

---

## ARTÍCULOS

---

### EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1884, DE SILVELA, Y EL CÓDIGO PENAL DEL PROTECTORADO ESPAÑOL EN MARRUECOS

JAVIER ALVARADO PLANAS\*

---

\* Profesor Titular de Historia del Derecho Español.

UNED

## SUMARIO

EL PROYECTO SILVELA: TÍTULO PRELIMINAR

PERSONAS RESPONSABLES CRIMINALMENTE

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD  
CRIMINAL

SIMPLIFICACIÓN DE LAS ESCALAS PENALES

EL PRINCIPIO RETRIBUCIONISTA Y LA PENA DEL TALIÓN

APLICACIÓN, CUMPLIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LAS PENAS

LOS DELITOS COMETIDOS POR MEDIO DE LA IMPRENTA

LIBRO II. DE LOS DELITOS Y SUS PENAS

LIBRO III. DE LAS FALTAS Y SUS PENAS. VALORACIÓN DEL  
PROYECTO DE 1884 Y DEL CÓDIGO PENAL DE MARRUECOS:  
CONCLUSIONES

## EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1844, DE SILVELA, Y EL CÓDIGO PENAL DEL PROTECTORADO ESPAÑOL EN MARRUECOS

JAVIER ALVARADO PLANAS

La finalidad del presente trabajo es la realización del análisis jurídico del Proyecto de Código Penal de 1884, de Silvela (PS), determinando las mejoras que alcanzó respecto al Código Penal entonces vigente, el de 1870 y la influencia que tuvo en la legislación Penal posterior, especialmente sobre el Código Penal del Protectorado español en Marruecos. La circunstancia de que tal proyecto fuera técnicamente superior al propio Código Penal de 1870<sup>1</sup> y de

\* A Marcelo DE AZCÁRRAGA, Presidente del Consejo de Ministros (1901 y 1904), y a Joaquín DE AZCÁRRAGA, Catedrático de la UNED.

<sup>1</sup> Existe numerosa bibliografía sobre el Código Penal de 1870. Para este trabajo hemos utilizado diversas obras de carácter monográfico, comentarios al propio Código Penal de 1870, adiciones, «contestaciones», etc. Así, A. GROIZARD, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*. Burgos, Salamanca, 1870 (manejo la 2.ª ed. de 1902, 7 volúmenes). J. PACHECO, *El Código Penal*, 4.ª ed., Madrid, 1870, con un *Apéndice* de J. GÓNZALEZ SERRANO, Madrid, 1876. N. B. SELVA, *Comentarios al Código Penal reformado y planteado provisionalmente por ley de 3 junio de 1870*, Madrid, 1870, teniendo en cuenta que, como diputado liberal, hace una obra justificadora del Código. S. VIADA y VILASECA, *Código Penal reformado de 1870*, 4.ª ed., Madrid, 1890, que es la que manejo, la 1.ª es de 1874. J. M. VALDÉS, *Código Penal general vigente en España reformado con arreglo a las últimas leyes*. Madrid, 1908, y también *Programa razonado de un curso de Derecho Penal*. Madrid, 1889. L. SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente en España*. Madrid, 1903, 2.ª ed. aumentada por Eugenio Silvela, que es la que he utilizado (la 1.ª es de 1874 [(volumen I) y 1879 (volumen II)]. J. MONTES, *Derecho Penal*. Madrid, 1917, 2 volúmenes. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Derecho Penal*. Madrid, 1915. E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*. Madrid, 1926. DORADO MONTERO, *Enciclopedia Jurídica española*. Barcelona, ed. Seix, 1910, tomo IV, voz *Código Penal*, con abundante aparato crítico, sistematizado, del Código Penal de 1870. Q. Saldaña, traducción y adiciones al *Tratado de Derecho Penal* de F. von LISTZ. Madrid, 1914. BERNALDO DE QUIRÓS *Teoría del Código Penal*, en colaboración con NAVARRO. Madrid, 1911. E. LANGLE RUBIO, *Código Penal de 17 de junio de 1870*. Madrid, 1915. ANTÓN ONECA, «El Código Penal de 1870», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970, pp. 229 y ss. NÚÑEZ BARBERO, *La reforma penal de 1870*. Salamanca, 1970. Finalmente, la Real

que la mayor parte de sus innovaciones se recogieran posteriormente en el Código Penal hispano-marroquí de 1914 (C. P. Ma) crearán la paradoja de que, mientras en España se aplicaba el Código Penal de 1870 (vigente hasta 1928, pero vuelto a sancionar con algunas modificaciones en 1932, y vigente hasta la promulgación del Código Penal de 1944) en el Protectorado regía un Código Penal técnica y jurídicamente superior.

No obstante los elogios que suscitó en su día el Código Penal de 1870, pese a haberse presentado como «código provisional», inmediatamente fue objeto de críticas. En las sesiones parlamentarias de junio de 1870 en las que se discutió su oportunidad, fue precisamente Francisco SILVELA uno de sus detractores, tachándolo de «Código de verano»<sup>2</sup>, como es sabido. Para SALDAÑA era «enemigo del progreso»<sup>3</sup>, DORADO MONTERO denunció su «espíritu arcaico»<sup>4</sup>, BERNALDO DE QUIRÓS lo calificó de «envejecido y paralítico»<sup>5</sup>, críticas ya famosas y sobradamente conocidas que nos dispensan de mayores comentarios. También mereció elogios de conservadores como ÁLVAREZ BUGALLAL; «el Código fue objeto de estudio y hasta de envidia de naciones extrañas»<sup>6</sup> y de liberales como GROIZARD; «sirvió de modelo a los Códigos Penales americanos»<sup>7</sup>. Últimamente ha sido reivindicado su mérito por NÚÑEZ BARBERO<sup>8</sup>.

Aprobada una nueva Constitución el 30 de junio de 1876, eran necesarias reformas políticas del Código Penal de 1870 que tuvo su inspiración en la anterior Constitución de 1869, además de reformas técnicas señaladas por varios juristas. En 1877 José Estrada Perales y Manuel Dánvila propusieron un proyecto para adecuar el vigente Código Penal de 1870 a la nueva Constitución<sup>9</sup>. Dos años más tarde la sección segunda de la Comisión General de Codi-

---

Academia de Legislación y Jurisprudencia publicó una obra colectiva en 1870, *Conmemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial y del Código Penal de 1870*, con artículos de COBO, LATOUR, RODRÍGUEZ MOURULLO, OLESA, DEL ROSAL, que citaremos en su momento.

<sup>2</sup> DS 15-6-1870, página 8883. Hay alguna edición del *Código Penal Reformado* que incorporaron al texto oficial la transcripción de la discusión del dictamen de la Comisión del 15 de junio de 1870, como la edición de la imprenta de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 1870, p. 7-28.

<sup>3</sup> Q. SALDAÑA, *cit.* III, p. 469.

<sup>4</sup> DORADO MONTERO, *cit.*, p. 604.

<sup>5</sup> BERNALDO DE QUIRÓS, *cit.*, p. 48

<sup>6</sup> *Colección Legislativa*, tomo XXIV, pp. 1099-1228, «Proyecto de Código Penal de Álvarez Bugallal, ministro de Gracia y Justicia».

<sup>7</sup> GROIZARD, *cit.* I, p. 41, que denota un cierto «amor de padre», pues formó parte de la comisión legisladora.

<sup>8</sup> NÚÑEZ BARBERO, *op. cit.*, pp. 68-70.

<sup>9</sup> Es un Proyecto con reformas políticas, más que jurídicas: regula los delitos contra la religión, debido al imperativo constitucional que declaraba la confesionalidad del Estado (Libro II, Título I, con diez nuevos artículos), delitos contra la seguridad interior y exterior e independencia del Estado, así como los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos garantizados por la Constitución, asociaciones y reuniones ilegales. Sobre los Proyectos de Código Penal españoles, son clásicos los trabajos de GONZÁLEZ MIRANDA, *Historia de la codificación penal española y ligera crítica del Código Penal vigente* (tesis doctoral), 1907, y de SALDAÑA, *El futuro Código español*,

ficación redactó otro proyecto intentando adaptarse a la nueva Constitución tipificando los delitos religiosos y políticos. Aprovechando ambos proyectos, el ministro de Gracia y Justicia, Saturnino Álvarez Bugallal presentará a las Cortes el 17 de junio de 1880 otro proyecto<sup>10</sup>. Tras estos proyectos de reforma parcial del Código Penal, el 18 de abril de 1882, Alonso Martínez remitirá al Senado un nuevo proyecto, al parecer preparado por Cobián, inspirado en el «sentido liberal y progresivo de la política del gobierno», pero no llegó a discutirse<sup>11</sup>.

El Proyecto de 1884, preparado por Luis Silvela, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Madrid, fue presentado a las Cortes<sup>12</sup> por su hermano Francisco Silvela, entonces ministro de Gracia y Justicia. En el preámbulo, a modo de justificación, dirigido a las Cortes, explica Silvela que al igual que a la Constitución de 1845 siguió el Código Penal de 1848 y de 1850, y a la Constitución de 1869 siguió el Código Penal de 1870, acorde con ella, a la vigente Constitución de 1876 debe seguir un Código Penal actualizado. «Partimos pues —explica F. SILVELA— como ya se ha indicado, de una base conocida, del Código de 1848; utilizamos hoy todos los trabajos y reformas

Madrid, 1923. Últimamente, el estudio de J. ANTÓN ONECA, «Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código Penal español», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XXV, 1972, pp. 250-287, que restringe su investigación básicamente a los Proyectos de Alonso Martínez (1882) y de Silvela (1884).

<sup>10</sup> Archivo del Senado, legislatura 1879-1880, Ap. 6.º, número 149, y editado por la imprenta Fortanet en 1880, *Proyecto de Código Penal, redactado por la Comisión General de Codificación y presentado por el señor ministro de Gracia y Justicia a las Cortes*. Co-redactor de la Constitución de 1876, Álvarez Bugallal trataba nuevamente de adaptar las leyes penales a la norma suprema. Pero, además incorporará algunas novedades, como la mayor severidad de algunos preceptos, pena de muerte para el regicida, incluso en grado de tentativa (artículo 107), que retomará PS, o castigar las faltas sólo cuando se han consumado. Vid. ANTÓN ONECA, *op. cit.* pp. 250-252.

<sup>11</sup> Archivo del Senado, legislatura 1881-1882, Ap. 1, núm. 79. Publicado por la imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia; *Proyecto de Código Penal*, Madrid, 1882, con interesante exposición de motivos (I a LXI). El Proyecto de Alonso Martínez contiene bastantes novedades; «modifica la definición de delito, reforma el sistema criminal y el sistema penal, simplificando las escalas de las penas —abolición de la cadena y de la degradación, por infamantes— iniciando la ejecución secreta de la pena de muerte (artículo 95), el abono de la prisión preventiva en dos tercios o una tercera parte según la gravedad del delito, suprimiendo la métrica penal, con la especificación de la pena correspondiente a cada delito», SALDAÑA, *cit.* III, p. 557, y ANTÓN ONECA, *cit.*, pp. 252-258. El favorable informe del Senado, fue calificado de «luminoso» por Villaverde en el «Discurso de inauguración del año judicial de 1891-1892», pero no llegó a discutirse por falta de tiempo. No obstante la laboriosidad de Alonso Martínez como ministro de Gracia y Justicia quedó patente al dar a la luz en esos años la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>12</sup> Presentado a las Cortes el 29 de diciembre de 1884, Archivo del Congreso, Legislatura 1884-1885, Ap. 1. Editado por la Imprenta de los hijos de J. A. García, *Proyecto de Código Penal*. Madrid, 1885, con Preámbulo de Francisco Silvela, en calidad de ministro de Gracia y Justicia, a las Cortes, pp. 3 a 67. En líneas generales, se enmarca en la escuela clásica, caracterizada por el mayor respeto posible a los principios de la Revolución Francesa y la ilustración jurídica: *Libertad; nullum crimen, nulla poena sine lege*, que se traduce en los artículos 1.2 y 22 del Código Penal de 1870 y artículo 12 y ss. del PS. *Igualdad*; leyes objetivas, sin privilegios personales, limitando al máximo el arbitrio judicial (tabla de grados y penas) mediante la llamada aritmética penal, *Fraternidad*: dulcificación, benignidad, humanización de las penas (supresión de las penas infamantes, rebaja en la duración de las penas, etc.).

posteriores, desde el Código de 1870, hasta los Proyectos de 1880 y 1882, y no son muchas, por tanto, las innovaciones dignas de este nombre que se proponen, siendo fácil para el observador atento señalar en el proyecto que ahora se formula, la filiación de casi todos sus artículos en alguno de esos precedentes.»<sup>13</sup> Aunque en realidad contenía más novedades que las que reconoce, satisfacía así Silvela a los sectores más conservadores de su partido a la par que trataba de granjearse la cofianza de los liberales moderados al confesar la provechosa utilización del Proyecto de Alonso Martínez. Pretendía así obtener un tácito consenso hacia su Proyecto, lo que, ciertamente, era otra novedad dentro de la tradición codificadora personalista y aun ególatra. El Proyecto, presentado a las Cortes el 29 de diciembre de 1884, fue remitido por la Cámara a una Comisión presidida por Santos Isosa, de la que Luis Silvela era secretario, lo que, incompatibilidades aparte, auguraba un exitoso futuro al meritado Proyecto. El 18 de abril de 1885 la Comisión devolvió al Presidente de la Cámara el texto revisado<sup>14</sup> con ligeras modificaciones, siendo la más importante de ellas de método, consistente en agrupar todos los preceptos relativos a los delitos y las faltas cometidos por medio de la imprenta en un nuevo libro (IV). Por diversas circunstancias que comentaremos al final de este trabajo, el PS no pasó de ese trámite. Acaso nació ya con malos augurios: horas más tarde de la presentación a las Cortes del PS el 29 de diciembre de 1884, sobrevinían los terremotos que afectaron a la Baja Andalucía, que borraron del mapa pueblos enteros. En los primeros meses de 1885, la epidemia de cólera, motines estudiantiles y conflictos internacionales desestabilizan al gobierno canovista hasta que la crisis estalló con la muerte de Alfonso XII el 25 de noviembre de 1885, dando al traste con los proyectos legislativos del gobierno conservador. No obstante, una de las *conexiones de sentido* que explica el fracaso de PS está en la mala acogida que tuvo entre los sectores de la oposición, que encontraron en dicho PS un motivo más para criticar la política de Cánovas y sus ministros. En tal sentido, una de las personalidades que más se destacó fue Jerónimo VIDA, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca, es decir, un colega de Luis Silvela y sin embargo, naturalmente «enemigo», quien publicó una serie de virulentos artículos en el diario *El Progreso* en los primeros meses de 1885, y luego recopilados en una obra independiente<sup>15</sup>. En sus primeros párrafos denunciaba J. Vida un mal no exclusivo de PS, sino de toda la tradición codificadora y legislativa del XIX; el excesivo personalismo o, si se quiere, el afán de protagonismo de Silvela a la hora de redactar un Proyecto tan importante para el país como era un nuevo Código Penal. Al contrario que en Italia, donde cada libro de un Código es previamente consultado a Magistrados ilustres, Colegios de Abogados, Catedráticos de Universidad, especialistas en Medicina Legal, Psiquiatras, etc., el Proyecto español se había redactado por Silvela aprovechando únicamente dos o tres

<sup>13</sup> Preámbulo, p. 5.

<sup>14</sup> D.S. Ap. 2.º al núm. 128.

<sup>15</sup> J. VIDA, *El proyecto de Código Penal. Apuntes críticos*. Madrid, 1885, imprenta El Progreso. J. A. GARCÍA, *Proyecto de Código Penal*. Madrid, 1885, I. VALENTI y VIVÓ, *Crítica del Proyecto de Código Penal de 1885*. Barcelona, 1885.

Proyectos anteriores pero de tal manera que «las reformas y modificaciones por él introducidas imprimen al Proyecto tal sello personal y de partido, que no tememos equivocarnos al augurar que durará, a lo sumo, si las Cortes lo aprueban, lo que el señor Silvela dure en el Ministerio de Gracia y Justicia y el partido conservador en la dirección de los destinos del país»<sup>16</sup>. Y proseguía: «Remítalo, siguiendo el ejemplo de sus colegas de Italia, a las Audiencias y Tribunales de Justicia, Facultades de Derecho y Colegios de Abogados y a los cultivadores de esta ciencia y de la medicina legal...»<sup>17</sup>.

La circunstancia de que precisamente meses más tarde aparecieran publicados en el extranjero varios artículos firmados por consagrados penalistas en favor del Proyecto Silvela, prueba la magnitud del debate y del enfrentamiento político y jurídico. No es desatinado imaginar a Luis Silvela, ilustre catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Madrid, sugiriendo a Garófalo un comentario favorable a su Proyecto de Código Penal para contrarrestar los ataques de J. Vida, aprovechando además que éste había declarado en sus sueltos su adhesión al Proyecto de Código Penal italiano —especialmente su método de sistematización— siendo sobradamente conocido que Garófalo estaba contra dicho Proyecto. Significativamente, a la publicación de GARÓFALO<sup>18</sup> siguieron los laudatorios del abogado suizo Ernesto LHER, publicado en Bruselas (1885) en la *Revue de Droit International et de Législation comparée*, y del catedrático de Heidelberg A. KIRCHENHEIN, que con el título «Der spanische Strafgeretzentwurf», publicó en la revista *Gerichtssaal* (volumen XXXVII [1884] pp. 421 y ss.). Igualmente suponemos que fue Luis Silvela quien promovió la inmediata traducción y publicación de los tres trabajos en un solo libro<sup>19</sup> que le sirviera de tarjeta de presentación ante la clase política y jurídica española, con el fin de despejar las dudas que hubiera suscitado su Proyecto de Código Penal.

Respecto al Código Penal de Marruecos, fue sancionado por *Dahir* el 1 de junio de 1914<sup>20</sup>. El texto estaba precedido de una exposición de motivos dando cuenta de las principales novedades respecto al Código Penal de 1870 vigente

<sup>16</sup> J. VIDA, *cit.*, p. 11. No se equivocó en su apreciación.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Vid. GARÓFALO, «Il progetto del Codice penale spagnolo» en *Archivio di Psichiatria, scienze penali de Antropologia criminale*, 1885. Publicada en castellano en la obra colectiva reseñada en la siguiente nota, p. 21.

