

Continuismo, reformismo y ruptura en la Codificación penal francesa

Contribución al estudio de una controversia
historiográfica actual de alcance europeo

SUMARIO: I. Ruptura, reformismo y tradición en la Codificación penal europea.–II. El resurgimiento de la historiografía penal en Francia a fines del siglo XX.–III. La Codificación penal francesa: 1. ¿Tuvo lugar en la Francia del Antiguo Régimen una Codificación penal? 2. Influencias extranjeras. 3. Revolución liberal, reforma político-penal y Codificación. 4. La empresa codificadora frente al Derecho penal del Antiguo Régimen: ¿continuismo, reformismo o ruptura? 5. El Código penal de 1810 frente al de 1791. 6. Epílogo. El sistema punitivo francés del Antiguo Régimen. Especial consideración a las «penas inhabilitantes» para el ejercicio de la función pública.

I. RUPTURA, REFORMISMO Y TRADICIÓN EN LA CODIFICACIÓN PENAL EUROPEA

En un reciente estudio monográfico me ocupé de lo que supuso la etapa codificadora en relación a la evolución de nuestro Derecho penal, y más en concreto, con respecto al Derecho y ciencia penal del Antiguo Régimen¹. Entre las conclusiones a las que llegamos, merced en buena medida a trabajos previos –algunos, centrados en cuestiones metodológicas e historiográficas²–, destaca

¹ MASFERRER DOMINGO, Aniceto, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española. Hacia el ocaso de un mito. Materiales, apuntes y reflexiones para un nuevo enfoque metodológico e historiográfico del movimiento codificador penal europeo*, prólogo de J. Sainz Guerra, Universidad de Jaén, 2003.

² MASFERRER DOMINGO, Aniceto, *La pena de infamia en el Derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del ius commune*, Madrid, Dykinson, 2001;

el peso que tuvo la ciencia penal antigua en la moderna empresa codificadora, al tiempo que distinguimos los diversos ámbitos en los que cabe hablar bien de ruptura, bien de mero reformismo o continuismo.

También pusimos de manifiesto que cuando se abusa excesivamente de las expresiones «ruptura» y «reforma completa» para describir el tránsito del Derecho penal del Antiguo Régimen al codificado, ¿no será que a falta de estudios rigurosos sobre la evolución histórica de las instituciones penales –desde su origen hasta el periodo codificador–, se cae inevitablemente en el tópico y lugar común por todos conocido? Con razón señaló Lalinde, hace ya unos años, que en la historiografía española carecemos de estudios serios que analicen la historia de los conceptos jurídico-penales hasta la Codificación³. No cabe duda que éste es el único camino para salir de la –en ocasiones– tópica visión de nuestra Codificación penal.

Sin embargo, hay que reconocer que el interés que en las dos últimas décadas ha suscitado la tradición penal española y europea⁴ entre juristas e historiadores ha cuajado en interesantes frutos que auguran una nueva etapa en la investigación ius-histórico-penal. Buena prueba de ello son los estudios cuyo objeto consiste precisamente en hacer balance de la historiografía penal española⁵ y europea⁶.

sobre metodología e historiografía penal, véanse MASFERRER DOMINGO, Aniceto, «La dimensión ejemplarizante del Derecho penal municipal catalán en el marco de la tradición jurídica europea. Algunas reflexiones iushistórico-penales de carácter metodológico», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 71 (2001), pp. 439-471; del mismo autor, «El *ius commune* en la historiografía penal española. Una apuesta metodológica de apertura hacia lo supranacional y europeo», en *Homenaje al Prof. Dr. Manlio Bellomo* (en fase de publicación); del mismo autor, «La historiografía penal española del siglo XX. Una aproximación a sus principales líneas temáticas y metodológicas», *Rudimentos Legales* 5 (2003) (en fase de publicación).

³ LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, 1983, p. 671.

⁴ El actual resurgimiento del interés por la tradición penal no es un fenómeno aislado del entorno español, sino que se ha dejado notar también –y no poco– en muchos otros países europeos como Francia, Alemania, Italia e Inglaterra, por consignar algunos ejemplos de los que tengo mejor noticia. No sabría dar buena cuenta de los motivos de esta nueva tendencia historiográfica en Europa, pero es un hecho evidente e indiscutible, por poco que uno siga mínimamente la historiografía penal de los últimos tres lustros en todos estos países.

⁵ Sobre la historiografía penal española, véanse BARÓ PAZOS, Juan, «Historiografía sobre la Codificación del Derecho penal en el siglo XIX», *Doce Estudios de Historiografía Contemporánea*. Santander, 1991, pp. 11-40; ÁLVAREZ ALONSO, Clara, «Tendencias generales de la historiografía penal en España desde el s. XIX», en *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'Incontro di Studio (Firenze-Lucca, 25-27 maggio 1989)*, Milano, 1990, 2 vols. (vol. 34/35 de la colec. *Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*), pp. 969-984; otros dos estudios, que sin ser estrictamente historiográficos, en cierta medida pueden ser citados como tales, son los de, GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, «Aproximación a la Historia del derecho penal español», en *Per la storia pensiero giuridico moderno 34/35. Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'Incontro di Studio (Firenze-Lucca, 25-27 maggio 1989)*, Milano, 1990, 2 vols. (vol. 34/35 de la colec. *Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*), pp. 501-530; OTERO VARELA, Alfonso, «Historia del Derecho criminal en Compostela», *Dereito*, núm. 8 (núm. 1), 1999, pp. 141-186; MASFERRER DOMINGO, Aniceto, «La dimensión ejemplarizante del Derecho penal...», ya citado en la nota 2; del mismo autor, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...* ya citado en la nota 1; del mismo autor, «El *ius commune* en la historiografía penal española. Una apuesta metodológica de apertura...», citado en la nota 2; del mismo autor, «La historiografía penal española del siglo XX...», citado en la nota 2.

⁶ De alcance europeo es el riguroso estudio historiográfico de HÄRTER, Karl, «Von der "Entstehung des öffentlichen Strafrechts" zur "Fabrikation des Verbrechens"». *Neuere Forschun-*

Al ocuparnos del movimiento codificador penal español desde una perspectiva europea, constatamos que su estudio bajo la tríada ruptura-reformismo-tradición no resultaba algo inédito en la historiografía europea, habida cuenta que la doctrina alemana y, particularmente, la francesa también habían iniciado una interesante polémica al respecto. El interés del tema me inclinó a escribir este artículo, que, como reza su propio subtítulo, pretende contribuir modestamente al estudio de esta controversia historiográfica de rabiosa actualidad en Europa, especialmente en Francia⁷, España⁸ y Alemania⁹.

II. EL RESURGIMIENTO DE LA HISTORIOGRAFÍA PENAL EN FRANCIA A FINES DEL SIGLO XX

Resulta incuestionable el resurgir de la investigación iushistórico-penal en Francia a lo largo de estos últimos años, traducido en el florecimiento de interesantes estudios, ya en monografías, ya en artículos publicados en revistas especializadas. A los ya clásicos trabajos de Carbasse¹⁰, Laingui et Lebigre¹¹ o

gen zur Entwicklung von Kriminalität und Strafjustiz im früheneuzeitlichen Europa», *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*, núm. 1 (2002), pp. 159-196.

⁷ En este artículo nos centramos en la historiografía penal francesa, procurando recoger y exponer los principales posicionamientos de quienes hemos sabido tener noticia, merced a sus publicaciones, tanto en artículos como en estudios monográficos.

