa primera piedra en nuestro sistema. Su espíritu y propósito se recogió por los legisladores de 1820, que en 1821 presentaron a las Cortes el Proyecto que habría de convertirse, tras importantes modificaciones, en nuestro Primer Código Penal. La Comisión nombrada al efecto (en agosto de 1820), presentó concluidos sus trabajos el 22 de abril del año siguiente, empezándose en la sesión de este día la lectura del Proyecto (29).

logo cit., pág. XI). Núñez publicó en esta época dos obras sobre el pensador inglés: *Espíritu de Bentham. Sistema de la Ciencia social* (Salamanca, B. Martín, 1820) y "*Principios de la ciencia social o de las ciencias morales y políticas, por el Jurisconsulto inglés Jeremías Bentham, ordenados conforme al sistema del autor original y aplicados a la constitución española*" (Salamanca, S. Martín, 1821).

(26) SALILLAS, *Evolución penitenciaria en España*, vol. II, Madrid, 1918, páginas 243 y sgs.

(27) SALILLAS, *Ob. cit.*, pág. 257. Vid. también ANTÓN ONECA, *Historia del Código Penal de 1822*, cit., págs. 270 y sgs.

(28) BENITO GUTIÉRREZ, *Examen histórico del Derecho Penal*, cit., pág. 243. Un exacto extracto de los precedentes se realiza en el trabajo de ANTÓN ONECA, *Historia del Código Penal de 1822*, cit., págs. 264 y sgs.

(29) Cfr. SALILLAS, *Evolución penitenciaria en España*, II, pág. 245. Vid. también ANTÓN ONECA, *Historia del Código Penal de 1822*, pág. 267.

Seguidamente se abrió una información, enviándose ejemplares del Proyecto a toda clase de Corporaciones, entre ellas las Universidades, Tribunales y Colegios de Abogados. Con sus resultados, la Comisión presentó el Proyecto con modificaciones en 1 de noviembre de 1821.

Respondiendo a la invitación hecha, emitieron informes 10 Tribunales, 12 Universidades, ocho Colegios de Abogados y 10 particulares (30). En general, la nación respondió mucho mejor de lo que algunos recelosos esperaban. Los informes desmintieron por de pronto el pronóstico de BENTHAM que había augurado "un coro no interrumpido de elogios", mentís que el propio autor reconocería más tarde al decir "el coro no ha sido de elogios, sino de censuras, y que esto redundaba en favor de un pueblo a quien ha dado tantas pruebas de aprecio y estimación" (31).

No obstante la calidad de los dictámenes recibidos no fue de mucha altura, VIZMANOS y ALVAREZ MARTÍNEZ escriben al referirse a ellos: "*Si no temiéramos manchar la memoria de ciertas corporaciones científicas y tribunales, copiaríamos aquí algunas de las observaciones que hicieron sobre el Proyecto del Código de 1822, como muestra de las precauciones y de los errores, que a la sazón dominaban, aun en personas que debían hallarse a mayor altura de la ilustración que el común del pueblo*" (32). En defensa de los informantes podría alegarse el escaso tiempo que se les concedió, extremo apuntado por Bentham en una de sus cartas al Conde de Toreno, al pergeñar sus críticas más acerbas al Proyecto. Calcula el autor inglés que sólo quedaban dos meses y nueve días desde la presentación del Proyecto y el término de recepción de observaciones, en el cual había además que enviarlo e imprimirlo, lo que, con razón, estima plazo muy breve para opinar sobre "una obra que contiene 268 páginas en cuarto"

IV

Respondiendo a la invitación hecha por el gobierno, la Universidad de Granada redactó un informe que fue presentado para su aprobación a la Sesión que el Claustro celebró el día 16 de agosto de 1821, en la cual fue aceptado en general, haciéndose algunas observaciones de poca monta, por lo que se aprobó y acordó que fuera remitido a las Cortes por el Jefe Universitario. En esta Sesión, el Dr. LUQUE, manifestó que en el Código había graves omisiones, entre las que hizo notar que no señala penas al incestuoso, al suicida ni al convencido de bestialidad, estimando que a estos hechos debía asignárseles una pena. Interesa

(30) ANTÓN ONECA advierte que en ellos se dan las dos corrientes contrarias, cuyo choque es significativo de la época: la conservadora y la progresista (*Historia del Código Penal de 1822*, cit., pág. 268).

(31) Cfr. SALILLAS, *Ob cit.*, II, págs. 324 y sgs.

(32) V. VIZMANOS y C. ALVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Madrid, 1856, pág. XXXIV.

hacer notar que esta opinión del Dr. Luque coincidió con las manifestadas por otras muchas objeciones que se hicieron al proyecto, contestando a ellas el Sr. Calatrava, principal defensor del mismo, que "la Comisión ha creído que todos ellos pertenecen exclusivamente al reglamento general de policía o a las leyes particulares" (33).

El informe está firmado por JOAQUÍN DE LUQUE, JOSÉ M.^a RUANO, JOSÉ VICENTE ALONSO y AGUSTÍN JOSÉ GARCÍA, que lo datan en Granada a 15 de agosto de 1821. Sobre su presencia académica en la Universidad granadina no existen allí datos. Un aparatoso incendio ocurrido en el pasado siglo nos ha privado de fuentes de muy crecido interés (34).

No obstante puede afirmarse que ninguno de ellos era especialista en la materia sobre que informaban. Como es sabido en la época en que se produce no hay Cátedras de Derecho penal. El Decreto de 5 de agosto de 1802, al promulgar el plan de estudios, dispuso que en todas las Universidades la Cátedra de prima se destinase a explicar durante dos años las "Instituciones de Castilla", y que se enseñase la Recopilación así como las leyes de Toro y la Curia filípica, pero no establecía enseñanza de Derecho penal. En el plan de 1807 no se hacía tampoco referencia alguna a Derecho penal, y tampoco se hace esta en el de 1821. Nuestras leyes de carácter penal se enseñaban al tratar de la legislación patria, y sin duda eran explicadas por algunos de los redactores del informe. Que conocían la nueva orientación del pensamiento penal se deduce del análisis que más adelante hacemos.

El contenido del informe, según la aludida transcripción de MONTELLS y NADAL, es el siguiente:

"Señor: Las Cortes generales y ordinarias de la Nación Española, que han tenido la gloriosa valentía de promover y combinar casi todos los elementos de la prosperidad pública, también han realzado su nombre y su memoria con la empresa más ardua y con el problema más complicado de la Legislación. El vasto proyecto de medir la culpabilidad de las acciones humanas, llevando en cuenta las incalculables circunstancias que la agravan y la disminuyen, de indemnizar los perjuicios y calamitosos estragos del crimen, aterrarlas, enfrenar su inquietud y ligarle sin ofender al hombre en sus sagrados e imprescindibles derechos; es tan superior a todo esfuerzo, que aún los mismos portentos de la legislación criminal, los Códigos más refinados y el lujo del entendimiento humano en esta materia, se resienten de una imperfección que parece la marca esencial característica de cualquier Código Penal.

(33) SALILLAS, *Ob. cit.*, pág. 336.