<sup>19</sup> *El Proyecto de Código Penal del Gabinete Liberal-conservador juzgado por los extranjeros. Juicios de B. Garófalo, de E. Lher y de Kirchenhein*. Madrid, 1887, imprenta M. Tello. Posteriormente a este suceso, fue objeto de favorables comentarios, por ejemplo, por parte de HAFTER en *Die Delikt und Straffgigkeit der Personenverbände*. Berlín, 1903, p. 55.

<sup>20</sup> *Boletín Oficial de la Zona (BOZ)*, de 10 de junio, aunque no entró en vigor hasta el 15 de septiembre de ese mismo año por dificultades en la organización de los Tribunales. Tuvo ámbito territorial de aplicación a tenor de lo que, como es sabido, establece el artículo 6º del *Dahir* de 1 de junio de 1914 sobre organización judicial del Protectorado, con algunas excepciones. La más importante modificación se produjo por *Dahir* de 27 de noviembre de 1946, al introducir en él algunas de las innovaciones del Código Penal de 1944, tal y como puede comprobarse en la ed. de E. MORA REGIL y C. RODRÍGUEZ AGUILERA de *Las Leyes de Marruecos*. Madrid, ed. Reus, 1947.

en la península<sup>21</sup>, declarando expresamente que «casi todas estas innovaciones están inspiradas en los proyectos de reforma del Código español, redactados uno de ellos en 1885 por el entonces ministro de Gracia y Justicia don Francisco Silvela y otro en 1911 por la Comisión especial de Códigos a quien se confirió este cometido»<sup>22</sup>.

La metodología a seguir en este trabajo consistirá en contrastar las principales novedades de PS respecto al Código Penal de 1870, ilustrando los avances técnico-jurídicos que hubiera mediante las citas de los juristas más representativos de la época<sup>23</sup>, así como las líneas de influencia de PS en CPMa.

## EL PROYECTO SILVELA: TÍTULO PRELIMINAR<sup>24</sup>

La definición de delito y falta en PS contiene innovaciones frente al Código Penal de 1870. En su art. 12 se establece que «son delitos o faltas las acciones u omisiones penadas por la ley y efectuadas con malicia», la cual se presume

<sup>21</sup> La fecha de PS está equivocada, fue en 1884. El texto del *Dahir* resume así sus innovaciones: «en lo referente a las circunstancias del delito, el nuevo concepto que se da a la defensa propia como circunstancia eximente, y considerar como tal, en determinado caso, la sordomudez de nacimiento; la admisión de dos nuevas atenuantes, que son la de dar espontánea satisfacción al ofendido y la presentación voluntaria del delincuente antes de ser conocido el delito o la culpabilidad; establecer como agravantes la ingratitud notoria y la embriaguez habitual y determinar que serán circunstancias mixtas, o sea, que los Tribunales podrán apreciar como agravantes o atenuantes, según los casos, el parentesco y la ejecución del delito por imprenta, grabado u otro medio mecánico de publicidad».

En orden a la responsabilidad, se fusionan en un solo Título la civil y la criminal; se suprime el concepto de encubrimiento, que pasa a ser un delito especial, y se da mayor realce a la inducción.

Respecto a las penas se simplifican las existentes, dejando reducidas las de privación de libertad a reclusión, presidio, prisión y arresto, y las de restricción de la libertad a extrañamiento y destierro; se da carácter de pena principal a la multa, y se establece como única accesoria la interdicción civil. Como medidas complementarias, se estatuyen el comiso de los instrumentos, la suspensión, la disolución de las entidades jurídicas, sociedades, etc.; la caución para los delitos de amenazas y la vigilancia. Para la aplicación de las penas se establece una nueva escala, de acuerdo con las modificaciones introducidas...» *Leyes de Marruecos, cit.*, pp. 30-31.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 31. El redactado por la Comisión General de Codificación en 1911 fue publicado por la Editorial Reus, Madrid, 1920; *Proyecto de reforma del Código Penal*.

<sup>23</sup> Básicamente las de los autores citados en la nota 1, dentro del marco cronológico correspondiente.

<sup>24</sup> El PS contiene la innovación, no seguida por CPMa, de iniciar su texto con un Título Preliminar «siguiendo el ejemplo de la mayor parte de los Códigos que hoy rigen en Europa», y que ya aparecía en el Proyecto de Alonso Martínez (Preámbulo, p. 8). Regula las cuestiones relativas a la personalidad y territorialidad de la ley penal que se encontraban dispersas en el Código Penal de 1870, definiéndolas y matizándolas con mayor rigor. No obstante hay que señalar, como hace J. Vida, que el artículo 11, último de este Preliminar, tiene un *lapsus* de sentido pues establece que

siempre «a no ser que conste o se pruebe lo contrario». De ambas inclusiones —malicia y prueba— sólo la segunda será tomada en cuenta por el CPMa y Códigos penales posteriores<sup>25</sup>.

La doctrina estaba dividida en la interpretación del concepto de delitos y faltas del art. 1. del Código Penal de 1870 definidas como «acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley». Frente a quienes la expresión «voluntaria» equivalía a *dolo* o *malicia*, los más innovadores la hacían sinónimo de acción libre, no coaccionada y, por tanto, abarcando no sólo el dolo sino también la *culpa* o *negligencia*. Para GROIZARD, el art. 1. no equipara voluntariedad a malicia, dado que el art. 8.º establece que está exento de responsabilidad criminal «el que con ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo», lo que indica que si en el art. 1.º la voluntariedad fuera equivalente de intencionalidad, el art. 8.º, núm. 8, sería una tautología inadmisibles. Por tanto, el art. 8.º dice que «no delinque el que, con ocasión de ejecutar un acto causa un mal sin intención de causarlo, sino que para declarar la irresponsabilidad, además de la falta de intención, se requiere terminantemente la concurrencia de otras circunstancias»<sup>26</sup>. Puede cometerse el delito cuando se produjo un mal al ejecutarse un acto ilícito o, si éste fue lícito, si se actuó negligentemente. No obstante, el mismo Groizard<sup>27</sup>, al comentar el art. 370 del Código Penal de 1870 que tipifica la conducta del funcionario que *maliciosamente* incumple su deber, equipara malicia al dolo, coherentemente con su interpretación del art. 1 y 8 núm. 8, pero se extraña de que el art. 370 no contemple las situaciones culposas.

Para otro sector de la doctrina, malicia es «voluntad de mal... voluntad específica o intención criminal»<sup>28</sup>, es decir, el dolo, lo que explica que en otro art., el 581, se defina la imprudencia como la ejecución de un hecho «que si mediare malicia constituiría un delito», es decir, contemple las acciones u omisiones no dolosas. Luis SILVELA<sup>29</sup> se inclinaba por esta última acepción, sustituyendo

---

«no están sujetos a las disposiciones de este Código los delitos y faltas penadas por las leyes especiales», por lo que no es de aplicación el libro I relativo a imputabilidad, tentativa, autoría, complicidad, etc. Sería mejor decir que «las disposiciones del Código Penal, son aplicables a los delitos especiales penados por las leyes en cuanto éstos no dispongan lo contrario», *cit.*, p. 32.

<sup>25</sup> La «consecuencia o prueba» que exige el artículo 11 del Código Penal de 1870 para estimar que la acción u omisión no está penada por la ley, es un concepto tan vago y difuso que no parece conculcar el principio de la presunción de inocencia. Por el contrario, el artículo 12, para J. Vida, al establecer que hay que probar la involuntariedad de las acciones u omisiones delictivas, está vulnerando el principio de presunción de inocencia, *cit.*, p. 21.

<sup>26</sup> A. GROIZARD, *cit.*, 1, pp. 203 y ss.

<sup>27</sup> *Ibidem*, IV, p. 137.

<sup>28</sup> Entre otros, B. SELVA, *cit.*, p. 16. Q. SALDAÑA, *cit.* II, p. 435. Con anterioridad también J. F. PACHECO, *cit.* I, p. 74. Salvador VIADA y VILASECA discrepa expresamente de Pacheco pues afirma que cabe delinquir sin intención, por ejemplo, el caso de un accidente de caza por falta de diligencia, *cit.* I, p. 16.

<sup>29</sup> L. SILVELA, *cit.*, p. 112

en PS la palabra voluntariedad del Código Penal de 1870 por «ejecutadas con malicia». Francisco SILVELA<sup>30</sup> justificará la vuelta al concepto de delito del Código Penal de 1822 en la necesidad de distinguir las acciones dolosas (art. 12 PS) de las culposas (art. 15 y 16 PS). Además PS suprime la eximente del art. 8.8 del Código Penal de 1870 para integrarla en la definición de delito estableciendo una graduación: primero, «el mal ejecutado con malicia, delito propiamente dicho; segundo, el mal ejecutado con descuido o con culpa al practicar actos en sí mismos no punibles en los que no media intención maliciosa, para los que se mantiene la calificación de imprudencia; tercero, el mismo mal ejecutado sin malicia y sin descuido al practicar actos lícitos con la debida diligencia, acción no punible»<sup>31</sup>.

La vuelta a la definición de 1822 no hizo fortuna pues, quiérase o no, la palabra «malicia» poseía un sentido moral, acientífico, que recordaba los tiempos del Antiguo Régimen, y del medievo, en que se identificaba pecado con delito<sup>32</sup>.

Como hemos indicado, CPMa no adopta la expresión «malicia» del PS y continúa con la definición del Código Penal de la Metrópoli. Sin embargo, al definir la imprudencia o negligencia en su art. 1.3 adopta la curiosa definición de PS, art. 15. Ambos preceptos establecen que incurre en responsabilidad criminal quien «con ocasión de acciones u omisiones no penadas por la ley, causa por imprudencia o negligencia un mal que de ejecutarlo con malicia, constituiría delito o falta». ¿Significa esto que se incurre en responsabilidad culposa cuando se causa un mal al ejecutar acciones no penadas por la ley que de mediar malicia constituirían delito?, pues si se están tipificando conductas punibles con base en actos no penados por la ley podría haber una contradicción con el principio *nullum delictum sine lege*. En cualquier caso lo que se desprende es que no hay responsabilidad criminal para quien causa un mal por accidente al ejecutar un acto lícito. Efectivamente, el art. 1.4 del CPMa sigue en esto a PS art. 18.

La definición de delito frustrado en PS contiene una novedad que no será recogida en CPMa. Así, se estimará delito frustrado cuando el culpable, con la intención de cometer el delito, realice actos por su naturaleza suficientes para producirlo, aunque no los realice *todos*; frente al Código vigente de 1870

<sup>30</sup> Preámbulo, *cit.*, p. 12.

<sup>31</sup> Preámbulo *cit.*, p. 13. Últimamente ANTÓN ONECA ha señalado que, en cualquier caso, es mérito indudable de PS «reunir en un mismo capítulo las definiciones del delito doloso, culposo y caso fortuito; hoy diseminadas y en lugar inadecuado», «Los proyectos decimonónicos...», *cit.*, p. 260.

<sup>32</sup> TOMÁS y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta. Siglos XVI-XVII-XVIII* Madrid, 1969, p. 221. ANTÓN ONECA, *op. cit.*, p. 251. No en vano, su uso en el Código Penal de 1822 fue justificado por el diputado Calatrava por proceder de las *Partidas*, *Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821, 1822*, 1, p. 191. Para el más apasionado crítico del PS, Jerónimo Vida, el concepto de «malicia» es vago y no mejoraba el de «voluntarias» (*op. cit.*, p. 20).

que exige la «práctica de todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito», dado que, en opinión de F. SILVELA, aplicando «los términos de la definición actual, que exige para que exista delito frustrado, se practiquen todos los actos que deberían producir el delito, no habrán hallado los Tribunales jamás un acto criminal en tal estado de su generación, pues es evidente que cuando se han realizado todos los actos que deben producir un hecho, el hecho se produce»<sup>33</sup>. El PS también contiene una definición más completa de la tentativa en su art. 21.2, cuyas innovaciones sí serán literalmente recogidas por CPMa, art. 3. Se establece que cuando en los supuestos de tentativa «no llegare a determinarse qué delito se proponía ejecutar el culpable, se estimará que sus actos se dirigían a cometer el de menor gravedad...». También PS y CPMa definen similarmente el desistimiento espontáneo<sup>34</sup>.

## PERSONAS RESPONSABLES CRIMINALMENTE

El art. 24 considera responsables criminalmente de los delitos y de las faltas sólo a los autores y a sus cómplices<sup>35</sup>. Desaparece el encubrimiento por

<sup>33</sup> Preámbulo, *op. cit.*, p. 14. El artículo 20 PS define el delito frustrado en función de actos que «podrían haber sido por su naturaleza suficientes para producirlo, y sin embargo no lo producen por causas o accidentes independientes de su voluntad». Mientras que lo sustantivo de este precepto parece ser la realización de casi *todos los actos*, la tentativa supone sólo la realización de *algunos actos externos*, así el artículo 21 la define «cuando el culpable, con intento de cometer el delito, da principio a los actos exteriores de ejecución necesarios para producirlo, y no los realiza todos por causa o accidente que no sea su propio y espontáneo desistimiento». J. Vida se lamentaba de que PS no superase en esto el arcaísmo de Código Penal de 1870 y no suprimiera tal diferencia basada en hechos externos y no en elementos intencionales o subjetivos. Además, la aparente diferencia marcada entre el delito frustrado y la tentativa, arriba mencionada, no se respeta en el 2.º párrafo del artículo 21 que define otra modalidad de tentativa cuando se «ejecutan todos los actos necesarios a su juicio para realizarlos y éstos no lo producen por ser ineficaces por su naturaleza para producirlo» lo que, ciertamente, echa por tierra el criterio de distinción de ambos conceptos (p. 37). El propio Silvela dudó de si debería ser un modo de delito frustrado, pero el resultado es menor en esta modalidad. J. Vida objetaba que si al castigar como delito frustrado tal supuesto, la pena resultaba excesiva, podrían rebajarse por algún medio, pero *nunca calificarla de tentativa* (p. 38). Garófalo tercia en esta cuestión a favor de PS afirmando que tales definiciones son «*acertadísimas*», (*op. cit.*, p. 11).

<sup>34</sup> Cuando comenzada por actos exteriores la ejecución de un delito, deje el culpable, por propio y espontáneo desistimiento, de completar los necesarios para realizarlo, sólo será castigado con las penas señaladas para los actos ejecutados, si éstos constituyen por sí mismos delito o falta: (PS, artículo 22 = CPMa, artículo 3º). En un concepto más laxo que el del artículo 3, último párrafo, del Código Penal de 1870, que exigía como requisito para apreciar la tentativa el desistimiento con independencia de que los actos cometidos hasta ese momento sean o no delictivos.

<sup>35</sup> Frente a los anteriores Códigos Penales que dividían la forma de participación del delito en la clásica tripartita; autores, cómplices y encubridores, señalada ya en *Partidas* 7.34.19; «e dixeron los sabios antiguos que a los malhechores, e a los aconsejadores e a los encubridores debe ser dada igual pena».

constituir, según Silvela, un delito específico o propio<sup>36</sup>, novedad recogida posteriormente en el Código Penal marroquí (PS arts. 238 y ss. = CPMa art. 301.2) y justificada por Silvela en el hecho de que los encubridores «empiezan a desempeñar su papel después de cometido el delito (interviniendo) con posterioridad a su ejecución», de modo que son criminales pero «como autores de un delito conexo con el principal por otros cometido»<sup>37</sup>. No haría fortuna la innovación pues la doctrina mayoritaria continuó viéndolo como «un modo de participación en el delito»<sup>38</sup>.

El art. 13.2 del Código Penal de 1870 consideraba autores a «los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo», lo que ya fue criticado por L. SILVELA en sus famosos artículos periodísticos firmados con el pseudónimo de *Elías Visllú*, como una forma de pena «por carambola»<sup>39</sup>. A diferencia del Código Penal de 1870 que implicaba que la responsabilidad criminal del inductor depende de hechos completamente ajenos a su intención y actos (o sea, de si el inducido delinque o no), el PS castiga al inductor de un delito aunque éste «no llegue a cometerse por causas ajenas a la voluntad del que indujo»<sup>40</sup>, estableciendo el art. 90<sup>41</sup> una disminución de la pena de tres a cinco grados a favor del autor por inducción si el delito no llegó a cometerse a su pesar.

El añadido de PS, será literalmente recogido por el CPMa arts. 17 y 58.

Estas modificaciones de PS respecto al Código Penal de 1870, posteriormente

<sup>36</sup> F. Silvela lo denomina delito «especial» incorrectamente en el Preámbulo, p. 17.

<sup>37</sup> Preámbulo, p. 16. En la doctrina tuvo poca acogida la tipificación del encubrimiento como delito propio o autónomo aparte, naturalmente, del autor del Proyecto, Luis Silvela y algún otro autor como J.M. VALDÉS, *Programa razonado de un curso de Derecho Penal*, cit., pp. 314 y ss.

<sup>38</sup> Q. SALDAÑA, cit. III, p. 133, entre otros.

<sup>39</sup> Elías VISLLÚ, *El Derecho Penal y el sentido común*. Madrid, 1886, p. 18. En el mismo sentido J. M. VALDÉS, *Código Penal General...*, cit. I, p. 281.

<sup>40</sup> Artículo 26.3 PS = artículo 17 CPMa, que continúa: «los autores por inducción sólo serán responsables criminalmente de los actos a que se extienda su inducción, pero no de los que con ocasión de ellos ejecuten las personas inducidas, ni de las consecuencias de los mismos, a no ser que racionalmente hubieran debido preverlas.» J. Vida considera acertado este número del artículo 26, pero no así el número 4 que define como autores del delito a «los que cooperan a la ejecución de las acciones u omisiones constitutivas del delito o falta por algún acto sin el cual no hubieran podido efectuarse». Pero define a los cómplices, artículo 29, como «los que no hallándose comprendidos en ninguno de los conceptos del artículo 26, cooperan por actos anteriores o simultáneos» por lo que si ambos cooperan al delito ¿en qué se diferencian? Para J. Vida la solución está en suprimir la palabra «simultáneo».

