

Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español

por
JOSE ANTON ONECA
Catedrático jubilado de Derecho Penal

González Miranda publicó en 1907 su tesis doctoral con el título *Historia de la Codificación penal española y ligera crítica del Código penal vigente*. Es interesante: el autor debió tener acceso a los archivos del Ministerio de Gracia y Justicia y, aunque su exposición es sumaria, comprende todos los códigos, proyectos y anteproyectos del siglo XIX. También el profesor Saldaña los consultó para redactar su opúsculo *La Reforma penal en España* (segunda edición en 1920); pero, encaminada su labor a preparar un anteproyecto, luego publicado (1) están los datos diseminados en un sistema general y no se puede contemplar la fisonomía propia de cada proyecto. En algunos tratados de Derecho penal, se presenta la lista de los proyectos generalmente sin comentarios.

La mayoría de los citados, mejor que proyectos, deben llamarse —como es uso en otros países— anteproyectos, reservando el primer nombre para los que habían sido adoptados por los Gobiernos y presentados a las Cortes. A éstos nos referimos en este artículo, con otra limitación: nos ocupamos solamente de los nacidos en el último tercio del siglo XIX. Casi todos persiguieron principalmente poner de acuerdo el Código con la Constitución de 1876. En mi artículo sobre el Cod. de 1870 (2) anuncié este trabajo, que pensaba haber publicado en el número siguiente de esta revista. Se retrasó a causa de la abundancia de originales merecedores de prioridad. Si la finalidad de estos proyectos era restaurar la coordinación con la ley fundamental del Estado, aprovecharon la ocasión para introducir otras modificaciones. La inspiración procedía de exigencias políticas o de críticas del derecho vigente nacidas de la experiencia y del sentido común. Si algunas veces se alude a leyes extranjeras o a doctrinas científicas, es de un modo episódico y decorativo. Será más tarde, a comienzos del siglo XX, cuando comienza a sen-

(1) *Le Projet de Code pénal espagnol*, Melún, 1922. Se publicó una traducción española: SALDAÑA, *El futuro Código penal español*, Madrid, 1923.

(2) *El Código penal español de 1870*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, fasc. II^o del año 1970.

tirse las influencias de la política criminal resultante de la controversia de las escuelas. Recordar los proyectos del último tercio del siglo anterior, tiene, sin embargo, interés. En su preparación intervinieron políticos inteligentes (alguno con significación científica como Silvela); pero prevaleció en las modificaciones propuestas, más que la preocupación científica, la experiencia de gentes prácticas en el funcionamiento de la justicia criminal. Por ello, parte de sus iniciativas han sido aceptadas en las reformas que se han ido haciendo en el viejo Código; o debían haberlo sido. Ahora bien; en cuanto parece todavía alejada en nuestro país la promulgación de un Código verdaderamente nuevo y moderno, siendo, en cambio, muy posibles la realización de reformas parciales, creo que puede ser útil recordar aquellas iniciativas decimonónicas, interesantes como ejemplos que, sin ser seguidos a la letra, nos marcan tendencias dignas de tenerse en cuenta.

I. EL PROYECTO BUGALLAL.—Fue presentado al Senado por el Ministro de Gracia y Justicia D. Saturnino Alvarez Bugallal (3), siendo Presidente del Consejo de Ministros D. Antonio Cánovas del Castillo. Finalidad del Proyecto era coordinar el Código con la Constitución de 1876. El Código penal de 1870 debía, pues, ser rectificado; pero la significación del partido liberal conservador, usufructuario entonces del poder, y la de la Constitución restauradora, impedía volver al Código de 1848, obra del partido moderado dirigido por el General Narváez; pero no impedía, antes bien obligaba, a aproximarse al mismo en algunos aspectos.

La Constitución de 1876, en cuya elaboración había tomado parte Bugallal como miembro de la Comisión llamada de notables, preparadora del que había de ser, con modificaciones, el texto de la misma, declaraba: «La Religión católica, apostólica, romana, es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros. Nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana. No se permitirá, sin embargo, otras ceremonias o manifestaciones públicas que las de la religión del Estado». En su virtud, el Proyecto de Código penal dedicaba el primer título del libro segundo a los «Delitos por violación del precepto constitucional en materia de religión y culto». Empezaba, pues, la parte especial del Cod. como el del 48; pero su epígrafe mencionaba la Constitución. En el del 48, comenzaba el título castigando la tentativa para abolir o variar en España la religión católica adoptada por el Estado. El Proyecto Bugallal añade una restricción importante: el intento, para constituir delito, debía de ser por la fuerza, y la penalidad descendía notablemente en relación al Cod. promulgado en tiempos de Narváez. Se sancionaba la práctica de manifestaciones públicas de un culto que no fuera el cató-

(3) Proyecto de Código penal redactado por la Comisión de Códigos y presentado por el Sr. Ministro de Gracia y Justicia a las Cortes, Imprenta Fortanet. 1880.

lico, dando un concepto extenso de lo entendido por manifestación pública. Sin embargo, el precepto de la tolerancia se encontraba protegido al castigar a quien por medio de la violencia, el desorden o el escándalo impidiera, o turbare, dentro del recinto a ello destinado, el ejercicio de un culto que no sea el de la religión católica, y la autoridad o funcionario público que persiguiera a un español o extranjero por sus opiniones religiosas. Si, por medio de violencia, se vejare a un español o extranjero a causa de sus ideas religiosas o por la práctica de un culto que no sea el de la religión del Estado, se reputará delito de coacción (arts. 142 a 144). El capítulo segundo del título tercero, dedicado a los «Delitos contra la seguridad del Estado y contra la Constitución», llama «derechos garantizados por la Constitución» los que el Cod. del 70 designaba derechos individuales. El artículo 204, definidor de las asociaciones ilícitas, consideraba como tales las contrarias a la moral cristiana, donde el Cod. entonces vigente decía moral pública. Si el del 48 dedicaba la sección más extensa del capítulo a las sociedades secretas, el Proyecto declaraba ilícitas las que se valgan habitualmente de cifras, jeroglíficos o signos misteriosos; que viene a ser lo mismo, si bien las sanciones resultan más benignas. Y, finalmente, por lo que se refiere a la influencia directa del cambio de Constituciones, recordaremos que, derogada la del 69, donde se daba una gran amplitud a la garantía de inviolabilidad del domicilio, se creía necesario suprimir el núm. 4 del artículo 16 de 1870, el cual declaraba encubridor al cabeza de familia que denegare a la autoridad judicial el permiso para entrar de noche en su domicilio para aprehender al delincuente que se hallara en él.

La mayor severidad con relación al Cod. del 70 estaba representada por castigar con pena de muerte única el hecho de matar al rey, equiparando el delito consumado, la frustración y la tentativa (art. 107) y también por la agravante general de ejecutar el delito con armas prohibidas. En cambio, una mayor benignidad implicaba la posibilidad de rebajar un grado más las penas en el delito frustrado, la tentativa, la complicidad y el encubrimiento (arts. 64 y ss.).

Las faltas sólo se castigarían consumadas, desapareciendo la excepción para las contrarias a las personas y la propiedad, establecida en el Cod. del 70. Y, entre aquellas modificaciones, era la más laudable que en el curso ideal o de delitos en relación de medio a fin, donde el Código entonces vigente imponía la pena del delito más grave en su grado máximo, el Proyecto fijaba una excepción para el caso en que la pena superior fuera la de muerte, imponiéndose entonces la de cadena perpetua (art. 81).

En los que podríamos llamar (a fines de sistematización, no porque el Proyecto emplee tal denominación) delitos contra la sociedad, eran novedades: comprender, entre los desórdenes públicos, disparar armas de fuego contra un tren en marcha o una diligencia que transite por los caminos públicos; también, con pena menor, arrojar piedras o ejecutar alguna agresión análoga; precepto precursor de los actuales para la seguridad del tráfico. En las falsificaciones de documentos públicos,

los tribunales rebajarían de uno a dos grados la pena y conmutarían al presidio con la prisión cuando la falsedad no ocasionare perjuicio considerable y efectivo a terceros ni se hubiere ocasionado escándalo (artículo 330); con lo cual se aproximaba el Proyecto a la doctrina que requiere para la punibilidad de las falsedades un perjuicio. Por último, se restablecía el delito de vagancia, procedente del Cod. de 1848 y sustituida en el del 70 por una circunstancia agravante. Pero, en relación con el primero, se imponía, en lugar de la prisión, el arresto, faltando, además, la vigilancia de autoridad; desaparecida de la escala de penas tanto en el Cod. del 70 como en el Proyecto Bugallal.

En los delitos contra las personas, había la novedad de distinguir con efectos penales las lesiones causantes de deformidad según que ésta fuera notable o simple. En la violación se equiparaba a la circunstancia del despoblado y la cuadrilla, la de ser ejecutado el hecho dentro de un tren en marcha.

En cuanto a los delitos contra la propiedad, se aplicaba al robo la agravante de ser doméstico o con grave abuso de confianza, antes reservada para los hurtos; en la relación de medios para estafar se incluía «el engaño en casas de imposición», concepto sugerido por el famoso caso de D.^a Baldomera, ocurrido en 1879; y, finalmente, se extendía a los robos sin violencia o intimidación en las personas, la excusa absolutoria por razón del próximo parentesco (extensión que no se puso en vigor hasta el Cod. de 1944) antes limitada a los hurtos, defraudaciones y daños.

II. EL PROYECTO ALONSO MARTÍNEZ.—El Gobierno presidido por Cánovas, del cual formaba parte Bugallal desde 1879, dimitió en 1881, siendo sustituido por el primer Gobierno de Sagasta en la Restauración, dentro del cual desempeñaba la cartera de Gracia y Justicia D. Manuel Alonso Martínez. Este nombre figura al pie de las más importantes leyes de la época dentro de su departamento: de Enjuiciamiento criminal, Adicional a la Orgánica del Poder judicial, del Jurado, Código civil, entre otras; e intervino en la preparación de algunas más como vocal o presidente de la Comisión de códigos (4). El Proyecto de Código penal fue presentado al Senado el 18 de abril de 1882 (5). La Exposición de motivos nos dice que no había sido redactado por la Comisión de Códigos; pero no declara la persona o personas que

(4) D. Manuel Alonso Martínez (1827-1891) había sido Ministro en Gobiernos presididos por Bravo Murillo, Miraflores, O'Donnell. No obstante haber pertenecido al partido de la unión liberal, que prestó adhesión a la revolución de Setiembre, permaneció ajeno a la política en la época revolucionaria, dedicado al bufete; formó parte del partido constitucionalista con D. Amadeo y presidió la Comisión llamada de notables, que preparó el texto del proyecto de la Constitución de 1876. Sobre esta gran figura legisladora de la Restauración, véase: SOTO, *Alonso Martínez*, en «Jurisconsultos españoles», t. II, págs. 186 y ss. (publicación de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación) y *Necrología de Alonso Martínez*, en «Revista de Legislación y Jurisprudencia», t. 78, 1891.

(5) *Proyecto de Código penal*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid. 1882.

intervinieran en la redacción. Según Saldaña, que, como miembro de la Comisión codificadora, tuvo ocasión de examinar los archivos de la misma, nos dice que el redactor fue E. Cobian; mas no nos dice más. Es probable fuera D. Eduardo Cobian Raffaignac, funcionario judicial y diputado de la fracción gamacista, más tarde Ministro (6). Sin embargo, esto no son más que conjeturas. Lo único que se puede decir con certeza es que la Exposición de motivos parece obra del Ministro Alonso Martínez y que las iniciativas tomadas en el texto legislativo son defendidas por aquél como cosa propia. En esta presentación se habla «del maravilloso conjunto de observaciones y datos que con todos los caracteres de hechos evidentes nos ofrece la psicología y la fisiología modernas». A continuación se hace una enumeración de las leyes penales más recientes extranjeras: Código alemán de 1871, holandés de 1881, reformas en varios cantones suizos, y también son citados varios Estados hispanoamericanos. Pero reconoce que la reforma entonces presentada en España «con ser sustancial y muy considerable, no se ajusta del todo a estas exigencias de la ciencia y a esos ejemplos proporcionados por las legislaciones citadas», dando como motivos para la limitación, las lamentables insuficiencias, por no decir la falta, de sistema penitenciario, pues tal nombre no puede aplicarse a establecimientos de régimen continuo de aglomeración. Y también prometía un cambio en el organismo de los tribunales. Añade, entre las causas de la reforma, «el sentido liberal y progresivo que inspira la política del Gobierno». Pero lo que manifiesta este Proyecto, más que un fin político y la inspiración en legislaciones extranjeras, es el buen sentido de quien ha visto en la práctica los defectos del Cód. de 1870 y se propone su reforma por medio de una mayor simplificación.

El título preliminar está dedicado a la ley penal, incorporando preceptos ya existentes en el Código anterior, aunque algunos han sido modificados, y tomados los otros de la Ley orgánica del Poder judicial. De los últimos, la modificación más singular es que al delincuente español en el extranjero a quien juzguen los tribunales españoles, puede aplicarse la más benigna de las legislaciones: la española o la vigente en el país extranjero donde se cometió el delito.

El título primero del libro primero tiene muy significativas y acertadas reformas con relación al entonces y al actualmente vigentes. Se trata, según dice la Exposición de motivos, de aminorar el sentido doctrinal y abstracto de las disposiciones vigentes y, en su virtud, dados los graves inconvenientes de una definición del delito, que ha ocasionado tantos estudios sobre el significado de la palabra «voluntarias», aplicada a las acciones y omisiones, prescinde de ella y deja el concepto reducido a «toda acción u omisión penada, según su peculiar naturaleza, por disposición expresa de la ley». Por consiguiente, el concepto,

(6) SALDAÑA, *Adiciones al Tratado*, de Liszt, t. I, pág. 556. Id., *La reforma del Código penal*, Madrid, 1920, págs. 38 y 39. JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado de Derecho penal*, t. 1, § 241) cambia una letra —Covian por Cobian—, quizá confundiéndole con D. Víctor Covian, coautor de otro Proyecto de Código publicado en 1920.

salvo algunas palabras superfluas, queda reducido a expresar la garantía de legalidad. Desaparecían también los párrafos segundo y tercero del artículo primero, así como el segundo en su totalidad. Justificábase la supresión de los primeros por inútiles, y la del artículo segundo por motivos obvios: el primer párrafo es innecesario y «revela una cierta dureza»; por lo tocante al segundo, la gran latitud dada al arbitrio en la medida de la pena era suficiente garantía. Sobre que en uno u otro caso cualquier tribunal tiene expedito el camino para acudir al Gobierno exponiendo el resultado de sus experiencias y observaciones.

