

NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL DEL SIGLO XIX: LA IDEA DE CULPABILIDAD

Manuel Vidaurri Aréchiga

Sumario: I. Consideraciones generales; II. Lardizábal, Beccaria y el Derecho penal del siglo XVIII; III. El Código Penal de 1822; IV. El Código Penal de 1848; V. El Código Penal de 1870; VI. A manera de conclusión.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La moderna ciencia del Derecho penal español, europeo y latinoamericano, nace en los primeros años del siglo XIX¹. Sin embargo, ya en el siglo XVIII filósofos, juristas y demás pensadores sociales, se habían pronunciado críticamente contra los sistemas penales y de las monarquías absolutas —caracterizados por una franca desigualdad ante la ley, crueldad y desproporción excesiva de las penas en relación a los delitos, un predominio casi absoluto de la pena de muerte— provocando un replanteamiento de la ciencia jurídico-penal².

Pensadores de la talla de Montesquieu o Voltaire, sólo por citar algunos, lanzaron agudas diatribas contra el Antiguo Régimen. En el caso del primero, sus opiniones tendieron a propugnar el principio de legalidad relacionado con los delitos y las penas de las que dijo debían ser, aparte de moderadas, proporcionales a la gravedad del hecho cometido³. Por su

¹ Bacigalupo, Enrique, **Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho Penal Español y Latinoamericano**, estudio preliminar al libro de Stratenwerth, **El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad**, publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, pp. 26 y ss. en donde nos recuerda que el primer Código Español data de 1822 y el boliviano de 1832; véase también Barbero Santos, Marino, **Política y Derecho Penal en España**, Ed. Túcar, Madrid, 1977, p.17 y ss.

² Bacigalupo, *ibidem*, p.26; Mir Puig, **Introducción a las bases del Derecho Penal**, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, p.261 y ss.; Cerezo Mir, José, **Curso de Derecho Penal Español**, Parte General I, 2a. edición, 1a. reimpresión, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, p.88 y ss.

³ En este sentido véase Cerezo Mir, *ibidem*, **op.cit.**, p.98.

parte, y bajo el título de **Comentarios sobre el libro «De los delitos y de las penas» por un abogado de provincias** escrito en 1776, Voltaire, cuya preocupación y alta sensibilización por las causas penales que tan dramáticas consecuencias tenían en su época era mucha, se pronunció favorablemente sobre el libro del Marqués de Beccaria del que comentó:

«El humano autor de **De los delitos y de las penas** tiene demasiada razón en quejarse de que el castigo es muy a menudo superior al crimen, y no rara vez pernicioso para el Estado, cuyo bien debe ser su único objeto».

Más adelante, respecto de la pena de muerte escribió «hace ya mucho tiempo que se ha dicho que un hombre ahorcado no sirve para nada, y que los suplicios inventados para el bien de la sociedad deben ser útiles para ésta», dejando totalmente clara su directa oposición a los procedimientos punitivos oficiales excesivos ⁴.

Sin embargo, y pese a las incuestionables contribuciones que con sus alegatos hicieron los dos ilustres pensadores, fue precisamente Beccaria discípulo según él de Montesquieu ⁵, quien elaboró en su histórica y famosa obra el rechazo, no por exaltado menos brillante, del Derecho Penal de la monarquía absolutista ⁶.

Por otro lado, no puede dejar de considerarse la influencia determinante que ejerció Jeremías Bentham en el pensamiento jurídico penal de la época. Respecto de esto, hay que recordar que a principio del siglo XIX, fueron Ramón Salas y Toribio Nuñez, catedrático y bibliotecario de la Universidad de Salamanca, respectivamente, quienes tradujeron y divulgaron en España la obra de Bentham. A ellos se debe, pues, la

⁴ Beccaria, **De los delitos y de las penas**, traducción Juan Antonio de las Casas, Ed. Alianza, Madrid, 1986, pp.117 y 133.

⁵ Cerezo Mir, *ibídem*, **op.cit.**, p.89, especialmente en su nota 25; en el mismo sentido se expresa Juan del Val en la Introducción al texto de Beccaria, ya citado, p.13 y ss.

⁶ Cerezo Mir, *ibídem*, Curso, p.89; es de sumo interés también la obra de Tomás y Valiente, Francisco, **El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta, siglos XVI-XVII-XVIII**, Ed. Tecnos, Madrid, 1969.

introducción en el ámbito teórico punitivo español de las importantes conceptualizaciones de este autor inglés, obras que no cabe duda tuvieron honda repercusión en el efímero Código Penal Español de 1822 ⁷.

Mantuvo Bentham una concepción utilitaria de la pena a la que adjudicaba una finalidad intimidatoria. Distinguió, por otro lado, la prevención general de la especial, conceptos que, como es bien conocido, se generalizarían posteriormente. «La prevención general –indicaba Bentham– es el fin primordial de la pena, y también su razón justificativa» ⁸. Reconocía como hecho ponderable de la pena ser un mecanismo útil para la reforma del delincuente, «no solamente por el temor a ser castigado otra vez, sino por un cambio en su carácter y en sus hábitos» ⁹. De lo transcrito, pueden extraerse ya los elementos que conformarían su planteamiento preventivo especial. Aparte del filósofo inglés, los juristas italianos Filangieri y Romagnosi inculcaron con sus obras el ánimo de progreso científico en España ¹⁰.