<sup>41</sup> PS, artículo 90, prosigue: «los autores por inducción, a que se refiere el artículo 26, número 3, serán condenados a una pena inferior de tres a cinco grados a la señalada al autor del delito consumado, si el delito no llegare a cometerse por causas ajenas a su voluntad.» Para J. Vida es acertado castigar como autor al inductor de un delito aunque éste no se produzca por causas ajenas al inductor, pero en el artículo 90 se castiga a los autores por inducción con pena inferior en tres a cinco grados a la señalada al autor del delito consumado, si el delito no llegare a cometerse «por causas ajenas a su voluntad», lo que no parece coherente (p. 43) y que el propio Vida atribuye a la inexistencia en PS de un criterio fijo consecuencia del eclecticismo «político» que presidió su redacción. Para Garófalo es prueba del triunfo de las tesis subjetivas o espirituales de las que se considera partidario (cit. p. 12). Lher también se declara partidario de tales tesis y de la redacción de PS (cit., p. 38).

recogidas en CPMa, tendrán, sin embargo, escasa repercusión a la hora de corregir o matizar los errores técnico-jurídicos que venía arrastrando el Código Penal de 1870. Así, el art. 356 del CP de 1870 castiga con arresto mayor, en grado máximo a prisión correccional en grado mínimo, a quien altere bebidas o comestibles con mezclas nocivas para la salud, así como al que las venda. GROIZARD<sup>42</sup> ya tachaba de anticientífico el penar como delito consumado lo que, en rigor, era tentativa. Incluso la jurisprudencia (STS, de 19 de octubre de 1888, por ejemplo) consideraba como delito consumado el hecho de tener tales bebidas en el sitio habitual de venta, aunque no se hubieran vendido. Paradójicamente el art. 387 PS y el art. 245 CPMa siguen literalmente al CP de 1870.

Por otra parte, el art. 465 CP de 1870 establece que «los ascendientes, tutores, curadores, maestros y cualesquiera personas que con abuso de autoridad o cargo cooperen como cómplices a la perpetración de los delitos comprendidos en los cuatro capítulos precedentes (violación, abusos deshonestos, estupro y raptó), serán penados como autores». Ciertamente que tales delitos podrían castigarse más duramente por la calidad de la persona que los comete, pero no a costa de la paradoja de *castigar como autor al cómplice*, sin perjuicio de que «es tomar dos veces en cuenta una misma razón para aumentar la penalidad del cómplice»<sup>43</sup>. El art. 510 PS y el 351 CPMa persisten en el error al seguir fielmente el precepto de 1870.

Finalmente, el art. 545 CP de 1870<sup>44</sup> castiga también expresamente como cómplices a los encubridores (auxiliares, ocultadores, etc.) de un delito de insolvencia fraudulenta, lo que no contribuyó a esclarecer la doctrina de la responsabilidad criminal<sup>45</sup>. El art. 594 PS y el 429 CPMa lo transcriben literalmente, lo que es menos disculpable si tenemos presente la sensibilidad de L. Silvela en su Proyecto hacia el encubrimiento como tipo penal propio.

## CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Influido por el Código Penal portugués<sup>46</sup> el PS divide las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal en dos grupos: causas de justificación

<sup>42</sup> GROIZARD, *cit.* IV, p. 65.

<sup>43</sup> E. LANGLE RUBIO, *cit.*, p. 529. Para Vida la disposición es justa y no objeta sus deficiencias técnicas, *cit.* III, p. 160.

<sup>44</sup> Artículo 545: «Serán penados como cómplices del delito de insolvencia fraudulenta, cometida por el deudor no dedicado al comercio, los que ejecutaren cualquiera de los actos siguientes... 3.º Ocultar a los administradores del concurso la existencia de bienes que, perteneciendo a éste, obren en poder del culpable, o entregarlos al concursado y no a dichos administradores».

<sup>45</sup> SALDAÑA, *op. cit.* III, pp. 136-137.

<sup>46</sup> Preámbulo, p. 18. Así el artículo 30 PS establece que «eximen de responsabilidad criminal:

y causas de no incompatibilidad. Las modificaciones sustantivas respecto al Código Penal de 1870 consisten en la adición, a continuación de la imbecilidad y la locura (art. 31.1 y 2) del «estado mental que le prive por completo de la conciencia de sus actos» (art. 30.3) recogida ya en el Proyecto de Alonso Martínez, y que se incluirá en CPMa (art. 9.3). Ignacio VALENTÍ y VIVÓ publicó a los pocos meses de la divulgación del PS un estudio crítico<sup>47</sup> al art. 31 del citado Proyecto dubitando su escasa sensibilidad hacia los avances de la ciencia antropológica al seguir utilizando los conceptos de «imbecilidad» —demasiado especializado en medicina legal—, el de «locura» —fórmula en exceso genérica y vaga— y «estados mentales que priven por completo de la conciencia de los actos» —redacción demasiado indeterminada que, en definitiva dejaba amplia discrecionalidad a los peritos médicos para determinar, con sus dictámenes, sobre la responsabilidad de los reos—. El citado autor opinaba que, aun cuando la redacción de PS mejoraba la de 1870, en cuanto que otorgaba la exención no sólo al imbecil y al loco, sino a otros estados morbosos, ambos textos no superaban la del Código Penal de 1822<sup>48</sup>.

También el PS consideraba exento de responsabilidad criminal al sordomudo de nacimiento menor de dieciocho años, a no ser que hubiera actuado con discernimiento, también recogida en CPMa.

Otra novedad de PS, incluida en CPMa, fue la ampliación de los límites de la legítima defensa en la misma dirección que ya contemplaba el proyecto de Alonso Martínez siguiendo la doctrinal penalista alemana, holandesa, etc., consistente en no castigar *el exceso en la legítima defensa* «cuando resulte del temor o del arrebato y obcecación del momento, atendidas las circunstancias del hecho, del lugar en que se efectúe y las personas del agresor y el agredido»<sup>49</sup>.

Novedad de PS, acogida en CPMa consistió en la supresión de la eximente del art. 8.8 del Código Penal de 1870: «El que en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia causa un mal por mero accidente sin culpa ni intención de causarlo». Lo subrayado fue considerado por gran parte de la penalística como una redundancia absurda dado que ya en el art. 1.º establecía

---

1.º la falta de imputabilidad en el agente. 2.º La justificación del hecho». El CPMa, en general, omite toda división metodológica por su tendencia a la brevedad.

<sup>47</sup> I. VALENTÍ y VIVÓ, *Crítica del Proyecto de Código Penal de 1885*. Barcelona, 1885, pp. 7 y ss.

<sup>48</sup> Artículo 26 del Código Penal de 1822: «tampoco puede tenerse por delincuente ni culpable al que comete la acción hallándose dormido o en estado de demencia, o delirio o privado del uso de su razón de cualquiera otra manera independiente de su voluntad». La Comisión suprimió la frase «a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido» del artículo 31 PS (artículo 30 del Proyecto de la Comisión) y fundió en un solo número los 1 y 2 de dicho artículo.

<sup>49</sup> PS, artículo 32.1 = CPMa, artículo 6.5. Luis Silvela justificaba tal ampliación en *El Derecho Penal estudiado... op. cit.*, p. 157. ANTON ONECA critica la peligrosa ampliación de los supuestos de legítima defensa para quien actúa cumpliendo un deber de custodia de fincas o propiedades o requerido por la autoridad, *Los proyectos decimomónicos... op. cit.*, p. 261. También critica la atenuante de embriaguez no buscada para delinquir (p. 261) que considera absolutamente desafortunada.

que «son delitos o faltas las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley». En esto PS y CPMa, en que éste copia a aquél, son más acertados técnicamente al suprimirla como eximente situándola en el art. 18, a continuación de las definiciones de delito e imprudencia y con una redacción másafortunada al suprimir la citada redundancia y añadiendo junto a las acciones lícitas, las omisiones lícitas. El CPMa sigue a PS en su art. 1.º, último párrafo, excepto en este añadido final.

Respecto a las circunstancias atenuantes, las modificaciones están tomadas de Proyectos anteriores, especialmente del Proyecto de Alonso Martínez, art. 18, así como del Proyecto italiano de Mancini y del Código Penal portugués. De tal suerte, frente «al carácter estrictamente personal y subjetivo que afecta hoy en el Código declarando que las causas de atenuación las lleva en sí el culpable al ejecutar el hecho punible, que son siempre anteriores o coetáneas al mismo», el Proyecto Silvela ensancha tal concepción comprendiendo además «los actos que le sigan, y en cuanto revelen y acrediten una mayor perversidad»<sup>50</sup>. Tales innovaciones fueron: la reparación del daño, la confesión del delito antes de ser éste conocido, y cualquier otra circunstancia, incluso posterior al delito<sup>51</sup>.

Las agravantes tienen un desarrollo más extenso en PS; así el art. 34.15 incluye la comisión del delito «con notoria ingratitud»<sup>52</sup> y otras circunstancias que pueden considerarse matices más depurados de las agravantes del Código Penal de 1870. Como dato anecdótico señalar que el PS suprime la vagancia como agravante<sup>53</sup> frente al Código Penal de 1870, art. 10.23 y el Proyecto de 1882. El CPMa la mantiene en su art. 11.20 como agravante.

Finalmente, PS incluye, en su art. 35, las denominadas circunstancias mixtas, atenuantes o agravantes «según la naturaleza y efectos del delito», implícitamente recogidas también en el Código Penal de 1870, art. 10.1 y 5 (parentesco y publicidad). El CPMa sigue literalmente en su art. 12.12 a 14 a PS.

<sup>50</sup> Preámbulo, p. 21.

<sup>51</sup> PS, artículo 33, números 7, 8 y 9 = CPMa, artículo 10, números 8, 9 y 10, aunque CPMa no comprende las circunstancias posteriores al delito. Por su influencia en la codificación penal española posterior me permito transcribirlos: artículo 33: «7.º Haber dado espontáneamente satisfacción bastante al ofendido, o procurado destruir las consecuencias o efectos del delito, o reparar el daño, antes que diera principio el procedimiento. 8.º La presentación espontánea del delincuente a las Autoridades, confesando el delito, antes de ser éste conocido, o no siendo aquél perseguido ni señalado como presunto culpable. 9.º Cualesquiera otras circunstancias anteriores, simultáneas o posteriores a la ejecución del delito, que, a juicio del tribunal, disminuyan la entidad del mal ocasionado o demuestren en el delincuente menor perversidad que la propia del delito».

<sup>52</sup> Lo retoma del Proyecto de Alonso Martínez y éste, a su vez, de N. B. SELVA quien en su panegírico del Código Penal de 1870 editado ese mismo año ya opinaba que debía incluirse la ingratitud pues «los beneficios y los favores establecen entre bienhechor y favorecido relaciones tan importantes, que no pueden romperse sin que el delincuente añada al delito el sello de la iniquidad», *op. cit.*, p. 31.

<sup>53</sup> Para F. Silvela la vagancia no es un delito y, por tanto, no incumbe a la ciencia criminal, sino a la política criminal social. *Vid.* «Discurso de apertura de los Tribunales leído por el Excmo. Sr. don Francisco Silvela el 15 de septiembre de 1884», p. 12. En el mismo sentido GROIZARD, *op. cit.* I, pp. 531 a 559 y GARRIGUES, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

Pero resulta paradójico que si el parentesco es una circunstancia agravante o atenuante (nunca eximente) según los casos, sea, tanto en el Código Penal de 1870, art. 17, como en PS, art. 329 y en CPMa art. 302 una eximente en los casos de encubrimiento<sup>54</sup>.

## SIMPLIFICACIÓN DE LAS ESCALAS PENALES

La reforma de Silvela pretendía la simplificación, pues «la variedad de nuestras escalas excede a las de todos los Códigos que nos son conocidos»<sup>55</sup>. La justificación a tanta escala y gradación tuvo su razón de ser en la «preocupación bien disculpable de huir del arbitrio judicial», de modo que «se quiso por una natural reacción reducir en lo sucesivo el arbitrio judicial a la nada, y con ingenio verdaderamente admirable se logró hacer del juez un autómatas, y la aplicación de la ley para individualizar la pena e imponerla en cada caso, se convirtió en una operación aritmética»<sup>56</sup>. Así, PS suprime las penas de represión pública y privada, la degradación, la de cadena, absorbida por la de reclusión, y la de confinamiento, que se funde en la relegación. El CPMa avanza en esa línea y además de las supresiones de PS, elimina también la de relegación.

PS rompe con el tradicional sistema de dividir en tres grados (máximo, medio y mínimo) las penas de privación de libertad, según concurrieran circunstancias agravantes, atenuantes o no hubiera o se compensaran. Siguiendo el Proyecto de Alonso Martínez se dividen sólo en dos grados dichas penas. Tales mejoras técnicas respecto al texto penal vigente en ese momento<sup>57</sup> implicarían avances también sustantivos en el cumplimiento y duración de las penas a excepción de la pena de muerte. Aunque la duración de las penas se mantiene igual en términos generales, las posibilidades de redención por el

<sup>54</sup> Vid. SALDAÑA, *op. cit.* III, p. 135. En el artículo 35 (34 de la Comisión) la Comisión suprimió la expresión *circunstancias mixtas* por carecer de precisión. Hay que insistir en el hecho de que CPMa recogiera la redacción de PS y no el Proyecto reformado por la Comisión.

<sup>55</sup> Preámbulo, p. 22. Silvela consideraba conveniente en reducir aún más el catálogo de diez penas del Proyecto de 1884, pero «a tal grado de sencillez no serían prudente llegar ahora en España, pues nuestras prácticas y costumbres no lo consienten aún» (Preámbulo, p. 24), a lo que objetó J. VIDA, «como si las costumbres de un pueblo, por atrasadas que se las suponga, exigieran precisamente una gran variedad en las escalas penales» (*op. cit.*, p. 59), concluyendo que la desconfianza de Silvela hacia la simplificación de las penas «recae directamente sobre la magistratura, pues sólo ella es la encargada de aplicarlas» (p. 59).

<sup>56</sup> Preámbulo p. 23. Frente a una corriente de opinión extendida que opina que el Código Penal de 1870 cercenaba el arbitrio judicial. M. COBO piensa que ello es incierto a tenor de los artículos 8.3 y 6; 9.8; 10, 1.4 y 5; 19, párrafo 5; 44, párrafo 2; 81, regla 4.ª; 86; 87, etcétera. «El sistema de penas y el arbitrio judicial en el Código Penal de 1870», en *Commemoración del centenario...*, *op. cit.* en nota 1, pp. 84-86.

<sup>57</sup> Vid. la contundente crítica de L. SILVELA a las penas del Código Penal de 1870, *op. cit.*, pp. 315 y ss.

trabajo y el abono de la prisión preventiva dulcificarán PS y CPMa respecto al Código Penal de 1870, como más adelante se verá. Ahora bien, respecto a la pena de muerte, Silvela, sin entrar a debatir las tesis abolicionistas, opta por las tesis conservadoras<sup>58</sup>, preocupándose más por la forma en que se ha de ejecutar. Aunque el Proyecto de 1882 proponía ejecutarla en lugar cerrado e inaccesible al público, «el Ministro que suscribe, después de meditarlo muy detenidamente y de consultar autoridades respetables, no se ha decidido tampoco a proponerla por juzgarla prematura, dados los hábitos, costumbres, nivel general de instrucción y hasta condiciones de la publicidad en España», y prosigue más adelante, justificando la publicidad de las ejecuciones en que sería «aventurado rodear las ejecuciones capitales del misterio en todas partes, dando tal vez pábulo a imaginaciones poco cultivadas... para las mayores alarmas y las más inmorales suposiciones»<sup>59</sup>.

Frente a los arts. 102 y 103 del Código Penal de 1870 que establecía unas condiciones infamantes para la ejecución de la pena capital, «la pena de muerte se ejecutará en garrote sobre un tablado... el sentenciado a ella, que vestirá ropa negra, será conducido al patíbulo en el carruaje destinado al efecto, o donde no lo hubiere, en carro», el PS suprime los detalles y descripciones morbosas<sup>60</sup>. La Ley Pulido de 9 de abril de 1900 suprimió finalmente la publicidad de las ejecuciones, que quedarán reservadas a los funcionarios expresamente mencionados en los arts. 103 y 104, reformados, y personas autorizadas. Por tanto CPMa sigue en esto a la reforma de Pulido. Por otra parte, mientras el art. 104 del Código Penal de 1870 determinaba que el cadáver estuviera expuesto en el patíbulo hasta una hora antes de anochecer, lo que daba pie a venganzas y ensañamientos morbosos con el cadáver, al estar expuesto hasta casi doce horas<sup>61</sup>, PS, art. 45 reduce el tiempo de exposición a seis horas, lo que, ciertamente, no es un adelanto ético, aunque sí estético.

<sup>58</sup> Como observa LEHR, *op. cit.*, p. 51, PS conserva la pena capital pero, al igual que el Código Penal de 1870, sin aplicarla como pena única, sino siempre en concurrencia con otra de privación de libertad. La innovación de PS respecto al Código Penal de 1870 es la excepción de establecer la pena capital como *única* en los delitos de regicidio, incluso en grado de tentativa (artículo 182). Para J. VIDA «la pena de muerte no es intimidadora ni ejemplar, como pretenden sus defensores, y presenta, en cambio, los gravísimos defectos de imposibilitar toda corrección y enmienda, haciendo del culpable una cosa, o utilizándolo como medio para conseguir fines que, después de todo, no se logran; y de ser irreparable, no graduable y desmoralizadora, porque excita al derramamiento de sangre, y destruye la idea del respeto y de la absoluta inviolabilidad de la vida humana» (*cit.*, p. 63). Como hemos visto, el Preámbulo del PS cree el problema una «cuestión resuelta para España» y sólo discute su publicidad.

<sup>59</sup> Preámbulo, pp. 25-26. PS llega a una situación intermedia entre el Código Penal de 1870 y el Proyecto Alonso Martínez, pues mientras el primero determina que se realice en un tablado «a ser posible dentro de la prisión, pero en lugar accesible siempre a la vista del público», el segundo proponía ejecutarla en lugar cerrado de la cárcel e inaccesible al público. La comisión modificó el art. 45 de PS y en su art. 44 estableció, adelantándose a la ley del diputado Pulido, que se verificase en lugar inaccesible al público y con la asistencia de ciertos testigos cualificados.