A la exigente del imbécil y el loco añadía: «El que por cualquier otro motivo y en el momento de ejecutar el delito se hallare en un estado mental que le prive por completo de la conciencia de delinquir, siempre que no se haya colocado en ese estado voluntariamente.» A la exigente de menor edad de nueve años, o de quince que obra sin discernimiento, se unía la sordomudez poniendo el límite de la edad en doce o quince años respectivamente. En la legítima defensa, a la amplia fórmula del Código del 70 respecto a los bienes jurídicos defendibles (persona o derechos) sustituía otra más limitada (persona, honor o propiedad); lo cual no es un acierto. Mas, en cambio, se eximía por el exceso «cuando resulte del terror o del arrebató u obcecación del momento». El miedo eximiría cuando fuera insuperable sin establecer un límite en que el mal fuera igual o mayor, como decía el Código del 70 y mantiene el vigente; consiguiéndose de aquel modo un carácter más subjetivo. Y quedaba comprendido en un mismo número con la fuerza irresistible. También se unían en un mismo precepto el cumplimiento de la ley y la obediencia debida.

Atenuante sería la menor edad hasta los veinte años «por de pronto»; porque acaso convendría elevarla, pues «no es bien, según razona el civilista Alonso Martínez, que la ley imponga incapacidad casi total para los actos de la vida civil y no admita unas disminución de responsabilidad análoga a aquella insuficiencia». Respetaba las demás atenuantes del Código del 70; pero, en la última, a los términos «de igual entidad o análoga a las anteriores» sustituía esta otra expresión de alcance más extenso: «cualquiera otra circunstancia que, a juicio del tribunal, disminuya la cantidad del delito, teniendo en cuenta sus efectos y las condiciones y estado del delincuente». No necesitamos ponderar la importancia de tal precepto que, al suprimir la analogía expresa, hubiera remediado la cortedad con que ha sido aplicada por los tribunales la última atenuante del artículo 9 del Código.

En la agravante de alevosía se volvía al concepto del Código del 50 «obrar a traición o sobre seguro», preferible a la gárrula expresión del Código del 70, perdurante en el vigente. Era declarado reincidente el que después de condenado, en una sentencia firme, por un delito, comete otro de la misma o análoga especie. Criterio de abandono al arbitrio judicial, preferible desde luego a exigir la inclusión de los delitos en el mismo título del Código (también el Código de 1848 refería la agravante de reincidencia a otra condena anterior por delito de la

misma especie, pero era ésta precedida por otra agravante fundada en la igual o mayor pena con que anteriormente hubiere sido castigado el delincuente por cualquier delito). Se establecía, además, la prescripción de la reincidencia a los cinco o a los tres años, según la gravedad de la pena anterior. Manteníase como agravante la vagancia; error, pero atenuado con las siguientes palabras: «si no se hallare en ese estado, por causas independientes de su voluntad»; con lo cual los efectos penales se limitaban a la vagancia culpable. Lo cual dejaba, por lo menos, la apreciación de la agravante al arbitrio del tribunal.

En los delitos de imprenta, se añadía a los casos motivadores de las responsabilidades subsidiarias establecidas en el Código del 70 (que los autores no sean conocidos, domiciliados en España o exentos de responsabilidad criminal), la fórmula más amplia: «que no pudieran ser perseguidos en juicio penal». Con lo cual se evitaban los casos de impunidad por impedimento procesal, como ha sido durante mucho tiempo la negativa de las Cortes al suplicatorio formulado por el Tribunal Supremo para procesar a un diputado o senador. En los delitos cometidos por medio de la prensa periódica, el propietario o gerente del periódico sería responsable al solo efecto de la suspensión del mismo, ya se imponga como pena principal o como subsidiaria de la multa (art. 24). Duraría la suspensión de diez a sesenta días como pena principal y no podría exceder de treinta como accesoria. No sería aplicable la suspensión del periódico a consecuencia de las faltas.

Lo más notable del Proyecto Alonso Martínez era el título de las penas y su aplicación. Desaparecían las cadenas, la relegación y el extrañamiento perpetuos, el presidio, la degradación, las reprensiones y las costas procesales como pena. Quedaba reducida a la mitad el número de las penas contenidas en el Código del 70. Se abonaría la prisión preventiva en sus dos terceras partes, en la mitad a sólo en un tercio, según la gravedad de las penas (art. 38). Y en las llamadas perpetuas (sólo quedaban con este nombre la reclusión y las inhabilitaciones) el tribunal sentenciador las declararías extinguidas a los treinta años, a no ser que por la conducta de los reos o por otras circunstancias graves, con vista de los antecedentes necesarios, no los considerasen dignos de este beneficio. Era, pues, competencia del tribunal sentenciador, no indulto del Gobierno.

Las penas temporales se dividían en un número de grados variable según la extensión de las mismas. El tribunal podía recorrer la penalidad dentro de un máximo y un mínimo suficientemente separados. Las cuatro escalas graduales servían para rebajar las condenas en los casos de tentativa, complicidad y atenuantes calificadas. En cuanto a la determinación dentro de la penalidad asignada a cada delito, el tribunal la recorrería a su arbitrio en toda su extensión si no hubiera atenuantes ni agravantes. Si sólo se dieran atenuantes, no se podría imponer más de la mitad; si sólo se dieran agravantes no podría bajarse de dicha mitad. La facultad para recorrer la pena en toda su extensión tenía un límite: no se podría llegar a la reclusión perpetua o a la de

muerte. Para el concurso formal o conexión de medio a fin entre dos delitos, se establecía la pena del delito más grave en su grado máximo; mas con el límite de la suma de las dos penas (modificación que, como es sabido, no se alcanzó en nuestro Código hasta la reforma de 1908).

Uno de los progresos más notables intentados en el Proyecto de Alonso Martínez era, sin duda, suprimir la publicidad de la ejecución de la pena de muerte. Las ejecuciones capitales habrían de realizarse a las doce horas de la notificación de la sentencia (la mitad del tiempo que según el Código del 70) en lugar cerrado de la prisión o de otro sitio, pero inaccesibles ambos a la vista del público (art. 95), presidiendo el acto la autoridad judicial con asistencia de los funcionarios que se mencionan, seis delegados del Ayuntamiento y los ministros de la religión que auxilién al reo. El acto de la ejecución se anunciaría por el toque de una campana. Por consiguiente, la publicidad, a la cual tanta ejemplaridad reconocían los discípulos de Bentham (cuya influencia se revelaba en el Código de 1822 e incluso, aunque en menor medida, en el del 48) quedaba sustituida por la notoriedad. Al no aprobarse el Proyecto de Alonso Martínez, perduraron los lúgubres espectáculos de las ejecuciones hasta que la ley Pulido de 9 de abril de 1900 los suprimió.

En la ejecución de las penas privativas de libertad, se determinaba la desaparición de las cadenas que habían de llevar al pie, pendiente de la cintura, los reos condenados a las penas que habían recibido su nombre de este aditamento aflictivo e infamante, y también los grilletes y otros adminículos parecidos; porque, como decía la Exposición del Ministro a las Cortes, basta para la seguridad social con que el penado deje de estar libre y sea sometido a la ley del trabajo. La reforma —añadía— es reducida; pero tiene su razón de ser en los modernos sistemas penitenciarios; dando a las penas paulatinamente su verdadero carácter, al trabajo penal su mérito corrector y a los tribunales, aquella intervención, hoy imposible, por donde desaparece la antigua solución de continuidad entre el que juzga y el juzgado, «como si la existencia de la pena y el modo de cumplirla no fueran también actos de justicia penal». Y, a tenor de este párrafo, el libro primero del Proyecto terminaba con una disposición transitoria: «Luego que la ley de prisiones establezca de un modo definitivo el sistema y régimen penitenciario, una ley especial fijará los casos y formas en que deberá concederse la libertad condicional, prescribirá la reducción de las penas para los que sufran la de privación de libertad en régimen celular, y determinará acerca de la intervención, inspección y vigilancia que deben tener y ejercer los tribunales en todo lo concerniente a la ejecución y cumplimiento de las penas.» Se daba cuenta, pues, Alonso Martínez, de un capital defecto de la Justicia criminal; cuyo remedio se ha intentado remediar en algunos países mediante el juez de ejecución.

Menor interés tienen las modificaciones en la parte especial. En el delito de traición anotamos una cierta disminución de la pena para el español que toma las armas contra la patria si estaba ya al servicio

de la nación enemiga antes de declararse la guerra (art. 126). En el título que define los delitos contra la seguridad del Estado y contra la Constitución, se remediaban algunas omisiones como, por ejemplo, el castigo a los Ministros que refrenden o publiquen decretos para los que no están autorizados. Y la cuestión palpitante, o sea, la adaptación del Código a la Constitución, la resolvía el Proyecto apoyándose en la resolución «tomada por una Comisión numerosa» —dice Alonso Martínez, aludiendo a la que se había ocupado de los Códigos de Ultramar—. «El deber del Gobierno es la prudencia y no dar ocasión para soliviantar los ánimos» y, para ello, aceptaba la solución consistente en insertar literalmente para la Península la fórmula ya vigente en el Código de Ultramar. A diferencia del Proyecto Bugallal, que dedicaba el primer título del libro segundo a los «Delitos con violación del precepto constitucional en materia de religión y culto», el de Alonso Martínez incluye en el título de Delitos contra la seguridad del Estado y contra la Constitución» una sección dedicada a los «Delitos por violación del precepto constitucional en materia de religión y culto». En él, después de seis artículos protectores de la Religión del Estado (incluido el que define las manifestaciones públicas de cultos no católicos) hay cuatro comunes a la protección de toda clase de cultos, y dos para los no católicos.

En los delitos contra el orden público, merece citarse la distinción, a efectos penales, de los atentados contra la autoridad y los atentados contra los agentes de la autoridad, destinando menor pena a los últimos.

En los atentados, desacatos, injurias y calumnias entre funcionarios públicos sin dependencia jerárquica, no podrían ejercitarse acciones penales sin autorización del Gobierno (art. 276).

Respecto a las falsedades, encontramos separadas las de documentos mercantiles de las de documentos públicos, para incluir aquéllas entre las correspondientes a los demás documentos privados, si bien castigándolas con pena mayor que las correspondientes a las falsedades de los otros documentos privados, pero menor que las asignadas a las de los documentos públicos. En los preceptos sobre el falso testimonio, se llenaban algunos vacíos: entre ellos los prestados en negocios administrativos. Respecto a los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, se apuntaba la novedad de la prevaricación de los fiscales, si bien con la pena de inhabilitación, a diferencia de los jueces y magistrados, sometidos por el mismo delito a una pena talional; lo mismo que el Código del 70.

El límite del período de curación o asistencia de las lesiones a partir del cual constituirían delito se elevaba a quince días, en vez de los ocho del Código del 70 en su primera redacción y del Proyecto Bugallal. Como es sabido, este límite de los quince días fue adoptado por la reforma de 1907 con una variante: el día decimoquinto quedaba comprendido en la falta.

En el adulterio, artículo 459, al extender a los cómplices el perdón otorgado por el marido a su consorte, prueba haberse tenido en cuenta el artículo de Elías Visllú sobre la supuesta impunidad del cómplice, en el Código del 70. Y del Proyecto Bugallal se adopta la agravante en la pena a la violación por ejecutarla en un tren en marcha (art. 455) Nueva era para el allanamiento de morada la agravante de «fuerza en las cosas».

Variación de trascendencia era, en el robo con violencia o intimidación en las personas, sustituir la palabra homicidio, que tantas dudas suscitaba sobre la amplitud de su sentido, por la frase «muerte de alguna persona que no hubiere tenido participación en el delito» (artículo 520, n. 1). Se volvieron a considerar en el robo algunas agravantes, anteriormente reservadas para el hurto. Una adición al capítulo del incendio y estragos, comprendía la explosión de petardos y sustancias explosivas o inflamables; presagio de la luego abundante legislación contra el terrorismo.

Las faltas se agrupaban en dos títulos: el primero dedicado a aquellas cuyo conocimiento correspondía a la autoridad judicial, y las correspondientes a las sanciones impuestas por las administrativas. Corresponderían a las primeras con exclusividad las de imprenta, las contra las personas y las contra la propiedad. Entre las primeras figuraban: el hurto que no escudiera de cinco pesetas o de 15, si se tratara de sustancias alimenticias, frutas y leñas siempre que el reo no fuera reincidente. También pasaron al libro de las faltas castigadas por las autoridades judiciales, las estafas perpetradas por el no reincidente cuando el perjuicio no excediere de 15 pesetas.

Correspondía al conocimiento de las autoridades administrativas: las faltas contra el orden público, y las contrarias a los intereses y régimen de las poblaciones. Verdaderamente es extraño que siendo la competencia de las autoridades administrativas, figurasen en el Código penal. Quizá puede verse aquí una inclinación, ya existente en la doctrina y con precedentes en el Código español de 1822, encaminada a excluir las faltas de la ley penal.

En el Senado, donde había sido presentado el Proyecto, fue realizada una información, que, más tarde, Villaverde calificó de luminosa (7). Pero el Proyecto de Código penal no llegó a discutirse. Alonso Martínez había conseguido la aprobación de la Ley adicional a la orgánica del Poder judicial, y también la de Enjuiciamiento criminal. El tiempo no dio para más, y a los liberales sucedieron los conservadores, bajo cuyo mandato se produjo el Proyecto Silvela, que debe bastante al de Alonso Martínez.