⁸ Hasta el momento, la historiografía penal española apenas se había ocupado –por lo menos que yo sepa– de esta cuestión o, dicho de otro modo, mientras para unos parecía fuera de toda discusión que el Derecho y ciencia penal del Antiguo Régimen poco o nada pudo aportar a la empresa codificadora, otros sostenían la opinión –más o menos intuitiva– contraria, pero, en cualquier caso, tal diversidad de pareceres apenas ha sido abordado de manera autónoma por nuestra historiografía; una exposición al respecto, con los diversos pareceres y posicionamientos, puede verse en MASFERRER DOMINGO, *Tradicón y reformismo en la Codificación penal española...*, ya citado en la nota 1.

⁹ HÄRTER, Karl, «Kontinuität und Reform der Strafjustiz zwischen Reichsverfassung und Rheinbund», *Reich oder Nation? Mitteleuropa 1780-1815* (herausgegeben von Heinz Duchhardt und Andreas Kunz). *Veröffentlichungen des Instituts für Europäische Geschichte Mainz*, Abteilung Universalgeschichte, Beiheft 46, Mainz, 1998, pp. 219-278; LUDI, Regula, *Die Fabrikation des Verbrechens. Zur Geschichte der modernen Kriminalpolitik 1750-1850* (Frühneuzeit-Forschungen 5), Tübingen, bibliotheca academica, 1999 (una recensión de este estudio puede verse en el trabajo de HÄRTER, «Von der “Entstehung des öffentlichen Strafrechts” zur “Fabrikation des Verbrechens”...», citado en la nota 6).

¹⁰ CARBASSE, Jean-Marie, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, 1990 (véase su reciente *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, 2000); del mismo autor, «Le droit pénal dans la Déclaration des droits», *Droits: Revue française de théorie juridique*, t. VIII (1988), pp. 123-134.; «État autoritaire et justice répressive: l'évolution de la législation pénale de 1789 au Code de 1810», en *All'ombra dell'Aquila Imperiale. Transformazioni e continuità istituzionali nei territori sabaudi in età napoleonica (1802-1814)*. *Atti del convegno, Torino 15-18 ottobre 1990*, Roma, 1994, I, pp. 313-333.

¹¹ LAINGUI, André / LEBIGRE, Arlette, *Histoire du droit pénal. I: Le droit pénal*, Paris, 1979; LAINGUI, André / LEBIGRE, Arlette, *Histoire du droit pénal. II: La procédure criminelle*, Paris, 1979.

Schnapper¹², hay que añadir los de otros estudiosos que han intentado reconstruir la tradición penal francesa desde la historia social. Garnôt es un buen ejemplo de ello¹³. Otros autores, centrados precisamente en las postrimerías del Antiguo Régimen-inicios del periodo codificador¹⁴, y más en concreto, en el influjo ejercido por la Codificación penal francesa sobre el resto de los países europeos, han emprendido una interesante línea de investigación que ya ha empezado a dar sus frutos¹⁵. También disponemos de intentos contrarios, esto es, encaminados a

¹² SCHNAPPER, Bernard, «Les peines arbitraires du XIII^e au XVIII^e siècle (doctrines savantes et usages français)», *R. H. D.*, núm. 41 (1973), pp. 237-277 et núm. 42 (1974), pp. 81-112; reedit. Paris, 1974; del mismo autor, *Voies nouvelles en histoire du droit. La Justice, la famille, la répression pénale (xviième-xxème siècles)*, Paris, 1991.

¹³ GARNOT, Benoît, *Histoire et criminalité de l'antiquité au XX^e siècle. Nouvelles approches Actes du Colloque de Dijon-Chenove, 3, 4 et 5 octobre*. Serie du Centre d'Etudes Historiques. Dijon, 1992; *Juges, notaires et policiers délinquants (XIV-XX. siècle)*. Dijon, EUD, 1997; «L'évolution recente de l'Histoire de la criminalité en France à l'époque moderne», *Histoire de la Justice* 11 (1998), pp. 225-243; *Crime et justice aux XVII^e et XVIII^e siècles*. Paris, 2000; «Justice, infrajustice, parajustice et extrajustice dans la France d'Ancien Régime», *Crime, Histoire et Sociétés* 2000, vol. 4, núm. 1, pp. 103-120, entre otros.

¹⁴ Son varios los autores que se han interesado en esta etapa, a saber, por ejemplo, CARTUYVELS, Yves, *D'où vient le code pénal? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*. Bruxelles/Montréal/Ottawa, 1996; del mismo autor, «Le droit penal entre consolidation etatique et codification absolutiste au XVIII^e siècle», en *Le penal dans tous ses Etats. Justice, Etats et Sociétés en Europe (xix^e-xx^e siècles)*, Bruxelles, 1997, pp. 252-278; CASTAN, Yves, «Les codifications penales d'Ancien Régime», *Le penal dans ses Etats. Justice, Etats et Sociétés en Europe (xix^e-xx^e siècles)*, Bruxelles, 1997, pp. 279-286; LASCOUMES, Pierre/PONCELA, Pierrette, «Classer et punir autrement: les incriminations sous l'Ancien Régime et sous la Constituante», en *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française* (dir. Robert Badinter). Fayard, 1989, pp. 73-104; LECA, Antoine, «Les principes de la revolution dans les droits civil et criminel», *Les principes de 1789*, Marseille, 1989, pp. 113-149; LEVASSEUR, Georges, «Les grands principes de la Déclaration des droits de l'homme et le droit répressif français», *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines-sa pérennité*, Paris, 1990, pp. 233-250; MARTINAGE, Renée, «Les innovations des constituants en matière de répression», *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française* (dir. Robert Badinter), Fayard, 1989, pp. 105-126; del mismo autor, «Les origines de la pénologie dans le code pénal de 1791», en *La revolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale? Actes du colloque d'Orléans (11-13 septembre 1986)*, Orléans, 1988, I, pp. 15-29; del mismo autor, *Punir le crime. La repression judiciaire depuis le code pénal*. Villeneuve-d'Ascq, 1989; SICARD, Germain, «Sur la terreur judiciaire a Toulouse (1793-AN II)», *Liber Amicorum. Etudes offertes à Pierre Jaubert*, Bourdeaux, 1992, pp. 679-700, entre otros.

¹⁵ ROUSSEAU, X./DUPONT-BOUCHAT, M.-S., «Revolutions et justice penale. Modeles français et traditions nationales (1780-1830)», en *Revolutions et justice en Europe. Modeles français et traditions nationales (1780-1830)*, L'Harmattan, 1999, pp. 9-15; DA PASSANO, Mario, «La codification du droit pénal dans l'Italie jacobine et napoléonienne», en *Revolutions et justice en Europe. Modeles français et traditions nationales (1780-1830)*, L'Harmattan, 1999, pp. 85-99; EMSLEY, Clive, «Law reform and penal reform in England in the age of the french revolution», *Revolutions et justice en Europe. Modeles français et traditions nationales (1780-1830)*. L'Harmattan, 1999, pp. 319-331; ENGELBRECHT, Jörg, «The french model and german society: the impact of the code penal on the Rhineland», en *Revolutions et justice en Europe. Modeles français et traditions nationales (1780-1830)*, L'Harmattan, 1999, pp. 101-107; LASCOUMES, Pierre, «Revolution ou reforme juridique? Les codes penaux français de 1791 a 1810», en *Revolutions et justice en Europe. Modeles français et traditions nationales (1780-1830)*, L'Harmattan, 1999, pp. 61-69; SCHNAPPER, Bernard, «Les Systemes repressifs français de 1789 a 1815», en *Revolutions et justice en Europe. Modeles français et tradi-*

poner de manifiesto las influencias externas que recibió la propia Codificación penal francesa¹⁶, según veremos a continuación. La lectura atenta de todos estos trabajos publicados –en su mayor parte– a lo largo de esta última década nos ha inclinado a exponer –aunque sea brevemente y a título meramente introductorio– algunos de los principales posicionamientos historiográficos en torno al fenómeno codificador penal en Francia, es decir, tal como ha sido presentado, con sus luces y sus sombras, por la propia historiografía francesa.