(34) Sobre el particular, vid. E. LAPRESA, *El archivo de la Universidad de Granada a través de sus inventarios*, en "Boletín de la Universidad de Granada", 1954.

Las Cortes, sin embargo, arrobadas del amor de patria más sublime, han mejorado dando muestras tristes y degradada condición; y siguiendo el ejemplo de esas gloriosas asociaciones, donde parece soterrado el crimen y entronada la virtud, donde la masa de los buenos contrapesa muy mucho a la de los malvados, han trazado un proyecto de Código Penal que va a discutirse a la faz del mundo, y están citados para hablar en defensa del hombre, y para fijar el imperio de la virtud entre nosotros todas las luces que puedan estallar del gabinete de los sabios particulares y del seno de las Corporaciones literarias. Esta Universidad, excitada por el Gobierno, como todas, para contribuir a tan importante objeto, consumiría en valde la vez que se le ha dado, demostrando la imposibilidad en que se halla de informar sobre el tamaño de los delitos del hombre y su pena adecuada, siendo tan manifiesta y palpable la guerra que han sufrido las luces, pero agitada no por el convencimiento de su propia ilustración, que sólo ansía con vehemencia y no puede ostentarla útilmente, sino por el celo ardoroso de la causa pública, ha creído elevar a la consideración de las Cortes las observaciones siguientes, sobre algunos artículos del Código Penal y sobre el Proyecto en su totalidad.

TÍTULO PRELIMINAR.—*Capítulo primero.*—El artículo primero de este capítulo estaría más claro y conciso en estos términos:

“La tentativa de un delito, cuando la consumación de ése haya dejado de tener efecto por una casualidad, o por otra circunstancia independiente de la voluntad del autor, sería castigada con la misma pena que la ley señala al delito intentado, etc.

El art. 11 del capítulo 2.º dice: Que el extranjero podrá alegar la excepción de ignorancia de Ley, Reglamento u Ordenanza particular de este Reino, si no lleva tres meses de residencia; y que si resultase *cierta o verosímil*, se le castigará con la mitad de la pena señalada al delito o culpa que hubiera cometido. En lo cual hay envuelta precisamente una injusticia; porque es sabido que la Ley sólo obliga en cuanto es conocida; y resultar cierta la ignorancia de la ley es lo mismo que no ser conocida. ¿Y qué razón habrá entonces para castigarle, no digo con la mitad de la pena, sino aún con la más ligera? También se nota que por el artículo se castiga con igual pena al que tiene una ignorancia cierta de la Ley y al que sólo prueba una ignorancia verosímil; a pesar de que en este caso no es acreedor a tanta indulgencia como en el primero, por lo que parece equitativo que se le castigue con la mitad de la pena en caso de ignorancia verosímil, y se le absuelva si probare que tuvo ignorancia cierta de la Ley.

CAPÍTULO III. *De las penas y sus efectos, y del modo de aplicarlas.*—La pena de muerte no está escrita en este proyecto de Código Penal, ni con la pluma de Dracon (ni) con la dilantropía de los criminalistas modernos. Si el pueblo español se hubiese ilustrado completamente en sus deberes, si las fortunas estuviesen mejor niveladas, si los grandes delitos se hallaran prevenidos por la más vigilante policía, si pudiera destruirse en el hombre hasta la voluntad de delinquir, es innegable que ni existirían crímenes horrendos, ni la pena de muerte sería precisa; pero las fieras que salen de sus guaridas llevando la desolación y la ruina a todas partes, deben perecer; y los grandes delincuentes son monstruos que asolarían su especie dejándolos vivir. Mientras haya igual incitación y motivos para el crimen en España, habrá delitos atroces y fieras de nuestra figura, y la pena de muerte será el único remedio para evitar los estragos de su furor: en los pueblos mal gobernados se cometen mayores delitos que entre los caníbales; una legislación injusta y perversa conduce al hombre insensiblemente al crimen, y después le alza patíbulos. ¡Cuántas víctimas y cuánta sangre inocente están pidiendo venganza contra los legisladores de todos los siglos! Permita el Cielo sea abolida alguna vez y para siempre entre nosotros.

La pena de trabajos perpetuos con una marca, la de deportación y la de extrañamiento perpetuo del territorio español, causan una muerte civil a los condenados a ellas, y privan a la sociedad para siempre de estos miembros. El artículo 147 es propiamente un indulto particular, supuesto que éste consiste en una rebaja de pena; los delitos que tienen señalados las penas antedichas, según el artículo 163, jamás se indultan, luego se ha incurrido una contradicción por querer desnaturalizar las penas; si los muertos una vez para la sociedad reviven, hay milagros en el orden político; y la esperanza de la remisión dará mayor osadía a los delincuentes. Sería lo más ridículo que extraordinarios acaso y no la justicia regulasen las acciones humanas; y así los condenados a dichas penas de trabajos perpetuos, extrañamiento y deportación no deben indultarse, si estas penas han de conservar su carácter.

Se ha creído agravar la pena de trabajos perpetuos con la marca, para llenar el gran vacío que se dice existir entre esta pena y la de muerte en la escala progresiva que se forma. Los condenados a trabajos perpetuos y los condenados a muerte, ambos tienen que perecer bajo la cuchilla de la ley. Los unos muriendo a cada instante, los otros muriendo de una vez: aquéllos desfallecen al peso de los trabajos más crueles, esclavos de su misma pena, presa del dolor y del

sufrimiento, afligidos de espíritu, sin más descanso que el preciso, invocando su fin postrero para que se aquiete la seña de la ley; y éstos, por el contrario, de una vez pagan su deuda y no se añade en ellos amargura sobre amargura. ¿Quién preferiría una vida afrentosa, pábulo de tormentose, y de tribulación perpetua, al reposo y silenciosa paz de los sepulcros? Es preciso contrariar la marcha de los legisladores de todos tiempos y los del Cielo mismo, suponiendo que el aniquilamiento es mayor pena que la vida arrastrada en aflicciones interminales. ¿A qué ha sido la eternidad de las penas en la otra vida, cuando sea la destrucción superior a todas ellas? Si antiguamente en los presidios, no obstante la esperanza que todos podrían tener de evadirse por la inseguridad y manejos tan sabidos, hubo ejemplares de algunos desgraciados que se ponían bajo los barrenos para sepultarse en las ruinas y acabar su desventura. ¿Cuánto no se agravará su tormento por la imposibilidad de escaparse y por la certeza de la muerte? La pena de trabajos perpetuos en la escala que se ha formado debería tener el primer lugar; y aun supuesto que la humanidad y buen trato dulcifique los horrores de estos infelices, nunca será mucho menos grave que la pena de muerte; ahora bien, cuando se forma una progresión de penas, cualquier aumento o disminución posibles basta para graduarlos mayores o menores; se hacen injustas y atroces cuando se recargan sobremanera y sin ser necesario para la justa proporción de la escala; por consiguiente, no existiendo ese vacío que se imagina entre la pena de muerte y la de trabajos perpetuos, sería una injusticia atroz marcar a los reos condenados a ésta, haciéndolos de peor condición que los reos de pena capital.