Como dijimos, las ideas de la Ilustración tuvieron un fuerte eco en los tratadistas jurídicos y no jurídicos españoles, de quienes Cerezo Mir recoge y sintetiza sus principales aportaciones:

⁷ Antón Oneca, José, «Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración», en **Revista de Estudios Penitenciarios**, no. 166, julio-septiembre, 1964, p.11; Cerezo Mir, **Curso de Derecho Penal Español**, p. 91 y bibliografía ahí citada.

⁸ Antón Oneca, José, «Los fines de la pena...», p.11, en donde el penalista español, interpretando el pensamiento de Bentham escribió: «El gran arte es aumentar la pena aparente sin aumentar la pena real, lo cual se consigue por la elección misma de las penas, o por las solemnidades de que se acompañe la ejecución. Los autos de fe serían una de las más útiles invenciones de la jurisprudencia si, en lugar de actos de fe, fueran actos de justicia. ¿Qué es una ejecución pública? Es una tragedia verdaderamente importante, verdaderamente patética por la triste realidad de su catástrofe y por la grandeza de su objeto. El aparato, la escena, las decoraciones nunca serán demasiado estudiadas, pues el efecto principal depende de ellas. Tribunal, cadalso, vestidos de los oficiales de justicia, servicio religioso, procesión, acompañamiento, todo debe llevar un carácter grave y lúgubre. ¿Por qué los mismos ejecutores no habrían de ir cubiertos con un crespón de luto?; se aumentaría el terror de la escena y se sustraerían al odio injusto del pueblo esos servidores útiles del Estado. Si la ilusión pudiera sostenerse, sería necesario que todo se hiciera en efígie. La realidad de la pena no es necesaria más que para sostener su apariencia».

⁹ Antón Oneca, José, **op.cit.**

¹⁰ Como señala Cerezo Mir, **op.cit.**, p.91, la obra de Filangieri, **Ciencia de la Legislación**, fue traducida y muy utilizada por los penalistas españoles: véase también Antón Oneca, «Los fines de la pena...», p.9 y ss.

NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO
PENAL ESPAÑOL DEL SIGLO XIX: LA IDEA DE CULPABILIDAD

«Fray Martín Sarmiento combatió la pena de muerte, que no admitía ningún caso, con argumentos utilitarios. La pena de muerte es, según él, ineficaz desde el punto de vista de la intimidación y es preferible destinar a los reos a trabajos útiles a la República. El padre Feijoo, Alonso De Acevedo y Forner criticaron la tortura, y las ideas de la Ilustración se reflejan también en los discursos forenses de Meléndez Valdés y en la comedia **El delincuente honrado**, de Jovellanos»¹¹.

II. LARDIZÁBAL, BECCARIA Y EL DERECHO PENAL DEL SIGLO XVIII

A mediados del siglo XVIII se produce en España un movimiento reformador del Derecho Penal destacándose un penalista, nacido en México y llevado de corta edad a España, llamado Manuel de Lardizábal y Uribe a quien se reconoció como principal figura de los penalistas hispanos de la Ilustración. Tuvo Lardizábal el encargo del Consejo de Castilla de reunir y extractar las leyes criminales de España con miras a la elaboración de un Código Criminal que nunca se promulgó¹².

Sin embargo, el trabajo de Lardizábal cristalizó en su conocido **Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma**, en el que, sin dejar de lado su creencia religiosa¹³, aceptó la teoría del contrato social. Lardizábal entendía que el fundamento del *ius puniendi* no se localiza exclusivamente en las bases del contrato social sino en Dios, que ha asignado dicho poder a los gobernantes. También esgrimía la tesis que habla de proporcionalidad de la

¹¹ Cerezo Mir, *op.cit.*, p.92 con abundante bibliografía.

¹² Cerezo Mir, *op.cit.*, p.93, en donde explica las razones: «No llegó a elaborarse este Código, por la lentitud y complejidad de los trámites burocráticos y quizás por las resistencia de los sectores tradicionales al reformismo de los políticos ilustrados del reinado de Carlos III».

¹³ Tomando las palabras de Regla, Cerezo Mir, **Curso de Derecho Penal**, p.94, señala: «Lo peculiar de la Ilustración española –dice Regla– radica en la compatibilidad de la crítica y la razón por un lado, con la tradición cristiana, de otro. Los valores más representativos de la cultura española del setecientos –Feijoo, Mayans, Jovellanos– fueron unos perfectos “cristianos ilustrados” que pusieron siempre de relieve la aludida compatibilidad entre sus convicciones religiosas y su entrega total a los nuevos horizontes abiertos por las luces del siglo», Lardizábal está encuadrado claramente en el centro de los reformistas, los «cristianos ilustrados», al que pertenecían Campomanes, Floridablanca y Jovellanos.

pena respecto del delito, correspondiendo a la pena las condiciones de ser pronta, necesaria, lo menos rigurosa posible y segura, rechazando así los argumentos que sirvieran a Beccaria para fundamentar la pena de muerte, y partiendo de una restricción de la misma a los casos en que exclusivamente se haga necesaria, asume una posición legitimadora de la pena máxima.

Por otra parte, la igualdad de los ciudadanos frente a la ley no llega a ser aceptada por Lardizábal, sin duda por su vocación abiertamente defensora de un Derecho divino. Sí se propone, en cambio, en contra del tormento ¹⁴.