III. LA CODIFICACIÓN PENAL FRANCESA

1. ¿TUVO LUGAR EN LA FRANCIA DEL ANTIGUO RÉGIMEN UNA CODIFICACIÓN PENAL?

No nos corresponde ahora aquí abordar el fenómeno de la Codificación penal en Francia en general, cuestión, por lo demás, muy conocida y bien estudiada por la historiografía francesa¹⁷.

Tan sólo diremos que la expresión «Codificación» referida al movimiento codificador plantea más de un problema al estudioso que haya examinado con un mínimo detenimiento la historiografía francesa. En efecto, una de las principales discusiones que ha suscitado en Francia el fenómeno codificador es el que pretende dilucidar a partir de qué momento puede hablarse de «Codificación penal».

Hace unos pocos años, saliendo Castan al paso de una determinada corriente, se mostró contrario a la idea de que en Francia existiera y, en consecuencia, pudiera hablarse de «Codificación penal» en el Antiguo Régimen (ss. xv-xviii).

tions nationales (1780-1830), L'Harmattan, 1999, pp. 17-35; STEVENS, Fred, «La codification penale en Belgique. Heritage français et débats neerlandais (1781-1867)», en *Le penal dans tous ses Etats. Justice, Etats et Sociétés en Europe (xix-xxe siècles)*, Bruxelles, 1997, pp. 287-302, entre otros.

¹⁶ GODECHOT, Jacques, «Les influences étrangères sur le droit pénal de la Révolution française», en *La révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale? Actes du colloque d'Orléans (11-13 septembre 1986)*, Orléans, 1988, I, pp. 47-53.

¹⁷ Véanse, por ejemplo, los trabajos de CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, pp. 329 ss.; del mismo autor, «État autoritaire et justice répressive: l'évolution de la législation...», *cit.*, pp. 313-333; SCHNAPPER, «Les Systèmes repressifs français de 1789 a 1815», pp. 17-35; entre otros. Sobre el fenómeno de la Codificación en general, véase el trabajo CAUVIERE, H., *L'idée de la codification en France avant la rédaction du code civil*, Paris, 1910. Otras obras todavía más antiguas que abordan la Codificación del Derecho penal y procesal penal decimonónica son las de STEIN, Lorenz von, *Geschichte des französischen Strafrechts und des Prozesses*, Basel, 1875 (manejamos una reimpresión de Aalen Verlag, 1968); BÉRENGER, Alphonse-Marie-Marcellin-Thomas, *De la justice criminelle en France, d'après les lois permanentes, les lois d'exception, et les doctrines des tribunaux*, Paris, 1818; LEGRAVEREND, Jean-Marie Emmanuel, *Traité de la législation criminelle*, Bruxelles, 1839. Sobre el fenómeno codificador en general, véase el trabajo –ya clásico– de GAUDEMET, J., «La Codification. Ses formes et ses fins», en *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza (1936-1986)*, Madrid, 1988, tomo I, pp. 309-327.

Según su parecer, el primer intento francés de Código penal anterior a la Revolución no surgió, lógicamente, por iniciativa del propio legislador, sino de un autor anónimo en 1752¹⁸.

Cartuyvels, uno de los autores que más ha estudiado esta cuestión¹⁹, tampoco ha dudado en señalar que en Francia, a diferencia de otros territorios como el bávaro, prusiano, ruso, toscano o lombardo²⁰, no fue promulgado ningún Código absolutista²¹. Ahora bien, ello no significa –ni muchísimo menos– que la idea de Código no germinara en Francia en la Edad Moderna. Efectivamente, a partir del siglo XVI, el Código también en Francia se presenta como un instrumento privilegiado de cambio en el plano jurídico, pero con objetivos claramente políticos. De ahí su protagonismo en la etapa moderna de centralización política²².

Ahora bien, si hasta el siglo XVIII la noción de Código iba estrechamente unida a las ideas de seguridad jurídica y de unificación y consolidación política (*code-consolidation*), hacia 1750 tal asociación, merced al influjo del movimiento filosófico de la Ilustración y a las exigencias de un proyecto político absolutista, experimentó un cambio drástico, acentuándose todavía más una idea de centralización que pretendió una ruptura completa con las complejas estructuras sociales y políticas del Antiguo Régimen. Este nuevo proyecto político, auspiciado científica y filosóficamente por la escuela del Derecho natural, fue ensayado de un modo especial en el terreno penal con anterioridad a la Revolución francesa y al Código penal de 1791. Resulta indiscutible, pues, que los distintos Códigos penales promulgados durante la segunda mitad del siglo XVIII en Europa (Baviera, Prusia, Rusia, Toscana, Lombardía, etc.) respondían, pues, a razones de índole claramente políticas²³.

Así pues –sigue afirmando Cartuyvels–, la idea de Código al servicio de la consolidación del Derecho con una doble dimensión jurídico-política (clarificación y seguridad jurídica-unificación) arraigó desde el siglo XVI tanto en Francia como en Italia²⁴.

2. INFLUENCIAS EXTRANJERAS

La doctrina francesa, como ya se ha dicho, no sólo se ha ocupado del influjo que ejerció su Codificación penal –y de manera particular, el *Code pénal*

¹⁸ CASTAN, «Les codifications pénales d’Ancien Régime», p. 279.

¹⁹ Véase la bibliografía citada en la nota 14.

²⁰ CARTUYVELS, «Le droit penal entre consolidation étatique et codification absolutiste...», cit., pp. 260-277.

²¹ CARTUYVELS, «Le droit penal entre consolidation étatique et codification absolutiste...», cit., pp. 258-259.

²² CARTUYVELS, «Le droit penal entre consolidation étatique et codification absolutiste...», cit., p. 251.

²³ CARTUYVELS, «Le droit penal entre consolidation étatique et codification absolutiste...», cit., p. 252.

²⁴ CARTUYVELS, «Le droit penal entre consolidation étatique et codification absolutiste...», cit., pp. 254-257.

napoleónico— sobre los distintos países europeos²⁵, sino que también se ha centrado en el análisis de las influencias extranjeras que recibió el mismo Derecho penal de la revolución. Efectivamente, en el siglo XVIII aparecieron algunas obras que, sugiriendo la inmediata abolición de la Ordenanza criminal de 1670 —o por lo menos su profunda reforma—, exigían tomar en consideración el proceso criminal inglés y las ideas de Beccaria.

Si la obra de Beccaria había sido difundida gracias a Voltaire (*Commentaire sur l'ouvrage des délits et des peines de Beccaria*, 1766), el procedimiento inglés resultaba bien conocido en aquel entonces merced a la traducción de dos importantes obras de William Blackstone: una traducida por el Padre Coyer²⁶, y la otra por Damien de Gomicourt²⁷. Además —siguiendo a Godechot²⁸—, también el funcionamiento de los jurados ingleses había sido magistralmente expuesto por William Paley, y traducido por Bertin²⁹. Además, todo el sistema judicial inglés también había sido expuesto por De Lolme³⁰.

No es extraño, pues, que algunas reformas llevadas a cabo a partir de 1789 llevaran el sello o distintivo del Derecho inglés. Así, por ejemplo, el Proyecto de nueva organización judicial presentado por Nicolas Bergasse al Comité de Constitución en este mismo año preveía un «Juez de paz» para cada cantón, siguiendo en este punto el modelo inglés y holandés. Lo mismo cabe decir respecto a ciertos aspectos del jurado y al *habeas corpus*, en los que, sin duda, se tuvo en cuenta la citada traducción de Gomicourt a la obra de Blackstone³¹.