Además de ser injusta la marca en esta clase de delinquentes, es inútil. La ventaja que se pretende sacar de ella no sería el escarmiento de los otros, porque estos reos estarán absolutamente segregados de cualesquiera otros; y, aunque no lo estuviesen, como dicha señal está oculta, no habla expresiva y continuamente el ánimo de los perversos; tampoco es útil para comprobar la identidad de la persona, supuesto que en los desterrados y deportados se comprueba sin necesidad de ella, y supuesto que los establecimientos donde cumplan sus condenas deban ser seguros e inevitables, y bajo la más estrecha responsabilidad de los Jueces; por último, aunque la marca sea un medio eficaz para el propio castigo de las reincidencias criminales, no a todos los reos condenados a trabajos perpetuos debiera sellárseles; y así podrá usarse de ella en otra clase de delinquentes con más conocido provecho de la sociedad; y esto es lo que importa que todos perciban claramente.

La experiencia de todos los pueblos acredita: 1.º Que la crueldad no arredra tanto a los delincuentes como la certeza y pronta aplicación de las penas. 2.º Que en ningunos crímenes debe atajarse tanto la perversidad y malicia como en aquellos que son más frecuentes, más atractivos y escandalosos en una sociedad; y por eso en las leyes de Solón sobre el parricidio, enmudece el legislador suponiendo no está en el orden de los delitos posibles. Asentadas ya estas verdades, puede formarse el raciocinio siguiente: el delito más común y frecuente, más atractivo y preciso, más escandaloso y descarado, ha sido el latrocinio; delito que ha desterrado la seguridad de los caminantes, ha estancado el comercio de las provincias, ha perdido a los infelices trajineros, ha comprometido mil veces la existencia de los hombres públicos yendo a sus destinos, ha burlado la vigilancia de todos los magistrados, ha invadido a todo propietario en el silencio de la noche, en el mediodía, en las calles públicas, en los templos mismos y bajo el mismo techo que nos resguarda a las fieras del campo, se anida un ladrón; delito que nos deshonra con los extraños, nos envilece a la faz del mundo, alimenta la pereza y la holgazanería casi indígenas de este suelo y nos imposibilita todos los goces y derechos que, según la Constitución, serán garantidos, libertad, seguridad y propiedad; delito contra el que está declarada la indignación pública, del que apenas hay un español que no haya sido juguete y muchos víctima; delito, en fin, de que están ocupados todos los tribunales, contra el que en sus primeras sesiones tronaron las elocuentes voces de los diputados, y cuya impunidad va a perpetuar larga serie de males entre nosotros.

No desconoce esta Universidad que, abatida la agricultura, trabado el comercio, perdidas las artes, amontonadas las riquezas y depravadas las costumbres, se pone a muchos en el compromiso de robar o perecer; pero cuando las benéficas y sabias leyes del Congreso vayan abriendo todos los canales de la prosperidad pública, es preciso extinguir la holgazanería y llamar a los hombres al trabajo, tanto más fuertemente cuanto más habitual y pesado se ha hecho el letargo de la pereza; pues en lo sucesivo cualquier ladrón es más criminal, porque teniendo recursos honestos para soportar la vida, se vale de medios injustos. Ya no somos un pueblo regalón que contamos con los tesoros y trabajos de cien provincias; y sólo nuestros propios sudores y fatigas nos han de salvar de la miseria en que yace abatida la nación más poderosa del mundo. Está demostrado que el robo ha sido el delito más frecuente, del que se tienen mayores hábitos, al que propenden, naturalmente, los holgazanes, y el que retarda, sobre todos, el amor al trabajo, principio de todas las virtudes, y,

por consiguiente, no con penas atroces, pero sí prontas y ciertas, es el que más debe atajarse. La certeza de las penas está afianzada en la responsabilidad de los Jueces, y sólo falta que la aplicación de ellas sea pronta para contener y aun abolir un vacío tan ruinoso y detestable. Es innegable que la marca es el medio más veloz de reconocer al reincidente, y que cualquiera que robase en un punto de la Monarquía no podría encubrir su reincidencia en otro; y así debiera marcarse la espalda con una L toda persona convencida de un robo de veinte reales para arriba, imponiéndole, además, la pena de presidio a otra mayor o menor correspondiente a la calificación del delito.

El ladrón será marcado en público la primera vez que delinquiere, condenándole en seguida a una reclusión o a un arresto donde satisfaga e indemnice los perjuicios con el fruto de sus trabajos, a todos los ofendidos; y si otra vez reincidiera sufrirá la pena de muerte. En esta medida se contempla la debilidad humana, se consultan los intereses de los ofendidos cuando sea posible la indemnización de los perjuicios que han sufrido, y se liberta a la sociedad de un malvado insensible a toda pena y a toda vergüenza.

Se dice en el artículo 60 que la pena de reclusión no pasará de quince años, sino para las mujeres y los hombres septuagenarios; y en el artículo 85 se dice que estará en reclusión el que no quiera retractarse hasta que lo haga. Luego habiendo alguno tan tenaz y caprichudo que nunca lo haga, será preciso alzarle la reclusión sin haberlo hecho, o quebrantar el artículo 60; y así debe modificarse y tenerse presente que los ladrones algunas veces estarán en reclusión hasta que satisfagan el robo, o en arresto conforme al artículo 95.

La última cláusula del artículo 96 debe suprimirse, porque sería injusto que el reo, pudiendo resarcir el daño, se libertase de la obligación que tiene a ello y sufriese el perjuicio alguna persona inocente, cuya propiedad debe garantizar las leyes.

CAPÍTULOS VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII y XIII.— Estos propiamente pertenecen al Código de procedimientos, y así en el Código de instrucción criminal, o de procedimientos, publicado en Francia el año 1808, es donde se hallan los cinco capítulos que tratan de la remisión y entrega de los reos, de las acusaciones, de los contumaces, de la rehabilitación de los delincuentes y de la prescripción de los delitos. Los capítulos X, XI y XIII, que tratan de los indultos, de la indemnización a los inocentes y de los delitos y delincuentes no comprendidos en el Código, son asimismo más bien instrucciones para que los Jueces arreglen sus procedimientos,

que no una declaración de delitos, ni una aplicación de la pena. Todo Código criminal tiene dos partes: en la primera se dan reglas seguras a los Magistrados para averiguar los delitos, conocer a los reos, aplicarles su pena y hacerla ejecutar; y esta parte forma el llamado Código de procedimientos. En la segunda parte declara el legislador los actos que erigen crímenes, delitos o culpas, y señala en seguida penas proporcionadas y no atroces para reprimir estos vicios; y esta parte forma propiamente el Código penal. Todos perciben con claridad la justicia y precisión de estas ideas, y aplicándolas a los ocho capítulos de que se trata, se conocerá de que más bien corresponden al Código de procedimientos, lo que prueba que se está formando en España, y en él podrán incluirse los ocho capítulos referidos.

En el artículo 306, las palabras armas de fuego, acero, hierro, deben ampliarse de este modo: armas de fuego o de... de acero, hierro u otro metal.