Sobre la teoría de los fines de la pena elaborada por Lardizábal, se ha dicho que fue más completa que la de Beccaria. En este sentido, son esclarecedoras las palabras de Antón Oneca:

«Beccaria fue un pequeño filósofo de la época de las luces sin conocimiento directo de la justicia penal práctica, determinado a escribir su famoso libro por incitaciones de un cenáculo de intelectuales de Milán. Lardizábal, magistrado e historiador, redacta su Discurso después de extractar las leyes vigentes en una misión oficial y con una base histórica y práctica ausente en aquél» ¹⁵.

Como es lógico suponer, las diferencias entre ambas posturas son profundas. Antón Oneca se ocupa de enfrentar algunas de estas discrepancias, entre las cuales recogemos las que siguen: para Beccaria, el fin de la pena es de prevención general y consiste en impedir a los reos la causación de nuevos daños y advertir al resto de los ciudadanos para que no se cometan hechos delictivos semejantes; la prevención especial no se la plantea el autor milanés. Las penas tienen como fin, según Lardizábal, la seguridad de los ciudadanos y de la República, siendo éste un mero fin general del que se desprenden otros que son a la vez

¹⁴ Cerezo Mir, *op.cit.*, pp.94-95; también Antón Oneca, **Derecho**, p.485 y ss., ocupándose extensamente sobre la pena de muerte.

¹⁵ Antón Oneca, José «El Derecho Penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal», en **Revista de Estudios Penitenciarios**, no. 17, julio-septiembre, 1966, p. 29, en donde ofrece interesantes datos biográficos sobre el Marqués de Beccaria.

NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO
PENAL ESPAÑOL DEL SIGLO XIX: LA IDEA DE CULPABILIDAD

más concretos y subordinados; como fin primariamente perseguido se señalaba la corrección del delincuente, pretendiendo con ello evitar nuevos daños al resto de la sociedad.

Otra diferencia abismal se localiza en la ya mencionada desigualdad frente a la ley apoyada por Lardizábal y la contraria posición mantenida por Beccaria, quien exigía penalización tanto para nobles como para plebeyos. El perdón, bajo el argumento de que éste es virtud del legislador y no de quien ejecuta la ley, no es aceptado por Beccaria frente a la posición más o menos favorable del penalista español. En una cosa sí están de acuerdo: la negación absoluta de la tortura ¹⁶.

Bacigalupo ¹⁷, por su parte, encuentra algunas divergencias más. Por ejemplo, según él en Beccaria la fundamentación del Derecho Penal del Estado radica en la «suma de las renunciaciones individuales de cada ciudadano a una pequeña parte de su propia libertad», esto es, en el contrato social. En Lardizábal, el fundamento del Derecho Penal deviene de la esencia de la autoridad,

«surge de Dios bajo el supuesto de la existencia de la sociedad y del contrato de los hombres que renuncian en favor de la autoridad pública a los derechos que surgen del estado natural para poderlos disfrutar en seguridad» ¹⁸.

Según esto, no es necesario el consenso social para que exista el Derecho Penal y su legitimación.

Según la opinión del filósofo milanés, entre la pena y la prevención existe una unión estrecha, lazo que no fue reconocido por Lardizábal, dado que para él la pena es primeramente «un mal en el sentido de la retribución y es entendida como la consecuencia jurídica de la comisión

¹⁶ Antón Oneca, *El Derecho Penal y Lardizábal*, p.27 y ss.

¹⁷ Bacigalupo, *Culpabilidad y prevención*, p.22.

¹⁸ Bacigalupo, *Culpabilidad y prevención*, pp.22-23.

de un hecho con dolo o malicia o en su forma culposa... la pena presupone *moralidad*, es decir, reproche moral»¹⁹.

Las diferencias existentes entre Beccaria y Lardizábal, en el ámbito de la teoría de los fines de la pena, han sido deficientemente consideradas²⁰. Lo anterior ha traído como consecuencia el relegamiento de la culpabilidad y la función desarrollada por la misma. Siendo de nuestro interés el estudio de la culpabilidad, resulta lógico, que nos aboquemos cada vez más a su estimación.

En el pensamiento de Beccaria es en el daño a la nación, concretamente a la sociedad, donde radica la verdadera medida del delito. Lardizábal, por su parte, disiente en mucho de la aseveración del italiano, pues para él, entre el libre albedrío del autor y la gravedad del hecho no existe distancia alguna; esto es, lo grave que puede ser un hecho está en relación directa con el carácter doloso o culposo de la acción o bien del estado emocional en que se encuentre el ejecutor del delito. Lardizábal fundamentó una teoría de la unificación de los fines de la pena. A su juicio, para que la pena sea útil a la sociedad, dos son las direcciones que debe tomar: la corrección del delincuente y la adopción de medidas de prevención especial. Expresamente reconoce que la aplicación de un mal –en este caso la pena– no podría considerarse sino como un acto de tortura y tiranía²¹.

Por otra parte, tiene Lardizábal en alta estima la prevención general frente a la culpabilidad. Su razonamiento se expresa alegando que la justicia penal, en su versión objetivizada en las penas, debe orientarse principalmente a ejemplificar el futuro en vez de actualizar la venganza del pasado. El papel que se reconoce a la culpabilidad, según lo apuntado, es efectivamente mínimo, ya que realmente es entendida como mero presupuesto de la pena toda vez que las acciones humanas sólo son imputables al autor si las realizó con conocimiento y libertad. Tal planteamiento, sin

¹⁹ Bacigalupo, **Culpabilidad y prevención**, p.23.

²⁰ Bacigalupo, **Culpabilidad y prevención**, pp.21-27.