Por otra parte, los artículos 7-9 de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* redactada por Mirabeau se inspiró sin duda alguna en las ideas de Beccaria, Filangieri (*La scienza della legislazione*, 1783), Bentham (*A Fragment on Government*, 1776) y Montesquieu. Más tarde, los miembros de la Comisión encargada de redactar un nuevo Código procesal-penal, imbuidos del modelo anglosajón y de las ideas de Beccaria, procuraron secundar estos artículos de la Declaración en la confección de la nueva ley procesal-penal³². La gran reforma fue sin duda la introducción de los jurados, merced a una ley de 7 de febrero de 1791. La regulación del jurado, de corte claramente anglosajón, no adoptó sin embargo

²⁵ Cfr. bibliografía citada en la nota 15; véase, al respecto, el reciente estudio de BRANDT, Christian, *Die Entstehung des Code pénal von 1810 und sein Einfluß auf die Strafgesetzgebung der deutschen Partikularstaaten des 19. Jahrhunderts am Beispiel Bayerns und Preußens*. Frankfurt/Main, Peter Lang, 2002.

²⁶ *Commentaire du Code criminel d'Angleterre sur les lois anglaises*, Paris, 1776.

²⁷ *Commentaires sur les lois anglaises*, Bruxelles, 1774-1776; sobre el influjo penal del Derecho inglés sobre el francés, véase también la obra de BEXON, Scipion, *Parallele du code pénal d'Angleterre avec les lois pénales francaises, et considérations sur les moyens de rendre celles-ci plus utiles*. Paris, 1800.

²⁸ GODECHOT, «Les influences étrangères...», p. 47.

²⁹ *Réflexions sur l'établissement des jurés et sur l'administration de la justice civile et criminelle*, Paris-Bailly, 1789.

³⁰ *Constitution de l'Angleterre*, Amsterdam, 1771 (y fue objeto de ocho ediciones hasta 1789).

³¹ *Commentaries on the laws of England*, Oxford, 1766, 4 vols.; GODECHOT, «Les influences étrangères...», pp. 48-49.

³² GODECHOT, «Les influences étrangères...», pp. 49-50.

el sistema oral inglés, sino uno mixto (una primera parte escrita y otra oral)³³. Por otra parte, los «Jueces de paz», institución propia de la tradición penal anglosajona, e introducida en el ordenamiento holandés, también fue adoptada en Francia³⁴.

También en la regulación de las penas se hizo notar el influjo de Beccaria³⁵, si bien hay que reconocer que no siempre –y en todas las penas– se hizo notar. Así, por ejemplo, la doctrina beccariana tuvo escasa relevancia en la regulación de ciertas penas como las «inhabilitantes» para el ejercicio de la función pública, según veremos escuetamente –y a modo de epílogo– más adelante.

3. REVOLUCIÓN LIBERAL, REFORMA POLÍTICO-PENAL Y CODIFICACIÓN

Un análisis más detenido de la evolución que experimentaron diversas instituciones recogidas por la empresa codificadora revela que no todo fueron rupturas con respecto al ordenamiento penal del Antiguo Régimen.

Es bien sabido que el Derecho penal reformado acogido por la empresa codificadora se debió en gran parte al triunfo de la revolución política, sin el cual difícilmente se hubieran podido hacer realidad buena parte de los anhelos reformistas del pensamiento ilustrado. En este sentido, resulta indiscutible que los artífices y protagonistas de la revolución establecieron los grandes principios político-penales llamados a transformar la justicia criminal, reflejada tanto en las imputaciones, como en el proceso y el sistema punitivo³⁶.

Si eludir los factores políticos en la investigación iushistórico-penal constituiría un craso error metodológico en cualquier periodo histórico³⁷, lo mismo cabe decir –e incluso con mayor razón– si se trata de historiar un momento de tanta complejidad y cambio político como el existente a finales del siglo XVIII-principios del XIX. Con acierto –a mi entender– ha sido criticada la historiografía del siglo XIX, que en no pocas ocasiones ha analizado la justicia penal desde una perspectiva meramente jurídica y excesivamente nacional, y sin prestar debida atención a los factores políticos de alcance no ya sólo nacional, sino europeo³⁸.

³³ GODECHOT, «Les influences étrangères...», pp. 50-51.

³⁴ GODECHOT, «Les influences étrangères...», pp. 52-53; sobre los «Jueces de paz», véanse los trabajos de FELKAY, Nicole, «Notes sur les fonds des justices de paix 1791-1830», *A. H. R. F.* (1970), pp. 530-549; ANDREWS, Richard M., «The justices of the peace of Revolutionary Paris», *Past and Present*, núm. 52 (1971), pp. 56-105.

³⁵ GODECHOT, «Les influences étrangères...», pp. 51-52.

³⁶ MARTINAGE, «Les innovations des constituants en matière de répression», p. 105.

³⁷ Sobre este punto, ya advirtió a las claras R. C. VAN CAENEGEM: «Criminal Law in England and Flanders under King Henry II and Count Philip of Alsace», en *Actes du Congrès de Naples (1980) de la société italienne d'Histoire du Droit. Studia Historica Gandensia*, núm. 253 (1982), p. 254: «The conclusion is that no study of criminal law, in the past or in the present, can be conducted fruitfully without constant reference to the political situation and the power structure in society: criminal law is not the fruit of logical deductions from eternal principles formulated by unwordly scholars»; más tarde –y entre nosotros–, MASFERRER DOMINGO, «La dimensión ejemplarizante del Derecho penal...», cit., pp. 446-450; del mismo autor, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...*, ya citado en la nota 1.

³⁸ ROUSSEAU/DUPONT-BOUCHAT, «Revolutions et justice penale. Modeles français et traditions nationales...», cit., p. 9.

La historiografía francesa ha sabido reconocer el carácter decisivo y determinante que tuvo la revolución para la reforma del Derecho penal. Así, por ejemplo, afirma sin vacilar Schnapper que el punto de partida de la reforma penal llevada a cabo en aquellos años revolucionarios fue sin duda la *Declaración de los Derechos del Hombre* (1789), cuyos artículos 7, 8 y 9 recogieron los principios de un nuevo Derecho penal: la igualdad de todos ante la ley; el principio de legalidad respecto a los delitos, a las diversas penas aplicables y al proceso; la presunción legal de inocencia hasta la declaración judicial de culpabilidad, la personalidad y moderación de las penas; la exclusión de todo rigor innecesario en los arrestos y detenciones preventivas...³⁹.

Carbasse, al ocuparse del Derecho penal y de los Códigos promulgados en este agitado periodo, también ha enfatizado la importancia del factor político y, más en concreto, del decisivo papel que tuvieron los principios penales consagrados por la Asamblea Constituyente (26 de agosto de 1789)⁴⁰. Al analizar el Código de 1791, señala que introdujo en todas sus consecuencias los principios emanados del pensamiento penal ilustrado, previamente consagrados y recogidos por la Asamblea Constituyente (principios de legalidad, igualdad, personalidad de la pena, ejemplaridad vinculada a la pretensión de mejora del delincuente, temporalidad de las penas, etc.)⁴¹. Y al estudiar el Código de 1810, insistiendo en esta misma idea, comenta que éste, además de monumento jurídico, constituyó sobre todo un acto político al erigirse en pieza esencial de la enorme maquinaria estatal creada por Napoleón sobre las ruinas del legado de la Revolución. Para comprender este Código –sigue afirmando– se precisa no perder de vista los dos accidentados decenios que separan la Asamblea Constituyente de agosto de 1789 del Código napoleónico de 1810⁴².