En el artículo 368 se previene a los profesores de Medicina, Cirugía, etc., la obligación de dar cuenta a la autoridad de cualquiera violencia material que noten en las personas que asistan. ¿Y por qué no han de dar cuenta de toda violencia moral que adviertan? Es muy sabido que las pasiones sedativas, como la tristeza, pueden compararse a unos venenos que lentamente rebajan las fuerzas vitales y acaban destruyendo al individuo. ¿Cuántos hechos no podrían alegarse de hijos aterrados y abatidos por los tratamientos agrios y duros de padres desnaturalizados? ¿Cuántos de súbditos oprimidos por la crueldad y aspereza de superiores imprudentes? ¿Cuántos de personas de todas clases asociadas por necesidad y fuerza con gentes díscolas e insolentes? ¿Y cuántos, en fin, de hombres inconsiderados que, abusando de sus propias fuerzas, se aniquilan con trabajos insoportables? ¿El siglo que vivimos y las luces que tenemos nos permiten que todavía despreciemos, como en los tiempos bárbaros, el influjo de lo moral sobre lo físico? ¿Cuántos males, curables con facilidad, resisten todos los esfuerzos de la Medicina, y por influjo de estas afecciones se hacen rebeldes hasta causar la muerte sin remedio!

El capítulo 2.º y 3.º del título 4.º propone las presunciones más oportunas para que no se vendan medicamentos perjudiciales a la salud; pero todas ellas no son más eficaces que las leyes vigentes en el día, por las que se prohíbe a los Boticarios despachar cardenillo, y en los almacenes se vende por libras. El recurso único para impedir los males de esta clase sería que ninguna persona, sin estar recibida de Farmacéuticos, despachase estas medicinas, ni simples ni compuestas, y para hacerlo habrá de ser en virtud de receta, firmada

precisamente por médico o cirujano, en la que se declaren la hora, día, mes y año y persona a quien se deba; y en vista de ella el Boticario la copiaría y pondría su rúbrica en vez de la del Facultativo; y la persona que fuese con dicha receta recogería la copia que había hecho y rubricado el Boticario. De este modo se evita: 1. Que ninguno despache, sino los farmacéuticos. 2. Que si otro lo hiciere se le aprehenda y convenza de su dañada intención. 3. Que no se venda un *quid pro quo* ni medicinas desvirtuadas; pues si el médico reconociese el fraude dará cuenta a las autoridades, y será castigado el que así aventure y exponga la salud de los hombres. Los artistas y veterinarios, dejando recibido, podrán sacar los simples o compuestos que necesiten para su industria.

El artículo 381 no determina todavía las penas de los que introdujesen o propagasen enfermedades y efectos contagiosos, y quebrantasen sus cuarentenas y cordones de Sanidad, y evadieren sus lazaretos, lo cual es una falta muy notable en un Código penal; y aunque deban variarse los Reglamentos según las circunstancias y provincias a quienes se dan, es indispensable fijar las bases generales de una ley sanitaria penal. En ella se señalarán las penas de los que propagan el contagio, de los que hospedan y reciben personas procedentes de pueblos o lugar denunciados, de las que permiten la entrada y dan el pan por descuido o manejos sordidos, y de los que contravengan a las órdenes o edictos de la Policía o Junta Suprema de Sanidad de la Provincia. Por último, la pena de muerte para los que reciben personas o efectos entredichos, y un premio de cien duros al que descubra cualquiera fraude en esta materia, serían muy oportunos para prevenir los horrorosos estragos de la peste de un pueblo.

El art. 431 dice, que el que no pruebe completamente su acusación, será condenado no solamente en las costas, daños y perjuicios, sino a tanto tiempo de prisión como el que haya sufrido el acusado. Si probar completamente es hacer prueba plena y esta no puede hacerse con facilidad, la admisión de este artículo equivaldría a que ningún delito produjese acción popular; y mejor sería adoptar por ahora este medio supuesto que para acusar, movidos por el bien de la Patria, se requiera grandeza de alma, espíritu público eminente, virtud incontrastable y pureza de costumbres, que son el fruto de muchos años de perfección, y ahora empezamos.

El art. 468, en el segundo caso da al Poder Ejecutivo una salvaguardia completa para eludir el artículo anterior, porque si cualquiera funcionario público puede diferir la ejecución de una orden y representar contra ella, cuando haya algún motivo de dudar prudentemente sobre su autenticidad,

a ningún funcionario le faltarán motivos de ódar si tiene interés en eludir por el pronto la orden.

El art. 512 impone a los Jueces Eclesiásticos privación de empleo de seis a dieciocho meses, una multa de veinte a cincuenta ducados, y el pago de costas y perjuicios, si se declara que han hecho fuerza de cualquier modo en el desempeño de sus funciones; y luego en el art. 515 se dice: que el Juez Letrado que falte contra Ley expresa, o proceda contra ella por ignorancia o descuido, será suspendido de seis meses a un año y se le apercibirá; aquí está palpable la injusticia y el rigorismo hacia los jueces Eclesiásticos; si el Juez Eclesiástico y Secular juzgaren a sabiendas contra ley expresa serían prevaricadores, y por lo mismo responsables a las penas de la prevaricación; cuando el Juez Eclesiástico por ignorancia o descuido hace fuerza, está en el caso del Juez secular que por ignorancia o descuido faltase a la Ley expresa; al primero se le suspende hasta dieciocho meses, al segundo hasta doce cuanto más; al primero se multa hasta cincuenta duros y al segundo en nada se le multa, pero se le apercibe, es decir, se le advierte lo que sabe, que ha delinquido y se le previene lo que debe tener todo reincidente, que se le castigará otra vez con mayor rigor al primero, se le condena al pago de todas las costas y perjuicios; al segundo, por más daño que cause su atolondramiento y su impericia, no es obligado a la reparación. ¿Son los Jueces Eclesiásticos menos acreedores o más disimulables los vicios del Juez secular?

En el art. 585, en vez de las palabras *sin causa legítima que se lo impida*, debieran sustituirse estas otras; sin estar impedido por enfermedad que se lo obste, y abonándole su honorario si no estuviese igualado; pues las primeras darían lugar a mil contestaciones sobre la legitimidad de la causa, y el Facultativo creído en que tiene justos motivos para no asistir al reconocimiento a que se le cita, y temiendo se le oprima la libertad de su profesión, dejaría de concurrir sacrificando los tiernos afectos de la piedad, con perjuicio de la humanidad doliente y de la Administración de Justicia.

No todos los pueblos de la monarquía tienen Médico, Cirujano o Boticario, ni todos pagan esta clase benemérita encargada de la salud pública: cuatro curanderos y charlatanes hacen sus veces, y el español honrado que habita las campiñas para fomentar los frutos de la tierra y la subsistencia del hombre, muere como bestia sin recibir los socorros del arte; mas no por eso el Gobierno ha precavido estos males y se ha querido forzar a los Profesores y Farmacéuticos, los unos a que asistan de largas distancias, con detrimento de su salud, con violación de los pactos que han celebrado, con desampa-

ro de los enfermos que tratan, con opresión de su libre ejercicio, con dispendio de sus propios intereses, y con ultraje de todos sus derechos; y a los otros con extorsión de su propiedad, de su comercio y de su industria, a que cumplan con unos deberes que sólo ha podido consagrar la fuerza, y de los que no debe abusarse por más tiempo. Si la justicia ha de ser en lo sucesivo la regla del Legislador, dótense de los fondos de los pueblos a estos funcionarios, pero no se viole por más tiempo una profesión abatida y desmejorada entre nosotros, porque nunca se ha protegido, y merezca en el Código civil una declaración lisonjera del favor que hay en las leyes.