²¹ Bacigalupo, **Culpabilidad y prevención**, p.24.

embargo, no tiene aplicación en aquellos acontecimientos perpetrados por el autor bajo el influjo de bebidas embriagantes. El error penal, de acuerdo con el pensamiento del autor hispano-mexicano, constituye sólo un fundamento de atenuación, señalamiento con el que se aparta de las tesis dominantes según las cuales el error podría tener carácter disculpante ²².

«Ambas limitaciones de las consecuencias del principio de culpabilidad –recapitula Bacigalupo– ²³ provienen de consideraciones preventivas. Así, la culpabilidad resulta tener en la teoría del iluminismo, si se la compara con su significación en los tiempos anteriores, una posición considerablemente más débil, lo que evidentemente es consecuencia de la fuerte acentuación de la prevención general. Esta debilidad de la culpabilidad con respecto a la época anterior se percibe también en la individualización de la pena, dado que la medida de la pena está determinada también por consideraciones de tipo preventivo generales».

En cuanto a la individualización de la pena, Lardizábal tiene en cuenta las circunstancias de tiempo, lugar y modo de ejecución, así como la reincidencia, instrumentos utilizados y la especie de ejecución. Según él, en la proporcionalidad de la pena está el límite para la medida de la misma. Los casos de reincidencia se verán especialmente considerados acentuándose en éstos la idea de proporcionalidad de la pena. Si recordamos que la pena era considerada con criterios estrictamente utilitarios en favor de la sociedad, esa proporcionalidad es notoria. Consecuentemente, pues, son de invocarse las palabras de Bacigalupo cuando dice que a la pena utilitaria «no debe confundírsela con la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad» ²⁴.

Las precedentes anotaciones nos dan idea del tratamiento que recibía la idea de culpabilidad en los momentos previos a la codificación penal española. Y es justamente con el Código de 1822 con el que se inicia un proceso codificador bastante agitado.

²² Bacigalupo, **Culpabilidad y prevención**, p.25.

²³ Bacigalupo, **Culpabilidad y prevención**, p.25.

²⁴ Bacigalupo, **Culpabilidad y prevención**, pp.25-26.

III. EL CÓDIGO PENAL DE 1822

El proyecto del Código Penal de 1822 se aprobó en febrero de ese mismo año y su promulgación tuvo lugar el día 9 de julio, pero se aplazó su entrada en vigor por una Real Orden del 27 de septiembre hasta el primero de enero de 1823²⁵.

Con razón ha señalado Cerezo Mir que la influencia de Manuel de Lardizábal en el Código Penal de 1822 fue bastante escasa, en parte por las razones antes aducidas, y también por el triunfo de la revolución liberal, por lo que el pensamiento del penalista ilustrado resultaba bastante moderado. Su enfrentamiento con las Cortes de Cádiz, y todo lo que ello significaba en tanto situarse del lado de la monarquía absoluta, determinó su aislamiento político²⁶. En los debates que antecedieron a la aprobación del Código Penal se mencionaron muchos autores, entre otros Bentham, Beccaria, Filangieri y alguna vez se aludió a Lardizábal²⁷.

En el Código que comentamos, el principio de culpabilidad recibe una escasa consideración. A pesar de ello, la atención que se dispensa a este principio no es mejor de la que recibe en los posteriores Códigos, e incluso llega a superarlos en ciertos extremos²⁸. De la lectura de los artículos 12 y 22 se desprenden algunas cuestiones de nuestra incumbencia. Veamos el contenido de tales artículos.

Artículo 1º.- Comete delito el que *libre y voluntariamente y con malicia* hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo pena alguna.

Artículo 2º.- Comete culpa el que libremente, pero *sin malicia*, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar.

²⁵ Landrove Díaz, Gerardo, **Introducción al Derecho Penal Español**, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, p.60.

²⁶ Cerezo Mir, José, **Curso de Derecho Penal**, p.96.

²⁷ Antón Oneca, José, «Los fines de la pena...», p.11 y ss.

²⁸ Sáinz Cantero, **Lecciones de Derecho Penal**, Parte General (Culpabilidad, Punibilidad, Forma de Aparición), Tomo III, 1a. reimpresión, Ed. Bosch, Barcelona, 1989, p.220.

NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO
PENAL ESPAÑOL DEL SIGLO XIX: LA IDEA DE CULPABILIDAD

La distinción hecha por dicho artículo entre dolo y culpa, sirviendo la *malicia* como criterio único para diferenciarlos, ha sido destacada por Sainz Cantero, quien así se expresa:

«En el artículo 1º aparece una presunción de *voluntad* y *malicia*, presunción *iuris tantum* que se destruye cuando el infractor prueba o *resulta claramente* lo contrario».

Por otra parte, el mismo autor citado señala la presencia de lo que actualmente se conoce como no exigibilidad de conducta adecuada a la norma, dato que es observable en la fundamentación de algunas exenciones de sanción, en algunas atenuaciones e, incluso, en el texto de algunas figuras delictivas donde se condiciona el cumplimiento del deber, cuya omisión constituye delito, a que el sujeto «*pueda hacerlo sin perjuicio ni riesgo suyo*»²⁹. La prevención general y la intimidación son los fines que persigue la pena, llevados en ocasiones a situaciones extremas³⁰. Con el advenimiento del absolutismo, y con él la preferencia por los ideales despóticos, el Código tuvo nula vigencia, se duda incluso de su real y efectiva aplicación. Landrove resume la situación con estas palabras:

«El Código, vinculado al quehacer del Gobierno constitucional, sigue a éste en su desventura política. Triunfante la reacción absolutista, el 1 de octubre de 1823 anula Fernando VII todos los actos del Gobierno constitucional y ello supone la desaparición del texto penal. La evidente proximidad entre las fechas de entrada en vigor del Código de 1822 y su derogación –además de otras circunstancias derivadas de la vida política española del momento– han provocado serias dudas en penalistas e historiadores sobre su real y efectiva aplicación»³¹.