Los principios penales consagrados en la mencionada Asamblea Constituyente y los recogidos en la *Declaración de los Derechos del Hombre* (1789) vendrían a marcar sin duda alguna un nuevo rumbo al Derecho penal codificado. En esta línea, la Asamblea Constituyente llevó a cabo importantes reformas en materia de Derecho penal sustantivo, a saber, la desaparición de numerosos delitos religiosos incriminados por su ubicación dentro de la categoría de los delitos de lesa majestad, la supresión de ciertas ejecuciones de la pena capital, la introducción de la prisión como la pena más común de todo el sistema punitivo, la supresión de la confiscación total de bienes, etc.⁴³. Otra reforma se dio, según el parecer de Schnapper, en la finalidad de la pena. Si el Antiguo Régimen buscaba más la intimidación que la corrección del delincuente, se inicia un lento proceso hacia la preponderancia de ésta frente aquélla. Otros aspectos reformados fueron la arbitrariedad que el Antiguo Régimen concedía a los jueces y la

³⁹ SCHNAPPER, «Les Systemes repressifs français de 1789 a 1815», p. 17.

⁴⁰ CARBASSE, «État autoritaire et justice répressive: l'évolution de la législation...», cit., pp. 314-315.

⁴¹ CARBASSE, «État autoritaire et justice répressive: l'évolution de la législation...», cit., p. 316.

⁴² CARBASSE, «État autoritaire et justice répressive: l'évolution de la législation...», cit., p. 314.

⁴³ SCHNAPPER, «Les Systemes repressifs français de 1789 a 1815», p. 22.

sustitución del Derecho de gracia, incompatible con la soberanía nacional, por un sistema de rehabilitación del condenado una vez cumplida la pena⁴⁴.

En esta misma línea, compartimos con Martinage la afirmación de que, a pesar de ciertas incoherencias en las que incurrieron los reformistas al construir el nuevo edificio de la justicia penal⁴⁵, uno de los grandes avances fue descubrir la dimensión ejemplarizante de la pena de prisión, hasta el punto de hacer girar todo el sistema punitivo alrededor de esta pena⁴⁶, relegando la pena máxima a un plano secundario⁴⁷. A juicio de este autor, el principal mérito del movimiento codificador penal en Francia no se cifró tanto en el plano técnico como en el de las ideas. En este sentido, la consideración de la pena privativa de libertad como la medida represiva más apropiada, erigiéndose en la base y pieza clave de la nueva penalidad, es un ejemplo bien claro de ello⁴⁸.

4. LA EMPRESA CODIFICADORA FRENTE AL DERECHO PENAL DEL ANTIGUO RÉGIMEN: ¿CONTINUISMO, REFORMISMO O RUPTURA?

No pretendemos analizar aquí las diversas modificaciones o reformas introducidas por los Códigos en relación con la tradición penal francesa del Antiguo Régimen, pero sí recoger por lo menos una interesante discusión doctrinal –inexistente hasta el momento en España–, y que pretende ponderar lo que supuso el movimiento codificador frente al Derecho penal del Antiguo Régimen. Resulta indiscutible que las corrientes racionalistas e iluministas del siglo XVIII⁴⁹ y el triunfo político de la revolución abrieron una nueva etapa en la evolución del Derecho penal francés. Ahora bien, ¿puede hablarse de simple reforma o es preferible hablar de ruptura? La doctrina, al tratar esta cuestión, ha adoptado diversos –y en ocasiones, contrapuestos– posicionamientos que van desde el continuismo hasta la ruptura, pasando lógicamente por la reforma. Veamos brevemente algunas de estas posturas.

⁴⁴ SCHNAPPER, «Les Systemes repressifs français de 1789 a 1815», pp. 22-23; sobre las importantes reformas llevadas a cabo en el orden procesal, ver pp. 18-22 (sobre el nuevo sistema de elección de los jueces y el jurado, pp. 19-20; recursos, pp. 20-21; la notoria celeridad de los procesos criminales, pp. 21-22; etc.).

⁴⁵ MARTINAGE, «Les innovations des constituants en matière de répression», p. 107.

⁴⁶ MARTINAGE, «Les innovations des constituants en matière de répression», pp. 110 ss.; al respecto, véase también el estudio de HUMBERT, Sylvie, «La peine de prison ou la souffrance des détenus dans le nord de la France sous la Révolution et l'Empire», *La douleur et le droit* (Textes remis et présentés par B. Durand, J. Poirier et J.-P. Royer), Paris, Presses Universitaires de la France, 1997, pp. 219-239.

⁴⁷ MARTINAGE, «Les innovations des constituants en matière de répression», pp. 113-117. Por otra parte, el principio de temporalidad de las penas, reivindicado por las cortes constituyentes –con la excepción de la pena de muerte– y recogido por el Código de 1791 (art. 8), no quedó establecido en el Código de 1810 (p. 122).

⁴⁸ MARTINAGE, «Les innovations des constituants en matière de répression», p. 126.

⁴⁹ Sobre el iusnaturalismo racionalista propio del movimiento codificador, véase el estudio de VILLEY, M., «Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique», *Archives de philosophie du droit*, núm. 28 (1983), pp. 181-205.

Ya se ha dicho que la misma idea de Código experimentó, a partir del siglo XVIII, un cambio drástico, acentuándose todavía más un ideal centralizador que pretendía una ruptura completa con las complejas estructuras sociales y políticas del Antiguo Régimen. Este nuevo proyecto político, auspiciado científicamente por la escuela del Derecho natural, se ensayó de un modo especial en el terreno penal ya con anterioridad a la Revolución francesa y al Código penal de 1791⁵⁰.

Resulta lógico que esta nueva idea de Código proveniente del pensamiento liberal llevara consigo reformas concretas hechas realidad al compás del triunfo de la revolución. Ahora bien, si estas reformas, que a los ojos de los propios reformadores suponían una auténtica ruptura con la tradición anterior, lo eran en realidad, habría que verlo ahora con la perspectiva histórica de los dos siglos transcurridos desde entonces.

Sostiene Schnapper que «el Derecho en general, y el Derecho penal en particular evolucionan a menudo por reacción contra una situación anterior». En este sentido –sigue afirmando–, «si la Asamblea Constituyente reaccionó contra el sistema represivo del Antiguo Régimen, el Directorio (*Directoire*) vino a poner remedio a los excesos propiciados por la etapa del Terror (marzo 1793-julio 1794)»⁵¹. De conformidad con este planteamiento, resulta lógico que Schnapper, partiendo de los principios penales consagrados por la Asamblea Constituyente, califique este periodo de reformista, utilizando apenas la expresión ruptura para describir la evolución que experimentó el Derecho penal entre 1789 y 1815⁵².

Delmas Saint-Hilaire sitúa el nacimiento de un nuevo Derecho penal en 1789, habida cuenta que la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (26 de agosto de 1789) recogió dos prohibiciones en el terreno penal que propiciaron, sin duda alguna, un cambio fundamental en la evolución del Derecho penal: el carácter corporal de las penas y las amplias facultades discrecionales de que gozaba hasta entonces el juez en el proceso criminal. Merced a la primera prohibición, se reivindicaba la aplicación de las penas estrictamente necesarias, condenando así las crueles penas corporales (mutilaciones, flagelaciones, marca, etc.). Gracias a la segunda, se condenaba la excesiva discrecionalidad de que gozaba el juez en el proceso penal del Antiguo Régimen⁵³.

Según el parecer de este mismo autor, esas dos prohibiciones fueron bien acogidas en los diversos Códigos penales, propiciando el inicio de una nueva etapa del Derecho penal francés y europeo caracterizado por dos marcados dinamismos: la *dinámica de la legalidad* y la *dinámica de la necesidad*⁵⁴. Pertenecen a la *dinámica*

⁵⁰ CARTUYVELS, «Le droit penal entre consolidation etatique et codification absolutiste...», cit., p. 252.

⁵¹ SCHNAPPER, «Les Systemes repressifs français de 1789 a 1815», p. 17.