III. EL PROYECTO SILVELA.—Es el más conocido y celebrado por sus méritos y por los motivos que luego se dirán. Sustituido el Gobierno de Sagasta por el de Cánovas, en el que figuraba como ministro de Gracia y Justicia don Francisco Silvela, éste presentó en

(7) VILLAVERDE, *Discurso de inauguración del año judicial de 1891 a 1892*.

el Congreso un Proyecto de Código penal el 21 de diciembre de 1884. Sin perjuicio de las orientaciones políticas procedentes de don Francisco, quien a la vez no podría por menos que consultar al presidente del Gobierno para varias cuestiones de gran trascendencia política como las referentes a la coordinación del Código con la Constitución, todo el mundo atribuye la redacción del Proyecto a don Luis Silvela, hermano del ministro don Francisco, político con puesto parlamentario— ya en el Congreso, ya en el Senado— pertenecientes a una familia que ha dado varios nombres a la historia contemporánea española. Principalmente ha sido conocido don Luis como catedrático de Derecho penal en la Universidad de Madrid, y había publicado ya (el primer tomo en 1873; el segundo en 1879) la primera edición de su tratado, titulado *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, por el que han estudiado varias generaciones de juristas españoles. Pasaba don Luis Silvela por adepto a la escuela correccionalista, aunque para Dorado Montero no lo fuese sino a medias; como también la mayor parte de quienes se tenían por tales (8). Probablemente decía esto el maestro salmantino, de Silvela y de otros que nombraba, porque admitían la retribución como medio para la corrección. La mayor parte de estos correccionalistas o semicorreccionalistas españoles eran en política liberales o republicanos. Los Silvelas, por el contrario (salvo el hermano mayor Don Manuel, que había sido ministro con O'Donnell y tomó parte en la redacción de la Constitución de 1869), eran del partido liberal conservador; el cual representaba, como es sabido, la derecha de la Restauración. Esa condición de semicorreccionalistas se encuentra a través del Proyecto ahora estudiado. La autoría de don Luis Silvela respecto al Proyecto presentado por su hermano el ministro de Gracia y Justicia en el Gobierno presidido por Cánovas, no ofrece dudas; en la Exposición de motivos, firmada por don Francisco (9) se dice que para la preparación no había sido necesario la intervención de ninguna Comisión extraordinaria, y en el Proyecto se desarrollan algunas ideas expuestas por don Luis en su Tratado.

El primer título del Proyecto, dedicado a la ley penal, «se formula en muy parecidos términos al del Proyecto de Alonso Martínez», según se asegura en la misma Exposición de motivos del de 1884.

A la doctrina contenida en el Tratado de Silvela, obedece en el Proyecto el concepto del delito como hecho malicioso (ésto es, doloso) y de la imprudencia como hecho que no constituye delito, si bien son «equivalentes», según la pena que se les asigna, a los hechos maliciosos (delitos) que la ley castiga como graves, menos graves o faltas. De este modo intentaba Silvela hacer realidad visible la doctrina por él sentada respecto al derecho vigente; o sea que el artículo primero

(8) DORADO MONTERO, *De Criminología y Penología*, Madrid, 1915, p. 139.

(9) FRANCISCO SILVELA, *Proyecto de Código penal presentado a las Cortes en 27 de diciembre de 1884*, Madrid, 1885. Del mismo, *Discurso de apertura del año judicial 1884 1885*.

definía los delitos dolosos únicamente y el 581 (hoy 565) las imprudencias o negligencias, las cuales no serían, pues, delitos. Tal preocupación le llevó a resucitar un precepto del Código penal de 1822, desafiando el común sentir que nunca podría comprender la razón por la cual hechos castigados por la ley penal con penas; hechos comprendidos en el libro segundo del Código penal bajo la rúbrica general de «Delitos y sus penas» (a los que se aplican cotidianamente los preceptos generales del libro primero), no sean delitos. Todo ello contra la interpretación histórica (que hacía notoria la reunión en el concepto del art. 1.º de los delitos y las culpas definidos en el Código del 22) y también de la teoría clásica de la culpa, que la definía como una voluntaria omisión de diligencia. En definitiva, el artículo 581 (hoy 565) contiene una clasificación de los delitos definidos en el artículo primero, en dolosos y culposos, a efectos de establecer las penas de los segundos en relación con las de los primeros, a las cuales no pueden igualarse (10). La ventaja única del Proyecto Silvela en esta materia fue reunir en un mismo capítulo las definiciones del delito doloso, del culposo y del caso fortuito; hoy diseminadas y en lugar inadecuado el caso fortuito y los delitos culposos bajo el nombre de imprudencias o negligencias.

Otras consecuencias del doctrinarismo de Silvela fue el exagerado subjetivismo de algunos preceptos, en contraste con el objetivismo mantenido en otros. Bien venido sea el primero; pero no se puede prescindir del valor dado socialmente al resultado y de la función de garantía desempeñada por éste. Manifestación de aquella tendencia es la definición de la tentativa: se daría ésta cuando el culpable, con intento de cometer el delito, ejecuta todos los actos necesarios a su juicio para realizarlo. La extensión es desusada, pues las legislaciones que castigan el delito imposible suelen darle un tratamiento especial (11).

Dividiáanse las eximentes en causas de justificación y causas de inimputabilidad; clasificación que del libro de Silvela había pasado al Código portugués y luego fue adoptado también por el español de 1928. Aun sustituyendo el término imputabilidad por culpabilidad, la clasificación era más propia para un tratado que para un Có-

10) En los Códigos anteriores al del 32 se veía esto más claramente; pero no hay el menor indicio de que los redactores de la reforma en aquella fecha pretendieran una reforma tan trascendental como excluir las imprudencias del catálogo de los delitos. En aquellos se decía: «si mediare malicia constituiría un delito grave», y luego, «si mediare malicia constituiría un delito menos grave». Se trataba, pues, de un precepto de referencia para dejar sentado que las infracciones culposas habían de tener siempre una pena menor que las dolosas correspondientes.

Silvela no fue seguido en su opinión sobre este tema por los autores contemporáneos que le eran adictos en lo demás. Véanse: CASTILLO SORIANO, *La Reforma del Código penal español*, Avila, 1896, págs. 97 y ss.; NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría del Código penal* (libro escrito en colaboración con Bernaldo de Quirós), Alcalá, 1896, págs. 184 y ss.; GROTZARD, *El Código penal de 1870*, t. VIII, págs. 390 y ss.

(11) Véase NÚÑEZ BARBERO, *El Delito imposible*, Salamanca, 1963, *passim*.

digo; pues es discutida la naturaleza de alguna de estas eximentes como la obediencia debida, o tiene dos aspectos como la legítima defensa, causa de justificación cuyo exceso puede ser causa de inculpatibilidad.

En las eximentes predominan los conceptos del Proyecto de Alonso Martínez con adiciones, nada felices algunas.

Se conserva, con relación al Proyecto anterior, la amplitud dada a los estados de incoscienza, y se añade: si fuera provocado por la embriaguez no buscada de propósito, los tribunales, a su prudente arbitrio, aplicarán las penas señaladas a la imprudencia temeraria o a la simple, según las circunstancias del caso, al que en aquel estado incurra en alguna omisión que la califique de delito o falta. El que en el mismo estado ejecutaba un hecho que la ley califique de delito o falta, será castigado conforme al artículo 93 (núm. 2 del art. 30). Y el 93 castiga el hecho con una pena discrecional que no podía ser inferior a la mitad de la que le correspondería si hubiera realizado el hecho con malicia. Tales preceptos nos dejan perplejos: en primer término es defecto del sistema tratar de la aplicación de la pena en el capítulo destinado a las causas que excluyen la responsabilidad; pero tratarla de un modo incompleto, pues una parte de la norma se deja para el título III dedicado a la relación entre los delitos y las penas. Y sorprende más el distinto tratamiento según la conducta consiste en una omisión o en un hecho (al parecer quiere decirse una acción). Frente a tal criterio, debe sostenerse la posibilidad, no ya de una omisión solamente, sino también de acciones realizadas en completa incoscienza en estado de embriaguez, y, siendo ésta fortuita, debe llegarse a la eximente (12).

La legítima defensa era considerada, como en el Proyecto anterior, limitada a ciertos bienes jurídicos, con la sustitución del honor por la honestidad. La inculpatibilidad del exceso se extendía a los mismos casos allí señalados. La obediencia debida y el cumplimiento de un deber, en el Proyecto anterior unidos en un mismo número, en el de Silvela se separan. Más se añade a estas figuras unos párrafos interpretativos casuísticos, inútiles o peligrosos en cuanto permiten interpretaciones amplificadoras. Al cumplimiento de un precepto legal: «el que en el ejercicio legalmente autorizado de actos de custodia de propiedades, rentas o impuestos, ejecuta hechos que están justificados por la necesidad de cumplir sus deberes con eficacia ante la resistencia obstinada de los infractores». A la obediencia debida: «En su consecuencia, estarán exentos de responsabilidad por los actos que puedan imputárseles como delitos o faltas, los que, requeridos por la autoridad para concurrir a la persecución de delincuentes o a la prestación de algún servicio público, cumplan el encargo que hayan recibido sin ex-

(12) SILVELA, en *El Derecho penal*, 2.^a ed., parte primera, pág. 178, se extraña de que en algunos Códigos, como en el nuestro, que admite los delitos de omisión, no se aprecie como eximente la embriaguez de tercer grado que produce atonía o colapso.

cederse innecesariamente y con notoriedad en el desempeño, sin perjuicio de exigirse la responsabilidad ante quien corresponda, a los jefes o autoridades que hayan dado las órdenes» No creo que tales párrafos deban atribuirse a don Luis Silvela, cuyo mejor estilo está patente en sus publicaciones, sino a empíricas exigencias de los gobernantes. El agregado al cumplimiento de un precepto legal nos recuerda un comentario de Groizard: «El atentado es uno de los delitos que más frecuentemente se comete entre nosotros. Causas: el apremio en materia de contribuciones y la embriaguez» (13). Lo añadido a la obediencia debida quizá sea consecuencia de aquellas milicias, no profesionales, creadas contra el bandolerismo pujante en los tiempos de la revolución de septiembre y guerras carlistas. Las dos palabras «excederse» e «innecesariamente» parecen apuntar a la disculpa por excesos que entonces parecieron inevitables.

Que para las atenuantes se había tenido en cuenta el Proyecto italiano de Mancini (14) nos dice Silvela en la Exposición de motivos. Son dignas de mención: el arrepentimiento activo en varias manifestaciones, que luego pasaron al Código de la Zona española de Marruecos, al español de 1928 y a los posteriores. En la última atenuante: «Cualquiera otras circunstancias anteriores sumultáneas 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». Su antecedente es la del Proyecto de 1882, del cual preferimos «las condiciones y estado del delincuente», a la «perversidad» del de Silvela, vocablo que, según el diccionario significa «suma maldad de las personas», pues parece significar que todos los delincuentes son más o menos perversos; cuando es verdad que hay algunos, autores de los llamados delitos artificiales, a quienes no se debe aplicar tan despectiva apelación.

En las circunstancias agravantes se mantenía para la alevosía la fórmula del Código del 50, pero con la ampliación de «el empleo de medios que debiliten la defensa». Por una de las singularidades de Silvela, la reiteración y la reincidencia no se trataban como agravantes, sino como acumulación de delitos (15), por lo cual pasaban al título de la «Relación entre los delitos y las penas» (tít. III, cap. II del libro I) en compañía del concurso y del quebrantamiento de condena (art. 114). En caso de reincidencia se impondría al reo la pena inmediatamente superior en grado a la marcada por la ley al delito o falta cometidos. Si fuera doblemente reincidente, los tribunales, a su prudente arbitrio, podrían aplicar, según las circunstancias y el número de reincidencias, la pena superior en uno o dos grados, pero en ningún

(13) GROIZARD, *El Código penal de 1870*, t. III, Burgos, 1874, pág. 447.

(14) *El Proyecto de Código penal italiano presentado por MANCINI*, a cuya colaboración habían contribuido las primeras figuras de la ciencia penal clásica de aquel país, fue traducido por D. Vicente Romero Girón y publicado por la «Revista de Legislación y Jurisprudencia» con tirada aparte. (Contenía sólo la parte general), 1879.

(15) Así se manifestaba ya en el Tratado de Silvela, parte segunda, pág. 188.

caso podrá exceder la duración de la pena impuesta, si fuera de privación o de restricción de libertad, del doble de la señalada al delito (art. 112). Y hay reincidencia cuando el culpable, al ser juzgado, haya sido ejecutoriamente condenado por otro delito o falta comprendidas en la misma sección del Código. Pero la reincidencia prescribía (como en el Proyecto de 1882) siempre que desde el cumplimiento de la condena anterior, hayan transcurrido diez años si la pena fuera aflictiva, cinco si fuera correccional y tres si fuera leve. Sin embargo transigiendo en parte con la doctrina vigente, el Proyecto Silvela concedía que «los tribunales, teniendo en cuenta las condiciones del culpable y la naturaleza de los delitos, podría dar a esta circunstancia el valor de una agravante (art. 112).

La codelinuencia era la parte más renovada por Silvela (con efectos en la legislación posterior). También aquí manifiesta una postura radicalmente subjetivista al castigar la inducción aunque el delito o falta no llegare a cometerse por causas ajenas a la voluntad de quien induce; y, en caso de cometerse, sólo serían responsables criminalmente los inductores de los actos a que se extendiera la inducción; pero no de los que con ocasión de ellos ejecuten las personas inducidas, ni de las consecuencias de las mismas a no ser que racionalmente hubieran debido de preverlas (núm. 3.º del art. 26). Otra doctrina silvelista, que ha tenido trascendencia a la legislación posterior, según veremos, fue la consideración del encubrimiento como delito distinto en vez de participación en el delito principal. El llamado favorecimiento pasaba al capítulo VI del título IV del libro II, el cual trataba de los «Delitos cometidos por los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones», «y por los particulares con infracción de los deberes impuestos a los mismos en interés público». Y si la exclusión de la parte general es recomendable, no es propio incluirlo en un título dedicado en su mayor parte a los delitos de los funcionarios públicos. La receptación, excluida también de la participación, pasaba al título de los delitos contra la propiedad y precisamente al capítulo relativo al hurto. Lo cual tampoco es un acierto, pues el aprovechamiento puede ser de bienes obtenidos por otras especies de delitos.