El capítulo 1 y 2 de la 2.^a parte presentan delitos los más horrorosos y los más frecuentes en la sociedad en que vivimos; casi todos se evitarán si ninguno llevase armas prohibidas: el ciudadano pacífico no debe ir provocando a sangre y muerte.

Los edictos que hasta aquí se han publicado han sido ineficaces, a pesar de su mayor rigorismo para impedir el que se lleven armas prohibidas y ahora se pretende en el art. 365 que la aprehensión de ellas, y un arresto de cuatro días o dos meses, baste para arredrar a los delincuentes. Las armas prohibidas prestan un descaro al hombre cruel, animan a los rateros y villanos, alientan para el robo y favorecen todos los crímenes; rebeldías, sediciones, tumultos, motines, homicidios de todas clases, heridas, etc., son los frutos amargos de esa tolerancia de las armas prohibidas. Si a todo el que la lleve, fabricase o introdujese, al día siguiente de haberlo aprehendido se le condenase a dos a seis años a obras públicas por la primera vez, en el mismo pueblo donde se le aprehendió y se le impusiese la pena de muerte al que reincidiera, se puede asegurar que la costumbre de llevar tales armas y los excesos que de ellas resultan desaparecerían de entre nosotros.

El art. 607, enumera los estímulos que destruyen o disipan en el homicidio la cualidad de voluntario y premeditado; y si se admite el segundo no habrá homicida que no pruebe que tenía fundamento, peligro, ultraje o deshonra grave para sí o para personas allegadas a él, y sólo se trataría de embozar, como hasta aquí, el saludable rigor de la Ley: la excepción de los otros estímulos trae un servicio a la Patria, y el primero contempla el corazón humano; pero el segundo, la única ventaja que podrá traer sería el que se escape un bribón de la pena justamente merecida.

Hasta aquí, Señor, se han expresado los artículos, cuya aprobación presenta dificultades de algún momento, y atendibles en el concepto de la Comisión nombrada por esta Univer-

sidad; ahora sólo resta hacer ciertas observaciones sobre la totalidad del proyecto, que también son considerables a juicio de la misma.

Leídas las mejores teorías de Legislación criminal, se deduce de todas ellas que la moralidad de las acciones humanas no puede medirse sino por el grado de utilidad o perjuicio que producen en la sociedad de que se trata; clavar un puñal en la res que está en el matadero es un movimiento idéntico al de clavarle en el pecho de un hombre; pero examinados los derechos del hombre y los perjuicios que de su muerte experimenta la sociedad, la obligación que tiene el delincuente de indemnizarlos, y la urgencia del escarmiento para contener a otros, se hace precisa la aplicación de las penas, si han de repararse los males que nacen de un delito. Para graduarle no hay más que averiguar la suma de males causados, y para remediarle no hay más recurso que otro mal: como que un sólo acto criminal ataca de un golpe muchos derechos en el hombre, y cada derecho ofendido es un delito, el complejo de los delitos que puede un hombre cometer, por ejemplo robando forma lo que se llama circunstancias agravantes del robo; luego para graduar los delitos debiera formarse una tabla o serie, en la que estuviesen colocados por su gravedad respectiva, y en proporción aritmética, todos los actos erigidos en delito, y la culpabilidad del delincuente se mediría por la mayor o menor suma de delitos simultáneos. Para graduar las penas, que es el mayor conflicto, y en cuya parte es arbitraria más o menos todas la legislación criminal, debemos contemplar que las acciones tienen resultados indefectibles que influyen en nuestra felicidad siempre que son conformes a las relaciones de nuestra naturaleza, y en nuestra desgracia, por el contrario, si no lo son: si en el hecho mismo de quebrantar las leyes políticas sintiésemos los males de nuestra consideración, como nos sucede cuando quebrantamos las leyes naturales, no serían precisas más penas; pero no sucede así porque están en contradicción por lo común la sanción política y natural: luego es preciso una pena que sea consecuencia necesaria del delito, por la acción del Magistrado; y como que ya están clasificados justamente los delitos, sabida la pena correspondiente al menor de ellos, graduándola en la misma proporción se tendrá la escala de las penas; y como que estas son distintas entre sí, deben expresarse sus valores iguales en la especie ínfima y entonces habrá un Código penal completo en el orden posible. Sería de desear que se invitase por más tiempo a los sabios para la formación de esta obra, pues el proyecto que se ha leído, aunque mejora extraordinariamente nuestra legislación criminal, es susceptible de mucha perfección en su totalidad.

En el Código Penal se suponen los jueces de hecho; vistas las razones que tuvieron las Cortes extraordinarias para introducir por entonces esta novedad, manifestadas en el discurso preliminar de la Consitución, y no habiendo desaparecido los obstáculos que había, por más laudable y ventajosa que sea esta novedad, parece debiéramos antes de instituir-la, prepararla por la ilustración y arreglo de las costumbres.

La necesidad y la justicia reclaman que se prevengan los delitos: el padre celoso impide los extravíos de su familia y cierra los caminos que la lleva a su perdición: el que es bárbaro, indolente y cruel deja abierta la entrada a los males, y después castiga atrocemente una falta de que ha sido autor y cómplice. Los delitos no están prevenidos entre nosotros, las costumbres no suplen la somnolencia y apatía de los funcionarios públicos; los acos que preparan los delitos amenazan la tranquilidad y turban todos los goces sociales, se ejecutan con la misma serenidad y confianza que las acciones útiles; la policía no se conoce, y a pesar de su importancia todavía se descuida; ni se forman los reglamentos que debieran plantearla, ni se crean funcionarios que vigilen rara vez, será invocado a toda hora para castigar los crímenes que no se han impedido: la beneficencia de la policía debiera ir muy delante del rigor de las leyes penales.

Estas observaciones generales, unidas sobre las que se han hecho sobre algunos artículos del Código, forman la opinión de los individuos que suscriben y tuvieron la honra de que este Claustro los nombrase para que informaran sobre el Código penal que se les ha pasado, ni se han podido extender a mayores raciocinios, ni presentáo grandes teorías en la premura y angustia con que se les ha requerido. El Claustro, con mejores luces, podrá hacer de este trabajo el uso correspondiente a su decoro, patriotismo y cultura.—Dios guarde a V. S. I. muchos años.—Granada, 15 de agosto de 1821.—*Joaquín de Luque, José María Ruano, José Vicente Alonso, Agustín José García*".

V

I. *Principios orientadores*.—En términos generales el informe recoge los principios que a la sazón estaban vigentes en Europa y en la propia España. Como ya hemos apuntado, la base del pensamiento penal se apoyaba en el principio de utilidad de un lado, y en la idea de prevención general como fin de la pena, de otro. Ambos principios son comunes a todos los reformadores e iniciadores del moderno Derecho Penal. Habían inspirado también las legislaciones europeas ya promulgadas.