⁵² SCHNAPPER, «Les Systemes repressifs français de 1789 a 1815», pp. 22-23. Sobre este punto, véase también el ya antiguo trabajo de ESMEIN, Adhémar, *Précis élémentaire de l'Histoire du droit français de 1789 à 1814*, Paris, 1908.

⁵³ DELMAS SAINT-HILAIRE, Jean-Pierre, «1789: un nouveau droit pénal est né...», en *Liber Amicorum. Etudes offertes à Pierre Jaubert*, Bourdeaux, 1992, pp. 161-162.

⁵⁴ DELMAS SAINT-HILAIRE, «1789: un nouveau droit pénal est né...», p. 163.

ca de la legalidad la introducción del principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), la precisión de las conductas delictivas castigadas y la irretroactividad de la ley penal⁵⁵. Por otra parte, otros principios se mueven dentro la *dinámica de la necesidad*, a saber, la humanización de las penas, su proporcionalidad con respecto a la gravedad y naturaleza del delito cometido, así como la despenalización de determinadas conductas consideradas hasta entonces como delictivas⁵⁶.

Martinage, uno de los autores que más se ha ocupado de estas cuestiones, al estudiar el Código penal napoleónico, sostiene que la herencia de los siglos anteriores no puede ser eludida ni silenciada, pues no cabe olvidar que el Código se erigió también en vehículo merced al cual se dio cabida a buena parte de la tradición penal del Antiguo Régimen. En este sentido, puede afirmarse que Napoleón y los redactores llevaron a cabo una transacción entre lo antiguo y lo nuevo. Por consiguiente –sigue afirmando Martinage–, el Código de 1810 no constituyó una completa ruptura con el Derecho penal del siglo XVIII⁵⁷. En otro estudio afirmó –en esta misma línea– que los constituyentes no hicieron ni mucho menos tábula rasa de las penas provenientes del Antiguo Régimen⁵⁸. Así, por ejemplo –como en su momento se verá, recogiendo la observación de un autor decimonónico–, con anterioridad a la etapa ilustrada, las leyes penales francesas (contenidas fundamentalmente en las Ordenanzas de Luis XIV de 1670) ya recogían la distinción entre penas principales y accesorias⁵⁹.

Martinage no niega las grandes aportaciones que la Codificación penal trajo consigo, pero tiende a desmitificar esta etapa. En esta línea, señala en otro estudio que aunque el principio de legalidad constituyó la principal aportación del fenómeno codificador penal, son varios los estudios que muestran que el arbitrio judicial, propio del Antiguo Régimen, no fue tan cruel ni tan exagerado como ha pretendido mostrar parte de la historiografía penal⁶⁰.

Reconoce Martinage que la filosofía de las Luces hizo una crítica considerable del sistema penal del Antiguo Régimen. Los principios de economía y moderación encaminados a la supresión de algunas penas inútiles, la proporción, la igualdad, la publicidad, la legalidad, la personalidad de las penas, etc. fueron algunas de las reivindicaciones de célebres autores como Montesquieu, Beccaria o Voltaire, entre otros⁶¹. Sin embargo, el sistema represivo aprobado

⁵⁵ DELMAS SAINT-HILAIRE, «1789: un nouveau droit pénal est né...», pp. 163-170.

⁵⁶ DELMAS SAINT-HILAIRE, «1789: un nouveau droit pénal est né...», pp. 170-177.

⁵⁷ MARTINAGE, *Punir le crime. La répression judiciaire...*, cit., pp. 9-10.

⁵⁸ MARTINAGE, «Les innovations des constituants en matière de répression», p. 106.

⁵⁹ BÉRENGER, *De la répression pénale...*, cit., p. 412.

⁶⁰ MARTINAGE, «Les origines de la pénologie dans le code pénal de 1791», p. 15; y más adelante afirma que el Código penal francés, a fin de romper drásticamente con el sistema penal del Antiguo Régimen, no dejó al juez ningún margen de discrecionalidad para modular la pena en la sentencia condenatoria. Este sistema de fijación legal de la pena tan absoluta y estricta fue –como se sabe– más tarde suavizado y flexibilizado por el Código de 1810 (p. 16).

⁶¹ MARTINAGE, «Les origines de la pénologie dans le code pénal de 1791», p. 17; sobre Montesquieu, véase CATTANEO, Mario A., *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000 (en versión alemana: *Montesquieus Strafrechtliberalismus* [trad. Thomas Vormbaum] Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002).

en 1791 no marcó, ni muchísimo menos, una ruptura con el sistema anterior⁶². Numerosos aspectos procedían del Antiguo Régimen, si bien fueron objeto de ciertas reformas. El instituto de la rehabilitación o la función moralizante de la pena de prisión constituyen dos ejemplos bien elocuentes en este sentido⁶³.

En 1989 se publicó otro estudio que precisamente tiene por objeto el análisis del grado de continuidad y de ruptura que supuso el Derecho penal emanado de la Asamblea Constituyente frente a la tradición del Antiguo Régimen⁶⁴. Lascoumes y Poncela parten del principio de que en 1789 la idea de Codificación no era, ni mucho menos, una idea novedosa⁶⁵. Respecto al principio de legalidad, afirman que resulta innegable que desde finales del siglo XVII las autoridades públicas ya vislumbraron la conveniencia y necesidad de reformar la incriminación penal, unificando y estructurando la definición de las conductas punibles, así como las concretas formas de punición⁶⁶.

Reconociendo la importante contribución de destacados reformistas como Beccaria, Montesquieu, Jean-Paul Marat, Brissot, F.-M. Vermeil, M. Dufliche de Valazé M. y Thorillon⁶⁷, analizan luego las modificaciones que experimentaron las diversas clases de conductas delictivas. A su juicio, fueron los delitos de contenido religioso los que resultaron más reformados desde 1791⁶⁸.

Como conclusión, Lascoumes y Poncela entienden la Codificación penal como parte de un proyecto político. Y fue precisamente el nuevo orden político el que propició ciertas rupturas en el ordenamiento penal. El principio de legalidad de los delitos y de las penas constituye, a su juicio, el ejemplo más claro de ello⁶⁹.

Como puede verse, la doctrina insiste en el carácter determinante del factor político, sin el cual las reformas más sobresalientes del Derecho penal en este periodo no hubieran podido hacerse realidad. Si se analiza la protección penal de los intereses políticos, lógicamente esa estrecha relación existente entre instituciones políticas y Derecho penal adquiere –si cabe– un mayor relieve⁷⁰.

Partiendo de esta premisa básica, a partir de ahí no siempre resulta fácil calificar como ruptura o reforma una modificación concreta. En este sentido,

⁶² MARTINAGE, «Les origines de la pénologie dans le code pénal de 1791», p. 18.

⁶³ MARTINAGE, «Les origines de la pénologie dans le code pénal de 1791», p. 22.

⁶⁴ LASCOUMES, Pierre/PONCELA, Pierrette: «Classer et punir autrement: les incriminations sous l' Ancien Régime et sous la Constituante», en *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française* (dir. Robert Badinter). Fayard, 1989, pp. 73-104.

⁶⁵ LASCOUMES/PONCELA, «Classer et punir autrement: les incriminations sous l' Ancien Régime et sous la Constituante», p. 75.

⁶⁶ LASCOUMES/PONCELA, «Classer et punir autrement: les incriminations sous l' Ancien Régime et sous la Constituante», p. 76.

⁶⁷ LASCOUMES/PONCELA, «Classer et punir autrement: les incriminations sous l' Ancien Régime et sous la Constituante», pp. 77-78 (Beccaria), p. 79 (Montesquieu), pp. 80-81 (Jean-Paul Marat), pp. 81-82 (Brissot), pp. 82-83 (F.-M. Vermeil), pp. 83-85 (M. Dufliche de Valazé), pp. 85-86 (M. Thorillon).