La mayor fidelidad al Proyecto de Alonso Martínez v la más laudable está en la simplificación del sistema de penas. El número de ellas quedaba reducido a 17 (en el Cód. del 70 eran 20; en el Proyecto del 82, 15). Se suprimían las cadenas, la degradación, los confinamientos, las repreciones. Con relación al Proyecto de Alonso Martínez. se volvían a incluir el extrañamiento perpetuo y el presidio, suprimidos en aquél. La suspensión de un periódico pasaba a ser en el de Silvela un complemento de pena. Lo más original del Proyecto que estudiamos era la inclusión, después del artículo dedicado a las penas. de una serie de «consecuencias del delito o complementos de las penas». En los cuales quedaban comprendidos: el comiso, la suspensión o supresión de las entidades o personalidades jurídicas cuando sus individuos delincan por los medios que las mismas les proporcionen...;

la caución de conducta; la vigilancia de la autoridad; ciertas interdicciones civiles o inhabilitaciones administrativas y la publicación de las sentencias en varias infracciones que se nombran. Como algunas de estas consecuencias o complementos se encontraban antes entre las penas, el número de penas es en realidad algo mayor que lo aparente por la lista de las que conservan este nombre; pues, en efecto, algunas de ellas han pasado a la de los complementos o consecuencias; pero otras de éstas vienen a representar un anticipo de las llamadas después medidas de seguridad.

En el mismo capítulo, que lleva por nombre «Clasificación, división y duración de las penas», se incluyen las normas sobre la ejecución de la pena de muerte. En el Proyecto presentado por el Ministro a las Cortes se declaraba que la ejecución se anunciaría por toque de campana. Don Francisco Silvela defendía la publicidad de las ejecuciones por la incultura y desconfianza respecto a los actos del poder de ciertas gentes del pueblo español. ¿Pensaría acaso en algunos bandidos en torno a los cuales se había formado una leyenda, y los creían vivos después de haber sido ejecutados en virtud de un juicio sumarísimo? Pero luego, la Comisión dictaminadora del Proyecto presentado en el Congreso, suprimió la publicidad de la ejecución, aunque no la exposición del cadáver durante seis horas después de la ejecución.

Las penas perpetua de reclusión y de relegación se reducían a la duración efectiva de treinta años mediante un expediente de indulto..., a no ser que por la conducta del reo u otras circunstancias graves no procediese la concesión de la gracia (art. 45). Diferencia con el Proyecto del 82 era que en éste la reducción era determinada por el tribunal sentenciador; en el del 84 era competencia del Gobierno por los trámites del indulto. En la Exposición de motivos se justificaba la variación: razones de prudencia aconsejaban que a un tribunal, por autoridad meramente delegada, se atribuya una porción del derecho de gracia. Distinto era el criterio para el extrañamiento perpetuo: «por mucha que sea la fuerza que quiera darse a la doctrina rehabilitadora, no cabe aplicarla a delitos políticos, como son los castigados con dicha pena».

Finalmente, por lo referente a la ejecución de penas, aparece la autorización al tribunal sentenciador para conceder el abono de las multas a plazos, siempre que el pago se garantice con retención, embargo, hipoteca de bienes o derechos propios del penado, sin que en ningún caso pueda admitirse la fianza o responsabilidad subsidiaria de un tercero (art. 60). En cuanto a la ejecución de las penas privativas de libertad, desaparecían —como en el Proyecto de Alonso Martínez— las normas tan casuísticas del Código del 70, y en una disposición transitoria situada al final del Proyecto, se autorizaba al Gobierno para modificar por decreto el sistema y régimen penitenciarios, estableciendo la libertad provisional revocable de los penados, a la par que se reglamenten las instituciones de patronato, determinando la intervención de los tribunales en todo lo concerniente al cumplimiento de las penas.

La disposición imita a otra igualmente transitoria del Proyecto del 82: sólo que en éste se hablaba de leyes y el del 84 la disposición transitoria autoriza al Gobierno para hacer análogas modificaciones por decreto.

Siguiendo el orden del Tratado de Silvela, tras el título II relativo a las penas, en el cual se comprende su ejecución, sigue el III sobre la «Relación entre las penas y los delitos, o sea, la aplicación a éstos de aquéllas». Sorprenden que tanto la tentativa como la frustración y la complicidad determinen una rebaja de la penalidad de varios grados. Mas siendo real el descenso, ha de tenerse en cuenta que en las escalas graduales no figura cada pena como un grado de las mismas, sino que está dividida cada pena en dos o tres grados de la escala. Consideración especial se concede a la embriaguez: quienes en tal estado queden privados de conciencia y ejecutaren un delito o falta sería castigado con una pena discrecional, no inferior a la mitad de la correspondiente al hecho ejecutado con malicia. Y, en general, las imprudencias o negligencias —que, como ya sabemos, para D. Luis Silvela y el Proyecto, no tienen la categoría de delitos— serían castigadas al prudente arbitrio de los tribunales sin que pudiera exceder la pena de dos años, de un año o de seis meses según las tres categorías que la imprudencia podría tener. Con una notable adición: si el culpable hubiera omitido algún cuidado especial que debiera tener por razón de sus funciones, la pena podría doblarse e incurrirse además en inhabilitación. Curioso antecedente de la culpa profesional, concepto inexistente en los anteriores proyectos e incorporado al Código penal vigente en 1963.

Dignas de mención, en cuanto precursoras de modificaciones posteriores en el Código, eran las normas relativas al concurso de delitos. Para la acumulación de penas en el caso del llamado real o material se establece el límite del triple de la pena mayor y, en todo caso, el de cuarenta años. La reducción se aplicaría también a las penas impuestas en distintos fallos, y, si éstas han sido dados por diferentes tribunales, se remitirían las actuaciones al tribunal superior. Cuando un mismo hecho constituyera dos o más delitos o faltas o cuando uno de ellos hubiera servido de medio para cometer el otro, se impondría la pena del más grave en su grado más alto, o, al prudente arbitrio judicial, la pena inmediatamente superior. Y, si los hechos, aunque constitutivos por sí mismos de otros tantos delitos o faltas, tuvieran entre sí tal conexión que debieran ser apreciados como una sola acción continua, se aplicaría en su grado máximo la pena correspondiente a la totalidad de la acción.

Mas si la aplicación de estas reglas resultase, a juicio del tribunal, más «dura» que la imposición de las penas correspondientes a las dos o más infracciones, se impondrían todas estas penas (art. 111). Como vemos, con tales disposiciones se adelanta el Proyecto a la modificación que en el artículo 90 del Código de 1870 (71 del vigente) se hizo en 1908, e incluso al párrafo final del artículo actual 70 introducido por la ley de 1967. Última reforma de gran timidez, al exigir para aplicar la limitación que las penas impuestas en distintos procesos, pudieran

haberse enjuiciado en uno solo por la conexión de los hechos. Subrayemos también que, al referirse a la posibilidad de apreciar varios hechos, constitutivos por sí mismos de otros tantos delitos o faltas, como una sola acción continua, aparece la noción, todavía imprecisa, del delito continuado.

Al llegar a la prescripción, no podía por menos D. Luis Silvela que recordar dos de sus donosos cuentos publicados en «El Imparcial» (año 1880) y recogidos dos años después en el ya citado librito *El Código penal y el sentido común* (Madrid, 1886) con el seudónimo de Elías Visllú, y dirigidos a burlarse de las supuestas excelencias del Código de 1870. Para evitar que «no se perdone ni se olvide» (como en el caso de una persona respetable y de edad avanzada, perseguida con fines caciquiles por el robo de un pavo realizado humorísticamente en su lejana juventud) era necesario que el plazo para la prescripción del delito comenzase a contarse al ser cometido el delito, no al ser descubierto. Para suprimir «la pena del torpe» (o sea, los últimos diez años del condenado a treinta, mientras su codelincuente fugado podía por la prescripción de la pena a los veinte, visitar a su compañero y ofrecerle su protección gracias a la fortuna adquirida manejando el producto del botín) el Proyecto estudiado extendía el plazo para la prescripción de la pena al doble del de duración de la mayor de las impuestas en la sentencia, sin que nunca pudiera bajar de treinta años.

Pasando a los delitos en particular, observaremos que los delitos contra la Religión no ocupan el título primero del libro segundo, como en el Proyecto de Bugallal, sino que se integran entre los delitos contra la Constitución; pero sí en el de Alonso Martínez había una sección dedicada a un concepto tan general como la violación de los preceptos constitucionales en materia de religión y culto, donde se atendía en primer término a la protección de la religión del Estado y secundariamente a los demás cultos (e incluso el de Bugallal sancionaba en el art. 144 las conductas contrarias al precepto constitucional de la tolerancia) el de Silvela se limitaba, entre las infracciones contra la Constitución, a las conductas contrarias a la religión del Estado, llevando al título de los delitos como la libertad, las vejaciones o apremios por las ideas o prácticas religiosas con arreglo a las leyes (artículo 554). En cuanto al concepto de manifestación pública (prohibidas por la Constitución a otros cultos) los Proyectos de Bugallal y de Silvela comprendían los signos puestos a los muros exteriores.

El título V se dedicaba a los «Delitos contra la seguridad general», comenzando como más graves, por el incendio y los estragos. En el capítulo cuarto del mismo título se insertaban los contrarios a la seguridad general y la provocación a cualquier otro delito. Dentro del mismo reaparece la figura de la vagancia, suprimida en el Código del 70 (pero para constituirla en circunstancias agravantes, con lo cual los efectos podían ser mucho más graves). En el Proyecto ahora examinado, reaparecido el delito de vagancia, la pena es solamente la de destierro o un arresto de un día a seis meses, y es potestativo de-

clararlos sometidos a la vigilancia de la autoridad. Mas para que fuera punible la vagancia era necesario una de las siguientes circunstancias: ser los vagos aprehendidos disfrazados o llevando pasaportes, cédulas de vecindad o certificados falsos o armas cuyo uso no esté justificado a juicio del tribunal, o que tenga en su poder objetos de valor que racionalmente pueda presumirse que provienen de un delito. Correspondían estos conceptos a los llamados por los clásicos infracciones de sospecha; hoy los comprenderíamos en la peligrosidad social con la aplicación consiguiente de medidas de seguridad.

El título de las falsedades (VII) no solamente mantiene la benignidad del anterior Proyecto (consistente en rebajar las penas de quienes no ocasionen perjuicios considerables ni hayan producido escándalo (art. 458) sino que para una parte de las falsedades (las de signos públicos y las de valores monetarios) se exime de pena cuando se dé una especie de arrepentimiento activo: a los que antes de consumada la falsedad o de haber hecho uso de los objetos o efectos falsificados y de haberse incoado procedimiento criminal sobre el delito, lo denunciaren a la autoridad, revelando los nombres de los codeincuentes y facilitando la detención o captura. Mas los tribunales, al aplicar esta excepción, declararán, sin embargo, sujetos a vigilancia de la autoridad a los comprendidos en ella.

El título de delitos contra las personas comprenden, a diferencia del Código del 70, en un mismo capítulo, bajo el epígrafe «Delitos contra la vida», el homicidio, el parricidio, el asesinato, el infanticidio, el aborto y el auxilio para el suicidio, con la posibilidad, en este último, de rebajar la pena hasta cuatro grados. En el capítulo sobre las lesiones desaparece la figura de la castración, quedando, pues, comprendida en las mutilaciones. Y en una serie de disposiciones especiales se trata del disparo de arma de fuego, que había de ser castigado como tentativa de homicidio, «salvo los casos que obliguen a aplicar las reglas generales».

En los delitos contra la libertad y la seguridad (tít. XIII) es una de las novedades más dignas de mención y encomio la ampliación del capítulo dedicado al abandono de niños, extendiendo la represión al de personas desvalidas. Se aumentan las penas en el primer caso y quedan incorporados los preceptos de la ley de 1878 sobre ejercicios peligrosos de los menores.

Digno de particular mención, por los problemas que ha planteado a juzgadores y comentaristas, es el tratamiento del robo con violencia o intimidación en las personas. El Código del 70, lo mismo que el actualmente vigente, sólo toma en cuenta para determinar las penas las violencias personales y sus resultados, sin atender a la valoración de lo sustraído. Lo cual ha permitido algunos casos de apoderamiento de grandes cantidades en que la violencia o intimidación en las personas actúa a favor del reo. Para evitar tal contrasentido, el Proyecto Silvela comienza por establecer para el robo con violencia o intimidación en las personas una penalidad según la cuantía: dos años y un

día de prisión hasta diez años de presidio si lo robado no excede de 25.000 pesetas; diez años y un día hasta catorce de reclusión cuando exceda de 25.000 pesetas. A continuación se reproduce la norma del Proyecto de 1882 acerca del robo con resultado de muerte de alguna persona que no haya tenido participación en el delito. Y, finalmente, si con motivo u ocasión del robo se hubiere cometido otro delito, los tribunales harían aplicación de lo dispuesto para el concurso de delitos. Claro está que por aquí se podía haber empezado; pero de todos modos lo transcrito es superior a lo actual. La ampliación del robo a los casos de extorsión por amenaza de divulgar secretos o de emplear cualquier otro medio análogo de difamación, y la agravante de doméstico o el grave abuso de confianza para el robo con fuerza en las cosas, constituyen otras modificaciones con relación al Código entonces vigente.

En las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, a diferencia del Código del 170, que castigaba a quienes se coligaran con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo o regu-las sus condiciones (art. 556) el Proyecto Silvela castiga solamente a quienes empleen violencias o amenazas o ejercieren cualquier otra coacción. Con lo que se adelanta a la ley de huelgas de 1909, dada por el Gobierno de Maura.

El Proyecto fue dictaminado por una Comisión de la que formaban parte don Luis Silvela y don Francisco Lastres, ambos conocidos como penalistas. Los restantes eran el Marqués de Vadillo, Marqués de Trive, Amorós, Iglesias, que no tenían significación como especialistas. La Comisión hizo pocas modificaciones, pero dos de ellas sustanciales y, por su alcance político, es de suponer se hicieran de acuerdo con el Gobierno: una de ellas se refería a la ejecución de la pena de muerte, la otra a los delitos publicitarios. En el dictamen de la Comisión se declaraba que en los diputados figurantes en la misma, uno se había manifestado tenazmente abolicionista del castigo capital; mas no se dice quién era. Sin dar solución al enigma, dedicamos una nota a las publicaciones y tendencias en ellas manifiestas de los especializados como penalistas (16).