<sup>60</sup> Amplios sectores de la doctrina abogaban por este tipo de cambios éticos y aun estéticos: «Pretender añadir algo a lo infinito de la pena de muerte es una aberración» (GROIZARD, *op. cit.* II, p. 556), también GONZÁLEZ SERRANO, *Apéndice cit.*, p. 86.

<sup>61</sup> N. B. SELVA, *op. cit.*, p. 63 critica la exposición del cadáver durante tanto tiempo pero justifica la ropa negra.

La antigua pena de encadenamiento mantenida en el art. 107 del Código Penal de 1870<sup>62</sup> es suprimida en PS y CPMa, lo que plantea la paradoja de que mientras el Código de la Metrópoli aplicaba la pena de cadena, el Código del Protectorado la había suprimido, benignidad que también se refleja en que, igualmente, mientras que en el Código Penal de 1870 la pena de cadena o reclusión implicaba trabajo forzoso en beneficio *exclusivo* del Estado (arts. 107 y 110), el PS art. 52 (= CPMa, art. 88) lo suprime (aunque en el Proyecto liberal de Alonso Martínez se mantenía) dado que el trabajo en exclusivo beneficio del Estado, argumentaba F. Silvela, era «resto del antiguo principio expiatorio que asemejaba a los reclusos a los siervos de la gleba»<sup>63</sup>. De esta manera el reparto de beneficios del trabajo de los penados, que en el Código Penal de 1870 sólo favorecía a los condenados a presidio (art. 113), en PS afecta a *todos* los reclusos con la particularidad de que se determinaban expresamente las cuotas de reparto de dicho producto<sup>64</sup>.

Otra novedad destacable en PS fue la reducción del tiempo de condena «a las dos terceras partes del tiempo fijado en la sentencia» (art. 79) a los que la rediman en régimen celular, dado que tal situación agravaba de manera considerable los sufrimientos del castigo. Este tipo de descuento estaba ya admitido en el Código Penal alemán.

Uno de los errores técnicos del Código Penal de 1870 —la existencia de una pena que no se señalaba para ningún tipo penal— es adecuadamente solventado por PS, pues mientras aquél, en su art. 112 definía una pena (extrañamiento perpetuo) imposible de aplicar, PS la define igualmente (art. 54) aplicándola en los delitos de traición contra la patria (arts. 159 y 162, por ejemplo). Más en línea del Código Metropolitano, CPMa se limitará a eliminar la pena de extrañamiento perpetuo y mantener el temporal.

Mayor consideración a la dignidad humana muestra PS y CPMa al suprimir la pena de degradación del Código Penal de 1870, vigente hasta el Código Penal de 1928<sup>65</sup>, a pesar de que juristas como LANGLE RUBIO opinaban que este tipo de penas no debía tener cabida en el Derecho penal moderno pues

<sup>62</sup> Artículo 10: «Los sentenciados a cadena temporal o perpetua trabajarán en beneficio del Estado; llevarán siempre una cadena al pie, pendiente de la cintura: se emplearán en trabajos duros y penados, y no recibirán auxilio alguno fuera del establecimiento». El Código Penal de 1850 disponía que el penado de tal manera llevara una cadena al pie pendiente de la cintura o asida a la de otro penado: «aplaudimos la supresión, basta el grillete sujeto al pie para ignominia y sujeción del delincuente» (VIADA, *op. cit.* I, p. 527), la apostilla de Viada no necesita comentarios.

<sup>63</sup> Preámbulo, p. 26.

<sup>64</sup> PS, artículo 52: dos terceras partes se emplearán en el pago de la responsabilidad civil, multa y gastos ocasionados al Estado, el tercio restante se destina, por mitades, a proporcionar a los penados alguna ventaja durante su detención y a constituir un fondo de reserva para serles entregado al abandonar el establecimiento. El Código Penal de 1870 contemplaba los mismos conceptos o partidas, pero mientras los satisfacía sucesivamente, en PS eran abonados *simultáneamente*. CPMa, artículo 88 sigue el espíritu del Código Penal de 1870.

<sup>65</sup> Artículo 120: «El sentenciado a degradación será despojado por un alguacil, en audiencia pública del tribunal, del uniforme, traje oficial, insignias y condecoraciones. El despojo se hará a

«en vez de deshonrar al delincuente, el Estado debe procurar que se corrija y ennoblezca fomentando sus virtudes y alentando el renacimiento de su propia dignidad personal»<sup>66</sup>. Luis Silvela se lamentaba de que el Código Penal liberal no la suprimiera, vanagloriándose de que «en el Proyecto penal de 29 de diciembre de 1884, se suprimía la degradación como pena, dejándola reducida a una condición para ejecutar la sentencia cuando eran castigados eclesiásticos y militares»<sup>67</sup>.

Hay una mejora en CPMa no incluida en PS, art. 57 (= CP 1870, art. 32) realizada en torno a la figura de la inhabilitación del art. 32 del Código Penal de 1870<sup>68</sup>. Según este precepto, la pena de inhabilitación producía «la pérdida de todo derecho o jubilación, cesantía u otra pensión (sin perjudicar) los derechos ya adquiridos al tiempo de la condena por la viuda e hijos del penado», lo que, como algunos juristas del momento sostuvieron, suponía que mientras viviera el penado, su familia no recibiría nada, y ello «podría llevar a un desgraciado padre a desear la muerte, a fin de conservar la vida a su mujer y a sus hijos»<sup>69</sup>. CPMa establece que la inhabilitación no privará al penado «de los derechos pasivos que le correspondieran hasta la fecha en que cometió el delito» (art. 38), lo que corrige en parte los defectos del precepto, aunque no lo esencial: dado que las penas han de ser personales y no trascender a la familia, es injusto que ésta se vea privada de recursos mientras viva el padre inhabilitado por la ley.

Una de las novedades más recordadas de PS, inspirada parcialmente en el Código luso, fue la posibilidad de pagar las multas a plazos; «el proyecto admite que la multa se satisfaga en plazos, cuando pueda ofrecer el penado garantías bastantes y estime el Tribunal que le ocasionaría perjuicios extraordinarios»<sup>70</sup>.

---

la voz del Presidente, que la ordenará con esta fórmula: “despojad a (el nombre del sentenciado) de sus insignias y condecoraciones, de cuyo uso la ley le declara indigno: la ley degrada por haberse él degradado a sí mismo”».

<sup>66</sup> E. LANGLE RUBIO, *cit.*, p. 196.

<sup>67</sup> L. SILVELA, *cit.*, p. 260, número 3. Así en el artículo 640 del Código de Justicia Militar, artículo 101 del Código Penal de la Marina de Guerra y los artículos 5 y 6 del Real Decreto de 17 de enero de 1835 sobre degradación de eclesiásticos.

<sup>68</sup> No obstante, para GROIZARD las diferencias entre las penas de inhabilitación especial temporal y la de suspensión de cargo público de los artículos 37 y 38 es ficticia, por lo que debería desaparecer. El artículo 41 también, pues es injusto, y el 42 es una tautología inadmisibles (*op. cit.* II, p. 269). Lamentablemente PS, artículo 59, la mantiene en líneas generales, pero CPMa la corrige en parte.

<sup>69</sup> GROIZARD, *cit.* II, pp. 262-263. LANGLE, *op. cit.*, p. 137. Para VIADA también era injusto que «por un hecho posterior se prive al ciudadano de un derecho pecuniario legítimamente adquirido con anterioridad» (*op. cit.* I, p. 422), y en el mismo sentido J. M. VALDÉS (*cit.* I, pp. 329-330).

<sup>70</sup> Preámbulo, p. 29. Artículo 61 PS: «Si el reo disfrutase sueldo o pensión de carácter permanente, tuviere un establecimiento industrial o de comercio, o poseyere bienes inmuebles propios, y el cumplimiento inmediato de la pena hubiere de causarle perjuicios extraordinarios, a juicio del tribunal sentenciador, podrá éste autorizar al multado para que satisfaga la multa en plazos, cuya duración total no podrá exceder de un año, siempre que el pago se asegure con retención, embargo o hipoteca, sin que en ningún caso pueda admitirse la fianza o responsabilidad subsidiaria de un tercero».

Finalmente, en el catálogo de penas de PS se excluyen expresamente las costas procesales (art. 6.5), mientras que absurdamente el Código Penal de 1870 las contemplaba (art. 26) a pesar de que eran gastos ocasionados con posterioridad al delito<sup>71</sup>. CPMa las excluye de la tabla de penas y las incluye como parte de la responsabilidad civil (art. 24.4)

## EL PRINCIPIO RETRIBUCIONISTA Y LA PENA DEL TALIÓN

En el Código Penal de 1870 siguen predominando los principios de la retribución y de la intimidación a la hora de señalar la pena al delito<sup>72</sup>, aunque con una ligera moderación respecto al Código Penal de 1848 y 1850, por ejemplo, en el caso de acumulación de delitos (no tan absoluto como en el Código Penal de 1848). Los fines retribucionistas aparecen claramente explicitados en las penas vulgarmente denominadas del talión, tan frecuentes en el Código Penal de 1870 y que, pese a ser criticadas por Luis Silvela<sup>73</sup> serán conservadas en el Proyecto de 1884, perviviendo incluso en CPMa.

Así, el art. 332 del Código Penal de 1870 castiga al «que en causa criminal diere falso testimonio en contra del reo» a causa de lo cual fuese condenado a pena de privación de libertad, con pena inmediatamente inferior si «el reo hubiese sido condenado en la causa y la hubiese empezado a sufrir», y a la pena inferior a esta última si «no la hubiera empezado a sufrir»<sup>74</sup>. Al PS le inspira un método semejante en su art. 447 castigando al falso testigo que sea responsable de una sentencia condenatoria, con «una pena inferior de uno a tres grados a la señalada en la sentencia si ésta se ejecutó, o inferior en dos a seis grados si no se ejecutó». CPMa art. 221 sigue casi literalmente al Código Penal de 1870.

El art. 373 del Código Penal de 1870 castiga al funcionario público culpable de connivencia en la evasión de un preso bajo su custodia, con la pena inferior en dos grados a la que, por ejecutoria, estuviera condenado el fugitivo, o en tres grados si no se hubiera dictado todavía sentencia. Mientras CPMa en

<sup>71</sup> GROIZARD, *cit.* II, p. 205.

<sup>72</sup> *Vid.* L. SILVELA, *cit.* II, p. 254-255 y GROIZARD, *cit.* II, pp. 106-107. Como explica NÚÑEZ BARBERO, «Retribución e intimidación caracterizaron al régimen político mixto que originó en Código Penal del 48 y la subsiguiente reforma de 1850. La retribución se armoniza plenamente, como es lógico, con el liberalismo, en cuanto que la pena debe ser proporcionada al delito y especificada legalmente. La intimidación general ha sido función predominante de la pena en los sistemas autoritarios. Es ciertamente esta función la que se mitigará en forma evidente en el Código del 70». *La reforma penal de 1870, cit.*, p. 58, número 229.

<sup>73</sup> L. SILVELA, *cit.*, pp. 318-319.

<sup>74</sup> L. SILVELA, *ibid.*, señala la injusticia que supone el dejar impune al falso testigo aunque el reo sea absuelto. En PS se contempla, consecuentemente, tal supuesto en el artículo 448.

el art. 259 sigue literalmente esta redacción, PS, art. 312, rebaja la pena de cuatro a seis grados si llegó a ejecutarse la sentencia, y de siete a nueve grados si no hubo ejecutoria. Pero el espíritu metodológico de PS es el mismo que el del Código Penal de 1870.

Ello es más patente aún en la pena al juez prevaricador. El art. 361 del Código Penal de 1870 establece que «el juez que a sabiendas dictare sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito, incurrirá en la pena impuesta por la sentencia si ésta se hubiera ejecutado». La doctrina considera este tipo de penas acientífico y contrario a los principios del Código Penal<sup>75</sup>, aunque sorprendentemente PS, art. 298, lo mantiene literalmente, seguido de CPMa, art. 248<sup>76</sup>.

Con el mismo criterio penal, el art. 507 del Código Penal de 1870 establece que quien amenazare a otro con causar al mismo o a su familia un mal que constituya delito, «será castigado con la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley al delito con que amenazare... (si) el culpable hubiera conseguido su propósito, y con la pena inferior en dos grados si no lo hubiere conseguido». En la misma línea, PS, en su art. 558, establece la pena en función de la establecida al delito con que se amenazó pero dando más margen al juez; de uno a tres grados si el amenazador consiguió su objetivo, y de cuatro a seis grados si no lo consiguió. El CPMa, art. 394, sigue al Código Penal de 1870.

También se perciben huellas del talión en los delitos de imprenta, aunque PS en este caso, quizá a causa de la sensibilidad de los Silvela por el tema<sup>77</sup> abandona el talión y adopta un criterio objetivo más benigno. Efectivamente, el art. 583 del Código Penal de 1870, en relación al 582 castiga a quienes «provocaren directamente por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación, a la perpetración del delitos», de modo que «si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, la pena de la provocación será la inmediatamente inferior en grado a la que para aquél esté señalada». Con independencia de los errores técnicos del precepto<sup>78</sup>, la pena del

<sup>75</sup> Por ejemplo, cfr. GROIZARD, *cit.* IV, pp. 116 y ss. Aunque VIADA justifica el talión en este caso por la naturaleza «repugnante y vil» de tal acción (*cit.* II, p. 533).

<sup>76</sup> Dicha pena se mantuvo en el Código Penal de 1928 a pesar de que para eludir la acientífica pena del talión se recurrió a la no menos anómala e inusual pena de castigar al juez prevaricador de dos a veinte años de prisión (artículo 413), con lo que se entendía que, ante tal margen de discrecionalidad, el juzgador se limitaría a plicar la jurisprudencia ya existente que castigaba al juez con la misma pena que infligió al injustamente condenado, dentro de esos límites temporales. El mismo criterio sigue el artículo 205 del Código Penal de 1870 que castiga a los funcionarios públicos que, arrogándose atribuciones judiciales, impusieron castigo equivalente a pena personal. PS, artículo 234, rompe con la pena del talión y adopta un criterio objetivo. Este tipo penal está ausente del CPMa.

<sup>77</sup> *Vid.* el debate parlamentario y la postura de Francisco Silvela ante los delitos de imprenta, con ocasión de la discusión del que sería Código Penal de 1870. D. S. de 15 de junio de 1870, al tomo XIII, p. 8441 y apéndice 3.º, pp. 1-48. También en *Código Penal reformado...*, *cit.*, pp. 9-11.

<sup>78</sup> Los artículos 582 y 583 del Código Penal de 1870 están mal ubicados en el Código pues

tali3n sigue presente. Contrariamente, PS, en su art. 400, contiene un tipo penal m1s completo al incluirlo dentro del cap1tulo IV del T1tulo VI, libro II, «Delitos contra la tranquilidad general y provocaci3n a cometer el delito», estableciendo penas fijas y objetivas (de seis meses a un a1o, y de un a1o a dos si cometió el delito) y no en funci3n del delito provocado. CPMa, art. 470, sigue la l1nea del C3digo Penal de 1870.

## APLICACI3N, CUMPLIMIENTO Y EXTINCI3N DE LAS PENAS

Mientras el C3digo entonces vigente s3lo definía dos 3rdenes de responsabilidades: penal (castigo) y civil (reparaci3n), para PS «hay sin embargo consecuencias nacidas del delito y de la pena, a las que no puede atribuirse ese car1cter»<sup>79</sup>, tales son el comiso de los efectos e instrumentos del delito, la suspensi3n o disoluci3n de sociedades por cuyo medio se cometió el delito, la cauci3n, la vigilancia de la autoridad<sup>80</sup>, etc. CPMa sigue literalmente, arts. 45 y 53, a PS en est1 cuesti3n.

Donde se observa un mayor esp1ritu progresista en PS y en CPMa respecto al texto vigente es en el abono del tiempo de detenci3n preventiva durante el proceso. Tal figura estaba regulada restrictivamente en el C3digo Penal de 1870 al preceptuar el art. 31<sup>81</sup> que el tiempo de la condena s3lo empezaría a contar desde que la sentencia condenatoria fuera firme, no abon1ndosele el tiempo de prisi3n preventiva en el caso de recurrir en casaci3n: «cuando el reo entablare recurso de casaci3n y fuere desechado, no se le abonará en la pena el tiempo transcurrido desde la sentencia que recurri3 hasta la sentencia que desech3 el recurso», lo que, evidentemente, era un arma disuasoria para el reo, quien podr1a preferir no recurrir antes que arriesgarse a permanecer en la c1rcel sin que su detenci3n se contabilizase como parte de la pena, por muchas posi-

---

deberían quiz1, haberse situado en el libro I junto a la exposici3n de las doctrinas generales, despu3s de describir el delito consumado, frustrado, la tentativa (art1culo 3) y la conspiraci3n y proposici3n al delito (art1culo 4). Por otra parte, si el hecho de provocar es ya, de por s1, un delito perfecto, «los actos posteriores que otras personas realicen no deben transformar la pena que merezca el autor de aquel» (LANGLE, *cit.*, p. 679). Se hace depender la penalidad, de un acto ajeno al provocador, esto es, de que alguien ejecute o no el delito a que se excita, lo que es inadecuado desde la 3ptica de la ciencia penal.

<sup>79</sup> Pre1mbulo, p. 30.

<sup>80</sup> Aunque PS no es partidario de la vigilancia de la autoridad por ser medida generalmente in1til, la establece para dos supuestos; el reincidente en determinada clase de delitos y el vago declarado tal por un tribunal de justicia. Obs3rvese que el concepto de «vago» hab1a sido suprimido en PS como agravante para incluirse ahora, art1culo 71, por tanto, PS, en realidad est1 efectuando un endurecimiento a la hora de aplicar la pena con la adici3n de la sujeci3n a la vigilancia.