No obstante, y por lo que hace al campo puramente técnico del ordenamiento penal de 1822, son significativos los elementos introducidos

²⁹ Sainz Cantero, **Lecciones**, p.220.

³⁰ Sainz Cantero, **Lecciones**, p.221. Este autor menciona la «macabra» disposición hecha por el artículo 33, relacionada con el reo de pena de muerte. En el mencionado artículo 33 se lee: «Si en el intermedio de la notificación a la ejecución muriese el reo, natural o violentamente, será conducido su cadáver al lugar del suplicio, con las mismas ropas que hubiese llevado vivo, y en féretro descubierto, el cual será puesto al público sobre el cadalso por el ejecutor de la justicia al pie del sitio de la ejecución».

³¹ Landrove Díaz, **Introducción**, p.61.

en su contenido y que a la fecha tienen acogida en el actual Código Penal Español. Así, por ejemplo, quedan de aquél la denominación como Código Penal, la definición de delito (doloso e imprudente), la consideración de agravantes y atenuantes ³².

Como hemos visto, el devenir histórico que acompañó al Código Penal Español de 1822 limitó considerablemente su existencia, si es que tuvo alguna concretamente como Código. A pesar de lo anterior, logramos recabar algunos datos con los cuales puede conocerse, de forma muy somera, el estado que presentaban por esos años los conceptos jurídico-penales de pena y culpabilidad.

IV. EL CÓDIGO PENAL DE 1848

Ciñéndonos a la lógica impuesta por el proceso codificador en España entraremos ahora en la revisión, también breve, del Código de 1848, que sigue en el tiempo al de 1922 –no sin pocos intentos codificadores intermedios y fallidos, auspiciados unos bajo el reinado de Fernando VII: el de 1830, el conocido como proyecto de Sáinz Andino de 1831 y el de 1834; y otros bajo el reinado de Isabel II, como el de 1836–, el cual surge como resultado de la reposición monárquica absolutista ³³.

El Código de 1848 tiene especial importancia para nosotros por cuanto constituye, ahora sí, el primer ordenamiento penal que tiene efectiva vigencia a diferencia del que le antecedió, el cual acusó sin embargo algunas influencias ³⁴, y porque además ya se elaboran en su

³² Cerezo Mir, **Curso de Derecho Penal**, p.130.

³³ Cerezo Mir, **Curso de Derecho Penal**, p.127 y ss.; Sáinz Cantero, **Lecciones**, p.223, Particularmente sobre el proyecto Sainz de Andino, véase el artículo de Landrove Díaz, «En torno al proyecto Sainz de Andino de Código Criminal» en el libro **Homenaje al Profesor Antón Oneca**, editado por la Universidad de Salamanca, 1982, pp.285-305.

³⁴ Cerezo Mir, **Curso de Derecho Penal**, p.129, aunque no fue, como sostiene este autor, del único ordenamiento jurídico-penal del que recibió influencias; sino que también de los Códigos Penales de Francia (1810, de Brasil (1830), del napolitano (1819), los cuales significaron un ascendente importante en su conformación destacando, particularmente, la influencia que en la parte especial ejerció el Código francés.

NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO
PENAL ESPAÑOL DEL SIGLO XIX: LA IDEA DE CULPABILIDAD

entorno interpretaciones más bien de tono jurídico que filosóficas. En el plano científico, es notoria la influencia en este Código del pensamiento jurídico de Rossi quien, como se sabe, aplicó el eclecticismo filosófico, también defendido por el penalista francés Cousin, al Derecho Penal ³⁵.

Se ha recalcado ³⁶ la filiación ideológica de Don Joaquín Francisco Pacheco con el penalista francés, con lo cual posiblemente sea cierta la afirmación hecha por De Miguel en el sentido de que el reflejo de tales ideas haya encontrado alojamiento en el Código que comentamos. Sin embargo, puede recordarse la casi automática asociación que se hace de este cuerpo legal de 1848 con la figura de Pacheco, abogado e historiador a quien se atribuyó –de forma equivocada como comprobaron Antón Oneca, Candil Jiménez, López Rey– por mucho tiempo una profunda intervención en la redacción del Código en cuestión, demostrándose posteriormente que fue precisamente el también jurista Seijas Lozano quien, además de elaborar el anteproyecto, destacó sobradamente en la discusión del mismo ³⁷. De cualquier manera, a Pacheco se deben, entre otras importantes obras jurídicas: **El código penal concordado y comentado**, donde desarrolla interesantes comentarios y observaciones al contenido del Código comentado ³⁸.

³⁵ De Miguel Garcilópez, **Derecho penal**, Ed. Reus, Madrid, 1940, p.22.

³⁶ Cerezo Mir, **Curso de Derecho penal**, pp.97-98; Sáinz Cantero, **Lecciones**, p.226.