En el informe granadino *el principio de utilidad* está manifiesto en muchos parajes. La marca para los condenados a trabajos públicos se rechaza porque “*es inútil*”. La ventaja que se pretende sacar de ella, no sería el escarmiento de los otros. Tampoco es útil —se añade— para comprobar la identidad de la persona. Se acepta, sin embargo, para otros condenados, precisamente en méritos de la utilidad que reporta: “*Sí podrá usarse de ella en otra clase de delincuentes con más conocido provecho de la Sociedad, y esto es lo que importa que todos perciban claramente*”.

En las observaciones de tipo general que hacen al proyecto, aparece claramente aceptada la utilidad como principio rector: “*Leídas las mejores teorías de Legislación criminal, se deduce de todas ellas que la moralidad de las acciones humanas no pueden medirse sino por el grado de utilidad o perjuicio que producen en la sociedad de que se trata*”.

La prevención general como fin de la pena se invoca igualmente en algunos párrafos del informe. Se manifiesta como preocupación preeminente cuando se propugna la prontitud en la aplicación del castigo, porque “*la crueldad no arredra tanto a los delincuentes como la certeza y pronta aplicación de las penas*”, cuando se aconseja la dureza para el latrocinio, porque “*en ningunos crímenes debe atajarse tanto la perversidad y malicia como en aquellos que son más frecuentes, más atrativos y escandalosos en una sociedad*” y cuando se objeta la sanción que el Proyecto establece para los que porten armas, porque se estima que tan menguada pena no bastará “*para arredrar a los delincuentes*”. En aras de la prevención general se llega a extremos verdaderamente duros al sugerir que a los reincidentes en el porte de armas se les imponga la pena de muerte, pues con esta medida “*se puede asegurar que la costumbre de llevar tales armas y los excesos que de ellas resultan desaparecerían entre nosotros*”. Fe ciega en ella se revela cuando se aconseja “*la urgencia en el escarmiento para contener a otros*”.

Que la prevención ha inspirado en todo momento a los autores del informe resulta evidente de su párrafo final: “*La necesidad y la justicia reclaman que se prevengan los delitos: el padre celoso impide los extravíos de su familia y cierra los caminos que la llevan a su perdición: el que es bárbaro, indolente y cruel deja abierta la entrada a los males, y después castiga atrozmente una falta de que ha sido autor y cómplice. Los delitos no están prevenidos entre nosotros, las costumbres no suplen la somnolencia y apatía de los funcionarios públicos: los actos que preparan los delitos amenazan la tranquilidad y turban todos los goces sociales, se ejecutan con la misma serenidad y confianza que las que las acciones útiles; la policía no se conoce y a pesar de su importancia todavía se descuida; ni se forman los reglamentos que debieran plantearla, ni se crean funcionarios que vigilen en su observancia, y por lo tanto el Código Penal que debiera abrirse rara vez, será invocado a toda hora para castigar los crímenes que no se*

han impedido: la beneficencia de la policía debiera ir muy delante del rigor de las leyes penales”.

La importancia que se concede a la prevención de los delitos se manifiesta, por último, en las alusiones que se hacen a las estructuras sociales patrias (indigencia, falta de ilustración, acumulación de riquezas, etc.) y a su reforma como medio de prevención de la criminalidad. Al hablar del latrocinio, se dice que “no desconoce esta Universidad que abatida la agricultura, trabado el comercio, perdidas las artes, amontonadas las riquezas y depravadas las costumbres, se pone a muchos en el compromiso de robar o perecer; pero cuando las benéficas y sabias leyes del Congreso vayan abriendo todos los canales de la prosperidad pública, es preciso extinguir la holgazanería, y llamar a los hombres al trabajo, tanto más fuertemente cuanto más habitual y pesado se ha hecho el letargo de la pereza; pues en lo sucesivo cualquier ladrón es más criminal, porque teniendo recursos honestos para soportar la vida se vale de medios injustos”. En este párrafo se advierte la influencia de la “Práctica Criminal” de José Marcos Gutiérrez que los redactores del informe debían conocer pues, como ya hemos dicho, estuvo de texto en muchas Universidades. Este autor había escrito: “Los delitos cometidos por la necesidad son los más excusables, y ¡cuánto no lo es el desgraciado padre que sin pan para sí, y su mujer e hijos se resuelve después de un largo y doloroso combate a exigir por fuerza unos alimentos, sin los cuales van todos a perecer! La indigencia es una de las causas más ordinarias del crimen” (35).

Por lo que llevamos dicho, resulta fácil deducir, aunque el informe no hace cita alguna, cuáles fueron las lecturas que inspiraron a los redactores del informe que estudiamos. La huella de Beccaria, Bentham y Filangieri, de los que ya había traducciones castellanas, es evidente entre los extranjeros. Entre los españoles, Lardizábal y José Marcos Gutiérrez. El acertado trabajo que DORADO MONTERO hizo del pensamiento de este último autor, y la lectura de su obra, nos da pie para opinar que no sería aventurado pensar que las ideas nuevas en el informe granadino entraron precisamente a través del conocimiento de la obra de José Marcos Gutiérrez, pues en su pensamiento se encuentran firmes y expuestos con claridad la idea de prevención general, el principio de utilidad y cuanto de novedoso circulaba por el mundo en materia penal, y es que, como dice DORADO, “era hombre de muchísima lectura, que había asimilado las doctrinas reformistas de la época y las había incorporado a su trabajo” (36).

No es sin embargo todo innovador y reformista en el contenido del informe. Las más arraigadas concepciones conservadoras orientan algunos de sus párrafos. A este respecto es muy de tener en cuenta la observación del Dr. LUQUE, en la Sesión del Claustro en que fue

(35) JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica Criminal*, cit., vol. III, pág. 83.

(36) DORADO MONTERO, *El Derecho Protector*, cit., pág. 503.

aprobado (37). Entre las omisiones que reprochó al Proyecto citaba el no señalarse apenas al incestuoso, al suicida y al convencido de bestialidad. En la misma línea de pensamiento está la lanza que se rompe en favor de los jueces eclesiásticos, al censurar los arts. 512 y 515, donde se dice “está palpable la injusticia y el rigorismo hacia los jueces eclesiásticos”, preguntando, después de destacar la diferencia de trato que el texto legislativo sancionaba: “¿Son los jueces eclesiásticos menos acreedores, o más disimulables los vicios del Juez secular? La opinión que se da respecto a la institución del jurado, objeto de polémica por aquellos tiempos y de la que se dice que “por más laudable y ventajosa que sea esta novedad, parece debiéramos antes de instituir la prepararla por la ilustración y arreglo de las costumbres”, está inspirada en la tradición de nuestra Patria.