<sup>81</sup> «Cuando el reo estuviera preso, la duraci3n de las penas temporales empezará a contarse desde el d1a en que la sentencia condenatoria hubiere quedado firme», *vid.* VIADA, *cit.* I, p. 421.

bilidades que tuviera su recurso. PS, como se ha dicho, da un paso hacia el abono de la prisión preventiva al establecer en su art. 74 tal descuento, como parte de la pena, «en dos terceras partes, cuando el delito sea castigado con prisión o arresto» y con «la mitad, cuando sea castigado con reclusión o presidio»<sup>82</sup>. La filosofía del abono penal en PS obedece, como se ve, a permitir un mayor descuento en los delitos pensados más duramente. CPMa, art. 37, es más beneficioso para el reo al establecer que «será de abono para el reo todo el tiempo que haya permanecido en prisión preventiva, cualquiera que haya sido la índole de la pena a que fuera condenado»<sup>83</sup>.

Uno de los artículos más polémicos del Código Penal de 1870 fue el tantas veces rehecho 90 que en su primitiva redacción establecía que cuando «un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro», se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo. Dado que a tenor del art. 89, las penas se cumplían sucesivamente, el artículo 90, a pesar de haberse redactado para beneficiar al reo, paradójicamente le perjudicaba en la mayoría de los casos pues la suma de la pena computando por separado ambos delitos era bastante menor que la del delito más grave en su grado máximo. Por eso la ley de 3 de enero de 1908 añadió que la pena del delito más grave se aplicaría en su grado máximo sólo «hasta el límite que represente la suma de las dos que pudieran imponerse, penando separadamente ambos delitos». PS se adelantó en casi veinte años a esta reforma al preceptuar lo mismo, incluso, con una redacción más lógica<sup>84</sup>.

Inopinadamente CPMa sigue un camino original al establecer en su art. 75<sup>85</sup> que se impondrán todas las penas por separado atemperándolas en su grado medio si hubo agravantes, en grado mínimo si no hubo circunstancias modificativas, y en el grado máximo de la pena inferior si hubo atenuantes.

<sup>82</sup> En PS, artículo 75, no se aplica el abono a los reincidentes y a los rebeldes, y caso de entablar recurso de casación y éste sea desestimado, el Tribunal Supremo deberá hacer declaración expresa de si procede el abono del artículo 74 en función de la buena fe del recurrente: «declarando no haber lugar al abono siempre que el recurso sea temerario».

<sup>83</sup> Beneficio que no se extiende al reo de la Metrópoli a pesar de la Ley de 17 de enero de 1901 (que en su artículo 1 concedía el abono de todo el tiempo de prisión preventiva a los reos condenados a penas correccionales (escasísimas), pero «la mitad del tiempo que hubiesen estado preventivamente presos» los condenados a penas aflictivas, lo que venía a mejorar la anterior regulación contenida en los Reales Decreto, de 10 de octubre de 1863 y de 2 de noviembre de 1879.

<sup>84</sup> PS, artículo 113: «si la aplicación de estas reglas resulta, a juicio del Tribunal, más dura que la imposición de las penas correspondientes a las dos o más infracciones, impondrá todas estas penas». VALDÉS recoge el espíritu de PS al proponer la siguiente redacción: «se impondrá en el grado máximo la pena correspondiente al delito mayor, pero sin que pueda exceder de la suma del mínimo de los dos grados medios de las penas señaladas por la ley a las varias infracciones perpetradas». (*cit.* I, p. 392).

<sup>85</sup> CPMa, artículo 75: «Cuando un mismo hecho constituya dos o más delitos o uno de ellos sea medio para cometer el otro, se impondrán separadamente las penas correspondientes a las distintas infracciones, pero en su grado medio si concurren agravantes: en su grado mínimo si no hay circunstancias modificativas, y si sólo hay circunstancias atenuantes, el grado máximo de la pena inmediatamente inferior».

Las dificultades adicionales del precepto, además de la escasa coherencia metodológica interna respecto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal fueron la causa de que en las reformas penales posteriores no se siguiera al CPMa si no al Código Penal de 1870 reformado, o, si se quiere a PS.

PS y CPMa adoptan un criterio más técnico, a la vez que más benigno, al regular la reincidencia de los reos que cumplen condena o están pendientes de cumplirla. El art. 131.1 del Código Penal de 1870 ordena que a los que cometieren algún delito o falta después de haber sido condenados por sentencia firme no empezada a cumplir o durante la condena, «se impondrá en su grado máximo la pena señalada por la ley al nuevo delito o falta». Resultaba injusto que esta modalidad de reincidencia o reiteración estuviera más penada que las agravantes del art. 10.17 y 18, dado que no se podía compensar con otras atenuantes si las hubiera. Además era contradictorio que si el sujeto delinquiría una vez cumplida la anterior condena, no estuviera incurso en este tipo penal, por lo que entonces sí entraban en el juego de las compensaciones las atenuantes que hubiera, con las agravantes de reincidencia o reiteración del art. 10. Ya la doctrina de la época considera injusto tal precepto, máxime si «quien delinque de nuevo después de cumplida la pena, demuestra más incorregible perversidad que quien recae en el delito antes de empezar a cumplirla o hallándose a medio cumplirla»<sup>86</sup>.

PS, art. 116, resuelve el desigual trato al definir como reincidente al que delinque de nuevo durante el cumplimiento de su condena reconduciendo tal conducta a lo dispuesto en el art. 114 sobre la reincidencia, que no incluye entre las agravantes del art. 34, sino como tipo penal autónomo. CPMa está más cerca de PS, pues aunque no considera la reincidencia y la reiteración como tipos penales autónomos (son los agravantes 15 y 22 del art. 11), suprime el tipo penal del art. 131,1 del CP 1870, lo que subsume la reincidencia y la reiteración de los que cumplen condena a las agravantes comunes del art. 11, adoptando, por consiguiente, un trato más favorable al reo al concederle la posibilidad de compensar tal agravante con la atenuante que existiera al cometer ese nuevo delito.

Más coherentes siguen siendo PS y CPMa frente al Código Penal de 1870, art. 131.3. Aquí se establece que el penado por delinquir mientras ya cumplía condena «será indultado a los setenta años si hubiere ya cumplido la condena primitiva o cuando llegare a cumplirla después de la edad sobredicha». En este precepto se ven claramente los afanes literarios del lesgilador, pues lo que viene a decirnos, retórica aparte, es que *el penado por delinquir mientras ya*

<sup>86</sup> LANGLE, *op. cit.*, 207. VIADA la considera una reincidencia especial agravada, dado que no cabía compensarla con atenuantes (*cit. I*, p. 562). Más certero es el comentario de VALDÉS al advertir que si el artículo 131, núm. 1, obliga a imponer la pena en su grado máximo, si el nuevo delito está castigado con la pena de privación de libertad a muerte, necesaria y forzosamente habría de imponerse la pena capital aunque repugnara al criterio del juzgador (*cit. I*, p. 471).

*cumplía condena será indultado siempre a los setenta años.* Con razón GROIZARD<sup>87</sup> tachaba la norma de absurda pues al no aplicarse a todos los penados que cumplen los setenta años por no haber cometido más que un delito, estaba primando al delincuente que cometió sólo *uno* a cometer *otro* para poder salir del establecimiento penitenciario a los setenta años. PS y CPMa, certeramente, suprimen tan incoherente precepto, aunque dejamos para la reflexión si hubiera sido mejor extender el beneficio ortogado a los reincidentes también a los demás penados<sup>88</sup>.

Hay una novedad en CPMa, art. 36, que no se encuentra en el Código Penal de 1870 ni en PS; la regulación de la libertad condicional para los condenados a más de un año de privación de libertad que hubieran extinguido las tres cuartas partes de su condena y que hubieran demostrado ser acreedores a dicho beneficio, y que no hace sino sintentizar la legislación metropolitana —Ley 23 de julio de 1914 sobre libertad condicional—<sup>89</sup>.

Respecto a las causas de extinción de la responsabilidad penal, el saldo es favorable al PS y CPMa respecto al Código Penal de 1870. Éste, en el núm. 1 del art. 132 no había superado aún la costumbre medieval de la trascendencia de las penas: «La responsabilidad penal se extingue: 1) por la muerte del reo en cuanto a las penas personales siempre, y respecto a las pecuniarias, sólo cuando a su fallecimiento no hubiere recaído sentencia firme», lo que conlleva que las satisfará el heredero si no aceptó la herencia a beneficio de inventario. Para Silvela la muerte del reo extingue la pena *mors omnia solvit*, incluso las pecuniarias, pues otra cosa es vulnerar los principios «del derecho moderno, trayendo sobre los herederos la carga inexplicable de hacer frente a los crímenes ajenos, confundiendo para ese efecto la deuda del delincuente para con el derecho herido y el orden jurídico perturbado, con las responsabilidades civiles que legítimamente deben pesar sobre el haber hereditario»<sup>90</sup>. Ni que decir tiene que PS, en su art. 122.1 y CPMa, en su art. 89.1 suprimen ese arcaico resto de trascendencia penal.

<sup>87</sup> GROIZARD, *cit.* III, p. 174.

<sup>88</sup> Otra de las deficiencias del Código Penal de 1870 no resuelta por PS, es la del artículo 129, que agrava la pena a los que quebrantasen la sentencia (= PS, artículos 117-120) y que no deja lugar a dudas de que quien elude su detención *antes de dictarse sentencia* condenatoria, no comete delito alguno al no contemplarse en la ley tal supuesto (*vid.* VIADA, *cit.* I, p. 551). PS regula más detalladamente el quebrantamiento de condena pero no tipifica el quebrantamiento de la detención preventiva.

<sup>89</sup> *Vid.* LANGLE *cit.* anexo documental, p. 850. PS, en su disposición adicional deja para una ley posterior del Gobierno la regulación de la libertad condicional.

<sup>90</sup> Preámbulo, pp. 38-39. En el mismo sentido VALDÉS, *cit.* I, p. 479. Contrariamente SELVA justifica el precepto y además se lamenta de que no se especifique que las penas pecuniarias incluyen daños y perjuicios al ofendido (*cit.*, p. 70). El mismo LEHR, a pesar de advertir que el artículo 122 PS se corresponde con el artículo 67 del Código Penal holandés cree razonable la trascendencia de las penas pecuniarias, pues en rigor «toda pena, hasta la corporal, causa un perjuicio material indirecto a los próximos parientes, a los herederos del condenado... no hay pena estrictamente personal que no alcance de rechazo a inocentes; el Estado no ha creído nunca en la obligación de librarlos de este perjuicio indirecto» (*cit.* p. 71). El argumento de Lehr bordea el sofisma.

En relación a la extinción de la responsabilidad por la prescripción del delito o de la pena —Código Penal de 1870, art. 132.6 y 7— desarrollados en los arts. 133 y 134, establece, contra toda lógica, que la prescripción de los delitos se cuenta no sólo a partir de su comisión, sino que, si éste no fuera conocido, desde que se descubra, por lo que «la falta cometida a los 19 años puede ser castigada a los 61»<sup>91</sup>. Silvela juzgaba más coherente que la prescripción corriera exclusivamente «desde el momento en que el delito o falta se haya consumado o frustrado o se haya practicado el último acto de la tentativa» (art. 126), no interrumpiéndose la prescripción por las actuaciones judiciales que no terminan en sentencia más que durante cinco años en los delitos castigados con otra pena, y seis meses en las faltas. CPMa, en su art. 94 y 95 siguen literalmente a PS.

Los arts. 133 y 134 del CP 1870 establecían unos plazos fijos para la prescripción de los delitos y las penas; veinte años para los delitos con penas de cadena perpetua o muerte, quince años para las demás penas aflictivas, diez años para las penas correccionales, etc. Esto daba pie a constantes contradicciones denunciadas ya por F. Silvela «es a todas luces injusto señalar para la extinción del derecho a perseguir al criminal o ejecutar la sentencia, un período de tiempo menor que el de la misma pena... y que tal vez se ha impuesto a otro en su mismo caso. Para evitar esta contradicción inexplicable, se consigna como principio general en el proyecto de Código que la acción para perseguir los delitos se extingue por un período de tiempo que ha de exceder en tres años a la duración máxima de la pena señalada al delito, y la de la acción para ejecutar la pena por el transcurso de un período de tiempo doble<sup>92</sup>». Así, los arts. 125 y 129 PS al que sigue literalmente CPMa, arts. 92 y 97. Tales reformas no tuvieron acogida en el Código Penal de 1870.

Finalmente, PS, art. 123.6 = CPMa, art. 89.6, incluyen la sentencia absolutoria dictada en recurso de revisión como causas de extinción de la responsabilidad criminal, que no era tenida en cuenta en el Código Penal de 1870<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> Preámbulo, p. 41.

<sup>92</sup> Preámbulo, pp. 39-40. Ya Silvela, bajo el pseudónimo de *Eltas Visllú*, *op. cit.* p. 18, criticó las paradojas de los artículos 133 y 134 del Código Penal de 1870 calificándolas de «pena del torpe» y defendiendo que la acción para perseguir los delitos se extinguiera por un período de tiempo igual, cuando menos, al de la duración del castigo impuesto. Citaba L. Silvela como ejemplo, el de un condenado a cadena perpetua que no era indultado hasta cumplir treinta años de privación de libertad, mientras que el coautor que logró escapar quedaba libre de pena a los veinte años (artículo 134). Así, de dos condenados a cadena perpetua uno lograba fugarse y otro cumplía condena, de modo que pasados veinte años (plazo de prescripción de la pena de cadena perpetua) el más listo quedaba libre de responsabilidad, mientras que el torpe permanecería todavía diez años más en la cárcel, incluso recibiendo la visita de su «amigo». VALDÉS se hace eco de las tesis de Silvela y proponía que conforme transcurriera el plazo de prescripción se aminorase proporcionalmente la pena (*cit.* I, p. 483). Aboga también por una reforma N. B. SELVA (*cit.*, p. 73).

<sup>93</sup> Ya en su momento Groizard echó de menos en el artículo 132 del Código Penal de 1870 la absolución libre del acusado. Otros autores objetaban que era susceptible de extinción aquello que antes existe, más no lo que jamás existió, y la sentencia absolutoria proclama la inculpabilidad del

Por último, hacemos mención de un precepto relacionado con las causas de extinción de la responsabilidad criminal. Me refiero al art. 52 del Código Penal de 1870. Establecen los arts. 49 y 50 que el reo insolvente, además de la pena personal a que fuere condenado, quedará sujeto a una responsabilidad también personal, subsidiaria, por las responsabilidades pecuniarias a razón de un día de detención por cada cinco pesetas. Pero incompresiblemente, el art. 52 estipula que la responsabilidad personal subsidiaria ya sufrida por el reo insolvente no le exime de reparar el daño causado y de indemnizar, si llegase a mejorar de fortuna. Para GROIZARD<sup>94</sup> este último precepto era injusto pues si fue a la cárcel para redimir su deuda económica, era incoherente convertir una pena en dos o castigar dos veces por el mismo delito o falta. PS, art. 86, admite la prisión por deudas para los insolventes, pero en ningún caso podrá exceder de los nueve meses, y si el reo viniera a mejor fortuna sólo habrá de pagar «la parte que todavía adeude descontada la suma equivalente a los días de detención sufrida». CPMa, art. 86, sigue literalmente PS pero limitando a un máximo de seis meses el período de prisión por deudas y además declarando expresamente que «el cumplimiento de dicha responsabilidad personal subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa aunque el reo mejore de fortuna»<sup>95</sup>.

## LOS DELITOS COMETIDOS POR MEDIO DE LA IMPRENTA

Francisco Silvela señala la contradicción de los liberales de abogar por la desaparición de toda especialidad en los delitos de imprenta, mientras que de los textos legales redactados por ellos, bien sancionados o bien en Proyecto, resultaba claramente tal especialidad<sup>96</sup>. A la hora de redactar su Proyecto, Silvela declara expresamente su consideración hacia el Proyecto del Código Penal liberal más científico de todos, el de 1882<sup>97</sup>. En él establece el orden de responsabilidad subsidiaria, se define la provocación, se regula la suspensión

---

procesado y la improcedencia de la pena. *Vid.* al respecto LANGLE, *cit.*, p. 209. PS y CPMa superan la discusión al incluir la absolución derivada sólo de un recurso de revisión.

<sup>94</sup> GROIZARD, *cit.* II, p. 344.

<sup>95</sup> En esta cuestión CPMa será más benigno que la legislación metropolitana: por ley de 17 de marzo de 1908 sobre condena condicional se otorga al reo insolvente el beneficio de la suspensión de la prisión subsidiaria (artículo 4) siempre que dicho reo no haya delinquido anteriormente, no hubiera sido declarado en rebeldía y fuera penado a privación de libertad no superior a un año (artículo 2). Aunque mínimas, las ventajas de esta ley no se aplicaban en el Protectorado.

<sup>96</sup> Preámbulo, p. 48. El artículo 23 de la Constitución de 1869 establecía que «los delitos que se cometan con ocasión del ejercicio de los derechos consignados en este título serán penados por los tribunales con arreglo a las leyes comunes». En la Constitución de 1876 desaparece tal norma.

<sup>97</sup> «Importa, pues, fijar con toda claridad en qué términos encuentra el Gobierno planteado el problema de la penalidad de la prensa por el Partido Liberal, en el documento más solemne, más científico y más importante de los que quedarán sin duda alguna del período de su gobierno, como es el Proyecto de Código Penal de 1882» (Preámbulo, p. 49).

cautelar del periódico, que PS adopta «con la esperanza y propósito de facilitar por su parte la aproximación a soluciones de concordia» de modo que satisface a liberales al aceptar las normas del Proyecto de Alonso Martínez, y a los conservadores sujetando la imprenta al Código Penal con dos principios: ampliar «la acción del poder público en la represión de los delitos que se cometan por medio de las publicaciones periódicas y reducir y suavizar las penas de los escritores públicos»<sup>98</sup>, paliando la excesiva severidad del Proyecto de 1882.