³⁷ Antón Oneca, «El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», en **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, 1965, p.473 y ss.; Candil Jiménez, Francisco, «Don Joaquín Francisco Pacheco. Observaciones sobre su colaboración en la redacción del Código Penal de 1848», y «Observaciones sobre la intervención de D. Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código Penal de 1848» en el **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Fasc. III, 1975, p.405 y ss.; López Rey, **Derecho Penal II**, parte especial, 1a. edición, Ed. Reus, Madrid, 1935, citado por Cerezo Mir, **Curso de Derecho Penal**, p.128. Por su parte Sáinz Cantero, **Lecciones**, p.226, se refirió a la pretendida influencia de Pacheco en el proyecto codificador diciendo: «La influencia de este autor no fue otra, por tanto, que la que imponía el peso de gran prestigio científico y la extensión de las ideas eclécticas, que él defendía, entre los miembros de la Comisión y entre los anónimos modificadores que con posterioridad pusieron sus manos sobre el proyecto».

³⁸ A esta obra, siguieron otras no menos importantes, como las de Vizmanos y Álvarez, y de Castro y Orozco y Ortíz de Zúñiga, con las cuales se origina la moderna dogmática española del Derecho Penal, en este sentido véase Cerezo Mir, **Curso de Derecho Penal**, p.99, y la bibliografía ahí señalada.

Por aquellos años, la teoría del delito iniciaba apenas su larga andadura enfrentando muchas y nada fáciles batallas. La culpabilidad, como es lógico pensar, tardaría mucho tiempo para llegar a conformarse como una categoría dogmática autónoma. Para que eso sucediera, debieron producirse infinidad de especulaciones científicas en el ámbito de la teoría del delito³⁹. Teniendo en cuenta esta circunstancia, puede decirse en favor de Pacheco que las imprecisiones de sus consideraciones en algunos puntos específicos de sus comentarios se justifican en cierta forma, dado que es a través de estas erróneas apreciaciones de donde es posible entresacar la concepción que de culpabilidad se tenía. Indiscutiblemente, se debe a Jiménez de Asúa⁴⁰ el haber clarificado tales fallos conceptuales del jurista decimonónico.

En el ideario jurídico-penal de Pacheco –puntualiza Jiménez de Asúa– aparecían confundidos los conceptos de culpabilidad e imputabilidad, por una parte, y responsabilidad, por otra. Llegó también a relacionar culpabilidad y causas de justificación. Decía por ejemplo:

«Lo que se necesita para la imputabilidad de las acciones humanas, estimadas generalmente como delitos; he aquí lo que ha menester para que consideremos culpable a su perpetrador. Haya sido él libre al ejecutar el hecho; háyale realizado con intención cumplida, estuviese el hecho mismo declarado criminal en las leyes, anteriormente a su comisión, y tendremos los elementos o motivos de culpabilidad necesarios para que caiga ésta sobre la persona que lo verificara»⁴¹.

Como ya se dijo, el principio de culpabilidad resiente un deficiente tratamiento respecto al Código anterior. A diferencia del Código de 1822, el dictado en 1848 aborda, imperfectamente según afirma Sainz Cantero, aquello que tiene que ver con la exigibilidad de conducta adecuada a la norma, exhibiendo álgidos aspectos en el llamado caso de necesidad. No obstante:

³⁹ Sobre la evolución de la teoría del delito, véase Bustos Ramírez, Juan, **Manual de Derecho Penal Español**, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, p.147 y ss. Zaffaroni, Raúl, **Manual de Derecho Penal**, Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1977, p.261 y ss.

⁴⁰ Jiménez de Asúa, Luis, **Tratado de Derecho Penal**, Tomo V, Ed. Losada, Buenos Aires, 1956.

⁴¹ Jiménez de Asúa, **Tratado**, p.57 y ss.; Antón Oneca, **El Código Penal de 1848**, p.473 y ss.; y de Pacheco, **El Código Penal concordado y comentado**, Tomo I, 5a. edición, Ed. Manuel Tello, Madrid, 1881, p.65 y ss.

NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO
PENAL ESPAÑOL DEL SIGLO XIX: LA IDEA DE CULPABILIDAD

«La exigencia del acto inicial lícito para la estimación del caso fortuito, que tanto limita el principio *no hay pena sin culpabilidad*, se consagra en el artículo 8-8a en la forma en que se mantiene hasta hoy»;

igualmente, las presunciones de culpabilidad que se recogen en la legislación actual han tenido su origen en este Código ⁴².

Desde otro punto de vista, Bacigalupo ⁴³ ha considerado la culpabilidad y su relación con la prevención. Derecho y Moral, conceptos íntimamente vinculados entre sí, se consolidaron como presupuesto intocable del Derecho Penal del siglo XIX, alcanzando la cima de su desarrollo en los códigos de 1848 y 1870. Las palabras de Pacheco, parecen demostrar la veracidad de lo expresado cuando escribe que el delito contra la ley divina es el pecado, el pecado contra la ley de los hombres es el delito social. «Idénticos en su origen –aclara Pacheco– sepárense después por la distinta esfera a que corresponde, y por la desigual extensión del uno y del otro». Más adelante, concluye que la ley social se encuentra limitada por la imperfección y miserias humanas por lo cual «tiene que confesarse sumamente inferior a las leyes morales que rigen los espíritus», dejando, según él, clara la «imprescindible relación que existe entre el mal social y el mal moral, entre el delito según las leyes naturales y el delito según las leyes positivas» ⁴⁴.

De acuerdo con Bacigalupo ⁴⁵, al poner el jurista decimonónico el énfasis en la fundamentación moral del Derecho Penal, se excluye la posibilidad de determinación del concepto de culpabilidad y de una fundamentación preventiva del Derecho Penal. Las ideas preventivas expresadas por Pacheco pueden leerse en su comentario, a la cualidad de *voluntaria*, adjudicada en el artículo 1º a la acción.