2. *Posiciones respecto a algunos puntos concretos.* — Los tres principios apuntados se advierten en la posición que los redactores del informe adoptan respecto a algunos puntos concretos del Proyecto.

a) Respecto a la *pena capital*, la Universidad de Granada propugna su mantenimiento como necesaria ante nuestras estructuras sociales, y como medio de prevenir los delitos, alegando que “mientras haya igual incitación y motivos para el crimen en España, habrá delitos atroces y fieras en nuestra figura, y la pena de muerte será el único remedio para evitar los estragos de su furor”. Sólo procedería su abolición, por tanto, cuando los delitos más atroces pueden prevenirse por otros medios, pues “si el pueblo español se hubiese ilustrado completamente en sus deberes, si las fortunas estuviesen mejor niveladas, si los grandes delitos se hallaran prevenidos por la más vigilante policía, si pudiera destruirse en el hombre hasta la voluntad de delinquir, es innegable que ni existirían crímenes horribles, ni la pena de muerte sería precisa”.

Coincide en esto el dictamen que analizamos con la opinión mayoritaria a la sazón. FILANGIERI cree que no se puede abolir, aunque estima que debe aplicarse con moderación (38). LARDIZÁBAL escribe que “abolirla enteramente en un Estado sería acaso abrir la puerta a ciertos delitos más atroces y peligrosos que casi no pueden expiarse si ni con sangre” (39), y JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, aunque confiesa estar dudoso si ha de conservarse o borrarse del todo, abunda en los argumentos antiabolicionistas, manifestando que si se conserva ha de usarse de ella con moderación (40).

Es concorde también el informe con la casi totalidad de las Corpo-

(37) Cfr. MONTELIS, *Historia del origen y fundación de la Universidad de Granada*, cit., pág. 485.

(38) FILANGIERI, *Ciencia de la Legislación* (trad. de J. Ribera), 2.^a edición, Burdeos, 1823, vol. III, págs. 327 y sgs.

(39) LARDIZÁBAL, *Discurso*, cit., págs. 165.

(40) *Práctica Criminal*, vol. 3, pág. 88 del *Discurso*.

raciones que formularon observaciones al Proyecto. Todas fueron favorables a la pena de muerte; “sólo la Universidad de Alcalá parece propender a la abolición” (41). La Comisión Codificadora, al presentar sus primeras ideas, “juzgó que debía no admitirla por efecto de la humanidad y filosofía”; después se vio precisada a revocar su modo de pensar (42).

b) En cuanto a los *trabajos perpetuos*, la Universidad granadina emite una singular opinión. Al comparar esta pena con la de muerte argumenta sobre la mayor gravedad de la primera: “La pena de trabajos perpetuos en la escala que se ha formado debería tener el primer lugar, y aun supuesto que la humanidad y buen trato dulcifiquen los horrores de estos infelices, nunca será mucho menos grave que la pena de muerte.” La razón de esta mayor gravedad la sitúan en que, tanto unos como otros, “tienen que perecer bajo la cuchilla de la ley”; pero los condenados a muerte “de una vez pagan su deuda y no se añade a ellos amargura sobre amargura”, mientras que los que cumplen la sanción de trabajos perpetuos mueren “a cada instante..., desfallecen al peso de los trabajos más crudos, esclavos de su misma pena, presas del dolor y del sufrimiento, afligidos de espíritu, sin más descanso que el preciso, invocando su fin postrero para que se aquiete la saña de la ley”.

La opinión de los autores del informe tiene su antecedente en algunos autores patrios. LARDIZÁBAL, al referirse a los trabajos públicos, dice de los condenados a él que “quedarían reducidos al triste y lastimoso estado de la desesperación, *más cruel que la misma muerte*” (43). El argumento es antiguo. JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, al estudiar las objeciones hechas a esta especie de pena, examina como uno de los alegados el que aduce que “pueden ser más terribles que la misma muerte, que es instantánea” (44). El mismo propugna la búsqueda de medios que, evitando en los trabajos públicos todos los inconvenientes expresados..., puedan suplir con ventaja la horrenda pena de muerte” (45). Las leyes patrias eran también contrarias al carácter de perpetuidad de las condenas a trabajos en arsenales. LARDIZÁBAL, conocedor de ellas como nadie, advierte, en defensa de su propia opinión, que “la misma ley manda justamene que no puedan los tribunales destinar a reclusión perpetua, ni por más tiempo que el de diez años en dichos arsenales, a reo alguno; sino que a los más agravados, y de cuya salida, al tiempo de la sentenecia, se recele algún

(41) SALILLAS, *Evolución penitenciaria*, 2, cit., pág. 373.

(42) Así lo dice el diputado Martel en una de las sesiones de Cortes. Cfr. SALILLAS, *Ob. cit.*, pág. 354.

(43) *Discurso sobre las penas*, cit., pág. 181 (dap. V, par. 2, núm. 17).

(44) JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal*, cit., 3 pág. 112 del *Discurso*.

(45) *Ob. cit.* pág. 113.

grave inconveniente, se les puede añadir la calidad de que no salgan sin licencia" (46).

No era ésta la opinión dominante en Europa. Beccaria, Bentham y Brisot, entre otros, son abiertamente partidarios de esta clase de pena, por lo que no es aventurado afirmar que también en este punto tuvieron en cuenta los redactores del informe principios tradicionales, discordantes con las concepciones foráneas predominantes.

La observación hecha por la Universidad de Granada no fue tomada en cuenta. El Código de 1822 prevé la pena de trabajos perpetuos en el artículo 28, estableciéndola en la escala de penas en segundo lugar, inmediatamente detrás de la de muerte.

c) *La marca* es aceptada por los redactores del informe con un fin puramente utilitario. Se rechaza como pena aflictiva, "para agravar la pena de trabajos perpetuos", porque "sería una injusticia atroz marcar a los reos condenados a ésta, haciéndoles de peor condición que los reos de pena capital", y, además, porque se considera inútil en cuanto no serviría para la prevención general, ni para comprobar las reincidencias, ni para la constatación de la identidad de los condenados. Pero, sin embargo, se acepta, con lujo de detalles, cuando se estima que ha de ser útil a la sociedad: "Es innegable que la marca es el medio más veloz de reconocer al reincidente y que cualquiera que robe en un punto de la Monarquía no podría encubrir su reincidencia en otro; y así debería marcarse en la espalda con una L toda la persona convencida de un robo de veinte reales para arriba".

En este punto el informe granadino coincidía con la posición que en un principio adoptó la Comisión Codificadora, la cual entendía que "es uno de los medios más oportunos para comprobar las reincidencias criminales, y la experiencia ha mostrado los buenos efectos de esta medida", aunque el Proyecto sólo la establecía para los condenados a trabajos perpetuos, que es precisamente para quienes la repugnan los informantes granadinos (47).

En Europa, aunque Filangieri, Bentham y Bexon abogan por ella, la mayoría de los reformadores se manifestaban en contra de la marca. La Asamblea Constituyente francesa la hizo desaparecer del Código publicado en 1791, aunque, con importantes modificaciones, se volvió a restablecer en el texto legal de 1810. JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, exponente, como ya hemos dicho, de las directrices en boga, señala, entre las sanciones "que no deben ocupar ningún lugar en una buena legislación", la marca en la frente, mejilla o mano, ni la impresa en parte oculta del delincuente (48). Tampoco en nuestra patria contaba la marca con apologistas. Al proponer la Comisión ciertas variaciones en el Proyecto, decía que contra ella "está la opinión de casi todos los infor-

(46) LARDIZÁBAL *Ob. cit.*, pág. 201.