En la sesión del 15 de junio de 1870, ya Silvela denunció que la legislación penal de los delitos de imprenta era una legislación especial camuflada dentro del Código penal que se proponía a las Cortes para su aprobación. Además criticaba que el párrafo 5.º del art. 10, la agravante de publicidad («realizar el delito por medio de la imprenta...») en relación con el art. 582, permitía atenuar o anular la rebaja de los dos grados a los periodistas supuestamente inductores de un delito, y en relación con los arts. 162 y 164 o el 583 y 584, castigar severamente al periodista o al periódico, otorgando al juez la potestad de suspender sus actividades de modo que aun demostrándose su inocencia, los perjuicios ya estaban causados. Todo ello no fue sino una sutil maniobra de dispersión del articulado relativo a los delitos cometidos por medio de la imprenta a lo largo de todo el texto de modo que «sólo la lectura, a fondo, del conjunto permitía comprender el sistema... tal tarea era muy difícil de realizar en el poco tiempo que tuvieron los diputados desde el viernes 10 de junio y el miércoles 15 en que se inicia la discusión»<sup>99</sup>, teniendo en cuenta, además, que buen número de diputados no recibió su ejemplar del texto hasta la noche del día 12, lo que podría considerarse como una «auténtica traición al espíritu de la Constitución de 1869»<sup>100</sup>. Sorprendentemente PS mantiene en su art. 35.2 la circunstancia de publicidad como mixta (agravante o atenuante, al igual que el Código Penal de 1870) y mantiene la normativa penal sobre la imprenta de manera similar al texto penal vigente. Pero hay dos artículos que si no prueban la benevolencia de Silvela hacia el tema, al menos demuestran cierta buena fe: el art. 121 deja al arbitrio judicial la posibilidad de rebajar o anular sin tope alguno la pena de este tipo de delitos, nunca agravarla, lo que, en rigor, delegaba en el poder judicial la libertad de prensa<sup>101</sup>. El art. 204 PS castiga con destierro a los que, mediante publicidad, impugnen las Instituciones fundamentales de la Constitu-

<sup>98</sup> Preámbulo, p. 50.

<sup>99</sup> J. M. PÉREZ-PRENDES, «La Prensa y el Código Penal de 1870», en rev. *Hispania*, XXXI (1971), p. 23. Para una visión de conjunto, con los límites cronológicos, es útil todavía la obra de EGUIZÁBAL, *Apuntes para una historia de la legislación española sobre imprenta desde el año 1840 hasta el presente*. Madrid, 1874, especialmente pp. 223 y ss.

<sup>100</sup> PÉREZ-PRENDES, *cit.*, p. 23.

<sup>101</sup> Lo que a tenor de la vigente regulación sobre destitución, suspensión, traslación y sanción de Jueces y Magistrados, de la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial, dejaba tal poder excesivamente mediatizado por el Poder Ejecutivo. PS, artículo 121, dejaba al arbitrio judicial la libertad de prensa, lo que ya era algo, al menos en relación al Código Penal de 1870. Dice así PS: «Cuando los tribunales estimen excesivas las penas correspondientes a las personas responsables de delitos cometidos por medio de la imprenta... podrán rebajar a su prudente arbitrio, las penas personales, o conmutarlas por otras... siempre que sean inferiores a las que resultarían de la rigurosa aplicación de las disposiciones del Código».

ción, la Monarquía, las Cortes, etc. negando o poniendo en duda su autoridad y «proclamando máximas o doctrinas contradictorias a ellas», pero a renglón seguido aclara que «no se consideran comprendidas en este número, las exposiciones doctrinales o las investigaciones de carácter meramente científico, contenidas en libros». Ello nos hace afirmarnos en nuestra idea de que la legislación sobre delitos de imprenta era mucho más benevolente en PS que en el Código Penal de 1870 y que, en cualquier caso, ella no entraba en contradicción con la nueva Constitución de 1876, como a lo que parece, sí ocurría con el texto penal vigente.

Aunque la Constitución de 1876 no obligaba a ubicar los delitos de imprenta dentro de la legislación común, Silvela prefirió mantenerla dentro del propio Proyecto de Código Penal en aparente contradicción con las ideas defendidas en la sesión parlamentaria del 15 de junio de 1870 —cuando se discutió la oportunidad del Código Penal de 1870—, y no sabemos hasta qué extremo ello fue por cubrir apariencias y en contra de su propio criterio o el de su hermano Luis Silvela, a la sazón Secretario de la Comisión parlamentaria encargada de estudiar dicho Proyecto, pues en otro caso no se explica que el Proyecto de la Comisión creara un nuevo libro, el IV, dedicado a los delitos y faltas cometidos por medio de la imprenta, entresacándolos de los tres libros del PS originario. Ni que decir tiene que los políticos y juristas más radicalmente posicionados contra PS, como fue el caso de Jerónimo Vida, eligieron también esta cuestión como blanco óptimo para criticar los presupuestos ideológicos conservadores, pretendidamente liberales, de la libertad de imprenta<sup>102</sup>.

Así, la susceptibilidad y los recelos de J. Vida le llevan a firmar que si PS, art. 25, establece que «la responsabilidad criminal por delitos y faltas será individual», no se entiende por qué Silvela equipara las personas jurídicas (un periódico, por ejemplo) a los instrumentos del delito y las castiga con la disolución o suspensión si ellas no pueden, en rigor jurídico, delinquir ni ser arrastradas al delito, sino sólo sus representantes. Para Vida, el «mezquino concepto de esta clase de entidades» prueba la adscripción de Silvela a la teoría de la omnipotencia del Estado», lo que aclara «que las miras que le guían al sancionar tal disposición son, pura y exclusivamente, políticas, pues como él dice, no son otra cosa que asociaciones o entidades verdaderas personalidades jurídicas, por cuyos medios y bajo cuyo nombre, pueden cometerse delitos»<sup>103</sup>. Ahora bien, es claro que a J. Vida le debían mover otros sentimientos que los meramente políticos al criticar tan sañudamente PS (ignoro la relación, o más

<sup>102</sup> Quizá pesaba en el ánimo de J. Vida que el primer gobierno de la Restauración presidido por Cánovas había suspendido varios periódicos de la oposición como *El Imparcial*, *La Igualdad*, *El pueblo*, y establecido un procedimiento y tribunales especiales para los delitos de imprenta. Vid. M. FERNÁNDEZ ALMAGRO, *Historia Política de la España Contemporánea*. Madrid, 1968, I, p. 253.

<sup>103</sup> J. VIDA, *cit.*, pp. 46-48. KIRCHENHEIN sale al paso de esta crítica de Vida a la concepción sobre el fundamento de las personas colectivas, no sabemos hasta qué punto inducido por L. Silvela, alegando que la postura de PS «contiene lo mejor que desde hace mucho tiempo se ha escrito sobre la responsabilidad penal de las personas colectivas» (*cit.*, p. 114).

bien, la rivalidad, entre J. Vida y L. Silvels, dentro del escalafón de catedráticos de Derecho Penal) pues el tratamiento penal a la prensa muestra un saldo favorable —aunque leve— en PS respecto al Código Penal de 1870.

## LIBRO II. DE LOS DELITOS Y SUS PENAS<sup>104</sup>

Los tres primeros títulos del libro II: Delitos contra la seguridad exterior del Estado (I), contra la seguridad interior, del Estado y la Constitución (II), y contra el orden público (III) adoptan las novedades de índole política contenidas en el Proyecto de Código Penal de 1880 redactado por el entonces ministro de Gracia y Justicia Saturnino Álvarez Bugallal<sup>105</sup>. Tales reformas consistían en una mayor y más exhaustiva regulación de los tipos penales expresados en 1870 y la inclusión de los otros deficiente o nulamente tipificados. A destacar una mayor definición de los delitos contra la Constitución y la mención expresa de los delitos de Lesa Majestad, contra la forma de gobierno monárquico<sup>106</sup>. CPMa sintetiza hábilmente a PS, pero se queda más cerca del de 1870.

Dado que la Constitución de 1869, art. 21, proclamaba la libertad de cultos, el Código penal de 1870 suprimía los delitos contra la religión del Estado. Pero al proclamarse la confesionalidad del Estado en la Constitución de 1876, art. 11, Silvela acepta íntegras las reformas del Proyecto de Álvarez Bugallal de 1880, creando en el capítulo II, del Título II, la sección primera sobre los «delitos contra la religión del Estado»<sup>107</sup>. CPMa omite tal sección consciente de la necesidad de cohabitación con la religión musulmana, y se limita a proteger el libre ejercicio de los cultos (artículos 130 y ss ).

PS suprime el delito del juez que entra de noche en el domicilio ajeno, tipo penal absurdamente creado por la Constitución de 1869, art. 5, y que el propio

<sup>104</sup> J. VIDA no encuentra razonable la división en Títulos del libro II. Los dos primeros libros deberían fundirse en uno, con las subdivisiones que fuesen necesarias. El IV no responde a criterio alguno y debería integrarse en los artículos correspondientes. El V y VII obedecen a criterios distintos del que predomina en la clasificación (*cit.* p. 35).

<sup>105</sup> Presentado a las Cortes el 17 de junio: archivo del Senado, leg. de 1879-1880, ap. 6.º, número 149. También en *Colección Legislativa*, tomo XXIV, pp. 1099-1238.

<sup>106</sup> El Código Penal de 1870 sustituyó a la pena de muerte como única e indivisible establecida por el Código Penal de 1848 para los reos de regicidio, por la de reclusión perpetua a muerte (El Código Penal de 1870 no establece la pena de muerte como exclusiva) pero al igual que el Proyecto liberal de Alonso Martínez de 1882, se establece el antiguo precepto comprendiendo la misma pena a los reos de tentativa y delito frustrados.

<sup>107</sup> Preámbulo, pp. 59-60. L. SILVELA había objetado al Código Penal de 1870 que siendo la libertad religiosa uno de los principios protegidos por la Constitución de 1869, los delitos contra la libertad de cultos deberían integrarse con los demás delitos cometidos contra los derechos constitucionales, y no una sección aparte (*cit.* II, p. 169), *vid.* de J. LATOUR BROTONS, «Las libertades religiosas y políticas en el Código Penal de 1870», en *Conmemoración...*, *cit.*, pp. 131-152.

F. Silvela ya criticó en las jornadas parlamentarias previas a la aprobación del texto de 1870<sup>108</sup>. Con idéntica coherencia, suprime PS (en su artículo 217) el número 2 del art. 189 del Código Penal de 1870 que prohibía las reuniones celebradas de noche, conforme al art. 5 de la Constitución de 1869. «No me explicaré nunca —decía F. Silvela en el Parlamento— cómo en el régimen absoluto de la ilegislabilidad del derecho de reunión puede influir el que el sol esté o no sobre el horizonte, ni he podido darme cuenta de cómo la luz puede influir en el ejercicio de uno de los derechos.»<sup>109</sup>

En la misma sesión parlamentaria del 15 de junio de 1870, Silvela critica el art. 195 del Código Penal propuesto a la Cámara, que castigaba con prisión menor a los promovedores, directores y asistentes a reuniones que no la disuelvan «a la segunda intimación que al efecto hicieren las Autoridades o sus Agentes», pues «es muy fácil —decía Silvela— que el Gobierno, al aplicar el Código, se vea en la necesidad de conducir más de una vez a la cárcel a 10.000 ó 12.000 personas... colocando a los tribunales entre la impunidad y el absurdo»<sup>110</sup>. Obviamente PS suprimió esta parte del precepto en su art. 221.

Dentro de la sección tercera de este Título II, relativo a los «delitos cometidos por los funcionarios públicos contra los derechos declarados por la Constitución», Luis Silvela corrige un error político denunciado ya por su hermano Francisco en las sesiones parlamentarias de junio de 1870. Lamentaba F. Silvela que el art. 210 del texto liberal castigase menos severamente que el texto penal entonces vigente, al funcionario que detuviera a un ciudadano, a no ser por delito. Pero ya puestos a hacerlo, el texto liberal castigaba sólo con multas de 125 a 1.250 pesetas en el caso de que la detención no excediera de *tres días*, número de días que irritaba a Silvela, en su escaño de la oposición, pues «tiene la particularidad de coincidir exactamente con el período de todas las elecciones. De suerte que la detención arbitraria de un candidato importante, por ejemplo, por tres días, efectuada por un empleado público, representa para ese empleado el pago de la multa de 125 pesetas»<sup>111</sup>. Consecuentemente PS, en su art. 234, disminuye de tres días a veinticuatro horas dicho plazo, de modo que la conducta del funcionario queda más limitada, pues ahora, por cada dos días que se demore, será castigado con dos años de inhabilitación absoluta, y si se demora más de veinte días, pena de seis años y un día a veinte años de presidio.

<sup>108</sup> D.S. de 15 de junio de 1870, 8885. El párrafo 2.º del artículo 5 de la Constitución de 1869 establecía que «la entrada en el domicilio de un español o extranjero residente en España y el registro de sus papeles o efectos, sólo podrán decretarse por Juez competente y ejecutarse de día».

<sup>109</sup> F. SILVELA en D.S. de 15 de junio de 1870, 8885. También en el Preámbulo a PS, p. 13. GONZÁLEZ SERRANO en su *Apéndice, cit.*, p. 145, justificaba la prohibición de las reuniones nocturnas por ser «el tiempo adecuado a estas reuniones» ilícitas.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

<sup>111</sup> F. SILVELA, en D.S. de 15 de junio de 1870, 8886.

En todos estos delitos del Título II, CPMa es muy breve dada la naturaleza política del Protectorado, limitándose a castigar los delitos contra el Jalifa, el régimen político, el comisariado español, el orden público y la sedición, atentados y desacatos a la autoridad y sus agentes, etc. (arts. 103-168) .

Alterado el orden del Código Penal de 1870, PS prosigue, en su Título V, tipificando los «delitos cometidos por los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, y por los particulares con infracción de los deberes impuestos a los mismos en interés público». Aquí incluye PS el tipo penal autónomo del encubrimiento (cap. VI) arts. 327 a 329. CPMa, como se dijo, regula el encubrimiento como delito específico —arts. 300 a 302— utilizando el modelo de PS<sup>112</sup>.

Dentro del Título VI relativo a los «delitos contra la seguridad general» el capítulo I «incendio y otros estragos» de PS, contiene algunas innovaciones, además de la ubicación, por delante de los delitos contra las personas como hacen el Código Penal de 1870 y CPMa, como es un aumento y una mayor especificación de los supuestos de incendios y explosiones delictivas (artículos 363 a 379 PS). El art. 572, en relación al 571 incurre en una contradicción terminológica, pues al emplear la palabra «estragos» da a entender la existencia de medios de destrucción muy poderosos (inundación de nave, explosión de mina o máquina de vapor, cambio de señales en vías férreas, etc.), de manera que exista como resultado gran desolación o destrucción, y sin embargo se reconoce que cabe estrago por daños de bienes cuyo «valor no excediere de 250 pesetas». PS elimina la palabra «estrago» en los preceptos correspondientes, al igual que CPMa arts. 452 a 464 que resume a PS.

Un tipo penal pintoresco del Código Penal de 1870 suprimido en PS y CPMa es el descrito en el art. 574: «Si las cosas incendiadas pertenecieran exclusivamente al incendiario, se le impondrá la pena de arresto en su grado máximo a prisión correccional en su grado mínimo, si el incendio hubiere sido causado con propósito de defraudar los derechos de tercero o de causarle perjuicio...», pero inopinadamente añade: «o si, aun sin este propósito se le hubiere realmente causado».

Pero sin propósito de defraudar ni de perjudicar a tercero en el hecho de incendiar bienes propios, no puede haber delito al no existir dolo o culpa, a lo más habría imprudencia temeraria o simple con infracción de reglamentos, lo que supondría bajar hasta dos grados la pena (arresto mayor, grados mínimos a

---

<sup>112</sup> Dado el carácter sintético que queremos dar a este trabajo no podemos detenernos en las variaciones de matiz de PS respecto a CPMa o al Código Penal de 1870, no obstante haberlas, incluso alguna esencial: el artículo 395 del Código Penal de 1870 castiga al Alcaide que solicitare sexualmente a «esposa, hija, hermana o afín en los mismos grados de persona que tuviera bajo su morada», sin incluir, quizá por olvido, a la madre del detenido. PS, artículo 342, incluye a la madre, al igual que hizo el Código Penal de 1928. No la incluyen CPMa el art. 278; el Código Penal de 1932, art. 389, y el Código Penal de 1944, art. 384.

medio), o lo que sería más lógico, tipificarlo como simple falta. Certeramente PS lo suprime, pero en cualquier caso añade en su art. 404 la posibilidad de que los tribunales puedan elevar o rebajar hasta tres grados las penas correspondientes en función de la «mayor o menor perversidad que revelen en el agente», y el 402 establece la pena de arresto menor a prisión, a discreción del Tribunal, según el resultado causado por el delito<sup>113</sup>.

El capítulo II del Título VIII relativo a las falsedades, de PS, viene a salvar un error técnico del art. 302 del Código Penal de 1870, desgraciadamente no corregido por CPMa, art. 191. Dicho artículo establece que «serán castigados como reos de tentativa de los delitos de expedición de moneda, aquellos en cuyo poder se encontraren monedas falsas que por su número y condición se infiera razonablemente que están destinadas a la expendición», es decir, que se califican de tentativa de delito los actos preparatorios especialmente penados.

El Título IX de PS relativo a los «delitos contra las personas» supera ampliamente la metodología del Código Penal de 1870 y CPMa. Efectivamente, el Código Penal de 1870, art. 417, tipifica el parricidio<sup>114</sup>; el art. 418 define el asesinato por exclusión del parricidio cuando concurre alguna de las cinco circunstancias expresadas. Y para oscurecer aún más los conceptos, el art. 419 establece que «es reo de homicidio el que sin estar comprendido en el art. 417, matare a otro, no concurriendo alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo anterior». Dado que el asesinato es una modalidad agravada del homicidio, no era en absoluto acertado definir a éste por exclusión de alguna de sus especies. Lo cierto es que aunque para muchos juristas de la época el asesinato era un homicidio cualificado, éste siguió con su autonomía conceptual al definirse como la muerte de otro sin estar comprendido en los supuestos del parricidio o del asesinato. Como decía GROIZARD<sup>115</sup>, el asesinato continuó siendo una clase dentro de los delitos contra la vida, y no una especie del homicidio. PS adopta una metodología más correcta y una técnica más adecuada<sup>116</sup>. Inicia el capítulo I con el art. 467: «El que matare a otro será castigado

<sup>113</sup> No porque se aprecie una atenuante. Ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1885 matizaba que la falta de malicia constitutiva de la imprudencia es cualidad distinta de la falta de intención de causar un mal tan grave, pues es una circunstancia de atenuación. CPMa suprime este tipo penal. El Código Penal de 1928 lo mantiene pero la pena es de cuatro meses a dos años.