Hemos hablado ya de la ejecución de la pena de muerte, tema en el cual pareció llegarse a un término medio: prevaleció la opinión de suprimir la publicidad como ya se establecía en el Proyecto del 82,

(16) SILVELA, en la primera parte (edición primera) de su «Derecho penal», decía (pág. 268): «La reclusión durante la vida del penado y su muerte no ayudan, sino que hacen imposible el restablecimiento del derecho»; pero en la segunda parte (o sea, la dedicada al Derecho español, pág. 338) publicada el año 1879, leemos: «Dejando aparte la cuestión teórica y de política criminal sobre si es legítima o debe abolirse en nuestro país en las circunstancias presentes...» Parece, pues, adoptar respecto a España una posición dubitativa. D. Francisco Silvela, en la Exposición de motivos del Proyecto, manifiesta una opinión favorable, no sólo a la pena de muerte sino también a las ejecuciones públicas. LASTRES fue defensor de criterios humanistas en sus publicaciones sobre materias penales: *La cárcel de Mañrid*, 1877. *Estudios sobre sistemas penitenciarios*, 1876. *D. Bosco y la caridad en las prisiones*, 1888. *La Prisión preventiva y sus efectos*, 1895.

pero se atendió a los escrúpulos de don Francisco Silvela (manifiestos ya en su Discurso en la inauguración del año judicial) mediante la exposición pública del cadáver, «en cementerio, capilla u otro lugar a propósito de fácil acceso» (art. 44). El espectáculo seguía siendo malo, pálido recuerdo de los «cuartos» en los caminos expuestos en el antiguo régimen, pero igualmente inútil pues no es de creer, por desacreditado que esté un Gobierno, que las multitudes deconfían a la vez de su rigor y de su veracidad.

Más importancia tenía la adición de un libro cuarto al Código; libro destinado a los delitos de imprenta. Había sido una aspiración de los liberales que a los delitos de esta clase se les juzgase conforme al Código penal y es sabido el reproche formulado, al discutir el Código del 70, contra el Gobierno que había encontrado el modo de insertar con arte en aquel cuerpo legal una ley especial. En 1885 lo intentado era ya mantener una ley especial sin disimulo, adhiriéndola sin escrúpulos al texto del Código penal. Mas lo peor era la desigualdad del tratamiento según la especie del delito y la naturaleza del sujeto pasivo (17).

Los delitos y faltas a que se refiere este libro sólo serían punibles cuando se hubieran consumado, y se considerarían consumados: los libros y folletos cuando se hubieran repartido más de seis ejemplares o se hubiera puesto algún ejemplar a la venta. En las publicaciones periódicas y hojas sueltas, cuando se haya extraído más de seis ejemplares del establecimiento en que se haya hecho la tirada. En los carteles, cuando se haya fijado alguno en cualquier paraje o establecimiento público, o se haya repartido más de seis ejemplares. Cuando sea conocido y quede sujeto a la autoridad del tribunal el que haya redactado el escrito o trazado la estampa, pero resultare insolvente para hacer efectivas las responsabilidades civiles, se exigirían subsidiaria y sucesivamente al director, editor y al jefe del establecimiento tipográfico (art. 660). El tratamiento penal de estos delitos era radicalmente desigual; los contrarios a la seguridad exterior del Estado y algunos del título segundo del libro tercero (los de lesa majestad o los que provoquen discordia o desobediencia en el Ejército) o el de provocación al delito, estarían sujetos a la misma penalidad que si no se hubieran realizado por los medios publicitarios. Los demás delitos o faltas estarían castigados solamente con multa. Mas cuando el delito se hubiere cometido en una publicación periódica, el tribunal acordará como complemento de pena la suspensión en los casos que se determinan. Podrá durar de cinco a cincuenta días si la publicación fuera diaria. Si no lo fuera, por 3 a 30 números. Cuando se cometa un delito que lleve consigo la suspensión del periódico ya suspendido tres veces, y el tribunal estime el propósito de seguir delinquiendo... se decretará la suspensión por el término de un año. Y si los tribunales

(17) Véase: *Dictamen de la Comisión del Congreso en «Diario de Sesiones»* (18 de abril 1884), el cuarto libro, en págs. 61 a 63.

estiman excesivas las penas personales —teniendo en cuenta el grado de malicia, el momento y las circunstancias— no siendo el delito de lesa majestad— podrían rebajar a su prudente arbitrio aquellas penas o conmutarlas por otras, siempre que fueran inferiores a las que resultarían de la rigurosa aplicación de las disposiciones del Código. El contraste es notorio: rigor en los delitos contra el Estado o el Ejército; lenidad en los demás. Rigor con la prensa periódica, a diferencia de otras publicaciones. Para explicarnos tal actitud debemos recordar algunos antecedentes de la política seguida por quien presidía el Gobierno.

Desde que el 10 de noviembre de 1810 las Cortes de Cádiz proclamaron la libertad de imprenta, después de un apasionante discurso pronunciado por don Agustín Argüelles, se habían dado multitud de disposiciones sobre este tema con distinto carácter según la ideología y habilidad de los Gobiernos. El de la Unión liberal, presidido por O'Donnell, teniendo a Canovas del Castillo como ministro de la Gobernación, había modificado primero y sustituido después una muy rigurosa ley del anterior ministro Nocedal. La nueva, de 1857, intentaba, al parecer, seguir una línea media, como correspondía a un partido político formado por antiguos moderados y progresistas; pero no logró el difícil empeño. Mantenía dicha ley un juez de imprenta y un tribunal especial presidido por el mismo, pero anunciaba la constitución de un tribunal de Jurados, el cual nunca nunca llegó a funcionar. Era rebajado el depósito previo y las penas pecuniarias. No había fuero privilegiado para los delitos de imprenta, pero los militares que delinquieren por medio de ella quedarían acogidos a la Ordenanza del Ejército. Asimismo serían juzgados por los tribunales que establecerían las Ordenanzas, con sujeción a la citada, los escritos que tendiesen a rebajar la fidelidad o disciplina de la fuerza armada de un modo que no esté previsto en las leyes militares. Es imposible —dice Eguizabal— dictar una disposición más insensata e improvisada. Consecuencia fue que los periódicos dejaron de ocuparse de asuntos militares (18).

Es evidente que el sistema del Código del 70 con su circunstancia modificativa mixta, la determinación del autor por el sistema llamado de las cascadas, y el delito de provocación para delinquir, realizada mediante procedimiento de publicación (arts. 582 y 583) no se consideraban ya suficientes para la defensa del régimen político. El primer Gobierno de la Restauración había aceptado procedimientos dictatoriales para suspender los periódicos de la oposición, pero, impuesta, al consolidarse la Restauración, la necesidad de legalizar el régimen, ya no podía manifestarse suficiente «introducir con arte en el Código penal una ley especial», como se dijo en los debates sobre el del 70 (19), y, apartándose de los abundantes precedentes en el siglo,

(18) EGUIZÁBAL, *Apuntes para una historia de la legislación española sobre imprenta desde el año 1480 hasta el presente*, Madrid, 1874, pág. 233.

(19) NÚÑEZ BARBERO, *La Reforma penal de 1870*, Salamanca, 1829, pág. 27.

en vez de una ley independiente, se adhirió al Código nada menos que un libro cuarto, donde se encuentra la aplicación a los delitos de imprenta de los preceptos comunes, más también otros especiales cuya crítica ya hemos insinuado. Es probable que si el Proyecto Silvela hubiera sido discutido, el nuevo libro hubiera dado lugar a apasionados debates.

Lo cual no ocurrió porque la muerte de Alfonso XII determinó una crisis ministerial: a Cánovas sucedió Sagasta y a Francisco Silvela reemplazó Alonso Martínez en la cartera de Gracia y Justicia.

IV. CRÍTICA E INFLUENCIAS DEL PROYECTO SILVELA.—Si el de 1880 y el de 1882 han sido poco conocidos por los penalistas españoles de la siguiente centuria —con notoria injusticia sobre todo por lo referente al segundo—, el de los hermanos Silvela ha sido objeto de grandes alabanzas y de repetidas imitaciones sobre ciertos puntos concretos.

Don Jerónimo Vida, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Salamanca, fue duro en su crítica, a la cual dedicó un opúsculo (20), cuya síntesis es: la diferencia en la preparación de un Proyecto de Código penal, el cual iba a unificar la legislación penal italiana, para la cual el ministro Mancini requirió el consejo de Tribunales, Universidades, Colegios de abogados y otras personas acreditadas como penalistas, Silvela había tratado de imponer «su sello personal y de partido», sin consultar a quienes hubieran podido asesorarle (21). Así el Código español sería, en lo fundamental el viejo Código, y «ni por asomo resuelve y ni siquiera plantea, ninguna de las cuestiones que por entonces se agitaban en la ciencia penal». Aún sin participar en las exageradas alabanzas tributadas al Proyecto Silvela por la mayoría de los penalistas españoles, el juicio de don Jerónimo Vida me parece excesivamente riguroso. A don Luis Silvela le encomendaron la adaptación del Código de 1870 a la Constitución de 1876; hubo de aceptar por disciplina de partido ciertas imposiciones que pesaron sobre su criterio, generalmente bueno, y, por otra parte, se inspiraba en las doctrinas de la escuela correccionalista, que profesaba al menos en parte, y que tampoco habían de ser aceptadas en su totalidad por los políticos, quienes las consideraban utópicas, ni tampoco el Estado español podía permitirse la erección del número necesario de penitenciarías celulares, cuyo régimen era un dogma de la doctrina de Röder, adoptada por la escuela correccionalista española.

Dorado Montero se limitó a decir que el Proyecto de Silvela «tenía poco de notable», más el lugar donde lo dijo no se prestaba a juicios más extensos (22).

(20) JERÓNIMO VIDA, *El Proyecto de Código penal. Apuntes críticos*, Madrid, 1885.

(21) MANCINI, *Proyecto de Código penal italiano*, trad. de Romero Girón, Madrid, págs. 605 y ss.

(22) *Enciclopedia Jurídica Seix*, primera edición, tomo 6, págs. 605 y ss.

Réplica al ataque de don Jerónimo Vida fue un folleto titulado: *Proyecto de Código penal del Gabinete liberal conservador, comentado por los extranjeros. Juicios críticos de Garofalo, Lehr y Kirchenheim*. Madrid, 1887 (23).

De estos autores el más calificado es el magistrado Garófalo. En el «Archivio di Antropologia, Psiquiatria e Medicina legale» publicó un artículo con el título: *Il progetto del Codice penale spagnolo presentato alle Cortes il 29 dicembre 1884 dal Ministro de Grazia e Giustizia d. F. Silvela* (1885). Alaba ciertos aspectos por el subjetivismo, como el incluir en la tentativa el delito imposible y hacer punible la inducción aunque el delito no hubiera llegado a cometerse por causas ajenas a la voluntad del inductor. Garófalo califica este precepto de «triunfo», aunque la verdadera doctrina (esto es, la de la escuela positiva) va más lejos, pues considera como delitos perfectos los hechos del mandato aceptado». Encomia también otros preceptos procedentes de los Códigos españoles anteriores: así la atribución al tribunal sentenciador del internamiento en un hospital adecuado de los enfermos mentales que hubieran cometido un delito, a diferencia de las leyes italianas que atribuían esta competencia a las autoridades administrativas. No estaba conforme Garófalo con el tratamiento dado al reincidente por el Proyecto español, que se limitaba a imponer la pena superior en uno o dos grados; solución no aceptable para la escuela positiva. Encontraba escaso el uso que de la relegación hacían los legisladores españoles. Como no podía menos de ser, Garófalo, partidario de la pena de muerte «contra la corriente», se manifestaba satisfecho de la conservación en España del castigo capital tanto en el Código vigente como en el proyecto de Silvela. Se manifestaba también a favor del plazo de los treinta años, exigido por el proyecto español para la prescripción del delito en casos para los cuales el Proyecto Zanardelli se contentaba con veinte, y también de la interrupción del plazo prescriptivo por la comisión de un nuevo delito. Encontraba inmejorable la agravación de la pena para las lesiones ignominiosas; la gravedad reconocida al secuestro y al estupro violento (violación). En cambio le parecían demasiado graves las penas conminadas a los duelistas. Como vemos, de los preceptos ponderados por el famoso criminalista italiano: unos se encontraban ya en el Código de 1870; otros proceden de la tendencia subjetivista derivada en España de la doctrina correccionalista y coincidente en esa tendencia con el positivismo. Coincidencia, claro está, muy parcial, reservada a algunos temas; pues mientras aquella miraba a la enmienda, Garófalo perseguía la eliminación. Por ello no deja de consignar reservas: «el Proyecto Silvela —dice— no es ciertamente nuestro ideal... mas aunque en general sea grande la distancia, el criterio de oportunidad produce el acuerdo en muchos puntos». En definitiva, la escuela positiva, nacida en fecha entonces reciente, no había construido un sis-

(23) La portada del folleto no lleva nombre del autor, pero es de suponer la mano de los hermanos Silvela, que actuaban en legítima defensa.

tema jurídico viable (lo cual no ocurrió hasta la publicación del Proyecto Ferri es 1921 y sus *Principii di diritto criminale* (Turín, 1928). Pero se oponía al Proyecto Zanardelli, elaborado principalmente con los principios de la escuela clásica, y aprovechaba todas las ocasiones posibles para presentar la oposición: una de ellas le pareció a Garófalo el Proyecto Silvela en algunos de sus preceptos.