Para Joaquín Francisco Pacheco, voluntad humana y libre albedrío constituyen la naturaleza y el fundamento del Derecho Penal puesto que

⁴² Sáinz Cantero, **Lecciones**, pp.228-229.

⁴³ Bacigalupo, **Culpabilidad y prevención**, p.26 y ss.

⁴⁴ Pacheco, **Código Penal**, pp.78-79. Se extiende en estas apreciaciones en su obra **Estudios de Derecho Penal**, 2a. edición, Madrid, 1884, p.54 y ss., en donde se explora en comentarios de signo liberearbitristas.

⁴⁵ Bacigalupo, **Culpabilidad y prevención**, p.27.

sin esa voluntad que obra la penalidad se vería reducida a un horrible absurdo. Seguidamente, y de forma determinante, puntualiza:

«No cabe idea de expiación, cuando no ha habido demérito de la obra, y no hay demérito cuando hubo ciega necesidad. No cabe idea de intimidación, cuando no puede impedirse con ésta que se obre de cierto modo; y no puede imponerse tal impedimento, cuando no hay dos modos de obrar, ni elección para seguir perfectamente el uno»;

sin la voluntad y la libertad, dice por último, el mundo y las leyes no son imaginables. De estas palabras extrae Bacigalupo las siguientes conclusiones: de razonamientos preventivos. La prevención general no tiene, sin embargo, ningún efecto con relación a los principios del Derecho Penal ya que, si esto fuera así, «tendría por lo menos que codeeterminarse la validez del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* el que ha sido deducido por Pacheco de la idea de justicia»⁴⁶.

V. EL CÓDIGO PENAL DE 1870

El Código de 1848, merced a la promulgación de la Constitución liberal de 1869, sufre algunas modificaciones que culminan en 1870, año en que se publica el Código ya reformado. Los trabajos reformistas fueron obra del magistrado Alejandro Groizard y Gómez de la Serna, quien elabora sus comentarios al Código Penal, como igualmente harían otros juristas de la época: Salvador Viada y Vilaseca, Federico Castejón, José y Teófilo Álvarez Cid, Tomás María de Vizmanos y Cirilo Álvarez Martínez, Antón Oneca y Luis Silvela, quedando de manifiesto, y en atención al elevado número de publicaciones que se hicieron, un gran ambiente doctrinal y cada vez más científico⁴⁷.

⁴⁶ Bacigalupo, **Culpabilidad y prevención**, p.28; Pacheco, **Código Penal**, pp.84-85.

⁴⁷ Groizard y Gómez de la Serna, **Código Penal de 1870. Concordado y comentado**, Tomo I, 2a. Ed., Hijos de J.A. García, Madrid, 1902, p.178 y ss. También Viada y Vilaseca, **Código Penal reformado de 1870 concordado y comentado**, 4a. Ed., Tomo I, Ed. Manuel Ginés, Madrid, 1890, p.15 y ss.; Castejón, **Comentarios científico-prácticos al Código Penal de 1870**, Vol. II, Ed. Reus, Madrid, 1926; Álvarez Cid, José y Teófilo, **El Código Penal de 1870**, Tomo I, Librería de Juan Font, Córdoba, 1908; De Vizmanos y Álvarez Martínez, **Comentarios al nuevo Código Penal**, Madrid, s/f; Antón Oneca, **El Código Penal de 1870**, en ADPCP, Tomo XXXIX, Fasc. II, mayo-agosto 1970, Madrid, p.229 y ss.; Silvela, **El Derecho Penal. Estudiado en principios y en la legislación vigente en España**, 2a. Ed., Ricardo Fe, Madrid, 1903.

NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO
PENAL ESPAÑOL DEL SIGLO XIX: LA IDEA DE CULPABILIDAD

Destacan los razonamientos de Silvela ⁴⁸ respecto de la idea de culpabilidad: por ello recogemos las siguientes argumentaciones. Para él la culpabilidad es la representación de lo opuesto a una acción realizada y determinada libremente frente a la ley que la regula, de tal forma que «fijar, por tanto, la culpabilidad de un acto es descartar, separar todo aquello que no ha provenido de esa libre determinación y hecho esto valuar su importancia», según sus propias palabras.

Silvela repara en la frecuente confusión de culpabilidad con imputabilidad y de aquélla con la responsabilidad, poniendo en claro, según él, los contenidos diferenciadores. La culpabilidad se diferencia de la imputabilidad

«... en que no sólo señala aquello en que el espíritu se ha mostrado como causa libre, sino que además aprecia su valor».

Respecto a la responsabilidad, la diferencia radica

«... en que no determina las consecuencias que habrán de ocasionarse por el hecho imputable, como por ejemplo la pena, sino tan sólo el mérito del acto en sí, bien en absoluto, bien en comparación con otros».

El denuedo de Silvela en diferenciar culpabilidad de responsabilidad no fue, sin embargo, tan esclarecedor como quiso. Culpabilidad y antijuridicidad, según la construcción comentada, fueron nuevamente confundidos, resaltando la absorción que de la culpabilidad hacía la responsabilidad ⁴⁹.

Las apreciaciones de Silvela no lograron establecer la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad. Según la sistemática por él seguida,

⁴⁸ Silvela, **El Derecho Penal**, p.199 y ss.