<sup>114</sup> Artículo 417 del Código Penal de 1870 = artículo 467 PS = artículo 303 CPMa, que han heredado las pretensiones didácticas y literarias de los legisladores decimonónicos al cometer la redundancia de definir el parricidio como la muerte del «padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, o a cualquiera otro de sus ascendientes o descendientes, o a su cónyuge». Bastaba con decir, «ascendientes o descendientes, incluso ilegítimos, o a su cónyuge», *vid.* al respecto, de J. del ROSAL, «La palabra y la expresión en el Código Penal de 1870», en *Commemoración..., cit.*, pp. 205-223.

<sup>115</sup> GROIZARD, *cit.* IV, pp. 324-352 y ss.

<sup>116</sup> Aunque el Código Penal de 1928 en su Título VII sobre los delitos contra la vida dedica un capítulo independiente al homicidio (I), asesinato (II) y parricidio (III), los Códigos de 1932 y 1944 adoptan un criterio opuesto y más próximo a PS al incluir dentro de un único capítulo referido al homicidio, los tres tipos penales. Para Viada el Código Penal de 1870 establecía siete espe-

como reo de homicidio». El art. 468 define el parricidio, y el art. 469 define el asesinato. Como ya hemos mencionado, CPMa, arts. 303 a 305, evitó innovaciones en terreno tan trascendente y siguió literalmente el Código de la metrópoli.

El capítulo IV de este Título dedicado a las disposiciones generales contiene dos delitos que merecen nuestra atención: el delito de disparo de arma de fuego y el *uxoricidio honoris causa*.

En un exceso de objetivismo<sup>117</sup> el Código Penal de 1870, art. 423, contemplaba el delito de «disparar un arma de fuego contra cualquiera persona... si no hubieran concurrido en el hecho todas las circunstancias necesarias para constituir delito frustrado, o tentativa de parricidio, asesinato, homicidio o cualquier otro delito». La STS, de 6 de octubre de 1880, aclaraba que se incurría en este delito aunque se disparase *sólo con salvas*. F. Silvela objetaba que se diera más importancia al elemento externo que al inmaterial de la intención, justificando así que en el Proyecto aparezca «suprimido el delito artificial y ficticio de disparo de arma de fuego contra persona determinada, imaginado en 1870», de modo que en el art. 491 se regula con una nueva forma obligando al tribunal «a que examine y decida si el disparo, que no es en sí mismo sino un medio de cometer un delito o falta, revela el propósito»<sup>118</sup> de ejecutarlo. PS exige que el arma esté cargada «con proyectiles que puedan producir la muerte», pues reconduce el tipo penal a una modalidad de «tentativa de homicidio» a no ser que los hechos constituyan delito castigado con una mayor pena «o que revelen el manifiesto propósito de inferir lesiones castigadas con pena menor». Extraña que los hermanos Silvela no fueran más allá en la revisión de esta forma de delito y la suprimieran por completo como hace CPMa.

Respecto al *uxoricidio* privilegiado, supervivencia antigua, el art. 438 del Código Penal de 1870, el art. 429 PS y el art. 324 CPMa son idénticos. Esta-

---

cies de delitos contra la vida: parricidio, asesinato, homicidio, infanticidio, aborto, lesiones y duelo, adoptándose, por tanto, una sistemática distinta a los Códigos Penales de 1848 y 1870. Otros autores, como QUINTANO, opinan que creer que parricidio o asesinato son homicidios agravados por determinadas circunstancias es incurrir en la contradicción de reconocer la presencia de circunstancias esenciales o necesarias para la existencia de tipos de delitos, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, I. Madrid, 1962, pp. 66 y 140-150. También RODRÍGUEZ MOURULLO, «Dogmática de los delitos contra la vida en el Código Penal de 1870», en *Commemoración...*, cit., p. 159. La cuestión no es bizantina pues tiene repercusión procesal (artículos 849.4 y 33 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y material; en los casos de error, cuando se comete distinto delito del que se pretendía ejecutar, *vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, cit., p. 158.

<sup>117</sup> J. ANTÓN ONECA, *El Código Penal de 1870*, cit., p. 249.

<sup>118</sup> Preámbulo, *op. cit.*, pp. 52-53. Pese a que el tipo penal pretendía castigar el peligro efectivo para la vida con expreso carácter subsidiario, lo cierto es que incurría en tal delito quien disparase sólo con salvas. Fue duramente criticado como prueba del «horror a la pólvora» (Saldaña), de absurdo por J. y T. ÁLVAREZ CID, *El Código Penal de 1870*, II. Córdoba, 1908, p. 190, nota 1. GROIZARD, cit. IV, p. 512 lo critica aunque fue uno de los legisladores. JIMÉNEZ DE ASÚA lo tacha de absurdo y sin precedentes históricos, «El delito de disparo de arma de fuego», *Rev. de Ciencias Jurídicas y Sociales* Madrid, 1919, pp. 203-204.

blecía el Código Penal de 1870 que «el marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en acto a ésta o al adúltero, o les causare alguna de las lesiones graves será castigado con la pena de destierro. Si les causare lesiones de otra clase quedará exento de pena». Se extiende a los hijos menores de veintitrés años que vivan en casa paterna. A pesar de las críticas<sup>119</sup> que tal precepto suscitaba, PS no sólo mantiene su literalidad sino que además extiende tal facultad a los hermanos «respecto a sus hermanas menores de 23 años y sus corruptores, mientras aquéllas vivan en su compañía»<sup>120</sup>.

El Título X de PS dedica su primer capítulo al adulterio, regulándolo de forma semejante al Código Penal de 1870, art. 452= CPMa, art. 338. Ciertamente, el art. 448 del Código Penal de 1870 castiga con dos años, cuatro meses y un día a seis años de presidio correccional sólo «a la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y al que yace con ella, sabiendo que es casada». Con independencia de que la punición del adulterio puede implicar una confusión del legislador entre «pecado» y delito, lo cierto es que el tipo penal no está castigando la honestidad pública, dado que si así fuera se perseguiría de oficio y no a instancia del marido agraviado. Asimismo, ya la doctrina de la época advertía que tampoco estaba castigando el honor mancillado o la fe jurada, dado que el de los adúlteros «sólo a ellos mismos les puede afectar, ni tampoco la honra ultrajada del marido inocente, ya que no hay tal ultraje puesto que la honra del individuo sólo puede y debe perderse por las propias acciones»<sup>121</sup>. Como este precepto sólo castiga el adulterio femenino en el sentido de que la mujer nunca puede querellarse por adulterio de su marido, resultado claro que nos encontramos ante uno de los residuos de los privilegios del hombre en las antiguas sociedades patriarcales. Las infidelidades del marido sólo se castigan cuando las realiza dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo» (art. 452) y además eran penadas con menor severidad: de seis meses y un día a cuatro años, con la particularidad de que el Código no las denominaba adulterio sino amancebamiento (técnicamente hablando el marido nunca podía cometer adulterio con mujeres solteras o viudas), lo que implica que quedaran impunes las infidelidades del marido siempre y cuando las realizara fuera del hogar conyugal y sin escándalo<sup>122</sup>. CPMa, arts. 334 y 338, siguen literalmente la regulación del adulterio y del amancebamiento del Código Penal de 1870, con la novedad de castigarlos por igual; prisión de seis meses y un día a seis años.

<sup>119</sup> Si el artículo defendiera el honor conyugal, se haría extensivo a la mujer que es traicionada por su marido. Como esto no es así, resulta evidente que estamos ante una vieja costumbre patriarcal, ya criticada en su época con opiniones no menos apocalípticas: «Bien menguado honor es ese que sufre mancilla con el pecado ajeno y que se reivindica con el crimen propio», LANGLE, *cit.* p. 493.

<sup>120</sup> SELVA cree justificadísimo no dar esta prerrogativa al hermano dado que la fraternidad no es un estímulo tan poderoso como para obcecar hasta ese punto. En todo caso puede apreciarse como circunstancia atenuante de parentesco (*cit.* p. 198). La objeción a PS es más que razonable.

<sup>121</sup> LANGLE, *cit.*, p. 501.

<sup>122</sup> No vamos a cargar las tintas sobre la pintoresca regulación del adulterio en la legislación española y en las opiniones de la doctrina contemporánea al Código Penal de 1870. Baste citar que para VIADA, el único motivo de censura de este capítulo es que se titule «Del adulterio», cuando comprende dos delitos: adulterio y amancebamiento, añadiendo a continuación que «la infidelidad

PS adopta una regulación idéntica en el art. 496. El art. 497 establece que el adulterio sólo es perseguible a instancia del marido. Y el art. 498 regula el amancebamiento en los mismos términos que el Código entonces vigente, pero con la adición: «lo dispuesto respecto del marido en el artículo anterior, es aplicable a la mujer en el caso de que trata el presente». Aunque en una primera lectura este añadido lleva a suponer erróneamente que se concedía a la mujer el derecho de querellarse por adulterio contra su marido, de acuerdo a lo establecido para el amancebamiento (art. 498), lo cierto es que el sentido de la frase viene a conceder expresamente a la mujer agraviada la facultad de querellarse contra su marido por amancebamiento y contra sus cómplices, con lo que se venía, simplemente, a dar una redacción distinta al último párrafo del art. 452 del Código Penal de 1870<sup>123</sup>.

No obstante PS aporta una curiosa novedad en la regulación del delito de adulterio. Mientras que el Código Penal de 1870 y CPMa, sólo permiten la querrela del marido agraviado contra ambos culpables, PS, art. 497, hace extensible a los cómplices la acción: «éste podrá reproducirla (la querrela) contra todos los culpables y sus cómplices que vivan, pero no contra unos sin perseguir a los demás.» También afecta a la querrela de la mujer agraviada por el amancebamiento de su marido. La novedad, que ya fue aceptada en el Proyecto liberal de 1882, tiene su origen en los escritos de Luis Silvela, bajo el alias de *Elías Visllú*, criticando al Código Penal de 1870 que tal omisión conlleva «el triunfo de Celestina»<sup>124</sup>. El parecer de PS no fue retomado por CPMa, aunque finalmente sí fue recogido en el Código Penal de 1928.

El Título XIII relativo a los «delitos contra la libertad y seguridad» merece algunos comentarios. Tanto el Código Penal de 1870, art. 501, como PS art. 549, y CPMa, art. 388, mantienen el discutible criterio de ubicar aquí el delito de abandono de menores, que en opinión de algunos autores<sup>125</sup> debería incluirse en el Título relativo a los delitos contra las personas.

---

del marido no es legalmente adulterio... (por sus consecuencias, mucho más ha de ser la infidelidad de la mujer que la del marido. Aquélla, al violar la fe conyugal, introduce, o se expone a introducir, hijos extraños en la casa del segundo», por lo cual la pena por amancebamiento del marido «nos parece excesiva, pues se aproxima mucho a la que señala el artículo 448 al adulterio de la mujer, cuya gravedad y trascendencia es mucho mayor», *cit.* III, pp. 114-115.

<sup>123</sup> El artículo 452, al tipificar el amancebamiento establece que «lo dispuesto en los artículos 449 y 450 es aplicable al caso de que se trata en el presente». PS intenta ser más claro al explicar que se refiere a facultades extendidas a la mujer. Esta redacción fue la utilizada en el Código Penal de 1944, artículo 452, incluyendo expresamente ya el concepto de «mujer agraviada».

<sup>124</sup> Elías VISLLÚ, *El Código Penal y el sentido común*, *cit.* p. 19. Relata Luis Silvela el caso de un caballero que le visitó en su despacho lamentando que no hubiera responsabilidad criminal por parte de la criada que indujo y propició el adulterio de su mujer, consagrándose así el triunfo de la Celestina (pp. 37 y ss.). Pacheco ya defendió que cabía querrela del marido contra los cómplices o encubridores aunque no estuviera expresamente reconocido en la ley, *op. cit.* III, p. 115. Lo cierto es que los tribunales no lo admitieron hasta que el artículo 621 del Código Penal de 1928 extendió la querrela a los cómplices.

<sup>125</sup> *Vid.* LANGLE, *cit.*, p. 561.

En opinión de VIADA<sup>126</sup> otro error de ubicación fue el incluir el tipo del art. 513: «El administrativo, dependiente o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal y los divulgare...» en el capítulo relativo al descubrimiento y a la revelación de secretos, pues este tipo penal atenta, en rigor, contra la propiedad industrial y debería estar en el Título siguiente. PS, art. 564, y CPMa, art. 401, mantienen el mismo criterio.

Respecto al Título XIV, «delitos contra la propiedad», PS mejora sustancialmente la redacción del texto vigente entonces, seguido en parte por CPMa. Así, el Código Penal de 1870 dedica el capítulo I a los robos (arts. 515 a 529) y el II a los hurtos (529 y ss.). Define el robo como el apoderamiento de las cosas muebles ajenas «con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas» (art. 515) mientras que el hurto queda definido como el apoderamiento de cosas muebles ajenas, sin voluntad del dueño y con ánimo de lucro, pero «sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas» (art. 530). A pesar de esta clara diferencia, el art. 532 castiga como hurto al que «empleando violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, entrare a cazar o pescar en heredad cerrada o campo cerrado», estimando, con grave error jurídico, como delito de hurto un hecho en que concurre violencia, intimidación o fuerza, que son elementos característicos del robo<sup>127</sup>. Aunque CPMa, art. 416, persiste en el error, PS adopta una postura más correcta. Consciente de que lo que indujo a error al legislador del texto liberal fue describir un tipo penal que, aun teniendo caracteres de robo, no alcanzaba tanta gravedad como para incluirlo en ellos, Silvela lo suprime del Título y del libro II, para incluirlo en el libro III relativo a las faltas, pero además omitiendo toda referencia a hurto o robo (art. 651) que entraría en el libro II de los delitos, estableciendo los supuestos de paso a heredad ajena para cazar o pescar, etc., de modo que se pena con arresto menor a quien utiliza fuerza en las cosas y reconduce el hecho de usar violencia o intimidación en las personas al delito de coacción.

Otro tipo penal certeramente suprimido por PS es el art. 548 del Código Penal de 1870 (= CPMa, art. 432). Definida la estafa como defraudación «a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas», se establece al final del artículo que «cuando se cometiere el mismo delito sin ánimo de defraudar» se impondrá una multa. ¡Pero si ni hay ánimo de defraudar no cabe estafa!, aplicándose la eximente 8.<sup>a</sup> del art. 8<sup>128</sup> o el art. 1 que establece que sólo «son delitos o faltas las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley». Como hemos mencionado PS suprime tal incoherencia, no así CPMa.

<sup>126</sup> VIADA, *cit.* III, pp. 440-441.

<sup>127</sup> LANGLE, *cit.*, pp. 603-604. VIADA da cuenta de las vacilaciones de la Comisión parlamentaria entre considerarlo hurto cualificado o simple falta, *cit.* III, p. 441.

<sup>128</sup> Artículo 8.8: «el que en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo». No sólo es un error de método sino que aunque el Tribunal atenúe la pena, si luego comete una verdadera estafa, se le tiene por reincidente (injustamente) correspondiendo la pena en grado máximo, *vid.* VIADA, *op. cit.* III, p. 549.

El capítulo V; «maquinaciones para alterar el precio de las cosas», que tanto sensibilizaba a los políticos por dar pie a tipificar penalmente el derecho de huelga, es matizado en el PS coherentemente con las opiniones que F. Silvela expuso en su día ante el Parlamento, lamentándose de que el futuro Código de 1870 mantuviera tal tipo cuando a tenor de los principios de la Constitución de 1869 era «perfectamente legítimo el reunirse los obreros para procurar subir o bajar los salarios»<sup>129</sup>. Establecía el art. 556 del Código Penal de 1870 que serían castigados con pena de arresto mayor «los que se coaligaren con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo o regular sus condiciones», y en su grado máximo «a los que, para asegurar su éxito, emplearen violencias o amenazas». Las modificaciones de PS son importantes, pues ya no *castiga* la coalición que quiera *encarecer abusivamente* el precio o las condiciones del trabajo, sino «a los que se coaliguen abusivamente con el fin de encarecer o abaratar el precio» precisándose que «la coalición se entenderá abusiva cuando, para formarla o mantenerla, se empleen violencias o amenazas, o se ejerza cualquier otra coacción». Por tanto PS no tipifica las coaliciones, incluso cuando quieran imponer precios abusivos, sino la violencia, amenaza o coacción ejercida para formarlas o mantenerlas. El avance en el reconocimiento del derecho de huelga es patente en este proyecto conservador. Sorprendentemente CPMa, art. 441, mantiene literalmente el art. 556 del Código Penal de 1870, lo que sólo puede obedecer a un despiste de la Comisión especial de Códigos o a *intereses coloniales*, pues por ley de 27 de abril de 1909 relativa a coaliciones, huelgas y paros, se derogaba expresamente el citado art. 556<sup>130</sup>.

### LIBRO III. DE LAS FALTAS Y SUS PENAS

Escasísimas variaciones contiene PS respecto al Código Penal de 1870. Además de las ya enumeradas anteriormente en este trabajo, destacar que el criterio de clasificación sigue el de la escasa gravedad del hecho y del poco valor del perjuicio causado. Así son faltas las castigadas con penas pecuniarias no inferiores a 150 pesetas y de arresto no superior a treinta días. En el caso de lesiones, si producen incapacidad laboral que exceda de catorce días, los hurtos de objetos cuyo valor no sobrepase las cinco pesetas, los daños que no superen las 50 pesetas y las estafas que no alcancen las 25 pesetas, para no citar otras. J.VIDA criticó, cómo no, este criterio de distinción entre delitos y faltas derivado de la errónea concepción tripartita de cuño francés, en delitos graves (crímenes), delitos menos graves (delitos) y faltas (infracciones) y dirá que «dado que

<sup>129</sup> D.S. de 15 de junio de 1870, 8886.

<sup>130</sup> En su artículo 11. Texto íntegro en LANGLE, *cit.* apéndice, pp. 834-840. Dicha ley reconoce el derecho de huelga (artículo 1) y pone las violencias, amenazas o coacciones empleadas en mantener o impedir las coaliciones de obreros o patronos (artículo 2) siguiendo la idea de PS.

la distinción entre delitos graves y menos graves no tiene utilidad ninguna, debe suprimirse, y la de delitos y faltas, fundarse en la propia naturaleza de estos actos, y no en la pena que les corresponda»<sup>131</sup>, crítica hasta cierto punto justificada y razonable pero que implicaba revolucionar toda la trayectoria de la codificación penal española.