Lehr, abogado consultor de la Embajada francesa en Suiza, caballero de la Legión de honor, miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, condecorado con la orden de Carlos III, manifestó su relación afectiva con nuestro país por medio de un artículo titulado: *Les nouveaux Projets de Code pénal espagnol de 1884 et 1885*, publicado en la «Revue de droit international» (Bruxelles, Leipzig et París, 1885). Este extenso trabajo consiste principalmente en la traducción al francés de muchos de los preceptos del Proyecto español. La aportación crítica es muy escasa y no acusa el articulista gran información penalista. «La obra que tenemos a la vista —dice— es de las más notables, tiene por sí un valor excepcional y honra grandemente a los jurisconsultos que han cooperado a su realización.» Le llama la atención la calificación de tentativa a las absolutamente inidóneas, y también la distinción entre tentativa y delito frustrado, que tampoco se encuentra en otras legislaciones. Celebra la no aceptación por el legislador español de la fórmula francesa de las atenuantes genéricas, y también la concepción del encubrimiento como dos delitos distintos y no como participación en el delito principal. En materia de penas compara el número de ellas en distintas legislaciones para demostrar el exceso en la española: 16 en el Proyecto Silvela, 7 en el italiano, 3 en el Código holandés. Considera saludable el mantenimiento de la pena de muerte; pero se extraña de que como sanción única sólo figure en el atentado contra el soberano, faltando en casos como el del condenado a la más grave pena privativa de libertad que matare al guardián o a su compañero de prisión (a lo cual el traductor español opone que en esos casos funcionaría la agravante de reincidencia). Otras de las escasas objeciones de Lehr es la gravedad de las penas impuestas a los duelistas. Finalmente observa la ausencia de correspondencia entre lo que el Código español llama faltas y las contravenciones del Código francés. Y acepta como bueno el libro cuarto que la Comisión dictaminadora añadió al Proyecto.

Acusa mejor formación el trabajo del profesor Kirchenheim, de Heidelberg (24). En su opinión distínguese este Código por el número extraordinario de penas y por la restricción del arbitrio judicial. Demuestra un cuidadoso estudio de los clásicos extranjeros. En los artículos referentes al Derecho penal internacional (que faltaban en el Código de 1870) encuentra correspondencia con el derecho de los Países Bajos. Señala también el arbitrio judicial para castigar la imprudencia o negligencia. Entre las alabanzas, figuran las dedicadas

(24) KIRCHENHEIM, *Der spanische Strafgesetzentwurf* (1884), *Proyecto de Código penal español*, en la revista «Gerichtsaal», vol. XXXVII, págs. 421 y ss.

a las sanciones a las personas jurídicas y la determinación con que están definidas las figuras delictivas. Hace constar también que en delitos contra la Religión y en los delitos contra el Estado, el Proyecto español se separa de la legislación vigente en otros países.

Posteriormente fue el Proyecto español ensalzado por Hafter (25) como la más notable manifestación de la doctrina que afirma la responsabilidad criminal de las personas sociales (aunque Silvela cree, que la responsabilidad criminal es individual, sin embargo, de lo cual la suspensión y la disolución de las mismas tienen el concepto de complementos de la pena o consecuencia del delito).

Los Proyectos españoles son citados en obras de legislación comparada. La publicada, bajo la dirección de Liszt, por acuerdo de la Unión Internacional de Derecho penal, inserta la referencia que Rosenfeld hace de los Proyectos de Alonso Martínez y de Silvela (26) sin alusiones a su contenido. Y la *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrecht*, tomo IV de la parte general, al tratar Goldschmidt de la pena, menciona a Silvela (Proyecto de) y es el único español que cita. Como medidas de seguridad cita las consecuencias del delito establecidas por Silvela, incluyendo la suspensión de periódicos y la disolución de sociedades. También alude a la pena accesoria de privación de la patria potestad y de la tutela de quienes realizan delitos valiéndose de niños o contra niños. Pero no formula ningún juicio crítico.

A estas referencias extranjeras, esmaltadas algunas con elogios, concretados a determinados preceptos, han seguido con carácter más general notables penalistas españoles. Saldaña dice del de Silvela: «es el más científico de los proyectos españoles; es el más meditado y que dejó más huella en España y en el extranjero». «Es en parte una transacción entre los dos Proyectos de 1880 y 1882; la tradición y la renovación...», pero con soluciones y desenvolvimiento propio» (27). Y pondera particularmente las sanciones a las personas sociales, a través de las cuales considera el reconocimiento de la responsabilidad criminal de las mismas, no obstante lo que llama «teórica negativa» de Silvela (28). En cambio, al Proyecto de Alonso Martínez le considera Saldaña con «más propósitos de originalidad que logro de esencial renovación» (29) y llega a considerar preferible la definición del delito dada por Silvela (cuyos inconvenientes ya hemos visto) a la de Alonso Martínez, que en

(25) HAFTER, *Die Delikt und Straffähigkeit der Personenverbände*. Berlín, 1903, pág. 55.

(26) Véase la traducción española hecha de la versión francesa por Posada.

(27) SALDAÑA, *Adiciones al Tratado de Derecho penal* de von Liszt, t. I, pág. 559. Id., *La Reforma del Código penal*, Madrid, 1920, pág. 53.

(28) SALDAÑA, *Capacidad criminal de las personas sociales (Doctrina y Legislación)*, Madrid, 1927.

(29) No todos desdénaron los Proyectos de Alonso Martínez. Garrigues (Joaquín) en un trabajo de estudiante por la fecha, de maestro por el contenido, maneja los proyectos de aquél con elogio en *Ensayo de una crítica práctica sobre algunos puntos del Código penal*, Madrid, 1920.

realidad no es una definición del delito sino la expresión del principio de legalidad: tan necesario éste como inútil aquélla.

La superioridad del Proyecto Silvela ha sido proclamada por nuestros más afamados penalistas como Cuello Calón y Jiménez de Asúa (30) cuyo criterio hemos respetado sus discípulos. Pero en mi *Derecho penal, Parte general* (Madrid, 1949) tengo escrito: «El Proyecto Silvela es el más importante por una serie de aciertos parciales, recogidos en la legislación posterior» (pág. 65). Hoy no tengo inconveniente en ratificar esta opinión, reducida a los aciertos parciales y a los efectos sobre la legislación posterior; pero creo, después de un estudio más detenido, que no han sido debidamente estimados los elementos procedentes del Proyecto del 82, y que deben señalarse también errores originales del Proyecto Silvela, probablemente no imputables al insigne penalista —al menos en su conjunto— sino a exigencias políticas, como el libro cuarto añadido en el Congreso por la Comisión dictaminadora.

La popularidad del de Silvela se debe a su difusión: se hizo una edición particular a nombre de don Francisco Silvela, y, sobre todo, se debe a la segunda edición del Tratado, segunda parte, revisada por el sobrino, don Eugenio, donde se anota en varias materias los criterios del proyecto silvelino, pero no de los demás. El de 1882 no lo he encontrado, sino raramente, en alguna biblioteca y en el *Diario de Sesiones*. Es evidente, también, que el primero fue enviado al extranjero.

Una crítica imparcial, sin el prejuicio de poner al uno sobre el otro, obliga a reconocer en el de Silvela:

A) Elementos acertados procedentes del de 1882. En la parte general: el título preliminar sobre la ley penal; la amplia fórmula de los estados de incoscienza; la atenuante final, que abre el camino al arbitrio judicial para apreciar las condiciones personales del reo; la restauración del concepto de la alevosía de la reforma de 1850; y, principalmente, el sistema de penas, que en el de 1882 es mejor que en el otro). En la parte especial, la atenuación de las penas en ciertos casos de falsedades; elevar a quince días el límite inferior de la curación o incapacidad para que las lesiones fueran delito; la sustitución en el robo con homicidio de esta última palabra por «muerte de alguna persona que no hubiera tomado parte en el delito».

B) Mejoras propias, aportadas en el Silvela, eran: la atenuante del arrepentimiento activo (que tenían antecedentes en el Código de 1822); la sustitución del encubrimiento, participación en el delito principal por dos figuras de delito (aunque no estamos conformes con los títulos en que se encuadraron); los complementos de penas, entre los cuales aparecen sanciones equivalentes a las modernas medidas de seguridad; las normas sobre el concurso de delitos, mejoradas con relación al Proyecto anterior, incluso con aproximada previsión del delito

(30) CUELLO CALÓN, *Derecho Penal, Parte General*, 1.^a ed. Texto repetido en las sucesivas; JIMÉNEZ ASÚA, *Derecho penal*, I, § 245.

continuado; la mejor redacción de la vagancia como delito contra la seguridad, pero con limitaciones y sanciones razonables; la exención de penas en algunas falsedades; la inclusión en el mismo título de «Delitos contra la vida» del homicidio, el parricidio, el asesinato, el infanticidio y el aborto; la reducción del disparo de arma de fuego a tentativa de homicidio o de lesiones según los casos; el delito de abandono de personas desvalidas y no sólo de menores; la mejor regulación del robo con violencia o intimidación en las personas, mediante la consideración de la cantidad robada, y no sólo las violencias personales, llegando incluso al concurso de delitos.

C) Nos han parecido inadmisibles otras novedades: la restauración del concepto del delito tomado del Código del 22; la excesiva amplitud dada a la tentativa, incluyendo todo caso de delito imposible; el castigo de la inducción ineficaz; los párrafos explicativos de las eximentes de cumplimiento de un deber y de la obediencia debida, propicios a grandes abusos; el extravagante tratamiento de la embriaguez; la ejecución pública de la pena de muerte (sustituida, por la Comisión dictaminadora en el Congreso, con la exposición del cadáver) la protección en el capítulo de los delitos contra la religión solamente de la del Estado, sin ningún precepto alusivo a los otros cultos tolerados por el Estado, según la Constitución, y, finalmente, el libro IV adherido por la Comisión y dedicado a los delitos de imprenta, estableciendo un trato desigual según fuera el sujeto pasivo y el medio de la publicación.

En mayor o menor medida el Proyecto Silvela ha influido sobre varios proyectos o leyes posteriores.

En el Código penal de la Marina de guerra (año 1888) se copia la definición del delito como hecho ejecutado con malicia, y se eleva la minoría de edad para el sordomudo a la de dieciocho años.

Encargado por el Ministro Montilla de redactar un proyecto de Código penal a don Constancio Bernaldo de Quirós, se le recomendó tomase por base el Proyecto Silvela (31), si bien el encargado, obrando más sabiamente y al tanto del movimiento de la ciencia penal, prefirió atenerse al Proyecto de Stooss sin perjuicio de las influencias de Silvela.

El Proyecto de reforma del Código penal, redactado por la Comisión de codificación en 1912 (32): principalmente por sus miembros don Alvaro Landeira y don Víctor Covían conforme a las instrucciones dadas por el Presidente del Gobierno (Canalejas), por el Ministro de Gracia y Justicia, Arias Miranda, y don J. Aldecoa Villasante, presidente del Tribunal Supremo, se inició con la aprobación de 49 bases, más tarde desarrolladas en el texto de un Proyecto completo de Código, siendo publicadas en 1920. De las 49 bases, varias parecen de inspiración silvelista: las referentes a la tentativa, comprendiendo la im-

(31) BERNALDO DE QUIRÓS, Prólogo a *La Sentencia indeterminada*, de JIMÉNEZ ASÚA, Madrid, 1913, pgs. XX y XXI.

(32) Comisión General de Codificación, *Proyecto de reforma del Código penal*, Madrid, Reus, 1920.

posible (base 8.^a); la suspensión o disolución de sociedades cuando sus componentes cometen algún delito con medios que la sociedad les proporcionan (9.^a); paso del encubrimiento al libro segundo (1.^a); estados de inconsciencia (12.^a) edad con relación a la sordomudez (13.^a); prescripción de la reincidencia (15). Esto, sin embargo, de adoptar principios políticos, tras los cuales se ve la mano del presidente Canalejas: «que toda pena ha de ser correccional y temporal», excluyéndose, por consiguiente, la de muerte y las perpetuas.

Algunos preceptos del Código penal de la Zona que fue española en Marruecos derivan de la misma fuente: la eximente de los estados de inconsciencia (3.^a del art. 9); irresponsabilidad del sordomudo hasta los dieciocho años (núm. 4 del mismo art.); el encubrimiento como delito distinto (art. 300 y núm. 3 del 414).

También denuncia el mismo influjo el Código de 1928, como era lógico, ya que uno de sus principales redactores fue don Quintiliano Saldaña: responsabilidad criminal individual, pero suspensión o disolución de las personas jurídicas que proporcionen medios para delinquir, como medidas de seguridad (art. 44); delitos de encubrimiento (art. 513); clasificación de las eximentes en causas de justificación y causas de inculpabilidad (arts. 55 al 61); delitos contra la Religión del Estado.

Y en el Código vigente el cap. VII del tít. XIII del libro segundo, en virtud de la ley de mayo de 1950, rubricó el cap. VII del tít. XIII, en el libro segundo, «Del encubrimiento con ánimo de lucro y de la receptación». Más acertadamente el Proyecto de 1948 trató de situar la figura del favorecimiento en los delitos contra la administración de justicia; lo cual hubiera completado los criterios silvelinos.

V. LAS BASES DE ALONSO MARTÍNEZ.—La muerte de Alfonso XII y el llamado pacto del Pardo, determinaron la dimisión del Gobierno liberal conservador presidido por Cánovas y el advenimiento al poder del partido liberal con un Gobierno presidido por Sagasta, en el cual de nuevo desempeñaba Alonso Martínez la cartera de Gracia y Justicia.

Ciertamente en el partido liberal había muchos diputados nostálgicos de la Constitución de 1869 y por ello enemigos de la modificación del Código penal de 1870, en el cual veían reflejos de ésta. Mas Alonso Martínez era, antes que político, jurisconsulto, y, según confesó en el Parlamento, tenía por característica la perseverancia y, en su virtud, no toleraba las incongruencias en el sistema jurídico español. Por ello, la necesidad de armonizar el Código penal con la Constitución, ya proclamada en artículos y conferencias (33) entra de nuevo en sus preocupaciones, sin perjuicio de intentar también, con mejor éxito, renovar otras ramas jurídicas. En lo penal, esta vez, en lugar de presentar de nuevo su Proyecto de 1882 y buscando un procedimiento

(33) ALONSO MARTÍNEZ, *Reformas legislativas que demanda con urgencia muestra patria*, «Revista general de Legislación y Jurisprudencia», 1881; *Proyecto de Código penal*, Madrid, 1882 (Exposición de motivos), págs. I a LXI.

más expeditivo, presentó en el Senado un Proyecto de ley de bases, cuya urgencia le inspira las siguientes palabras: «Hay un conflicto once años ha, que es un verdadero escándalo. Tenemos rigiendo un Código penal que está en desacuerdo en muchos puntos con la ley fundamental del Estado, y no es raro que el Tribunal Supremo tenga que reconocer en sus fallos dicha discordancia.»