⁶⁸ LASCOUMES/PONCELA, «Classer et punir autrement: les incriminations sous l' Ancien Régime et sous la Constituante», pp. 91-92.

⁶⁹ LASCOUMES/PONCELA, «Classer et punir autrement: les incriminations sous l' Ancien Régime et sous la Constituante», pp. 102-104.

⁷⁰ LASCOUMES/PONCELA, «Classer et punir autrement: les incriminations sous l' Ancien Régime et sous la Constituante», pp. 90-91.

compartimos el parecer de Furet, quien afirma que el problema que se plantea actualmente al estudiar lo que supuso el reformismo codificador no es tanto la elección de una hipótesis de continuidad o de ruptura como punto de partida, sino sobre todo el comprender cómo la continuidad incesante de un fenómeno se hace realidad merced a la aparente discontinuidad de una revolución⁷¹.

5. EL CÓDIGO PENAL DE 1810 FRENTE AL DE 1791

El discurso ruptura-reformismo-continuismo llevado a cabo por la doctrina no sólo ha servido para intentar valorar en su justa medida lo que supuso el Derecho penal de la Codificación frente al existente en el Antiguo Régimen, sino que también se ha empleado para ponderar la relación entre el Código de 1791 y el de 1810. Mientras algunos autores han tendido a ignorar el primero centrándose en el segundo, otros han reivindicado la línea de continuismo existente entre ambos. Así pues –y según el parecer de Lascoumes–, los historiadores del Derecho han ignorado obstinadamente la etapa fundacional del Código penal de 1791 y marcan el comienzo de la historia del Derecho penal moderno tan sólo con el Código de 1810⁷².

Ciertamente –afirma este estudioso–, resulta un tanto paradójico que habiendo sido el penal el primer Código revolucionario en Francia, a la postre resultara promulgado por Napoleón en último lugar. Los años transcurridos entre 1791 y 1810 bien sirvieron para reconsiderar y concebir un Derecho penal menos idealista y más utilitarista. Ahora bien, esto no nos permite calificarlos de manera simplista y superficial de liberal y humanitario el primero, y de utilitarista y represivo el último. Esta afirmación, desgraciadamente extendida en la historiografía, carece de fundamento alguno, según el parecer de Lascoumes⁷³.

Si bien es cierto que el concreto contexto histórico y el proceso de redacción del Código de 1791 tienen poco que ver con los del Código de 1810⁷⁴, un estudio detenido del contenido de ambos textos permite afirmar que el Código napoleónico, en el fondo, constituye más una ampliación y especificación de las grandes líneas ya ensayadas en 1791, que una reforma innovadora. Lascoumes sostiene, pues, la existencia de un continuismo en lo que concierne a aspectos tan relevantes como, por ejemplo, la jerarquía de los bienes e intereses protegidos, si bien admite también que hubo algunas modificaciones importantes en determinados aspectos como el del arbitrio judicial⁷⁵.

⁷¹ FURET, François: *Penser la Révolution française*, Paris, 1978, p. 107.

⁷² LASCOURMES, «Revolution ou réforme juridique? Les codes pénaux français de 1791 a 1810», p. 61.

⁷³ LASCOURMES, «Revolution ou réforme juridique? Les codes pénaux français de 1791 a 1810», p. 62.

⁷⁴ LASCOURMES, «Revolution ou réforme juridique? Les codes pénaux français de 1791 a 1810», pp. 63 ss.

⁷⁵ LASCOURMES, «Revolution ou réforme juridique? Les codes pénaux français de 1791 a 1810», p. 66.

Por lo que respecta a las penas aplicables previstas en ambos Códigos, Lascoumes discrepa por completo del parecer de ciertos autores que sostienen el mayor grado de represividad del Código de 1810 frente al de 1791. Prueba además que existe, por una parte, una continuidad entre ambos Códigos en lo relativo a las diversas clases de penas y al predominio de las penas privativas de libertad frente a las demás clases de penas. ¿Qué novedades introdujo, pues, el Código de 1810? Por una parte –señala–, concedió un mayor protagonismo a las penas pecuniarias y redujo los delitos amenazados con la aplicación de las penas de muerte y trabajos forzosos. Por otra –y es ahí en donde sí se endureció el sistema punitivo previsto por el Código de 1791–, se previó la frecuente imposición de penas complementarias a la principal, que dejaban considerablemente mermado el *status* jurídico del condenado. Entre estas penas complementarias figura la privación de los derechos políticos, civiles y familiares, que –como veremos a continuación– llevaba consigo entre otros efectos la inhabilitación para el ejercicio de la función pública⁷⁶.

Las ponderadas y rigurosas conclusiones a las que llega Lascoumes no son, sin embargo, compartidas por todos. Así, por ejemplo, Schnapper no ha dudado en manifestar su rechazo. Según el parecer de este distinguido autor, entre 1789 y 1814 cabe diferenciar dos modelos represivos completamente distintos, a saber, el de 1791 y el de 1808-1810. Discrepando, pues, rotundamente del parecer de Lascoumes –quien se inclina a subrayar una cierta continuidad entre ambas etapas–, Schnapper observa más bien una ruptura en una serie de aspectos que califica de fundamentales (presupuestos ideológicos, sistema punitivo, la disminución del poder de los magistrados en materia correctiva –no restablecida hasta la reforma de 1832, merced a la ley de circunstancias atenuantes–, etc.)⁷⁷.

Sea lo que fuere, queda claro que esta cuestión se ha erigido en uno de los aspectos más controvertidos de la historiografía penal francesa de los últimos tres lustros.

6. EPÍLOGO. EL SISTEMA PUNITIVO FRANCÉS DEL ANTIGUO RÉGIMEN. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LAS «PENAS INHABILITANTES» PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Presentada a grandes rasgos esta controversia doctrinal sobre el verdadero alcance de la Codificación penal francesa, qué duda cabe que, a partir de aquí, tan sólo estudios que se atrevan, recogiendo de nuevo el parecer Lalinde, a

⁷⁶ LASCOUMES, «*Revolution ou reforme juridique? Les codes penaux français de 1791 a 1810*», p. 66.

⁷⁷ SCHNAPPER, «*Les Systemes repressifs français de 1789 a 1815*», p. 35; el sistema punitivo del Código de 1810 también ha sido analizado por MARTINAGE, Renée: *Punir le crime. La repression judiciaire depuis le code pénal*. Villeneuve-d'Ascq, 1989.

adentrarse audazmente en el análisis histórico de los conceptos e instituciones jurídico-penales hasta la Codificación⁷⁸ pueden contribuir al esclarecimiento de esta compleja polémica historiográfica.

La penología bien podría resultar, al igual que el estudio de la evolución que experimentaron determinadas conductas incriminadas, un interesante campo temático para ahondar en el análisis del alcance de la empresa codificadora desde la tríada continuismo-reformismo-ruptura. Anteriormente señalamos –recogiendo el parecer de Martinage–, que los constituyentes no hicieron ni mucho menos tábula rasa de las penas provenientes del Antiguo Régimen, habida cuenta de que, con anterioridad a la etapa ilustrada, las leyes penales francesas ya recogían, por ejemplo, la distinción entre penas principales y accesorias⁷⁹. Pongamos, antes de terminar estas breves páginas, otro ejemplo bien concreto.

El lector recordará que al poner de manifiesto en su momento el influjo de Beccaria sobre el sistema punitivo de la Codificación francesa, añadimos de intento que no siempre –y en todas las penas– se hizo notar tal influjo, pues en ocasiones la doctrina beccariana tuvo escasa relevancia en la regulación de ciertas penas como las «inhabilitantes» para el ejercicio de la función pública⁸⁰.