## VALORACIÓN DEL PROYECTO DE 1884 Y DEL CÓDIGO PENAL DE MARRUECOS: CONCLUSIONES

¿Qué influencia tuvo el Proyecto de Código Penal de Silvela en la codificación penal posterior?, o dicho de otro modo, ¿cuáles de sus innovaciones tuvieron acogida en los Códigos penales españoles posteriores? En gran medida esta pregunta se ha contestado en páginas anteriores, pero a modo de conclusión podemos decir que la mayor parte de las innovaciones (añadidos, supresiones, correcciones, etc.) de PS respecto al Código Penal de 1870 serán no sólo tenidas en cuentas en CPMa, sino también en los Códigos penales españoles. Por razones de brevedad me referiré únicamente al Código Penal de 1928, dado que a pesar del paréntesis del Código Penal 1931, que no obstante sigue en parte a PS, será tenido en cuenta por el Código Penal de 1944 en bastantes preceptos, habiendo, por tanto, una línea de *continuidad entre el Código Penal de 1944 y PS a través del Código Penal de 1928*.

Así la definición más completa del delito frustrado o la tentativa, arts. 20-21 PS, en líneas generales son acogidas por CPMa, art. 3 o el Código Penal de 1928, art. 41. En el mismo sentido la definición del autor por inducción, art. 26.3 PS = CPMa, art. 17 = art. 47 del Código Penal de 1928 tan deficientemente regulado en el art. 13.2 del Código Penal de 1870. La ampliación de los límites de la legítima defensa (331 = 6.5 = 59) o la simplificación de las escalas penales. La regulación más justa del abono de la prisión preventiva, tan restrictiva en el art. 31 del Código Penal de 1870, será llevada hasta sus últimas consecuencias, en el art. 114 del Código Penal de 1928, partiendo precisamente de PS, art. 120.

En el balance de supresiones, y respecto de las penas, la de cadena del art. 107 del Código Penal de 1870, es suprimida por PS, CPMa, y el Código Penal de 1928, al igual que la de degradación. Siguen los Códigos Penales a PS también en la supresión de los trabajos forzados en beneficio exclusivo del Estado. La reincidencia agravada de los ya penados o sentenciados (art. 131.1 del Código Penal de 1870) es suprimida y reconducida a la escala general de agravantes en el art. 166.3 del Código Penal de 1928, ya aplicado por CPMa,

<sup>131</sup> J. VIDA, *cit.*, p. 28.

imitando el art. 116 PS. Asimismo, al igual que PS, la codificación posterior suprime el indulto a las personas mayores de setenta años que delinquieron nuevamente durante su condena, así como la responsabilidad personal subsidiaria ya ejecutada cuando el reo viene a mejor fortuna.

Como mejoras técnicas y metodológicas, el Código Penal de 1928 abre el articulado con un Título Preliminar, siguiendo a PS, con disposiciones generales acerca de la nacionalidad y territorialidad de la ley penal. También acoge de PS, como hizo CPMa, la división de las eximentes en tres clases (por inimputabilidad, por justificación y mixtas), se recoge la eximente de sordomudez de PS (y CPMa) aunque es atenuante en el Código Penal de 1928. El caso fortuito, art. 8.8 del Código Penal de 1870 = 8.8. del Código Penal de 1944 es acertadamente, en mi opinión, suprimida de las eximentes y llevado como artículo independiente a la definición del delito (32 = 6.5 = 35). Las nuevas atenuantes de PS (dar satisfacción al ofendido, confesión espontánea antes de ser conocido el delito) serán recogidas en CPMa y Código Penal de 1928 (33.7 y 9 = 10.8 y 10 = 64.6 y 7). Igualmente, se excluyen las costas procesales como pena (6.5 = 24.4 = 72). Se regulan con mayor previsión técnica los plazos de prescripción del delito. Se suprimen errores técnicos como el delito de daños «sin ánimo de perjudicar», del art. 574 del Código Penal de 1870, mejorado en el art. 750 del Código Penal de 1928, influido por el art. 404 PS, así como la estafa «sin ánimo de defraudar», del art. 548 *in fine* del Código Penal de 1870. Se reconduce el delito de disparo de arma de fuego, art. 423 del Código Penal de 1870, a la «tentativa de homicidio», art. 491 del PS = art. 541 del Código Penal de 1928, etc.

Estos ejemplos y otros (algunos de los cuales hemos comentado páginas atrás), no citados para no aburrir al lector, son suficientes para demostrar:

1.º La superioridad científica y técnica del Proyecto de Código Penal de 1884 sobre el Código Penal de 1870.

2.º La considerable influencia ejercida por dicho Proyecto en la evolución de la ciencia penal española y especialmente en los Códigos penales españoles posteriores.

3.º Que aunque PS no llegó a alcanzar la sanción legal, sí estuvo «en parte vigente» (y permítame el lector recurrir a esta expresión jurídicamente incorrecta) en cuanto que la casi totalidad de sus innovaciones fueron contempladas en el Código Penal del Protectorado español en Marruecos.

4.º Ello llevó a la paradoja de la aplicación, en el Protectorado, de un Código Penal distinto, y técnicamente muy superior, al vigente en la Península hasta 1928.

Efectivamente, mientras en la Metrópoli seguían en vigor las penas de encadenamiento, degradación, trabajos forzados en exclusivo beneficio del Estado o la trascendencia penal de las pecuniarias, en el Protectorado el Código Penal de la zona las había suprimido. Además, igualmente por influencia del Proyecto de 1884, se daba una definición *más precisa y completa* de la *tentativa* así como del encubrimiento y la *inducción* al delito. Se daba entrada a dos nuevas *atenuantes* (reparación del daño y confesión del delito), una *eximente* (sordomudez), se ampliaban los supuestos de *legítima defensa* y se tipificaba más correctamente la *reincidencia* de los que cumplen condena o están pendientes de cumplirla. Se regulaba la *prescripción* del delito y la pena de forma más técnica no sólo que en el Código Penal de 1870, sino también, a mi entender, que en el Código Penal de 1928. Se aumentan las posibilidades de *redención de penas* por el trabajo y el *abono* del tiempo de *prisión preventiva*, y se regula más equitativamente la *responsabilidad personal subsidiaria* de los penados insolventes.

A pesar de la mayor calidad técnica y jurídica, PS no llegó a sancionarse, no obstante haber sido informado favorablemente por la Comisión de las Cortes, de la que era Secretario el propio Luis Silvela, y de que, asimismo, a tenor de la Constitución de 1876, ya no era necesario discutir artículo por artículo, en cada una de las Cámaras colegisladoras, todo Proyecto de Ley para que alcanzase su promulgación, al contrario de lo que, al menos en teoría, ocurrió con el Código Penal de 1870, por imperativo del art. 52 de la Constitución de 1869<sup>132</sup>.

Las razones de ello fueron fundamentalmente políticas, pero no tanto por la adecuación o no de este Proyecto, o de otro Proyecto, a las tesis políticas de los partidos de la oposición, sino más bien por el exceso de personalismo y el afán protagonista del ministro de Gracia y Justicia de turno, deseoso de conseguir su inmortalización a través de la sanción de un Código. Hemos señalado cómo J. Vida denunciaba esto en el caso del Proyecto de 1884 augurando que tal Proyecto duraría lo que Francisco Silvela de ministro<sup>133</sup> y que lo correcto hubiera sido remitirlo a las Audiencias, Tribunales, Facultades de Derecho, Colegios de Abogados, etc., para su estudio y debate. No era este pecado de vanidad exclusivo de Francisco Silvela, más bien era una constante histórica

<sup>132</sup> El artículo 52 de la Constitución de 1869 establecía que «ningún proyecto de ley puede aprobarse por las Cortes sino después de haber sido votado, artículo por artículo, en cada uno de los cuerpos colegisladores». Aunque era una muestra de reivindicación de la potestad legislativa de las Cortes, se abría una vía a la excepción en su mismo artículo: «exceptuándose los códigos o leyes que por su mucha extensión no se presten a la discusión por artículos; pero, aun en este caso, los respectivos proyectos se someterán íntegros a las Cortes».

<sup>133</sup> *Vid.* nota 16. El citado autor precisamente criticaba que su teórica virtud, el eclecticismo, se había convertido en su más importante defecto: la falta de criterio (p. 43) deviniendo en un texto pretencioso y presuntuoso (pp. 1 y 87), concluyendo, a manera de anatema que, «las Cortes deben negar al Ministro de Gracia y Justicia la autorización que solicita para publicar como ley el Proyecto de Código Penal, o en otro caso, someterlo a un detenido examen y a una transformación radical. De lo contrario, la reforma será inútil y no tardará en sentirse la necesidad urgente de acometerla de nuevo por modo más serio y más profundo» (p. 88).

de nuestros ministros de Gracia y Justicia, que implicaba un táctica de acoso y derribo de los Proyectos de codificación ajenos y una apresurada redacción del propio antes de que el cambio de gobierno abortase su aprobación en las Cortes y el Senado. Esto había provocado anécdotas pintorescas, como la de Alonso Martínez corrigiendo el texto del Código Civil en las propias galeradas de imprenta<sup>134</sup>. No obstante, F. Silvela, en el Preámbulo a su Proyecto dirigido a las Cortes, trataba de presentarlo como una transacción de los Proyectos de 1880 de Álvarez de Bugallal y de 1882 de Alonso Martínez, sobre la base del Código Penal de 1848 y el Código Penal de 1870, «siendo fácil —justificaba Silvela— para el observador atento señalar en el Proyecto que ahora se formula, la filiación de casi todos sus artículos en algunos de esos precedentes»<sup>135</sup>. Para añadir al final de su introducción que «el Gobierno no pone su empeño, ni pasión de escuela, ni interés de partido» en su redacción<sup>136</sup>. Obviamente, estas afirmaciones no tuvieron credibilidad suficiente a pesar de que tal Proyecto podía haber sido perfectamente suscrito por los liberales.

Y es que, insistimos, a la defenestración de Proyectos de Código Penal, contribuyó más que razones derivadas de las distintas concepciones penales Gobierno-oposición, la rivalidad de los sucesivos ministros de Gracia y Justicia de los diferentes Gabinetes, incluso dentro del mismo partido. Veamos: al Código Penal de 1870, redactado por el ministro de Gracia y Justicia Montero Ríos<sup>137</sup>, le sigue el Proyecto del ministro del ramo Álvarez Bugallal<sup>138</sup> de 17 de junio de 1880, que a las reformas políticas y jurídico-religiosas propugnadas por el Proyecto de reforma parcial de Estrada y Dánvila, añade otras más amplias. Cuando el 8 de febrero de 1881 Sagasta nombra el primer Gabinete liberal de la Restauración, Alonso Martínez, a la sazón ministro de Gracia y Justicia, apadrinará un nuevo Proyecto de Código Penal que presentará a las Cortes el 11 de abril de 1882 (junto con un Proyecto de Código Civil). El 13 de octubre de 1883 Sagasta dimite y asume la Presidencia su compañero de partido Posada Herrera, cuyo nuevo ministro de Gracia y Justicia, Linares Rivas, prepara otra reforma del Código Penal<sup>139</sup>. El 19 de enero de 1884, Cánovas asume la Presidencia, con Francisco Silvela de ministro de Gracia y Justicia, quien presentará su Proyecto de Código Penal a las Cortes el 29 de diciembre de ese mismo año, diez días antes de que también presentara, el 7 de enero de 1885, su Proyecto de Código Civil. Sin embargo, ha de dimitir, con todo el Gobierno, el 25 de noviembre de 1885 al fallecer Alfonso XII, dejando paso al gobierno liberal y a la posibilidad de una «izquierda dinástica». El 10 de mayo de 1886, tras las elecciones correspondientes, Sagasta propone a su nuevo Gabinete, en

<sup>134</sup> El senador Augusto Comás acusó a Alonso Martínez de redactar el Código Civil con precipitación para que «llevara su firma», hasta el punto de hacer correcciones en las galeradas de imprenta, *vid.* de TOMÁS y VALIENTE, *Códigos y Constituciones*. Madrid, 1989, p. 103.

<sup>135</sup> Preámbulo, *cit.*, p. 5.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>137</sup> PÉREZ PRENDES, *cit.*, p. 21.

<sup>138</sup> El Proyecto de Estrada y Dánvila de 1877 se refería exclusivamente a las reformas penales derivadas de la nueva Constitución.

<sup>139</sup> M. FERNÁNDEZ ALMAGRO, *op. cit.*: I, p. 403.

el que repite en la cartera de Gracia y Justicia Alonso Martínez, quien el 19 de noviembre de ese mismo año vuelve a presentar, con ligeras modificaciones, su anterior Proyecto de Código Penal, así como el de Código Civil, de modo que aun siendo sustituido en 1888 por Canalejas al frente del Ministerio, seguirá impulsando sus Proyectos, al menos el Civil, en su calidad de Presidente de la sección civil de la Comisión General de Codificación, teniendo la satisfacción de sacar a la luz el 26 de junio de 1889 el Código Civil español. El destino de su Proyecto de Código Penal siguió los derroteros de la mayor parte de los demás Proyectos:

La Comisión del Senado opuso una tenaz crítica y el propio Luis Silvela, Secretario de dicha Comisión, presentó además un voto particular censurando que la vaguedad de las bases presentadas por Alonso Martínez en su Proyecto de Ley de Bases implicaba un cheque en blanco para el Gobierno, acusando a su promotor de *aspirar a poner su firma al pie de todas las leyes que se publiquen en España*<sup>140</sup>. Tras las réplicas y duplicas de Silvela y Alonso Martínez, se pronunciaron a favor Colmeiro y Aldecoa, y en contra Fabié y Mena Zorrilla. Pasó el Proyecto a la Comisión de las Cortes, en la que actuaba de Secretario Tomás Montejo, catedrático de Derecho Procesal, que lo aprobó el 9 de mayo de 1887. Sin embargo, a la hora de ser discutido en las Cortes, las duras censuras de Rodríguez San Pedro y Gumersindo de Azcárate, rozando la crítica personal al ministro, sentenciaron el Proyecto, a pesar de la defensa que de él hizo en las Cortes Tomás Montejo en nombre de la Comisión<sup>141</sup>.

El 5 de junio de 1890 correspondió a los conservadores de Cánovas suceder a los liberales, nombrándose a Fernández Villaverde como ministro de Gracia y Justicia (y a F. Silvela, íntimo amigo de este último, ministro de la Gobernación). En septiembre de 1892 Fernández Villaverde presentó un nuevo Proyecto de Código Penal, inspirado en el de Silvela de 1884<sup>142</sup> que no tuvo fortuna, pues el ministro dimitió el 28 del mes siguiente en solidaridad con la postura de Francisco Silvela enfrentada a la peculiar concepción de la política de Romero Robledo<sup>143</sup>. Y el 21 de enero de 1895, Maura propone otra reforma, aunque parcial, del Código Penal<sup>144</sup>, como ministro del Gabinete liberal, que no llegó a aprobarse hasta el 5 de enero de 1907, ¡precisamente cuando alcanzó la Presidencia del Gobierno!

Como se ve, frente a los esfuerzos de Alonso Martínez porque un nuevo Código Penal llevara su firma (1882 y 1886), Francisco Silvela opuso los suyos en 1884, insistiendo en 1892 cuando su más leal amigo y aliado ocupaba la cartera de Gracia y Justicia, mediante un Proyecto que era copia prácticamente literal. Pero además, Silvela, ya jefe del partido conservador, nombrado

<sup>140</sup> J. ANTÓN ONECA, *Los Proyectos decimonónicos...*, cit., p. 279.

<sup>141</sup> D.S. de 18 de junio de 1887.

<sup>142</sup> DORADO MONTERO, cit., p. 605, nota 5.

<sup>143</sup> M. FERNÁNDEZ ALMAGRO, cit. II, p. 160.

<sup>144</sup> DORADO MONTERO, cit., p. 606, nota 1.

Presidente del Consejo de Ministros el 6 de marzo de 1899 intentará quitarse esa espina clavada en lo más hondo de su vanidad jurídica proponiendo a su ministro de Gracia y Justicia, Durán y Bas, una reforma del Código Penal, que cristalizará en diciembre de 1902 mediante el Proyecto de Juan Montilla que, según anunciará el entonces ministro del ramo Santos Guzmán, con ocasión del Discurso de apertura de los Tribunales de 1903, «arranca en sus fundamentos de el del señor Silvela»<sup>145</sup>.

Por supuesto que hubo razones políticas e ideológicas en la frustración del Proyecto de Código Penal de Silvela de 1884, pero más ciertas fueron las personales. Ciertamente que los esfuerzos de Francisco Silvela estuvieron casi exclusivamente concentrados en sacar a la luz el Proyecto de Código Civil, presentado el 7 de enero de 1885 al Congreso, asistiendo prácticamente a todas las sesiones del Senado en que se discutió base por base hasta el 6 de mayo de ese mismo año en que, aprobado por la Alta Cámara, se remitió a las Cortes<sup>146</sup>. Por supuesto que los conflictos internacionales, especialmente el de agosto de 1885 protagonizado por un cañonero alemán en Las Carolinas y que movió a algún diputado a proponer que se declarase la guerra a Alemania, pudo poner en trance al Gobierno, que dejó en suspenso hasta septiembre toda actividad legislativa ante una posible crisis del Gabinete, aunque esto no parezca ahora más que mera anécdota. Por supuesto que la presagiada muerte del rey Alfonso XII, y el consiguiente cambio de Gobierno, dio al traste con toda la labor legislativa especialmente penal, promovida por Francisco Silvela. Pero todas estas circunstancias no hubieran impedido una reforma del Código Penal si las fuerzas políticas en general, y los ministros de Gracia y Justicia de turno en particular, se hubieran concertado anteponiendo la necesidad de un reforma penal a los intereses de partido y a la vanidad personal.

---

<sup>145</sup> La cita en DORADO MONTERO, *ibidem* p. 606, nota 2.

<sup>146</sup> TOMÁS Y VALIENTE, *cit.*, p. 97.