Las bases presentadas fueron las siguientes:

1.^a Se pondrá el nuevo Código en armonía con la Constitución de 1876.

2.^a Se reducirán las escalas de las penas y éstas dentro de cada una de ellas al número suficiente para el castigo de los delitos en relación con los establecimientos penales que deben existir en los pueblos, en determinadas capitales de provincia y en Africa, Canarias y Ultramar, según las bases de un buen sistema penitenciario.

3.^a De conformidad con la reducción a que se refiere la base anterior, se determinará la penalidad de los delitos, señalando concreta y especialmente en cada caso la extensión de las penas.

4.^a Se concederá más amplitud a los tribunales para que puedan imponer las penas correspondientes según las circunstancias que concurren en los hechos punibles y condiciones individuales de cada delito.

5.^a Se clasificarán las circunstancias de exención, atenuación y agravación, fijando bien su trascendencia e importancia, atendida la naturaleza e índole de cada una en la realidad de la vida.

6.^a Se llenarán los vacíos que la experiencia haya hecho notar hasta ahora, ya que el castigo de algunos hechos justificables, que hoy se encuentran sin sanción penal o sin sanción suficiente, ya para dar más flexibilidad, según los casos, al rigor de las penas señaladas a varios delitos, ya para fijar el verdadero carácter y concepto de algunas, teniendo al efecto en cuenta la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo.

7.^a Se sacarán del libro segundo para llevarlas al tercero, que trata de las faltas, aquellos hechos punibles de lesiones, hurtos, estafas o daños, que por la poca entidad del perjuicio irrogado y menor criminalidad que revelan en el delincuente, puedan ser castigados con dicho carácter de faltas, sin riesgo ni perturbación en el orden social.

8.^a Se clasificarán las faltas que, por su verdadero carácter de delitos más leves, deban ser de exclusiva competencia de los Jueces municipales, para evitar conflictos con las autoridades gubernativas.

9.^a Los delitos que se cometan por medio de la imprenta se penarán con sujeción a las prescripciones del Código y conceptos de los delitos en el mismo definidos; teniendo, sin embargo, en cuenta la naturaleza de cada uno para aumentar o disminuir la penalidad, y se establecerá la responsabilidad subsidiaria de las empresas periodísticas para el pago de multas, indemnizaciones y costas, con suspensión de la publicación del periódico por insolvencia o falta de pago, en vez de la prisión sustitutiva del propietario o gerente.

10.^a Se completará la reforma del Código, haciendo en sus disposiciones aquellas modificaciones que surjan o resulten indicadas por consecuencia de las precedentes bases, y todas las demás que, sin alterar la sustancia de los preceptos del Código vigente, contribuyan a su mayor claridad y perfeccionamiento, así como a la mejora de su método.

Ciertamente las bases eran escasas y poco precisas. Quizá el Ministro esperaba la benevolencia de los conservadores, interesados en poner el Código en armonía con la Constitución por ellos creada principalmente; pero no fue así; por el contrario, aprovecharon la ocasión para obstaculizar la copiosa obra legisladora que realizaba aquel llamado Parlamento largo. El secretario de la Comisión dictaminadora, don Luis Silvela, presentó un voto particular combatiendo el sistema de no acompañarlas del Proyecto íntegro del Código, como se había hecho otras veces, y también la insuficiencia y vaguedad de las bases: el Gobierno podría, una vez aprobadas las bases, promulgar un Código a su antojo, lo cual constituiría «una dictadura científica y política». Una de las bases declaraba que se disminuiría el número de las penas: pero, ¿cuáles serían suprimidas?, ¿la de muerte o la reprensión privada? La sexta anunciaba «se llenarían los vacíos que hoy se encuentran de hechos justificables que no figuran en la legislación penal; pero, ¿cuáles?, ¿se piensa penar la usura?» La peor de las bases le parece la dedicada a los delitos de imprenta «por ser la única que decía algo». Mejor hubiera sido el procedimiento empleado para la aprobación del Código de 1870: presentar a las Cortes un proyecto de ley autorizando al Gobierno para la promulgación de un Código que acompañaba a la ley de autorizaciones. De no hacer eso, pudiera haberse sometido a las Cortes el Proyecto de 1884, presentado por don Francisco Silvela. Y llevó don Luis su apasionamiento hasta el punto de acusar al Ministro de sus aspiraciones a poner su firma al pie de todas las leyes que se publicasen en España; lo cual equivalía a censurar al Ministro por su gran laboriosidad.

Después de intervenir varios oradores (34) en el debate, se llegó a aprobar un proyecto modificado de quince bases, algunas de las cuales, más explícitas, encuadraban normas encontradas en el Proyecto de 1882. Como algunas son extensas y otras permanecen las mismas, recordaremos principalmente las novedades sin transcribir los textos enteros.

Base primera: Se pondría el Código de acuerdo con la Constitución, acompañando una sanción eficaz, amparando así los derechos de la nación como los derechos individuales. El Código determinará la responsabilidad penal en que incurran los tribunales, autoridades y funcionarios de toda clase que atenten a los derechos reconocidos en el artículo 1.º de la Constitución del Estado.

(34) Además de Silvela y Alonso Martínez, que dio la respuesta al primero, intervino el fiscal Colmeiro y el magistrado Aldecoa en pro; Fabié y Mena Zorrilla en contra. Véase tomo 71 de la «Revista general de Legislación y Jurisprudencia».

La base segunda venía a resumir el título preliminar del Proyecto de 1882, en tanto se refiere a las reglas de la extraterritorialidad de la ley penal para los delitos cometidos por españoles y extranjeros fuera de España, según los principios comúnmente admitidos por el derecho penal internacional, etc.

La tercera incluye la escala general de penas al modo que el Proyecto del 82 con muy ligera modificación; prohíbe la ejecución pública de la pena de muerte (sin la exposición del cadáver dispuesta por la última versión del Proyecto Silvela); prescribe que ningún delito sería castigado con pena única de muerte, salvo el delito de matar al Rey, ya sea consumado, frustrado o tentativa.

Según la base cuarta, en las penas privativas de libertad, el Tribunal tendría la facultad de declarar extinguidas las perpetuas a los treinta años; se dispone el abono de la prisión preventiva parcialmente y en proporción a la condena. Se declara obligatorio el trabajo de los penados y se dispone la distribución del importe del mismo, siete décimos para el Estado, responsabilidad civil y multa; los tres restantes para premiar la buena conducta, mejora de situación y tanto de reserva, que se entregará a la salida del establecimiento. Por la quinta base, en las penas privativas de libertad, el quebrantamiento de la condena no producirá aumento en el tiempo de duración de la pena; se castigará con recargo en la clase de trabajo y con las privaciones que autorizan los reglamentos.

La séptima base del Proyecto aprobado por el Senado era análoga a la cuarta del propuesto por el Ministro, en cuanto tendía a conceder a los tribunales mayor amplitud para la aplicación de las penas; pero se añadían las palabras garantizadoras «dentro de límites fijos». La octava de éste, equivalente a la quinta del propuesto, no experimentaba más variante que, además de condicionar la apreciación de las circunstancias por la naturaleza e índole según la realidad de la vida, se añade a esta vaga expresión, la más concreta de «el estado psicológico del culpable, según los resultados positivos que hayan alcanzado las ciencias antropológicas». Fue añadida esta última frase, signo de influencia de la escuela positiva, en virtud de una enmienda del senador Fabié. De análoga procedencia debe considerarse la base novena, adicionada también por el Senado y redactada así: «La reincidencia dejará de considerarse como una mera circunstancia agravante, y según su repetición y las condiciones de los reincidentes, serán éstos castigados con penas distintas de las señaladas para cuando no exista la reincidencia.»

No considerando suficiente la base primera del Proyecto del Gobierno, limitada a «poner en armonía el Código con los preceptos de la Constitución», el Senado aprobó la base once, que transcribo: «Se establecerán sanciones penales eficaces para proteger el culto, sus ministros, las ceremonias y manifestaciones públicas de la religión católica, que es la del Estado, así como para impedir que se escarnezca públicamente el dogma, sin perjuicio de la tolerancia religiosa, tal como se halla establecido en el artículo 11 de la Constitución». Y añade

la misma base: «Se considerará asimismo punible el quebrantamiento de las ordenanzas o disposiciones que dicten las autoridades administrativas sobre observancia de los días festivos, etc.»

Y como frase final de las bases autorizadas por el Senado, se hace la declaración: «No serán punibles la exposición y defensa de las ideas, sino cuando constituyan delitos o faltas definidas por el Código penal» Fue la última vez que, en el siglo XIX, una Cámara de las Cortes aprobó la reforma extensa del Código penal. Pero en el Congreso se paralizó definitivamente la nueva iniciativa de Alonso Martínez.

En la Comisión de diputados que, en 9 de mayo de 1887, dictaminó sobre el Proyecto aprobado por el Senado, figuraban el catedrático de Derecho procesal don Tomás Montejo como secretario, y el que más tarde fue presidente del Consejo, don José Sánchez Guerra. La Comisión aportó innovaciones, haciendo constar que para ello había contado con el asenso del Gobierno. El número de las bases desciende de 15 a 12, mas el contenido del Proyecto se dilata por la extensión de la base tercera dedicada a los delitos publicitarios. Lo cual demuestra la preocupación del Gobierno para dar efectividad a las sanciones, remediando en esta materia los fallos del Código de 1870.

Según dicha base, son responsables criminalmente por cualquier publicación delictiva como autores: el editor si el delito se comete en libro o folleto; el director, si se comete en publicación periódica, y el que hubiese ordenado la exposición de anuncios, carteles o cualquier otra publicación. En defecto de editor, director o publicador, respondería criminalmente el que hubiese escrito o dibujado el original. Y, en defecto de los anteriores, el jefe del establecimiento impresor. Para la responsabilidad pecuniaria se considerará coautor el propietario del periódico cuando en los tres meses anteriores a la perpetración del delito se hubiera cometido en el mismo periódico, dos veces por lo menos, otro análogo. Para llegar a las responsabilidades subsidiarias... se entenderá que no hay editor, director o redactor cuando no fueran conocidos, estuviesen ausentes o por circunstancias personales no pudieran hacerse efectiva su responsabilidad criminal. Se consideraría agravante la falta en la publicación de la firma del autor. Se establecían después en esta base una serie de hechos que deberían dar lugar a sanción penal, figurando en primer lugar la clandestinidad de las empresas.

En las demás bases, la Comisión dictaminadora mantenía el Proyecto del Gobierno con algunas modificaciones. Así se declaraba en éste que ningún delito sería sancionado sola y únicamente con la pena de muerte, salvo el de matar al Rey; y ésta excepción desaparecía en el Proyecto de bases de la Comisión dictaminadora. Se consignaba en cambio que los delitos contra la persona del Regente se castigarían con iguales penas que los perpetrados contra la persona del Rey (35).

(35) Véase las bases aprobadas por el Senado y modificadas por la Comisión del Congreso en *Diario de sesiones*, 22 marzo 1887.

La oposición fue más dura y eficaz en el Congreso que en el Senado.

Consumió el primer turno en contra el prohombre conservador Rodríguez San Pedro. Además de repetir la razonable objeción de Silvela en el Senado sobre la insuficiencia de las bases, comenzó por plantear estas tres: no bastaba llamar a la religión del Estado católica sin añadir apostólica, romana y no debía protegerse en la misma base a nuestra religión y a los cultos simplemente tolerados; debía mantenerse, como se aprobó en el Senado, la pena única de muerte para quien mate al Rey o lo intente; la base tercera sobre los delitos de imprenta y las personas responsables de ellos, resucitaba la figura desacreditada del «editor responsable». En este punto tenía razón el orador: si el Código del 70 abría el camino a la responsabilidad sin culpa con el llamado sistema de las cascadas, la base tercera, al poner al verdadero autor en último término, superaba claramente el defecto. Rodríguez San Pedro sostuvo la publicidad de las ejecuciones capitales, como lección de moralidad social; doctrina hoy completamente abandonada.

Más importancia tuvo el ataque de don Gumersindo Azcárate, catedrático de Legislación comparada en la Universidad de Madrid y diputado republicano. De los dos Proyectos presentados en 1882 y 1884, encontraba preferible el primero en su aspecto político, el segundo en el técnico. El debate planteado en 1887 tenía un gran interés político. En primer término, el Reglamento de la Cámara no era conforme al sistema seguido: si se había aprobado unas bases para el Código civil eran condicionadas a la presentación posterior del texto completo del Código a las Cortes. Además, el Derecho penal tiene un interés político más importante que el civil. Pero el tema político lo planteó a mayor altura: el mundo contemporáneo había luchado contra el absolutismo y la teocracia. La Constitución de 1869 había significado una victoria contra esos enemigos, así como la del 76 significaba un retroceso. El Proyecto de 1882 ya había incluido entre los delitos de lesa majestad, «impugnar con publicidad la legítima autoridad del Rey.» Ciertamente, entre las bases se había incluido ahora la sexta declarando impune la exposición y defensa de las ideas, pero está acondicionada por no constituir delito ni falta: con lo cual el precepto establecido en la primera parte de la frase queda desvirtuado. Mas los principales argumentos fueron *ad hominem*: era ministro Montero Ríos en el Gobierno que ocupaba el banco azul (o sea, quien había firmado el Código del 70) uno de los ministros que se sentaban en el banco del Gobierno en aquella coyuntura había dicho en el debate sobre aquel Proyecto de la Constitución que no tenía alma. Pero la principal ofensiva contra las personas hubo de sufrirla Alonso Martínez, al que recordó Azcárate que había sido ministro en un Gobierno moderado y ahora se manifestaba liberal en el Congreso y se había manifestado conservador en el Senado.