En efecto, un estudio sobre las «penas inhabilitantes» para el ejercicio de la función pública en la Codificación europea, que, desde hace ya varios años, venimos elaborando –y que esperamos terminar, Dios mediante, en unos meses–, no sólo muestra la verdad de esta afirmación, sino que pone de relieve el importante papel que jugó la tradición penal francesa del Antiguo Régimen en la empresa codificadora⁸¹. Con este estudio monográfico pretendemos ofrecer nuevos datos que, arrojando cierta luz en torno a esta discusión, permitan avanzar en el conocimiento del alcance de la empresa codificadora.

Pues bien, de entrada resulta clara la vigencia de las «penas inhabilitantes» para el ejercicio de la función pública en el sistema punitivo francés del *Ancien Régime*. Veámoslo a continuación, aunque sea muy brevemente. Para ello, resulta oportuno siquiera mencionar las diversas clases de penas existentes en los albores del Antiguo Régimen⁸², prestando especial atención a aquellas que felizmente lograron mantener su vigencia en la etapa codificadora.

En el siglo XVIII, Muyart de Vouglans distingue las siguientes clases de penas⁸³: aparte de la pena capital⁸⁴, presente en todas de las tradiciones penales

⁷⁸ LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al Derecho español*, p. 671 (véase la nota 3 y su texto principal correspondiente).

⁷⁹ Véanse las notas 58-59, y su texto principal correspondiente.

⁸⁰ Véase la nota 35 y su texto principal correspondiente.

⁸¹ Llevará por título: *Las «penas inhabilitantes» para el ejercicio de la función pública en la Codificación europea. Especial consideración a los Derechos francés, inglés, alemán y español*.

⁸² MAURY, André, «La législation criminelle sous l'ancien régime», *Revue des Deux-Mondes*, núm. 15 (septiembre, 1877), pp. 275 ss. (octubre, 1877), pp. 582 ss.

⁸³ MUYART DE VOUGLANS, Pierre-François, *Les lois criminelles de France, dans leur ordre naturel*, París, 1780, pp. 53-88; una panorámica sobre el Derecho penal francés del siglo XVIII puede verse en otra obra de este mismo autor, a saber: *Institutes au droit criminel, ou principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du Royaume; avec un traité particulier des crimes*, París, 1768.

⁸⁴ MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France...*, cit., pp. 53-59.

europas anteriores al siglo XIX, recoge las penas corporales⁸⁵, las puramente afflictivas⁸⁶, las infamantes⁸⁷ y las pecuniarias⁸⁸. Dentro de las penas infamantes, distingue este ilustre jurista francés entre las infamantes de derecho y las infamantes de hecho. Considera penas infamantes de derecho la muerte civil, *la condamnation de la memoria*, *la blâme*, la degradación de la nobleza y la interdicción perpetua o privación de oficio⁸⁹. Y como infamantes de hecho, cita las penas de admonición, *l'abstention des lieux* y la interdicción temporal⁹⁰.

Berenguer, por su parte, al hacer balance histórico del antiguo sistema penal, distingue entre las penas capitales, afflictivas e infamantes. Entre las primeras se encuentran –según su parecer– las penas de muerte, galeras y destierros perpetuos; entre las segundas, todo tipo de penas corporales; y entre las infamantes, *l'amende* (multa), el destierro temporal, *le blame* (censura o reprobación) y *l'amende* en materia criminal⁹¹. Y añade que con anterioridad a la etapa ilustrada, las leyes penales francesas, contenidas fundamentalmente en las Ordenanzas de Luis XIV (1670), ya recogían la distinción entre penas principales y accesorias⁹².

Varias de estas penas inhabilitaban para el ejercicio de la función pública, ya como consecuencia jurídica, ya como consecuencia accesoria de las mismas. El ejemplo más claro y contundente de pena con efecto inhabilitante para el ejercicio de la función pública lo constituye la «muerte civil», pena que, regulada legalmente con esta expresión por vez primera en la Ordenanza Criminal de 1670⁹³, permaneció vigente hasta mediados del siglo XIX (1854).

La muerte civil, como se sabe, consistía en una ficción legal merced a la cual se reputaba muerto al condenado a los efectos legales, si bien al conservar éste la vida física, se restringían ciertas consecuencias que se derivaban de la mencionada ficción, a fin de reconocerle aquellos derechos absolutamente necesarios para su subsistencia física⁹⁴. Entre las consecuencias jurídicas de la muerte civil se encontraba, lógicamente, la definitiva inhabilitación para el ejercicio de la función pública⁹⁵.

⁸⁵ MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France...*, cit., pp. 59-67.

⁸⁶ MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France...*, cit., pp. 68-73.

⁸⁷ MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France...*, cit., pp. 74-81.

⁸⁸ MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France...*, cit., pp. 81-88.

⁸⁹ MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France...*, cit., p. 75 (la muerte civil), p. 76 (*la condamnation de la memoria*), p. 77 (*la blâme*, la degradación de la nobleza y la interdicción perpetua o privación de oficio).

⁹⁰ MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France...*, cit., p. 80 (admonición y *l'abstention des lieux*) y p. 81 (interdicción temporal).

⁹¹ BÉRENGER, Alphonse-Marie-Marcellin-Thomas, *De la répression pénale, de ses formes et de ses effets*, Paris, 1855, pp. 410-411.

⁹² BÉRENGER, *De la répression pénale...*, cit., p. 412.

⁹³ RENAUD, Achille, *La mort civile en France. Par suite de condamnations judiciaires, son origine et développement*, Paris, 1843, p. 10. Sobre la Ordenanza Criminal de 1670, véase JOUSSE, Daniel, *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance criminelle du mois d'Aout 1670*, Paris, 1763.

⁹⁴ RENAUD, *La mort civile en France...*, cit., p. 86.

⁹⁵ RENAUD, *La mort civile en France...*, cit., p. 112.

Pero no sólo la muerte civil llevaba consigo tales efectos inhabilitantes para el ejercicio de la función pública, pues lo mismo cabría decir –y con carácter general– de las diversas clases de penas aflictivas e infamantes, que eran sin duda la gran mayoría.

Ciertamente, tal inhabilitación no se imponía, pues, de modo infrecuente, bien como efecto jurídico de la misma pena aflictiva o infamante, bien como pena o consecuencia accesoria de la pena principal. No obstante, también sabemos –merced al testimonio de Vouglans– de su imposición como pena principal y autónoma. Así pues, en el Derecho penal francés del Antiguo Régimen ya existía, pues, una concreta «pena inhabilitante» dirigida a los oficiales públicos: la interdicción perpetua o la privación de oficio. Tal interdicción, aplicada a los condenados que ejercían cargos públicos, podía ser de dos grandes tipos: temporal o perpetua, llevando además consigo esta última la nota de infamia⁹⁶.

Llegados a este punto, un estudio del sistema punitivo establecido por los Códigos de 1791 y 1810, así como por –la importante y al mismo tiempo desafortunada⁹⁷– reforma de 1832, refleja que no todo fueron, ni mucho menos, rupturas. Pero no avancemos ya más. Baste lo dicho, pues, por el momento. El análisis pormenorizado de esta cuestión, que –como he dicho– está siendo objeto de un estudio monográfico, excedería por completo los límites de este breve artículo.

ANICETO MASFERRER DOMINGO

⁹⁶ MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France...*, cit., pp. 77-78. Sobre las penas infamantes en la tradición criminal francesa, véase el estudio de BEIGNIER, Bernard, *L'honneur et le droit*, Paris, 1995. Una obra poco conocida y citada pero elocuente es la de DE LACRETELLE, Pierre Louis, *Discours sur le préjugé des peines infamantes*, Paris, 1784.

⁹⁷ Importante, porque sin duda marcó un antes y un después en multitud de aspectos. Desafortunada, porque lejos de mejorar el régimen de las «penas inhabilitantes», lo endureció.