(47) Cfr. SALILLAS, *Evolución penitenciaria*, 2, cit., pág. 361.

(48) *Ob. cit.*, págs. 116 y 117 del *Discurso*.

mantes”, por cuya razón, “cediendo más a sus propios sentimientos, desiste gustosa de una medida que, por más fundada que pueda ser, no tiene tanta importancia y utilidad que equivalga al inconveniente de ser mal recibida” (49).

d) Al tratar el informe granadino de la excepción de ignorancia de ley que el Proyecto establecía para el extranjero, toca una cuestión de máxima trascendencia, la relevancia penal de la ignorancia de ley, en la que los informantes adoptan una posición clara, tajante y muy definida: “la ley sólo obliga en cuanto es conocida”. Para ellos, envuelve una injusticia el imponer una sanción a quien ha infringido la ley porque la ignora: “Resultar cierta la ignorancia de ley es lo mismo que no ser conocida, ¿y qué razón habrá entonces para castigarlo, no digo con la mitad de la pena, sino aun con la más ligera?”

En esta posición de los comisionados granadinos está recogida una firme tradición patria a la que no era extraña la Universidad que les encomendó la redacción del dictamen. El P. MONTES, que investigó con minuciosa y acertada atención la doctrina de los antiguos tratadistas españoles acerca de la ignorancia como excusa de la culpabilidad y de la pena (50), pudo afirmar que “todos los moralistas han juzgado siempre incompatible la ignorancia no culpable con la imputabilidad moral de los actos humanos y la criminal de los delitos... y han visto, por tanto, en la ignorancia invencible o inculpable una causa excluyente de la imputabilidad y excusante de la culpa y de la pena propiamente dicha, esto es, de la pena como vindicación o castigo de la culpa” (51). En esta línea pueden anotarse, entre otros, los nombres ilustres de Alfonso de Castro, Suárez, Tomás Sánchez y Martín de Azpilcueta.

El informe que estudiamos sigue en este punto un principio tradicional que se recogía también en nuestras leyes históricas, y defendía, entre los autores coetáneos, JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, que estimaba no debían reputarse acciones criminales “las que sean hijas de la ignorancia” (52). No era ésta, sin embargo, la opinión dominante en las Sesiones de Cortes donde se discutió el proyecto. La propia Comisión Codificadora mantenía que en lo penal no hay lugar a la ignorancia, y algunos de los diputados se manifestaron decididamente en contra de su eficacia excusante. Vadillo preguntaba, a este respecto: “Quisiera que la Comisión me dijese cuál es la razón porque la ignorancia disculpa a uno que delinque”, y Garelli pide una regla menos equívoca que las que establecían algunas leyes históricas sobre la relevancia de la ignorancia (53). Como resultado de estas intervenciones, el Código de 1822 estableció, en su artículo 10, que “todo español o extranjero que, dentro del territorio de las Españas, comete algún delito o culpa, será cas-

(49) Cfr. SALILLAS, *Evolución penitenciaria*, cit. 2, pág. 361.

(50) JERÓNIMO MONTES, *La ignorancia en el Derecho Penal*, El Escorial, año 1927.

(51) J. MONTES, *Ob. cit.*, pág. 6.

(52) *Práctica Criminal*, cit., 3, pág. 11 del Discurso.

(53) Cfr. SALILLAS, *Evolución penitenciaria*, 2, cit., págs. 289 y 323.

tigado, sin distinción alguna, con arreglo a este Código, *sin que a nadie sirva de disculpa la ignorancia de lo que en él se dispone*: salvas las excepciones estipuladas en los tratados existentes con otras potencias“..

VI

En términos generales, el informe granadino responde a la opinión general mantenida por los que formularon las Corporaciones que respondieron al llamamiento de las Cortes. Se quejan los informadores de “la premura y angustia con que se les ha requerido”, formulan acerbas censuras, apoyadas unas veces en criterios de equidad y justicia (54), y en criterios técnicos otras (55), aprovechando las ocasiones que el Proyecto les brinda para apuntar las deficiencias sociales y económicas que la situación del país presenta (56).

No es, pues, de elogio la tónica de las observaciones de la Universidad de Granada; por el contrario, abundan en críticas al Proyecto, y brindan a veces sugerencias de estimable valor. Manteniendo en algunos puntos criterios tradicionales, se recogen las nuevas orientaciones reformistas que estaban a la sazón en boga. Su orientación responde al pensamiento penal medio de España en la época en que se hace, por lo que su conocimiento constituye un interesante elemento de juicio para el estudio de las ideas jurídico-penales a comienzos del siglo XIX.

(54) Así cuando se repudia la marca para los condenados a trabajos perpetuos “por que sería una injusticia atroz marcar a los reos condenados a ésta, haciéndolos de peor condición que los reos de pena capital”; cuando se aboga por la supresión de la última cláusula del art. 96 “por que sería injusto que el reo, pudiendo resarcir el daño, se libertase de la obligación que tiene a ello y sufriese el perjuicio alguna persona inocente, cuya propiedad deben garantir las Leyes”; y cuando se alude al trato dado a los jueces eclesiásticos en relación con los civiles, a que antes nos hemos referido.

(55) Cuando se comentan los capítulos VI al XIII, señalando que gran parte de las normas que contienen encontrarían su albergue adecuado en el Código de Procedimiento; cuando se corrigen y amplían los tipos referentes al uso de armas; cuando se aboga por la tipificación de la conducta de “los que introdujesen o propagasen enfermedades y efectos contagiosos”, pues no determinar penas para ellos “es una falta muy notable en un Código Penal”; y cuando se refieren a las ventas de determinados productos por los farmacéuticos u objetan lo establecido para los falsos acusadores.

(56) En este punto los informadores abundan en detalles: “No todos los pueblos de la Monarquía tienen Médico, Cirujano y Boticario, ni todos pagan esta clase benemérita encargada de la salud pública; cuatro curanderos y charlatanes hacen sus veces, y el español honrado que habita las campiñas para fomentar los frutos de la tierra y la subsistencia del hombre, muere como bestia sin recibir los socorros del arte; mas no por eso el Gobierno ha precabido estos males y se ha querido forzar a los Profesores y Farmacéuticos los unos a que asistan de largas distancias con detrimento de su salud, con violación de los pactos que han celebrado, con detrimento de los enfermos que tratan, con opresión de su libre ejercicio, con dispendio de sus propios intereses y con ultraje de todos su derecho; y a los otros con extorsión de su propiedad, de su comercio y de su industria, a que cumplan con unos deberes que sólo ha podido consagrar la fuerza y de los que no debe abusarse por más tiempo”.

Cualquier estudio serio de este siglo debe necesariamente tener en cuenta el contenido de los informes que se produjeron con motivo de la promulgación de nuestro primer Código penal, pues ellos son, sin duda, fieles índices de las ideas penales dominantes, y su examen contribuirá a redondear y completar lo que piensan y escriben los especialistas, ofreciendo en algunos puntos una contemplación más ajustada de la realidad que la ofrecida por las obras de estos últimos.