En verdad Azcárate, al elevarse a los espacios de la política constitucional, se olvidó de la política criminal, y pocas cosas dijo sobre las

bases en particular. No obstante haber expresado en su discurso conocer la reacción general en todos los países contra el exceso de legalismo, que a su vez había extremado las precauciones y garantías contra el arbitrio judicial, afirmó después ser la sexta la base que le había parecido peor; no obstante implicar el aumento del arbitrio judicial y la importancia que había de concederse al elemento subjetivo del delito conforme a los postulados entonces programados por los positivistas (con los cuales no estaba don Gumersindo muy conforme) y también por los correccionalistas, esto es con los penalistas de la Institución libre de enseñanza, agrupación en la cual el catedrático de Legislación comparada ocupaba un puesto muy señalado.

Por la Comisión respondió don Tomás Montejo con el buen sentido y la moderación que hemos estimado cuantos fuimos más tarde discípulos suyos en la cátedra de Derecho procesal. Sus argumentos principales fueron: eran varias las leyes que se habían aprobado por el procedimiento de las bases, y ésta no se proponía hacer un Código nuevo sino modificarlo en ciertos de sus preceptos (36).

El día 21 de mayo de 1887 se dio por terminada la discusión de la totalidad y el presidente anunció la discusión particular de cada una de ellas, leyéndose la primera y se suspendió la discusión, que no volvió a reanudarse. Y el Código penal español continuó en desacuerdo con la Constitución hasta que la reforma de 1932 lo armonizó con la Constitución de 1931. Salvo el breve plazo en que el Código de 1928, al establecer secciones distintas para los delitos contra la religión del Estado y los delitos contra la tolerancia religiosa, volvió a poner ambas leyes en armonía sobre este tema.

VI. PROYECTOS MENORES.—Damos este nombre a los limitados a la reforma de pocos artículos, a diferencia de los que hemos estudiado, los cuales se presentaban como Códigos completos, sin perjuicio de copiar la mayor parte de sus artículos del Código de 1870, mas introduciendo novedades en materias importantes.

A) Proclamada la primera República española y nombrado ministro de Gracia y Justicia don Nicolás Salmerón, se apresuró a presentar a la Asamblea nacional un Proyecto con dos artículos, que decían así:

Art. 1.º: Queda suprimida la pena de muerte en todo el territorio de España.—Art. 2.º: Desde la publicación de esta ley dejará de ejercitarse la gracia de indulto para todos los delitos. A continuación se razonaba brevemente: «La ley penal no es un resorte para contener a los pueblos en la obediencia por el escarmiento y el terror, sino un medio para afirmar la justicia, no sólo de un modo externo, sino en el espíritu de los hombres; consagrando por siempre la inviolabilidad de la vida.» Salmerón era un correccionalista total y uno de esos hombres

(36) Véanse los discursos de R. San Pedro Azcárate y Montejo, en *Diario de sesiones*, 18 mayo 1887 y siguientes.

de principios, que siguen a éstos sin reparar en las exigencias de la realidad. La firmeza de sus convicciones se comprobó cuando, siendo presidente del poder ejecutivo, renunció al cargo antes que confirmar la pena capital impuesta a desertores del Ejército que luchaba contra los carlistas. Respecto a los indultos, el párrafo segundo del artículo 2.º, añadía: «Continuará, sin embargo, en vigor para la rebaja de condena el artículo 2.º del Código penal y el 20 de la ley provisional para el ejercicio de la gracia de indulto. Salvo el caso de solicitarlo el tribunal, conforme al artículo segundo del Código penal, se suprimían los indultos porque, en su concepto de la pena, el delincuente tiene derecho a ella, medida educativa establecida en su beneficio, según la doctrina correccionalista. Salmerón solicitó y obtuvo de Röder un informe titulado: «Reforma del sistema penal español mediante el régimen celular». Lo escribió sin visitar las prisiones españolas y sin darse cuenta de que las posibilidades del Estado español para construir los costosos edificios celulares, eran muy escasas. La supresión de los indultos denuncia también falta de criterio realista, pues, aparte de ser el derecho de gracia un instrumento político en ocasiones nada despreciable, mientras no existiera un régimen de sentencia indeterminada, la reducción de las condenas por la buena conducta del penado puede ser más que un acto de gracia un premio a la buena conducta.

Este mismo ministro nombró una Comisión para preparar un nuevo Código penal, y otra para redactar una ley penitenciaria. Según Salillas, estos Proyectos no le han sido conocidos, a pesar de su destino como funcionario técnico del Ministerio. Parece que terminó una parte general del Código penal y la ley penitenciaria. Nos dijo también el ilustre criminalista que de ambas Comisiones formó parte Concepción Arenal, pero también que renunció a ellas antes de terminarse sus trabajos: lo cual puede ser interpretado como expresión de disconformidad (37).

B) Repetidas interpelaciones parlamentarias habían solicitado de los Gobiernos la reducción a faltas de ciertos delitos, cuya gravedad se estimaba por días de curación o por el valor de las cosas sustraídas o dañadas. De este modo se evitaría que algún hurto de diez céntimos había sido juzgado por una Audiencia con intervención del Jurado. Los Ministros Villaverde y Cos Gallón habían aprobado la opinión, que, sin embargo, creían realizable cuando se procediera a la reforma total del Código penal.

Como ésta no llegara, en 1895 el Ministro de Gracia y Justicia en un Gobierno de Sagasta, don Antonio Maura Montaner, presentó un Proyecto de miras cortas (38) limitada en la parte penal a modificar

(37) SALILLAS, *Doña Concepción Arenal en la ciencia penitenciaria*: artículo publicado en el primer tomo de las *Obras completas* de la insigne ferrolana; tomo I, págs. 49 y 50.

(38) Este Proyecto se funda en la supresión de Audiencias y Juzgados de Instrucción, necesaria, al parecer, por motivos económicos. Véase *Diario de Sesiones del Senado de 24 de enero 1895*.

las fronteras entre delitos y faltas a favor de éstas cuando las lesiones o los ataques a la propiedad fueran de escasa importancia. La Ley modificaba 27 artículos del Código penal: Se reducía la esfera de las lesiones a las de curación o incapacidad para el trabajo por lo menos de quince días, siendo mera falta las de menor duración (en el Código del 70 el límite mínimo del delito eran ocho días). Serían falta los hurtos que no excedieran de cinco pesetas o de diez si fuese de sustancias alimenticias, frutos o leñas siempre que no hubiere concurrido la circunstancia de haber sido condenado el culpable por delitos de robo, hurto o estafa, o dos veces por falta de estafa o de hurto. (Como se ve, entre la redacción del 70, modificada por el decreto de 1 de enero del 71, que declaraba falta el hurto por valor de menos de 10 pesetas, y la reforma del 76, volviendo a la consideración de delito de todo hurto, el Proyecto de Maura venía a quedarse en un término medio). También se reducían a faltas las estafas y otras defraudaciones por valor que no excediera de 25 pesetas, etc. Al artículo 625 se añadía: «Cuando un mismo hecho, simultánea o sucesivamente, fuese objeto de persecución gubernativa y judicial, la autoridad que primero hubiera entendido en el asunto será la competente para castigar la falta. Y un artículo nuevo y sorprendente, a la par que típico de una época, decía: «La infracción del impuesto de consumos ejecutada a mano armada o tumultuariamente, o por quien fuera reincidente, se castigará con multa del duplo y arresto mayor en sus grados medio y máximo.»

El Proyecto presentado por Maura en 1895 cuando era Ministro liberal de Gracia y Justicia, no se aprobó. Pero, más tarde, cuando don Antonio Maura era jefe del partido liberal conservador y presidente del Gobierno, y siendo Ministro de aquella cartera el Marqués de Figueroa, se aprobó la Ley de 5 de enero de 1907, por la cual se hicieron falta las lesiones hasta de quince días (inclusive el décimoquinto día), y también el hurto menor de 10 pesetas, o de leñas u otros productos forestales por valor que no excediere de 20 pesetas, siempre que el infractor perteneciere a la comunidad.

VI. CONCLUSIONES.—Las bases de Alonso Martínez se hundieron por su propia fragilidad más que por el empuje de los contrarios. El Parlamento llamado largo (1886-1890) había conseguido la aprobación de varias leyes: del Jurado, de Asociaciones, las bases para el Código civil y luego éste en su totalidad; la electoral, instaurando el sufragio universal. Nunca hubo un período de tiempo tan aprovechado en materia legislatora. El Proyecto de Código penal quedó en suspenso. Alonso Martínez, que había conseguido la aprobación del Código civil, fue nombrado Presidente del Congreso.

Ahora bien: ¿Cómo es posible que en un período de calma política, Gobiernos estables, Parlamentos duraderos, y sumisos a los Gobiernos la mayoría, no se llegó a conseguir la aprobación del Código penal?

Los partidos políticos de la Restauración, con el fin común de consolidarla, procuraron seguir una línea media, con una oposición más

aparente que real en el régimen de alternamiento de los Gobiernos; y de uno y otro lado se procuraba incorporar a sus filas a las fuerzas más moderadas de los grupos no dinásticos.

A Cánovas no le importaba demasiado que el Código penal vigente igualase a todos los cultos para la protección penal: primero porque la inmensa mayoría católica, con algunas excepciones de indiferentes pero no afiliados a otras religiones, borraba todo peligro para la religión del Estado. En segundo lugar, Cánovas en su largo primer Gobierno, se había acostumbrado a emplear medios expeditivos cuando fuera necesario para defender el régimen. Así, el problema de las manifestaciones públicas de otros cultos fue resuelto por la Orden de 28 de octubre de 1876 y una circular enviada a los Gobernadores. Por otra parte, si el Código resultaba insuficiente para la defensa política y social, empleaba el recurso de las leyes especiales. Si el propio Cánovas y don Francisco Silvela habían protestado en el Parlamento septembrino contra las «fugas» de Zugasti para perseguir los secuestros en Andalucía, al volverse a presentar este fenómeno criminal, se dio la llamada Ley de secuestros de 1877, que atribuía la competencia para el castigo de estos delitos a la Jurisdicción militar (39). Y lo mismo hizo al demostrarse la ineficacia de la Ley de explosivos promulgada en 1894 por los liberales (sin eficacia porque, recién instaurado el Jurado, al Tribunal del mismo correspondía la competencia) la Ley de represión del anarquismo, de vigencia temporal, atribuyó estos crímenes a los Consejos de guerra (1896).

Castelar había anunciado su retirada de la política, aconsejando a sus seguidores la incorporación a la Monarquía si ésta se liberalizaba, considerando signos de este giro liberal las leyes del Jurado, de Asociaciones y del Sufragio universal, aprobadas en el Parlamento largo. Nada dijo sobre la cuestión secundaria que era, en realidad, la del Código penal; pero en el partido liberal, donde Alonso Martínez había demostrado tanto celo por adaptar el Código penal a la Constitución, figuraban —como había hecho constar Azcárate en sus intervenciones parlamentarias— varios Ministros y otros que lo habían sido, procedentes de la revolución de Setiembre, que veían en la igualdad conservada para la protección de los cultos un símbolo también de la liberación del régimen al cual se habían incorporado.

Finalmente, la ciencia penal en nuestro país no estaba en situación favorable para hacer un Código penal que al propio tiempo fuera bien recibido por los políticos y los prácticos. Eran éstos fieles a los libros publicados por Pacheco (en 1888 se publica la quinta edición de las *Lecciones de Pacheco*, y la sexta de su *Código penal concordado y comentado*). De Carrara, la gran figura de la escuela clásica italiana, apenas se encuentran citas en nuestros escritores de materias penales. Sóloamente se traduce en España la *Teoría de la tentativa y la complici-*

(39) SILVELA (Fr.), *La oposición liberal conservadora en las Cortes constituyentes de 1869 1871*; ZUGASTI, *El Bandolerismo (Estudio social y memorias históricas)*, Madrid, 1876. *Introducción*, volumen III, págs. 154 y 155.

dad, en 1877, por Romero Girón. Los científicos o los que disfrutaban al menos la fama de tales, eran los correccionalistas, seguidores de Röder, conocido en su país por sus campañas en pro del régimen celular, más que por su teoría de la mejora, procedente de la filosofía de Krause. Un eco de la escuela positiva italiana aparece en una de las bases aprobadas senador Fabié; mencionando los resultados positivos que hayan alcanzado las ciencias antropológicas. Y en el discurso de Villaverde en la inauguración del año judicial 1891-1892, se trata de esta escuela, si bien refutando el determinismo (40). Pero estas ideas (las correccionalistas y las de la escuela positiva en los primeros tiempos), no eran las más adecuadas para ser acogidas por los políticos que elaboraban un Código penal. Su preocupación principal era ensanchar el arbitrio judicial, demasiado restringido en los Códigos de 1848 y de 1870 y suprimir también los preceptos sobre la ejecución de las penas privativas de libertad, cuya nueva regulación dejan para una ley especial penitenciaria. Y hay también otros aciertos, nacidos del buen sentido y la experiencia. Pero no se les podía exigir que adoptasen ideas utópicas. Que éste es el principal inconveniente de las mismas: deslumbrar con su brillo e impedir la adopción de otras concepciones más conformes con las realidades presentes y, por consiguiente, más eficaces (41).

(40) VILLAVERDE, *Discurso de inauguración del año judicial 1891-1892*. En este discurso se refiere a la escuela positiva italiana (según parece siguiendo informaciones recibidas de D. Rafael Salillas) pero combate el determinismo. Villaverde trató también de tema análogo en *Influjo del positivismo en las ciencias morales y políticas* (Memorias de la R. Academia de Ciencias Morales y Políticas, vol. III, págs. 175 y ss). El discurso en la inauguración del año judicial es también interesante por sus elogios de los Proyectos de C. p., no sólo de los presentados por ministros de su partido (Bugallal, Silvela) sino también muy especialmente, de los de Alonso Martínez, compensando así la cerrada oposición que los conservadores hicieron al intento de armonizar el Código con la Constitución. Villaverde anunciaba también su propósito de modificar el Cód. p.; pero, por su breve estancia en el Ministerio de Gracia y Justicia (del cual pasó al de Gobernación) quedó reducido su trabajo a un anteproyecto. (Véase la citada tesis de A. Liranda, páginas 38 a 40.)

(41) Debo manifestar mi profundo agradecimiento al profesor de la Universidad autónoma Yáñez Román, que me ha proporcionado importantes datos para componer este artículo.