⁴⁹ Jiménez de Asúa, **Tratado**, p.58. Recientemente, Cuello Contreras ha escrito un estudio pormenorizado, contrapuesto con la orientación finalista, de la concepción tradicional. Para Cuello Contreras, esta concepción tradicional de Silvela es la «más completa sobre la culpabilidad de la ciencia penal española»; véase su artículo «El significado de la moderna teoría de la culpabilidad frente al concepto de delito en la tradición jurídico-penal española» en **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Tomo XXXIX, Fasc. III, septiembre-octubre 1986, Madrid, p.837 y ss.

la teoría del delito tiene como elementos la acción, el sujeto y la víctima de la misma, unidos por la acción, con lo que no es posible precisar el límite entre antijuridicidad y culpabilidad porque,

«... al no ser posible la lesión del Derecho por quien carece de la capacidad de culpabilidad, de la intencionalidad, la conducta de quien no actuó culpablemente no puede ser antijurídica. Lo que significa que la antijuridicidad está incluida en la culpabilidad»⁵⁰.

En la sistematización de Silvela falta la noción de *infracción objetiva de la norma*, su condición de krausista le impediría llegar a dicha conclusión. La filosofía y la psicología krausistas influenciaban fuertemente el pensamiento de Silvela, y es posible que bajo esos postulados entendiese que la norma jurídica se ocupa de objetos externos pudiendo desligarse de la norma moral, con todo y que ambas son complementarias desde la óptica de la motivación humana.

De lo anterior, propone Silvela excluir la culpabilidad de todos aquellos supuestos en los que la decisión de no actuar no ha surgido de una voluntad de lesionar al Derecho. En su lugar coloca la ficción de la conciencia moral,

«cuya correcta formación asegura una conducta de vida justa, o puede llevar a comportamientos incorrectos reprochables en caso contrario (aunque no se constate una concreta voluntad de lesión del Derecho)»⁵¹.

En síntesis, debe imputarse a la psicología de Giner de los Ríos el que por mucho tiempo haya entendido la Dogmática de la culpabilidad jurídico-penal en España que:

«Es la propia conciencia del individuo la que le dice a éste que responda de sus actos, confundiendo lastimosamente el *ser* con el *deber ser*, extrayendo de un *deber ser*; el hombre debe cuidar de las consecuencias de sus actos, un *ser*; este

⁵⁰ Así lo señala Cerezo Mir, **Curso de Derecho Penal**, p.100.

⁵¹ A él se deben las traducciones del jurista alemán Carlos Augusto Roeder, **Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones**, Madrid, 1871.

NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO
PENAL ESPAÑOL DEL SIGLO XIX: LA IDEA DE CULPABILIDAD

hombre pudo evitar su acto. Cuando en realidad dicho poder, característico de la culpabilidad, tiene que constatarse como capacidad existencial y es susceptible por deber alguno, si no es, como hace Silvela, mediante una presunción gratuita»⁵².

Sin embargo, vale la pena recordar la posición antagónica que a tal planteamiento opuso el profesor salmantino Dorado Montero, para quien resultaba inaceptable la propuesta de Silvela, llegando a aniquilar el dogma de la culpabilidad y con ello, claro está, el Derecho Penal imperante⁵³.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

De todos modos y como resumen, de esta evolución de la ciencia penal española en el siglo XIX, hay que observar que el concepto de culpabilidad aparece diluido junto con los demás elementos del delito, y que sólo a través de genéricas invocaciones a la «*voluntariedad*», y la «*malicia*», etcétera⁵⁴, puede vislumbrarse algún atisbo intuitivo de lo que en la moderna dogmática jurídico-penal se denomina «*culpabilidad*».

No parecen, por tanto, demasiado convincentes las posturas de quienes como Cuello Contreras⁵⁵ pretenden atribuir a los autores españoles más destacados del siglo XIX una determinada concepción de la culpabilidad.

⁵² Quien tradujo directamente del alemán otra obra de Roeder, **Estudios sobre Derecho Penal y sistemas penitenciarios**, Ed. Imprenta de T. Fontanet, s/1, 1875.

⁵³ Pueden consultarse, entre otras obras, los artículos de Antón Oneca, «La teoría de la pena en los correccionistas españoles», en el libro **Homenaje al profesor Luis Legaz Lecambra**, II, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, citado por Cerezo Mir, **Curso de Derecho Penal**, p.100; Landrove Díaz, **El correccionalismo de Concepción Arenal**, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1969.

⁵⁴ Cuello Contreras, **El significado**, p.844.

⁵⁵ Cuello Contreras, **El significado**, p.846.

La culpabilidad, como categoría dogmática autónoma dentro de la teoría general del delito, aparece históricamente como consecuencia de la distinción debida a Ihering en el campo del Derecho Civil y trasplantada por Von Liszt al Derecho Penal, entre la valoración objetiva del acto realizado (*antijuridicidad*) y la relación subjetiva del autor con dicho acto (*culpabilidad*), luego vendría la *tipicidad* apuntada por Beling en 1906 para hacer valer las exigencias derivadas del principio de legalidad de los delitos y de las penas.

La culpabilidad, en tanto construcción teórica fue desconocida por los penalistas españoles del siglo XIX, por lo que difícilmente pueden atribuírseles concepciones sobre categorías por ellos desconocidas.

La idea de culpabilidad como categoría autónoma de la teoría del delito aparece en la ciencia penal española como consecuencia de la recepción en ella de la dogmática jurídico-penal alemana. Es, por tanto, la teoría psicológica de la culpabilidad la primera en ser acogida por la dogmática jurídico-penal española, ya que es esta concepción de la culpabilidad la mantenida en su homónima alemana cuando es acogida en España.